



Dobro pojemne jak krzywda

Prawna ochrona dziecka
Deklaracje a rzeczywistość

Wrocław 2017

Dobro pojemne jak krzywda

Prawna ochrona dziecka
Deklaracje a rzeczywistość

Redakcja naukowa
Jacek Mazurkiewicz (Uniwersytet Wrocławski)
Piotr Mysiak (Uniwersytet Zielonogórski)

Wrocław 2017

Recenzent

dr hab. Krzysztof Zagrobelny

Wydawca

dr hab. Jacek Mazurkiewicz, prof. nadzw. UW

Skład

oraz projekt okładek i strony tytułowej

Barbara Bernfeld

ISBN 978-83-944487-4-5

Spis treści

„Dobro pojemne jak krzywda” (zamiast Wstępu).....	6
Marysia i Maria Wywiad Marysi Zaporowskiej z Marią Łopatkową.....	10
Maria Zaporowska Zofia Zaporowska Jacek Mazurkiewicz Okruchy.....	30
Marek Andrzejewski O tym jak bronić, a jak nie bronić praw dzieci	38
Paweł Bednarski Techniki wspomagania prokreacji. Dziecko przedmiotem czy podmiotem prawa?	48
Szymon Bondaruk Postulaty <i>de lege ferenda</i> w zakresie skargi <i>wrongful birth</i>	68
Igor Aleksiejewicz Dobrysz Labor regulation and protection of teenager’s labor rights in Russia	81
Anna Drozd „Wykluczony ojciec” – o instrumentalizacji prawa w walce rozwiedzionych rodziców o dziecko	84
Rafał Dubowski Oddalenie powództwa o rozwód jako środek ochrony dobra dziecka. Pobożne życzenie czy rzeczywistość?	98
Joanna Haberkowicz Filina Sztandera Niebezpieczeństwo małżeństwa z bratem. Uwagi na tle ustawy o leczeniu niepłodności o prawie do poznania genetycznego pochodzenia dziecka	118
Marta Jarząbek-Słobodzian Ochrona życia poczętego w praktyce sędziego rodzinnego	136
Siergiej Michajłowicz Karpuszkina Curious way of the civil protection of children’s rights and interests in Russia.....	143
Piotr Kasprzyk Dziecko martwo urodzone i jego rejestracja w USC. Zarys problematyki w prawie polskim.....	145
Zina Kroczyńska-Sawicka Ochrona prawa do wizerunku małoletniej ofiary przestępstwa	186
Artur Ławniczak Narodziny i dzieciństwo państwowości	193

Andriej Aleksiejewicz Nowikow

Ochrona praw dziecka we współczesnej Rosji 204

Olgiern Pankiewicz

Współczesne eugeniczne ograniczenia prawa dziecka do życia i prawa dziecka do rodziny..... 208

Katarzyna Perdek

Swoboda sumienia i wyznania dziecka 216

Iana Sadowska

Gwarancje praw mieszkaniowych dziecka w Federacji Rosyjskiej 225

Aleksandra Spisz

Dlaczego warto dopuścić sądowe ustalenie ojcostwa przed narodzeniem dziecka 234

Piotr Szymaniec

Prawo do religijnego wychowania dzieci a edukacja: przypadek amiszów..... 244

Mariia Zeniv

Międzynarodowe dochodzenie alimentów na rzecz dziecka na tle prawa ukraińskiego 255

Katarzyna Zeszut

Ochrona praw dziecka w Niemczech a gwarancje wolności religijnej: przykład środowisk muzułmańskich 261

Addenda 281

Rafał Dubowski

Recenzja książki J. Mazurkiewicza „Zanim pomysły nasze szczerą wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet” 282

„Dobro pojemne jak krzywda” (zamiast Wstępu)

Kogo by nie zapytać, prawie każdy powie, że dobro dziecka wymaga ochrony. Nieliczni opatrzą to jakimś „ale”, lecz chyba nikt na poważnie nie sprzeciwi się tej idei. To, że w praktyce, w szczególności niektórzy politycy, będą się jednocześnie godzić z tym, iż niektóre ich decyzje spowodują np. śmierć dziecka ginącego od bomb zrzuconych w zaatakowanym kraju, to inna, znana obserwacja.

Spory rodzi najczęściej to, w jaki sposób troska o dobro dziecka ma być realizowana. Także, a często przede wszystkim, w formie przepisów.

Widać tu niekiedy wielkie zagubienie. Choćby takie, że ci, którzy zabiegają o prawo do adopcji dzieci przez homoseksualistów¹, najczęściej angażują się też w batalie o dopuszczalność aborcji².

Ale i w kwestiach nie aż tak dramatycznych, nie tylko różnic zdań, lecz i antynomii nie brakuje.

¹ Nie do końca, lecz jednak *à propos*. Zdarzyło się to podczas międzynarodowej konferencji poświęconej ochronie praw rodziny. Po moim wystąpieniu energiczna Holenderka przedstawiła referat o adopcji dzieci przez homoseksualistów. Mówiła o trudnej drodze, która po latach starań zaowocowała sukcesem: właśnie niderlandzki parlament dopuścił taką adopcję. Na równych prawach, bez jakichkolwiek ograniczeń, tak, jak przystało na nowoczesnego europejskiego prawodawcę. Schodziła z podium wśród burzy oklasków. Po niej miał wystąpienie przedstawiciel Madagaskaru. Niewysoki, chudy mężczyzna wyraźnie odstawał od reszty niemodnym, znoszonym garniturem. Mówił o pojęciu rodziny w tradycji malgaskiej. O tym, że za rodzinę uważa się u nich nie tylko rodziców i dzieci oraz babcie, dziadków, wnuki, ciotce, wujków, kuzynki i kuzynów, ale także nieżyjących przodków. I że gdy trzeba podjąć jakąś ważną decyzję, żyjący rozważają, jakby ich zamierzenie ocenili zmarli. Gdy Malgasz skończył i schodził z podium, byłem – w podobnych sytuacjach to niezwykle – jedyną osobą, która biła brawo. Podczas przerwy podszedłem do niego, serdecznie uściskałem jego kościstą dłoń, powiedziałem, że bliskie jest mi malgaskie pojmowanie rodziny i cieszę się, że w tym miejscu, w środku Europy, wreszcie usłyszałem coś, co warto było usłyszeć.

² Której inni – i inaczej zatroskani o dobro dziecka – są bezwzględni przeciwnikami, zob. np. część artykułów opublikowanych w *Nasciturus pro iam nato habetur*. O ochronę dziecka poczętego i jego matki, Wrocław 2017, praca zbiorowa (red. J. Mazurkiewicz, P. Mysiak), <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/81809>

Uchwalony przed laty najpierw w Konstytucji RP zakaz bicia dzieci, nawet gdy został powtórzony w ustawie zwykłej, skłania wielu do dysput nie o jego wartości i potrzebie wprowadzania go w życie, ale do wyszukiwania pozaustawowych kontratypów, które pozwolą w istocie zakaz ten uczynić iluzją³.

Również zagwarantowany nie tylko w Konstytucji nakaz wysłuchiwanie dziecka oraz uwzględniania jego możliwych do uwzględnienia opinii i życzeń nie stanowi znaczącego obszaru zainteresowań badaczy prawa, natomiast w praktyce jest traktowany diametralnie różnie. Tam, gdzie bliscy kochają się, jego respektowanie nie następuje kłopotów. Gdzie indziej, np. gdy uchodźcze dzieci mają być deportowane z naszego kraju, musi nierzadko dojść do procesu, aby organa władzy publicznej zauważyły to, co jest jasno sformułowane w Ustawie Zasadniczej⁴.

³ Zob. np. monografię pt. *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011, praca zbiorowa (red. F. Cieplý), zawierającą dorobek konferencji odbytej 15 III 2010 r. na ówczesnym Wydziale Zamiejscowym Prawa i Nauk o Gospodarcę Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Stalowej Woli. Konferencja ta miała tytuł tezę: „Kontratyp karcenia małoletnich” (nie „Spór o kontratyp karcenia małoletnich” albo „Czy istnieje kontratyp karcenia małoletnich?”). W książce tej opublikowano dziesięć artykułów poprzedzonych listem Rzecznika Praw Dziecka do organizatorów oraz jego stanowiskiem „w kwestii karcenia małoletnich”. Niemala część autorów, choć nie wszyscy, akceptuje karcenie fizyczne małoletnich. Wskazano tu nawet zwyczaj jako podstawę wyłączenia bezprawności karcenia małoletnich, zob. M. Kopeć, Zwyczaj jako podstawa wyłączenia bezprawności karcenia małoletnich [w:] *Prawne aspekty...*, s. 97 i n., w szczególności wniosek końcowy na s. 109: „zwyczaje i tradycje odnoszące się do karcenia małoletnich zdają się [...] potwierdzać, że prawo karcenia małoletnich przez rodziców i prawnych opiekunów należy do naturalnych praw człowieka”. Wstrząsającą dla mnie, jako wierzącego, jest wypowiedź ówczesnego dziekana Wydziału Zamiejscowego Nauk o Społeczeństwie w Stalowej Woli Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II ks. M. Wolickiego: „Dziecko, zwłaszcza ukarane fizycznie musi mieć [...] pewność, że kara, jaka je spotkała, pochodzi z prawdziwej miłości rodzicielskiej, że zostało ukarane, ponieważ rodzice je naprawdę kochają, a więc że zostało ukarane z autentycznej troski o jego dobro i szczęście, a zwłaszcza o zbawienie wieczne” (Zasadność i dopuszczalne formy karcenia małoletnich według wskazań psychologii wychowawczej [w:] *Prawne aspekty...*, s. 150–151). Przeglądnąłem ubogą bibliografię ogłoszonych tu artykułów: w żadnej nie ma wskazanych licznych prac A. Ciska, J. Strzebińczyka i moich, które jako pierwsze w polskim piśmiennictwie prawniczym zawierały projekty zakazu stosowania kar cielesnych wobec dzieci, ani artykułu M. Zaporowskiej i Z. Zaporowskiej, *Spór wokół konstytucyjnego zakazu stosowania wobec małoletnich kar cielesnych*, *Przeg.Sąd.* nr 7-8/2009, s. 113 i n., który był pierwszym w polskim piśmiennictwie prawniczym opracowaniem tego zagadnienia.

⁴ Zob. w uzasadnieniu dotyczącego m.in. małoletniej obywatelki Republiki Armenii wyr. WSA w Warszawie z 30 VI 2006 r., V SA/Wa 8/06, LEX nr 502218 (dotyczącego m.in. małoletniej obywatelki Republiki Armenii): „Mimo odrębnie złożonego w imieniu małoletniej H. G. wniosku i odrębnie od spraw jej rodziców prowadzonego przez organ postępowania zakończonego wydaniem zaskarżonej decyzji, «organ całkowicie zaniechał badania i nie przedstawił jakichkolwiek rozważań, które dotyczyłyby indywidualnie sytuacji małoletniego cudzoziemca, świadczyłyby, że [...] w toku ustalania jego praw starano się w miarę możliwości», jak to ujmuje art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, uwzględnić również «zdanie dziecka» [...]”. Co do interesującej mnie kwestii w istocie tak samo w dotyczącym m.in. małoletniego obywatela również Republiki Armenii uzasad. wyr. WSA w Warszawie z 23 XI 2010 r., V SA/Wa 741/10, LEX nr 759402. Por. uzasad. dotyczącego m.in. małoletniego obywatela „Republiki A.” wyr. WSA w Warszawie z 21 V 2009 r., V SA/Wa 329/09, LEX nr 547827: „W niniejszej sprawie organ nie przesłuchiwał bezpośrednio małoletnich dzieci Skarżącej odnośnie perspektywy opuszczenia Polski, jednakże nie było to, zdaniem sądu, konieczne wobec przepytania na tę okoliczność obu małoletnich, dokonanego przez psychologa, co znalazło swój wyraz w jego opiniach. Tak więc negatywne stanowisko małoletnich odnośnie konieczności opuszczenia Polski było znane organowi orzekającemu w sprawie. Nadto, na etapie postępowania administracyjnego Strona nie wniosła o przesłuchanie dzieci, a biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, takie przesłuchanie nie wniosłoby nic nowego i nie mogłoby mieć wpływu na treść rozstrzygnięcia”. Stanowisko to stanowiło pogwałcenie art. 72 ust. 3

Obowiązek respektowania więzi uczuciowych dziecka wywodzi się u nas z przepisów ogólnych, brak jest bowiem unormowania, które niegdyś zawarte było tylko w regulaminie sądowym⁵. Ale też istotnych wątpliwości nie budzi, że jeśli tylko uwzględnianie tych uczuć nie jest sprzeczne z dobrem dziecka, powinny być one respektowane. Niestety, bywa różnie i niekiedy konsekwencją tego, że organa zobowiązane do udzielania pomocy rodzinie bagatelizują, a nawet deprecjonują te więzi, jest śmierć dziecka⁶.

Diabeł, wbrew porzekadłu, ukrywa się nie tylko w szczegółach. Ale w nich właśnie widać najwyraźniej, jak zmistyfikowana jest niekiedy troska o dobro dziecka. Termin do wyrażenia zgodny na adopcję, niegdyś miesięczny, został wydłużony do sześciu tygodni, aby zadośćuczynić poglądom obcych prawodawców, przed którymi nasz rodzimy ustawodawca do niedawna okazywał wątpliwej wartości głęboką pokorę⁷. Konsekwencją tego

Konstytucji RP, który nakazuje wysłuchanie dziecka organowi władzy publicznej, który ustala prawa dziecka, a tym organem *in casu* był sąd, nie biegła, ponadto sąd ma taki obowiązek zawsze, bez względu na to, czy został zgłoszony stosowny wniosek i bez względu na to, co sąd myśli o potrzebie takiego wysłuchania. Zob. nadto wyr. WSA w Warszawie z 16 II 2006 r., V SA/Wa 2691/05, LEX nr 297619.

⁵ Zgodnie z § 251 nieobowiązującego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19 XI 1987 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. Nr 38, poz. 218 ze zm.) w „sprawie opiekuńczej, w której ocena więzów uczuciowych łączących dziecko z rodzicami lub z osobami, u których dziecko przebywa, jest jedną z podstawowych przesłanek rozstrzygnięcia, sąd rozważa potrzebę zasięgnięcia opinii rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego lub innej odpowiedniej placówki specjalistycznej”. Gdyby pominąć ograniczony zasięg tej przecież wartościowej i do dziś chyba unikalnej u nas regulacji (w obowiązującym regulaminie odpowiednika tego przepisu nie widzę, por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23 XII 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych, Dz.U., poz. 2316 ze zm.), istotna była jej normatywna ranga oraz wynikające stąd w praktyce konsekwencje. Nie był to przecież przepis ustawy, lecz wykonawczy, bardzo wątpliwa była zatem podstawa prawna stosownych oczekiwań, które na jego podstawie mogłyby być formułowane podczas postępowania sądowego. Nie ulega również wątpliwości, że bezpośrednio zainteresowani przesłankami rozstrzygnięcia dotyczącego pieczy nad dzieckiem, mieli w tamtej – przedinternetowej – epoce najczęściej nader ograniczone możliwości zapoznania się z tym przepisem. Co by więc nie powiedzieć o potrzebie takiej drugorzędnej wśród źródeł prawa regulacji, oczywiste było i jest, iż ze względu na swój charakter oraz znaczenie powinna ona znaleźć dla siebie miejsce przede wszystkim w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym.

⁶ Zob. np. TVN24/x-news, Dramat w Suwałkach – nastolatek popełnił samobójstwo w Miejskim Centrum Interwencji Kryzysowej, <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1342,title,Dramat-w-Suwalkach-nastolatek-popelnil-samobojstwo-w-Miejskim-Centrum-Interwencji-Kryzysowej,wid,16320560,wiadomosc.html>: „Decyzja sądu o umieszczeniu dzieci w placówce opiekuńczo-wychowawczej podyktowana była ogólną sytuacją rodzinną, czyli faktem, że matka dzieci była niewydolna wychowawczo – tłumaczył Marcin Walczuk z Sądu Okręgowego w Suwałkach. Nastolatek, który nie chciał być rozdzielony z matką, popełnił samobójstwo w Miejskim Centrum Interwencji Kryzysowej w Suwałkach. W ośrodku nikt nie zauważył, że dziecko ciężko przeżywało decyzję sądu o konieczności rozstania z matką”. To była chyba pierwsza internetowa informacja o tym zdarzeniu, potem pojawiło się ich wiele i prawie wszystkie wskazywały, że powodem dramatycznej decyzji chłopca było oddzielenie od matki, a w kilku pojawiła się sugestia, iż powodem mogło być także oddzielenie od rodziny, o którą się troszczył. Dramatyczną wymowę tego samobójstwa unaocznia i to, że po śmierci chłopca sąd, jak relacjonowały media, „przywrócił prawa rodzicielskie matce” nad pozostałymi dziećmi, zob. M. Kruszniewska, 17-latek popełnił samobójstwo. Jego siostry wróciły do matki, <http://www.tvp.info/15893642/17latek-popelnil-samobojstwo-jego-siostry-wrocily-do-matki>

⁷ Gdy w Sejmie zaprojektowano wydłużenie tego terminu do sześciu tygodni, zapytałem o motywy senator M. Łopatkową. Skierowany przez nią do posłanki, która była sprawozdawczynią projektu także tej nowelizacji, usłyszałem, że powody, dla których wydłużono ten termin, „są oczywiste”. Gdy odpowiedziałem, że dla mnie nie, posłanka pouczającym tonem dodała, że taki sam przepis zawarty jest przecież w europejskiej konwencji

unormowania stało się poważne ograniczenie możliwości umieszczania dzieci w rodzinie adopcyjnej. I mimo krytyk⁸, ta regulacja wyrządzająca dzieciom oczywistą krzywdę ma się dobrze.

* * *

Tak jak poprzednia nasza tegoroczna edycja⁹, nie powstałaby i ta monografia, gdyby nie żmudna praca Basi Bernfeld.

Wydajemy także ją oraz w świat puszczamy bez grosza dotacji. Ma to, o czym już wspominałem, swoje dobre i złe strony. Z dobrych przede wszystkim tę, że nie musimy się użerać z obcymi edytorami oraz uwzględniać – jak to na początku tego roku okazało się w związku z wydaniem pewnego prawniczego podręcznika – ich ideologicznych preferencji. Do złych (ale bez przesady!) należy widoczna, umiarkowana troska o edytorski sztafaż. Jeśli znajdziecie niedostatki, np. w korekcie, wińcie za to nie nas, ale autorów. A wśród autorów również mnie.

* * *

W książce tej zawarte są artykuły będące owocem ubiegłorocznej, listopadowej konferencji naukowej zatytułowanej „Dobro pojemne jak krzywda...”

Prawie nikt nie wie, że autorką tej frazy jest Maria Łopatkowa. Wybitna obrończyni dzieci, przez całe swoje dorosłe życie oddana im działaczka społeczna, wiejska nauczycielka, doktor nauk pedagogicznych, pisarka, posłanka, senator. To ona powiedziała mi, że pojęcie dobra dziecka jest dla niektórych prawników tak pojemne, iż „zmieści się w nim każda dziecięca krzywda”.

W niecały miesiąc od dnia naszej konferencji pani Maria zmarła. Mam pewność, nie tylko wierzę, w prawdziwość sentencji, iż *non omnis moriar*. Ale zwłaszcza młodym trzeba niekiedy opowiedzieć to, o czym warto lub można pamiętać. Dlatego rozpoczynamy tę książkę od dwóch wyjątkowych w prawniczych monografiach tekstów.

Jacek Mazurkiewicz

o przysposobieniu dzieci. Gdy zwróciłem uwagę, że Polska jeszcze tej konwencji wtedy nie ratyfikowała, usłyszałem, że niedługo ją ratyfikujemy.

⁸ Zob. J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze szczeną wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet, Wrocław 2016, s. 191 i n., <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/80223>

⁹ *Nasciturus pro iam nato...*

Marysia i Maria

Wywiad Marysi Zaporowskiej¹ z Marią Łopatkową²

Marysia

Kiedys Maria Łopatkowa była tylko Marysią. Choć Pani pewnie zaraz sprostuje na „aż Marysią”...

Maria

W Korczakowskim spojrzeniu na dziecko, także to jasnowłose, pyzate, zwące się Marysią Kręciszówną, to „aż” się mieści. Dziecko bowiem w niejednym przewyższa dorosłego. Pamiętam z wczesnych lat dzieciństwa, zanim jeszcze wybuchła wojna, jak bardzo ufałam ludziom. Dziś, niestety, nie byłabym aż do takiej ufności zdolna, chociaż i tak niektórzy zarzucają mi skłonność do przeceniania ludzi, do łatwowierności. Ale bez wiary w człowieka trudno żyć samemu, a innym z nim jeszcze trudniej. Dlatego bardziej nawet oplaca się przeżyć zdradę kogoś, kto mianował się naszym przyjacielem, aniżeli od samego początku podejrzewać, że jest fałszywy i trzeba się mieć przed nim na baczności.

¹ Marysia Zaporowska o sobie (3 marca 2006): Właśnie zdałam maturę (wiem, że nie należy rozpoczynać od „właśnie”). To nie była poprawka, to był egzamin przed terminem. Z polskiego dostałam 3. To nowe doświadczenie. W berlińskim „Junge Welt”, żydowskim „Dos Jidisze Wort”, we wrocławskiej „Odrze”, w jeszcze krakowskim „Przekroju” – oceniali mnie ciut wyżej. Tam i gdzie indziej wydrukowałam kilkadziesiąt artykułów, reportaży, polemik i wywiadów (m.in. z ambasadorem Szewachem Weisssem). We Wrocławiu, Legnicy, Sobótce, Krakowie i Warszawie pokazałam wystawę fotografii ulicznych i podwórkowych napisów antysemitycznych. Pan prezydent Kwaśniewski wysłał mi potem dwustronicowy list, że gratuluje i że w ogóle to nie jest „Moja Droga” aż tak źle. Mam zaszczyt się nie zgadzać, Panie Prezydencie! W rodzinnym mieście pokazałam portrety fotograficzne mieszkańców ukochanego Iranu; wśród nich dwie zaskakująco smutne dziewczynki z miasta Bam, które za kilkanaście miesięcy w perzynę obróciło trzęsienie ziemi. Rok wcześniej już coś przeczuwały? Trochę się wstydzę, bo nigdy jeszcze nie byłam głodna. Poczekamy, zobaczymy, może kiedyś, inszallah... A tymczasem dziękuję losowi, że spotkałam tylu dobrych ludzi. Na dużej Nowej Gwinei i dużo mniejszej Biak i we francuskiej Gujanie. Na kenijskiej wyspie Lamu i w zaminowanej Kambodży. W Polsce też. Dokładniej – w Aleksandrówce koło Batorza. I w umiłowanym Szczecinie. Jestem wściekłą przeciwniczką wojny w Iraku (dlaczego tak mało jest u nas księży Staszków Musiałów?). Kocham konie. Nie jem mięsa.

² Wywiad ten ukazał się najpierw w nieznacznie różniącej się wersji w książce M. Łopatkowej, Pedagogika serca w dobie globalizacji, Kraków 2006, s. 138-155.

Podejrzliwość, w odróżnieniu od ostrożności, może stać się groźną infekcją, zakażającą jednostkę lub grupę osób i wtedy ogarnięta nią wyobraźnia potrafi przyjąć za fakt każdą brednię i rozpalic nienawiść.

Wystarczy przytoczyć pogrom kielecki. Jakiś chłopiec, nie poinformowawszy rodziców, poszedł na drugą wieś do krewnych. W trakcie jego poszukiwania rozniosła się plotka, że został uprowadzony przez Żydów, którym krew dziecka jest potrzebna do pieczenia macy. I stała się rzecz straszna. Rozwścieczony tłum mordował rodziny żydowskie ocalałe z wojennego koszmaru. Ocalenie to mordowani zazwyczaj zawdzięczali innym Polakom, którzy podczas okupacji z narażeniem życia ukrywali Żydów przed Niemcami.

Przed wojną, kiedy byłam małym dzieckiem, nikt nie straszył mnie ani mojej młodszej siostry Żydami, Cyganami czy pedofilami. Bez obawy więc, jako kilkuletnia dziewczynka, sama prowadzona za rączkę przez Żyda, poszłam z nim do sąsiadów, żeby się pochwalić swoją, kupioną przez mamę, wstążką do włosów. Na wsi wołano na niego Mair. Był podobny do Świętego Mikołaja: miał długą, siwą brodę, a na plecach duży kosz z mnóstwem praktycznych drobiazgów sprzedawanych gospodyniom. Zawsze w tym bajecznym koszu było coś dla dzieci. Cieszyłyśmy się więc, gdy przychodził do naszej wsi; lubiłyśmy go. Mama nigdy nie mówiła nam, jak to mówili moim rówieśnikom niektórzy rodzice, że Żydzi ukrzyżowali Chrystusa, że mordują dzieci, by mieć ich krew. Podczas okupacji nocowała w naszym domu Żydów, uciekających z niewoli żołnierzy radzieckich, partyzantów różnych ugrupowań; nie robiła różnicy między ludźmi potrzebującymi pomocy, chociaż ich nie znała, chociaż mogli nas okraść, zabić, spalić, byliśmy przecież bezbronni. Ojczym w Armii Andersa, ona, samotna matka, z dwiema małoletnimi córkami.

Drugą osobą, która wpoila we mnie wiarę w ludzi, była przed wojną wychowawczyni naszej klasy Helena Smulska, po mężu Nogowa. Wołała na mnie: „moja maleńka Marysieńka”. Szukała mnie po wojnie, bo bała się, że mogłam nie skorzystać z szerokich możliwości kształcenia i zaprzepaścić uzdolnienia, do rozwoju których się przyczyniła. I odnalazła mnie, mimo że obie już miałyśmy zmienione nazwiska. W listach, które do mnie pisała, nie zmieniła tytułu. Wciąż byłam dla Niej „Moją Marysieńką”, chociaż już nie „maleńką”. Dzięki Niej zrozumiałam, jak duże znaczenie ma w szkole mówienie wrażliwemu dziecku po imieniu i jaka jest różnica między „Marysieńką”, a stosowanym w innej szkole poleceniem: „Kręcisówna do tablicy”.

Czułość, tak bardzo potrzebna dzieciom, zawarta w zdrobnieniu imienia, w tonie głosu, w serdecznym geście, stała się dziś podejrzana. Boją się ją okazywać dorośli i – choć tego pragną – boją się ją przyjmować dzieci, ostrzegane, aby nie ufały nikomu, kto stara się być

dla nich miły. Przerażona tym narastającym klimatem podejrzliwości, zamieściłam niedawno w prasie tekst pod tytułem: *Przytulanie to nie molestowanie*.

Marysia

Pani niezwykła wrażliwość na dziecięcą krzywdę ma jakieś korzenie w Pani dzieciństwie?

Maria

Tak, w dzieciństwie wiejskiego dziecka, w losie tysięcy chłopskich dzieci, który też był moim losem. Od tej krzywdy się zaczęło i z latami rozszerzyło na wszystkie rodzaje krzywd dziecięcych, o których wieść do mnie dochodzi. Od najwcześniejszych lat odczuwałam niezaspokojoną ciekawość świata i ludzi. Zapamiętałam z tych najwcześniejszych pragnień dwa: żeby szybciej dorosnąć na wysokość stołu, aby zobaczyć, co na nim leży. Ile więc mogłam mieć wtedy lat? Dwa? Trzy?

Drugie pragnienie, żeby szybko nauczyć się samej czytać i nie prosić „Poczytaj mi, mamo”, bo mama miała zwyczaj przerywać głośne czytanie w najciekawszym miejscu, mówiąc, że musi iść „do obrządku”. Kiedy wreszcie mama pomogła mi poznać litery i posiadałam sztukę czytania, niełatwo było mnie odciągnąć od z trudem zdobytej książki. A odciągnąć trzeba było, bo, tak jak wszystkie dzieci chłopskie, musiałam pomagać w gospodarstwie.

Żniwa, wykopki, pielienie, pasanie krów, opieka nad młodszym rodzeństwem. Bieda w małych gospodarstwach, a do takich i nasze należało, wymuszała oszczędności. Znam więc dramat zgubionego ołówka, poplamionego zeszytu, rozdartej sukienki. Znam tęsknotę za nieznanym morzem, górami, za śpiącą lalką i za wycieczką do wesołego miasteczka. Dlatego, jako młoda nauczycielka w wiejskiej szkole, czytając wypracowania moich uczniów, zaczynające się od zdania: „Mnie w wakacje było smutno” wiedziałam, co to znaczy.

Brak wyrównania szans życiowych dzieci wiejskich w stosunku do ich miejskich rówieśników ujmowany w różnych wymiarach i sytuacjach, wciąż mieści się w kategoriach krzywdy. Bo pierwsze 10 lat życia dziecka zawiera niepowtarzalne możliwości rozwoju umysłu i uczuć pod nadzorem serca. Ciekawość świata, z którą się rodzimy, skazana przez otoczenie na ubóstwo doznań, może zanikać, jak wszystko, co nie jest w porę używane.

Marysia

Najpiękniejszy obraz z Pani dzieciństwa?

Maria

Motyl w szkolnej klasie. Piękny był, może dlatego go zapamiętałam? Może przyfrunął, żeby mnie oswoić z nowym miejscem? Dzieci w obcym otoczeniu lubią spotykać coś znajomego, coś, co nie zagraża i zmniejsza niepokój. Mnie zaś z motylami łączyła duża zażyłość. Kiedy siedząc wśród traw na nadwiślańskim wale czytałam książkę, siadały mi na włosach, na sukience, niczym żywe ozdoby, obdarowujące mnie pięknem. Mając ograniczone kontakty z rówieśnikami, mieszkaliśmy na tzw. majoracie, z dala od wsi, obcowałam blisko z tym całym bogactwem, jakie posiada przyroda nieskażona cywilizacją przemysłową. Lubiłam słuchać świerszczy, zachwycać się delikatnym zapachem powoi, marzyć, wsłuchana w szum fal mojej ukochanej Wisły.

Myślę, że ów związek z literaturą i przyrodą w dużej mierze wpłynął na kształtowanie mojej dziecięcej wrażliwości. Rozumiem więc, dlaczego noblista Rabindranath Tagore swoją szkołę poety umieścił wśród zieleni, z dala od miasta i pozwalał uczniom siedzieć na drzewach podczas nauki. I wiem dlaczego, już jako wiejska nauczycielka, zamiast w klasie, prowadziłam w lesie lekcje z moimi pierwszakami, siedzącymi wśród kwitnącego wrzosu. Najpiękniejsze obrazy zachowane w pamięci z mojego dzieciństwa to te, kiedy w majowo-czerwcowy piękny dzień siedzę nad Wisłą lub na miedzy, skryta wśród kwitnących zbóż i czytam. Żeby zdobyć książkę musiałam pokonać kilka kilometrów do biblioteki gminnej w Kamieniu albo do dworu, gdzie miła starsza pani pożyczała mi ze swego zbioru różne pozycje.

Pamiętam, że z radości, gdy nikt nie patrzył, całowałam okładkę, za którą krył się zaczarowany świat czekający na moje z nim spotkanie. Któregoś dnia, gdy odniosłam przeczytany tom, nie zastałam już starszej pani. Młodsza pani dziedziczka przyjęła oddaną książkę i powiedziała, żebym więcej nie przychodziła, bo tu nie wypożyczalnia. Wracałam do domu i płakałam. Z biblioteki gminnej, nader skromnie wyposażonej, wyczytałam prawie wszystko, jak leci, *Biografię Murzyna* też, chociaż nie miałam pojęcia, co znaczy słowo „biografia”. Przypomniła mi się po latach ten tytuł, gdy pisałam artykuł do „Życia Warszawy”: *Kto zechce zostać babcią Murzynka*. Szukałam wtedy dachu nad głową dla małego mulata.

Marysia

A najgorszy obraz z Pani dzieciństwa?

Maria

Pytasz o najgorszy obraz z mojego dzieciństwa... Był taki w czasach okupacji. Nasz dom w Braciejowicach był taką „chatą za wsią”, stojącą daleko od szosy. Dlatego w miarę bezpiecznie mogli się w nim spotykać partyzanci z Batalionów Chłopskich. Wśród nich było trzech moich wujków, Soboniów, z których najstarszy Felek, świeżo wziął ślub z wybranką swojego serca. Oczywiście, wszystko odbywało się w nocy, było tajne, nawet skromne przyjęcie, o którym wiedzieli tylko najbliżsi. Prawdziwe wesele miało się odbyć po wojnie w wolnej Polsce, o którą walczył pan młody i jego koledzy. Weselne przyjęcie zburzyła wiadomość, że do sąsiedniej wsi przyjechała nierozpoznana uzbrojona grupa. Jak się później okazało byli to własowcy, nieustępujący hitlerowcom w swym okrucieństwie wobec Polaków. Nasi chłopcy, z panem młodym na czele, pojechali na zwiad. Pierwszy rozpoznał nieprzyjaciela wujek Felek i ostrzegł kolegów. Przypłacił to życiem. Przewaga własowców była tak duża, a niebezpieczeństwo spalenia w odwecie przez nich całej wsi i wymordowania mieszkańców tak realne, że walka była bezcelowa.

Pogrzeb wujka miał się odbyć w nocy, w głębokiej tajemnicy. Zabroniono być na nim nawet wdowie. Nie każdy jest zdolny do rozpacz bez głosu. Koledzy wujka pozwolili, w drodze wyjątku, tylko mnie spoza ich grona uczestniczyć w tym tajemnym pochówku. Wiedzieli, że bardzo tego pragnęłam, bo lubiłam wujka, a ponadto zasłużyłam w kręgach konspiracyjnych na zaufanie roznosząc podziemną prasę czy przemycając pod nosem Niemców części radioodbiornika przekazującego wieści z Londynu. Jakiejś niepozornej dziewczynce łatwiej było przenieść rzeczy zakazane niż osobie dorosłej. BCH-owcy uważali mnie więc za swoją i pozwolili pożegnać wujka. Leżał w odkrytej trumnie, wykonanej przez towarzyszy broni. Wpatrywałam się w jakże mi znajomą twarz, a łzy mi płynęły, płynęły, bez jednego szlochu, bez łkania, tak, jakby ktoś inny płakał, nie ja. Chłopcy, jak przystało na honorową wartę, stali na baczność, w milczeniu, z bronią gotową do strzału, bo własowcy, zostawiając trupa, mogli przygotować zasadzkę na tych, którzy po niego przyjdą. Obok czekał wcześniej wykopany dół. Chłopcy nie spieszyli się do zamykania trumny, chcieliśmy jak najdłużej z nim być, utrwalić jego obraz na zawsze w pamięci. Przeraził mnie widok jego ręki, tej, z której się strzela. Leżała wyrwana na piersiach. Musieli się przed śmiercią nad nim pastwić.

Zginąłeś za Polskę wolną, sprawiedliwą, niepodległą. Wywalczymy ją i będzie taka, przyrzekamy ci. Te pożegnalne słowa, wypowiedziane przez jednego z partyzantów nad trumną przyjaciela, powracają do mnie z przeszłości ilekroć słyszę o nowych aferach, o korupcji, o wybrańcach narodu, zajmujących się tym, kto kogo bardziej opluje i ile

pieniędzy zdąży się wyprowadzić z państwowej kasy do własnej kieszeni, o wyrównywaniu szans dzieci chłopskich, chociaż się je w rzeczywistości bardziej pogłębia, o rosnącej różnicy między biednymi i bogatymi. Myślę wtedy: to prawda, że mamy Polskę wolną, ale czy sprawiedliwą, taką, za którą ginęli chłopcy z tamtych lat? Nie pamiętam, na którym cmentarzu poległych za ojczyznę, czytałam napis: „Jeśli o nich zapomnimy, Ty, Panie, zapomnij o nas”. Ja tamtej nocy zapomnieć nie mogę.

Marysia

Żyli wtedy Pani rodzice. Pewnie i dziadkowie. Co to znaczyło dla Pani być córką, być wnuczką?

Maria

Mój ojciec zmarł przed wojną niedługo po moim urodzeniu, na gruźlicę. Była to wtedy choroba dość nagminna i zbierała śmiertelne żniwo przede wszystkim wśród biednych, bo bogaci walczyli z nią środkami wówczas dostępnymi i chociaż nie były one tak skuteczne jak dzisiaj stosowane, to opóźniały jej rozwój lub zapobiegały powstawaniu. Od mamy wiem, że odziedziczyłam po ojcu urodę, jasny kolor oczu i włosów, smukłość sylwetki. Wrażliwość, która mi przeszkadza, ale i bogaci, przejęłam pewnie od obojga rodziców.

Kiedy ojciec zachorował, mama na jego leczenie wysprzedała wszystko, co w skromnym gospodarstwie można było spieniężyć. Zabrakło więc warunków, by chorego dobrze odżywiać, co w przypadku gruźlicy było konieczne. Warunki te w domu dziadków przedstawiały się korzystniej, zabrali więc syna do siebie. Ich dom od naszego dzieliły niecałe trzy kilometry. Mój ojciec czekał w tym domu ponad rok na śmierć. Pytał żonę, gdy do niego przychodziła, czy jest pewna, że istnieje życie pozagrobowe. Mówiła, że istnieje. Tylko tę nadzieję mogła mu podarować. Kiedy czuł zbliżający się koniec, chciał mnie zobaczyć. Mama wróciła po mnie od niego do domu, gdy mnie mu przyniosła, już nie żył. Mój dwudziestoletni Ojciec zmarł w najpiękniejszym okresie życia i najpiękniejszym miesiącu roku.

Często zastanawiałam się, co czuł i co myślał przez te długie dni i noce między atakami kaszlu, krwotokami i brakiem pomocy lekarskiej, na którą nie było pieniędzy. Mój ojciec musiał się bezsilnie buntować nie tylko przeciwko losowi, lecz także przeciwko światu, który jest wadliwie urządzony, i zamiast siły i środki skupić na walce z chorobami, cierpieniem, krzywdą, przeznacza je na zbrojenia, na trwanie rządzących w egoistycznych, ambicjonalnych celach, spycha słabych w sytuacje bez wyjścia, w samotność, biedę, beznadzieję. Może ojciec w ostatniej godzinie swojego istnienia, kiedy zapragnął mnie zobaczyć, chciał mi ów bunt

przekazać, żebym w dorosłości przełożyła go na działania? Bo to, co robię od dawna, ma jakiś z nim związek. Chociażby to, że nigdy nie zaakceptuję takiego ładu świata, w którym życie ludzkie będzie zależało od posiadania pieniędzy.

Jaką byłam córką dla mamy? Podobno byłam dobrym dzieckiem, tylko upartym. Tym się różniłam od mojej przyrodniej siostry Hani, że gdy mama na nas nakrzyczała, moim zdaniem niesłusznie, Hania przepraszała, a ja... zakładałam głodówkę.

Wobec babci mam grzech na sumieniu, którego do dziś z pamięci wyrzucić nie mogę. Babcia, jak chyba większość babć, zwykła okazywać mi swoją troskliwość przez dbałość, żebym się, broń Boże, nie przeziębiła, żebym nosiła szalik, czapkę, ciepłą chustkę osłaniającą od wiatru. I jak większość dzieci nie doceniałam tej dbałości o mnie; wołałam biegać z gołą głową, bez zbędnych nakryć. Któregoś dnia, wychodząc po lekcjach ze szkoły, byłam wtedy w drugiej klasie, zauważyłam babcię, czekającą na mnie z wełnianą chustką. Uciekłam jej, chociaż wołała za mną. Bałam się drwin kolegów, że babcia musi swą wnusię jak dzidziusia otulać przed zimnem. Po powrocie do domu gryzło mnie sumienie, że babcia na próżno szła taki kawał drogi, a chodzić jej już było ciężko, tymczasem ja, niewdzięcznica, zamiast jej podziękować, zostawiłam ją samą przed szkołą. Minęło kilka dni, a ja wciąż nie miałam odwagi, jakoś się przed nią wytłumaczyć, przeprosić. Którejś nocy obudziło mnie dobiegające z sąsiedniego pokoju rżenie. Spłakana mama przyszła mi powiedzieć, żebym tam nie szła, bo już się nie da babci w niczym pomóc, i że ona do rana będzie przy niej czuwać. A ja do rana modliłam się żarliwie, jak tylko dziecko potrafi, żeby babcia wyzdrowiała i żebym jej powiedziała, że ją kocham i że już zawsze będę dla niej dobra i żeby mi wybaczyła tamtą ucieczkę sprzed szkoły.

Babcia umarła, nie odzyskawszy przytomności. Zdarzenie to uświadomiło mi, że ważnych spraw, jakie zaistniały, niezależnie od wieku, między ludźmi, nie wolno odkładać na potem. Bo „potem” może stać się niemożliwe. Dlatego, sądzę, tak bardzo popularne, nie tylko wśród czytelników poezji, stało się powiedzenie księdza Jana Twardowskiego: „Śpieszmy się kochać ludzi, tak szybko odchodzą”.

Marysia

Zaczęła Pani naukę podczas niemieckiej okupacji...

Maria

Tak, gimnazjum. Pierwszą klasę przerabiał ze mną ksiądz Jan Nieróbca. On mi ukazał piękno literatury greckiej i rzymskiej. Potem uczęszczałam na tajne komplety w Solcu nad Wisłą. Za udział w tajnym nauczaniu groziła wtedy śmierć. Bardzo przeżyłam pierwszy

w życiu egzamin, oczywiście też potajemnie zorganizowany we dworze we wsi Kamień, blisko posterunku niemieckiego. Język polski poszedł mi dobrze. Pisałam wypracowanie „Pożar Rzymu” na podstawie lektury *Quo Vadis*. Gorzej z matematyką. Stres tak sparaliżował mi myślenie, że byłam pewna, iż egzaminacyjnego zadania nie rozwiążę i nie zdam. Siedziałam więc nad pustą kartką i umierałam z przerażenia. I wtedy stał się cud! Ktoś poprosił profesora od matematyki do drugiego pokoju. Profesor od polskiego, któremu się spodobał mój „Pożar Rzymu”, podszedł do mnie i pustą kartkę przykrył kartką z rozwiązaniem zadania. Szybko ją przepisałam, zanim zdążył wrócić profesor od matematyki. Nie mam pamięci do nazwisk, ale tego nauczyciela, który mnie uratował łamiąc przepisy egzaminacyjne, zapamiętałam na całe życie. Nazywał się Rytell!

Teraz na spotkaniach z młodzieżą mówię jej czasem rzecz ponoć niepedagogiczną: jeśli będąc przez tyle lat uczniem nie zdarzyło ci się ani razu komuś podpowiedzieć, ani razu dać ściągę, ani razu stanąć w obronie słabszego kolegi napastowanego przez rówieśników, to musisz się nad sobą głęboko zastanowić, czy jesteś porządnym człowiekiem i czy czasem nie zboczyłeś z drogi wiodącej ku ludziom.

Marysia

A potem była już normalna szkoła. Normalna czy straszna?

Maria

Straszna szkoła jest tam, gdzie jest straszny nauczyciel. Wystarczy jeden taki, żeby bać się całej szkoły. Właśnie staram się o indywidualne nauczanie dla inteligentnego, zdolnego chłopca, cierpiącego na fobię szkolną, chorobę, w którą wpędzają nadwrażliwych uczniów nauczyciele-dręczyciele. „Chcemy nauczycieli, nie dręczycieli” – z tym hasłem poszli pod Sejm licealiści jednej z warszawskich szkół, kiedy ich kolega przez takiego dręczyciela rzucił się pod pociąg.

W pierwszej klasie liceum ogólnokształcącego mieliśmy matematykę, panią Krystynę, o dużej wiedzy teoretycznej, dającej jej poczucie władzy nad uczniami-humanistami, niedostatecznie zaangażowanymi w służeniu królowej nauk ścisłych. Do tych miernot matematycznych należałam również ja. Pani profesor miała zwyczaj władczyim głosem rozkazywać: „Kręciszówna do tablicy”. A kiedy już czekałam niczym na ścięcie, jaki przemyślnie skomplikowany przykład mi podyktuje, żebym nie mogła się z niego z honorem wypłatać, ona wyciągała tomik poezji i odczytywała wiersz tak ultranowoczesny, że nie sposób było cokolwiek z niego zrozumieć lub odczuć. I wtedy zwracając się do mnie mówiła: „I ty to uważasz za poezję? Matematyka to poezja. Jeśli z niej dostaniesz dwoję, to

choćbyś miała na świadectwie same piątki, nie zdasz”. Po takim wstępie wszystkie poznane formuły matematyczne zapadały mi się w niepamięć, jak w przepaść.

Do maturalnej klasy przeniosłam się z Pabianic do Zgierza, do tamtejszego liceum pedagogicznego. Matematyki uczyła nas niepozorna, nieurodziwa, skromna i cicha Brońcia. Nawet „pani” do niej nie pasowało. Podawała nam wiedzę matematyczną w sposób tak jasny i zrozumiały, że każdy z nas bez trudu mógł sobie ją przyswoić. Spora więc grupa uczniów (ja też) zdecydowała się, spośród innych dowolnych przedmiotów, jako przedmiot do zdawania egzaminu maturalnego, wybrać... matematykę. Zdaliśmy wszyscy, z dobrymi wynikami, jako że Brońcia, chociaż nikt jej nie kazał ani nie płacił, zostawała z nami po lekcjach, dawała nam do rozwiązywania różne trudne przykłady, i dotąd tłumaczyła, aż największy antytalent matematyczny wszystko zrozumiał. Dzięki Brońci pojęłam, że wyniki nauczania nie zależą od uzdolnień ucznia, lecz od umiejętności nauczyciela i jego przyjaznego stosunku do tych, których naucza.

Po to więc, aby tylko tacy nauczyciele jak Brońcia czy Smulska uczyli w szkołach, Parlament przyjął moją poprawkę do ustawy i wprowadził ocenę nauczycieli przez uczniów, ale nauczycielskie związki zawodowe szybko postarały się, by ten zapis w ustawie wykreślić. Tymczasem, dopóty dopóki w oświacie nie będzie większości nauczycieli akceptowanych przez uczniów, nie będzie w szkołach wychowania. Bo nie ma wychowania bez miłości – jest tresura.

Marysia

W czasach, o których dzisiaj mówi się: „epoka PRL-u”, niektórzy cierpieli, reszta jakoś żyła. Było skromnie, ale zebranych dzieci na ulicach nie było. I wbrew temu, co często dzisiaj się mówi, Polska Ludowa nie była kulturalną pustynią. Wtedy zaczęła Pani studiować, pracować i pisać...

Maria

Myślę, że gdyby nie Polska Ludowa ani ja, ani moja siostra, nie ukończyłybyśmy studiów wyższych. Z dwuhektarowego gospodarstwa ledwie dało się wyżyć, a nauka sporo kosztowała. Mama była gotowa sprzedać ziemię, byle nas uczyć. Tylko z czego bez gospodarstwa utrzymać rodzinę? Na studia polonistyczne w Łodzi zostałam przyjęta bez egzaminu, podobnie jak wszyscy, którzy udokumentowali swój udział w ruchu oporu. Po studiach, na własne życzenie, poszłam pracować do małej szkoły wiejskiej w Modlicy z klasami łączonymi, bez elektryczności, bez życia kulturalnego. Okres stalinowski był koszmarny. „Awansowałam” nawet na wroga klasowego.

Przed skazaniem za wywrotową robotę ochronili mnie modliccy chłopię, swoją wypróbowaną strategią wobec przedstawicieli władz. Pouczali mnie: po co się pani z nimi wyklóca, szkoda strzepić gębę. Oni wyjadą, a my dalej będziemy robili swoje. I robiliśmy tak, że kiedy wreszcie przyszedł polski Październik, Modlica z działalności kulturalnej stała się sławna w całym kraju. To wtedy nasza wieś jeździła do teatru do Łodzi na Szekspira, recytowała Mickiewicza, Różewicza, Gałczyńskiego, jeździła po różnych miejscowościach z teatralną adaptacją *Dziurdziów Orzeszkowej*, za co w ogólnopolskim konkursie teatrów amatorskich otrzymała pierwsze miejsce.

Okres gomulkowski, to okres mojego kierowania podwarszawską ołtarzewską szkołą, pierwszą „tysiąclatką” na Mazowszu. Opisałam te lata w książce *Kierownika szkoły dni powszednie*. Miałam o czym pisać, bo chociaż trzeba się było użerać z niektórymi tępymi aparatczykami „przewodniej siły narodu”, to przecież można było wiele dobrego na rzecz dzieci i młodzieży zrobić. Ołtarzewscy uczniowie uczyli się obcowania ze sztuką: malarstwem, muzyką poważną, teatrem, literaturą piękną. Raz w miesiącu był dla wszystkich klas koncert, poprzedzony przygotowaniem dzieci do odbioru tego rodzaju muzyki. Przy szkole działały: Uniwersytet dla Rodziców, ognisko przedszkolne, Klub Młodej Inteligencji, koło ZMW, piwnica, w której odbywały się spotkania z ciekawymi ludźmi, dyskusje, kameralne rozmowy o życiu. To smutne, że dziś ze świecą szukać trzeba szkoły skupiającej przy sobie tyle ważkich społecznie inicjatyw. Wtedy jeszcze chciało się społeczeństwu budować „Tysiąc szkół na Tysiąclecie”, malarzom urządzać szkolne galerie sztuki, a młodzieży organizować na wsiach klubo-kawiarnie i teatrzyki kukiełkowe dla chłopskich maluchów.

Okres gierkowski był dla dzieci bardzo życzliwy w przydziale środków. Nauczycielom podniesiono pensje, zaczęły się rozwijać rodzinne domy dziecka, rodziny zastępcze, obozy, kolonie letnie i zimowe oraz inne formy służące dzieciom. Gdyby fundamentaliści nowego porządku nie głosili, że wszystko, co stare, co stworzono w PRL, było złe i gdyby do nowej rzeczywistości politycznej przenieśli to, co powojenne społeczeństwo dokonało przez półwiecze dobrego, wiele z tego ocalałoby i służyło dziś dzieciom. I pewnie nie mielibyśmy dzieci żebrzących i zapaści kulturalnej na wsiach.

O tym, co się w tamtych czasach także złego działo, o totalitaryzmie, braku suwerenności, o zakłamaniu wiemy wszyscy. Ale i w PRL, pomijając wady ustrojowe, wszelkiego zła byłoby mniej, gdyby rządzących od reszty społeczeństwa nie odgradzały grupy ich współpracowników, zainteresowanych utrzymaniem za wszelką cenę intratnych stanowisk i robieniem kariery.

Marysia

Wiem, że chroni Pani bliskich przed ciekawską prasą. Ale to przecież mogę powiedzieć, bo kiedyś sama Pani o tym napisała. Jest Pani mamą dwojga dzieci. I babcią.

Maria

Tak. Kocham ich i wiele im zawdzięczam. Wzbogaciły moją wiedzę o dziecku, zwłaszcza o małym, bo starsze dzieci mogłam obserwować w szkole. Na skutek kontrastowych charakterów nie ułożyło nam się życie z mężem, nauczycielem, wychowałam więc sama moją córkę Hanię i syna Andrzeja, ale nigdy nie utrudniałam im kontaktów z ojcem. To dzięki przede wszystkim moim rodzonym dzieciom zdobyłam argumenty przeciwko Erichowi Frommowi, którego w innych kwestiach bardzo cenię, że małe dziecko jest egocentryczne i niezdolne do miłości ani do myślenia o innych ważnych sprawach. Tymczasem u dzieci już bardzo wcześnie rodzą się pytania natury egzystencjalnej. Niełatwo było odpowiedzieć mojemu czteroletniemu synowi, gdy pytał: Gdzie ja byłem, jak mnie nie było na świecie? Albo na zawartą w pytaniu prośbę o potwierdzenie: Ty nie umarnies, prawda?

Dzieciom trzeba odpowiadać zawsze zgodnie z prawdą, lecz tak, żeby nie zasiać w nich ani odrobiny lęku, bo tę odrobinę potrafią w swej wyobraźni wyolbrzymić, nabawić się lęków nocnych i budzić się z krzykiem nieprzytomne ze strachu. Moja babcia, kiedy byłam małą, wciąż mi opowiadała o diabłach, w istnienie których święcie wierzyłam. Nabawiłam się przez to nerwicowego lęku przed zasypianiem. Każdej nocy śniły mi się diabły wlokące mnie do piekła. Moja córka, trzyletnia Haneczka, udowodniła mi, że niektórzy dorośli, nawet ci wyposażeni w wiedzę psychopedagogiczną, w pewnych warunkach zachowują się nieodpowiedzialnie jak dzieci, a dzieci odpowiedzialnie jak dorośli. Otóż tą nieodpowiedzialną matką byłam ja, gdy przyszło mi pożegnać moją córkę, odjeżdżającą do zakaźnego szpitala. W tych czasach jeszcze rodzice nie mieli wstępu do dziecięcych szpitali. Przerażała mnie myśl, jak moje dziecko pierwszy raz przeżyje rozstanie ze mną, chore, cierpiące, wśród obcych ludzi, w obcym miejscu. Wiedziałam, że powinnam ją do tego przygotować, nie okazać niepokoju, pożegnać uśmiechem. Było to jednak ponad moje siły. Nie potrafiłam powstrzymać łez. I wtedy Haneczka, cała obsypana krostami, męczona wysoką gorączką, zaczęła mnie pocieszać: Nie płac, mamuniu, nic mi nie jest, pojedę i wrócę do ciebie. I próbując się uśmiechnąć, zażartowała, wskazując rączką na moje łzy: Descyk pada. Przywołała mnie tym do porządku i pozwoliła pielęgniarce bez protestu wnieść się do karetki pogotowia. Wiedziałam, że bardzo się boi, że cierpi, ale nie ujawnia tego, żeby mnie

uspokoić. Jej opanowanie było silniejsze od mojego. Prawdę mawiał Korczak, że w dziedzinie uczuć musimy się uczyć dorastać do dzieci, one nas znacznie przewyższają.

Marysia

Pół wieku mija, odkąd służy Pani dziecięcej sprawie. Proszę opowiedzieć o jakimś niezwykłym dziecku, które Pani spotkała.

Maria

Spotykam takie dzieci, chociaż niezwykli nie rodzą się na kamieniu, a niezwykłość bywa pozytywna i negatywna. Przyjęliśmy do ogniska wychowawczego chłopca, którego matka w wigilijny wieczór wyrzuciła na ulicę. Wielki przyjaciel dzieci, dr Jerzy Serejski, załatwił mu dodatkowe korepetycje z matematyki, bo powiedział, że dzieciak ma tak genialny umysł, iż wyrośnie na drugiego Einsteina. Rzecz w tym, że umysł miał genialny, lecz serce tak przepełnione nienawiścią do wszystkich i wszystkiego, że najbardziej wytrawni specjaliści nie potrafili sobie z nim poradzić. Kiedy zdemolował gabinet lekarski pani doktor będącej z nim w poprawnych stosunkach, zapytałam go, dlaczego to zrobił. Odpowiedział, że naprawdę nie wie dlaczego, ale musi to robić.

Przypomniała mi się wtedy rozmowa z prof. Dryjskim, kiedy na Uniwersytecie Łódzkim zdawałam u niego egzamin z psychologii. Pokazując mi maszynopis swojej książki o podświadomości, zaznaczył, że zajął się tą dziedziną, bo nauka za mało docenia rolę, jaką spełnia ona w życiu człowieka. Myślę, że w naszym wychowanku krzywda niekochanego dziecka zrodziła nienawiść, a następnie zepchnęła ją do podświadomości. Nie umiając się tam dostać ani on, ani my, wychowawcy, nie potrafiliśmy racjonalnie wytłumaczyć jego destrukcyjnych zachowań. Nienawiść, połączona z genialnym umysłem, może dokonać rzeczy strasznych.

Któregoś dnia przerażony wychowawca przyniósł mi do gabinetu bogaty zestaw słoików oznaczonych trupimi czaszkami. Były to różnego rodzaju trucizny, którymi można było wytruć wszystkie dzieci i personel ogniskowy. Słoiki ukryte były w pokoju naszego „Einsteina”. Nie chciał powiedzieć, gdzie i po co je ukradł. Rada pedagogiczna nie zamierzała ryzykować życia swojego i podopiecznych. Uchwaliła więc przeniesienie go do specjalistycznego zakładu. Może on był jeszcze do uratowania, ale czy mamy w kraju takie psycho-pedago-medyczne laboratoria, w których uczeni odkrywaliby przyczyny różnych chorób, na które cierpi dziecięca dusza?

Marysia

W Talmudzie napisano, że kto ratuje jedno życie, ratuje cały świat. Udało się Pani uratować cały świat?

Maria

Udało się uratować wiele światów. Ale ten największy, poddany procesowi globalizacji i dehumanizacji, ten, co, jak twierdzi Stanisław Lem, uległ zdeptaniu i spłaszczeniu, nie jest przyjazny dziecku wbrew temu, co głosi ONZ. Stąd, ratując jedno lub grupkę dzieci, widzę oczami wyobraźni tysiące małych męczenników, cierpiących pod władzą coraz to bardziej wynaturzonych dorosłych, a ja nie mogę tych dzieci ochronić. Dlatego tak uparcie dopominam się prawnej ochrony więzi uczuciowej dziecka z osobą, z którą jest związane. Jeśli taka osoba jest, będzie dziecko broniła przed krzywdą.

Marysia

A dziecko, o którego życie batalię Pani przegrała. Było takie?

Maria

Było. Miało siedemnaście lat i sprzedawało swe ciało za „działkę”. Śliczna dziewczyna. Kiedy przysłała do mnie, szukając instynktownie ostatniej szansy ocalenia, powiedziała, że jest wewnętrznie martwa. Doprowadzoną przeze mnie do łez uściskałam radośnie: „Widzisz, żyjesz! Kto jest zdolny jeszcze do płaczu, może się ratować”. Namówiłam ją wtedy na odtrucie. Po wyjściu ze szpitala nie potrafiła oprzeć się pokusie. Był „złoty strzał” i nie ma już pięknej dziewczyny.

Przegrałam batalię o życie Moniki licealistki. Bardzo prawa i mądra dziewczyna. Nie znosiła szpanu, obłudy, fałszu w zachowaniach rodzinnych i koleżeńskich. Źle się czuła i w „porządnym” domu, który wewnątrz wcale porządnym nie był. Źle się też czuła w klasie, której przewodziła jej była przyjaciółka, poniżając ją i bawiąc się jej kosztem. Korespondowałyśmy ze sobą ponad dwa lata. Chciałam jej pomóc. Proponowałam, że spotkam się z rodzicami, że przeprowadzę lekcję wychowawczą w jej klasie. Nie zgodziła się. Bała się jak ognia ujawnienia, że do mnie pisze: „starzy by mnie zabili”. Ostatni mój list nie zdążył do niej dojść. Skoczyła z dachu dziesięciopiętrowego bloku. W mojej książce dla młodzieży *Morderstwo przed studniówką*, zadedykowałam jej jedno z opowiadań: *Monice, mojej nieznannej Przyjaciółce*.

Marysia

Tak czy inaczej, ale przez wiele lat jakoś Pani politykowała, żeby pomóc dzieciom. Trzeba było spotykać się, rozmawiać, „brać udział”. Dzisiaj niektórzy się tego wstydzą. A Pani?

Maria

Wstydziłabym się, gdybym nie brała udziału, stała z boku i miała za złe, gdy dzieci oczekują pomocy. Przecież to w PRL powstał pierwszy w tej części Europy Komitet Ochrony Praw Dziecka. Twój ojciec, jeden z pierwszych, założył Terenowy Komitet Ochrony Praw Dziecka we Wrocławiu. I to on pieniądze z nagrody papieskiej przeznaczył na „Betlejem”, żeby dać dach nad głową bezdomnym, ciężarnym matkom. Tymczasem mógł, jak inni, chlubiący się teraz, że nie pokalali się PRL-em, robić szmal, budować dachy, zmieniać samochody na lepsze. Jest świetnym prawnikiem. A wiesz, ile wziął od jednej z matek za prowadzenie jej sprawy w sądzie? Jeden grosz. Bronił tej kobiety za prawdziwy, ewangeliczny wdowi grosz. Istnieją rzeczy ważniejsze od pieniędzy, ambicji, a nawet utracenia dobrego imienia w oczach opinii publicznej.

To ostatnie groziło mi w czasie stanu wojennego. Trwał wtedy bojkot występowania w telewizji. Przewodnicząc Komitetowi Ochrony Praw Dziecka wystąpiłam do gen. Kiszczaka w sprawie rodziców internowanych, niewiedzących, gdzie są ich dzieci i co się z nimi dzieje. Generał Kiszczak powiadomił nas, że wydał rozporządzenie funkcjonariuszom, by dzieci były oddawane pod opiekę osób wskazanych przez rodziców. Rzecz w tym, że rodzice o takim rozporządzeniu nie wiedzieli. Jedyna możliwość dotarcia do społeczeństwa z tą wiadomością to ogłoszenie jej w telewizji. Taka możliwość zaistniała, albowiem kierownictwo telewizji za pośrednictwem znanej i szanowanej dziennikarki prosiło mnie o wystąpienie w Dzienniku Telewizyjnym. Wiedziałam, czym mi to grozi, jeśli się na to zgodzę. Opinia publiczna, która dotąd była mi przychylna, mogła mnie skazać na społeczny niebyt.

Wiele jest przykładów na to, jak za jedno wystąpienie odsądzano człowieka od czci i wiary, nie bacząc na jego wieloletnie zasługi. Biłam się z myślami – co jest ważniejsze, moja reputacja, czy pomoc rodzicom i dzieciom w zmniejszeniu dramatu rozłąki? Zgodziłam się wystąpić w Dzienniku, pod warunkiem, że nie zostanie usunięty z nagrania fragment, w którym mówię o dzieciach rodziców internowanych. Taką gwarancję wprowadzić uzyskałam, lecz komisarz cenzurujący program, nie puścił mojego wystąpienia na antenę.

Myślę, że tylko w trudnych sytuacjach możemy sprawdzić, ile jest w nas egoizmu, a ile altruizmu, ile wierności ideałom, a ile zgody na zdradę.

Marysia

Dla jednych jest Pani wrogiem Kościoła. Dla innych – wręcz przeciwnie. Jak to z Panią naprawdę jest?

Maria

W świętych księgach czytamy, że Bóg jest Miłością, ja zaś wierzę w Miłość, czyli wierzę w Boga. Sądzę, że najgłupsza rzecz, jaką twórcy komunizmu wymyślili, to walka z religią. Już na samym początku skazywali się na przegraną. Bo Bóg, jakkolwiek będzie nosił nazwę, jest ludziom potrzebny dotąd, dopóki będzie istniała śmierć, czyli wiecznie. Po co ludziom odbierać to, z czym łatwiej jest im żyć? Ja nie mogłam pocieszyć matki mojej uczennicy, która zginęła pod kołami samochodu, wracając ze szkoły. Ksiądz pocieszył, zapewniając, że spotka ją w niebie.

Jako wrażliwe dziecko, wychowane w rodzinie katolickiej, byłam tak pobożna, że wierzyłam dosłownie we wszystko, co głosił Kościół. W nocy straszyły mnie diabły, w dzień czułam się świętą, zdolną do czynienia cudów. Stałam przed kałużą, robiłam znak krzyża i wierzyłam, że woda się rozstąpi, jak w Piśmie Świętym, i przejdę suchą nogą. Owszem, przesłam, tylko w domu nie śmiałam odpowiedzieć mamie na proste pytanie: Gdzieś ty się, dziecko, tak uszargała?

Pierwsze wątpliwości w wierze naszyły mnie przy rozważaniu sakramentu chrztu. Dlaczego sprawiedliwy Bóg inaczej traktuje dzieci ochrzczone i nieochrzczone? Im bardziej dorastałam do refleksyjnego myślenia, tym więcej rodziło mi się obrazoburczych pytań i protestów. Mój ojciec umarł, bo Bóg tak chciał? Jaki dobry Bóg chce zabrać dziecku ojca? Co to znaczy, że Bóg doświadcza niewinnych ludzi, zsyłając na nich cierpienie? A już zupełnie nie zgadzałam się z takim Bogiem, ze Starego Testamentu, który każe Abrahamowi zabić swojego ukochanego syna Izaaka na dowód całkowitego oddania i posłuszeństwa Stwórcy.

Tak to pod wpływem heretyckich myśli, które nijak mi nie potwierdzały zdania, że Bóg jest miłością, starałam się doprowadzić do zgodności tych dwóch pojęć, żeby nie utracić wiary. I prawie mi się to udało. Doszłam do wniosku, że zgodność ta jest możliwa wówczas, jeśli przyjmujemy, że siła sprawcza istnienia świata, jaką jest Bóg, w swej miłości do człowieka wyposażył go we wszystko, co sam posiada, dał mu rozum, uczucia i wolną wolę, by władał tym światem i czynił go szczęśliwym. Jest w tym świecie wszystko, aby pokonać

choroby, głód, nieszczęścia, wojny. Gdyby ludzkość tyle przeznaczyła na naukę, ile przeznacza na zbrojenia, dawno już zwalczylibyśmy raka, AIDS, śmiertelne wirusy. Gdyby dzieci wychowywane były w miłości, i uczone empatii, nie wyrastałyby na tyranów ani tych domowych, ani tych, co zdobywszy władzę, mszczą się na milionach za własne nieudane dzieciństwo.

To od ludzi zależy, czy świat stanie się przyjazny dzieciom, czy zginie wraz z dziećmi i naszą cywilizacją w wojnie nuklearnej. Gdyby nastąpił koniec świata, to nie z woli kochającego nas Boga, lecz ze złej woli człowieka, który dysponując boską mocą umysłu wynalazł broń totalnej zagłady. I wtedy na sądzie ostatecznym byłibyśmy sądzeni, jak głosi Pismo Święte, z miłości realizowanej w konkretnych sytuacjach, a nie z tego, czy i jakiej wiary jesteśmy wyznawcami.

Marysia

Jest Pani już starszą panią. Pewnie nie wypada o to pytać, ale zaryzykuję. Co Pani sądzi o prawie człowieka do humanitarnej śmierci?

Maria

Nie tylko wypada, ale trzeba o tym rozmawiać i o to pytać osoby w każdym wieku, nie tylko w tym, w którym statystycznie się umiera. Ja do dziś żałuję, że nie pozwoliłam mamie rozmawiać ze mną o śmierci, gdy zachorowała, bo bałam się dopuścić nawet myśli o jej odejściu. Istnieje różnica między ludźmi prostymi i intelektualistami w ich stosunku do śmierci i cierpienia. Różnicę tę w genialny sposób ukazał Izaak Babel w opowiadaniu *Śmierć Dołguszowa* z cyklu „Armia Konna”.

Dołguszow został podczas bitwy ciężko ranny, prosił, by koledzy go dobili. Babel pisze: „Brzuch miał wyrwany, kiszki splezły na kolana i widać było bicie serca. Nie – odpowiedziałem – i dałem koniowi ostrogę”. Do ранego podjechał inny żołnierz, Afonka. „Rozmawiali ze sobą krótko – nie słyszałem słów.

Dołguszow podał wachmistrzowi swoją legitymację, Afonka schował ją za cholewę i wystrzelił Dołguszowowi w usta. – Afonia – powiedziałem z żalnym uśmiechem i podjechałem do Kozaka – a ja nie mogłem. Odejdź – odpowiedział mi błędnie – zamorduję! Litujecie się nad nami, okularniki, jak kot nad myszą...”

Wybitny kardiolog Christiaan Barnard w swojej książce *Godne życie, godna śmierć* pisze: „Zadziwiają mnie ludzie, którzy skłonni są okazać litość zwierzęciu i skrócić mu życie, a jednocześnie mają wątpliwości, czy wolno taki przywilej rozszerzyć na ich bliźnich”. Profesor Barnard, powołując się na egzystencjalistów, przyznaje im rację, mówiąc, że czasem

śmierć może być czymś dobrym dla duszy. Ja się z tym zgadzam z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to osób młodych i tych, niezależnie od wieku, którzy w przededniu odejścia na „drugi brzeg” chcą jeszcze tym, którzy zostają, podarować coś z siebie.

Antoni Kępiński, wybitny psychiatra, swe najlepsze książki napisał wtedy, gdy był już śmiertelnie chory i śpieszył się, by zdążyć pomóc nimi swym psychicznie chorym pacjentom, którym poświęcił życie. Być potrzebnym ludziom nawet przez to, że z godnością znosimy przeciwności losu, pozwala nam ocalić sens istnienia i szacunek osób niosących nam pomoc. Dorota pisała do mnie list, trzymając długopis w ustach. Miała tylko zdrową głowę, reszta ciała była sparaliżowana. Prosiła mnie o pomoc w dostaniu się na studia psychologiczne po pokonaniu barier, jakie jej postawiono w przyjęciu do szkoły podstawowej i średniej. Postanowiła zostać psychologiem-logoterapeutą, bo przekonała się, że rozmowa z nią przywraca ludziom zdrowym sens życia, zagubiony we współczesności, nastawionej na rywalizację, sukces, karierę.

W moich książkach dla młodzieży piszę, że w najbardziej trudnej sytuacji śmierć nie jest wyjściem. Że jeśli się ma przed sobą wiele lat życia, można znaleźć jego sens i wtedy, kiedy jest się na inwalidzkim wózku i kiedy ma się zdrowe nogi nierokujące sukcesu w castingu na modelkę. Ale kiedy jest się na ostatnim krańcu życia i ma się medyczny wyrok, niedający najmniejszej nadziei na wyzdrowienie lub kiedy medycyna jest bezsilna wobec męczarni końcowej fazy nieuleczalnej choroby – człowiek powinien mieć prawo do humanitarnej śmierci i poszanowania swej woli. Powinno się to prawo tak zabezpieczyć przed nadużyciem, żeby nie mogła go osiągnąć podłość ludzka. Wiem, że to jest trudne, ale chyba możliwe, chociaż ryzykowne. Zalegalizowanie bowiem eutanazji, mogłoby zachwiać poczuciem bezpieczeństwa osób chorych nawet przy największym obwarowaniu tej legalizacji środkami uniemożliwiającymi jej nadużycie.

Trudno zaprzeczyć, że wszyscy pragniemy lekkiej śmierci. Jeśli rodząc się, przychodzimy na ten świat z płaczem, to żegnać go powinniśmy przyjaźnią, z uśmiechem, zwłaszcza, gdy pochylają się nad nami nasi najbliżsi, których chcielibyśmy pocieszyć. Właściwą atmosferą, a także środkami farmakologicznymi daje się wpłynąć na lepsze samopoczucie człowieka, na zmniejszenie jego lęku i rozpacz rozstania ze wszystkim, co ukochał. Gdybyśmy my, żyjący, nie uciekali strachliwie przed tematem śmierci i tym, co się z nią wiąże, gdybyśmy nie odsądzali od czci i wiary zwolenników eutanazji, pozwalając samotnie konać chorym za szpitalną zasłoną czy dyskryminować zmarłych samobójców gorszym pogrzebem, może dohumanizowalibyśmy tę dziedzinę. Nie wierzę, aby Bóg, który jest Miłością, gorzej traktował bliźniego, który z nadmiaru cierpienia targnął się na swoje

życie, od tego, kto zmarł naturalną śmiercią na rodzinnym łożu, namaszczone ostatnim sakramentem.

Wracając z Rzymu z konferencji Unii Międzyparlamentarnej, przeglądałam w samolocie „Muzę rzymską”. Lot ów wykorzystałam twórczo, trawestując epitafium poświęcone Klaudii na poświęcone Marii. Przytoczę Ci obydwa teksty dla porównania.

Klaudia

Gościu, co rzekę, krótkie będzie. Stań i czytaj.
To niepiękny grobowiec kobiety pięknej.
Rodziciele nazwali ją Klaudią. Męża
Miłowała swego całym sercem. Dzieci
Zrodziła dwoje – jedno z nich na ziemi żywie,
Drugie w ziemi spoczywa. W mowie była wdzięczna,
A kroczyła z godnością. Domu swego zawsze
Strzegła. I wełnę przędła. To jest wszystko. Idź już.

Maria

Gościu, co rzekę, krótkie będzie. Stań i czytaj.
To spokojny grobowiec kobiety niespokojnej.
Rodziciele nazwali ją Marią. Niezależność
Zachowała do śmierci. Zrodziła syna i córkę.
W mowie była prawdziwa. Kroczyła niecierpliwie.
Wełny nigdy nie przędła. Kochała dzieci i wiersze.
Wierzyła w miłość, która ocali świat.
To wszystko. Idź już.

Takie epitafium byłoby dużo ciekawsze od dzisiejszych napisów na stereotypowych nagrobkach. Jeśli pamięć o tych, co odeszli, chcemy przedłużyć i przybliżyć, to dlaczego nie napiszemy o czymś, co było ważne w ich życiu? Na przykład, że kochali poezję.

Marysia

Na Pani biurku widziałam tomiki poezji Małgorzaty Hillar, księdza Twardowskiego, Tadeusza Różewicza, Wisławy Szymborskiej, Ireny Conti. Życ bez poezji nie można?

Maria

Można. Ale co to za życie, zubożone o coś, co jest dostępne na wyciągnięcie ręki, lecz niewykorzystane, chociaż zawiera piękno mogące uszczęśliwiać uczzonego i zwykłą chłopkę. Tylko ilu mamy nauczycieli podobnych do tego ze „Stowarzyszenia umarłych poetów”, którzy to piękno przed uczniami odkrywają?

Marysia

Słyszałam, że potrafi Pani zdenerwować się, ponoć nawet krzyknąć. Ale ja kojarzę z Panią ciepły, mądry uśmiech. Matka Teresa z Kalkuty też często uśmiechała się...

Maria

Dorosły bez uśmiechu mnie trwoży, a dziecko niepokoi. Czasem spotykam takie dzieci, nieumiejące odpowiadać uśmiechem na uśmiech. Myślę wtedy, że ktoś je musiał głęboko zranić. Tak, to prawda, że potrafię zdenerwować się na kogoś, komu staram się pomóc, wierzę mu, a on mnie oszukuje i przysyła kartę z pozdrowieniami, podpisując się „niewypał pedagogiczny”. Rozmawiając z takim „niewypałem” podnoszę czasem głos, ale natychmiast się usprawiedliwiam: „Wiesz, dlaczego na ciebie krzyczę? Bo mi na tobie zależy”.

Swoją pierwszą książkę dla nastolatków zatytułowałam: *Co macie na swoją obronę* i zaczęłam ją od serdecznej kłótni z młodzieżą. I wiodę ją do dzisiaj. Koresponduję właśnie z czytelnikiem mej książki *Prawdziwa miłość istnieje*, którą Fundacja „Dziecko” przesłała do bibliotek więziennych. Mój czytelnik, gdy miał 19 lat, zabił człowieka i został skazany na dożywocie. Czyta w celi Dostojewskiego, Kafkę, Hemingwaya i żałuje, że nie słuchał „kazań” swojej mamy. Obiecałam mu, że jeśli szczerze opíše swoją historię, jak zmarnował życie cudze i swoje, i jeśli zadedykuje ją swym kumplom, podążającym podobną drogą co on, to ja napiszę do niej wstęp lub posłowie. Może w ten sposób kogoś ze złej drogi zawróci?

Marysia

Dziękuję bardzo za udzielenie wywiadu. O co chcę Panią zapytać myślałam płynąc kilka dni Amazonką z Santarém do Manaus. Lubi Pani podróżować?

Maria

Bardzo lubię. Byłam w kilkunastu krajach, lecz w skali naszego globu to niewiele. Nie zmieściłam się w życiu swoim. Ale cieszę się, że świat przed Wami, młodymi, coraz szerzej się otwiera, że płyniesz z ojcem Amazonką, że Justyna, moja wnuczka, jedzie studiować prawa człowieka na uniwersytecie w Padwie i może zainteresuje się prawami dziecka.

Sprawia mi radość fakt, że rośnie krąg zwolenników Partii Dzieci i Młodzieży, składającej się wprawdzie z osób dorosłych, ale rekomendowanych przez dzieci.

Liczę na upowszechnienie w społeczeństwie, przede wszystkim w szkołach nie tylko polskich, pedagogiki serca, uczącej miłości do ludzi i świata. To, co wspierana przez ojca robi Wasza Trójka: Ty, Twoja siostra Zosia i brat Piotr z przyjaciółmi, jest wprowadzaniem w życie pedagogiki serca, chociaż pewnie tego tak nie nazywacie. Przypomnę – podjęliście walkę z żebractwem dzieci, z antysemityzmem, z ksenofobią, z zakłamaniem. Kiedy myślę o Was i młodzieży do Was podobnej, której nie jest wszystko jedno, rośnie we mnie nadzieja na uratowanie świata.

W czerwcu tego roku uczestniczyłam w konferencji naukowej, poświęconej profesorowi Bogdanowi Suchodolskiemu, na której profesor Irena Wojnar przytoczyła słowa Pestalozziego: „Idź zatem spokojnie do walki o prawdę i sprawiedliwość. A nawet powalony, ucz się umierać, abyś pozostał człowiekiem”.

Maria Zaporowska¹ Zofia Zaporowska² Jacek Mazurkiewicz³

Okruchy

Oczywiście!

Zanim powstał Terenowy Komitet Ochrony Praw Dziecka we Wrocławiu powiedziałem Marii Łopatkowej, której wcześniej nie znałem i nie wiedziałem, jaki ma stosunek do aborcji: „Będziemy troszczyć się o krzywdzone dzieci. Dlatego będziemy też bronić prawa do życia dzieci poczętych oraz pomagać ich ciężarnym matkom. Jeśli się pani na to zgadza, stworzę wrocławski komitet”. Odpowiedziała natychmiast: „Oczywiście!”

Na ulicy Stefana Bryły

Pani Maria mieszkała skromnie. W bloku, na szóstym piętrze. Może się mylę, ale zapamiętałem tylko jeden mały pokój i „ślepą” kuchnię⁴. Z łazienką bez kafelek.

Na jakimś publicznym spotkaniu, w trakcie dyskusji, wspomniałem o tym. Może rok, dwa lata później, pani Maria, gdy zakończyła swój wykład we Wrocławiu powiedziała z uśmiechem: „A kafełki, panie Jacku, już są!”

¹ Mgr, Wrocław.

² Mgr, Wrocław.

³ Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Wrocławski.

⁴ O swoim mieszkaniu „prominentki” czasów PRL-u pani Maria, zagadnięta przez jedną z nas, powiedziała: „Nie narzekam. Dla emerytki to mieszkanie nawet trochę za duże. Lubię to miejsce po brzegi wypełnione laurkami, zabawkami, pamiątkami, z których każda związana jest z dramatyczną historią uratowanego dziecka” (Świat kocha nas na niby... Z dr Marią Łopatkową rozmawia Zofia Zaporowska, Przegląd Tygodniowy. Magazyn Trybuny nr 22/2003, s. 5).

Po swojemu

To chyba była jedna z pierwszych lekcji pani Marii w wiejskiej szkole. Nagle któryś z chłopców wstał, nic nie powiedział i wybiegł z klasy. Gdy za chwilę wrócił zapytała go, co się stało. Odpowiedział: „Sra. mi się chciało”. I wtedy usłyszał od niej t y l k o: „Aha”. Dopiero potem, na osobności, porozmawiała z nim i o tym, jak to samo można powiedzieć inaczej.

O prawie do odbijania piłki o ścianę

Po wywiadzie pani Maria zjechała ze mną obdrapaną windą i odprowadziła kawałek. Byliśmy akurat w przejściu pod blokiem, w którym mieszkała. Wskazała na tabliczkę przymocowaną na ścianie: „Nie odbijać piłek o ścianę”. Żachnęła się: „Nigdzie w pobliżu nie ma ściany, o którą dzieci mogłyby odbijać piłkę. Ściana jest ważna, dzieci nie!”

Imprinting?

Zauważyłam, że pani Maria, choć uśmiechnęła się na przywitanie, jest czymś przytłoczona. „Wiesz Zosiu, co napisała mi w liście wiejska nauczycielka? W szkole, w której zaczęła pracę, pierwszego dnia, gdy stała odwrócona twarzą do tablicy usłyszała głośne trzaśnięcie drzwi. Może nie były zamknięte i był przeciąg, może ktoś zaglądał i tak się mu przy zamykaniu trzasnęło. Wystraszona hukiem odwróciła się w kierunku klasy i zdziwiona zobaczyła, że dzieci w pierwszym rzędzie ławek nie ma. To znaczy nie widać ich, bo są skulone pod pulpitami. Nie rozumiała, dlaczego tak się zachowały. Nie chciały powiedzieć. Dopiero po jakimś czasie dowiedziała się, że jej poprzednikiem był nauczyciel, który od czasu do czasu nieoczekiwanie odwracał się od tablicy i uderzał najbliższe siedzące dziecko”.

Lepiej!

Napisała książeczkę dla dzieci zatytułowaną „Tesia Kłapciuch”. Gdy mi jej egzemplarz podarowała, zapytałam o to szczególne, choć nie pierwsze dla niej pisarskie wyzwanie. Odpowiedziała uśmiechając się: „To nie zabrzmia skromnie, ale powtórzę za Maksimem Gorkim: «Dla dzieci trzeba pisać tak, jak dla dorosłych, tylko lepiej»”.

Te niezwykle poranki zawdzięczam pani Marii

Zgodnie z życzeniem pani Marii zostałem parlamentarnym ekspertem. Senat opłacał mi *sleeping* z Wrocławia. Na Warszawę Centralną przyjeżdżałem przed szóstą. Miałem najmniej dwie godziny czasu do otwarcia gmachu przy Wiejskiej. Gdy tylko była pogoda jechałem na stare Powązki albo do cerkwi na Pragę.

* * *

Na Powązki przychodziłem tuż po otwarciu bramy świętej Honoraty. Wczesnym rankiem nie było tutaj ludzi, słyszałem tylko ptaki. Wędrowałem zawsze tymi samymi drózkami: od Wisieńki (Marii Wisnowskiej) do Tekli Bądarzewskiej, od Kaliny Jędrusik do Wacka Kisielewskiego, dopiero potem do Elsnera, Reymonta, Żwirki i Wigury, Maklakiewicza.

* * *

Na porannej liturgii w cerkwi byłem obserwatorem zdarzenia, które opowiedziałem pani Marii, za co podziękowała mi ciepłym uśmiechem.

Obok mnie stał około trzydziestoletni mężczyzna z może czteroletnim chłopcem. Starał się przytrzymać malca, który co rusz próbował podbiec do mamy. A mama spowiadała się stojąc nieco z boku centralnej części cerkwi obok batiuszki z długą siwą brodą. Prawosławnym zwyczajem z głową nakrytą epitachelionem (jego odpowiednikiem jest rzymska stula), lekko pochylona, szeptała grzechy staruszkowi, który, również pochylony, słuchał ich z delikatnym, ciepłym uśmiechem. Kobieta z dużym brzuchem, tuż przed rozwiązaniem.

Po otrzymaniu rozgrzeszenia, błogosławieństwa i modlitwie podeszła na lewo od carskich wrót po komunię świętą. Ten sam staruszek nabrał z kielicha łyżeczką komunikant i podał jej do ust. W tym momencie do ciężarnej podbiegł synek, powiedział coś do batiuszki, otworzył buzię i czekał. Duchowny uśmiechnął się, nabrał na łyżeczkę komunikant i podał do ust malcowi. Chłopczyk przeknął i najwyraźniej poprosił o jeszcze. Batiuszka tylko udawał groźnego, bo oczy jego się śmiały, pokiwał malcowi z przestrogą palcem, a powstrzymująca śmiech kobieta wzięła synka za rękę i wróciła do męża.

* * *

W gmachu Senatu portierzy traktowali mnie zwyczajnie. Raz jednak trafiłem na takiego, którego niż znałem. Był oczywiście w garniturze i pod krawatem, ale wyróżniał się złotym łańcuchem na szyi i złotym sygnetem. Gdy podałem mu dowód zapytał krótko: „Do kogo?” Odpowiedziałem, że do senator Marii Łopatkowej. „Po co?” było jego następnym pytaniem. Już po swoim odpowiedziałem: „Pani Maria wie, po co”. Wtedy podniósł słuchawkę telefonu i po chwili powiedział, że jest tu pan Mazurkiewicz, który chce się dostać do pani senator. Coś w odpowiedzi usłyszał, odszedł ze słuchawką w głąb swego otoczonego masywną ladą stanowiska i chwilę cicho rozmawiał. Potem pozwolił mi iść do Senatu. Gdy doszedłem, sekretarz pani Marii przywitał mnie śmiechem i powiedział: „Przed chwilą dzwonił portier i mówił, że do pani senator chce wejść facet w starej kurtce ze starym plecakiem”.

Czego się nie robi dla dzieci...

Było to tuż po uchwaleniu Konstytucji. Znalazł się w niej przepis ustanawiający instytucję rzecznika praw dziecka. Ewidentnie dodany w pośpiechu, „doklejony” wręcz, co było zasługą i dowodem kunsztu parlamentarnej dyplomacji pani Marii, o co nigdy bym jej nie podejrzewał.

Senatorzy Polskiego Stronnictwa Ludowego, do którego należała i którzy ją w staraniach o dziecięcego rzecznika wspierali, zaprosili panią Marię na skromną uroczystość uświetniającą to zwycięstwo. Akurat byłem w Senacie i pani Maria zabrała mnie ze sobą. Spotkanie odbyło się w pomieszczeniach, w których znajdowało się chyba biuro parlamentarne PSL, jakby w sejmowej piwnicy? Z metalowej szafy wyjęli panowie chyba dwie butelki koniaku. Pani Maria powiedziała, że mogłaby się napić, ale wina. Ja też o wino poprosiłem. Rozmowy trwały nie dłużej niż godzinę. Panowie senatorzy raczyli się koniakiem, nam co pewien czas dolewali wina. Gdy czas było kończyć, oni wstali jakby w ustach nie mieli kropli alkoholu, my z panią Maria poczuliśmy, że nogi się pod nami uginają. Popatrzyliśmy na siebie porozumiewawczo i z pewną ostrożnością ruszyliśmy w kierunku schodów.

Normalka

Dzisiaj wydaje się to dziwne, ale starania o dopuszczalność powstania instytucji rzecznika praw dziecka budziły w naszym kraju duże opory. Krytycznie o tym pomysśle wypowiadał się ówczesny rzecznik praw obywatelskich. Także, nawet dosadnie, ówczesny prymas. Również J. Kuroń, który przez dłuższy czas wspierał ten projekt, potem zmienił zdanie, czego byłem chyba jedynym zaskoczonym świadkiem wśród wielu siedzących przy wspólnym stole⁵.

Pisząc pierwszy projekt ustawy o rzeczniku praw dziecka zaproponowałem, aby kandydat na rzecznika nie musiał mieć ukończonych studiów prawniczych.

Nie tylko dlatego, że nie uważałem tego za niezbędne i nie dlatego, że pierwszym dziecięcym rzecznikiem na świecie był norweski lekarz.

Moim pragnieniem i przede wszystkim przeświadczeniem wynikającym z długoletnich obserwacji było to, że nie ma w Polsce nikogo, kto by na to stanowisko nadawał się bardziej niż Maria Łopatkowa.

Przepis, o który zabiegałem, został uchwalony i obowiązuje do dziś⁶.

To nie byłaby Polska, gdyby na pierwszego dziecięcego rzecznika wybrali panią Marię. Został nim ktoś inny. Filozof. Po niespełna trzech miesiącach zrezygnował.

Nigdy bym na to nie wpadła

Jasne, że nie dziwiła mnie jej dociekliwość i stanowczość w trosce o ochronę praw dziecka. Ale gdy się dowiedziałam, że wdała się w Senacie w ostrą dyskusję nad projektem prawa łowieckiego, zachodziłam w głowę o co tu mogła się martwić. Okazało się, że żądała,

⁵ O tych, którzy „mianowali się przyjaciółmi dzieci [...]”, a potem „opowiedzieli się przeciw powołaniu takiego urzędu [...]” wspominała ogólnie pani Maria w odpowiedzi na pytanie Zosi: „Wiem, że walka o instytucję rzecznika praw dziecka była interesująca. Nie wszyscy apologety i sojusznicy dziecięcego rzecznika pozostali nimi do końca. Polityka wymaga ofiar, znowu okazało się, że najłatwiej poświęca się dzieci...” (*ibidem*).

⁶ Ale uchwalona ustawa, choć uwzględniała przygotowany przeze mnie projekt objęcia kompetencją rzecznika także ochrony praw dzieci przed ich narodzeniem, znacznie różniła się od moich, a potem i senackich propozycji. Dlatego na pytanie Zosi: „I teraz już mamy [...] dziecięcego rzecznika. A przecież jakby go w ogóle nie było... Po co dzieciom taki rzecznik?” pani Maria odpowiedziała: „To nie rzecznik winien, że możliwości jego działania są aż tak ograniczone. Winni temu są ci, którzy po poprzedniej zmianie rządu, nie mogąc usunąć konstytucyjnego zapisu o dziecięcym rzeczniku, przeforsowali ustawę, która do minimum ograniczyła jego uprawnienia. Ja tę ustawę nazywam atropą i każdy, kto ją uważnie przeczyta, przyzna mi rację”. Zosia pytała dalej: „Był czas, że sejmowa większość, myślę o koalicji SLD-UP-PSL, mogła zmienić ustawę o rzeczniku praw dziecka tak, aby to, czemu ta instytucja miała służyć, nie było fikcją, żeby nie powiedzieć drwiną. Ale nie takiego się nie wydarzyło...”, a pani Maria odpowiedziała: „To prawda. Można było to zrobić wykorzystując nasz pierwszy, senacki projekt, który dawał obrońcom dzieci szerokie pole do działania. I był legislacyjną propozycją zorientowaną naprawdę na dzieci, zawierającą także kilka rozwiązań odbiegających od prawniczej sztampy, pisanych nie tylko z myślą o dzieciach, ale i w jakimś stopniu dla samych dzieci. Niestety, nawet nie podjęto próby zmiany tej prawniczej atropy” (*ibidem*).

aby w przepisach o polowaniach z naganką wprowadzić zakaz wykorzystywania do niej dzieci. Była to w tamtych czasach transformacyjnej biedy, także na wsi i likwidowanych PGR-ów, częsta praktyka.

Groszowa historia

Z tym jednym groszem, o którym mówiła pani Maria w Marysinym wywiadzie, rzecz wyglądała nieco bardziej prozaicznie. W szczególach tak. W więzieniu, w którym prowadziłem badania w latach 70 minionego wieku, osadzono kobietę skazaną na długoterminową karę pozbawienia wolności za zabójstwo mężczyzny, z którym żyła.

Miała już wtedy dużą część kary za sobą, gdy zaszła w ciążę. Nigdy nie dowiedziałem się, jak to się mogło wydarzyć. Może podczas przepustki? Pani Maria poprosiła mnie, abym rozpoczął starania o jej wcześniejsze uwolnienie. Miałem zarejestrowaną od kilku lat kancelarię prawną, ale nigdy nie przyjąłem żadnej sprawy. A teraz musiałem pierwszą klientkę zarejestrować i w pustej dotąd księdze podatkowej wskazać honorarium. Ustaliłem, że będzie to jeden grosz. Napisałem do więźniarki, a ona zwróciła się do naczelnika więzienia o wyrażenie zgody na pobranie z jej więziennego depozytu jednego grosza. Zgodę uzyskała. Lecz gdy chciała mi ten grosz przekazać pocztowym przesłać, odmówiono jej na poczeki powołując się na to, że niedopuszczalne są przekazy jednego grosza. Wtedy umówiłem się z nią, że w liście mi ten grosz wyśle, aby wszystko było zaksięgowane jak należy. I niedługo potem dostałem list z groszem zawiniętym w kawałek papieru.

Nie udało mi się pomóc tej kobiecie. Napisałem o tym do pani Marii i załączyłem grosz w tym samym papierku. Po kilku miesiącach dowiedziałem się, że dzięki jej peregrynacjom po najważniejszych stołecznych urzędach, kobieta z urodzonym w więzieniu dzieckiem została przedterminowo zwolniona.

Spontan

Po powrocie z kenijskiego Lamu opowiadałem pani Marii, jakie bywają konsekwencje tego, że od lat staram się dzieci chronić przed krzywdą.

Mieszkaliśmy z Piotrkim i Zosią w pobliskiej wiosce Sheli. W domu, który jak większość tutejszych, nie miał okien z szybami, tylko otwory okienne z okiennicami. Z sypialni na pierwszym piętrze był widok na wąską uliczkę i podwórko sąsiedniego domostwa. Gdy usłyszałem kobiecy krzyk i płacz dziecka podszedłem do okna i zobaczyłem, że młoda kobieta bije kilkuletnią dziewczynkę. Rozdarłem się na nią, obsobaczyłem w nieznanym jej

polskim języku. Patrzyły na mnie zdziwione obie: jej córeczka i ona. Najwyraźniej jednak zrozumiała, o co mi chodzi. Bicie ustało. I już do końca naszego pobytu dziecięcego płaczu nie usłyszałem.

Jak zawiedliśmy panią Marię

Zwróciła się do mnie pani Maria z prośbą o przygotowanie propozycji zmiany przepisów dotyczących tak zwanej egzekucji komorniczej dziecka. Na jej pytanie, czy egzekucje te może przeprowadzać ktoś inny niż komornik odpowiedziałem bez wahania, że może być to tylko komornik. Do głowy mi nie przyszło, że to specyficzne wykonywanie sądowych orzeczeń można byłoby oddać w ręce kogoś innego.

Tak, jak co najmniej większość prawników poruszałem się w świecie standardów będących często ograniczającymi stereotypami. Ale mimo to wspólnie z A. Ciskiem i J. Strzebinczykiem przygotowaliśmy propozycję przepisów, które, jak sądziliśmy, stanowić mogły instrument skutecznego przeciwdziałania zagrożeniom i dramatom, których nie potrafiły wyeliminować dotychczasowe przepisy kodeksu postępowania cywilnego. Oczywiście, że w tych naszych propozycjach dalej organem egzekucyjnym miał być komornik.

Pani Maria, choć nigdy mi tego nie powiedziała, nie uważała naszego pomysłu za dobry. I postanowiła już bez nas poszukać innego rozwiązania. Znalazła je chyba szybko. Tym, który miał wykonywać czynności polegające na odebraniu dziecka od osoby nieuprawnionej miał być teraz kurator sądowy. I odpowiednie regulacje, bez porównania lepsze od proponowanych przez nas, w parlamencie przevorsowała. Dla nas była to lekcja pokory i impuls do wielokrotnie uciążliwych prób odchodzenia od niewoli prawniczych schematów.

Debiut

To było najmniej dwadzieścia lat temu. W sali obrad plenarnych Senatu. Omawiano projekt szerokiej nowelizacji przepisów mających na celu ochronę praw dziecka. Także jego więzi uczuciowych i zakazu stosowania kar cielesnych. Wprowadzenia dokonała pani Maria, szczegóły przedstawiłem ja. Potem zabierali głos senatorowie i goście.

Ale wszyscy czekali na wystąpienie jednego z zaproszonych przez panią Marię. Większość z nas wiedziała, najczęściej od innych, że śpiewa piosenki, których nie

chcielibyśmy słuchać, że niekiedy publicznie rzuca „mięsem”. Niewątpliwie ktoś, kogo w tym miejscu nikt by się nie spodziewał.

Mówił spokojnie, mądrze. O losie krzywdzonego dziecka. O poniewierce w domu i poza domem. O tym, jak wielkim zagrożeniem jest to, że dziecka nie otoczono miłością. Mówił tak, że wszyscy domyślaliśmy się, że mówi również o sobie.

Nazywał się Liroy.

Już nie zobaczyliśmy się

Zaprosiła mnie pani Maria na spotkanie poświęcone właśnie wydanej jej książce „Pedagogika serca w dobie globalizacji”. Oczekiwała ode mnie wystąpienia o prawnej ochronie więzi uczuciowych dziecka. Zgodziłem się i dopiero po odłożeniu słuchawki zacząłem myśleć.

Kilka lat temu Zosia, Piotrek i Michał wrócili z Iraku obłożonego zachodnimi sankcjami, których ofiarami były tysiące ludzi, także dzieci, pozbawionych pomocy medycznej. Razem z kilkunastoletnią Marysią uczestniczyliśmy we wrocławskich demonstracjach przeciwko przywódcom Polski, która łamiąc art. 116 ust. 2 zd. 1 Konstytucji RP wzięła udział w napaści na Irak. Właśnie prestiżowy brytyjski tygodnik medyczny „*The Lancet*” opublikował informację o liczbie ofiar po stronie irackiej. Życie straciło około 655 tys. osób, w większości cywilów.

Zadzwoń do pani Marii i powiedz, że chciałbym rozpocząć swoje wystąpienie od przywołania tragedii irackich dzieci. Usłyszałem: „Panie Jacku, nasi przeciwnicy wykorzystają to przeciw idei, o której realizację od dawna zabiegam. Nie wolno panu tego robić”.

Nie pojechałem.

Tak trzeba!

Może z dwa lata temu zadzwoniłem do pani Marii ostatni raz. Usłyszałem ją taką, jak zawsze. Mocny, wyraźny głos, zatroskanie o dziecięcą sprawę i pytania, co u Zosi, Marysi, Piotrka i Janka. Wspierała mnie w planach napisania książki zawierającej wrocławskie projekty prawnej ochrony dzieci. Z przejęciem mówiła o najnowszych przypadkach wyrządzanych im krzywd. Nie przypuszczałem, że jest chora. Gdy zadzwoniłem jakiś czas potem, telefon odebrał mężczyzna. Poprosił, abym nie dzwonił. Powiedział: „Mama bardzo przeżywa te rozmowy, a teraz potrzebny jej spokój”.

Marek Andrzejewski¹

O tym jak bronić, a jak nie bronić praw dzieci²

Uwaga wstępna

Realizowane przez kilkadziesiąt lat na różnych płaszczyznach doświadczenie w upominaniu się o respektowanie i właściwe rozumienie praw dziecka (praca naukowa, wychowywanie dzieci w placówkach opiekuńczo-wychowawczych, wolontariat w organizacji pozarządowej) skłania, aby w tej szczególnej książce podzielić się uwagami, w których prawnicza dogmatyka ustąpi pola innym aspektom ochrony tych praw, głównie pedagogicznym. Prawo jest elementem złożonego mechanizmu oddziaływań zmierzających do ukształtowania właściwych zachowań względem jakiegoś pożądanego dobra – w tym przypadku ochrony praw dzieci – a więc ma służyć takim przemianom świadomości społecznej, by doszło do powszechnego zrozumienia i szacunku dla przynależnej dzieciom godności osoby ludzkiej. W tym mechanizmie prawo – pomimo tego, że zostało wymyślone specjalnie po to, by tworzyć ład w społeczeństwie – wcale nie jest najważniejsze. Uświadomienie sobie tego faktu jest dla prawnika równie niełatwe, co konieczne o ile chce skutecznie służyć potrzebującym.

¹ Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Szczeciński.

² Zawarte w tej wypowiedzi myśli można odnaleźć we wcześniejszych publikacjach autora, w szczególności zaś w: *Domy na piasku. Domy dziecka. Od opieki nad dzieckiem do wspierania rodziny*, wydanie 2., Media Rodzina, Poznań 2007; *Prawa dziecka – rozważania o sensie idei i jej dewaluacji*, w: M. Andrzejewski (red.), *Prawa dziecka – konteksty prawne i pedagogiczne*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2012; *Prawo dziecka do pieczy zastępczej*, w: T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia, ars boni et aequi*, Poznań 1999; *Konwencja o Prawach Dziecka – geneza i znaczenie*, *Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze* 2000, nr 4; *Chodzi o dzieci*, *W Drodze* 2016, Nr 6.

Przeciw dewaluowaniu idei praw człowieka

W znacznej mierze dzięki sile idei praw człowieka doszło do przemian społeczno-politycznych w Europie Wschodniej w 1989 r. Z ideologią komunistyczną była ona nie do pogodzenia. Jedynie hipokryzji polskich władz z tamtego okresu należy przypisać wystąpienie przez Polskę z ideą uchwalenia Konwencji o Prawach Dziecka.

Wraz z tworzeniem w Polsce struktur państwa postkomunistycznego idea ochrony praw człowieka stawała się ...coraz mniej nośna. Szybko okazało się, że niewidzialna ręka wolnego rynku słabo się nadaje do wspierania realizacji socjalnych praw człowieka, zwłaszcza w odniesieniu do dzieci, które najbardziej odczuły negatywne skutki przeprowadzanych w latach 90-tych ekonomicznych reform³. Jednocześnie w sferze praw obywatelskich i politycznych pojawiać się zaczęły postulaty powodujące zrazu ich erozję, a następnie nieomal kompromitację. W przestrzeni publicznej szczególnym echem odbiło się chociażby wzmocnienie (i uczynienie silną) pozycji prawnej w postępowaniu karnym sprawców przestępstw bez udzielenia należytej ochrony ich ofiarom. Tytułem przykładu można wskazać, że dopiero w 2005 r. doszło do zakazu powtórnego przesłuchiwanie dzieci będących ofiarami przestępstw seksualnych.

Praprzyczyną procesu rozmywania się idei ochrony praw człowieka jest zapewne niedookreśloność źródeł praw człowieka – wszak bez końca można się spierać czy jest nim natura (a jeśli tak, to jak pojmowana?), czy też może Bóg (czyj? który? jak pojmowany?)? Pojawiły się jednak również przyczyny współczesne, niemalże mające znamiona znaków czasu. Skoro wątpliwości można zgłaszać odnośnie do samych fundamentów (źródeł) idei praw człowieka, to w wolnych i sytych społeczeństwach, wraz z rozwojem doprowadzonego do perwersji egoizmu, nieuchronnie musiało dojść do formułowania postulatów zapewnienia takich, czy innych praw, które – dla wzmocnienia nacisku – postulujący nazywali prawami człowieka mimo poważnych wątpliwości odnośnie do trafności takiej kwalifikacji. Coraz częściej zaskakujące hasła ochrony rzekomych praw człowieka biorą na sztandary rozmaici dziwacy, którzy zyskują poparcie części mediów i ugrupowań politycznych, a co gorsza pozyskują na swą działalność również znaczne fundusze. Przykładów można podać wiele. W wypowiedzi o prawach dziecka warto wskazać chociażby na postulat adopcji dzieci przez pary homoseksualne, czy też postulat aborcji na życzenie. Oba należą do tzw.

³ Zobacz np. w: M. Kocik, Ubóstwo dzieci, w: R. Szarffenberg, C. Żołędziewski, M. Theiss, Ubóstwo i wykluczenie społeczne – perspektywa poznawcza, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa 2010, s. 217-233.

reprodukcyjnych praw człowieka⁴. Wykrzyczane niedawno na polskich ulicach – rzekomo należne kobietom prawo do aborcji na życzenie – można określić, jako nawoływanie do stworzenia prawa pozwalającego zabijać ludzi bez powodu. Nie twierdzę, że dokonujący aborcji czynią to bez istotnych dla nich przyczyn, czy też, że mają po temu powody błahe – bywa zapewne różnie – lecz zauważam jedynie, że o wprowadzenie takiego właśnie prawa publicznie liczne środowiska się upominają. Niestety, nazwany prawem człowieka postulat ustawy zezwalającej na zabijanie innych popierają szerokie kręgi społeczeństwa oraz wiele organizacji (partii, stowarzyszeń)⁵.

Dewaluacji idei praw człowieka służy mnożenie w wypowiedziach naukowców kolejnych tzw. generacji tych praw, wbrew zdroworozsądkowej znanej dyrektywie metodologicznej zakazujące mnożenia bytów ponad konieczną potrzebę.

Swój znaczący udział w dewaluowaniu idei praw człowieka ma też wspomniana wyżej pozytywnie Organizacja Narodów Zjednoczonych. Minęło prawie siedem dekad od uchwalenia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, której rangę, a nade wszystko wpływ na kształtowanie się w świecie ładu politycznego po II Wojnie Światowej, trudno jest przecenić. Niestety, od co najmniej dwudziestu lat ONZ wspiera ideologicznie i finansowo aborcję tworząc programy rozwiązywania problemów demograficznych w drodze masowego zabijania nienarodzonych dzieci. Jest to odzwierciedlone w głośnych deklaracjach przyjętych na konferencji Organizacji Narodów Zjednoczonych zorganizowanej w Kairze (1994) i na Czwartej Światowej Konferencji ONZ w sprawie Kobiet w Pekinie (1995).

Z każdym rokiem coraz bardziej aktualna wydaje się irytacja L. Kołakowskiego wyrażona w 2003 r., kiedy to napisał on tak: *„Doktryna praw człowieka, prócz tego, że można ją łatwo zatrudnić, jak wszystkie dobre zasady, do celów najgorszych, ma jeszcze osobliwą stronę niebezpieczną. Upowszechniła ona w naszej cywilizacji atmosferę nieskończonych roszczeń ubranych w język tych praw. Czegokolwiek sobie życzę, czegokolwiek bym chciał, mniemam, że mi się to należy na mocy praw człowieka. [...] Wszystkie roszczenia – uzasadnione albo nieuzasadnione, rozumne albo absurdałne, z prawdziwego i bolesnego*

⁴ A. Śledzińska-Simon, Adopcja dzieci przez pary homoseksualne, w. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2009.

⁵ Przystępując do tzw. czarnego protestu poparł ten postulat na stronie internetowej także Komitetu Ochrony Praw Dziecka - organizacja powołująca się na Konwencję o Prawach Dziecka, która wszak nakazuje chronić prawa dzieci przed narodzeniem. Natomiast Rzecznik Praw Dziecka, który ma ustawowy obowiązek chronienia życia ludzkiego od poczęcia, słysząc żądanie prawa do aborcji na życzenie dostojnie milczał.

niedostatku wyrosłe albo z bezmyślnej zawiści – dają się w naszej kulturze przedstawić w kategoriach praw człowieka i ich pogwałceń”⁶.

W pełni zgadza się z przytoczoną opinią inny wnikliwy obserwator, a mianowicie R. Legutko, którego można uplasować w zupełnie innej konstelacji filozoficznej. Przywołując tezy R. Ruszona z książki *Human Rights and the Image of God* – napisał, że: „[...] bez osadzenia praw ludzkich w jakiejś mocniejszej koncepcji człowieka pokazującej jego potencjał rozwojowy uprawnienia przerodzą się w subiektywne żądania kierowane do państwa i społeczeństwa. Ten proces zresztą już się dokonuje: uprawnienia stają się powoli kaprysami rozpieszczonego dziecka, któremu rozwój cywilizacyjny przewrócił w głowie i który odkrył cudowny sposób nie myślenia o konsekwencjach swoich kaprysów. Rozmnażające się nad miarę, wyzbyte kontekstu etycznego i filozoficznego, oddane arbitralnym rządom prawników i ideologów, uprawnienia nie tylko skłaniają człowieka do ignorowania odpowiedzialności za skutki swoich działań, ale zwalniają go z obowiązku tłumaczenia się z tego, co powiedział i zrobił”⁷.

Omawiany problem dewaluowania rangi praw człowieka uderza w ideę ochrony praw dziecka i osłabia siłę przekonywania do niej. Grupy nazywające prawami człowieka swe zachcianki osłabiają wiarygodność prawnoczułeczej idei i przyczyniają się do niszczenia dorobku tych, którzy długie lata, z wielkim trudem, dzień po dniu, robili i robią wiele, by chronić dzieci, których prawa były i są łamane. Pesymistyczna diagnoza sytuacji nie powinna prowadzić do defetyzmu. Chodzi w niej o to, by nie budować aktywności skierowanej ku szczytnemu celowi na naiwności i myśleniu życzeniowym, gdyż dobry efekt dać może tylko twarde stąpanie po ziemi. W tej intencji sformułowano niżej kilka refleksji, których celem jest wsparcie dla zatroskanych losem dzieci, w tym ochroną należnych im praw.

Edukowanie dzieci o ich prawach

Najskuteczniej wprowadza dziecko w świat wartości dobry przykład znaczących w jego życiu osób dorosłych. Oddziałuje on lepiej niż błyskotliwe książki, nie mówiąc o wykładach o godności człowieczej i wypływających z tego źródła prawach i wolnościach. Rangi prawniczej edukacji, rzecz jasna nie należy deprecjonować. Szczególnie w odniesieniu do

⁶ L. Kołakowski, Po co nam prawa człowieka, *Gazeta Wyborcza* z 25-26 X 2003.

⁷ R. Legutko, Prawo do wszystkiego,
<http://www.omp.org.pl/stareomp/index7a61.html?module=subjects&func=viewpage&pageid=315>. Zobacz też w: P. Bała, A. Wielomęski, *Prawa człowieka i ich krytyka. Przyczynek do studiów o ideologii czasów nowożytnych*, Chicago-Warszawa 2008.

tych dzieci, które spotykają się z marnymi wzorcami pochodzącymi od swych rodziców, dalszej rodziny, bliskich, czy nauczycieli.

W edukacji w ogóle, a w edukacji o prawach dziecka w szczególności, obok istotnego przekazu pensum informacji, musi wystąpić element formacyjny, a więc to, co kształtuje osobowość adresata oddziaływań edukacyjnych. Aspekt formacyjny jest ważniejszy od przekazu informacji. Formowanie dziecka ku prawidłowej postawie w stosunku do idei ochrony praw człowieka, jest stopniowym budowaniem jego wrażliwości na tę sferę życia, a następnie kształtowania w nim postawy gotowości do okazywania determinacji, gdy zajdzie potrzeba zapewnienia ochrony tym, których prawa będą naruszane. Chodzi więc o to, aby informacja o prawie służyła kształtowaniu intelektualnej i duchowej formacji dziecka.

Działania skierowane na formowanie dziecka wiążą się ze zdecydowanie większą odpowiedzialnością i wymagają większych kompetencji niż te, których celem jest jedynie informowanie.

Informacja o prawach dziecka może służyć formacji dzieci dobrze, lub źle. Zależy to od jej treści. Czasami bowiem to, co miało być informacją, w istocie swej okazuje się dezinformacją, a niekiedy ma nawet cechy ideologicznej propagandy. Bywa też, że informacja jest nieprecyzyjna, lub – to w przypadku dzieci jest szczególnie niedobre – sformułowana nieadekwatnie w stosunku do możliwości percepcyjnych odbiorcy.

Rozmówca/nauczyciel dziecka bierze odpowiedzialność nie tyle za treści/informacje, jakie mu przekazuje, lecz również, a może nawet przede wszystkim, za to, jak dziecko ten przekaz zrozumie. Mniejsza jest odpowiedzialność za błędy w nauczaniu, gdy odbiorcami są np. uczestnicy konferencji naukowych, czy też studenci, a więc osoby potrafiące samodzielnie zweryfikować podawane im treści, niż za wadliwy przekaz skierowany do dzieci. Nie potrafią one ocenić rzetelności przedstawianych im treści, tym bardziej, że ponadstandardowo ufają swemu nauczycielowi. Ogrom pedagogicznych błędów w promocji Konwencji o Prawach Dziecka popełniono zwłaszcza tuż po jej ratyfikowaniu (1991 r.), a prym w tym wiedli urzędnicy i wizytatorzy z kuratoriów oświaty oraz dziennikarze. Nie byli im w stanie „dorównać” nawet działacze licznych nowopowstających w owym czasie organizacji „na rzecz”... Słabo przygotowani merytorycznie i pod względem dydaktycznym czynili znaczne spustoszenie w umysłach małoletnich ofiar swych edukacyjnych zapędów.

Zagadnienie edukacji prawnej dzieci i młodzieży jest obszernym, wielowątkowym zagadnieniem, które czeka na rzetelne opracowanie. Czeką też na znalezienie się w programach studiów, co najmniej na pedagogice. Zanim do tego dojdzie, wskażę na jeden tylko istotny aspekt tego zagadnienia.

Konstrukcja prawna praw człowieka jest jasna: prawa dziecka należne są wszystkim dzieciom, także tym bardzo niegrzecznym, leniwym, pyskatym i niewykonującym obowiązków. Przyrodzona godność osoby ludzkiej, która jest źródłem praw człowieka, przysługuje nie tylko posłusznym, myjącym zęby i otrzymującym świadectwo z paskiem. Pamiętając o powszechności praw dziecka warto jednak odstąpić od wtłaczania dzieciom katalogu wymienionych w Konwencji praw, jako jedynej wiedzy na temat prawa. Ze względu na potrzebę ich wychowywania/formowania należy mówić dzieciom raczej o ich s y t u a c j i p r a w n e j, niż koncentrować uwagę młodych odbiorców wyłącznie na należnych im prawach. Jednostronny przekaz (a więc uproszczona informacja), motywowany często chęcią ułatwienia percepcji trudnej problematyki, może bowiem generować u dziecka postawę roszczeniową (czyli deformować, zamiast formować). Pokazanie szerszego kontekstu jest o wiele trudniejsze pod względem dydaktycznym, pozwala jednak ustrzec dziecko przed niepożądanymi efektami wychowawczymi. Dziecko powinno wiedzieć, że istnieje Konwencja o Prawach Dziecka, którą ustanowiono, aby dzieci chronić. Powinno znać wymienione w niej prawa. Powinno również wiedzieć, że zapewnienie realizacji tych praw jest obowiązkiem Państwa, a więc – patrząc z perspektywy dziecka – jest to obowiązek dorosłych. Byłoby jednak niedobrze, gdyby dzieci zrozumiały z tego przekazu, że są ważniejsze od dorosłych, że prawo płasuje ich ponad nimi, a skoro tak, to mogą skoncentrować się na formułowaniu żądań, które oni (dorośli) będą musieli realizować. Mniejszy czy większy bunt i roszczeniowość są normalnym (co nie znaczy łatwym) elementem okresu dorastania, którego nie należy wzmacniać. Aby tego uniknąć należy dzieciom podawać pełną, a przez to bardziej prawdziwą informację, która pozwoli uniknąć niepożądanych efektów przekazu zubożonego jednostronnością. Tę mianowicie, że poza Konwencją istnieją w systemie prawa również regulacje stawiające dzieciom wymagania i zawierające niekiedy sankcje wobec złamania określonych w nich reguł. Mam na myśli chociażby obowiązki określone w prawie oświatowym, formy oddziaływania uregulowane w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich, obowiązek posłuszeństwa zawarty w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i wiele innych. Warto mieć na uwadze również i to, że Konwencja, jeśli ją czytać wnikliwie i interpretować wedle reguł wykładni tekstów prawnych, słabo nadaje się do budowania jednostronnej narracji o prawach dziecka. Dokument ten opisuje bowiem dziecko, jako członka rodziny, a następnie ucznia, obywatela (kolejność dowolna). Wdrażanie dzieci w sferę wiedzy prawniczej wymaga, aby pamiętać, że trudno o lepszą ochronę praw dziecka niż ta, jaką zapewnia mu harmonijnie funkcjonująca rodzina. Ta refleksja pozwala łagodnie przejść do kolejnego fragmentu.

Po pierwsze, prawo dziecka do rodziny!

Różne prawa dziecka budzą ponadprzeciętną aktywność i zainteresowanie poszczególnych osób, instytucji, czy organizacji, a nawet państw. Związki wyznaniowe na plan pierwszy wysunęły prawa i wolności religijne widząc w nich fundament dla kreowania wszystkich pozostałych, lekarze zaakcentują prawo do ochrony zdrowia, przedstawiciele polskiej administracji samorządowej, a także odpowiednie kręgi pedagogów, eksponować będą prawo do zapewnienia dziecku pieczy zastępczej oraz odpowiedniego poziomu edukacji. W mojej ocenie, najważniejszym prawem chronionym w Konwencji o Ochronie Praw Dziecka, jest prawo do rodziny, czyli prawo dziecka do życia w rodzinie, do ochrony jego relacji z rodzicami, rodzeństwem, innymi osobami bliskimi. Rzecz jasna, korzystanie z niego, a także teza o jego wiodącej pozycji wśród innych praw, zależy od zapewnienia dziecku poczętemu jego prawa do życia...

Jak wyżej wspomniano, Konwencja o Prawach Dziecka jest w swej istocie dokumentem prorodzinnym, a to głównie z powodu tych uregulowań, które dotyczą rodziców. Na Państwa-Strony Konwencji nałożono obowiązek poszanowania odpowiedzialności, praw i obowiązków rodziców w celu zapewnienia im kierowania dzieckiem w sposób odpowiadający zdolnościom dziecka i korzystania przez dziecko z jego praw (art. 5). Z licznych przepisów Konwencji (art. 7 ust. 1, a także art. 8 ust. 1, art. 18) równie łatwo wyinterpretować też prawo dziecka do wychowania przez rodziców oraz obowiązek państwa wspierania rodzin. Państwo nie powinno – bez koniecznej potrzeby – zastępować rodziców w wykonywaniu ich obowiązków. Nadrzędna rola rodziców względem dziecka przejawia się bowiem również w nałożeniu na nich obowiązków, a w tym odpowiedzialności za zapewnienie dziecku środków do życia (art. 27 ust. 2). U podłoża prawa do rodziny leży przekonanie o rodzinie, jako optymalnym środowisku dla rozwoju dziecka z punktu widzenia jego psychicznych, emocjonalnych, w zasadzie wszelkich potrzeb.

Specyfika praw dziecka, jako praw człowieka, sprowadza się do tego, że typowa dla opisu praw człowieka relacja obywatel-państwo, doznaje modyfikacji. W związku z przynależnością dziecka do rodziny i więzi dziecka z rodzicami można powiedzieć, że relacja dziecko-państwo jest zapośredniczona w rodzinie, a więc ochrona praw dziecka zapewniana jest przez państwo za pośrednictwem rodziny. Należy o tym pamiętać podejmując działania na niwie ochrony praw dziecka. Osoby, które w formule „ochrona praw dziecka” utożsamiają się najbardziej z aktywizującym słowem „ochrona”, należą do grupy ryzyka podatnej na uleganie schematowi: skoro bronię dzieci, to muszę/mogę nie lubić

dorosłych. Podobieństwo do postawy tej części feministek, które swą tożsamość budują na fundamencie niechęci do mężczyzn, nie jest komplementem. Należy bowiem w taki sposób chronić dzieci i ich prawa, aby – wyłączwszy sytuacje koniecznej potrzeby – nie narażać na szwank, a zwłaszcza nie niszczyć relacji dziecka z dorosłymi, zwłaszcza z rodzicami. Ten zaś, kto z zapalczywości, wiedziony ideologicznym zamętem, ignorancją lub z jakichkolwiek innych inspiracji, uderza bez koniecznej potrzeby w rodzinę bronionego dziecka, ten zaprzecza idei ochrony praw dzieci.

Kwestią profesjonalizmu i roztropności jest decyzja o tym, czy należy ingerować w życie danej rodziny, czy też nie należy tego czynić. Równie delikatną materią jest wybór sposobu interwencji. Można w tej mierze sformułować regułę najmniejszej uciążliwości, która sprowadza się do takich oto dyrektyw:

- Jeśli problem ochrony praw danego dziecka można załatwić udzielając rodzinie takiego czy innego wsparcia wykorzystując instrumenty pozaprawne (porada psychologiczna, ustanowienie asystenta rodziny, skierowanie na terapię rodzinną itp.), wówczas należy powstrzymać się od ingerowania prawem w relacje rodzice-dziecko.

- Jeśli można skutecznie skorygować sytuację w rodzinie postanowieniem o ograniczeniu władzy rodzicielskiej bez umieszczenia dziecka poza rodziną, to nie należy zabierać dziecka z jego domu, lecz udzielić rodzinie wszechstronnego wsparcia w środowisku zamieszkania.

- Jeśli zaistniała konieczność umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej, to podjąć należy działania zmierzające ku reintegracji rodziny. Należy poszukiwać podstawy prawnej najpierw w neutralnym z punktu widzenia presji na rodzinę art. 100 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a dopiero potem w przepisach o ograniczeniu władzy rodzicielskiej. Bez koniecznej potrzeby nie należy rodziców tej władzy pozbawiać.

- Jeśli zaistnieje konieczność, wówczas należy sięgnąć po radykalne środki.

Ochrona praw dziecka jest zagadnieniem zbyt poważnym, by pozostawić je prawnikom

Trzeba wielkiej mądrości (z reguły zbiorowej), by posiadać umiejętność odróżnienia sytuacji, kiedy można ochronić dziecko i jego rodziców, od sytuacji, kiedy przychodzi chronić dziecko przed jego rodzicami. Połączenie pryncypializmu co do istoty problemu z roztropnością w dobieraniu właściwych metod nie występuje w przyrodzie w nadmiarze, ale też nie jest niczym nieosiągalnym.

Niewielkie są szanse na skuteczną ochronę praw dzieci bez umiejętności współpracy na tym obszarze specjalistów z kilku różnych profesji – pedagogiki, prawa, psychologii, pracy socjalnej, medycyny i pewnie jeszcze kilku innych. Świadomość bezużyteczności metody działań Don Kichota jest dla wszystkich podejmujących działania na rzecz ochrony praw dzieci minimalnym kryterium profesjonalizmu. Pracując jako prawnik-wolontariusz w organizacji pozarządowej stworzonej dla ochrony dziecięcych praw, mogłem korzystać z nieznannej adwokatom i radcom prawnym, możliwości skierowania zastraszonej klientki do psycholożki przyjmującej w pokoju obok. Ona swoimi sposobami doprowadzała ją do stanu, w którym potrafiła opowiedzieć swą historię, a nade wszystko podjąć świadomie decyzję w kwestii powzięcia prawnych kroków przeciwko agresorowi. Bez tego nie byłbym w stanie nawiązać merytorycznej rozmowy, udzielić porady, poprowadzić sprawy. Koncepcję jej prowadzenia układaliśmy często wspólnie, a ja doświadczałem celnych podpowiedzi profesjonalistów z obszaru psychologii, czy pedagogiki. Najbardziej korzystali na tym klienci.

Podobnie można opisać szanse na wydawanie trafnych orzeczeń przez sąd rozpatrujący sprawę rodzinną, w szczególności o rozwód, o ograniczenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej, czy o przysposobienie. Są one tym większe, im bardziej sędzia będzie odporny na pokusę orzekania na podstawie własnych intuicji, a orzeczenie zbuduje na fundamencie profesjonalnej wiedzy osób, które są merytorycznie przygotowane do wypełniania treścią prawniczej klauzuli dobra dziecka.

Lapidarnie⁸

Oto katalog otwarty tez będących efektem doświadczeń i przemyśleń z lat, kiedy ochrona praw dzieci była codziennością w moim życiu.

- *Broniący dzieci powinni trochę wiedzieć o prawie. To poprawia skuteczność działań.*
- *Prawnicy broniący praw dzieci powinni okazywać respekt względem wiedzy o dzieciach, jaką posiadli psychologowie, pedagodzy, medycy, pracownicy socjalni i inni profesjonaliści. To również poprawia efektywność świadczonej pomocy.*
- *Pomagając nie szukaj swego. Masz zaszczyt być blisko cudzego cierpienia. Pokora jest wymogiem twojego profesjonalizmu.*

⁸ Jest to zmodyfikowana wersja, której pierwowzór znajduje się w: M. Andrzejewski, Okruchy prawnodziecięce, w: Prawa dziecka. Lubię to! 30-lecie Terenowego Komitetu Ochrony Praw Dziecka w Poznaniu. 25-lecie Konwencji o Prawach Dziecka. Materiały konferencyjne, Media Rodzina, Poznań 2014, s. 9-20.

- *W pomaganiu nie licz nadmiernie na sukcesy, bo one są świętem, a święta są raz na jakiś czas. Dlatego tak smakują.*

- *Nie „podpinaj” się pod media w trudnych sprawach. Jeśli chcesz to zrobić, musisz mieć pewność, że dziennikarz nie rzuci przekazanej mu sprawy na żer łaknącym sensacji.*

- *Wypowiadając się w mediach nie masz wpływu na to, czy pokażą twoją wypowiedź w oczekiwanej przez ciebie wersji, czy też wezmą z niej tylko to, co z tego zrozumieli.*

- *Jeśli uznałeś, że należy „uruchomić media”, bacz, aby pokrzywdzeni, którym chcesz pomóc, nie poczuli się medialnymi gwiazdami.*

- *Miej dystans do polityków, tych centralnych i tych lokalnych.*

- *Dla dziecka najlepszą formą pomocy jest ta, która w jego indywidualnym przypadku jest najlepsza. Wystrzegaj się doktrynerskich schematów. I doktrynerów też, oczywiście.*

- *Teza, że rzekomo czasami od razu wiadomo, że danej rodziny nie da się uratować jest równie kusząca, co nieprawdziwa. Zawsze spróbuj.*

- *Jeśli sam w życiu coś przegrałeś, nie dyskwalifikuje cię to w pracy na rzecz innych, także tych, którzy stają przed podobnymi problemami. Nie ma sensu chwalić się swoją życiową porażką, bo nie ma czym, ale pomyśl, że może jak mało kto, właśnie ty, dzięki doświadczeniu i przemyśleniu swej porażki, możesz pomóc innym wyjść zwycięsko z opresji.*

Paweł Bednarski¹

Techniki wspomagania prokreacji. Dziecko przedmiotem czy podmiotem prawa?

Wprowadzenie

Współczesny rozwój nauk biotechnologicznych umożliwia zastosowanie technik wspomagających prokreację a w następstwie daje możliwość uzyskania dziecka małżeństwu, które z różnych przyczyn nie było w stanie dokonać tego w sposób naturalny. Do powyższych technik zalicza się metody zapłodnienia *in vivo*, *in vitro* oraz macierzyństwo zastępcze. Współczesna wiedza medyczna daje ogromne możliwości dotyczące wspomagania prokreacji oraz ingerencji w samo dziecko, co jest przyczyną kontrowersji na polu prawnoprawnym². Możliwe jest dzisiaj m.in. zapłodnienie nasieniem zmarłego męża, które znajdowało się w banku nasienia lub zostało pobrane z jego ciała pośmiertnie. Preimplantacyjna diagnostyka zarodków umożliwia przeprowadzenie ich selekcji i zaprojektowanie dziecka pod kątem pożądanych cech a nawet ułomności. Zaprojektowane dziecko może służyć jako dawca komórek macierzystych³ lub organów do transplantacji. Macierzyństwo zastępcze umożliwia uzyskanie dziecka w sytuacji gdy organizm matki socjologicznej nie jest w stanie tego dokonać samodzielnie. Powyższe zjawisko otworzyło

¹ Dr, radca prawny, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Raciborzu.

² Spory dotyczące stosowania ART mają często podłoże natury ideologicznej a argumentacja interlokutorów o ile opiera się na wiedzy medycznej sprowadza się do posługiwania się wynikami badań w sposób wybiórczy i mało merytoryczny. A. Max, Zapłodnienie *in vitro* z biologicznego punktu widzenia, „Życie Weterynaryjne” 2016(2)91, s. 83.

³ Komórki macierzyste wykorzystuje się z powodzeniem w leczeniu chorób zarówno hematologicznych jak i niehematologicznych. Zob. B. Bielec, R. Stojko, Komórki macierzyste krwi pępowinowej – zastosowanie terapeutyczne, „Postępy Higieny i Medycyny Doświadczalnej” 2015(69), s. 853-863. Pomijając kwestie etyczne o wiele lepszym źródłem komórek macierzystych jest krew pępowinowa i łożysko uzyskane w trakcie porodu niż embriony powstałe na skutek zapłodnienia *in vitro*. M. M. Piskorska-Jasiulewicz, M. Witkowska-Zimny, Okołoporodowe źródła komórek macierzystych, „Postępy Higieny i Medycyny Doświadczalnej” 2015(69), s. 329. Zapewne z tego powodu sięga się coraz częściej po ART celem uzyskania dziecka o pożądanych parametrach genetyczno-histologicznych.

możliwość pozyskania dziecka wyłącznie z materiału genetycznego osób trzecich. Powyższa technika pozwala także na uzyskanie dziecka przez osoby samotne oraz żyjące w związkach jednopłciowych.

Z zagadnieniem wspomaganie prokreacji związane jest fundamentalne pytanie o to, czy techniki służące realizacji prawa podmiotowego do prokreacji nie naruszają praw podmiotowych dziecka⁴. Możliwość pozyskania dziecka w sposób nienaturalny a następnie wychowanie go w nienaturalnym środowisku może godzić w przysługujące mu prawa. Problemem badawczym niniejszego artykułu jest kwestia praw podmiotowych dziecka i ich ewentualnych naruszeń w sytuacji zastosowania technik wspomaganie prokreacji.

To, czy metody wspomaganie rozrodu leczą bezpłodność⁵ pozostaje kwestią dyskusyjną⁶. Podobnie kwestia ustalenia momentu zaistnienia dziecka z powodu rozbieżności opinii oraz niekonsekwencji ustawodawcy jest wysoce problematyczna. Ze względu na złożoność tych dwóch zagadnień nie będą one rozpatrywane.

Techniki wspomaganie prokreacji

Metody wspomaganie prokreacji definiowane jako ART (*Assisted Reproductive Technology*) mogą być rozpatrywane z różnej perspektywy. Z jednej bowiem strony mogą służyć do prowadzenia kontroli narodzin (*Reproduction Controlling Technology*), której dokonuje się poprzez: antykoncepcję, sterylizację i aborcję, a z drugiej strony stanowią wsparcie procesu rozrodu (*Reproduction Aiding Technology*) poprzez: sztuczne zapłodnienie, zapłodnienie pozaustrojowe oraz macierzyństwo zastępcze. W niniejszym artykule ograniczymy się do wąskiego rozumienia ART pojmowanego wyłącznie w drugim znaczeniu omawianych technik.

⁴ Fundamentalnym stwierdzeniem stanowiącym źródło praw do prokreacji z wykorzystaniem ART jest pochodzące z retoryki proaborcyjnej (od czasu sprawy *Roe v. Wade*) prawo wyboru (*right to choice*). S. Markens, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, California 2007, s. 56-57. Powyższe wydaje się być nieco niefortunne, ze względu na fakt, iż sama aborcja nie stanowi absolutnego prawa przysługującego kobietom i z różnych przyczyn podlega limitacji ze strony państwa. S. London, *Reproductive Justice: Developing a Lawyering Model*, „Berkeley Journal of African-American Law & Policy” 71(2011), s. 77-80.

⁵ Bepłodność może być rozpatrywana w znaczeniu bepłodności fizycznej oraz społecznej, która występuje w przypadku osób samotnych oraz osób żyjących w związkach jednopłciowych. M. Sabatello, *Are the kids all right? A child-centred approach to assisted reproductive technologies*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” Vol. 31/1 (2013), s. 88.

⁶ Zastosowanie metody *in vitro* jako wspomaganie prokreacji nie prowadzi do usunięcia przyczyny niepłodności lecz jedynie usuwa jej skutek. M. Gałazka, *Polskie prawo wobec zapłodnienia in vitro – dyskusja wciąż otwarta*, „Forum Prawnicze” 2016 (35), s. 41-42.

Najstarszą z metod wspomagania prokreacji jest zapłodnienie *in vivo*⁷, które może przyjąć dwojaką postać w zależności od źródła pochodzenia materiału genetycznego. W przypadku zapłodnienia kobiety nasieniem męża/partnera mamy do czynienia z zapłodnieniem homologicznym (AIH) a w razie skorzystania z banku nasienia lub dawcy innego niż mąż/partner mamy do czynienia z zapłodnieniem heterologicznym (AID). Zapłodnienie *in vivo* polega na wprowadzeniu nasienia do dróg rodnych kobiety (najczęściej do szyjki macicy) za pomocą odpowiednich instrumentów medycznych. Ze względu na fakt, iż powyższa metoda różni się od naturalnego sposobu poczęcia dziecka jedynie brakiem stosunku seksualnego budzi ona najmniej kontrowersji.

Zapłodnienie pozaustrojowe (*in vitro fertilization*, IVF) polega na dokonaniu zapłodnienia komórki jajowej poza organizmem kobiety w warunkach laboratoryjnych⁸. W odróżnieniu od metody *in vivo* technika ta wymaga uprzedniego dokonania stymulacji owulacji, a następnie pobrania oocytów z organizmu kobiety. Analogicznie do metody *in vivo* w przypadku *in vitro* możliwe jest zapłodnienie AIH i AID. Uzyskany w ten sposób zarodek/zygotę umieszcza się w macicy lub jajowodzie kobiety. Powyższa metoda ma już za sobą dość długą historię ale wciąż budzi kontrowersje zarówno wśród opinii społecznej jak i specjalistów z zakresu medycyny⁹. Jako metodę pośrednią należy wskazać dojajowodowy transfer gamet (*Gamet Intrafallopian Transfer* – GIFT). Metoda ta polega na pobraniu gamet od obojga małżonków/partnerów a następnie wstrzyknięcie ich do jajowodu kobiety¹⁰.

⁷ Około 1770 roku John Hunter dokonał sztucznego zapłodnienia kobiety. Powyższe wydarzenie stanowi pierwszy udokumentowany fakt inseminacji. W. Ombelet, J. Van Robays, Artificial insemination history: hurdles and milestones, "Facts, Views and Vision in Obstetrics and Gynaecology" 2015, 7(2), s. 138.

⁸ W 1944 roku po wielu latach prób dokonano pierwszego zapłodnienia pozaustrojowego. Pierwsze powstałe w wyniku tej metody dziecko urodziło się dopiero w 1978 roku. A. Sedillo Lopez, Test tube babies, surrogate mothers, frozen embryos. Searching for solutions, "New Mexico Law Review" vol. 20, summer 1990, s. 706-707. P. Pogodzińska w swojej ekspertyzie wykonanej dla Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego przedstawiła w sposób przeglądowy kwestię dostępu do wspomagania *in vitro* w wybranych krajach Europy. P. Pogodzińska, Dostęp do zapłodnienia *in vitro* a zakaz dyskryminacji – standardy międzynarodowe, przegląd rozwiązań legislacyjnych w wybranych państwach, analiza stanu prawnego w Polsce. Źródło: <http://ptpa.org.pl/publikacje/opinie-ekspertyzy> (dostęp do wszystkich cytowanych materiałów online: 31.01.2017 r.)

⁹ Kontrowersje dotyczą nie tylko metod pozyskiwania gamet ale związane są także z problemem niewykorzystanych do implantacji embrionów, większą umieralnością okołoporodową, wyższą liczbą powikłań oraz wad genetycznych występujących u dzieci narodzonych w wyniku zastosowania metody *in vitro*. M. Gałązka, Polskie prawo, s. 40-41.

¹⁰ Bezpośrednim poprzednikiem GIFT była metoda LTOT (*Low Ovum Tubal Transfer*). Pierwszy potwierdzony publicznie zabieg tego typu miał miejsce w 1983 roku. R. T. Hull, Gamete Intrafallopian Transfer (GIFT), w: A. Burfoot (red.), Encyclopedia of Reproductive Technologies, Boulder 1999, s. 251-252. Powyższa metoda jest akceptowana przez przeciwników ART, którzy ze względów religijnych odrzucają metody wspomagania prokreacji. Zarówno GIFT jak i LTOT polegają na wprowadzeniu gamet małżonków do dróg rodnych kobiety a samo zapłodnienie następuje już w sposób naturalny bez konieczności zewnętrznej ingerencji. Tego rodzaju metody stosuje się gdy przyczyna niepłodności jest nieustalona lub ma podłoże anatomiczne (np. zrosty w jajnikach) a podstawową ich zaletą jest zmniejszenie dystansu pomiędzy gametami. Zob. O. Kreitmann, G. D. Hodgen, Low Tubal Ovum Transfer: An Alternative to in Vitro Fertilization, "Fertility and Sterility" Vol.

Ostatnią z metod wspomaganie prokreacji stanowi macierzyństwo zastępcze, które polega w wielkim uproszczeniu na wykorzystaniu organizmu innej kobiety do poczęcia, donoszenia, urodzenia a następnie przekazania dziecka rodzicom (tzw. *intended parents*) lub poprawniej rzecz ujmując parze zamawiającej (rzadziej osobie samotnej). Pierwszy potwierdzony przypadek macierzyństwa zastępczego (*gestational carrier*) miał miejsce w 1985 roku w amerykańskim stanie Ohio¹¹. Obecnie rozróżnia się macierzyństwo zastępcze tradycyjne (*traditional surrogacy*) i ciążowe, zwane także gestacyjnym (*gestational carrier/gestational surrogacy*). Podstawową różnicę stanowi fakt, iż w pierwszym przypadku surogatka jest jednocześnie dawcą komórki jajowej a do zapłodnienia dochodzi poprzez inseminację nasieniem *intended parent* lub anonimowego dawcy i dokonuje się ono w organizmie matki zastępczej. W przypadku *gestational surrogacy* do zapłodnienia dochodzi w warunkach laboratoryjnych (np. przy zastosowaniu IVF) z wykorzystaniem gamet obu *intended parents*, jednego z nich i anonimowego dawcy lub też wyłącznie z wykorzystaniem gamet anonimowych dawców. Tradycyjne macierzyństwo zastępcze oznacza innymi słowy, że pomiędzy surogatką a dzieckiem istnieje także więź genetyczna, której brak jest w *gestational surrogacy*¹². Z tradycyjnym macierzyństwem zastępczym związany jest problem określenia kręgu osób, którym przysługują prawa względem dziecka. Głośnym przykładem sporów pomiędzy surogatką a *intended parents* jest sprawa Baby M.¹³, w której Sąd Najwyższy (*Supreme Court*) stanu New Jersey był zmuszony orzekać o tym, kto ma prawo do dziecka: rodzice zamawiający czy matka zastępcza. Stan faktyczny był następujący: William Stern zawarł umowę o macierzyństwo zastępcze z Mary Beth Whitehead i jej mężem Richardem. Żona Sterna, Elisabeth nie była stroną kontraktu ze względu na obawę naruszenia prawa stanowego. Surogatka została poddana sztucznemu zapłodnieniu nasieniem Williama Sterna i po kilku próbach inseminacji udało się jej zająć w ciążę i urodziła dziecko płci żeńskiej (Sternowie nadali dziecku imię Melissa a Whitehead'owie imię Sara). Po urodzeniu dziecka M. B. Whitehead odmówiła wydania dziecka i wyjechała z rodziną do innego stanu. Kilka miesięcy później Melissa została na mocy wyroku sądowego przekazana Sternom. Ostatecznie *Supreme Court* orzekł o nieważności zawartej przez strony umowy o macierzyństwo zastępcze, uznał macierzyństwo M. B. Whitehead ale opiekę nad dzieckiem w sposób wyłączny powierzył W. Sternowi, kierując się dobrem dziecka. Surogatka

34, Iss. 4, s. 375-378. O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 153. M. A. Monge, *Etyka w medycynie. Ujęcie interdyscyplinarne*, Warszawa 2012, s. 110-116.

¹¹ T. M. Ericson, *Surrogacy and embryo, sperm & egg donation: What were you thinking? Considering IVF & Third-Party Reproduction*, New York 2010, s. 5.

¹² T. M. Ericson, *Surrogacy...*, s. 65.

¹³ In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988). Źródło: <http://law.justia.com>

otrzymała jedynie prawo do odwiedzin Melissy, o których miał orzec sąd niższego stopnia¹⁴. W wyniku sprawy Baby M. doszło do uznania macierzyństwa zastępczego za nowy model tworzenia rodziny¹⁵ a sama sprawa stała się przyczyną (obok późniejszych orzeczeń takich jak: *In re Adoption of Matthew B., Johnson v. Calvert*, *In re the Marriage of Moschetta* czy *In re Jaycee B. v. The Superior Court of Orange County*¹⁶) do wszczęcia szeroko zakrojonej ofensywy legislacyjnej¹⁷. Współcześnie etap poczęcia dziecka przez surogatkę występuje raczej rzadko i jest wynikiem zastosowania metody *in vivo* lub sporadycznie naturalnej inseminacji przez *intended parent*. W praktyce najczęściej do zapłodnienia surogatki stosuje się metodę *in vitro*, której zaletą jest brak więzi genetycznej pomiędzy dzieckiem a surogatką, dzięki czemu o wiele łatwiej dochodzi do ich rozstania. Ponadto w przypadku gestacyjnego macierzyństwa zastępczego unika się zarzutów o sprzedaży dziecka przez matkę ponieważ surogatka świadczy jedynie usługę polegającą na wynajmie swojego organizmu na czas ciąży¹⁸.

Kontrowersyjne skutki technik wspomaganie prokreacji

Ze stosowaniem ART wiąże się szereg problemów zarówno natury prawnej jak i etycznej¹⁹. Metody zapłodnienia *in vivo* czy *in vitro* umożliwiają m.in. dokonanie zapłodnienia nasieniem zmarłego mężczyzny lub wykorzystanie oocytów po śmierci ich dawczyni. W tego typu sytuacjach podstawowym zagadnieniem staje się kwestia

¹⁴ J. L. Dolgin, *Defining the family. Law, technology and reproduction in an uneasy age*, New York 1997, s. 80-93. Przebieg sprawy został podany w dużym uproszczeniu. Interesująca jest argumentacja podana w uzasadnieniu wyroku a opierająca się na szczegółach poszczególnych wydarzeń związanych ze sprawą Baby M. oraz opiniach biegłych.

¹⁵ S. H. Snyder, *United States of America w: K. Trimmings, P. Beaumont (red.), International surrogacy arrangements. Legal regulation at the international level*, Portland 2013, s. 389.

¹⁶ Wszystkie orzeczenia dostępne na: <http://law.justia.com>

¹⁷ Jednym z bezpośrednich owoców sprawy Baby M. było wydanie pod koniec 1986 roku raportu przez New York State Assembly i Senate Judiciary Committee pt. „Surrogate parenting in New York: A proposal for legislative reform”, S. Markens, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, California 2007, s. 39-49. W poszczególnych stanach USA wydano szereg aktów normatywnych regulujących kwestię macierzyństwa zastępczego. K. J. Hey, *Assisted conception and surrogacy-Unfinished business*, „The John Marshall Law Review” 775(1993), s. 799-809.

¹⁸ R. F. Storror, *Surrogacy: American style w: P. Gerber, K. O’Byrne (red.), Surrogacy, Law and Human Rights*, s. 200.

¹⁹ Problemy wynikające ze stosowania ART mają także charakter *stricte* medyczny. Optymistyczna wizja pomocy bezdzietnym parom wymusza pomijanie takich skutków *in vivo* i *in vitro* jak: mutacje genowe i zaburzenia imprintingu genów, których objawami są makrosomia, makroglosja czy zespół Beckwitha-Wiedemanna. Stymulacja jajników prowadzi w wielu przypadkach (ok. 40%) do ciąży bliźniaczych, z którymi związane są negatywne skutki zarówno dla matki jak i dla dziecka. Z tego powodu uśmierca się „nadmiarowe” dzieci w ramach tzw. selektywnej redukcji ciąży przez dosercową iniekcję chlorku potasu. Techniki wspomaganie prokreacji zwiększają ryzyko wystąpienia mutacji chromosomowych lub uszkodzeń DNA co multiplikuje możliwość wystąpienia chorób nowotworowych u dzieci. Mikromanipulacja gametami może prowadzić do zakażeń patogenami zarówno samego embrionu jak i kobiety, której zostanie on wszczepiony. A. Max, *Zapłodnienie*, s. 85-86.

zdefiniowania zarówno statusu samych gamet jak i kręgu osób uprawnionych do rozporządzania nimi. Ponadto dodatkową trudność stanowi problem praw osoby zmarłej²⁰. Ze względu na to, iż niniejszy artykuł dotyczy praw dziecka powyższe zagadnienie zostanie pominięte. W przypadku dokonania zapłodnienia *post mortem* przychodzi na świat dziecko, określane w literaturze anglojęzycznej jako *posthumous child*. Można postawić tezę, że ze względu na dobro rodzica, który pragnie posiadać potomstwo ze zmarłym współmałżonkiem rodzi się dziecko już od początku swojego istnienia pozbawione jednego z rodziców.

Profesor prawa z Harvardu W. Barton Leach w swoim artykule opublikowanym w *American Bar Association Journal* w 1962 roku przewidział, że wykorzystanie banków nasienia będzie w przyszłości przyczyną wielu problemów m.in. na gruncie prawa spadkowego²¹. Wspomniany autor stworzył koncepcję *life in being* oznaczającą zdolność reprodukcyjną mężczyzny, do której zalicza się także okres po jego śmierci. Punktem granicznym *life in being* miała być zdolność nasienia do dokonania skutecznego zapłodnienia²². Już kilkanaście lat później pojawiły się doniesienia prasowe o pierwszym zapłodnieniu *post mortem*. W Europie kwestia *posthumous child* stała się przedmiotem publicznej debaty w 1984 roku na skutek głośnej sprawy *Parpalaix v. CECOS (Centers for the Study and Conservation of Sperm)*²³. Kolejnym szeroko komentowanym przykładem zastosowania zapłodnienia *post mortem* był *Mrs Blood Case* z 1995 roku. Przyczyną kontrowersji był fakt, iż żona pobrała nasienie od męża znajdującego się w stanie krytycznym (koma) i w związku z tym niebędącego w stanie złożyć oświadczenia woli²⁴. Innym głośnym przykładem jest sprawa dziewiętnastoletniego Izraelczyka Keivana Cohena, który zginął pełniąc służbę wojskową. Jego rodzice za pośrednictwem sądu uzyskali zgodę na

²⁰ Polecane publikacje na ten temat: J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010; K. R. Smolensky, *Rights of the dead*, „*Hofstra Law Review*” 2009 Vol. 37, z. 3, s. 763-803; A. Rosenblatt, *International Forensic Investigations and the Human Rights of the Dead*, „*Human Rights Quarterly*”, Vol. 32, Nr 4, November 2010, s. 921-950.

²¹ W. Barton Leach, *Perpetuities in the Atomic Age: The Sperm Bank and the Fertile Decedent*, „*American Bar Association Journal*” Vol. 48 (October) 1962, s. 942-944.

²² W. Barton Leach, *Perpetuities...*, s. 944. Powyższe zagadnienie nabiera szczególnego znaczenia w kontekście informacji ReproTech Limited, które w 2012 roku poinformowało o skutecznym wykorzystaniu nasienia, które było zdeponowane w biobanku przez 40 lat. E. Trachman, W. E. Trachman, *The Walking Dead: Reproductive Rights for the Dead*, „*Savannah Law Review*” Vol. 1 (2016), s. 93-94. A. Z. Szell, R. C. Bierbaum, W. B. Hazelrigg, R. J. Chetkowski, *Live births from frozen human semen stored for 40 years*, „*Journal of Assisted Reproduction and Genetics*” 30(6) 2013, s. 743-744. Oznacza to, że jeśli przyjąć za słuszną ideę prof. Leach’a następuje prolongata okresu *life in being* co implikuje negatywne skutki na gruncie prawa spadkowego.

²³ Corinne Parpalaix wdowa po Alaine Parpalaix domagała się dostępu do jego zamrożonego nasienia, które przed śmiercią zdeponował w banku nasienia. E. D. Shapiro, B. Sonnenblick, *Widow and the Sperm: The Law of Post-Mortem Insemination*, „*Journal of Law and Health*” 229(1986), s. 246-248.

²⁴ Ostatecznie sąd wyraził zgodę na pobranie nasienia z organizmu Stephena Blood ale zastrzegł, że inseminacji będzie można dokonać w innym kraju członkowskim Unii Europejskiej. N. Hoppe, J. Miola, *Medical Law and Medical Ethics*, Cambridge 2014, s. 168.

wykorzystanie jego gamet pobranych z ciała zmarłego syna a następnie za pomocą wybranej surogatki uzyskali upragnionego wnuka²⁵. W ten sposób przyszło na świat dziecko, o którego poczęciu i narodzinach oraz o istnieniu jego matki nie miał pojęcia genetyczny ojciec. Należy podkreślić, że izraelskie prawo otacza szczególną opieką małżonków i dzieci żołnierzy, którzy ponieśli śmierć w czasie służby wojskowej²⁶. Zapłodnienie *post mortem* dotyczy nie tylko wykorzystania gamet męskich ale także i żeńskich. W 2001 roku izraelski sąd wyraził zgodę na pobranie oocytów z ciała siedemnastoletniej Chen Aidy Ayash, która zginęła potrącona przez samochód²⁷. Innym przykładem jest żądanie wysunięte przez męża i rodzinę trzydziestosześcioletniej kobiety znajdującej się w stanie krytycznym dotyczące pobrania z jej ciała oocytów²⁸.

Z kwestią *posthumous child* wiąże się problem odpowiedzialności społecznej za poczęte *post mortem* dziecko. Według niektórych przedstawicieli amerykańskiego środowiska prawniczego należy postawić pytanie czy społeczeństwo powinno zapewnić tym dzieciom taką samą opiekę jak w przypadku dzieci poczętych za życia obojga rodziców (*prehumous*)²⁹. Najwyższy Sąd Stanu Massachusetts w sprawie *Woodward v. Commissioner of Social Servs* orzekł, że „choć dzieci poczęte po śmierci jednego z rodziców nie przyszły na świat w taki sam sposób jak zdecydowana większość ludzkości, to wciąż są takim samymi dziećmi jak inne i przysługują im takie same prawa jak dzieciom poczętym przed śmiercią”³⁰. Wspomniane rozstrzygnięcie nie budzi wątpliwości ponieważ odmienny sposób traktowania *posthumous children* stanowiłby naruszenie prawa dziecka do niedyskryminacji. Zasadniczy problem dotyczy przede wszystkim prawa spadkowego i zdolności do dziedziczenia przez dzieci poczęte *post mortem*. Najprostszym rozwiązaniem jest przyjęcie, że dziecko poczęte po śmierci jednego z rodziców jest dzieckiem pozamałżeńskim. Ze względu na pewność obrotu prawnego możliwość spadkobrania ograniczana jest wyłącznie do dzieci urodzonych w

²⁵ Na swoisty casting przeprowadzony przez rodziców Cohena zgłosiło się ok. 200 chętnych kobiet. Po kilku nieudanych próbach zapłodnienia surogatka urodziła dziewczynkę, D. Teitelbaum, *Be fruitful and multiply after death, but at whose expense? Survivor benefits for the posthumously conceived children of fallen soldiers*, „Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal” Vol. 14 (425)2016, s. 426.

²⁶ Wdowa otrzymuje ok. 256% wynagrodzenia miesięcznego rządowego pracownika o 19 stopniu zaszczerowania plus 11% na każde dziecko będące na jej utrzymaniu. D. Teitelbaum, *Be fruitful*, s. 434-435. Przyjmuje się, że przyczynia się to do bardziej ofiarnej służby wojskowej na rzecz kraju.

²⁷ <http://www.haaretz.com/dead-woman-s-ova-harvested-after-court-okays-family-request-1.377495>

²⁸ Podstawą odmowy szpitala był fakt stosowania przez kobietę środków antykoncepcyjnych co świadczyło o braku jej woli dotyczącej posiadania potomstwa. C. P. Kindregan, *Genetically Related Children: Harvesting of Gametes from Deceased or Incompetent Persons*, „Journal of Health & Biomedical Law” VII (2011), s. 158-159.

²⁹ Zob. C. D. Stewart, *Legal Inconsistencies after Astrue v. Caputo: When Children are Conceived Postmortem, Does Society Have an Obligation to Support Those Children?*, „The John Marshall Law Review” Vol. 47 (3)2014, s. 1101-1126.

³⁰ Pkt. 266 *Woodward v. Commissioner of Social Servs.*, 435 Mass. 536, 760 N.E.2d 257 (2002). Źródło: <http://www.angelfire.com/pa4/cappalli/woodward.htm>

ustawowym okresie od śmierci spadkodawcy (tj. 280-300 dni)³¹. W świetle prawa niektórych państw urodzenie dziecka poczętego *post mortem* diametralnie zmienia sytuację spadkową żony zmarłego³². Na dzień dzisiejszy 20 stanów USA przyznaje *posthumous children* prawo dziedziczenia³³. Powyższe uprawnienie podlega jednak określonym limitacjom³⁴. W przeciwnym razie możliwość zmiany kręgu spadkobierców trwałaby tak długo jak długo byłoby możliwe poczęcie i urodzenie dziecka przez żonę spadkodawcy (możliwość wykorzystania macierzyństwa zastępczego stanowczo wydłuża ten okres). Powyższa kwestia rodzi także problemy w zakresie uprawnień *posthumous child* do otrzymywania świadczeń społecznych³⁵.

Metody wspomagania prokreacji umożliwiają użycie nasienia lub komórki jajowej pochodzącej od nieznanego dawcy. Z faktem anonimowości jednego z genetycznych rodziców wiąże się realny problem związany z brakiem wiedzy dziecka o swoich przodkach. Powyższa niewiedza oprócz znajomości historii swojej rodziny pozbawia dziecko wiedzy o potencjalnych zagrożeniach zdrowotnych związanych z obciążeniami genetycznymi. Wykorzystywanie gamet anonimowego dawcy np. pochodzących z banku nasienia może teoretycznie doprowadzić do wystąpienia przypadku kazirodztwa w sytuacji, gdy dojdzie do związku dwóch osób, do których poczęcia wykorzystano materiał genetyczny pochodzący od tego samego anonimowego dawcy³⁶. Tego typu sytuacja skutkuje m.in. krzyżowaniem

³¹ Dotychczasową zasadą było to, że dziecko dziedziczące po zmarłym rodzicu musiało już istnieć (choćby jako płód) w momencie śmierci spadkodawcy. R. J. Scalise, *New Developments in Succession Law: The U.S. Report*, „Electronic Journal of Comparative Law”, Vol. 14.2 (October) 2010, s. 5. Źródło: <http://www.ejcl.org>

³² W większości stanów USA przyjmuje się taką zasadę: jeśli żyjąca żona i zmarły mąż posiadali wyłącznie wspólne potomstwo to żona otrzymuje 100% wysokości spadku. W przypadku gdy dzieci dziedziczące po zmarłym mężu nie są wspólnym potomstwem to żona dziedziczy jedynie 50% spadku plus pierwsze 100.000\$. W sytuacji jednak gdy oprócz wyłącznego potomstwa męża, oboje małżonkowie posiadają choć jedno dziecko to żona dziedziczy 100% wysokości spadku. Z powyższego wynika, że w ścisłym interesie żony jest to, aby posiadać potomstwo ze zmarłym mężem. R.J. Scalise, *New Developments*, s. 6. Powstaje więc wątpliwość dotycząca rzeczywistych przyczyn pośmiertnego wykorzystania nasienia męża.

³³ D. Shayne, *Posthumously Conceived Child as Heir Depends on Where*, „Estate Planning” Vol. 42 (december) 2015, s. 28.

³⁴ Najczęstszym zapisem w przedmiotowym prawie stanowym jest, że aby mogło dziedziczyć dziecko poczęte *post mortem* powinno być w macicy nie później niż 24 miesiące od śmierci swojego rodzica (stan Kalifornia) a ponadto musi narodzić się nie później niż 33 miesiące po śmierci rodzica (stan Nowy Jork). D. Shayne, *Posthumously...*, s. 30.

³⁵ Jedną z podstawowych przesłanek jest fakt istnienia potwierdzonego oświadczenia woli zmarłego rodzica o jego zgodzie na wykorzystanie jego gamet *post mortem* przez współmałżonka. C. P. Kindregan, *Dead Dads: Thawing an Heir from the Freezer*, „William Mitchell Law Review” Vol. 35 2(2009), s. 438.

³⁶ Przykładem jest Ed Houben – dawca nasienia dla ok. setki dzieci. Według jego twierdzeń duża część mieszka w okolicy jego miejsca zamieszkania z czego Houben jest bardzo dumny. Houben twierdzi, że 9/10 kobiet wybiera naturalny sposób zapłodnienia poprzez stosunek płciowy. Aby nie doszło do krzyżowania krewniczego dawca prowadzi odpowiednią tabelę w Excelu. Gdyby w przyszłości pojawiły się jakieś wątpliwości wśród kojarzących się par odnośnie do ich ewentualnego pokrewieństwa będą mogły skontaktować się z Houbenem. Według najnowszych doniesień na dzień 17.01.2017 r. Houben jest ojcem 120 dzieci. D. Henry, *Donneur de sperme et papa de 120 enfants : Ed Houben nous raconte*, Źródło: www.magicmaman.com/donneur-de-sperme-et-papa-de-120-enfants-ed-houben-nous-raconte,3459003.asp

krewniaczym co innymi słowy oznacza zwielokrotnienie możliwości wystąpienia wad genetycznych u potomstwa takiej pary³⁷. Pojawiają się postulaty, aby analogicznie do sytuacji przysposobienia w aktach stanu cywilnego była zawarta informacja o poczęciu na skutek zastosowania ART³⁸.

W obecnym stanie wiedzy medycznej metody wspomagania prokreacji umożliwiają dokonanie generowania zarodka, a w następstwie tworzenie dziecka pod kątem oczekiwanych przez rodziców zamawiających określonych cech. Możliwe jest dzisiaj dokonanie takiej ingerencji w materiał genetyczny (np. poprzez odpowiedni jego dobór), aby dziecko posiadało określony wygląd np. kolor oczu czy włosów³⁹. Dużym zainteresowaniem cieszą się banki nasienia, gdzie oprócz profilowania potencjalnych dawców pod kątem ich wyglądu i stanu zdrowia, w zasobach znajduje się nasienie osób o wybitnie wysokim poziomie inteligencji (np. noblistów). Powyższe zjawisko stanowi przykład tzw. pozytywnej eugeniki, która z zasady godzi w dobro społeczne jakim jest różnorodność⁴⁰. Tego rodzaju ingerencja w genom dziecka ma na celu uzyskanie przez nie cech pożądanых społecznie lub cech, które w ocenie jego rodziców ułatwią osiągnięcie przez dziecko sukcesu w życiu. Nie ulega wątpliwości, że uroda zgodna z obowiązującymi aktualnie kanonami piękna oraz wysoki

S. Kovacs, Ed, Néerlandais de 43 ans et père de "peut-être plus de 120 enfants", Źródło: www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/07/30/01016-20130730ARTFIG00401-ed-neerlandais-de-43ans-et-pere-de-peut-etre-plus-de-cent-vingt-enfants.php

³⁷ Jednym z negatywnych zjawisk krzyżowania krewniaczego jest wzrost współczynnika inbredu, a co za tym idzie wzrost homozygotyczności osobników i ujawnienia się w potomstwie negatywnych cech odziedziczonych po przodkach. Znany przykładem skutków inbredu u ludzi jest dynastia Habsburgów. Zob. G. Alvarez, F. C. Ceballos, C. Quinteiro, The Role of Inbreeding in the Extinction of a European Royal Dynasty. PLoS ONE 4(4) 2009: e5174.doi:10.1371/journal.pone.0005174. Niektórzy przedstawiciele rodu Habsburgów posiadali współczynnik inbredu powyżej 1/5 podczas gdy współczynnik ten dla inbredu półrodzeństwa wynosi 1/8 a dla rodzeństwa 1/4. J. Kania-Gierdziewicz, Metody szacowania spokrewnienia i inbredu stosowane w analizie struktury genetycznej populacji, „Wiadomości Zootechniczne” R. XLVI (2008) 3, s. 35-36.

³⁸ E. Czyż, J. Szymańczak, Prawa dziecka w rodzinie w: Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Wokół praw dziecka, cz. I, Warszawa 1993, s. 12. Źródło: <http://www.hfhr.pl/publication/wokol-praw-dziecka-czesc-i>

³⁹ Praktykuje się także kreowanie embrionów pod kątem ich zgodności genetycznej z istniejącym już dzieckiem. Wygenerowane w ten sposób dziecko zostaje dawcą komórek, tkanek, a w niektórych przypadkach nawet organów dla starszego brata czy siostry. M. Sabatello, Are the kids all right? A child-centred approach to assisted reproductive technologies, „Netherlands Quarterly of Human Rights” Vol. 31/1 (2013), s. 88. Powstaje pytanie, czy tworzenie tzw. dziecka-leku (korzystniej brzmi termin *saviour sibling*) jest dopuszczalne z perspektywy prawnoutycznej. W 2000 roku w Chicago przyszło na świat pierwsze dziecko, które dzięki zastosowaniu ART miało wysoką zgodność tkankową ze swoją starszą siostrą. Celem powyższych działań było uzyskanie komórek macierzystych niezbędnych dla leczenia siostry chorującej na niedokrwistość Fanconiego. Rok później podobne wydarzenie miało miejsce w Wielkiej Brytanii a w 2003 roku ponownie doszło do narodzin dziecka o wysokiej zgodności w chicagowskiej klinice. M. Smith, Regulating IVF and pre-implantation tissue-typing for the creation of 'saviour siblings': A harm analysis (Praca doktorska), Faculty of law, Queensland University of Technology 2010, s. 7-10. Źródło: <http://eprints.qut.edu.au/35798>

⁴⁰ Obok pozytywnej eugeniki wyróżnia się także eugenikę negatywną, która w ubiegłym wieku była stosowana na szeroką skalę. Celem negatywnej eugeniki jest wyeliminowanie z genomu ludzkiego negatywnych cech dziedzicznych oraz chorób. W przeciwieństwie do eugeniki pozytywnej, jej negatywna odmiana jest potępiana społecznie jako działanie niehumanitarne i godzące w podstawowe prawa człowieka. S. A. Sherwood, Don't Hate Me Because I'm Beautiful...and Intelligent...and Athletic: Constitutional Issues in Genetic Enhancement and the Appropriate Legal Analysis, „Health Matrix” 11(2001), s. 648-649.

poziom inteligencji czy sprawności fizycznej mogą wydatnie wpłynąć na osiągnięcie wysokiego statusu społecznego. Oprócz dobrych intencji, za jakie należy uznać chęć zapewnienia dziecku dobrego startu w życie, przyczyną manipulacji genetycznej w fazie tworzenia dziecka może być czysto egoistyczna potrzeba posiadania tylko tego, co najlepsze⁴¹. Próby stworzenia nadczłowieka były podejmowane z większym lub mniejszym skutkiem w systemach totalitarnych i stanowią raczej przykład antropocentrycznej pułapki. Wydaje się, że tworzenie dzieci o „podrasowanym” genotypie stanowi działanie na szkodę społeczeństwa i to z kilku powodów. Po pierwsze: skoncentrowanie uwagi na cechach fizycznych dziecka może doprowadzić do uzyskania niepożądanych skutków w jego psychice⁴². Dziecko może doświadczać szczególnie wielkiego napięcia pomiędzy tym, co posiada i jakie jest, a oczekiwaniami jakie wysuwają w stosunku do niego jego rodzice. Po drugie: jeżeli można dopuścić taką analogię: nierzadko hodowcy krzyżujący zwierzęta w celu uzyskania określonych cech fizycznych uzyskiwali osobniki o pożądanym wyglądzie, ale i szeregu wad genetycznych i rozwojowych. Można tłumaczyć to zasadą równowagi: jeśli dany osobnik w jakimś zakresie wyróżnia się ponad przeciętną, to w innym aspekcie może doświadczać znaczących braków⁴³. Bardziej stosownym wydaje się wyjaśnienie, że powodem takiego stanu rzeczy jest niewystarczający poziom wiedzy biotechnologicznej uniemożliwiający wzięcie pod uwagę wszystkich aspektów życia ludzkiego. Ostatnim argumentem przemawiającym na niekorzyść pozytywnej eugeniki jest fakt, iż tego typu działania mogą doprowadzić do ograniczenia puli genowej, a ostatecznie do krzyżowania krewniaczego i wszystkich jego negatywnych skutków.

Innym skrajnym przykładem projektowania dziecka pod kątem pożądanых cech jest taki rodzaj manipulacji (choćby przez zastosowanie diagnostyki preimplementacyjnej tzw. *Pre-implantation Genetic Diagnosis* – PGD), który prowadzi do przyjścia na świat dzieci

⁴¹ Projektowanie dziecka stanowi przykład jednostronnej relacji rodzice-dziecko, która charakteryzuje się wysokim stopniem asymetrii będącym zaprzeczeniem podstawowej zasady równości wszystkich osób. Odbiologizowanie przekazywania życia stawia pod znakiem zapytania sam fakt rodzicielstwa. Szerzej: T. McConnell, Genetic intervention and the parent-child relationship, „Genomics, Society and Policy” 2010(11), Vol. 6, Nr 3, s. 1-14.

⁴² Należy zgodzić się z tezą, że wygenerowany doskonały wygląd czy ponadprzeciętne zdolności stoją w sprzeczności z autentycznością działań osoby ludzkiej. Genialny twórca będący tworem inżynierii genetycznej pozostanie jedynie oszustem i deformacją natury ludzkiej. D. B. Resnik, D. B. Vorhaus, Genetic modification and genetic determinism, „Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine” (1)2006, s. 8.

⁴³ W osobistym odczuciu autora takim przykładem swoistej homeostazy mogą być niektóre wybitne jednostki ze świata sztuki i nauki gdzie oprócz niezwykłego talentu wyróżniającego danego malarza, twórcę czy naukowca widoczne były braki w relacjach społecznych czy innych aspektach życia i wiedzy. Nie ulega wątpliwości, że w niektórych przypadkach to właśnie zaburzenia i wady genetyczne przyczyniły się do rozwinienia geniuszu danej osoby. Zob. M. Fitzgerald, B. O'Brien, K. McBride, Genius Genes: How Asperger Talents Changed the World, Kansas 2007. W niektórych przypadkach z nadzwyczaj wysokim poziomem IQ była związana rozmyślna działalność przestępcza. J. C. Oleson, Criminal Genius: A Portrait of High-IQ Offenders, Oakland 2016.

posiadających określoną niepełnosprawność lub wady rozwojowe. Sztandarowym przykładem tego typu zabiegów jest sprawa Sharon Duchesneau i Candy McCullough⁴⁴. Wspomniane kobiety, żyjące w związku jednopłciowym zrealizowały swoje pragnienie posiadania dziecka w dość kontrowersyjny sposób. Ze względu na fakt, iż obie kobiety są od urodzenia głuche, za pomocą nasienia uzyskanego od głuchego dawcy, w którego rodzinie od pokoleń występuje głuchota, uzyskały dwoje dzieci, które również są głuche. Podstawowym argumentem podawanym przez tę parę było to, iż chciały, aby ich dzieci w pełni dzieliły ich tożsamość kulturową za jaką uważają swoją głuchotę. Co istotne Sharon i Candy zajmują się zawodowo terapią psychologiczną dla osób niesłyszących i działają aktywnie w ruchu na rzecz osób głuchych. Powyższy fakt spotkał się zarówno z negatywną jak i pozytywną oceną społeczną. Zwolennicy tego typu praktyki twierdzą, że osoby głuche mają prawo do takiej manipulacji materiałem genetycznym aby możliwe było uzyskanie głuchego dziecka. Przeciwnicy natomiast twierdzą, że nie ma praktycznie żadnej różnicy pomiędzy generowaniem głuchego dziecka na poziomie zarodka a pozbawianiem słuchu już narodzonego dziecka⁴⁵. Nie brakuje też opinii, że dopuszczenie tego typu praktyk wbrew intencji osób głuchych będzie miało negatywny wpływ na ich społeczność i kulturę⁴⁶. Wykreowana świadomie głuchota dziecka w znaczącym stopniu wpływa także na ograniczenie jego możliwości⁴⁷. Podobnym rodzajem celowego stosowania PGD dla uzyskania określonych cech u dziecka są przypadki generowania dzieci, które przychodzą na świat będąc jak ich rodzice obarczone karłowatością np. w wyniku genetycznej achondroplazji. Pomimo tego, że diagnostyka preimplantacyjna może wydatnie zmniejszyć prawdopodobieństwo wystąpienia tej wady u potomstwa, to na wniosek przyszłych rodziców stosuje się ją właśnie w celu uzyskania u dziecka karłowatości⁴⁸. Obecnie wiele klinik specjalizujących się w ART odmawia wnioskom rodziców domagających się wykreowania u dziecka określonych wad genetycznych⁴⁹.

Z postępem nauk biotechnologicznych ściśle związany jest rozwój metod diagnostyki na wczesnym etapie rozwoju osoby ludzkiej. Podstawowym celem diagnostyki

⁴⁴ M. Spriggs, Lesbian couple create a child who is deaf like them, „Journal of Medical Ethics” 28(5) 2002, s. 283.

⁴⁵ M. Häyry, There is a difference between selecting a deaf embryo and deafening a hearing child, „Journal of Medical Ethics” 30(5) 2004, s. 510-512.

⁴⁶ K. W. Anstey, Are attempts to have impaired children justifiable?, „Journal of Medical Ethics” 28(5) 2002, s. 286-288.

⁴⁷ M. S. Fahmy, On the supposed moral harm of selecting for deafness, „Bioethics” 25(2009), s. 5.

⁴⁸ S. Baruch, Preimplantation genetic diagnosis and parental preferences: Beyond deadly disease, „Houston Journal of Health Law & Policy” 2008, Vol. 8, Nr 2, s. 257-258.

⁴⁹ H. J. Stern, Preimplantation Genetic Diagnosis: Prenatal Testing for Embryos Finally Achieving Its Potential, „Journal of Clinical Medicine” 3(2014), s. 284.

preimplantacyjnej oraz diagnostyki prenatalnej jest wczesne diagnozowanie potencjalnych wad czy zaburzeń rozwojowych dziecka co pozwala na jak najwcześniejsze zastosowanie odpowiedniej metody leczenia⁵⁰. W praktyce niestety tego rodzaju diagnostyka prowadzi do terminacji ciąży ze względu np. na stwierdzone wady genetyczne dziecka⁵¹. Badanie ultrasonograficzne stanowi obecnie standardową metodę diagnostyki ciąży i oprócz wskazania ewentualnych zaburzeń rozwojowych umożliwia także określenie płci dziecka oraz liczby dzieci w przypadku ciąży mnogiej⁵². Determinacja określonej płci u dziecka może być podyktowana względami *stricte* medycznymi jeśli wiadome jest, że w przypadku danej pary występuje wysokie prawdopodobieństwo dziedziczenia przez potomstwo wady genetycznej ujawniającej się u jednej tylko z płci (np. hemofilia typu A i B)⁵³. Należy rozróżnić pomiędzy selektywną terminacją ciąży (*selective termination*) a redukcją płodów (*fetal reduction*). Pierwszy przypadek dotyczy ciąż bliźniaczych, do których zazwyczaj dochodzi w sposób naturalny a wskazaniem jest poważna wada jednego z płodów stanowiąca zagrożenie dla całej ciąży⁵⁴. W drugim przypadku występuje zazwyczaj więcej płodów niż dwa i z zasady są wynikiem zastosowania metod wspomaganie prokreacji. Pomimo tego, że dzieci rozwijają się

⁵⁰ Głównym beneficjentem w tym przypadku nie jest dziecko, ale jego matka oraz społeczeństwo. Wskazuje to na pragmatyczne ujęcie problemu ewentualnych zaburzeń rozwojowych a w konsekwencji konieczności otoczenia wyższym poziomem opieki przez matkę i ponoszenia zwiększonych nakładów przez społeczeństwo. J. Łuczak-Wawrzyniak, Diagnostyka prenatalna – analiza celu badania z perspektywy lekarza, matki/rodziców, płodu/dziecka, „Perinatologia, Neonatologia i Ginekologia” 2013 t. 6, z. 1, s. 10. Warto podkreślić, że z badań przeprowadzonych wśród rodziców dzieci z zespołem Downa wynika, że badania prenatalne powinny być zagwarantowane każdemu, kto się tego domaga i pozwoliłoby to na przygotowanie się przede wszystkim pod względem psychicznym na fakt, któremu stawia czoła. Jednocześnie ankietowani uznali, że aborcja dzieci, u których wykryto trisomię jest morderstwem. J. Łuczak-Wawrzyniak, Diagnostyka prenatalna – analiza celu badania z perspektywy lekarza, matki/rodziców, płodu/dziecka, „Perinatologia, Neonatologia i Ginekologia” 2013 t. 6, z. 1, s. 11.

⁵¹ W przypadku diagnostyki preimplantacyjnej w świetle Ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. poz. 1087) to lekarz ma zdecydować, który zarodek ma zostać implantowany, a który zostanie odrzucony. Powyższy fakt prowadzi lub może prowadzić do selekcji zarodków w kontekście eugenicznym. Nie budzi wątpliwości fakt, iż celem tego rodzaju zapisów (art. 23 ust. 2 Ustawy) jest uzyskanie daleko idącej skuteczności, a więc zakończenia procedury sukcesem w postaci narodzonego dziecka. Zgodzić się należy jednak z tezą, że prowadzi to do swoistej reglamentacji prawa do życia, które przynależy wyłącznie zarodkom najlepiej rokującym. Pozostaje otwartym pytanie o ochronę prawną dla zarodków niespełniających w pełni tego kryterium i o możliwość współdecydowania dawców gamet jako potencjalnych rodziców. F. Sztandera, Ochrona prawna zdolności do życia zarodka w ustawie o leczeniu niepłodności z uwzględnieniem dorobku konstytucyjnego, „Zeszyt Studenckich Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2016, nr 6, s. 252-253.

⁵² Warto przypomnieć, że stosowanie ART spowodowało znaczący wzrost ciąż mnogich (3 i więcej dzieci). S. Khanijou, Multifetal Pregnancy Reduction in Assisted Reproductive Technologies: A License to Kill?, „DePaul Journal of Health Care Law” 403(2005), s. 404. Cięższe ciąże stanowią zagrożenie nie tylko dla kobiet ciężarnych ale i dla samych dzieci. Z tego powodu stosuje się selektywną terminację ciąży dokonując aborcji „nadliczkowych płodów”.

⁵³ S. Baruch, Preimplantation genetic diagnosis and parental preferences: Beyond deadly disease, Houston Journal of Health Law & Policy” 2008, Vol. 8, Nr 2, s. 253.

⁵⁴ Jako przykład wskazania do terminacji selektywnej w przypadku ciąży bliźniaczej należy podać zespół przetoczenia między bliźniętami (TTTS). K. Dąbrowska, J. Gadzinowski, Czy operacje wewnętrzne są uzasadnione? – perspektywa neonatologa. – Część III. Zespół Przetoczenia Między Bliźniętami (Twin to Twin Transfusion Syndrome – TTTS) i Wrodzone Wady Serca (CHD), „Ginekologia Polska” (82)2011, s. 527.

poprawnie to wskazaniem do redukcji płodów jest ponadstandardowa ich ilość co może stanowić zagrożenie zarówno dla ich matki jak i zwiększa prawdopodobieństwo śmierci wszystkich dzieci. W niektórych przypadkach przesłanki zastosowania *fetal reduction* mają także podłoże społeczno-ekonomiczne⁵⁵. Szczególnym przykładem selektywnej terminacji ciąży jest możliwość dokonania aborcji jednego z bliźniąt na wniosek matki⁵⁶ dopuszczalny na gruncie prawa norweskiego⁵⁷. Powyższe uprawnienie Norweżek (rozszerzone obecnie także na kobiety posiadające obywatelstwo innych krajów⁵⁸) nie ma nic wspólnego z przesłankami natury medycznej. Wystarczającym powodem jest fakt, iż bliźniacza ciąża będzie miała negatywny wpływ na psychikę kobiety np. jeśli zamierzała posiadać tylko jedno dziecko. Wprowadzona zmiana w norweskim prawie związana jest prawdopodobnie z nadzwyczaj wysokim odsetkiem ciąż mnogich wynikającym ze stosowania procedur wspomagania prokreacji (IVF)⁵⁹.

Macierzyństwo zastępcze oprócz entuzjazmu budzi także wiele negatywnych emocji. Pomijając kwestię praw podmiotowych surogatki i więzi emocjonalnej jaką nawiązała z urodzonym dzieckiem, należy wskazać na negatywne zjawisko odmowy przyjęcia dziecka. Powodem tego typu zachowania może być wada genetyczna dziecka lub choroba, którą nabyło dziecko w trakcie trwania ciąży lub samego porodu. Głośnym przykładem tego typu postawy jest tzw. *Baby Gammy Case*. Stan faktyczny był następujący: australijskie małżeństwo (Farnellowie) zawarło umowę o macierzyństwo zastępcze z tajlandzką surogatką. W trakcie stosowania ART okazało się, że jest to ciąża bliźniacza a u jednego z dzieci zdiagnozowano zespół Downa. Farnellowie odmówili przyjęcia chłopca nazwanego Gammy a odebrali jedynie jego zdrową siostrę⁶⁰. Powyższa sprawa miała reperkusje międzynarodowe i

⁵⁵ C-M. Legendre, G. Moutel, R. Drouin, R. Favre, C. Bouffard, Differences between selective termination of pregnancy and fetal reduction in multiple pregnancy: a narrative review, „Reproductive BioMedicine Online” (2013) 26, s. 543 i 546.

⁵⁶ Niektórzy zwolennicy tego typu działań twierdzą, że to od decyzji kobiety będącej w ciąży zależy, czy płód stanie się pacjentem i wynika to z jej autonomii. F. A. Chervenak, L. B. McCullough, R. J. Wapner, Selective termination to a singleton pregnancy is ethically justified, „Ultrasound in Obstetrics & Gynecology” 2(1992), s. 85.

⁵⁷ Norway to allow foreign women to abort healthy twin. Źródło: <http://www.thelocal.no/20161018/norway-to-allow-foreign-women-to-abort-healthy-twins>

⁵⁸ Norway: Selective abortion open to foreigners carrying twins. Źródło: <http://www.genethique.org/en/norway-selective-abortion-open-foreigners-carrying-twins-66427.html>

⁵⁹ P. Baklinski, Abortion tourism: Norway allows foreign women to abort healthy twin pregnancy. Źródło: <https://www.lifesitenews.com/news/abortion-tourism-norway-rules-foreign-women-can-abort-healthy-twin-pregnancy>

⁶⁰ Stan faktyczny przedstawiono w dużym uproszczeniu. Podstawowym źródłem informacji o powyższej sprawie obok doniesień prasowych jest wyrok sądu rodzinnego Zachodniej Australii, w którym przedmiotem orzeczenia było pozostawienie siostry Gammy’ego u Farnellów. Family Court of Western Australia, [2016] FCWA 17 (Wyrok Sądu Rodzinnego Zachodniej Australii, z dnia 14.04.2016). Źródło: www.familycourt.wa.gov.au/_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf. Przyznając władzę rodzicielską nad

stała się przyczyną zmian legislacyjnych w wielu państwach, które do tej pory słynęły z usług macierzyństwa zastępczego⁶¹. Innym przykładem negatywnych skutków macierzyństwa zastępczego jest nie przyjęcie dziecka przez żadną ze stron umowy jakie miało miejsce w sprawie *Buzzanca v. Buzzanca*⁶². Amerykańskie małżeństwo zawarło umowę o macierzyństwo zastępcze z surogatką, która została zapłodniona z wykorzystaniem nasienia anonimowego dawcy. W międzyczasie małżeństwo państwa Buzzanca się rozpadło i z tego powodu odmówili oni przyjęcia narodzonego dziecka. Matka zastępcza również nie wyrażała woli zaopiekowania się dzieckiem⁶³. Na gruncie prawa powstała sytuacja dziecka, które nie posiadało prawnych opiekunów tzw. *no lawful parents*. Spór został rozstrzygnięty przez sąd Kalifornii w ten sposób, że stwierdzono, że państwo Buzzanca jako inicjatorzy powstania dziecka są zobowiązani do opieki nad nim. W innej sprawie *intended parents* odmówili przyjęcia dziecka ze względu na to, iż w trakcie stosowania ART doszło do zainfekowania dziecka w wyniku czego przyszło na świat w stanie ciężkiego niedorozwoju⁶⁴.

W literaturze przedmiotu coraz częściej stawiana jest teza, że macierzyństwo zastępcze, szczególnie to o charakterze transgranicznym (*cross-border surrogacy*), nosi znamiona wyzysku kobiet pochodzących z krajów o niższym stopniu rozwoju gospodarczego. Można nawet mówić w tym przypadku o pewnym stereotypie, w którym dla białej kobiety usługi macierzyństwa zastępczego świadczą kobiety o czarnym lub brązowym kolorze skóry⁶⁵. Nie brakuje także ostro stawianych tez, że transgraniczne macierzyństwo zastępcze stanowi nową formę niewolnictwa⁶⁶ i wyzysku prowadzonego przez państwa zachodnie względem mieszkańców krajów mniej zamożnych⁶⁷. Brak możliwości lub konieczności pełnej

siostrą Gammy'ego australijskiej parze sąd nie uwzględnił, że John Farnell był uprzednio skazany za pedofilię wobec dziewczynek.

⁶¹ D. Dickenson, *The End of Cross-Border Surrogacy?*, Project Syndicate Feb. 25, 2016. Źródło: <http://prosyn.org/FK4LZfL>

⁶² *Buzzanca v. Buzzanca*, 61 Cal App 4th 1410, 72 Cal Rptr 2d 280 (Cal Ct App 1998). Orzeczenie dostępne w: <http://law.justia.com>

⁶³ A. Breczko, *Prawo natury i prawo stanowione w obliczu problemów genetyki reprodukcyjnej*, „Rocznik Teologii Katolickiej” tom XIII/1, rok 2014, s. 32-33.

⁶⁴ *Stiver v. Parker*, 975 F.2d 261 (6th Cir. 1992). Orzeczenie dostępne w: <http://law.justia.com> W opinii sądu niezależnie od sposobu powstania dziecka obowiązki rodziców względem niego są niezmiennie.

⁶⁵ J. M. Caamano, *International, commercial, gestational surrogacy through the eyes of children born to surrogates in thailand: A cry for legal attention*, „Boston University Law Review” 96(2016), s. 584-585.

⁶⁶ Macierzyństwo zastępcze uważane jest czasem za formę współczesnego niewolnictwa. A. L. Allen, *Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 13 (1990), s. 141-142. Jeżeli jednak zdefiniować niewolnictwo jako brak możliwości samostanowienia i bycie podporządkowanym czyjeś woli to czy o wiele bardziej nie odpowiada to sytuacji dziecka niż surogatki?

⁶⁷ Dla przykładu 20.000\$ stanowi odpowiednik rocznej pensji robotnika w USA. Dla surogatki w Indiach powyższa kwota oznacza dziesięcioletni zarobek. N. Bala, *The Hidden Costs of the European Court of Human Rights' Surrogacy Decision*, „The Yale Journal Of International Law Online” 40(2014), s. 15. Obecnie dysproporcja w zarobkach surogatki amerykańskiej i pochodzącej np. z Kambodży, Indii czy Malesji znacznie się powiększyła.

weryfikacji sytuacji życiowej *intended parents* prowadzi do skrajnych sytuacji, gdzie surogatka rodzi dziecko dla pedofila lub mężczyzny chorego terminalnie⁶⁸.

Interesującym przykładem kontrowersji związanych ze stosowaniem ART jest problem multiparentingu jaki pojawił się na gruncie prawa holenderskiego. Sprawa dotyczy pięciu osób mieszkających w osobnych gospodarstwach domowych (dwie kobiety w związku jednopłciowym oraz dwóch mężczyzn będących w legalnym związku jednopłciowym tworzących pozaprawny związek z trzecim mężczyzną)⁶⁹. Jedna z kobiet została zapłodniona pozaustrojowo (IVF) i urodziła dziecko. Dziecko będzie wychowywane wspólnie przez pięć osób jako rodziców choć według holenderskiej komisji rządowej dopuszczalne jest wychowywanie dziecka przez maksymalnie cztery osoby mieszkające w dwóch oddzielnych domach⁷⁰. Wydaje się, że źródłem tego stanu rzeczy był tzw. co-parenting polegający na wychowywaniu dziecka wspólnie z dawcą nasienia⁷¹.

Negatywnym zjawiskiem, które w sposób pośredni może być związane z metodami wspomagania prokreacji jest tzw. aborcja postnatalna (*after-birth abortion*), którą bardzo rzadko określa się też mianem dzieciobójstwa (*infanticide*). Źródłem powyższego zagadnienia stało się opracowanie zamieszczone w 2012 roku w jednym z numerów czasopisma medycznego o zasięgu międzynarodowym. Profesor Alberto Giubilini i doktor Francesca Minerva w artykule pt. *After-birth abortion: why should the baby live?*⁷² przedstawili i uargumentowali swoje kontrowersyjne tezy. Według wspomnianych autorów dziecko, które przychodzi na świat może stanowić ciężar (*unbearable burden*) nie tylko dla rodziców, ale także dla społeczeństwa⁷³. W przypadku takiego noworodka nie można mówić o dzieciobójstwie (*infanticide*) ponieważ jego status jest równy statusowi płodu (*fetus*). Ze względu na to, że noworodek (*newborn*) nie posiada jeszcze żadnych sprecyzowanych planów dotyczących swojej przyszłości (ewentualnie takie plany mogą mieć tylko jego rodzice),

⁶⁸ J. M. Caamano, *International...*, s. 585.

⁶⁹ <https://www.aol.com/article/2015/08/05/5-people-in-the-netherlands-are-expecting-a-baby-together/21218622>

⁷⁰ <https://www.government.nl/latest/news/2016/12/07/government-committee-amend-the-legislation-on-parentage-and-custody>

⁷¹ Przykładem jest relacja dwóch lesbijek z East Bay wychowujących wspólnie córkę z dawcą nasienia i jego partnerem mieszkających w Los Angeles. Ze względu na odległość co-parenting ogranicza się do cyklicznych odwiedzin i współfinansowania wydatków na dziecko. M. Sullivan, *The Family of Woman: Lesbian Mothers, Their Children, and the Undoing of Gender*, California 2004, s. 198-199. Co-parenting nieformalnie jest praktykowany także w Polsce. Oferty tego typu relacji można spotkać na forach tematycznych np. robimydzieci.com

⁷² A. Giubilini, F. Minerva, *After-birth abortion: why should the baby live?*, „*Journal of Medical Ethics*” 2012, s. 261-263.

⁷³ Wydaje się, że pewnym sensie tezy Giubilini i Mervy są rozwinięciem idei przedstawionej przez J. W. Prescott, który uzasadniał prawo kobiet do aborcji. J. W. Prescott, *Abortion or the unwanted child: A choice for the humanistic society*, „*The Humanist*” (march/april) 1975, s. 11-15. Można zauważyć podobny sposób przedstawiania wnioskowania logicznego opartego na ekstremalnych przykładach.

zabicie go nie doprowadzi do ich pokrzyżowania. Cytowani autorzy rozciągają możliwość eutanazji nie tylko na chore, ale także na zdrowe dzieci. Ze względu na brak świadomości nie można mówić o cierpieniu dziecka, a jego istnienie może stanowić ewentualną przyczynę cierpienia rodziców, rodzeństwa lub społeczeństwa (określanych jako *actual persons*). Powyższa koncepcja spotkała się z negatywną opinią ze względu na absurdałne ujęcie dziecka w fazie pre- i neonatalnej jako potencjalną osobę⁷⁴.

Naruszenia praw podmiotowych dziecka

W kontekście omówionych powyżej technik wspomaganie prokreacji można dojść do wniosku, że metody te prowadzą lub mogą prowadzić do naruszenia praw podmiotowych dziecka. Podstawowym źródłem tych praw jest Konwencja o prawach dziecka ONZ z 1989 roku⁷⁵. W tekście konwencji oraz w jej preambule, która zasadniczo stanowi echo Deklaracji praw dziecka⁷⁶, wymieniony jest szereg praw przysługujących dziecku. Stosowanie ART narusza m.in. prawo dziecka do zachowania tożsamości, do działania w interesie dziecka⁷⁷, do poznania swoich rodziców, do wychowania się w środowisku rodzinnym, do właściwej ochrony prawnej i prawo dziecka do niedyskryminacji⁷⁸.

Interes osobisty osób inicjujących i biorących udział w powstaniu dziecka przeważa nad interesem dziecka. Pomimo tego, że polski Trybunał Konstytucyjny orzekł, że życie ludzkie

⁷⁴ Według krytyków Minerva i Giubilini dokonują swojej analizy opierając się na błędnych przesłankach. G. Benagiano, L. Landeweerd, I. Brosens, After birth abortion: a biomedical and conceptual nonsense, „The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine” (2013), s. 1053-1059. Bardzo interesującą krytykę argumentacji Giubilini i Minervy przedstawia: R. A. Rini, Of course the baby should live: Against after-birth abortion, „Journal of Medical Ethics” (2013)39, s. 353-356.

⁷⁵ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991 nr 120 poz. 526.

⁷⁶ Uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 20 listopada 1959 roku. Źródło: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1959.html> Deklaracje praw dziecka zarówno z 1924 jak i 1959 roku akcentowały prawa dziecka pod kątem jego prawa do ochrony i opieki. Dopiero Konwencja o prawach dziecka precyzyjnie wskazała prawa i wolności osobiste dziecka. J. J. Bleszyński, A. Rodkiewicz-Ryżek, Ochrona praw dziecka w świetle standardów polskich i międzynarodowych, „Pedagogia Christiana” 2/30 (2012), s. 100.

⁷⁷ Bardzo interesujące rozważania dotyczące interesu dziecka jako zasady przeprowadził I. Glenn Cohen, profesor *Harvard Law School* w swoich dwóch artykułach. I. G. Cohen, Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests, „Minnesota Law Review” (96) 2012, s. 423-519. I. G. Cohen, Beyond Best Interests, „Minnesota Law Review” (96) 2012, s. 1187-1274.

⁷⁸ Niektórzy autorzy wyróżniają cztery grupy praw przysługujących dziecku. Do pierwszej grupy należą prawa wspólne dzieciom i osobom dorosłym (np. prawo do życia), do drugiej kategorii należą prawa związane z zależnością i podległością dziecka (np. prawo do opieki i utrzymania), w kolejnej grupie mieszczą się prawa, które mogą być wykonywane zasadniczo przez dorosłych oraz dzieci będące już blisko pełnoletności (prawo do wolności religijnej) i w czwartej kategorii mieszczą się prawa zawieszone tzw. *rights in trust*, których realizacja przez dzieci może nastąpić dopiero po uzyskaniu przez nie pełnoletności (prawo do prokreacji). Pomimo tego, że z przyczyn natury biologicznej lub prawnej dziecko nie może realizować ostatniego z praw, to ze względu na to, iż w przyszłości będzie mogło je realizować nie można dokonać np. sterylizacji dziecka. D.S. Davis, Genetic Dilemmas and the Child's Right to an Open Future, „Rutgers Law Journal” 549 (1997), s. 562-563.

rozpoczyna się od poczęcia⁷⁹ to z użyciem zamrożonych embrionów nie wiąże się żadna odpowiedzialność karna. Powodem tego jest fakt, iż w polskim prawie penalizowane jest zabójstwo żyjącego człowieka a potencjalne szkody prenatalne odnoszą się wyłącznie do dziecka znajdującego się w kobiecej macicy⁸⁰.

W kontekście stosowania ART niezwykle kłopotliwe wydaje się stosowanie pojęcia rodzic w dotychczasowym rozumieniu. Możliwość manipulacji gametami, zapłodnienia heterologicznego oraz wykorzystania surogatki prowadzi do odejścia od terminologii rodzica naturalnego na rzecz rodzica prawnego⁸¹. Należy zgodzić się z tezą, że został przeniesiony punkt ciężkości z prawa dziecka do rodziców na prawo osób dorosłych do posiadania dziecka. Rzeczywiste dobro dziecka straciło swoje znaczenie na rzecz praw i pragnień osób posiadających pełną zdolność do czynności prawnych bez względu na ich konkretną sytuację życiową⁸². Jeżeli założyć, że do prawidłowego rozwoju dziecko potrzebuje harmonii w środowisku rodzinnym i uczuciowym, to gwarancją tego stanu będzie trwały związek małżeński jego rodziców⁸³. Niestety powyższy warunek coraz częściej jest nierealizowany.

Odnosząc się do stosowanych technik diagnostycznych umożliwiających wygenerowanie dziecka posiadającego określone cechy fizyczne lub postulowane predyspozycje (zarówno intelektualne jak i genetyczne) należy postawić pytanie, czy w ten sposób nie tworzy się dziecka jako produktu? Jeżeli w obecnym stanie wiedzy biotechnologicznej możliwe jest zadośćuczynienie pragnieniom rodziców związanym z określonym kolorem oczu, ilorazem inteligencji czy zgodnością tkankową z innym członkiem rodziny, to takie działanie uprzedmiotawia samo dziecko. W skrajnych przypadkach np. wykreowania dziecka niepełnosprawnego, godzi się w podstawową zasadę dobra dziecka, którą powinny kierować się wszystkie osoby biorące udział w stosowaniu ART. W praktyce generowanie dziecka pod kątem pożądanых cech polega na dokonywaniu wyboru, który z embrionów spełnia dezyderaty *intended parents*. Dokonanie wyboru oznacza

⁷⁹ Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, Legalis nr 10361.

⁸⁰ E. Łowińska, Prawo do zapłodnienia *in vitro* w Polsce i na świecie, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2012 (1), s. 172.

⁸¹ M. Sabatello, Are the kids all right? A child-centred approach to assisted reproductive technologies, „Netherlands Quarterly of Human Rights” Vol. 31/1 (2013), s. 81.

⁸² W świetle powyższego dopuszcza się stosowanie ART przez osoby samotne, związki jednopłciowe i osoby domagające się zastosowania zapłodnienia *post mortem*. M. Sabatello, Are the kids..., s. 81.

⁸³ J. Haberko, J. Łuczak-Wawrzyniak, Dobrodrojeństwo nowoczesnych technik wspomaganego medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka? Uwagi na tle projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk sejmowy 3245), „Diametros” 44 (2015), s. 23. Ograniczenie ART wyłącznie do związków heteroseksualnych i to o ustabilizowanej sytuacji stałoby się przyczyną protestów ze strony środowisk LGBT. Na niekorzyść postulowanego ograniczenia przemawia także postępująca mentalność rozwodowa. Według badań statystycznych widoczny jest w Polsce wzrost liczby rozwodów: 2000 r. – 42770 i 2015 r. – 67296 (+24526) co wskazuje na niepokojącą tendencję szczególnie w zestawieniu z liczbą zawartych małżeństw: 2000 r. – 211150 i 2015 r. – 188832 (-22318). GUS, Rocznik demograficzny 2016, s. 238 i 187.

zgoda na narodziny tego jednego dziecka i jednocześnie brak zgody na przyjście na świat pozostałych dzieci⁸⁴.

Z macierzyństwem zastępczym związana jest obawa o to, czy dziecko nie staje się towarem, który następnie jest przedmiotem handlu⁸⁵. Z zasady macierzyństwo zastępcze ma, jak świadczy o tym sama nazwa, „zastąpić” naturalny proces prokreacji, którego realizacja w sposób konwencjonalny z różnych powodów jest niemożliwa. Odmowa przyjęcia dziecka, które przyszło na świat na skutek tego typu umowy, bez względu na wskazywane przesłanki świadczy o tym, że dziecko staje się przedmiotem kontraktu. W przypadku naturalnych narodzin odpowiedzialność za dziecko spoczywa na jego rodzicach a stan zdrowia dziecka lub brak cech pożądaných przez rodziców nie stanowi żadnej okoliczności wyłączającej ustawowe obowiązki względem dziecka⁸⁶.

We wstępie niniejszego artykułu wskazano, że kwestia praw dziecka poczętego nie będzie rozpatrywana. Na zasadzie pewnej analogii do fikcji prawnej nasciturusa należy jednak uznać za celowe rozważenie kwestii dotyczących terminacji ciąży. Jeżeli przyjąć za zasadne, że dziecku na etapie ciąży przysługują określone prawa (*rights in trust*), których realizacja nastąpi dopiero w przyszłości, to czy selektywna aborcja lub aborcja postnatalna nie stanowi rażącego naruszenia praw dziecka? Czy współcześni rodzice zostali wyposażeni w *ius necis* i mogą swobodnie decydować o tym, czy i które dziecko może się narodzić a w konsekwencji zrealizować swoje zawieszone tymczasowo prawa? Mityczna skała Tajgetu przybrała obecnie postać, która radykalnie odbiega od antycznego pierwowzoru i stawia pod znakiem zapytania jej humanitarny charakter. W przypadku Spartan selekcja przeprowadzana na noworodkach była podyktowana interesem całej społeczności. Zdrowe dziecko nieposiadające żadnych widocznych wad i ułomności dawało gwarancję, że w przyszłości Spartę zasili kolejny silny i skuteczny w walce wojownik. Współcześnie terminacja zdrowej ciąży (mnogiej lub pojedynczej), która ma uwolnić rodziców od wzięcia odpowiedzialności lub ponoszenia zbyt wielkich ciężarów psychiczno-finansowych, wydaje się godzić w interes

⁸⁴ A. J. Karnein, *A Theory of Unborn Life. From Abortion to Genetic Manipulation*, Oxford 2012, s. 96-97.

⁸⁵ Za wadliwą należy uznać podaną poniżej argumentację obrońców umów o macierzyństwo zastępcze, którzy twierdzą, że nawet jeśli dziecko zostało kupione to nie oznacza, że będzie traktowane jak towar. Według zwolenników macierzyństwa zastępczego nie ma nic złego w traktowaniu czasem człowieka i jego ciała jak towar. Nagannym jest jedynie traktowanie człowieka wyłącznie w kategoriach towaru. Poza tym niektóre towary się ceni, czyści i ubezpiecza. W macierzyństwie zastępczym nie kupuje się dziecka, ale nabywa się usługę polegającą na donoszeniu i urodzeniu dziecka. H. V. McLachlan, J. K. Swales, *Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: A defense of legally enforceable contracts*, „Law and Contemporary Problems” 72(2009), s. 96-99.

⁸⁶ W postulowanych regulacjach dotyczących macierzyństwa zastępczego można spotkać się z trzema modelami skupiających się na ochronie różnych podmiotów: dziecka, surorogatk i *intended parents*. V. R. Guzman, *A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: Should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?*, „Houston Journal Of International Law” 38 (2016), s. 645-650.

społeczeństwa. W przypadku dzieci niepełnosprawnych, obciążonych wadą genetyczną, jaką wartość dla społeczeństwa ma terminacja ich życia na etapie płodowym? Z jednej bowiem strony nie brakuje przypadków, w których dokonano błędnej diagnozy prenatalnej i dziecko przyszło na świat zupełnie zdrowe a z drugiej strony kierowani specyficznym pojęciem humanitaryzmem odbieramy choremu dziecku prawo do samostanowienia⁸⁷. Czy Grzegorz Płonka, Daniel Tammet lub Nick Vuijcie, których niepełnosprawność⁸⁸ można było zdiagnozować na etapie prenatalnym lub neonatalnym stanowią ciężar dla społeczeństwa lub prowadzą bezwartościową egzystencję? Nadliczbowe dziecko w przypadku ciąży mnogiej nie musi stanowić wyzwania dla jego rodziców ponieważ doskonałym rozwiązaniem ich problemów jest adopcja, czego zdaje się nie rozumieć norweski ustawodawca.

Wnioski

W świetle tego, co zostało powyżej przedstawione należy stwierdzić, że techniki wspomaganie prokreacji mogą prowadzić i bardzo często prowadzą do naruszenia podstawowych praw podmiotowych dziecka. Wskazane naruszenia uprawnień przysługujących najmłodszym obywatelom stanowią poważny i realny problem. W wyniku stosowania ART dziecko staje się podmiotem pozbawionym faktycznie przysługujących mu praw a realizacja i ochrona praw dziecka w praktyce jest obecnie poważnie utrudniona. Działanie w interesie dziecka jest realizowane zasadniczo wtedy, gdy związane jest z interesem innej osoby. Nie można bowiem zaprzeczyć, że np. szkody prenatalne czy kwestia majątku nasciturusa dotyczą także rodziców. Niestety w razie kolizji pomiędzy prawami dziecka a prawami rodzica dziecko stoi na przegranej pozycji. Redefiniowanie pojęcia rodziny i przyznanie równych praw związkom jednopłciowym oraz co-parentingowi może prowadzić do negatywnych skutków dla społeczeństwa. Ze względu na to, że powyższe zjawiska istnieją powszechnie od niedawna nie można wykluczyć pejoratywnego wpływu na rozwój osoby ludzkiej. Generowanie dziecka pod kątem jego cech psychofizycznych lub w skrajnych przypadkach ułomności stanowi ewidentne naruszenie jego podmiotowości. Postulowane dopuszczenie aborcji postnatalnej stanowi przykład egocentrycznego postrzegania świata.

⁸⁷ Wspomniany wyżej I. Glenn Cohen, którego poglądy są dalekie od konserwatyzmu twierdzi, że o *life not worth living* można mówić tylko w skrajnych przypadkach genetycznych chorób, których następstwem jest zawsze cierpienie i śmierć dziecka. I.G. Cohen, *Regulating...*, s. 472-474.

⁸⁸ Pomimo powszechnego odnoszenia tego terminu do stanu zdrowia wskazanych osób wydaje się, że deformuje i przekłamuje to rzeczywistość ich życia.

Należy wskazać, że fundamentalnym problemem jest kwestia określenia podmiotu, który zapewniłby dziecku skuteczną ochronę. Przewidziany przez polskie prawo w art. 182 k.r.o. *curator ventris* co do zasady działa głównie w interesie majątkowym dziecka. Przedstawicielami ustawowymi nasciturusa są jego rodzice – co jednak w przypadku, gdy istnienie lub zdrowie dziecka poczętego stoi w sprzeczności z interesami tych osób? Poza tym nierozwiązany pozostaje problem zainicjowania procedury ochrony dziecka przez sądownie ustanowionego kuratora. Nie ma pewności odnośnie do tego, kto miałby to czynić i jakie przesłanki musiałyby zostać spełnione. Tym bardziej, że świadomość istnienia nasciturusa może być udziałem wąskiej grupy osób, w których interesie wcale nie musi być dobro dziecka.

Na dzień dzisiejszy nie ma skutecznej regulacji prawnej, która chroniłaby faktycznie interes dziecka w wyżej wymienionych sytuacjach. Niezwykle istotnym pytaniem jest, kto miałby ocenić naruszenie prawa dziecka i w oparciu o jakie kryterium? Instytucja Rzecznika Praw Dziecka została powołana w celu ochrony konstytucyjnych praw dzieci, rozumianych jako istota ludzka od poczęcia aż do osiągnięcia pełnoletności⁸⁹. Zakres środków działania RPD jest raczej niewielki (w porównaniu do uprawnień Rzecznika Praw Obywatelskich) i sprowadza się do możliwości wszczęcia i prowadzenia określonych postępowań, sygnalizacji, interwencji i kontroli. Problemатyczne jest wskazanie konkretnych działań jakie powinien podjąć RPD w realiach dotyczących naruszeń praw dziecka będących następstwem zastosowania ART.

Analiza skutków postępu biotechnologicznego, który pośrednio stał się przyczyną redefinicji podstawowych pojęć, może doprowadzić do smutnej konstatacji, że pojmowanie dziecka jako owocu miłości oraz świadomego wyboru mężczyzny i kobiety powoli odchodzi do skansenu ludzkich pragnień i marzeń. Kończąc powyższy wywód należy zgodzić się w całej pełni z tezą, że nie powinno się mówić o prawie do posiadania czy prawie do dziecka w sensie absolutnym, ale o prawie do starania się o dziecko. Dążenie do osiągnięcia celu za wszelką cenę z zasady prowadzi do pogwałcenia czyjegoś prawa. W tym przypadku narusza się prawo osób zupełnie pozbawionych możliwości obrony i decydowania o sobie.

⁸⁹ Art. 1 ust. 2 i art. 2 ust. 1 Ustawy o rzeczniku praw dziecka, z dnia 6 stycznia 2000 r., Dz.U. Nr 6, poz. 69.

Szymon Bondaruk¹

Postulaty *de lege ferenda* w zakresie skargi *wrongful birth*

1. Wstęp

Artykuł ma na celu przedstawienie postulatów *de lege ferenda* wysuwanych odnośnie do skargi *wrongful birth*. Zbadanie obowiązującego stanu prawnego, a także analiza dotychczasowej linii orzecznictwa w zakresie spraw o niechciane urodzenie pozwoli na określenie aktualnego stanu ochrony zagwarantowanej dziecku. Zestawienie poglądów doktryny dotyczących nieodzowności regulacji normatywnej oraz rozważenie rozwiązań funkcjonujących w innych krajach, umożliwi zbadanie tezy o konieczności unormowania zagadnienia *wrongful birth* w ustawodawstwie polskim celem zabezpieczenia interesu dziecka.

2. Odpowiedzialność cywilna za niechciane urodzenie

Nieustanny rozwój medycyny, w szczególności postęp w ostatnich latach w zakresie diagnostyki prenatalnej i genetyki spowodował, wraz z upowszechnieniem egzekwowania odpowiedzialności odszkodowawczej lekarzy, wyłonienie się w ostatnich kilkudziesięciu latach specyficznych spraw, które za źródło odpowiedzialności cywilnej przyjmują poczęcie i urodzenie dziecka. Doktryna i orzecznictwo wyróżniają powództwa z tytułu *wrongful conception*, czyli niechcianego poczęcia, *wrongful birth* – niechcianego urodzenia oraz *wrongful life* tłumaczonego jako niechciane czy złe życie.

Terminem *wrongful birth* określane są roszczenia rodziców upośledzonego dziecka skierowane przeciwko lekarzowi, który w zawiniony sposób nie rozpoznał uszkodzeń dziecka

¹ Mgr, doktorant, Uniwersytet w Białymstoku.

w czasie ciąży, bądź jeszcze przed poczęciem w przypadku badań prekonceptyjnych, pozbawiając ich tym samym możliwości rozstrzygnięcia o ewentualnym dopuszczalnym przerwaniu ciąży. Lekarz nie jest tu sprawcą jakichkolwiek defektów. Stawiany mu zarzut polega wyłącznie na tym, że odebrał on rodzicom prawo do zadecydowania o tym, czy chcą obciążyć się upośledzonym dzieckiem².

Termin *wrongful life* pojawił i rozpowszechnił się jako pierwszy z wskazanych powództw. Jest on wytworem judykatury amerykańskiej, która najwcześniej stanęła przed takim problemem. Po raz pierwszy wystąpił on w wyroku Sądu Apelacyjnego w Illinois z 1963 r. w sprawie *Zepeda v. Zepeda*³. Stan faktyczny skargi *wrongful life* jest dokładnie taki sam, jak wskazane powyżej przesłanki niechcianego urodzenia, a jedyną różnicą jest powód wysuwający roszczenia – w przypadku skargi z tytułu niechcianego życia będzie nim dziecko. Trafnie obrazuje to T. Justyński: „(...) sprawy te są jak dwie strony tego samego medalu. Ten sam stan faktyczny jest bowiem dla dziecka sprawą *wrongful life*, dla rodziców zaś *wrongful birth*. O tym, do której kategorii sprawę należy zakwalifikować, zadecyduje zatem to, kto jest powodem”⁴.

W sprawach o niechciane urodzenie lub życie rodzice planowali dziecko i oczekiwali go. Powództwa nie dotyczą zaburzonego planowania rodziny, jak ma to miejsce w przypadku *wrongful conception*. Z problemem niechcianego poczęcia mamy do czynienia wówczas, gdy rodzice, ewentualnie jedno z nich, podjęli starania mające na celu uniknięcie poczęcia dziecka lub, na późniejszym etapie, jego urodzenia się, a ze względu na niewłaściwe postępowanie lekarza do poczęcia lub odpowiednio urodzenia jednak dochodzi. W efekcie rodzi się dziecko nieplanowane przez rodziców, zazwyczaj zdrowe, choć stan zdrowia narodzonego dziecka nie jest tu elementem konstrukcyjnym roszczenia. Chodzi tu najczęściej o trzy typy przypadków, z którymi związane jest roszczenie odszkodowawcze rodziców: zabiegi aborcji, sterylizacji oraz niewłaściwą antykoncepcję.

3. *Wrongful birth* na gruncie prawa polskiego

W polskim systemie prawnym brak jest szczególnego i odrębnego uregulowania zagadnienia *wrongful birth*. Tym samym sądy polskie, które rozpoznawały takie sprawy, opierały się na przepisach ogólnych regulujących odpowiedzialność odszkodowawczą. Za

² Zob. szerzej T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003, s. 163-180.

³ *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240 (1963), 190 N.E.2d 849, <https://www.courtlistener.com/opinion/2192746/zepeda-v-zepeda/>, (dostęp 21.1.2017 r.).

⁴ T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 20.

podstawę wydawanych wyroków w zakresie przyznawanych odszkodowań brane były zatem art. 415 kodeksu cywilnego⁵ (ewentualnie art. 471 k.c. w przypadku niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej) i art. 444 k.c., a w przypadku zadośćuczynienia art. 448 k.c.

W polskim systemie normatywnym zabieg aborcji uregulowany jest ustawą z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁶. Art. 4a wskazanej ustawy dopuszcza możliwość przeprowadzenia zabiegu aborcji w trzech przypadkach: z indykacji medycznej – gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej; indykacji genetycznej – jeśli badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu; oraz indykacji kryminologicznej – jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

W wypadku *wrongful birth* chodzi o możliwy zabieg przerywania ciąży ze wskazań genetycznych, do którego ostatecznie nie dochodzi na skutek naruszenia obowiązków przez lekarza lub personel medyczny. Aborcja z przyczyn genetycznych, zgodnie z art. 4a ust. 2 ustawy jest dopuszczalna do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej.

W skardze *wrongful birth*, jak w każdej skardze odszkodowawczej, wyróżnia się trzy konstytutywne elementy: naruszenie obowiązków przez lekarza, będące zdarzeniem sprawczym, szkodę oraz adekwatny związek przyczynowy. Naruszenie obowiązków przez lekarza, na skutek którego odebrane jest rodzicom prawo do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu zabiegu aborcji, może sprowadzać się do poradnictwa prenatalnego – najczęściej chodzi o nieprzeprowadzenie standardowych badań prenatalnych, nieprawidłową interpretację wyników badań lub niepoinformowanie pacjentki o wynikach – oraz poradnictwa prekonceptyjnego, polegającego zazwyczaj na błędnym poinformowaniu pacjentki o braku zwiększonego ryzyka urodzenia dziecka obciążonego oznaczoną wadą⁷. Trudność w ujmowaniu szkody w sprawach o niechciane urodzenie związana jest z faktem, że urodzenie dziecka, niezależnie od stanu zdrowia, nie może być rozważane jako szkoda. Doktryna przyjęła pogląd nazywany teorią rozdzielnosci, wyodrębniający dziecko jako szczególną wartość z jednej strony oraz koszty utrzymania tego dziecka z drugiej, co pozwala

⁵ Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁶ Dz. U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 ze zm.

⁷ Zob. szerzej T. Justyński, Poczęcie i urodzenie się dziecka..., s. 174-180.

na pewniejsze operowanie pojęciem szkody⁸. Tym samym zakres szkody wyznaczają obciążenia finansowe związane z defektem narodzonego dziecka będące szkodą majątkową oraz cierpienia psychiczne kwalifikowane jako krzywda. Zasadniczo potwierdzenie związku przyczynowo-skutkowego i jego adekwatności w sprawach *wrongful birth* nie powoduje większych trudności.

4. Pierwsza w Polsce sprawa o niechciane urodzenie

Sprawa, która wpłynęła do Sądu Okręgowego w Łomży 27 marca 2002 r. była pierwszą w Polsce sprawą o niechciane urodzenie. Rozstrzygnięta w I instancji 6 maja 2004 r.⁹, na skutek apelacji stron sąd II instancji wydał wyrok 5 listopada 2004 r.¹⁰, następnie w drodze kasacji obu stron zawisła przed Sądem Najwyższym, który wyrokiem z 13 października 2005 r.¹¹ przekazał sprawę do ponownego rozpoznania sądowi II instancji. Po ponownym rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny w Białymstoku wyrokiem z 7 marca 2006 r. uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w Łomży z 6 maja 2004 r. w zakresie odszkodowania oraz co do oddalonego powództwa oraz kosztów procesu i w tej części przekazał sprawę do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. Sąd Okręgowy w Łomży wydał wyrok 28 grudnia 2007 r.¹², zaskarżony przez pozwanego, na skutek czego Sąd Apelacyjny w Białymstoku wydał ostatni wyrok w sprawie 4 lipca 2008 r.¹³

Zainteresowanych odsyłam w szczególności do przywołanego powyżej wyroku Sądu Najwyższego, w którym przesądził on o legitymacji rodziców w sprawach *wrongful birth*, uznał zachowanie pozwanych lekarzy za naruszenie obowiązków, jednocześnie zarysowując pożądany standard zachowań lekarzy, rozstrzygnął o charakterze praw podmiotowych prawa do planowania rodziny i prawa do przerwania ciąży jako dóbr osobistych, których naruszenie skutkuje zasadnością przyznania zadośćuczynienia, rozwiązał problematyczne kwestie kausalności, ujmowania szkody w sprawach o niechciane urodzenie oraz jej zakresu (jako uszczerbku majątkowego wynikającego z konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów utrzymania i wychowania związanych z upośledzeniem dziecka). Tym samym odniósł się do wszystkich przesłanek odpowiedzialności z tytułu *wrongful birth*, czyniąc swój wyrok

⁸ Zob. szerzej T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 57-59.

⁹ Wyrok SO w Łomży z 6.05.2004 r. (I C 84/02), niepubl.

¹⁰ Wyrok SA w Białymstoku z 5.11.2004 r. (I ACa 550/04), OSAB 2005/1/3.

¹¹ Wyrok SN z 13.10.2005 r. (IV CK 161/05), OSP 2006/6/71.

¹² Wyrok SO w Łomży z 28.12.2007 r. (I C 160/06), niepubl.

¹³ Wyrok SA w Białymstoku z 4.07.2008 r. (I ACa 278/08), LEX nr 531750.

precedensowym. Przełomowe ustalenia Sądu Najwyższego zostały ostatecznie urzeczywistnione prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku.

Z uwagi na objętość pracy niemożliwym jest pełne przywołanie i omówienie stanu faktycznego oraz poszczególnych rozstrzygnięć. Dla celów tego artykułu dość nadmienić, że na skutek błędu lekarzy dziecko urodzone w 1999 r. z ciężką chorobą genetyczną – dysplazją kręgosłupowo-przynasadową – otrzymało stosowne odszkodowanie, pozwalające rodzicom zapewnić mu pewien standard życia, dopiero po dziewięciu latach sporów sądowych.

5. Utrwalona linia orzecznicza w sprawach o niechciane urodzenie

Pierwszy wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *wrongful birth* wyznaczył pewien kierunek, który został potwierdzony w kolejnych rozstrzygnięciach. Przywołać tu należy uchwałę Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r.¹⁴, wyrok Sądu Najwyższego z 12 czerwca 2008 r.¹⁵ oraz wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2010 r.¹⁶

W każdym kolejnym rozstrzygnięciu Sąd Najwyższy przywoływał zapadłe wcześniej w sprawach o niechciane urodzenie wyroki, dzieląc zasadniczo kierunek wykładni i ustalenia poczynione w wyroku z 2005 r.

Biorąc pod uwagę wyżej przywołane wyroki Sądu Najwyższego, uprawniona jest teza o utrwalonej linii orzeczniczej w sprawach o niechciane urodzenie. Potwierdzeniem tego jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 2015 r.¹⁷ w kolejnej sprawie *wrongful birth*. W tym przypadku już sąd I instancji trafnie uznał legitymację matki w sprawie o niechciane urodzenie, prawidłowo określił zdarzenie sprawcze, potwierdził zaistnienie adekwatnego związku przyczynowego, wyznaczył szkodę w granicach powszechnie już uznanych w dorobku orzeczniczym oraz przyjął za zasadne przyznanie zadośćuczynienia, z czym zgodził się sąd II instancji.

Sądy powszechne, na których wokandy będą trafiały kolejne sprawy mogą oprzeć się na tych rozstrzygnięciach. Czy jest to jednak wystarczające, aby zapewnić ochronę dziecku, o którą przecież ostatecznie w sprawach o niechciane urodzenie chodzi?

¹⁴ Uchwała SN z 22.02.2006 r. (III CZP 8/06), OSNC 2006/7-8/123.

¹⁵ Wyrok SN z 12.06.2008 r. (III CSK 16/08), OSNC 2009/3/48.

¹⁶ Wyrok SN z 6.05.2010 r. (II CSK 580/09), LEX nr 602234.

¹⁷ Wyrok SA w Krakowie z 12.05.2015 r. (I ACa 204/15), LEX nr 1755143.

6. Doktrynalne postulaty regulacji normatywnej

Sprawy o niechciane urodzenie z uwagi na nieodłączny element kontrowersji etycznych były szeroko komentowane w doktrynie z często wysuwaniem postulatem regulacji normatywnej skargi *wrongful birth*.

Witold Borysiak krytykował przyjętą przez Sąd Najwyższy w wyroku z 2005 r. koncepcję uprawnienia do przerwania ciąży zawartego w art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny jako prawa podmiotowego, twierdząc, że chodzi tu raczej o kontratyp, wyłączający generalną bezprawność aborcji w oznaczonych ustawowo przypadkach, przez co podawał w wątpliwość zasadność przyznawania w takich sytuacjach odszkodowań: „trudno jest obronić teoretyczno-prawną konstrukcję podmiotowego prawa kobiety do aborcji, którego naruszenie przez lekarza powodować będzie ponoszenie przez niego odpowiedzialności odszkodowawczej. To, że w języku potocznym mówi się o «prawie do aborcji» jest więc mylące i nie może przesądzać o uznaniu go za prawo podmiotowe”¹⁸. Jednocześnie, pomimo takiego stanowiska, powołując się na względy słusznościowe przemawiające za zapewnieniem rodzinie godziwych warunków bytowych, postuluje *de lege ferenda* rozstrzygnięcie kwestii roszczeń *wrongful birth* w drodze unormowania ustawowego. Uważa, że regulacja w odrębnej ustawie powinna dotyczyć wszystkich trzech typów skarg, a za wzór stawia Francję: „(...) rozwiązanie oparte powinno być na regulacji prawa francuskiego. Oznaczałoby to powiązanie wyłączenia możliwości podnoszenia tego typu roszczeń przez rodziców dziecka ze stworzeniem specjalnego funduszu, z którego środki byłyby przekazywane na utrzymanie urodzonych dzieci niepełnosprawnych. Zarazem wskazane byłoby dopuszczenie ewentualnych roszczeń niemajątkowych z tytułu naruszenia praw pacjenta, (...) co oznaczałoby wykluczenie konstruowania roszczenia o zadośćuczynienie na innej podstawie”¹⁹. Celnie podkreśla on, że w pierwszej sprawie *wrongful birth* w Polsce, dziecko urodzone w 1999 r. aż do prawomocnego zakończenia postępowania w 2008 r. było pozbawione niezbędnych środków utrzymania.

Anetta Breczko zasadnie nazywa skargi *wrongful birth* „sygnałem naszych czasów” i wskazuje: „Analiza doktryny i praktyki skłania do wniosku, że nie można ich bagatelizować. Argumenty przytaczane na gruncie koncepcji jakości życia wskazywałyby, iż z prawa do

¹⁸ W. Borysiak, Glosa do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, PiP 7/2006, s. 116-120.

¹⁹ W. Borysiak, Roszczenia odszkodowawcze związane z urodzeniem się dziecka (propozycja regulacji *de lege ferenda* na tle prawnoporównawczym), w: L. Bosek, M. Królikowski (red.), Współczesne wyzwania bioetyczne, Warszawa 2010, s. 316.

godności człowieka i jego autonomii wynika konieczność ich dopuszczenia poprzez stworzenie stosownych regulacji prawnych”²⁰.

Mirosław Nesterowicz proponuje stworzenie funduszu ubezpieczeniowego: „*De lege ferenda* należałoby stworzyć odpowiedni fundusz ubezpieczeniowy z udziałem państwa, dający zabezpieczenie materialne upośledzonym dzieciom, zwłaszcza tam, gdzie nie będzie podstaw cywilnoprawnych do dochodzenia roszczeń, np. w braku winy lekarza czy związku przyczynowego. Przykładem do rozważenia może być rozwiązanie francuskie przyjęte w ustawie z 4 marca 2004 r., według której pokrycie szczególnych kosztów i wydatków związanych z urodzeniem upośledzonego dziecka ma należeć do państwa (co wynika z *solidarité nationale*)”²¹.

Na nieodzowność regulacji normatywnej w podobnym zakresie wskazuje także A. Jacek: „W sytuacji, gdy obowiązujące w Polsce przepisy prawa dopuszczają jedynie ograniczone możliwości wykonania zabiegu przerwania ciąży, uważam, że istnieje konieczność zapewnienia przez państwo szerokiego systemu pomocy dzieciom urodzonym z poważnymi wadami i ich rodzinom, niezależnie od odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu *wrongful birth* czy *wrongful conception*.”²².

To tylko niektóre z głosów przedstawicieli doktryny wskazujące na konieczność unormowania skargi *wrongful birth*. Część z nich postuluje wprowadzenie rozwiązań funkcjonujących w ustawodawstwach innych krajów, którym należy przyjrzeć się bliżej.

7. Nowozelandzki i skandynawski model ubezpieczeniowy

W 1974 r. w Nowej Zelandii wprowadzono publiczno-prawne ubezpieczenie wypadkowe dotyczące szkód na osobie²³. Aktualnie materia ta uregulowana jest w znowelizowanym *Accident Compensation Act* z 2001 r.²⁴ Ubezpieczenie to obejmuje swym zakresem również odpowiedzialność lekarską za wypadek leczniczy. Ustawa ta nadaje standardowej odpowiedzialności odszkodowawczej charakter subsydiarny, gdyż dochodzenie odszkodowania w drodze powództwa cywilnego może mieć miejsce tylko w wypadku, gdy błąd lekarza nie jest objęty zakresem ubezpieczenia.

²⁰ A. Breczko, Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego, Białystok 2011, s. 297.

²¹ M. Nesterowicz, Glosa do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006/6/71.

²² A. Jacek, Złe urodzenie jako źródło odpowiedzialności odszkodowawczej zakładu opieki zdrowotnej, Prokuratura i Prawo nr 12/2008, s. 12.

²³ Accident Compensation Act 1972, <http://www.ird.govt.nz/technical-tax/pib-review/pib-archived/archived-accident-compensation/aca-1972-vol-77.html>, (dostęp 21.1.2017 r.).

²⁴ Accident Compensation Act 2001, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0049/latest/whole.html>, (dostęp 21.1.2017 r.).

Uzyskanie świadczenia zostało oparte na udowodnieniu związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem sprawczym, będącym podstawą odpowiedzialności, a wyrządzoną szkodą, pominięto natomiast przesłankę winy lekarza – jest to system *no fault*²⁵. Wypadek medyczny, obejmujący szeroki zakres zdarzeń sprawczych, można podzielić na dwa typy zająć. Z jednej strony są to wypadki niezwiązane bezpośrednio z terapią (np. poślizgnięcie się na schodach szpitala), z drugiej chodzi o przypadki, w których na skutek zachowania lekarza następuje pogorszenie stanu zdrowia pacjenta. Ubezpieczeniem objęte są zdarzenia polegające na działaniu lekarza, a nie jego zaniechaniu. Odmowa leczenia nie kwalifikuje się jako wypadek, co wyłącza odpowiedzialność ubezpieczyciela. Pojęciem wypadku nie są objęte także ryzyko zachorowania, ryzyko wynikające z przebiegu leczenia czy niebezpieczeństwo wystąpienia skutków ubocznych terapii, choć ubezpieczeniu podlegają skutki występujące bardzo rzadko – reszta obciąża pacjenta.

Skutki powyższej regulacji w odniesieniu do skarg *wrongful birth* są niejednolite. Spowodowane jest to faktem, że tylko niektóre ze stanów faktycznych, będących podstawą roszczeń z tytułu niechcianego urodzenia, mieszczą się w tak wyznaczonych ramach wypadku medycznego, przeważająca większość jest jednak wyłączona. Postawienie błędnej diagnozy przez lekarza, na skutek czego przychodzi na świat dziecko z określonymi nieprawidłowościami, co jest jednym z powszechniejszych ramowych stanów faktycznych spraw *wrongful birth*, nie zalicza się do wypadków medycznych. Podobnie jest kwalifikowane nieprawidłowe pouczenie pacjenta, również często będące podstawą roszczeń²⁶.

Zatem, jeśli oznaczone roszczenie *wrongful birth* oparte jest na naruszeniu obowiązków przez lekarza, które można zakwalifikować zgodnie z ustawą jako wypadek medyczny, zaspokajane jest ono przez *Accident Compensation Corporation*, który jest powszechnym państwowym ubezpieczycielem. W sytuacji, gdy niemożliwe jest zaliczenie zdarzenia sprawczego jako wypadku medycznego, pozostaje tradycyjna droga procesu odszkodowawczego przed sądami powszechnymi.

Innym przykładem ilustrującym wykorzystanie modelu ubezpieczeniowego jest Szwecja. Od 1975 r. funkcjonuje tam prywatne ubezpieczenie pacjentów, które najpierw było dobrowolne, a od 1996 r. obligatoryjne. Na skutek tej regulacji wszelkie podmioty świadczące usługi medyczne są zobowiązane do zawarcia umowy ubezpieczenia na rzecz

²⁵ K. Bączyk, Nowozelandzki model odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu, *Prawo i Medycyna* nr 1/2004, s. 70.

²⁶ T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 193-196.

pacjentów. Kolejno, na wzór modelu szwedzkiego, ubezpieczenia wprowadziły: w 1987 r. Finlandia, w 1988 r. Norwegia, a w 1992 r. Dania.

Ubezpieczenie obejmuje swym zakresem również niezawinione szkody powstałe w związku z leczeniem – jest to ubezpieczenie niezależne od winy podmiotów świadczących usługi lecznicze. Podobnie jak w modelu nowozelandzkim, nie rozciąga się na zwykłe ryzyko zachorowania oraz ryzyko nieprawidłowego procesu leczenia – co akurat przy zagadnieniu niechcianego urodzenia nie ma znaczenia z uwagi na fakt, że skarga opiera się na nieprawidłowym działaniu personelu medycznego, które należy kauzalnie powiązać z pozbawieniem możliwości podjęcia decyzji o aborcji.

W modelu skandynawskim niezwykle istotne są dwie kwestie stanowiące innowacyjne rozwiązanie zarówno w stosunku do systemu nowozelandzkiego, jak i standardowej drogi procesu cywilnego. Po pierwsze, wprowadzenie drogi ubezpieczeniowej nie zastępuje odpowiedzialności cywilnej, ani nie czyni jej subsydiarną a alternatywną – powód sam wybiera sposób rozpoznania i zaspokojenia swoich roszczeń²⁷. Drugim zagadnieniem jest przyznanie ubezpieczycielom roszczeń regresowych. W przypadku naprawienia szkody pacjentowi, który zdecydował się na ten wariant przyznania odszkodowania, ubezpieczyciel ma regres przeciwko sprawcom wyrządzonej szkody – lekarzom, personelowi medycznemu czy szpitalom. Przesłanką roszczenia regresowego jest wina po stronie sprawcy²⁸.

Jak wskazuje M. Nesterowicz: „Po dwudziestu kilku latach istnienia powyższego systemu odszkodowawczego ocenia się w Szwecji, że przynosi on rezultaty satysfakcjonujące. Nie znaczy to jednak, że wszystkie roszczenia pacjentów są uwzględnione. Na 4500 spraw rocznie mniej więcej 40% roszczeń ubezpieczyciele uznają za bezzasadne”²⁹. Model ten jednak zapewnia poszkodowanym wybór drogi dochodzenia naprawienia szkody oraz zwiększa zakres ochrony, obejmując ubezpieczeniem także szkodę niezawinioną, co z punktu widzenia pacjentów jest rozwiązaniem korzystnym.

8. Model francuski

Tym, co wyróżnia Francję jest ustawa o prawach pacjenta i jakości systemu zdrowia uchwalona 4 marca 2002 r.³⁰, która reguluje m.in. zagadnienie *wrongful birth*. Unormowanie

²⁷ M. Nesterowicz, Szwedzki system ubezpieczenia na rzecz pacjentów, Prawo i Medycyna nr 12/ 2002, s. 124.

²⁸ T. Justyński, Poczęcie i urodzenie się dziecka..., s. 196-197.

²⁹ M. Nesterowicz, Szwedzki system ubezpieczenia..., s. 126.

³⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015> (dostęp 21.1.2017 r.).

to zostało następnie, bez zmian w treści przepisów, przeniesione na mocy ustawy z 11 lutego 2005 r. o równych prawach, szansach oraz możliwościach partycypacji osób niepełnosprawnych w społeczeństwie³¹ do IV rozdziału kodeksu opieki społecznej i rodziny³². Przede wszystkim ustawa ta jednoznacznie dopuszcza powództwa rodziców o niechciane urodzenie, jednocześnie wyraźnie wyznaczając dozwolony zakres roszczeń.

Roszczenie odszkodowawcze rodziców z tytułu *wrongful birth* jest zasadne, jeżeli naruszenie obowiązków przez lekarza, czyli zdarzenie sprawcze, będące podstawą odpowiedzialności, następuje z tzw. winy charakterystycznej, znamiennej (*d'une faute caractérisée*), która jest formą kwalifikowaną winy zwykłej, jej wyższym stopniem. Regulacja odnosi się także do zakresu odszkodowania. Kwalifikuje ona jako szkodę rodziców wyłącznie krzywdę – uszczerbek o charakterze moralnym, ograniczony do cierpień psychicznych związanych z urodzeniem się dziecka upośledzonego. Natomiast co do dodatkowych wydatków spowodowanych oznaczoną wadą dziecka, będących podstawą w sprawach *wrongful birth* – zasądzone odszkodowanie nie może ich obejmować. Zgodnie z *solidarité nationale*, czyli zasadami solidarności społecznej, obowiązek ich pokrycia spoczywa na państwie³³.

W jednym z pierwszych wyroków bazujących na znowelizowanym stanie prawnym, z 12.06.2002 r., a więc już po wejściu w życie ustawy, sąd paryski orzekając, że spełnione zostały wszystkie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niechcianego urodzenia, uwzględnił roszczenia rodziców w zakresie odszkodowania za szkody moralne, ich cierpienia psychiczne, czyli w rozumieniu polskiego systemu prawa w części dotyczącej zadośćuczynienia za krzywdę, natomiast oddalił w odniesieniu do żądanego odszkodowania za koszty utrzymania dziecka, uzasadniając, że na gruncie nowej regulacji to Państwowe Biuro Odszkodowań za Wypadki Medyczne (*Office national d'indemnisation des accidents médicaux – ONIAM*) jest obciążone tymi kosztami. Wprowadzono tym samym pewien rodzaj odpowiedzialności gwarancyjnej, będącej uzupełnieniem tradycyjnej odpowiedzialności cywilnej³⁴.

³¹ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000809647&categorieLien=id> (dostęp 21.1.2017 r.).

³² Code de l'action sociale et des familles, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074069>, (dostęp 21.1.2017 r.).

³³ T. Justyński, Poczęcie i urodzenie się dziecka..., s. 198-201.

³⁴ K. Kawecka, Skarga *wrongful life* – charakter prawny i dopuszczalność, https://rf.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Karolina_Kawecka_Skarga_wrongful_life_charakter_prawny_i_dopuszczalnosc_Rozprawy_Ubezpieczeniowe_nr_15__2_2013__21896 (dostęp 21.1.2017 r.).

Mirosław Nesterowicz zwraca uwagę, że model wynagradzania szkód medycznych przyjęty we Francji powinien być także rozważony w Polsce, gdzie rosnąca liczba procesów medycznych czyni problem palącym. Podnosi, że system francuski (obok modelu szwedzkiego) jest dobrze sprawdzony i sprawnie funkcjonujący, co powinno sugerować zbadanie kwestii implementacji tych rozwiązań do prawa polskiego. „System ochrony praw pacjentów we Francji, w tym odpowiedzialności za szkody doznane przez nich przy leczeniu, jest – obok szwedzkiego ubezpieczenia na rzecz pacjentów (*No Fault Patient Insurance* – NFPI), przyjętego we wszystkich krajach skandynawskich – z pewnością najlepszy w Europie. (...) Ustawa (...) znacznie polepszyła sytuację pacjentów, tworząc system zamknięty, w którym każdy poszkodowany może otrzymać odszkodowanie za szkody medyczne bez wieloletnich procesów sądowych. Jest to system najmniej kontrowersyjny, do zaakceptowania przez pacjentów, a także przez lekarzy, którzy krytykowali dotąd orzecznictwo wprowadzające odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy leczeniu na zasadzie ryzyka czy słuszności. (...) Ustawa nie zamyka normalnej drogi sądowej, jednakże ułatwia i przyspiesza poszkodowanym możliwość otrzymania odszkodowania za szkody doznane przy leczeniu i z pewnością znacznie zmniejszy liczbę procesów sądowych”³⁵.

9. Postulat Sądu Najwyższego w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r.

W wyroku z 21 listopada 2003 r.³⁶ Sąd Najwyższy po raz pierwszy zajął się sprawą *wrongful conception*. W wyniku rozpoznania kasacji powodów uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego oraz wyrok Sądu Okręgowego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Sąd II instancji, rozpoznając apelację strony powodowej od wyroku Sądu Okręgowego, przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości.

Analiza całej sprawy przekracza ramy tego artykułu, jednak przywołać należy niezwykle doniosły postulat Sądu Najwyższego wyrażony w tej uchwale: „(...) pożądaną jest, aby zainicjowano prace ustawodawcze umożliwiające przejęcie przez państwo kosztów utrzymania dziecka w przypadku, gdy kobieta nie skorzystała z możliwości legalnego przerwania ciąży bądź gdy bezprawnie uniemożliwiono jej wykonanie tego zabiegu.”³⁷. Tym

³⁵ M. Nesterowicz, Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu, w prawie francuskim (według ustawy z 4 marca 2002 r. o prawach pacjentów), *Prawo i Medycyna* nr 12/ 2002, s. 116-122.

³⁶ Wyrok SN z 21.11.2003 r. (V CK 16/03), OSNC 2004/6/104.

³⁷ Uchwała SN z 22.02.2006 r. (III CZP 8/06), OSNC 2006/7-8/123.

samym Sąd proponuje rozwiązanie konceptualnie zbliżone do wyżej omówionej regulacji francuskiej.

W głosie do uchwały T. Justyński wskazuje: „w pełni należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego co do potrzeby ustawowego uregulowania tego niezwykle kontrowersyjnego z moralnego punktu widzenia oraz złożonego jurydycznie zagadnienia. Oczywiście wydaje się stwierdzenie, że brak właściwej staranności przy świadczeniu usług medycznych, prowadzący w konsekwencji do uniemożliwienia kobiecie zadecydowania o poczęciu bądź urodzeniu dziecka, nie może pozostać bez sankcji odszkodowawczej. Konsekwencje niestaranego zachowania sprawcy nie mogą przecież obciążać wyłącznie rodziców. Moralna dwuznaczność procesów odszkodowawczych oraz w szczególności ich przewlekłość, a także poważne finansowe obciążenie podmiotów świadczących usługi (ewentualnie ubezpieczycieli) skłaniają do poszukiwania nowych rozwiązań. Mogłoby nim być np. przejęcie przez państwo kosztów utrzymania dziecka (przez stworzenie – jak we Francji – odpowiedniego funduszu) lub wprowadzenie jakiegoś modelu ubezpieczeniowego (np. na wzór skandynawski lub nowozelandzki). Ustawowe uregulowanie tej kwestii miałoby i tę zaletę, że pozwalałoby na ewentualne ograniczenie wysokości odszkodowań, czego *de lege lata* zrobić się nie da”³⁸.

Za podsumowanie posłużyć może trafny komentarz W. Borysiaka: „Niewątpliwie niezwykle rzadkie w orzecznictwie SN jest wskazywanie ustawodawcy konieczności ustawowej regulacji określonego zagadnienia, podobnie jak niezwykle rzadkie jest sugerowanie przez SN konkretnych rozwiązań *de lege ferenda*. Świadczyć to może o niezwyklej doniosłości skutków rozstrzygnięcia danego problemu w systemie prawnym oraz o kontrowersjach – zarówno prawnych, jak i etycznych – jakie on budzi”³⁹.

10. Zakończenie

Problematyka *wrongful birth* bezspornie stała się realną częścią dyskursu prawniczego. Powództwa z tytułu niechcianego urodzenia nie stanowią już wyjątku. Wraz z nieuchronnym postępem medycyny, a w szczególności badań prenatalnych i genetycznych, niewątpliwie będą one trafiały na polskie wokandy jeszcze częściej.

Przywołane wyroki Sądu Najwyższego czynią uprawnioną tezę o wyznaczonej linii orzeczniczej. Rozstrzygnięcia w zakresie legitymacji procesowej, powinienego standardu zachowania lekarza, zasadności roszczeń odszkodowawczych, zadośćuczynienia i ich zakresu

³⁸ T. Justyński, Głos do uchwały SN z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSP 2007/2/16.

³⁹ W. Borysiak, Roszczenia odszkodowawcze..., s. 301.

z pewnością zapewniają pewien poziom ochrony i służą dobru dziecka. Jak pokazuje jednak analiza rozwiązań funkcjonujących w Nowej Zelandii, Skandynawii, a w szczególności we Francji, regulacja ustawowa z przyjęciem jednego z tych modeli spełniłaby tę rolę skuteczniej. Przywołani przedstawiciele doktryny są zgodni co do konieczności unormowania skargi *wrongful birth*, a znaczna część głosów za najkorzystniejszy uznaje model francuski. Czyni to również Sąd Najwyższy, a wagi tego postulatu nie sposób przecenić. Tym samym ustawowa regulacja skargi o niechciane urodzenie jest nieodzowna.

Игорь Алексеевич Добрыш¹

Labor regulation and protection of teenager's labor rights in Russia

The Russian legislation in the field of protection of labor rights of minors is based on fundamental acts and the conventional principles of international law, including the UN Convention on the Rights of the Child,² ILO instruments, the European Social Charter³ and other international agreements. The development of international labor law was promoted, first of all, due to the desire of states to restrict the use of child labor. Russia has ratified seven ILO Conventions directly regulating working conditions of children and teenagers, and the two conventions prohibiting forced labor. The most important of them is the Convention of the ILO on No. 138 "About the minimal age for employment". However, despite the relatively large volume of international regulation, there is no single act which would establish the general (common) principles concerning the regulation and protection of labor rights of minors. The national legislation of the Russian Federation also lacks such act.

The Constitution of the Russian Federation⁴ guarantees the right of everyone, including minors, to freedom of labor, the right to safe working conditions, wages, the right to rest and protect their labor rights. However, a number of universally recognized guarantees, contained in international law, received different content in the Constitution of the Russian Federation. For example, freedom of labor is defined as the right to freely dispose of someone's abilities to work, while international law understands freedom of labor wider.

¹ Doktorant, Санкт-Петербургский государственный лесотехнический университет имени С. М. Кирова, Российская Федерация (Sankt-Petersburski Państwowy Leśno-Techniczny Uniwersytet im. S. M. Kirowa, Federacja Rosyjska).

² Convention on the Rights of the Child, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

³ European Social Charter, <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter>

⁴ The Constitution of the Russian Federation, <http://pravo.gov.ru/konstituciya>.

According to Article 37 of the Constitution of the Russian Federation minors have the right to dispose freely of the capabilities to work, and also the right to safe working conditions, salary, the right to rest and to protect their labor rights. In the Russian Federation also as well as in Poland the fundamental act in this area is the Labor Code of the Russian Federation⁵, however, a number of guarantees and restrictions are placed also in other law articles.

The labor legislation of the Russian Federation guarantees the right to execution of an employment agreement of the persons which reached age of 16 years (general working capacity)⁶. However, the legislation allows the conclusion of an employment agreement by persons under the age of 16 in the following cases:

First of all, the persons who have got a general education or receiving a general education and reach the age of fifteen years can sign the employment contract for accomplishment of the easy work which is not harmful to their health.

Secondly, employment of 14-year-old teenagers is allowed under the following conditions:

- 1) the work should not be contraindicated for health of the juvenile/minor;
- 2) the work must be carried out in their non-study time and must not break the learning process;
- 3) the consent of a parent on the child labor; consent of the guardianship authority.

Thirdly, execution of an employment agreement with persons under the age of 14 is allowed in the presence of the following conditions:

- 1) for participation in the creation and/or performing of compositions in the organizations of cinematography, theaters, theater and concert organizations, circuses;
- 2) the work should not cause damage to health and moral development;
- 3) the consent of a parent (adoptive parent, guardian) on the child labor;
- 4) the consent of the guardianship authority⁷.

Thus, the legislation does not set a minimum age at which there is a special ability to work. In the Russian Federation also as well as in Poland, the registration of labor relations by civil agreements is prohibited. However, there is an opportunity to carry out activities on the basis of a civil contract from 14 years in the presence of a written parental consent. At the

⁵ Labor code of the Russian Federation no. 197-FZ of December 30, 2001, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/60535/65252/E01RUS01.htm>

⁶ *Ibid.*, a. 63.

⁷ *Ibid.*, a. 63.

same time the civil legislation does not set restrictions for minors of such activities, for employment duration, etc. That situation poses a threat of violation of children's rights.

The labor legislation sets a number of restrictions in the implementation of labor by minors. These restrictions concern the extreme duration of working time for minors (Articles 92 and 94 of the Labor Codes of the Russian Federation), leisure time (Article 122), the compensation guarantees (Article 271), special working conditions etc. They are directed to protect the physical and mental health of minors. At the same time, these guarantees are not absolute, in particular, minors between ages of 14 and 18, who have been convicted of crimes, serving sentences in juvenile detention centers, are actually involved in forced labor.

The protection of labor rights of minors is carried out by state bodies of a general competence (courts, prosecutor's offices, police, etc.) and special competence (the Federal Service for Labor and Employment – Rostrud). In addition, Ombudsmen for Children is directly involved in the protection of labor rights of minors is provided by guardianship and trusteeship. Besides, underage workers have the ability to self-defense of labor rights, as well as protect the rights of trade unions.

Describing the overall protection of labor rights of minors in the Russian Federation, we may conclude that the existing mechanism is quite effective, and that labor legislation contains a fairly high level of guarantees for minors. One of the main problems of protection of minors is not the imperfection of law, but the lack of effective enforcement mechanism and the lack of the effective control over implementation of law.

Anna Drozd¹

„Wykluczony ojciec” – o instrumentalizacji prawa w walce rozwiedzionych rodziców o dziecko

Za drzwiami sali sądowej toczy się sprawa o rozwód. Na korytarzu, na drewnianej ławce siedzi 15-letnia dziewczynka, w towarzystwie sąsiadki, która wraz z nią i jej matką przyjechała tego ważnego dnia do sądu. Gdy po długim oczekiwaniu w progu sali ukazuje się matka, dziewczynka nerwowym wzrokiem poszukuje ojca. Ten wychodzi jako drugi, niezgrabnie ukrywając się za sylwetką swojego adwokata. Matka, ignorując fakt, że korytarz sądu wypełniony jest niemal po brzegi obecnością innych ludzi, donośnym głosem zwraca się do córki: „Agusiu, Ty już nie masz ojca. Tato Cię nie kocha”.

Ojciec, spodziewając się kolejnych donośnych inwektyw ze strony byłej już żony, nie ma odwagi, by przynajmniej przywitać się z córką, choć nie widział jej od czasu, gdy wyprowadził się z domu. Nie widział jej od kilku miesięcy².

* * *

Rozwód małżonków będących jednocześnie rodzicami jest bez wątpienia traumatycznym przeżyciem skrajnie angażującym negatywne emocje, wśród których niejednokrotnie dominuje rozgoryczenie połączone z chęcią odwetu i nienawiści wobec tego partnera, którego zachowanie legło u podstaw decyzji o zakończeniu związku. We współczesnym postrzeganiu świata ze smutkiem należy odnotować, że obecność wspólnego dziecka (dzieci), nie stanowi skutecznego „hamulca” w powstrzymaniu się małżonka przed

¹ Mgr, adwokat, asystent, Uniwersytet Wrocławski.

² Zapis autentycznej historii w sprawie rodzinnej, w której autorka niniejszego artykułu występowała w charakterze pełnomocnika pozwanego ojca.

próbą skrzywdzenia tego drugiego. Nawiązując do doświadczeń wymiaru sprawiedliwości, ugruntowanych w funkcjonujących stereotypach, to najczęściej kobiety podejmują odwet za nieudane małżeństwo, poszukując różnych sposobów na upokorzenie niewiernego męża, który zaś bardzo często występuje z powództwem o rozwód dopiero wówczas, gdy ma już realną perspektywę kolejnego związku z nową partnerką. Najbardziej dotkliwym i naturalnie oczywistym w sytuacji posiadania potomstwa sposobem odwetu jest podjęcie przez matkę strategii alienacyjnej, której definitywnym skutkiem ma być marginalizacja bądź całkowite wykluczenie ojca z życia dziecka.

W tej perspektywie, rozwód rodziców jako niewątpliwie istotny, ale wciąż tylko fragment rzeczywistości dorosłych, staje się problemem natury społecznej³, w której nie budzi już zdziwienia coraz większa obecność matek wychowujących samodzielnie dzieci, podczas gdy niejednokrotnie rola ojca sprowadzona zostaje do „bankomatu stworzonego do dostarczania środków utrzymania dla coraz większych potrzeb małoletnich”. W tym miejscu godzi się wszakże podkreślić, że spotykane są coraz częściej odmienne scenariusze, gdy to ojciec pozostaje wraz z dziećmi, zaś matka jest „rodzicem na odległość”⁴. Dotychczasowe, wszakże skromne z uwagi na wyjątkowość tej sytuacji doświadczenia pokazują, że w tego typu relacjach o wiele rzadziej występują konflikty między rodzicami, albowiem ojcowie zasadniczo respektują rolę matki w życiu dziecka, nie podejmując działań zmierzających do ich wykluczenia. Częstsze są wówczas sytuacje, gdy matka dobrowolnie przestaje angażować się w utrzymywanie relacji rodzicielskiej z dzieckiem, nawet mimo wsparcia ze strony ojca w tym zakresie. Z tej więc przyczyny nurt niniejszych rozważań ukierunkowany jest na ukazanie mechanizmów prawa wykorzystywanych przez matki w celu wykluczenia ojca z życia dziecka, przy jednoczesnym podkreśleniu, że opisane powyżej negatywne postawy mogą cechować również zachowanie mężczyzn sprawujących opiekę nad potomstwem.

Tytułową „walkę o dziecko” można postrzegać jako „wojnę na dwóch frontach”. Pierwotny, często rozpoczynający się już od pierwszego momentu, w którym matka uświadamia sobie (czy też zostaje wprost o tym poinformowana), że istniejący rozkład

³ Jak wynika z raportu Centrum Badania Opinii Publicznej (z marca 2013 r.) sądy orzekają rozpad niemal co trzeciego małżeństwa w Polsce. Badania ankietowe odzwierciedlają coraz większą aprobatę Polaków wobec rozwodów; zdecydowani zwolennicy rozwodów stanowią grupę dwukrotnie większą liczebnie niż ich zagorzali przeciwnicy. Co czwarty Polak uważa, że jeśli oboje małżonkowie zdecydują się na rozwiązanie swojego małżeństwa w drodze postępowania sądowego, nie powinni mieć ku temu żadnych przeszkód. Zob. Komunikat CBOS, Polacy o rozwodach, BS/36/2013, Warszawa 2013, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_036_13.PDF (31 stycznia 2017).

⁴ O nowej wizji męskości, z której wyrasta partnerski model rodziny oraz większe zaangażowanie ojca w życie rodzinne oraz wychowanie dziecka oraz obliczach nowoczesnego ojcostwa zob. K. Arcimowicz, Przemiany wzorów ojca i modelu rodziny we współczesnej Polsce, w: G. Wrona et al., Rozwód i co dalej? Jak nie stracić kontaktu z dzieckiem po rozwodzie, Warszawa 2010, s. 50-62.

pożycia małżeńskiego ma charakter nieodwracalny i mąż (partner) chce sformalizować ten stan poprzez orzeczenie rozwodu – odbywa się na płaszczyźnie emocjonalnej. Polega na trwałym angażowaniu dziecka w konflikt między rodzicami poprzez manipulowanie jego emocjami. Odbywające się w obecności dziecka kłótnie rodziców (kończące się płaczem mamy i trzaskiem drzwi za wychodzącym w gniewie tatą albo też potajemnym tłumaczeniem przez mamę, że „tatuś odchodzi, bo przestał cię kochać”) powodują, że uwięzione w pułapce lojalności dziecko musi dokonać wyboru między dwiema najważniejszymi osobami. Nie ulega wątpliwości, że powstająca destabilizacja w jego dotychczasowym życiu prowadzi nieuchronnie do zaburzeń w rozwoju psychicznym oraz nieprawidłowej socjalizacji⁵.

Wtórna płaszczyzna walki zmierzającej do wykluczenia ojca z życia dziecka odbywa się właśnie na sali sądowej i *prima facie* ma charakter legalnego korzystania z instrumentów prawa służących ochronie dziecka. Z perspektywy całokształtu systemu prawa, za swoistą definicję jednoznacznie pejoratywnego pojęcia „batalia o dziecko” można uznać następujące kategorie spraw rodzinnych: o sposób uregulowania kontaktów i pieczy, o ograniczenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem oraz o orzeczenie alimentów na jego rzecz. Ponadto, w ekstremalnych sytuacjach nasilonego konfliktu między rodzicami, relacja ojciec – dziecko podlegać może także karnoprawnej ocenie przez pryzmat znamion przestępstw dotyczących molestowania seksualnego dziecka czy znęcania się nad rodziną.

Potrzeba spojrzenia na przepisy prawa – przez pryzmat konfliktu rodziców, w których jeden jest „silniejszy”, bo przy nim wychowuje się dziecko (matka), drugi zaś wskutek rozwodu będzie stopniowo marginalizowany jako autorytet wychowawczy poprzez ograniczenie wpływu na decyzje związane z bieżącym wychowaniem dziecka, jak również minimalizację czasu spędzanego z dzieckiem (ojciec) – jest warta uwagi z tego względu, że przecież z jednej strony nie sposób kwestionować prawa obojga rodziców do równego wpływu na *wychowanie* dziecka⁶; z drugiej zaś strony, coraz częściej obecne w praktyce wymiaru sprawiedliwości są postawy nadużywania dostępnych instytucji prawa rodzinnego i karnego w celu wyeliminowania ojca z życia dziecka.

⁵ Szerzej A. Czerederecka, Manipulowanie dzieckiem przez rodziców rywalizujących o udział w opiece, „Dziecko Krzywdzone” 2008, nr 4, s. 15-34; też, Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi, Warszawa 2010; W. Stojanowska, Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między rodzicami, Warszawa 1997, *passim*.

⁶ Art. 33 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. stanowi: „Kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”.

II

Wyrok rozwodowy małżonków posiadających przynajmniej jedno wspólne, małoletnie dziecko musi w swej treści uwzględnić, iż małżonkowie są i pozostaną rodzicami, którzy w dalszej perspektywie czasu nie są już zdolni sprawować wspólnej pieczy nad swoim potomkiem. Analizując samo brzmienie przepisów dotyczących wymogów rozstrzygnięcia o rozwiązaniu małżeństwa należy podkreślić, że przede wszystkim właśnie kwestia dobra dziecka wymaga szczególnej refleksji sądu. Uzasadnieniem owej troski ustawodawcy o dobro dziecka jest *expressis verbis* systematyka przepisów dotyczących rozwodu, albowiem pozytywnym przesłankom rozwodu z art. 56 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: k.r.i.o.), towarzyszy kategoryczne zastrzeżenie, że mimo zupełnego i trwałego rozkładu pożycia rozwód nie jest dopuszczalny, jeżeli skutek niego miałyby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków⁷. Nieuniknionym jest stwierdzenie, że obecne zmiany społeczno-obyczajowe pozostają w opozycji do przyjęcia, że warto pozostawać w związku małżeńskim dla dobra dziecka. Zmiany zachodzące w mentalności kobiet, polegające na większej akceptacji samodzielnego (a nie samotnego, jak niegdyś nazywało się to zjawisko) macierzyństwa stoją u podstaw założenia, że nie można w imię dobra dziecka trwać w małżeństwie, w którym zabrakło miłości i szacunku. Takie postrzeganie rzeczywistości w konfrontacji z definicją dobra dziecka⁸, zasługuje na akceptację. Istotą dobra dziecka, warunkiem koniecznym dla zmaterializowania się dobrego dzieciństwa jest posiadanie szczęśliwych, spełnionych rodziców. To skądinąd trywialne określenie jednego z najważniejszych warunków prawidłowego rozwoju dziecka, częstokroć nie znajduje odzwierciedlenia w postawie matki, która wdając się w konflikt z byłym mężem, angażuje w jego przebieg wymiar sprawiedliwości właśnie na płaszczyźnie relacji ojciec – dziecko.

Instrumentalizacja prawa rodzinnego przejawia się w nadużywaniu przepisów tej gałęzi, które mają służyć zapewnieniu stabilizacji dziecka po rozwodzie rodziców. Ilustrując to zjawisko szerzej, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że częstokroć postawa matki

⁷ Szerzej o elementach wyroku rozwodowego małżonków posiadających wspólne małoletnie dzieci i możliwych wariantach rozstrzygnięć: E. Naumann, Rozwód w polskim prawie, „Dziecko Krzywdzone” 2008, nr 4, s. 1-9; G. Wrona, Rozwód po polsku. Teoria i praktyka, w: G. Wrona et al., Rozwód i co dalej? Jak nie stracić kontaktu z dzieckiem po rozwodzie, Warszawa 2010, s. 5-19.

⁸ W piśmiennictwie prawniczym wskazuje się, iż w rozumieniu przepisów prawa rodzinnego „dobre dziecko” oznacza kompleks wartości o charakterze niematerialnym i materialnym niezbędnych do zapewnienia prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego dziecka oraz do należytego przygotowania go do pracy odpowiednio do jego uzdolnień, przy czym wartości te są zdeterminowane przez wiele różnorodnych czynników, których struktura zależy od treści stosowanej normy prawnej i konkretnej, aktualnie istniejącej sytuacji dziecka, zakładając zbieżność tak pojętego „dobra dziecka” z interesem społecznym (zob. W. Stojanowska, Rozwód a dobro dziecka, Warszawa 1979, s. 27).

wobec konieczności unormowania terminów i sposobów kontaktu z dzieckiem sprowadza się do propozycji „weekendowego taty”, przy czym jednocześnie i matka rości prawo spędzenia z dzieckiem dni wolnych od szkoły i pracy. Niejednokrotnie matki otwarcie manifestują niechęć wobec propozycji zabierania przez ojca dziecka w trakcie tygodnia, a już co gorsza – z możliwością noclegu (w myśl poglądu, że dziecko musi mieć jeden dom, a nocowanie naprzemiennie u każdego z rodziców sprawia, że nie ma ono stabilizacji). Naturalnym pozostaje jednocześnie, że ojciec chce mieć możliwość nie tylko spędzania wolnego czasu z dzieckiem, w którym może organizować mu rozmaite rozrywki, ale chciałby też odrabiać z nim lekcje w trakcie tygodnia czy usypiać do snu. Ignorując te potrzeby, niejednokrotnie matki angażują dzieci w różne zajęcia pozalekcyjne, które wypełniają im całe popołudnia. Tym samym, argument o braku czasu dziecka – z obiektywnych wszakże przyczyn (dodatkowy angielski, basen, kółko teatralne, lekcje gry na fortepianie) – jest w istocie zakamuflowanym sposobem izolacji dziecka od ojca.

Podobną w skutkach jest sytuacja, gdy matka została skrzywdzona przemocą (psychiczną czy fizyczną) przez byłego męża i przenosi swoje negatywne doświadczenia na ocenę przyszłych relacji ojca z dzieckiem (mimo, że w trakcie postępowania rozwodowego nie przedstawiła żadnych dowodów na takie negatywne zachowania się ojca wobec dziecka). W sytuacji silnego konfliktu między rodzicami, pojawiające się roszczenia matki o ustalenie kontaktów ojca z dzieckiem w jej obecności jest bezcelowe i w żaden sposób nie przysłuży się prawidłowemu rozwojowi dziecka, które mimo wszystko stanie się świadkiem nieuniknionej kłótni między rodzicami.

Mniejsze zaangażowanie w życie dziecka związane również jest instytucją władzy rodzicielskiej, która w przypadku rozwodu jest najczęściej ograniczona ojcu enigmatycznym sformułowaniem: „do najistotniejszych spraw dziecka”⁹. Pejoratywnie należy ocenić dążenie matki, aby pozbawić ojca władzy rodzicielskiej, które uzasadnione jest często niezgodnym

⁹ Przykładowe rozstrzygnięcia sądów: „wykonywanie władzy rodzicielskiej nad małoletnim powierzyć ojcu ograniczając władzę rodzicielską matki do prawa współdecydowania o edukacji syna, jego wyjazdach zagranicznych oraz metodach wychowawczych”; „wykonywanie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem powierzył matce, ograniczając jednocześnie władzę rodzicielską pozwanego do prawa współdecydowania o kształceniu, leczeniu i kraju zamieszkania małoletniego”; „wykonywanie władzy rodzicielskiej nad małoletnim R. W. ur. (...) powierzone zostało matce, z ograniczeniem władzy rodzicielskiej ojca do współdecydowania o istotnych życiowo sprawach dziecka, takich jak wybór placówki opiekuńczo-edukacyjnej, kierunku kształcenia, jak również kwestie związane z leczeniem dziecka” albo „powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej nad małoletnią O. P. ur. (...) w J. wnioskodawczyni L.L., ograniczając władzę rodzicielską uczestnikowi postępowania M.P. do ogólnego wglądu w wychowanie dziecka, współdecydowania o wyborze i kierunku nauki oraz leczeniu, wyjazdach dziecka za granicę”.

z rzeczywistością twierdzeniem, że „ojciec dzieckiem się nie interesuje”¹⁰. Paradoks takiej postawy matki polega na tym, że częstokroć to właśnie ona jest przyczyną minimalnego udziału ojca w życiu dziecka, a środkiem do uzyskania tego stanu jest omówiona już wcześniej walka o minimum jego kontaktów z dzieckiem. Dostrzec można jednocześnie pewną zmienną postawę ojców w tego rodzaju negatywnych relacjach rodzinnych, że przestają oni walczyć na drodze sądowej o prawo do spędzania większej ilości czasu z dzieckiem, ponieważ, po pierwsze, uznają, że „prawo jest po stronie matki” (więc walka w sądzie z góry skazana jest na porażkę); po drugie zaś zakładają, że sytuacja zmieni się samoistnie, gdy dziecko podrośnie i będzie samodzielnie decydowało, czy i w jakim rozmiarze czasowym chce kontaktować się z ojcem. Po stronie ojców zmienna jest postawa tzw. braku wiary w sprawiedliwość, sprzężona z oczekiwaniem na dojrzałość dziecka, które wedle ich przewidywań (należy dodać, że polegają one raczej na swoistej intuicji, aniżeli racjonalnych podstawach) będzie chciało spędzać z nimi więcej czasu. Wręcz przeciwnie, dziecko pozbawione w dzieciństwie kontaktu z ojcem może na późniejszym etapie dorastania negować zupełnie potrzebę jego obecności, prezentując przy tym postawę rozgoryczenia z powodu właśnie braku wcześniejszego zainteresowania się jego sprawami.

Podkreślić w tym miejscu należy, że pozytywną zmianą legislacyjną jest przemodelowanie dotychczasowej formuły towarzyszącej orzeczeniu o rozwodzie polegającej na ograniczeniu praw rodzicielskich jednemu z rodziców na rzecz pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu, mimo że nie potrafią oni wypracować tzw. porozumienia wychowawczego. Zgodnie bowiem z nowym brzmieniem art. 58 § 1a Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, sąd uwzględniając prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców – co do zasady – rozstrzyga o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, a jedynie wówczas gdy przemawia za tym dobro dziecka – może ograniczyć ową władzę jednemu z rodziców do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka¹¹.

Istotnym instrumentem prawa rodzinnego, które może prowadzić do wykluczenia ojca z życia dziecka jest instytucja alimentów, które – co jeszcze bardziej potęguje konflikt między rozwodzającymi się rodzicami – w pewnych sytuacjach przysługują również byłemu

¹⁰ Art. 111 k.r.i.o. stanowi: „Jeżeli władza rodzicielska nie może być wykonywana z powodu trwałej przeszkody albo jeżeli rodzice nadużywają władzy rodzicielskiej lub w sposób rażący zaniedbują swe obowiązki względem dziecka, sąd opiekuńczy pozbawi rodziców władzy rodzicielskiej. Pozbawienie władzy rodzicielskiej może być orzeczone także w stosunku do jednego z rodziców”.

¹¹ Nowe brzmienie art. 58 § 1a k.r.i.o. zostało wprowadzone ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2015 r., poz. 1062).

małżonkowi¹². Na tle roszczeń finansowych dochodzi często do wielomiesięcznych (oraz powtarzalnych z pewną regularnością) sporów sądowych co do wysokości raty alimentacyjnej. Zrozumiałe są pewne zasady, np. im starsze dziecko, tym większe są jego potrzeby albo, że dziecko chore wymaga większych środków finansowych niż jego zdrowy rówieśnik. Jednakże codzienność sali sądowej znów obfituje w doświadczenia, gdy owe wydatki na dziecko w świetle deklaracji matki (i przedstawionych dowodów) są specjalnie zawyżone, aby uzyskać jak najwyższą kwotę alimentów. Niewątpliwie, w kontekście oceny wysokości świadczeń należnych dziecku treść art. 135 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nakazuje uwzględnienie także osobistych świadczeń na rzecz dziecka¹³, ale bardzo często fakt ich ponoszenia ma znaczenie marginalne dla ostatecznego rozstrzygnięcia w stosunku do rodzica, który nie mieszka z dzieckiem. Logika słusznie podpowiada, że im mniejszy zakres osobistych kontaktów z dzieckiem, tym większy zakres obowiązku alimentacyjnego, a więc wyższa wartość raty alimentacyjnej na rzecz dziecka – zaś ta zależność czyni zrozumiałym określenie, że walka o kontakty to *de facto* walka o pieniądze. Nierzadkie są sytuacje, gdy sąd na skutek aktywności dowodowej matki uznaje, że koszty utrzymania dziecka są bardzo wysokie i konsekwentnie obciąża nimi ojca, który nie zamieszkuje wspólnie z dzieckiem. W istocie, zobowiązany ojciec musi podejmować dodatkowe zatrudnienie, aby sprostać treści orzeczenia alimentacyjnego i jednocześnie zapewnić sobie godziwe warunki życia. Nadmiar pracy, który pochłania czas wolny jest bezpośrednim skutkiem coraz rzadszych kontaktów ojca z dzieckiem. Paradoks tej sytuacji jest oczywisty: jeśli ojciec mniej widuje się z dzieckiem, więcej musi zapłacić na jego utrzymanie. Niestety, spory o pieniądze pozostają nieustannie w tle konfliktów o dziecko, zarówno w kontekście wysokości alimentów, ale również w tych sytuacjach, gdy matka chce wyjechać za granicę, bo tam ma perspektywę pracy czy też lepszych zarobków. Zmiana miejsca zamieszkania dziecka w takiej sytuacji to problem, który nie ma dobrego rozwiązania. Z jednej strony, wyprowadzka z kraju osłabia więzi z ojcem, z drugiej zaś – dziecko otrzymuje szansę lepszego życia, bo w sposób naturalny uczy się języka obcego, co przy zachowaniu staranności o jakość dalszej edukacji może wprost przełożyć się na jego

¹² Art. 60§1 k.r.i.o. stanowi w tym zakresie następująco: „Małżonek rozwiedziony, który nie został uznany za wyłącznie winnego rozkładu pożycia i który znajduje się w niedostatku, może żądać od drugiego małżonka rozwiedzonego dostarczania środków utrzymania w zakresie odpowiadającym usprawiedliwionym potrzebom uprawnionego oraz możliwościom zarobkowym i majątkowym zobowiązanego”.

¹³ Art. 135 § 2 k.r.i.o. stanowi w tym zakresie następująco: „Wykonanie obowiązku alimentacyjnego względem dziecka, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie albo wobec osoby niepełnosprawnej może polegać w całości lub w części na osobistych staraniach o utrzymanie lub o wychowanie uprawnionego; w takim wypadku świadczenie alimentacyjne pozostałych zobowiązanych polega na pokrywaniu w całości lub w części kosztów utrzymania lub wychowania uprawnionego”.

kwalifikacje zawodowe jako dorosłego człowieka. Rzeczywistość, w jakiej żyjemy, sprawia, że wykluczenie ojca z życia dziecka dla dobra dziecka nabiera nowego znaczenia. Nieobecność ojca w życiu dziecka ma już nie tylko wówczas uzasadnienie, gdy ten nie potrafi sprawować opieki poprzez nadużywanie władzy rodzicielskiej i sprawianie dziecku bólu, ale również wtedy, gdy wybiegając w daleką przyszłość, należy uznać, że dziecko ma prawo wyjechać z matką dla podniesienia komfortu życia. Nierzadko kontakty z ojcem stają się sporadyczne, powoli wygasają.

III

Niezmiennie często bezpośrednio przed wytoczeniem powództwa o rozwód albo w trakcie toczącego się już postępowania o rozwiązanie małżeństwa, do prokuratury wpływa zawiadomienie, że mąż – ojciec znęcał się nad całą rodziną (art. 207 § 1 k.k.¹⁴). Także założenie Niebieskiej Karty, która stanowić ma instrument przeciwdziałania przemocy w rodzinie, częstokroć towarzyszy sporom małżonków w postępowaniu rozwodowym. Owa nagminna wręcz częstotliwość nakazuje organom ścigania szczególną ostrożność w ocenie takich spraw, szczególnie gdy materiał dowodowy ogranicza się do zeznań potencjalnej pokrzywdzonej oraz osób jej bliskich, zaś osoby niespokrewnione nie potwierdzają forsowanych zarzutów o zdarzeniach przemocy.

Spośród zgłoszeń towarzyszących procesom rozwodowym odnotować należy i takie przypadki, gdy matka informuje organy ścigania, że małoletnie dziecko skarżyło się, że „tataś gilgotał w cipuszkę”, że „tataś pokazywał pisiorka” i w konsekwencji powyższego oczekuje natychmiastowego zakazu kontaktowania się ojca z dzieckiem. Sprawy o wykorzystywanie seksualne dziecka¹⁵ w tle toczącego się sporu między rodzicami są nader częste, by nie doszukiwać się w nich często perfidnej gry taktycznej, która skutecznie marginalizuje ojca

¹⁴ Przepis ten stanowi: „Kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5”.

¹⁵ Wykorzystywanie seksualne dziecka to włączenie dziecka w aktywność seksualną, której nie jest ono w stanie w pełni zrozumieć i udzielić na nią świadomej zgody i/lub do której z pewnością nie dojrzało rozwojowo i nie może zgodzić się w ważny prawnie sposób i/lub która jest niezgodna z normami prawnymi lub obyczajami danego społeczeństwa. Z wykorzystaniem seksualnym mamy do czynienia w sytuacji, gdy taka aktywność wystąpi pomiędzy dzieckiem a dorosłym lub dzieckiem a innym dzieckiem; ponadto jeśli te osoby ze względu na wiek bądź stopień rozwoju pozostają w relacji opieki, zależności, władzy. Celem takiej aktywności jest zaspokojenie potrzeb innej osoby. Aktywność taka może dotyczyć: a) namawiania lub zmuszania dziecka do angażowania się w czynności seksualne; b) wykorzystywania dziecka do prostytucji lub innych prawnie zakazanych praktyk o charakterze seksualnym; c) wykorzystywania dziecka do produkcji materiałów lub przedstawień o charakterze pornograficznym, zob. *Raport z konsultacji w sprawie zapobiegania krzywdzeniu dzieci*, Światowa Organizacja Zdrowia (WHO), www.fdn.pl/regulacje-prawne-dot-wykorzystywania-seksualnego-dzieci?cat1=446&cat2=1090&cat3 (dostęp: 31 stycznia 2017 r.).

z życia dziecka. Smutnym jest fakt, że takie metody działania cechują nie tylko osoby wywodzące się z patologicznych środowisk, ale również wykształconych, którym z racji statusu społecznego przypisuje się wysoki iloraz inteligencji emocjonalnej. Samo złożenie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia takiego przestępstwa¹⁶ jest stygmatyzujące¹⁷, zaś kolejne – konieczne z perspektywy ochrony dziecka – czynności procesowe pogłębiają tylko ten efekt. Truizmem jest stwierdzenie, że znęcanie się nad rodziną czy molestowanie seksualne dziecka to zarzuty natury tak poważnej, że nawet jeśli ostrożnie weryfikowane przez organy ścigania czy następnie sąd karny, to jednak wymagające niezwłocznych i stanowczych reakcji, aby prewencyjnie zabezpieczyć małoletnie dziecko przed ewentualnym sprawcą. Przepisy prawa karnego – już na etapie postępowania przygotowawczego (a także w toku postępowania sądowego) – pozwalają wykluczyć ojca z życia dziecka na czas wyjaśnienia, czy doszło do popełnienia przestępstwa na szkodę dziecka. Nie sposób krytykować ustawodawcy za to, że w sposób kompleksowy stworzył system ochrony dziecka, zarówno na płaszczyźnie samego udziału dziecka w procesie karnym (a więc specjalny tryb przesłuchania¹⁸, bez udziału podejrzanego ojca o przestępstwa przeciwko dziecku), jak również w kontekście samego czasu trwania postępowania poprzez system środków zapobiegawczych, w ramach których można nakazać ojcu wyprowadzenie się z domu czy wręcz czasowo pozbawić wolności w ramach tymczasowego aresztowania¹⁹. O ile, w sytuacji gdy rzeczywiście dochodzi do skrzywdzenia dziecka poprzez naruszenie jego nietykalności

¹⁶ Do przestępstw wymierzonych przeciwko seksualności dzieci stypizowanych w k.k. należą przede wszystkim: zgwałcenie małoletniego (art. 197§ 3), obcowanie lub doprowadzenie do innych czynności seksualnych z dzieckiem poniżej 15 roku życia (art. 200), jak również kazirodstwo (art. 201).

¹⁷ W jednej ze spraw toczących się przed Sądem Rejonowym dla Wrocławia-Śródmieścia, matka – z wykształcenia doktor nauk pedagogicznych – złożyła zawiadomienie przeciwko mężowi (asesor sądowy) o podejrzeniu popełnienia przestępstwa molestowania seksualnego 8-letniego syna. Po przeprowadzeniu wszechstronnego postępowania dowodowego, Sąd I instancji nie miał wątpliwości, że oskarżony jest niewinny. Determinacja matki spowodowała, że w tej sprawie orzekł również Sąd Odwoławczy, który w całości podzielił ustalenia Sądu I instancji i oddalił wniesioną przez nią apelację. Matka, za pośrednictwem profesjonalnego pełnomocnika, wywiodła kasację do Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy odmówił przyjęcia kasacji do rozpoznania wskazując, że w tej sprawie należało ustanowić kuratora dla reprezentowania małoletniego (zgodnie z uchwałą SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 10/10). Mimo że sprawa zakończyła się uniewinnieniem oskarżonego, on sam nigdy już nie wrócił do pracy w sądzie, a z której musiał zrezygnować po wszczęciu przeciwko niemu postępowania karnego.

¹⁸ Art. 185a k.p.k. stanowi, że małoletni pokrzywdzony powinien być przesłuchany „tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania”. Przesłuchanie odbywa się na posiedzeniu przed sądem i w obecności psychologa, natomiast pod nieobecność oskarżonego, a jedynie jego obrońcy. Podkreślenia wymaga, że jeśli oskarżony nie ustanowił obrońcy z wyboru przed przesłuchaniem dziecka, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu (§ 2 zdanie ostatnie art. 185a k.p.k.). W ten sposób ustawodawca chroni małoletniego przed sytuacją, że oskarżony, który dopiero w toku postępowania ustanowił obrońcę, mógłby żądać powtórnego przesłuchania małoletniego w obecności swojego obrońcy.

¹⁹ Podstawą stosowania tzw. środków zapobiegawczych, do których zaliczany jest m.in. nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym czy tymczasowe aresztowanie jest duże prawdopodobieństwo czynu (art. 249 k.p.k.) oraz istnienie jednej ze szczególnych przesłanek określonych w art. 258 k.p.k.

cielesnej czy emocjonalnej – wykluczenie ojca jest w pełni uzasadnione, o tyle w każdej ze spraw, w których to matka (lub inna osoba z jej otoczenia) zmanipulowała dziecko, by potwierdziło²⁰ negatywne zachowania ojca, instytucje prawa karnego bezzasadnie eliminują relację ojciec – dziecko na częstokroć na długi czas. Mocno zakorzenionym w pamięci dziecka pozostaje zaś nie tylko fakt rozłąki z ojcem, ale również traumatyczne momenty przesłuchania dziecka o relacjach związanych z tatą, które mogą być poprzedzone niejednoznacznymi rozmowami z mamą (innymi bliskimi ze strony matki), które zaburzają beztroskę dzieciństwa swoistego rodzaju indoktrynacją, że „bez taty będzie lepiej, że pieszczoty taty były złe, tata jest złą osobą”.

Nie ulega zaś wątpliwości, że ingerencja norm prawa karnego w relacje dziecko – ojciec ma znaczenie dla sposobu sądowego uregulowania tych relacji przez sąd rodzinny. Bardzo trudne są procesy rodzinne, w których ojciec domaga się samodzielnych kontaktów z dzieckiem (bez nadzoru kuratora, bez obecności matki, w miejscu poza zamieszkaniem dziecka), a jednocześnie w aktach sprawy pojawiają się informacje o wszczętym postępowaniu karnym przeciwko ojcu o czyn na szkodę dziecka. Choć jedną z najważniejszych gwarancji oskarżonego w polskim procesie karnym pozostaje zasada domniemania niewinności, to w praktyce – niejednokrotnie zapadają orzeczenia poniekąd „asekuracyjne”, które ów wątek karnoprosowy również uwzględniają.

IV

Uciekając się do swoistej prowokacji intelektualnej, należy postawić pytanie o to, czy stereotypy, którym ulega niejednokrotnie również wymiar sprawiedliwości nie sankcjonują pewnego dość wulgarnego wyobrażenia, że często ów ojciec pozostaje li tylko dawcą nasienia (i ewentualnie owym bankomatem, z którego można pobrać miesięcznie każdą ilość pieniędzy dla dziecka)?

W majestacie obecnych rozwiązań prawa rodzinnego, tym dosadnym określeniem można określić sytuację mężczyzny, który decyduje się na związek z zamężną kobietą, planuje z nią dziecko, a następnie, gdy oboje spodziewają się już wspólnego potomka, kobieta wraca skruszona do męża (mimo, że wcześniej zarzekała się o rozpadzie wszystkich małżeńskich więzi i wniosła pozew o rozwód). Aktualne brzmienie przepisów Kodeksu

²⁰ W sprawach, w których w rzeczywistości nie dochodziło do molestowania dziecka czy znęcania się nad dzieckiem przez ojca, bardzo często jest tak, że małoletnie dzieci nie potrafią relacjonować spontanicznie o tych negatywnych zachowaniach ze strony ojca, które materializują się w treści zarzutu o popełnieniu przestępstwa, a jedynie potwierdzają pewne zdarzenia w odpowiedzi na pytania ze strony sądu czy obecnego w trakcie przesłuchania psychologa.

rodzinnego i opiekuńczego stanowi, że biologiczny ojciec nie ma legitymacji czynnej do wystąpienia z powództwem o zaprzeczenie ojcostwa małżonka kobiety, która spodziewa się jego dziecka²¹. To zaś wymóg konieczny, aby sąd mógł ustalić prawne ojcostwo biologicznego ojca. Z takim powództwem może wystąpić prokurator, ale to jest kwestia jego subiektywnej, arbitralnej i niezaskarżalnej decyzji, przy czym ustawowym uzasadnieniem prokuratorskiej inicjatywy wedle art. 86 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego musi być jeden z dwóch wyznaczników: dobro dziecka lub ochrona interesu społecznego. Jeśli kobieta będzie konsekwentnie upierała się, że ojcem dziecka jest mąż to nikną szanse, że prokurator zdecyduje się na interwencję. A przecież, jeśli spojrzeć na polskie i międzynarodowe standardy prawa mające na celu ochronę dobra dziecka, to trzeba wyraźnie wskazać, że każde dziecko ma prawo do wiedzy o swojej tożsamości oraz prawdziwości ustaleń prawnych jego pochodzenia z rzeczywistymi więzami filiacyjnymi²².

Z problemem braku możliwości wystąpienia do sądu o ustalenie ojcostwa jeszcze do niedawna borykali się ojcowie, których były partnerki (jakkolwiek niepozostające w związku małżeńskim) nie chciały ich wskazać jako rodzica w chwili rejestracji dziecka w USC (zgoda matki jest bowiem warunkiem uznania ojcostwa²³). Trybunał Konstytucyjny badając zgodność tego normatywnego rozwiązania z ustawą zasadniczą uznał, że „dobro dziecka powinno mieć ochronę absolutną, a elementem tej ochrony jest prawo do wiedzy o pochodzeniu (prawo do tożsamości), zaś pozostawienie wyłącznie w gestii matki decyzji

²¹ Prawo do wystąpienia z powództwem o zaprzeczenie ojcostwa mają: mąż matki – w ciągu sześciu miesięcy od dnia, w którym dowiedział się o urodzeniu dziecka przez żonę, nie później jednak niż do osiągnięcia przez dziecko pełnoletności (art. 63 k.r.i.o.) matka dziecka – w ciągu sześciu miesięcy od urodzenia dziecka (art. 69§ 1 k.r.i.o.) oraz dziecko – po dojściu do pełnoletności, nie później jednak niż w ciągu trzech lat od osiągnięcia pełnoletności (art. 70§ 1 k.r.i.o.). Legitymację czynną do wytoczenia takiego powództwa posiada również prokurator.

²² Prawo małoletniego do wiedzy o biologicznym ojcu znajduje oparcie w treści ratyfikowanej przez Polskę Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. nr 120 poz. 526), a dokładniej: w sprawie ustalenia praw stanu dziecka zgodnie z rzeczywistością, a także prawem dziecka do wiedzy o własnej tożsamości (art. 7 i 8); prawem dziecka do styczności z rodzicami (art. 9); prawem i obowiązkiem rodziców do zapewnienia dziecku możliwości ukierunkowania go i udzielania mu rad przy korzystaniu przez nie z praw przyznanych w konwencji (art. 5), a także zasadą, że oboje rodzice ponoszą wspólną odpowiedzialność za wychowanie i rozwój dziecka (art. 18.). Bardzo ważną wskazówką dla interpretacji powyższych przepisów należy uczynić wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który wskazuje, że „pojęcie rodziny” w rozumieniu art. 8 nie ogranicza się jedynie do związków opartych na małżeństwie i może ogarniać inne więzy „rodzinne” *de facto*, w których strony żyją bez małżeństwa. Dziecko zrodzone z takiego związku jest *ipso iure* częścią tej „rodziny” od chwili swego urodzenia i z mocy samego tego faktu. Istnieje zatem między dzieckiem a jego rodzicami więź oznaczająca życie rodzinne, nawet choćby w czasie jego narodzin rodzice już ze sobą nie żyli albo ich związek został zerwany (wyrok Berrehab przeciwko Holandii z dnia 1 czerwca 1988 r.; wyrok Keegan przeciwko Irlandii z dnia 26 maja 1994 r. Seria A, nr 290, str. 19, § 49).

²³ Art. 73 § 1 k.r.i.o. stanowi: „Uznanie ojcostwa następuje, gdy mężczyzna, od którego dziecko pochodzi, oświadczy przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, że jest ojcem dziecka, a matka dziecka potwierdzi jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny, że ojcem dziecka jest ten mężczyzna”.

o pochodzeniu dziecka na gruncie prawa rodzinnego i opiekuńczego jest niezgodne z Konstytucją, zatem również naturalny ojciec ma prawo do ustalenia przed sądem więzi filiacyjnej z dzieckiem”²⁴. Powyższy pogląd, słusznie opierający się na równym traktowaniu obojga rodziców, spowodował zmianę przepisów (a to art. 84 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego), dzięki której biologiczny ojciec ma legitymację czynną do wytoczenia powództwa o sądowe ustalenie ojcostwa w sytuacji, gdy matka dziecka nie chce dobrowolnie zgodzić się na uznanie ojcostwa. Niemniej, również ten przykład ewolucji prawa (wymagający wszakże interwencji Trybunału Konstytucyjnego) ilustruje podejście samego ustawodawcy do tworzenia prawa, w którym przed zmianą powyżej wskazanego przepisu, a także wobec braku zmian w zakresie ustalenia ojcostwa dziecka pochodzącego od zamężnej kobiety²⁵, nasuwa się smutna z perspektywy roli ojca konstatacja, że w majestacie prawa to matka jest jednak ważniejszym rodzicem; albowiem tym, który może decydować o istotnej wiedzy dziecka dotyczącej znajomości biologicznego ojca²⁶.

V

Jak przeciwdziałać instrumentalnemu traktowaniu prawa w sporach rozwodzących się rodziców? Niewątpliwie istotną rolę odgrywać powinni pełnomocnicy procesowi (adwokaci, radcowie prawni) – którzy swoim dystansem do sprawy i umiejętnością spojrzenia na charakter rywalizacji między małżonkami z obiektywnej perspektywy – winni podpowiadać stronom tylko takie rozwiązania, które będą służyć ochronie dziecka. Dobro każdego dziecka jest warte wszystkich legalnych i moralnych zabiegów ze strony ich reprezentantów, aby – w granicach swojej roli procesowej – nakłonić rozwodzących się małżonków do wypracowania skutecznego stylu komunikacji, ponieważ żadne orzeczenie sądowe nie zastąpi ich bezpośrednich relacji, a których przecież nie sposób uniknąć w procesie wychowania dziecka.

²⁴ Zob. wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2003 r., K 18/02, Dz.U. 2003 nr 83 poz. 772.

²⁵ Warto podkreślić, że zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego w sprawie, w której biologiczny ojciec domagał się uznania jego prawa do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa – rozszerzenie kręgu osób legitymowanych do wytoczenia takiego powództwa nie jest możliwe w oparciu o regulacje konstytucyjne czy międzynarodowe (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2015 r., V CSK 413/14, Legalis).

²⁶ Owa swoista mentalność prawa, polegająca na nierównym traktowaniu rodziców i faworyzowaniu roli matki podlega wszakże zmianom w pozytywnym kierunku. Tytułem przykładu, jeśli matka odmawia zgody na wykonanie badań DNA celem ustalenia, kto jest ojcem dziecka, a sprawę zainicjował na prośbę ojca prokurator to warto mieć na uwadze następujące orzeczenie Sądu Najwyższego: Jeżeli w sprawie o zaprzeczenie pochodzenia dziecka wszczętej przez prokuratora na podstawie art. 86 k.r.i.o. to z rodziców, które jest uprawnione do wyrażenia zgody na pobranie krwi od dziecka liczącego poniżej 13 lat, zgody tej odmawia, sąd opiekuńczy może na podstawie art. 109 k.r.i.o. zarządzić pobranie krwi, gdy wymaga tego dobro dziecka, zob. postanowienie SN z dnia 5 maja 2000 r., II CKN 869/2000, Legalis.

Również zaangażowanie osoby bezstronnej, potrafiącej stworzyć atmosferę do prowadzenia negocjacji i wypracowaniu kompromisów – a taką powinien być mediator – należy uznać za konieczny i cenny element procedowania w sprawie o rozwód, który mógłby przeciwdziałać patologicznej rywalizacji między rodzicami. Warto dostrzec, iż prawodawca zdecydował się wzmocnić pozycję mediacji jako instrumentu służącego wypracowaniu porozumienia między zwaśnionymi stronami²⁷. Nie ma jeszcze odwagi ustawodawca, aby uczynić z mediacji instytucję obligatoryjnie poprzedzającą rozprawę rozwodową, choć wiele racji przemawiałoby za tak daleko idącą ingerencją, szczególnie w tych sprawach, w których małżonkowie posiadają małoletnie dzieci²⁸. Konieczność wykazania w treści powództwa (zgodnie z treścią art. 187 § 1 pkt. 3 k.p.c.), czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, a w przypadku, gdy takich prób nie podjęto, wskazania przyczyn ich niepodjęcia, może w praktyce stanowić skuteczną motywację do polubownego porozumienia się w tych kwestiach związanych z opieką nad dzieckiem, a które stanowią obligatoryjne elementy orzeczenia o rozwodzie.

Natomiast wobec braku kompromisowego nastawienia przynajmniej jednego z rodziców, niweczącego możliwość osiągnięcia jakiegokolwiek porozumienia na przedpolu procesu sądowego – przez pryzmat dobra dziecka – sąd powinien skierować rodziców do placówki lub specjalisty zajmujących się terapią rodzinną czy poradnictwem (zgodnie z art. 109 § 1 i 2 pkt 1 k.r.o.)²⁹. Zaletą tego rozstrzygnięcia jest przede wszystkim to, że pozwala jednoznacznie wyrazić sądowi dezaprobatę wobec zachowania rodziców, którzy w koncentracji na obopólnej walce, tracą z pola widzenia dobro dziecka. Skierowanie na terapię rodzinną ma ten walor, iż z punktu widzenia strategii procesowej każdej ze stron, stanowi jednoznaczne zwrócenie uwagi obojgu rozwodzącym się małżonkom, że w obiektywnej ocenie wymagają oni wsparcia dla zapewnienia dziecku stabilizacji wychowawczej. To, co oczywiste dla sądu, nie musi być tak czytelnym dla emocjonalnie zaangażowanego w spór rodzica, który bezkrytycznie uznając swój model wychowawczy za

²⁷ Zmiany dedykowane szerszemu wykorzystaniu instytucji mediacji w procesie cywilnym zostały wprowadzone ustawą z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz. U. poz. 1595), która obowiązuje od 1 stycznia 2016 r.

²⁸ Warto jednak podkreślić, że zgodnie z treścią art. 10 k.p.c.: „W sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd dąży w każdym stanie postępowania do ich ugodowego załatwienia, w szczególności przez nakłanianie stron do mediacji”.

²⁹ Art. 109 § k.r.o. stanowi: „Jeżeli dobro dziecka jest zagrożone, sąd opiekuńczy wyda odpowiednie zarządzenia. § 2. Sąd opiekuńczy może w szczególności: 1) zobowiązać rodziców oraz małoletniego do określonego postępowania, w szczególności do pracy z asystentem rodziny, realizowania innych form pracy z rodziną, skierować małoletniego do placówki wsparcia dziennego, określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej lub skierować rodziców do placówki albo specjalisty zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących rodzinie inną stosowną pomoc z jednoczesnym wskazaniem sposobu kontroli wykonania wydanych zarządzeń”.

najlepszy, deprecjonuje znaczenie drugiego z rodziców. Podzielić należy bowiem pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy, iż przepis art. 109 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie uzależnia wydania potrzebnych zarządzeń od przyczyn nienależytego wykonywania władzy rodzicielskiej, lecz zmierza do usunięcia wszelkiego rodzaju źródeł zagrożenia dobra dziecka bez względu na to, czy trudności w wykonywaniu władzy rodzicielskiej są zawinione przez rodziców³⁰.

Zakończyć należy refleksją, której prawdziwości nie są w stanie zniweczyć żadne, nawet radykalne zmiany przepisów prawa, a mianowicie: instrumentalizacji prawa w walce rozwiedzionych rodziców o dziecko nie sposób wyeliminować z rzeczywistości prawnej. Wbrew wszelkim zabiegom i oczekiwaniom racjonalnego ustawodawcy, od zawsze litera prawa – w procesie jego stosowania – kształtowana jest przede wszystkim przez intencje osób, które chcą z niego wywieść korzystne dla siebie skutki prawne. Determinacji rozwodzących się rodziców muszą przeciwdziałać organy, które są adresatami roszczeń i oczekiwań. Tylko wrażliwość i daleka ostrożność sędziego, policjanta czy prokuratora w podejmowaniu działań służących izolacji dziecka od ojca, mogą zapobiec tym wszystkim dramatom, w których na skutek instrumentalizacji prawa deprecjonuje się znaczenie i rolę tego rodzica.

³⁰ Postanowienie SN z dnia 7 czerwca 1967 r., III CR 84/67, Legalis.

Rafał Dubowski¹

Oddalenie powództwa o rozwód jako środek ochrony dobra dziecka. Pobożne życzenie czy rzeczywistość?

I. Wprowadzenie

Artykuł 56 § 2 k.r.o. stanowi, iż „[...] mimo zupełnego i trwałego rozkładu pożycia rozwód nie jest dopuszczalny, jeżeli wskutek niego miałyby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków [...]”². Zacytowany fragment przepisu określa jedną z trzech negatywnych przesłanek rozwodu³. Jej negatywny charakter przejawia się w tym, że okoliczność taka, iż dobro wspólnych małoletnich dzieci ucierpi na skutek rozwodu uniemożliwia rozwiązanie małżeństwa, nawet jeśli w danym przypadku spełniona zostaje pozytywna przesłanka, tj. nawet wtedy, gdy między małżonkami nastąpił zupełny oraz trwały

¹ Dr, Białystok.

² Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 2082, ze zm.). Ustawodawca nie określa wprost, jaki krąg osób obejmuje pojęcie „wspólnych małoletnich dzieci”. W piśmiennictwie prawniczym jednak trafnie wskazuje się, że dotyczy ono: 1) małoletnich dzieci, za którymi przemawia domniemanie pochodzenia z danego małżeństwa (art. 62 k.r.o.); 2) małoletnich dzieci pozamałżeńskich, których pochodzenie od małżonków zamierzających uzyskać rozwód zostało ustalone w sposób przewidziany przez przepisy prawa (art. 72 k.r.o. – uznanie ojcostwa albo sądowe ustalenie ojcostwa); 3) małoletnich dzieci przysposobionych przez oboje małżonków; 4) małoletnich dzieci jednego z małżonków, które przysposobił współmałżonek (zob. np. A. Sabuda, *Ochrona dobra dziecka w procesie rozwodowym (zakres podmiotowy)*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1969/z. 3–4, s. 103-105; B. Walaszek, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971, s. 101; J. Winiarz w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, J. Pietrzykowski (red.), wyd. 2, Warszawa 1993, s. 326; H. Haak, *Ustanie małżeństwa. Komentarz*, Toruń 1998, s. 29; J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1999, s. 135; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 192; W. Stojanowska, *Negatywne przesłanki wyłączające dopuszczalność rozwodu*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 11: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2009, s. 654; J. Winiarz (oprac. J. Gajda) w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), wyd. 3, Warszawa 2012, s. 543; A. Olejniczak w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), wyd. 2, Warszawa 2013, s. 410; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 7, Warszawa 2014, s. 155).

³ Pozostałe to: sprzeczność rozwodu z zasadami współżycia społecznego (art. 56 § 2 *in fine* k.r.o.) oraz zakaz orzekania rozwodu na żądanie małżonka wyłącznie winnego (art. 56 § 3 k.r.o.).

rozkład pożycia. Z powyższego można wnioskować więc, iż w ocenie ustawodawcy oddalenie powództwa rozwodowego, a co za tym idzie formalne utrzymanie dysfunkcyjnego małżeństwa może być środkiem służącym do ochrony interesów małoletniego dziecka.

W latach 50. ubiegłego wieku – pod rządami kodeksu rodzinnego, który zawierał podobne rozwiązania⁴ – zwracano uwagę, że w praktyce sądowej przypadki odmowy orzeczenia rozwodu ze względu na dobro dziecka nie zdarzały się często, a przepis zawierający tę negatywną przesłankę był „martwy”⁵. Wówczas ten stan rzeczy, a w istocie jego krytyka, doprowadziły niektórych autorów do postawienia tezy mówiącej, że rozwód, co do zasady, sprzeciwia się dobru dziecka, a jego orzeczenie mogą uzasadniać tylko szczególne okoliczności⁶. Z drugiej strony natomiast przeciwnicy tego poglądu wskazywali, iż owszem szkodliwy dla dziecka jest stan rozkładu pożycia rodziców będący źródłem wielu nieszczęść i cierpień pozostawiających ślady na całe życie, lecz z reguły – albo i nigdy – dobro dziecka nie ucierpi na skutek samego rozwodu⁷. Pojawiły się również stanowiska pośrednie, akcentujące potrzebę rozpatrywania każdego przypadku indywidualnie z uwagi na to, iż jak uważali zwolennicy tego poglądu, brak jest w tym zakresie ogólnych reguł czy prawidłowości⁸.

W wytycznych z 1968 r. SN przyjął, że „wbrew wysuwany nieraz sugestiom stwierdzić należy, że jak to już poprzednio zaznaczono, brak podstaw do uznania, iż dobro dzieci z reguły nie sprzeciwia się rozwodowi; nie ma też w tym zakresie domniemania

⁴ Zob. art. 29 § 2 ustawy z 27.06.1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz. U. z 1950 r. Nr 34, poz. 308, ze zm.).

⁵ Na ograniczoną rolę przesłanki dobra dziecka wskazywał np. A. Stelmachowski, Dobro dziecka w procesie rozwodowym, „Nowe Prawo” 1953/8-9, s. 58-59.

⁶ Stanowisko to zajęli: A. Stelmachowski, Dobro dziecka..., s. 58-65; T. Dybowski, Niektóre zagadnienia problematyki rozwodowej na tle orzecznictwa i doktryny, „Nowe Prawo” 1956/6, s. 53-55. Z kolei S. Kaleta ze względu na ochronę dziecka zaproponował wprowadzenie zakazu rozwodu dla małżonków, którzy mają potomstwo w wieku do lat 7 (zob. S. Kaleta, Prawo rodzinne w systemie prawa polskiego, „Studia Cywilistyczne” 1961, s. 120).

⁷ Pogląd ten wyrażono w następujących pracach: M. Wawiłowa, Jeszcze o interesie dziecka w procesie rozwodowym, „Nowe Prawo” 1954/2, s. 49-52; S. Garlicki, Dobro małoletnich dzieci jako negatywna przesłanka rozwodowa, „Nowe Prawo” 1955/5, s. 51 i n.; S. Szer, Prawo rodzinne, Warszawa 1966, s. 161; M. Wawiłowa, Ochrona interesów dziecka w sprawie rozwodowej, „Nowe Prawo” 1968/6, s. 955-970. W późniejszym piśmiennictwie stanowisko to zajęli również: J. Zaporowska, J. Mazurkiewicz, „Rozwodzić” jest przeciwieństwem „zwodzić”, „Rzeczpospolita” 1995/103, s. 14; J. Mazurkiewicz, „Rozwodzić” jest przeciwieństwem „zwodzić”, czyli o potrzebie zasadniczej reformy prawa rozwodowego, w: Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. B. Gawlikowi, J. Pisuliński, P. Tereszkiewicz, F. Zoll (red.), Warszawa 2012, s. 456-457. W istocie wątpliwości tej natury pojawiły się razem z pierwszą propozycją uwzględniania przesłanki dobra dziecka w sprawach o rozwód i separację, tj. w okresie międzywojennym (zob. S. Tylbor, Uwagi o projekcie prawa małżeńskiego, „Głos Sądownictwa” 1932/12, s. 724-725).

⁸ Stanowisko pośrednie podzielają np.: W. Stojanowska, Negatywne przesłanki..., s. 650-651; J. Strzebinczyk, Prawo rodzinne, Kraków 2002, s. 178; S. Kołodziejski, Dobro wspólnych nieletnich dzieci – jako przesłanka odmowy orzeczenia rozwodu, „Palestra” 1965/9, s. 28-30. Za pośrednie można uznać też stanowisko zawarte w pracy J. Wisłocki, Dziecko a rozwód, „Palestra” 1957/2, s. 47-51. Co prawda, jej autor różnicuje dopuszczalność rozwodu ze względu na wiek dziecka, jednak zgodnie z jego intencją tezy te mają mieć jedynie charakter orientacyjny.

przeciwne. W związku z tym sądy obowiązane są na podstawie szczegółowo ustalonych okoliczności uzasadnić swój pogląd⁹.

Przyjmując za słuszne powyższe stanowisko, lecz jedynie w tym sensie, że przepisy nie formułują żadnego domniemania prawnego i w każdej indywidualnej sprawie sąd powinien wnikliwie ocenić całokształt okoliczności, warto poszukać odpowiedzi na pytanie: czy zasady doświadczenia życiowego uprawdopodobniają wniosek, że w razie ustalenia zupełnego i trwałego rozkładu pożycia dobro dziecka z reguły ucierpi na skutek rozvodu rodziców, czy może natomiast bliższe prawdzie będzie twierdzenie przeciwne? Lub stawiając problem w nieco publicystycznym żargonie: czy rzeczywiście sąd oddalając powództwo rozwodowe jest w stanie uchronić dziecko przed krzywdą, czy też może takie oczekiwanie stanowi jedynie niemożliwe do zrealizowania pobożne życzenie?

II. Sposób oceny wpływu rozvodu na sytuację dziecka

W celu udzielenia odpowiedzi na postawione pytanie potrzebna jest metoda, za pomocą której można ustalać, czy w określonych okolicznościach rozwód będzie sprzeczny z dobrem dziecka. Sugestie, które mogą posłużyć do jej sformułowania zawiera orzecznictwo. W wytycznych rozwodowych z 1968 r. SN wskazał, że „uszczerbku dla małoletnich dzieci można się dopatrzeć w orzeczeniu rozwodu, gdy istniejący stan faktyczny nie pozwala na rozstrzygnięcie o sytuacji dzieci w sposób zapewniający zaspokojenie ich potrzeb materialnych i moralnych co najmniej w takim zakresie, w jakim potrzeby te zaspokajane są obecnie”¹⁰.

Z powyższego fragmentu wytycznych wynika praktyczna wskazówka. Aby ocenić, czy rozwód jest sprzeczny z dobrem dziecka, sąd powinien porównać ze sobą aktualną sytuację dziecka z hipotetycznym stanem, jaki powstałby po rozwiązaniu małżeństwa¹¹.

Jednakże warto zauważyć, iż u podstaw tego zalecenia leży fałszywe przekonanie o tym jakoby odmowa udzielenia rozwodu była w stanie spetryfikować stan rzeczy istniejący w chwili orzekania. W istocie, aby stwierdzić, czy rozwód jest sprzeczny z dobrem dziecka, należałoby porównać ze sobą dwa hipotetyczne stany rzeczy, tj. ten, który mógłby powstać po

⁹ Pkt III uchwały pełnego składu Izby Cywilnej SN z 18.03.1968 r. (III CZP 70/66), OSNCP 1968/5, poz. 77, dalej w skrócie jako „wytyczne z 1968 r.”.

¹⁰ Pkt III wytycznych z 1968 r. Podobny pogląd wyrażono też w orzeczeniu SN z 9.03.1956 r. (IV CR. 36/55), OSNCK 1956/4, poz. 110; pkt VII.1 uchwały pełnego składu Izby Cywilnej SN z 9.06.1976 r. (III CZP 46/75), OSNCP 1976/9, poz. 184.

¹¹ Taką metodę jako sposób oceny dobra dziecka wskazują np.: J. Strzebinczyk, *Prawo rodzinne...*, s. 179; H. Haak, *Ustanie małżeństwa...*, s. 29; W. Stojanowska, *Wychowawcze oddziaływanie procesu i orzeczeń w sprawach rodzinnych*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 1987/4, s. 112.

rozwodzie i ten, który mógłby powstać, gdyby odmówiono uwzględnienia powództwa. Natomiast stan faktyczny istniejący w chwili orzekania powinien stanowić jedynie podstawę wnioskowania o przyszłości.

Tego rodzaju słuszne intuicje zawierały niektóre z wcześniejszych wypowiedzi SN. Na przykład w orzeczeniu z 8.12.1951 r. stwierdzono, że „dla oceny, czy dobro dzieci sprzeciwia się rozwodowi, należy konkretnie rozważyć, jaka **byłaby** [pogrubienie – R.D.] ich sytuacja, gdyby do rozwodu nie doszło, i porównać ją z sytuacją, jaka będzie po orzeczeniu rozwodu”¹². Jak wskazuje zacytowany fragment, punktem odniesienia jest sytuacja, która powstałaby, gdyby oddalono powództwo, a nie – tak jak w wytycznych z 1968 r. – stan rzeczy aktualny przed rozwodem.

Również Z. Wiszniewski dostrzegał, iż w istocie porównywane powinny być dwa hipotetyczne stany, tj. ten, który byłby rezultatem odmowy orzeczenia rozwodu i ten, który powstałby na skutek rozwiązania małżeństwa¹³. Jednak, jego zdaniem, w przypadku oddalenia powództwa rozwodowego sytuacja dziecka zasadniczo nie zmienia się i pozostaje taka sama jak w chwili wyrokowania, stąd też twierdził, iż „z zastrzeżeniem pewnej niedokładności” metodę polegającą na porównaniu dwóch prognozowanych stanów faktycznych można uprościć i uznać, że „dobro dziecka ucierpi [...] jeżeli w porównaniu z istniejącym stanem rzeczy rozwód spowoduje pogorszenie położenia dziecka”¹⁴.

Jednak takie uproszczenie jest nieuprawnione, bowiem zawęża perspektywę, z której dokonywana jest ocena i niejednokrotnie, co będę dalej starał się wykazać, prowadzi do błędnych wniosków dotyczących wpływu rozwodu na interesy dziecka.

III. Kryteria oceny

Porównanie sytuacji dziecka po ewentualnym rozwodzie i po ewentualnej odmowie jego udzielenia jest właściwą metodą, narzędziem służącym do oceny tego, czy sprzeciwia się on dobru dziecka. W związku z tym, ażeby rozwiązać postawiony wyżej problem należy, stosując tę metodę, przyrzeć się wskazywanym w piśmiennictwie prawniczym i judykaturze szczegółowym kryteriom oceny dobra dziecka.

¹² Orzeczenie SN z 8.12.1951 r. (C. 259/51), NP 1953/5, s. 82.

¹³ Zob. Z. Wiszniewski w: Kodeks rodzinny. Komentarz, M. Grudziński, J. Ignatowicz (red.), Warszawa 1955, s. 132; tenże w: Kodeks rodzinny. Komentarz, M. Grudziński, J. Ignatowicz (red.), wyd. 2, Warszawa 1959, s. 216.

¹⁴ Zob. tamże.

1. Charakter przyczyn rozkładu oraz stopień jego zaawansowania

W literaturze prawniczej podnoszono, że czynnikiem, który wpływa na ocenę tego, czy dobro dziecka ucierpi na skutek orzeczenia rozwodu jest charakter przyczyn i czas trwania rozkładu, czy też szerzej – stopień jego zaawansowania¹⁵.

Owszem, gdy brak jest zupełnego i trwałego rozkładu pożycia, albo mówiąc inaczej, gdy istnieje szansa na powrót małżonków do wspólnego pożycia, rozwód mógłby zagrażać dziecku, ponieważ odbierałby mu szansę na wychowywanie się w pełnej rodzinie. I tylko w tym sensie ustalenie przyczyn oraz stopnia zaawansowania rozkładu służy ochronie interesów dziecka. Niemniej jednak wynik tych ustaleń pozbawiony jest jakiegokolwiek znaczenia przy ocenie tego, czy w warunkach zupełnego i trwałego rozkładu rozwód będzie w danym przypadku sprzeczny z dobrem dziecka.

Nie można zaprzeczyć, że niektóre przyczyny będą wskazywały na to, iż odmowa rozwiązania małżeństwa w szczególny sposób naraża dziecko na krzywdę. Na przykład alkoholizm, znęcanie się nad rodziną, molestowanie seksualne – będą okolicznościami, które przemawiają ze zdwojoną siłą za rozwodem. Jednak nie można powiedzieć, aby jakakolwiek przyczyna zupełnego i trwałego rozkładu wiązała się z tym, że na skutek orzeczenia rozwodu dobro dziecka dozna uszczerbku.

W związku z powyższym, kryterium odwołujące się do charakteru przyczyn i stopnia zaawansowania rozkładu należy uznać za nieprzydatne.

2. Dotychczasowy stosunek rodziców do dziecka

Za nietrafne uważam sugestie, zgodnie z którymi sprzeczności rozwodu z dobrem dziecka należałoby dopatrywać się w negatywnym stosunku rodziców do dziecka. Seweryn Szer, podając przykład takiej sytuacji, odwołuje się do stanu faktycznego, który zaistniał na tle orzeczenia SN z 21.04.1958 r.¹⁶ Wówczas to małżonek zabiegający o rozwód zaniedbywał czwórkę dzieci, wykazując zupełną obojętność i nie łożąc prawie w ogóle na ich utrzymanie. W tym przypadku – zdaniem S. Szera – dobro dziecka ucierpiałoby, ponieważ „orzeczenie rozwodu utrwali jeszcze obojętność wobec dzieci wyrabiając w nim [tj. małżonku – przyp.

¹⁵ Zob. J. Wisłocki, *Dziecko a rozwód...*, s. 47 i n.; W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 99-101.

¹⁶ S. Szer, *Prawo rodzinne...* s. 162; orzeczenie SN z 21.04.1958 r. (1 CR 110/57), OSPiKA 1959/1, poz. 41.

R.D.] przekonanie, iż rodzice mogą uzyskać w drodze rozwodu rozwiązanie małżeństwa bez względu na ich stosunek do dzieci”¹⁷.

Jednakże, jak można dostrzec, w tego typu sytuacjach rozwód nie jest w stanie pogorszyć położenia dziecka, a odmowa jego udzielenia pełni tutaj funkcję wychowawczą. W związku z tym bardziej niż dobrem dziecka powinna być ona motywowana – przynajmniej przez S. Szera, który przedstawił swój pogląd już po wprowadzeniu k.r.o. – sprzecznością rozwodu z zasadami współżycia społecznego.

Pojawiły się również odmienne opinie. Wskazywano, że jeśli małżonkowie pomimo zupełnego i trwałego rozkładu zachowują pozory normalnego życia oraz stwarzają względnie normalne warunki rozwoju dla dziecka, to rozwód w takim przypadku będzie sprzeczny z jego dobrem¹⁸.

Niemniej jednak wydaje mi się, że istnieje kilka powodów, dla których należy odrzucić ten pogląd. Po pierwsze, jeżeli małżonkowie starali się ukryć konflikty przed dzieckiem dla jego dobra i ostatecznie oboje albo tylko jeden z nich zdecydował się zabiegać o rozwód, oznacza to, że ta sztucznie kreowana sytuacja stała się – jeśli nie niemożliwa do zniesienia – to przynajmniej niesatysfakcjonująca. Utrzymując „na siłę” ten stan rzeczy najczęściej zostanie osiągnięty efekt odwrotny od zamierzonego. Frustracja, rozczarowanie, a także rozgoryczenie wywołane odmową orzeczenia rozwodu z pewnością wpłyną negatywnie nie tylko na relacje małżonków, które przecież i tak znalazły się w stanie zupełnego oraz trwałego rozkładu, ale również na ich relacje z dzieckiem, które mimowolnie „przeszkodziło” w realizacji podjętych zamierzeń¹⁹.

Po drugie, jeśli małżonkowie do tej pory zachowywali pozory, to można przypuszczać, że żywią oni ku swemu dziecku uczucie miłości i mało prawdopodobne jest, aby to się zmieniło po rozwodzie. Jeśli zaś są to pozory niepodparte szczerymi uczuciami, to wątpliwe jest, aby ten stan rzeczy mógł utrzymać się na dłużej.

Po trzecie, biorąc pod uwagę wychowawczą funkcję prawa, nieuzasadnione z pedagogicznego punktu widzenia jest to, aby starania podejmowane przez rodziców dla dobra dziecka stanowiły podstawę oddalenia powództwa, bowiem w rezultacie oznaczałoby to, że uzyskanie rozwodu musi wiązać się z rzeczywistym lub tylko pozorowanym na potrzeby procesu złym stosunkiem do dziecka²⁰.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Zob. Z. Wiszniewski w: *Kodeks rodzinny...*(1955), s. 133; tenże w: *Kodeks rodzinny...*(1959), s. 217.

¹⁹ Zob. M. Wawilowa, *Ochrona interesów dziecka...*, s. 961-963, gdzie autorka przedstawiła podobne spostrzeżenia.

²⁰ Tę trafną uwagę przedstawiła również M. Wawilowa, *Ochrona interesów dziecka...*, s. 959.

W związku z powyższym sądzę, że dotychczasowy stosunek rodziców do dziecka – bez znaczenia czy zostanie on oceniony pozytywnie czy negatywnie – nie może być podstawą oddalenia powództwa uzasadnianego tym, że na skutek rozwodu ucierpiałoby dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków.

3. Kontakty dziecka z rodzicami po rozwodzie

Z pewnością, poza nielicznymi wyjątkami, pożądane jest, aby dziecko utrzymywało kontakty z obojgiem rodziców i to, aby każde z nich sprawowało nad dzieckiem pieczę. W podobnym duchu wypowiedział się również SN w wytycznych rozwodowych z 1968 r. Zgodnie z jego stanowiskiem, uszczerbku dla dobra dziecka można dopatrzeć się w przypadkach, gdy „wspólna piecza faktyczna obojga rodziców jest w ustalonych okolicznościach konieczna i w pewnym zakresie wykonywana, a istniejące pomiędzy małżonkami stosunki nie rokują szans utrzymania tego stanu rzeczy po rozwodzie”²¹. W innym miejscu tych wytycznych SN wskazał również, iż „oceniając, czy dobro małoletnich dzieci małżonków nie sprzeciwia się rozwodowi, należy przede wszystkim rozważyć, czy rozwód nie spowoduje osłabienia więzi z dziećmi tego z małżonków, przy którym dzieci nie pozostaną, w stopniu mogącym ujemnie wpłynąć na wykonywanie jego obowiązków rodzicielskich”²².

Warto zauważyć, że pogląd ten jest obarczony wskazanym wcześniej błędnym założeniem. Odmowa orzeczenia rozwodu nie jest w stanie utrwalić, zakonserwować istniejącego stanu rzeczy. Jeśli stosunki małżonków są tak złe, iż „nie rokują szans”, to niebawem można spodziewać się, że niezależnie od rozwodu lub jego braku obowiązki względem dziecka i tak przestaną być realizowane.

Poza tym, w mojej ocenie, nieprawdziwe jest przypuszczenie, że orzeczenie sądu o rozwodzie będzie skutkowało zaniechaniem opieki nad dzieckiem. Z reguły przecież, jeśli rodzic troszczy się o dziecko, to czyni to ze względu na nie, a nie z uwagi na to, że jest związany węzłem prawnym małżeństwa²³.

Być może jako czynnik stwarzający ryzyko zmniejszenia zaangażowania w opiekę nad dzieckiem należałoby traktować – podobnie jak uczyniono to w wytycznych z 1968 r. –

²¹ Pkt III wytycznych z 1968 r.

²² Pkt III wytycznych z 1968 r.

²³ Trafnie zauważa S. Szer twierdząc, iż rodzice darzący uczuciami swoje dziecko nie zmieniają swojej postawy po orzeczeniu rozwodu, a ci, którzy nie troszczą się o nie, i tak nie staną się lepszymi rodzicami po oddaleniu powództwa (zob. S. Szer, *Prawo rodzinne...*, s. 161). Zapatrywanie to podziela również S. Garlicki, *Dobro małoletnich dzieci...*, s. 58.

zawarcie kolejnego małżeństwa i założenie nowej rodziny po rozwodzie. Jednak, co też słusznie w tychże wytycznych podkreślono, okoliczność ta nie może stanowić wyłącznej podstawy do oddalenia powództwa rozwodowego, ponieważ jeśli uznać ją za motyw wystarczający do wydania takiego orzeczenia, to oznaczałoby, że – wbrew przepisom k.r.o. – rozwód jest niedopuszczalny dopóty, dopóki dzieci z małżeństwa nie osiągną pełnoletności²⁴.

W jednym z późniejszy orzeczeń stanowisko z wytycznych zostało nieco uściślane²⁵. Można z niego wywnioskować, że aby odmowa orzeczenia rozwodu była uzasadniona z uwagi na możliwość zawarcia ponownego małżeństwa, założenie nowej rodziny musi wiązać się nie tyle ze zmniejszeniem zaangażowania w opiekę nad dzieckiem z poprzedniego związku, ile z całkowitym zerwaniem z nim kontaktów.

Zastanawiając się nad trafnością tego poglądu należy zauważyć, że wstąpienie w związki małżeńskie jest kwestią prawa, a powstanie nowej rodziny może być traktowane także jako okoliczność faktyczna. Innymi słowy, chociaż odmowa orzeczenia rozwodu uniemożliwi zawarcie ponownego małżeństwa, to nie jest w stanie zapobiec ukonstytuowaniu się nowej rodziny opartej na konkubinacie. Ponadto, jak już wskazywałem, zerwanie kontaktów z dzieckiem z reguły następuje niezależnie od tego, czy powstaje nowa rodzina czy nie. Jeśli rodzic darzy swe dziecko miłością, będzie opiekował się nim bez względu na to, czy dojdzie do rozwodu. I odwrotnie. Brak tego uczucia, wcześniej czy później doprowadzi do zaniechania wykonywania obowiązków rodzicielskich. W związku z powyższym, w mojej ocenie, odmowa orzeczenia rozwodu nie chroni dziecka przed całkowitym zerwaniem czy też tylko częściowym osłabieniem kontaktów z jednym z małżonków.

Naprawdę chyba tylko w wyjątkowych sytuacjach oddalenie powództwa mogłoby udaremniać powstanie związku faktycznego i zapobiec pełnemu zerwaniu więzi między rodzicem a dzieckiem (np. gdyby partner/partnerka małżonka uzależnił dalsze utrzymywanie relacji od uzyskania rozwodu, a w przypadku uzyskania tegoż, mieli oni zamiar zamieszkać wspólnie poza granicami kraju). Jednak i w takich okolicznościach może budzić uzasadnione wątpliwości to, czy rodzic gotowy opuścić kraj i dziecko w „pogoni” za nowym związkiem będzie należycie troszczył się o nie pomimo braku rozwodu²⁶.

²⁴ Zob. pkt III wytycznych z 1968 r. To samo stanowisko i argumentację przedstawiono również w orzeczeniu SN z 8.05.1951 r. (C. 184/51), OSN(C) 1952/1, poz. 21; PiP 1951/7, s. 156-159. W innym orzeczeniu SN wskazał, że nawet możliwość pojawienia się dzieci z nowego związku nie stanowi podstawy do oddalenia powództwa z uwagi na dobro małoletnich dzieci [zob. orzeczenie SN z 13.09.1952 r. (C. 1702/51), OSNCK 1953/4, poz. 108]. Por. M. Wawilowa, *Jeszcze o interesie dziecka...*, s. 49-50.

²⁵ Zob. wyrok SN z 12.09.1975 r. (III CR 226/75), LEX nr 7750.

²⁶ Pogląd mówiący, że dobro dziecka ucierpi na skutek rozwodu, gdy po jego uzyskaniu małżonek wyjedzie z kraju przedstawił S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1954, s. 116. Celowo zmodyfikowałem przykład podany przez S. Szerę dodając warunek mówiący, iż partner/partnerka uzależnił utrzymywanie

Podsumowując, mało prawdopodobne jest, aby orzeczenie rozwodu mogło pogorszyć sytuację dziecka w zakresie jego kontaktów z rodzicami po rozwodzie. A zatem nie można uznać, aby z tego względu jego orzeczenie było sprzeczne z dobrem dziecka

4. Osobne zamieszkiwanie rodziców dziecka

Andrzej Stelmachowski stwierdził, że znacznie korzystniejsza dla dziecka jest separacja faktyczna rodziców aniżeli rozwód, a tym samym, jeśli małżonkowie mieszkają oddzielnie, rozwiązanie małżeństwa będzie zasadniczo sprzeczne z jego dobrem²⁷. Jego zdaniem, za tym poglądem przemawia to, iż w przypadku, gdy małżonkowie mieszkają osobno, dziecko nie jest już narażone na doświadczanie kłótni rodziców, a w związku z tym nie istnieje już ten powód, dla którego niekiedy potrzebne jest orzeczenie rozwodu. Natomiast utrzymanie małżeństwa ma w tej sytuacji taką zaletę, że eliminuje zarówno ryzyko osłabienia więzi rodzica z dzieckiem jak i możliwość zwiększenia się obowiązku alimentacyjnego na skutek założenia nowej rodziny przez małżonka²⁸.

W istocie pogląd ten został oparty na błędnych założeniach. Gdyby w ocenie ustawodawcy dobru dziecka zagrażało rozwiązanie małżeństwa rodziców wtedy, gdy żyją oni w separacji faktycznej, to wprowadziłby on zakaz orzekania rozwodów w tego rodzaju przypadkach, dopuszczając ewentualnie odstępstwa od tej zasady jedynie w sytuacjach szczególnych²⁹.

Poza tym nie można orzec rozwodu, gdy na jego skutek ucierpi dobro dziecka, natomiast w omawianym przypadku sytuacja dziecka w żaden sposób nie ulegnie pogorszeniu³⁰. Wyżej starałem się pokazać, iż rozwód lub jego brak nie ma wpływu na uczucia rodzica do dziecka. Ponadto należy mieć na uwadze to, że do zwiększenia się obowiązków alimentacyjnych małżonka może dojść nawet pomimo tego, iż po oddaleniu powództwa pozostanie on związany formalnym węzłem małżeństwa. Będzie tak w przypadku, gdy kolejne dzieci urodzą się z konkubinatu, w którym żyje ten małżonek³¹.

związku od uzyskania rozwodu, bowiem nawet bez rozwodu małżonek może opuścić kraj z osobą, z którą jest nieformalnie związany. Polemizując z S. Szerem, trafnie argumentował S. Garlicki pisząc: „jeżeli zaś rodzic dlatego zawiera związek małżeński, by móc wyjechać z kraju, to nie daje on specjalnej gwarancji, że wychowa dziecko zgodnie z jego dobrem i interesem społecznym” (zob. S. Garlicki, *Dobro małoletnich dzieci...*, s. 58).

²⁷ Zob. A. Stelmachowski, *Dobro dziecka w procesie...*, s. 63.

²⁸ Zob. tamże, s. 62-63.

²⁹ Por. M. Wawilowa, *Jeszcze o interesie dziecka...*, s. 49-50.

³⁰ Również Z. Wiszniewski uważał, że dobro dziecka zazwyczaj nie ucierpi na skutek rozwodu, gdy jego rodzice żyją w rozłączeniu [zob. Z. Wiszniewski w: *Kodeks rodzinny...* (1955), s. 133; tenże w: *Kodeks rodzinny...* (1959), s. 217].

³¹ Szerzej na temat wpływu odmowy udzielenia rozwodu na możliwość zwiększenia się obowiązków alimentacyjnych małżonka zob. w podpunkcie „Inne aspekty sytuacji materialnej dziecka”.

W związku z powyższym sądzę, że nie można zgodzić się z przedstawionym stanowiskiem i przyjąć, że dobro dziecka z reguły ucierpi na skutek rozwodu, jeśli małżonkowie nie mieszkają już razem.

5. Porozumienie dotyczące sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej

Dobro dziecka może przemawiać przeciwko udzieleniu rozwodu – podnosi SN – gdy między małżonkami występują nieporozumienia co do sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, a w szczególności, kiedy ze strony każdego z nich są formułowane bezkompromisowe żądania, aby dziecko powierzono tylko jemu bez jakiegokolwiek ingerencji drugiego rodzica. Chodzi tu o takie sytuacje, gdy „istnieją podstawy do przewidywania, że utrzymanie *status quo* w stosunkach wzajemnych rodziców będzie dla ich małoletnich dzieci bardziej korzystne”³².

Stanowisko SN może jednak budzić wątpliwości, czy aby na pewno w takich przypadkach orzeczenie rozwodu nie byłoby – *à rebours* – lepsze dla dziecka. Zresztą, zacytowany wyżej fragment wcale nie wyjaśnia, w jaki sposób dobro małoletniego mogłoby ucierpieć na skutek rozwodu, lecz zawiera tautologię, którą można wyrazić w następujący sposób: dobro dziecka może ucierpieć w określonych okolicznościach, gdy w tych okolicznościach można przypuszczać, że dobro dziecka ucierpi.

Wadliwość tego rozumowania była chyba w pewnym stopniu dostrzeżona i w kolejnym zdaniu, niejako zdając sobie sprawę z tego, że trudno byłoby wskazać nieoparte na tautologii przykłady uzasadniające przedstawione stanowisko, SN trafnie dodaje: „nie należy [...] tracić z pola widzenia sytuacji, w których istniejący między małżonkami stan napięcia wpływa tak niekorzystnie na warunki życiowe dzieci, że wzgląd na ich dobro nie mógłby uzasadniać odmowy rozwodu”³³.

Nie wolno pomijać również tego, że sąd oddalając powództwo – inaczej niż wtedy, gdy orzeka rozwód – nie może rozstrzygnąć o władzy rodzicielskiej. A zatem, odmawiając udzielenia rozwodu w sytuacji, gdy między rodzicami występują tarcia dotyczące sposobu wykonywania ich praw i obowiązków względem dziecka, sąd przyczyni się do tego, że dziecko pozostanie „zakładnikiem” konfliktów i „gierek” małżonków dopóty, dopóki nie

³² Pkt III wytycznych z 1968 r. Stanowisko wytycznych powtarzają np.: B. Walaszek, *Zarys...*, s. 100; H. Haak, *Ustanie małżeństwa...*, s. 30-31; B. Czech w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.), wyd. 5, Warszawa 2011, s. 396-397.

³³ Pkt III wytycznych z 1968 r.

zostanie wszczęte nowe postępowanie, które będzie miało na celu rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej³⁴.

Ponadto warto zauważyć, że w świetle zmian wprowadzonych w 2015 r., sąd rozwiązując małżeństwo może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, chociażby nie przedstawili oni pisemnego porozumienia w tym zakresie³⁵. W związku z tym zakładając nawet, iż sąd uznałby, że ingerencja w sferę władzy rodzicielskiej jest w danym przypadku niewskazana, mógłby – utrzymując *status quo* – orzec rozwód. A zatem, nieporozumienia co do sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, idące w parze z zupełnym i trwałym rozkładem pożycia, nie mogą uzasadniać oddalenia powództwa ze względu na dobro dziecka.

6. Uwarunkowania psychiczne i stan zdrowia dziecka

Niektórzy autorzy, rozwijając wskazania zawarte w wytycznych z 1968 r. podnoszą, że właściwa ocena wpływu rozwodu na dziecko wymaga poznania cech jego osobowości, stopnia rozwoju oraz stanu zdrowia, zarówno na płaszczyźnie psychicznej jak i fizycznej³⁶. Rodzi to jednak pytanie, czy te okoliczności mogą w istocie uzasadniać oddalenie powództwa o rozwód z uwagi na dobro dziecka?

Odpowiedź – jak sądzę – powinna być negatywna. Co prawda, nie ulega wątpliwości, że dziecko niepełnosprawne czy z zaburzeniami emocjonalnymi zazwyczaj wymaga większej opieki niż dziecko zdrowe, to jednak odmowa orzeczenia rozwodu nie sprawi, że dziecko tę opiekę ze strony rodziców otrzyma, jeśli do tej pory było jej pozbawione. Gdy zaś chodzi o potrzeby materialne, które wiążą się ze stanem zdrowia dziecka, to podstawową formą ich zaspokajania są świadczenia alimentacyjne, a nie oddalenie powództwa o rozwód. Wydaje się zatem, że uwarunkowania psychiczne i stan zdrowia dziecka nie są okolicznościami, które same przez się stanowią o niedopuszczalności rozwodu, wręcz przeciwnie, czasem mogą właśnie takie rozstrzygnięcie uzasadniać, np. wtedy, kiedy problemy emocjonalne są wynikiem kłótni rodziców.

W mojej ocenie nie jest do końca trafny przykład sformułowany przez S. Szera, w świetle którego rozwód należy uznać za sprzeczny z dobrem dziecka w przypadku, gdy na

³⁴ Por. uwagi na temat niedopuszczalności rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku oddalającym powództwo przedstawione w: A. Olejniczak, *Materiałnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980, s. 74; W. Stojanowska, *Negatywne przesłanki...*, s. 653-654.

³⁵ Zob. art. 58 § 1a k.r.o. po zmianach wprowadzonych ustawą z 25.06.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. poz. 1062).

³⁶ Zob. pkt III wytycznych z 1968 r. stwierdzono, że oceniając dopuszczalność rozwodu z uwagi na dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków należy wziąć pod uwagę „również stan zdrowia i stopień wrażliwości dzieci”. Zob. np. A. Olejniczak w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* ..., s. 414.

jego skutek kilkunastoletnie dziecko dozna rozstroju psychicznego grożącego samobójstwem³⁷. Owszem nie można zaprzeczyć, że dziecko ze względu na swą wrażliwość nierzadko przeżywa rozstanie rodziców jako tragedię, ale przecież przyczyną tego stanu jest nie tyle wyrok sądowy, ile zupełny i trwały rozkład pożycia małżeńskiego, który do postępowania o rozwód doprowadził³⁸. Trudno sobie wyobrazić, aby odmowa orzeczenia rozwodu mogła coś w tej kwestii zmienić. Stąd czynniki oddziałujące negatywnie na psychikę dziecka zostaną utrzymane, nadal stwarzając ryzyko samobójstwa. A jak zasadnie wskazał SN w orzeczeniu z 23.03.1956 r., nie chodzi o to, czy na skutek rozkładu dobro dziecka doznaje uszczerbku – bo tak będzie zawsze – ale o to, czy wyrok orzekający rozwód doprowadzi do pogorszenia położenia dziecka³⁹. Natomiast w analizowanym przypadku ryzyko samobójstwa, niezależnie od rozwodu albo odmowy jego udzielenia ciągle występuje, dlatego sytuacja dziecka nie ulega pogorszeniu. Paradoksalnie, być może właśnie przerwanie pasma rodzinnych konfliktów, a na pewno poddanie dziecka leczeniu mogłoby uzdrowić jego stosunek do samego siebie i świata zewnętrznego.

7. Wiek dziecka

Powszechnie akceptuje się, że oceniając wpływ rozwodu na dobro dziecka należy brać pod uwagę również jego wiek⁴⁰. Niekiedy jednak przyjęcie tego kryterium prowadzi do sformułowania twierdzenia mówiącego, że na dziecko w określonym wieku rozwód – jeśli nie zawsze, to przynajmniej częściej – będzie miał gorszy wpływ niż na dziecko w innym wieku. Przykładem tego jest orzeczenie z 20.11.1952 r., w którym podniesiono, że rozwiązanie małżeństwa nie będzie sprzeczne z dobrem małoletniego, który znajduje się u progu dorosłości, ponieważ wówczas dysponuje on już szeroką autonomią w swoim postępowaniu i jest w stanie utrzymywać relacje z każdym z rodziców, nawet w przypadku ich rozstania⁴¹.

Stefan Kaleta zaproponował natomiast, aby ze względu na ochronę dziecka zakazać rozwodów małżonkom, którzy mają potomstwo w wieku do 7 lat⁴². Z kolei J. Wiśłocki

³⁷ S. Szer, *Prawo rodzinne...*(1954), s. 116. O nietrafności tego przykładu może świadczyć to, że autornie zamieszcza go w podręczniku z 1966 r.

³⁸ Polemizując z S. Szerem ocenę taką wyraził również S. Garlicki, *Dobro małoletnich dzieci...*, s. 58.

³⁹ Orzeczenie SN z 23.03.1956 r. (III CR. 347/55), OSNCK 1956/4, poz. 114.

⁴⁰ Zob. np. pkt III wytycznych z 1968 r.; orzeczenie SN z 20.11.1952 r. (C. 600/52), OSNCK 1954/2, poz. 31; PiP 1953/4, s. 609-610; B. Walaszek, *Zarys...*, s. 100-101; H. Haak, *Ustanie małżeństwa...*, s. 31; A. Olejniczak w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 412-414; J. Wiśłocki, *Dziecko a rozwód...*, s. 47-51; W. Stojanowska, *Negatywne przesłanki...*, s. 674-676; ; A. Bieliński, M. Pannert, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2011, s. 105.

⁴¹ Zob. orzeczenie SN z 20.11.1952 r. (C. 600/52), OSNCK 1954/2, poz. 31; PiP 1953/4, s. 609-610.

⁴² S. Kaleta, *Prawo rodzinne w systemie...*, s. 120.

wyraził przekonanie, że w przypadku zupełnego i trwałego rozkładu pożycia można orzec rozwód, jeśli:

- 1) dziecko nie ukończyło 4 i pół lat albo jest w wieku przedszkolnym;
- 2) ukończyło 13 i pół lat albo jest w wieku licealnym.

Natomiast jego zdaniem nie należałoby udzielać rozwodu, jeśli dzieci mają skończone więcej niż 4 i pół oraz mniej niż 13 i pół lat⁴³.

Swoje stanowisko J. Wiślocki motywuje tym, że w najwcześniejszym okresie życia dziecko nie zdaje sobie jeszcze sprawy ze znaczenia całej sytuacji i na skutek tej nieświadomości łatwiej dostosuje się do zmian, które przyniesie rozwód. Dziecko starsze zaś, mające więcej niż 13 i pół lat, chociaż pojmuje znaczenie rozwodu, to jednak dzięki swej względnej dojrzałości jest w stanie rozumowo przystosować się do nowej rzeczywistości. Odmienne natomiast wygląda położenie dziecka w wieku pomiędzy 4 i pół a 13 i pół lat, gdyż zdaje sobie ono sprawę z konfliktowej sytuacji, w której znaleźli się rodzice, lecz emocjonalnie – z uwagi na swój etap rozwoju – znacznie gorzej ją znosi⁴⁴.

Traktując zgodnie z intencją autora powyższe wskazówki jedynie orientacyjnie, dopuszczając elastyczne stosowanie wyznaczonych granic wiekowych, moim zdaniem, trudno byłoby zaakceptować nawet ogólnie sformułowaną tezę mówiącą, jakoby w najwcześniejszym okresie życia dziecka oraz wówczas, gdy jest ono wieku bliskim pełnoletności rozwód był zgodny z jego dobrem, natomiast w pozostałym czasie – nie. W moim przekonaniu wiek dziecka nie może mieć charakteru kryterium samoistnego, lecz co najwyżej może służyć jako kryterium pomocnicze, przez pryzmat którego można określić potrzeby dziecka i wówczas badać, w jaki sposób rozwód lub jego brak w indywidualnym przypadku wpłynie na realizację tych potrzeb.

8. Zmiana sytuacji mieszkaniowej

Zastanawiając się nad wpływem rozwodu na dobro dziecka należy rozważyć także, jakie mogą być jego skutki w zakresie sytuacji mieszkaniowej dziecka.

W przypadku, gdy małżonkowie zajmują wspólne mieszkanie, w wyroku rozwodowym sąd orzeka również o sposobie korzystania z tego mieszkania przez czas wspólnego w nim zamieszkiwania rozwiedzionych małżonków. Może on również orzec o jego podziale albo o przyznaniu mieszkania jednemu z małżonków, jeśli spełnione zostaną szczególne

⁴³ J. Wiślocki, *Dziecko a rozwód...*, s. 50.

⁴⁴ Tamże.

warunki⁴⁵. Jednak rozstrzygając o wspólnym mieszkaniu, sąd – zgodnie z art. 58 § 4 k.r.o. – uwzględnia przede wszystkim potrzeby dzieci i małżonka, któremu powierza wykonywanie władzy rodzicielskiej i dlatego wydaje mi się, że rozwód nie powinien mieć negatywnego wpływu na sytuację mieszkaniową dziecka.

Może być jednak tak, że mieszkanie stanowi wyłączną własność małżonka, który został pozbawiony władzy rodzicielskiej. W tym przypadku dopóty, dopóki istnieje małżeństwo, drugiemu małżonkowi będzie przysługiwało prawo korzystania z tego mieszkania celem zaspokajania potrzeb rodziny⁴⁶. Natomiast po rozwodzie „małżonek-właściciel” może żądać opuszczenia mieszkania przez byłego współmałżonka, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, a gdy ten nie wyprowadzi się – wszcząć sprawę o opróżnienie lokalu.

Jednak nawet w przypadku, gdy rodzic wraz z dzieckiem nie będą mogli zamieszkać w innym lokalu niż dotychczas używany, nie będzie to wcale oznaczało, że znajdą się oni „na bruku”.

W wyroku SN z 21.03.2006 r.⁴⁷ uznano, że małżonek, któremu zgodnie z art. 28¹ k.r.o. przysługuje prawo do zamieszkiwania w mieszkaniu wchodzącym w skład osobistego majątku drugiego małżonka, jest lokatorem w rozumieniu ustawy z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego⁴⁸. W związku z tym, w myśl art. 14 ust. 1 tej ustawy sąd będzie mógł przyznać matce dziecka uprawnienie do otrzymania lokalu socjalnego⁴⁹.

⁴⁵ Zob. art. 58 § 2 k.r.o.

⁴⁶ Zob. art. 28¹ k.r.o.

⁴⁷ Wyrok SN z 21.03.2006 r. (V CSK 185/05), OSNC 2006/12, poz. 208.

⁴⁸ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1610, ze zm.

⁴⁹ W świetle art. 2 ust. 1 pkt 2 powołanej ustawy lokatorem jest najemca lokalu lub osoba używająca lokal na podstawie innego tytułu prawnego niż prawo własności. Wprawdzie po rozwodzie małżonek traci uprawnienie do korzystania z lokalu wynikające z art. 28¹ k.r.o. i tym samym przestaje być lokatorem, ale nie oznacza to, że zostaje pozbawiony ochrony, która przysługuje mu jako byłemu lokatorowi [zob. wyrok SN z 19.11.2009 r. (IV CSK 238/09), OSNC 2010/5, poz. 80, gdzie stwierdzono: „Powołany w skardze kasacyjnej art. 14 u.o.p.l., dotyczący orzekania przez sąd w wyroku nakazującym opróżnienie lokalu o uprawnieniu do otrzymania lokalu socjalnego, z natury rzeczy odnosi się do byłego lokatora, nie można bowiem w zasadzie eksmitować osoby, której przysługuje tytuł prawny do lokalu (z wyjątkiem określonym w art. 58 § 2 zdanie drugie k.r.o., zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2000 r., II CKN 670/00, nie publ.)”]; zob. też uchwałę SN z 23.07.2008 r. (III CZP 73/08), OSNC 2009/7-8, poz. 110, w której stwierdzono: „Skoro więc z chwilą orzeczenia rozwodu małżonek traci uprawnienie do korzystania z mieszkania wynikające z unormowania zawartego w art. 28¹ k.r.o., to tym samym traci status lokatora w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 u.o.p.l. Wprawdzie w takim wypadku w razie żądania eksmisji powódki przez pozwanego przysługiwałaby jej ochrona związana z uprawnieniem do lokalu socjalnego oraz do tzw. moratorium zimowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2003 r., II CK 91/02, niepubl.), niemniej z chwilą rozwiązania małżeństwa przez rozwód i automatycznej utraty statusu współlokatora przestaje być uprawniona do żądania na podstawie art. 13 ust. 2 u.o.p.l. eksmisji byłego małżonka wyłącznie uprawnionego do lokalu”].

Oczywiście lokal socjalny nie stwarza idealnych warunków do rozwoju dziecka, jednak mimo wszystko zabezpiecza je i rodzica przed bezdomnością. Wcale nie wydaje się, aby lepszym rozwiązaniem dla dziecka było zamieszkiwanie pod jednym dachem z rodzicem, który został pozbawiony władzy rodzicielskiej, najczęściej właśnie z uwagi na jej nadużywanie lub zaniedbywanie obowiązków wobec małoletniego.

Ponadto można liczyć się z tym, że zarówno dziecko jak i małżonek, który – jeśli nie stać go na wynajem mieszkania – bez wątpienia znajduje się w niedostatku, zostaną uprawnieni do otrzymywania świadczeń alimentacyjnych, które powinny umożliwić poprawę warunków bytowych. Natomiast w razie uchylania się od ich płacenia zawsze istnieje możliwość przeprowadzenia egzekucji, w tym w ostateczności, także z nieruchomości stanowiącej własność małżonka zobowiązanego.

* * *

Innego rodzaju zmiana dotycząca sytuacji mieszkaniowej może być wynikiem decyzji małżonka o zamieszkaniu po rozwodzie z dotychczasowym konkubentem i nierzadko wraz z jego dziećmi. Z reguły będzie to raczej zjawisko pozytywne, gdyż stwarza dziecku szansę wychowywania się w szerszym środowisku rodzinnym. Mimo to nie zawsze tak musi być. Na przykład wówczas, gdy partner matki nie posiada kwalifikacji wychowawczych i dodatkowo jest nałogowym alkoholikiem, to wspólne zamieszkiwanie z taką osobą może stwarzać zagrożenie dla dziecka.

Jednak warto zauważyć, że brak rozwodu wcale nie stoi na przeszkodzie, aby matka z dzieckiem zamieszkała ze swoim konkubentem. Jeśli ojciec sprzeciwiłby się temu, mógłby wnieść do sądu o rozstrzygnięcie istotnej sprawy dotyczącej dziecka poprzez ustalenie miejsca jego pobytu przy sobie⁵⁰. Gdyby okazało się, że mieszkanie z nim stwarza jednak lepsze warunki dla dziecka, sąd przychyliłby się do jego wniosku. W przeciwnym razie dziecko i tak nadal mieszkałoby z matką i konkubentem, chyba że zaistniałaby potrzeba zastosowania dalej idących środków jak np. umieszczenie małoletniego w pieczy zastępczej.

Analogicznie sprawa wyglądałaby po orzeczeniu rozwodu, dlatego nie można przyjąć, że na jego skutek sytuacja małoletniego uległaby pogorszeniu z tego względu, że z dzieckiem mogłyby zamieszkać osoby trzecie, szczególnie bliskie dla jego rodzica, niekoniecznie obdarzone wysokimi kwalifikacjami wychowawczymi.

⁵⁰ Zob. art. 97 § 2 k.r.o.

Przedstawiony przykład pokazuje dodatkowo, że w analizowanym zakresie zamierzone rezultaty osiąga się za pomocą innych środków aniżeli odmowa orzeczenia rozwodu, np. poprzez ustalenie miejsca pobytu dziecka czy też poprzez roztropne rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej.

* * *

W nieco szerszym sensie zmiana sytuacji mieszkaniowej może polegać również na przeprowadzce do innej miejscowości. W odniesieniu do osoby dziecka często może wiązać się to z koniecznością zmiany szkoły, grupy rówieśniczej czy też zaniechaniem uczestnictwa w zajęciach pozalekcyjnych rozwijających jego zainteresowania i umiejętności.

Aktualne w tej materii pozostają uwagi poczynione bezpośrednio wyżej, a dotyczące zmiany sytuacji mieszkaniowej poprzez zamieszkanie z osobami trzecimi. Również w tego typu przypadkach właściwym środkiem do zabezpieczenia interesów dziecka są rozstrzygnięcia dotyczące władzy rodzicielskiej czy miejsca pobytu dziecka, a nie odmowa orzeczenia rozwodu.

Natomiast w tym miejscu chciałbym zwrócić uwagę na jeszcze jeden szczególnie istotny aspekt. A mianowicie zmiany miejsca zamieszkania, nawet wielokrotne, mają miejsce również w prawidłowo funkcjonujących rodzinach. Przykładem mogą być rodziny zawodowych dyplomatów, którzy niejednokrotnie w okresie małoletności swoich dzieci zmieniają miejsce pracy, przenosząc się z jednego kraju do drugiego. Nie oznacza to jednak, aby ich motywacja zawodowa zasługiwała na dezaprobatę, dlatego tym bardziej na potępienie nie powinna zasługiwać motywacja osobista małżonka, który pragnie „ułożyć życie na nowo”, w innym miejscu i z inną osobą.

9. Inne aspekty sytuacji materialnej dziecka

Rozwiązanie małżeństwa rodziców nie wywiera żadnego wpływu na majątek własny dziecka. Jednak warto rozważyć, czy dobro dziecka zostaje naruszone w przypadku, gdy rozwód wiąże się z uszczupleniem majątku, którym dysponuje ten z rodziców, z którym dziecko pozostaje.

Trafnie zauważył A. Olejniczak, iż za podstawowy środek służący zniwelowaniu majątkowych następstw wynikających z odseparowania dziecka od jednego z rodziców

należy uważać świadczenia alimentacyjne⁵¹. Zatem oddalenie powództwa z tego względu, że rozwód wpłynąłby negatywnie na sytuację materialną dziecka może mieć miejsce tylko w takich przypadkach, gdy świadczenia alimentacyjne nie będą w stanie spełnić swej roli.

W wytycznych rozwodowych z 1968 r. wskazano, iż taka sytuacja może mieć miejsce wówczas, gdy rozwodzi się małżeństwo wielodzietne, w którym utrzymanie oraz wychowanie wspólnych małoletnich dzieci całkowicie wyczerpuje możliwości zarobkowe i majątkowe rodziców. Rozwód zaś będzie sprzeczny z dobrem dziecka, ponieważ założenie nowej rodziny wiązać się będzie z powstaniem obowiązków alimentacyjnych wobec jej członków⁵².

Jednak w przedstawionym rozumowaniu po raz kolejny można dostrzec ten sam podstawowy błąd. Brak rozwodu nie jest przeszkodą uniemożliwiającą założenie rodziny, ani nie wyklucza pojawienia się dzieci z konkubinatu. Uniemożliwia on tylko zawarcie ponownego małżeństwa, a sąd ustalając wysokość alimentów na rzecz dzieci z małżeństwa, przecież i tak będzie musiał uwzględnić potrzeby dzieci urodzonych w związku faktycznym⁵³.

Oczywiście po ewentualnym rozwodzie i zawarciu kolejnego małżeństwa dodatkowo pojawia się prawny obowiązek zaspokajania potrzeb nowego małżonka wynikający z art. 27 k.r.o., który nie wchodziłby w grę, jeśli związek ten istniałby jako konkubinaty⁵⁴. Jednak i tutaj należy wziąć poprawkę na to, że małżonek, żyjąc w związku faktycznym, w rzeczywistości część środków przeznacza na potrzeby konkubenta. Poza tym, co równie ważne, mało prawdopodobne wydaje się, aby osoba, której możliwości zarobkowe i majątkowe są mocno ograniczone, tak jak w przykładzie zamieszczonym w wytycznych, w ogóle chciała zawrzeć nowe małżeństwo. Jeśli zaś taką decyzję by podjęła, to m.in. dlatego, że nowy współmałżonek byłby w stanie w znacznie większym stopniu przyczyniać się do zaspokajania potrzeb nowej rodziny, co nie mogłoby odbić się negatywnie na sytuacji dzieci z poprzedniego małżeństwa.

Całkowita niemożność alimentowania z pewnością jest sytuacją wyjątkową i aby nie zatracić się w zbyt kazuistycznych rozważaniach warto podkreślić, że sama możliwość założenia rodziny oraz pojawienia się potomstwa z nowego związku, jeśli pociąga za sobą tylko zmniejszenie kwot przeznaczanych na utrzymanie poszczególnych dzieci, nie może

⁵¹ Zob. np. A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, s. 67; tenże w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 415.

⁵² Pkt III wytycznych z 1968 r.

⁵³ Zob. M. Wawiłowa, *Jeszcze o interesie dziecka...*, s. 50, gdzie autorka przedstawia podobne uwagi.

⁵⁴ W wytycznych alimentacyjnych z 1987 r. stwierdzono, iż małżonek może dochodzić na drodze sądowej, aby drugi z małżonków spełnił określony w art. 27 k.r.o. obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny niezależnie od tego, czy mają oni dzieci na utrzymaniu. Do potrzeb rodziny zaliczono zaś m.in. potrzeby wspólne i indywidualne każdego z małżonków [zob. pkt I uchwały pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej z 16.12.1987 r. (III CZP 91/86), OSNCP 1988/4, poz. 42].

przemawiać za oddaleniem powództwa z uwagi na dobro małoletnich dzieci małżonków⁵⁵. Po pierwsze z tego powodu, iż są to okoliczności, które mogą wystąpić nawet pomimo odmowy orzeczenia rozwodu. Po drugie zaś dlatego, że gdyby uznać, że już tylko te względy uzasadniają oddalenie powództwa, to należałoby stwierdzić, iż rozwiązanie małżeństwa jest niedopuszczalne dopóty, dopóki dzieci nie osiągną pełnoletności, co jednak jest niezgodne z postanowieniami ustawodawcy⁵⁶.

IV. Zakończenie

Przeprowadzona analiza różnych aspektów sytuacji, w której znajduje się dziecko rozwodzących się rodziców pozwala przyjąć, iż z **reguły** jego dobro nie ucierpi na skutek orzeczenia rozwodu.

Sformułowany wniosek wspierają również dane statystyczne. W zamieszczonej poniżej tabeli zestawione zostały: z jednej strony dane dotyczące liczby oddalonych powództw z uwagi na dobro dziecka, z drugiej zaś dane przedstawiające liczbę rozwiedzionych małżeństw ze wspólnymi i małoletnimi dziećmi. Zestawienie to pokazuje, że tylko w nielicznych przypadkach rozwód był sprzeczny z dobrem dziecka, natomiast w przytłaczającej ilości spraw sądy uznały, że jest inaczej i w rezultacie orzekły rozwód.

Rok	Liczba rozwiedzionych małżeństw ze wspólnymi małoletnimi dziećmi	Liczba oddalonych powództw z uwagi na dobro dziecka
2015	39 144	Dane niedostępne
2014	38 040	80
2013	38 392	90
2012	37 570	95
2011	37 692	123
2010	36 298	152
2009	39 004	191
2008	39 500	165
2007	40 795	223
2006	45 024	191
2005	45 695	147
2004	36 552	121
2003	30 197	102
2002	28 611	136

Tabela. Liczba oddalonych powództw z uwagi na dobro dziecka i liczba rozwiedzionych małżeństw ze wspólnymi małoletnimi dziećmi w latach 2002-2015⁵⁷

⁵⁵ Zob. orzeczenie SN z 13.09.1952 r. (C. 1702/51), OSNCK 1953/4, poz. 108, w którym przyjęto, że możliwość urodzenia się dzieci z nowego związku, chociaż pociąga za sobą zmniejszenie kwot przeznaczanych na utrzymanie poszczególnych dzieci, nie przemawia za oddaleniem powództwa z uwagi na dobro małoletnich dzieci małżonków.

⁵⁶ Por. pkt III wytycznych z 1968 r.; orzeczenie SN z 8.05.1951 r. (C. 184/51), OSN(C) 1952/1, poz. 21; PiP 1951/7, s. 156-159; M. Wawilowa, Jeszcze o interesie dziecka..., s. 49-50.

⁵⁷ Dane dotyczące liczby rozwiedzionych małżeństw ze wspólnymi i małoletnimi dziećmi w latach 2002-2015 przedstawiłem na podstawie: GUS Baza Demografia,

A zatem, czy rzeczywiście sąd oddalając powództwo rozwodowe jest w stanie uchronić dziecko przed krzywdą, czy może takie oczekiwanie stanowi jedynie niemożliwe do zrealizowania pobożne życzenie?

Pozostając wierny danym empirycznym nie mogę stwierdzić, iż odmowa orzeczenia rozwodu nigdy nie jest w stanie zapobiec pokrzywdzeniu dziecka. Wszak w części spraw sądowych powództwo zostało oddalone ze względu na dobro dziecka. Niemniej jednak jednocześnie należy dojść do wniosku, iż jest to instrument, który nie ma szerszego zastosowania, bowiem źródłem dziecięcej krzywdy jest przede wszystkim rozkład pożycia małżeńskiego rodziców dziecka, a nie sam rozwód.

Sądzę, że wiele racji miał S. Tylbor, który w okresie międzywojennym, czyli wtedy, kiedy to po raz pierwszy pojawiła się propozycja sformułowania negatywnej przesłanki rozwodu i separacji w oparciu o klauzulę dobra dziecka⁵⁸, napisał następujące słowa: „przeważnie, gdy niema wspólnego ogniska domowego, gdy rodzice znajdują się ze sobą we wrogich stosunkach, dzieci małoletnie cierpią na tem. Wszelako dobro dzieci nie jest narażone na szwank przez samo formalne orzeczenie rozłączenia lub rozwodu, lecz przez okoliczności faktyczne, które doprowadziły do wytoczenia skargi. Samo oddalenie lub

<http://demografia.stat.gov.pl/bazademografia/Tables.aspx> [dostęp 20.11.2016 r.]. W systemie tym dane za każdy rok dostępne są w zakładce: Ruch Naturalny Ludności, Rozwody, Rok, tabela nr 25. Te same wartości liczbowe podano również w rocznikach publikowanych przez GUS. Jednak w odróżnieniu od zestawień prezentowanych w bazie internetowej, nie ma tam informacji, która precyzowałaby, że dane dotyczą małżeństw z dziećmi, które są nie tylko małoletnie, ale i wspólne (zob. Rocznik statystyczny RP 2002, Warszawa 2002, s. 109; Rocznik statystyczny RP 2003, Warszawa 2003 s. 118; Rocznik statystyczny RP 2004, Warszawa 2004, s. 205; Rocznik statystyczny RP 2005, Warszawa 2005, s. 205; Rocznik statystyczny RP 2006, Warszawa 2006, s. 208; Rocznik statystyczny RP 2007, Warszawa 2007, s. 209; Rocznik statystyczny RP 2008, Warszawa 2008, s. 202; Rocznik statystyczny RP 2009, Warszawa 2009, s. 208; Rocznik statystyczny RP 2010, Warszawa 2010, s. 228; Rocznik demograficzny 2012, Warszawa 2012, s. 251; Rocznik demograficzny 2013, Warszawa 2013, s. 275; Rocznik demograficzny 2014, Warszawa 2014, s. 291; Rocznik demograficzny 2015, Warszawa 2015 s. 253). Liczbę oddalonych powództw z uwagi na dobro dziecka w latach 2002-2014 przedstawiłem na podstawie informacji publicznej uzyskanej z Ministerstwa Sprawiedliwości wraz z pismem z 4.02.2016 r. (DSF-II-061-26/16). W tym piśmie jak i w kolejnym z 25.08.2016 r. (DSF-II-061-26/16) zostałem poinformowany o tym, że Ministerstwo nie posiada danych za rok 2015. Jeśli chodzi o sposób pozyskiwania danych przez Ministerstwo, to pismem z 25.08.2016 r. (DSF-II-061-26/16) wyjaśniono mi, iż kwartalne sprawozdania statystyczne wypełniane są przez pracowników sądów powszechnych, którzy w celu wydobycia odpowiednich danych nanoszonych na formularze korzystają z akt sprawy. Podobną informację uzyskałem od Prezesa SO w Białymstoku, który w swym piśmie z 12.08.2016 r. (A-061-67/16) stwierdził, iż „sprawozdania statystyczne przekazywane Ministerstwu Sprawiedliwości sporządza kierownik sekretariatu właściwego wydziału na podstawie dokumentacji obowiązującej w jednostce organizacyjnej: akt, repertoriów, wykazów, kartotek, innych urządzeń ewidencyjnych”. Wadą ministerialnych zestawień jest to, iż uwzględniają one jako przyczynę oddalenia powództwa tylko jedną z możliwych, a w przypadku przesłanek negatywnych może dojść do zbiegu różnych podstaw (np. powództwo może zostać oddalone z uwagi na sprzeczność rozwodu z dobrem wspólnych małoletnich dzieci małżonków oraz jednocześnie z tego powodu, że jego orzeczenie naruszałoby inne zasady współżycia społecznego). Stąd dane dotyczące liczby oddalonych powództw ze względu na dobro dziecka powinny być traktowane orientacyjnie i należy mieć na uwadze, że w rzeczywistości liczba oddaleń z tej przyczyny mogła nieco różnić się.

⁵⁸ Zob. w szczególności art. 58 oraz 77 Projektu prawa małżeńskiego uchwalonego przez Komisję Kodyfikacyjną w dniu 28 maja 1929, Komisja Kodyfikacyjna, Podsekcja I Prawa Cywilnego, t. I, z. 1, Warszawa 1931.

uwzględnienie prośby o separację czy o rozwód nie zmieni sytuacji tych dzieci, które żadnych korzyści ani strat z samego wyroku odnieść nie mogą, a cierpią jedynie przez rozkład samego pożycia małżonków. To też przypuszczać należy, że praktyce oddalenie skargi separacyjnej lub rozwodowej z powyższego powodu należałoby do rzadkości [pisownia oryginalna – przyp. R.D.]⁵⁹.

⁵⁹ S. Tylbor, Uwagi o projekcie..., s. 724-725.

Joanna Haberko¹ Filina Sztandera²

Niebezpieczeństwo małżeństwa z bratem.

Uwagi na tle ustawy o leczeniu niepłodności o prawie do poznania genetycznego pochodzenia dziecka

1. Wprowadzenie

Nierzadko się zdarza, że życie pisze skomplikowane scenariusze. Mogą one być i często są, wykorzystywane przez twórców kina³. Monografia pokonferencyjna nie jest miejscem do budowania szczególnego napięcia niemniej jednak dla zobrazowania istoty problemu pozwolimy sobie posłużyć się przykładem, który w istocie może szokować. Chodzi o szkicowe zarysowanie następującej sytuacji: mężczyzna w młodym wieku oddaje swoje nasienie do dyspozycji służby zdrowia. Czyni to powodowany sobie znanymi motywami. Następnie o sprawie, na tyle na ile można, zapomina. Zakłada rodzinę, żeni się, płodzi dzieci. Jest mężem i ojcem. Oddane nasienie zaczyna jednak „żyć własnym życiem”. Fakt oddania go do dyspozycji służby zdrowia nie sprawia jednak że nie zostało ono wykorzystane zgodnie z pierwotnym zamiarem, tzn. w procedurach wspomaganej medycznie prokreacji. O ile jeszcze kilkanaście lat temu, przedstawiając ten kasus należałoby w tym miejscu napisać zapewne: „spróbujmy popuścić wodze fantazji”, o tyle w obecnej sytuacji tej fantazji już nie potrzeba, gdyż sprawa nie wydaje się być technicznie, medycznie, społecznie i jakkolwiek inaczej nie niemożliwa.

Otóż ze złożonego do dyspozycji służby zdrowia nasienia korzystają pary, małżonkowie czy konkubenci, to bez znaczenia. Co więcej jeszcze do chwili wprowadzenia w życie ustawy

¹ Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

² Mgr, doktorantka, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

³ Por. Wykapany ojciec, reż. Ken Scott, USA 2013.

z dnia 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności⁴ (dalej: „u.z.l.”), mogły to zrobić kobiety samotne. Użyte wyżej określenie: „korzystają” sprowadza się do tego, że nasienie to zostało wykorzystane w procedurze wspomaganej medycznie prokreacji, czy to w ramach procedur *in vivo* czy też polegających na zapłodnieniu pozaustrojowym i transferze zarodka. Jeżeliby przyjąć, że wszystkie pary zostają „zapłodnione” nasieniem jednego mężczyzny, oznaczać to będzie, że wszystkie poczęte i urodzone z tych procedur dzieci będą genetycznym rodzeństwem.

By sytuacji nadać ludzkiego oblicza wystarczy pod słowo: „pary”, użyte wyżej, wstawić konkretnych małżonków czy konkubentów: państwa Kaczmarków z Poznania, państwa Kowalskich z Murowanej Gośliny, państwa Nowaków z Tarnowa Podgórnego, państwa Woźniaków ze Swarzędza⁵. Wszyscy oni mogli, nawet nie teoretycznie, korzystać z jednej kliniki leczenia niepłodności w Poznaniu, ponadto rodzin takich mogło być więcej, i wreszcie wszystkim im mogły począć się dzieci pochodzące od tego samego anonimowego dla nich dawcy.

Nie jest, rzecz jasna, potrzebne dalsze komplikowanie sytuacji, ale oczywiście dzieci te będą wzrastać razem w środowisku rówieśniczym, chodzić do jednej szkoły, pójść razem na studia i wreszcie w okresie zawiązywania się fascynacji miłosnych zwrócić na siebie uwagę jako potencjalni partnerzy, także seksualni. Co więcej, dzieci te, gdy dowiedzą się o swoim genetycznym pochodzeniu mogą też chcieć poznać mężczyznę, od którego pochodzą. Tego samego, który teraz wie o przykładowym życiu męża i ojca, o którego przeszłości nie wiedzą najbliżsi członkowie rodziny, i który wolałby sprawę zabrać raczej do grobu niż wyjaśniać przy wigilijnym stole.

Historię stanowiącą tło tytułowych analiz można oczywiście jeszcze udramatyzować. Nie czas i miejsce jednak po temu. Historia ta ma pomóc udzielić odpowiedzi na pytanie, czy w obowiązującym systemie prawnym są instrumenty, które po pierwsze, zapobiegałyby zarysowanym wyżej zagrożeniom. Po drugie zaś, czy dzieci urodzone we wzmiankowanych okolicznościach mogą poznać swoje genetyczne pochodzenie od ojca⁶.

Przechodząc do rozważań natury prawnej, które mają stanowić odpowiedź na powyższe wątpliwości trzeba w pierwszej mierze zauważyć, że wywód musi zostać objęty cezurą czasową związaną z wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności. Po drugie, że o ile przed wejściem w życie ustawy, czyli przed dniem 1 listopada 2015 roku, nie obowiązywały

⁴ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności (Dz. U. 2015 poz. 1087).

⁵ Użyto powszechnie występujących w kraju nazwisk, bez ich odniesienia do konkretnych osób.

⁶ Wagę problemu prezentują także dostępne szerokiej opinii publicznej dzieła filmowe: wspomniany wyżej *Wykapany ojciec* (reż. K. Scott, 2013) czy *Starbuck* (reż. K. Scott, 2011).

w tym zakresie żadne rozwiązania rangi ustawowej a stosowanie technik medycznie wspomaganey prokreacji poddane było ogólnym zasadom udzielania świadczeń zdrowotnych przez lekarza wspartych postanowieniami Kodeksu Etyki Lekarskiej⁷, o tyle po wejściu w życie rzeczony ustawy przypadki, o których mowa wyżej, nie zostały wyeliminowane a niebezpieczeństwo małżeństwa z własnym genetycznym bratem, nadal jest.

Powodów takiego stanu rzeczy upatrywać należy w tym, że przepisy regulujące kwestie filiacyjne nie opierają się wyłącznie, niekiedy w ogóle, na zasadzie pokrewieństwa genetycznego. Przepisy prawa rodzinnego przyjmują w tym zakresie pewne założenia, które wyprowadzić można z preferowanego przez ustawodawcę modelu rodziny. Oczywiście dobrze by było, gdyby pokrewieństwo prawne odpowiadało rzeczywistości biologicznej, ale niekoniecznie tak musi być. Przyjmuje się bowiem, że bratem lub siostrą jest ten, kogo wskazuje kodeks, niekoniecznie musi to być osoba, która jest z nami genetycznie spokrewniona. I na odwrót, ktoś pod względem prawnym niespokrewniony może być genetycznie bratem lub siostrą. Prawnicy zwykle posługują się pojęciem krewnego w znaczeniu nadanym mu przez prawo rodzinne. Takie ujęcie będzie rodzić konsekwencje np. w zakresie określenia przeszkód małżeńskich, dziedziczenia ustawowego czy dawstwa narządów. Chodzi o przypadki, w których ustawa wyraźnie uzależnia lub wyłącza pewne zdarzenia od faktu bycia rodzeństwem.

Pokrewieństwo w znaczeniu, jakie nadaje mu język powszechny, to jednak także

⁷ Szeroko, wcześniej, wielokrotnie, por. tylko dla przykładu: J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Wolters Kluwer Warszawa 2010, *passim*; teź, *Granice dozwolonej przez prawo ingerencji człowieka w naturę ludzką prokreacji – porównanie ustawodawstwa włoskiego i polskiego w: Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie*, red. B. Sitek, G. Dammacco, M. Sitek, J.J. Szerzbowski, Olsztyn-Bari 2007, s. 208-220; teź, *Charakter prawny obowiązków lekarza stosującego techniki wspomaganey prokreacji. Postulaty de lege ferenda w: Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji. Praca zbiorowa pod redakcją Joanny Haberko i Małgorzaty Łączkowskiej*, Poznań 2005, s. 46-63; teź, *Prawo do leczenia niepłodnością finansowanie świadczeń zdrowotnych ze środków publicznych w: Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, red. G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj, Olsztyn – Bari 2008, 451-459; teź, *Dopuszczalność stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu w przypadku związków partnerskich – de lege lata i de lege ferenda w: Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych pod red. M. Andrzejewskiego*, Toruń 2013, s. 157-169; teź, *Obowiązki lekarza ginekologa stosującego techniki wspomaganey medycznie prokreacji*, *Ginekologia Praktyczna* 2005, nr 2, s. 11-18; teź, *Głos w dyskusji: Techniki wspomaganego rozrodu – problemy prawne i ich konsekwencje*, *Ginekologia Praktyczna* 2005, nr 6, s. 38-40; teź, *Kilka uwag komentarza do art. 38 – 39a Kodeksu Etyki Lekarskiej*, *Medyczna Wokanda* 2014; teź, *Stosowanie technik wspomaganey medycznie prokreacji w celach niewyłącznie rodzicielskich. Problem „dziecka-lekarstwa” – Medyczna Wokanda* 2012, nr 4, s. 31-43; J. Haberko, K. Olszewski, *Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro)*, *Prawo i Medycyna* 2008, nr 30, s. 65-80; J. Haberko, R. Kocyłowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu*, *Prawo i Medycyna* 2006, nr 23, s. 18-32; J. Haberko, A. Grabinski, *L'intérêt de l'enfant à naître en AMP: regards croisés franco-polonais*, *Medicine & Droit* juin 2011, nr 109; J. Haberko, J. Łuczak-Wawrzyniak, *Dobrodziejstwo nowoczesnych technik wspomaganey medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka? Uwagi na tle projektu ustawy o leczeniu niepłodności* (druk sejmowy 3245), *Diametros* 44 (2015), s. 20–44.

pewien fakt biologiczny, czyli powiązanie osób wynikające z więzów krwi. Krewnymi są zatem osoby powiązane węzłem krwi, niezależnie od prawnej relacji łączącej te osoby. W praktyce relacji rodzinnych, do których odwołują się ustawy, w tym także Kodeks rodzinny i opiekuńczy, pokrewieństwo zostaje ustalone, jak wspomniano wyżej, na podstawie przepisów filiacyjnych i tym samym wymyka się tradycyjnemu pojmowaniu więzi między członkami rodziny, opartemu na pochodzeniu genetycznym⁸. Oznaczać to może, że ojcem dziecka w znaczeniu prawnym nie będzie ten mężczyzna, który spłodził potomka bądź też mężczyzna, od którego nie pochodzi nasienie będzie uważany za ojca⁹.

Przyjęcie trafności powyższego założenia powoduje, że zwłaszcza w sytuacji technik medycznie wspomaganej prokreacji z wykorzystaniem komórek pochodzących od dawców może zdarzyć się tak, że dzieci mające prawnie innych ojców będą genetycznym rodzeństwem, co dalej oznacza, że pomimo zakazu prawnego (z art. 14 k.r.o.) będą mogły zawrzeć ze sobą związek małżeński będąc genetycznie spokrewnione. Podstawy do tego twierdzenia upatrywać należy w przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji art. 14 k.r.o. Przepis ten wprowadza bezwzględny zakaz zawierania małżeństw przez osoby spokrewnione w linii prostej oraz przez rodzeństwo. Chodzi tu jednak o pokrewieństwo prawne, nie genetyczne. Jednocześnie art. 3 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego¹⁰ stanowi, że akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym. Sąd w procesie o unieważnienie małżeństwa nie może wbrew treści aktów stanu cywilnego ustalić, że pomiędzy nupturientami zachodzi pokrewieństwo biologiczne. Powtórzmy, innymi słowy, w treści art. 14 k.r.o. mowa jedynie o pokrewieństwie prawnym, nie zaś pokrewieństwie biologicznym¹¹.

W tym kontekście jawi się założony cel niniejszego opracowania. Jest nim próba odpowiedzi na pytanie, czy wprowadzona do polskiego systemu prawnego ustawa o leczeniu niepłodności koresponduje z wyżej zobrazowanymi przykładami, tj. po pierwsze, czy wprowadza instrumenty prawne mogące służyć ograniczeniu możliwości urodzeń dzieci pochodzących od jednego dawcy; po drugie, czy wprowadza gwarancje realizacji prawa dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji do

⁸ M. Łączkowska: Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne w: Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego, Toruń 2008, s. 301–316.

⁹ Zob. J. Haberko, „Szczególne względy osobiste” a przeszczep od żywego dawcy, PiP 2011, z. 7-8, s. 44-4.

¹⁰ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego (tj. Dz. U. 2016, poz. 2064).

¹¹ Tak też m.in.: K. Gromek, Komentarz do art. 14 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w: K. Gromek (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz.

poznania swojego genetycznego pochodzenia.

2. Instrumenty prawne służące ograniczeniu możliwości urodzeń dzieci pochodzących od jednego dawcy

Możliwość skorzystania z anonimowego materiału genetycznego nie została w przypadku technik leczenia niepłodności wyłączona. Co więcej, ustawodawca dopuszcza posłużenie się tego rodzaju komórkami tak w przypadku samych komórek i wykorzystania ich do procedur medycznie wspomaganej prokreacji, jak i w przypadku utworzenia z nich zarodków, które następnie mają stanowić przedmiot procedury. Niezależnie zatem od tego, czy wykorzystano komórkę rozrodczą czy utworzony z niej zarodek, powstaje problem braku pewności co do biologicznego pochodzenia. W życiu dziecka poczętego a następnie urodzonego z takich procedur mamy do czynienia z pewną fikcją. Ustawodawca zakłada bowiem odejście od sytuacji modelowej, w której rodzic biologiczny jest jednocześnie rodzicem prawnym, na rzecz ochrony innych wartości.

Dziecko poczęte w wyniku zabiegu medycznego korzysta z dobrodziejstwa domniemania pochodzenia od małżonków na równi z dzieckiem poczętym w naturalny sposób, tzn. gdy do zapłodnienia doszło w wyniku stosunku płciowego rodziców pozostających w związku małżeńskim. Nie ma przy tym znaczenia dla możliwości skorzystania z domniemania, czy zapłodnienie przy wykorzystaniu technologii medycznej miało miejsce w organizmie kobiety (tzw. techniki polegające na inseminacji), czy też doszło do zapłodnienia pozaustrojowego i następnie transferu zarodka (np. *in vitro*). W dodatku, bez znaczenia dla ustalenia pochodzenia dziecka od męża matki w oparciu o domniemanie z art. 62 k.r.o. jest to, czy miało miejsce zapłodnienie z wykorzystaniem obcego materiału genetycznego. Oba te fakty będą jednak miały znaczenie w sytuacji, gdy mąż kobiety żądałby zaprzeczenia ojcostwa dziecka urodzonego z jego materiału genetycznego, ale bez jego zgody¹².

Jeżeli jest zatem tak, że małżonkowie Kaczmarek z Poznania czy Kowalscy z Murowanej Gośliny mają możliwość posłużenia się w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji nasieniem pochodzącym od anonimowego dawcy, mogą jednocześnie zadać

¹² J. Haberko, Kilka uwag na temat zgody na zabieg medyczny, wyrażanej przez małżonka w trybie art. 68 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, RPEiS 2010, nr 1, s. 45-57 oraz literatura tam wskazana. Poza zakresem rozważań pozostają sytuacje ustalenia pochodzenia dziecka wówczas, gdy osoby pragnące realizować funkcje rodzicielskie nie pozostają w związku małżeńskim. Por.: J. Haberko, Ustalenie ojcostwa wobec braku obcowania płciowego w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Themis Polska Nova 2011, z. 1, s. 360-376.

zasadne w tym przypadku pytanie, czy inne osoby, np. państwo Nowak z Tarnowa Podgórnego czy Woźniak ze Swarzędza ubiegające się o poczęcie dziecka z wykorzystaniem tych technologii będą korzystały z tego samego materiału genetycznego. Sami małżonkowie nie mają, rzecz jasna, możliwości wyboru nasienia w takim znaczeniu, w jakim posługują się tym zobowiązania, mogą jednak być zainteresowani tym, by genetycznych braci lub sióstr ich dziecka nie było zbyt wielu. Warto zauważyć, że do dnia wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności ustawodawca nie regulował tej kwestii. To oznacza, że dzieci poczęte i urodzone przed 1 listopada 2015 roku, jak również ich rodzice prawni, nie mają żadnych możliwości ustalenia tego, ile razy zostało wykorzystane nasienie pochodzące od jednego dawcy. Mogło ono zostać wykorzystane tylko raz a mogło zostać wykorzystane wielokrotnie.

Ustawa o leczeniu niepłodności wprowadza w zakresie analizowanych przez nas sytuacji pewne ograniczenia. O ile w wyniku wcześniejszego zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie urodziło się już **dziesięcioro** dzieci, ustawodawca wyłącza dopuszczalność posłużenia się komórkami pochodzącymi od dawcy (art. 18 ust. 1 pkt 5 u.l.n.). Ograniczenie, o którym mowa, nie dotyczy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego¹³. Przepis wprowadza, choć w marginalnej postaci, kontrolę w zakresie urodzenia dzieci pochodzących od tego samego dawcy w ramach dawstwa innego niż partnerskie.

W interesującej nas sytuacji biologiczne pochodzenie dziecka nie będzie odpowiadać pochodzeniu prawnemu. Nawet jeżeli matka pozostająca w związku małżeńskim podda się technikom medycznie wspomaganej prokreacji z wykorzystaniem obecnego nasienia, ojcem (biologicznym) dziecka będzie dawca anonimowy. Pojawia się jednak pytanie, ile matek może poddać się technikom medycznie wspomaganej prokreacji z wykorzystaniem nasienia pochodzącego od jednego anonimowego dawcy. Ustawa przyjmuje tu zasadę, w świetle której zrodzonych z tego samego dawcy biologicznych braci i sióstr nie ma być więcej niż dziesięciu. To stanowisko jest oczywiście wstępnie godne zaakceptowania poprzez wprowadzenie ograniczenia liczebnego, jednakże nie jest to rozwiązanie doskonałe i już wstępna analiza obnaża jego słabe punkty.

Po pierwsze, nie zależy chyba prawnym rodzicom na tym, by rodzeństwo ich dziecka wychowywało się w innym środowisku niż ich własne środowisko rodzinne. Dzieci będące

¹³ Zob. art. 2 pkt 8 u.l.n., gdzie dawstwo partnerskie zostało zdefiniowane jako przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyznę – w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczynie pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczyni; w dawstwie partnerskim stosowane są komórki rozrodcze biorczyni. Zob. J. Haberk, Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz, Warszawa 2016, s. 38 i n.

bowiem takim genetycznym rodzeństwem mogą w przyszłości chcieć zawrzeć związek małżeński lub podejmować życie seksualne, nie wiedząc o fakcie bycia rodzeństwem. Ani państwu Kaczmarkom z Poznania ani Kowalskim z Murowanej Gośliny nie zależałoby przecież na tym, by brat lub siostra ich dziecka umawiał się z ich córką czy synem. System prawny na przypadki tego rodzaju w zakresie rodzeństwa prawnego przewiduje mechanizm kontrolny w postaci art. 12 k.r.o. niedopuszczającego do zawarcia małżeństwa między rodzeństwem, zaś w zakresie podejmowania życia nawet art. 201 k.k.¹⁴ O ile sytuacja prawnego pochodzenia pozostaje pod kontrolą kierownika USC, o tyle sytuacja pochodzenia nieujawnionego w księgach stanu cywilnego (a z taką będziemy tu mieli do czynienia) nie daje żadnych możliwości sprawowania nad tym faktem kontroli.

Po drugie, nie można tracić z pola widzenia faktu, że możliwość zapobieżenia ewentualnym problemom związanym z tego rodzaju zdarzeniami zostanie zupełnie wyłączona w sytuacji, w której potomkowie anonimowego dawcy podjęliby życie seksualne poza związkiem małżeńskim. By zobrazować powyższe: syn państwa Kaczmarków umawia się, randkuje i rozpoczyna współżycie fizyczne z córką państwa Kowalskich. Oboje jednak są rodzeństwem w ogóle o tym nie wiedząc. Nie sposób odnieść się w tej chwili do ewentualnych problemów natury psychicznej przyszłych małżonków czy osób pozostających w związku nieformalnym wówczas, gdy dowiedzą się oni o pochodzeniu od tego samego dawcy nasienia. Niewątpliwie jednak przed ustawodawcą pozostaje *de lege ferenda* ustalenie zakresu dopuszczalnego wglądu w dokumentację medyczną i ustalenia ewentualnego pochodzenia dziecka od dawcy nasienia w związku z wolą zawarcia małżeństwa a nawet podjęcia życia fizycznego. Tego rodzaju zabieg ma nie tylko na celu sprostanie postulatowi coraz bardziej akcentowanego prawa do poznania swojego genetycznego pochodzenia przez dziecko, ale także zapobieżeniu działaniom, które godzą w porządek i obyczaje przyjęte w społeczności. Uwzględnia także, jak się wydaje, aspekt zdrowia publicznego.

Idea wprowadzenia ograniczenia liczby dzieci pochodzących od tego samego dawcy niepartnerskiego¹⁵ pozostaje oczywiście godna akceptacji, niemniej jednak założenie nie będzie się raczej przekładać na stan idealny w praktyce. Powodów tego stanowiska można upatrywać w kilku przesłankach. Po pierwsze, decyduje o tym liczba **urodzonych** dzieci. Po drugie, chodzi wyłącznie o dzieci już urodzone. Przepis nie uwzględnia komórek rozrodczych

¹⁴ Por.: Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, statystyka przedstawiająca liczbę postępowań wszczętych i liczbę stwierdzonych przestępstw dostępna na stronie internetowej pod adresem: <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestępstwa-przeciwko-6/63502,Kazirodztwo-art-201.html> [data dostępu: 02.02.2017].

¹⁵ Mianem dawstwa niepartnerskiego obejmuje się *a contrario* wszystkie przypadki inne niż wskazane w art. 2 pkt 8 u.l.n.

na etapie ich stosowania, w szczególności w ramach art. 17 pkt 2 i 4 u.l.n., a także wykorzystania zarodków już utworzonych w ramach tej procedury. Po trzecie, ustawa przewiduje wprowadzenie procedury rejestracyjnej, ale dotyczą one wyłącznie dawstwa, nie zaś sytuacji określonej w przepisie.

W *Uzasadnieniu* do projektu ustawy¹⁶ przyjęto, powołując dokumenty międzynarodowe wydane m.in. przez Europejskie Towarzystwo Płodności Człowieka i Embriologii (ESHRE)¹⁷, rekomendacje na temat ograniczenia liczby dzieci od jednego dawcy do 25 na 800 000 mieszkańców¹⁸. Potwierdza się także w *uzasadnieniu*, że „ograniczenie liczby urodzonych dzieci pochodzących od jednego dawcy jest podyktowane ograniczeniem ryzyka niezamierzonego związania się genetycznie spokrewnionych potomków jednego dawcy i posiadania potomstwa z tego związku”¹⁹. Stworzono kilka skomplikowanych modeli matematycznych do wyliczenia takiego ryzyka. Opierały się one między innymi na liczbie ludności i liczbie dawców dostępnych w danym kraju. W Polsce nie prowadzono tego typu badań²⁰.

Rodzice muszą się zatem liczyć z tym, że z tego samego materiału genetycznego co ich dziecko mogło począć się i urodzić więcej dzieci, po wejściu w życie ustawy, jak już zaznaczono, może ich być dziesięć. Nie należy, rzecz jasna, roztaczać wizji przepełnionych atmosferą genetycznych i kazirodczych katastrof. Jednak może się zdarzyć tak, że dzieci urodzone z anonimowego nasienia zechcą poznać swoje genetyczne pochodzenie, przynajmniej w zakresie w jakim dotyczy to jednego z rodziców²¹. Warto zatem zastanowić się, czy wejście w życie ustawy pozwala dzieciom poznać swoje genetyczne pochodzenie, tym samym zapobiec sytuacjom zakreślonym w tytule niniejszych rozważań. Można bowiem

¹⁶ Uzasadnienie projektu ustawy druk sejmowy 3245, dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl.

¹⁷ Por. Gamete and embryo donation, Human Reproduction 2002, Vol.17, nr 5, s. 1407–1408) oraz Amerykańskie Towarzystwo Medycyny Rozrodu (por. 2006 Guidelines for gamete and embryo donation).

¹⁸ Uzasadnienie..., op. cit. s. 11 i n.; tabela tam zamieszczona na podstawie Sawyer Determining sperm donor limits, Fertil. Steril. 2008; Janssens i wsp., Reconsidering the number of offspring per gamete donor in the Dutch open-identity system Human Fertility, June 2011, nr 14(2), s. 106–114.

¹⁹ Uzasadnienie..., s. 11–12.

²⁰ Badania, które przytoczono w treści Uzasadnienia projektu ustawy, odnosiły się tylko do dawstwa innego niż partnerskie. W uzasadnieniu projektu ustawy pominięto analizę ryzyka niezamierzonego związania się genetycznie spokrewnionych potomków jednego dawcy w przypadku dawstwa zarodka. Analiza ta jest konieczna wobec treści art. 9 ust. 2 u.l.n. przewidującego liczne odstępstwa od ustawowego limitu utworzenia zarodków nadliczbowych. Tytułem przykładu należy wskazać, że prawodawca dopuszcza możliwość utworzenia większej niż 6 liczby zarodków w przypadku ukończenia przez biorecipientkę 35. roku życia. Zarodki nadliczbowe, niewykorzystane w procedurze medycznie wspomaganego prokreacji, a zdolne do prawidłowego rozwoju, trafiają do banku zarodków, gdzie oczekują na późniejsze wykorzystanie przez inne pary. Oczywiście jest, że w takiej sytuacji ryzyko stanowiące przedmiot naszych analiz wzrasta.

²¹ J. Gajda, Tajemnica adopcji w polskim prawie rodzinnym, w: Prawne i pozaprawne aspekty adopcji. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Wyższą Szkołę Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa w Poznaniu oraz Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Poznań.

przyjąć, że jeżeli człowiek pozna już swoje genetyczne pochodzenie, to będzie skłonny szukać życiowego partnera spośród osób, które nie są jego/jej genetycznym bratem lub siostrą.

3. Prawo do poznania tożsamości genetycznej dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji

3.1. Uwagi wstępne

Aktem prawnym zawierającym bezpośrednią gwarancję prawa do poznania tożsamości genetycznej jest Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka²² (dalej: Konwencja), a ściślej art. 7 Konwencji. Zgodnie z tym przepisem niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostaje sporządzony akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, o ile to możliwe, prawo poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką. Z literalnej wykładni tego przepisu wynika, że rodzicielstwo prawne nie musi być tożsame z rodzicielstwem biologicznym, jednakże, o ile to możliwe, prawodawcy państw-stron Konwencji powinni dążyć do umożliwienia dostępu do danych o rodzicach genetycznych. Oczywiście prawo to nie ma charakteru absolutnego, w związku z tym może podlegać pewnym ograniczeniom bliżej określonym przez ustawodawstwo krajowe.

Również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „ETPC”)²³ przyjmuje się, że źródłem omawianego prawa jest art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie z dnia 4 listopada 1950 r.²⁴, zgodnie z którym każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. ETPC stoi na stanowisku, że znajomość swojej tożsamości, w tym tożsamości genetycznej, jest istotnym elementem prawa do poszanowania życia prywatnego.

3.2. Ochrona praw dziecka w świetle orzecznictwa konstytucyjnego a prawo do poznania tożsamości genetycznej

Własna tożsamość genetyczna jest wartością wysoko cenioną. Prawo do poznania tej

²² Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka (Dz. U. z 1991, Nr 120, poz. 526).

²³ Zob. m.in.: wyrok ETPC z dnia 7 lipca 1989 r., skarga 10454/83 w sprawie Gaskin przeciwko Wielkiej Brytanii; wyrok ETPC z dnia 13 lutego 2003 r., skarga 42326/98 w sprawie Odievre przeciwko Francji; wyrok ETPC z dnia 7 lutego 2002 r., skarga 53176/99 w sprawie Mikulić przeciwko Chorwacji.

²⁴ Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka (Dz. U. z 1993, nr 61, poz. 284).

tożsamości wiąże się z poznaniem tożsamości rodziców. Jest to prosta konsekwencja przyjęcia, że każdy człowiek chce wiedzieć, kim jest, od kogo pochodzi, kim byli jego rodzice i dziadkowie. Nie ulega wątpliwości, że prawo do poznania własnej osoby swoje źródło ma w innych wartościach wysoko cenionych przez ustawodawcę. Można ich szukać już w samej Konstytucji, tj. art. 30 (godność człowieka)²⁵, art. 47 (ochrona życia prywatnego oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym) oraz art. 72 (ochrona praw dziecka)²⁶. Brak bowiem w tym zakresie wyrażnej normy konstytucyjnej.

Konstytucyjnej klauzuli generalnej, jaką jest dobro dziecka²⁷, podporządkowane są wszelkie regulacje prawne kształtujące relacje na płaszczyźnie dzieci-rodzice, w szczególności właśnie mechanizmy filiacyjne. Jak słusznie wskazuje Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 kwietnia 2003 r.²⁸, najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez zapewnienie możliwości wychowania dziecka w rodzinie naturalnej, tj. poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną²⁹.

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, sytuacją modelową jest tożsamość stanu prawnego z rzeczywistością biologiczną. Wzrastanie dziecka w rozłączeniu od jego rodziców genetycznych nie odzwierciedla więc, co do zasady, w sposób najpełniejszy konstytucyjnej klauzuli dobra dziecka. Odseparowanie dziecka od rodziny biologicznej nie jest sytuacją modelową, którą ustawodawca preferuje. Z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że prymat wychowywania się dziecka w rodzinie naturalnej również nie ma charakteru bezwzględnego, co stanowi konsekwencję założenia, że dobro dziecka konkretyzuje się w okolicznościach danej sprawy. W związku z tym, istnieją pewne wartości, które uzasadniać mogą odstępstwo od sytuacji modelowej. I tak, we wspomnianym wyroku TK wskazuje, m.in.:

²⁵ Tak m.in.: L. Stecki, w: *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego* (dwugłos), PiP 1990, z. 10., L. Bosek, w: *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości genetycznej*, KPP 2008, z. 4, s., 947-984, gdzie autor wskazuje, że prawo do poznania własnej tożsamości biologicznej jest konstytucyjnym prawem osobistym, wywodzonym z treści art. 30 Konstytucji RP oraz art. 72 Konstytucji RP. Za L. Boskiem również M. Szałajko, w: *Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki*, Rodzina i Prawo 2014, Nr 28, s. 43.

²⁶ Zob. m.in. L. Bosek, *op cit.*

²⁷ W doktrynie i orzecznictwie funkcjonuje wiele propozycji definicji klauzuli „dobra dziecka”, zob. m.in.: W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 25, gdzie autorka podaje: dobro dziecka to zespół wartości (duchowych i materialnych) niezbędnych do zapewnienia dziecku prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego, zob. także: uzasadnienie uchwały SN z dnia 12 czerwca 1992 r., III CZP 48/92, OSNCP 1992, nr 10, poz. 179. Należy w tym miejscu przytoczyć także M. Andrzejewskiego: Swego rodzaju uzupełnieniem tej definicji jest pogląd o nadrzędności „dobra dziecka” nad interesami innych osób, w tym rodziców (...), w: M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej. Dziecko-Rodzina-Państwo*, Kraków 2003, s. 170.

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK Seria A 2003 nr 4, poz. 32.

²⁹ W wyżej wskazanym wyroku TK oceniał sytuację domniemanego ojca dziecka, który nie mógł uznać dziecka z powodu sprzeciwu matki i jednocześnie nie miał prawa do wszczęcia procesu o ustalenie ojcostwa.

bliskość i stabilność relacji rodzinnych, bezpieczeństwo dziecka czy godziwe warunki jego wychowania i rozwoju³⁰. Wartością uzasadniającą omawiany tutaj wyjątek nie powinien być jednak interes rodzica³¹. Innymi słowy, o ile celem zorganizowania dla dziecka innego środowiska lub utrzymania dziecka w innym środowisku niż rodzina naturalna jest jego dobro i o ile właśnie interes dziecka będzie nadrzędny wobec interesu rodziców genetycznych³², o tyle to odstępstwo od modelowej sytuacji znajdzie swoje uzasadnienie aksjologiczne.

Tytułem przykładu należy wskazać, że istnieją mechanizmy znane już prawu rodzinnemu i opiekuńczemu, które prowadzą do ulokowania dziecka w środowisku zupełnie odmiennym od rodziny biologicznej, ale które, jak wyżej wskazano, znajdują swoje uzasadnienie aksjologiczne. Są nimi m.in.: przysposobienie z różnymi jego rodzajami czy system pieczy zastępczej. Po pierwsze, zgodnie z treścią art. 114 § 1 k.r.o., przysposobić można osobę małoletnią tylko dla jej dobra. Gwarantem przysposobienia dla dobra dziecka jest chociażby ciążyący na sądzie obowiązek wysłuchania małoletniego, o czym świadczy treść art. 576 § 2 k.p.c. Celem, jak słusznie wskazuje się w doktrynie, jest przecież ocena relacji dziecka z przysposabiającym, ich stopień bliskości, przywiązania, komunikacji czy wzajemnego zrozumienia³³. Niewątpliwie adopcja jest instrumentem umożliwiającym małżonkom pełnienie funkcji rodzicielskiej, jednakże nie może być ona dokonana, gdy nie przemawia za tym interes adoptowanego dziecka. Co więcej, to właśnie dobro dziecka stanowi kryterium rozstrzygające o tym, czy dziecko w ogóle powinno zostać przysposobione; w drugiej kolejności, jaki rodzaj przysposobienia jest właściwy; następnie, stanowi ono także kryterium doboru rodziców adopcyjnych³⁴. Po drugie, także system pieczy zastępczej opiera się na zasadach dobra dziecka i dobra rodziny, która jest naturalnym środowiskiem rozwoju, co zostało podkreślone w samej już treści Preambuły ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o

³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK ZU nr 4A/2003, poz. 32.

³¹ *Ibidem*. Zob. także: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 kwietnia 2007 r., SK 20/05 OTK ZU nr 4A/2007, poz. 38.

³² Nadrzędność interesu dziecka nad interesem rodziców biologicznych uzasadniam tym, iż sam TK w treści uzasadnienia wyroku z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02 wskazuje: *Zasada dobra dziecka wyrażająca prymat więzi opartych na rzeczywistym pochodzeniu biologicznym wyraża, więc jedynie dominującą tendencję, co nie wyklucza, że w pewnych warunkach i okolicznościach dobro dziecka nie będzie wymagało odwołania się do innych przesłanek kształtowania relacji rodzinnych, w ramach których to właśnie interes dziecka przeważa nad interesem rodziców biologicznych i będzie wymagał ochrony stosunków rodzinnych opartych na istnieniu innego typu więzi niż więź biologiczna (przysposobienie, rodzina zastępcza, ale także ustabilizowane relacje rodzinne, ustalone niezgodnie z prawdą biologiczną, które nie mogą być już prawnie podważone)*, zob. także: uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75 (OSN 1976, poz. 184).

³³ Zob. m.in.: K. Gromek, Komentarz do art. 114 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w: K. Gromek (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2016, Legalis 2017.

³⁴ R. Zegadło, Komentarz do art. 114 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w: J. Wierciński, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2014, s. 784.

wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej³⁵.

Prawo rodzinne i opiekuńcze zna więc instrumenty pozwalające na umieszczenie dziecka w środowisku innym niż rodzina naturalna, co stanowi istotne odstępstwo od sytuacji modelowej preferowanej przez ustawodawcę. Instrumenty te staną się konieczne i w pełni skuteczne tylko wtedy, gdy wymaga tego ochrona interesu dziecka, który to interes powinien być zawsze nadrzędny wobec interesu rodziców biologicznych w razie ich konfliktu. Wobec powyższego wydaje się słuszne twierdzenie, że rozwiązanie legislacyjne, w którym ustawodawca instytucjonalizuje procedurę leczenia niepłodności polegającą na skorzystaniu przez parę małżonków lub konkubentów z anonimowego materiału genetycznego, stoi w sprzeczności z dotychczasowym dorobkiem konstytucyjnym. Należy oczywiście zgodzić się z tym, że rozszerzenie metod medycznie wspomaganey prokreacji o zapłodnienie heterologiczne i dawstwo zarodka powodowane jest ochroną innej wartości konstytucyjnej a mianowicie ochroną zdrowia rodzycznego. Ponadto należy zgodzić się z tym, że anonimowe dawstwo także wpisuje się w ochronę kolejnej wartości konstytucyjnej, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego zarówno dawców³⁶, jak i prawa do poszanowania życia rodzinnego osób niepłodnych starających się o potomstwo, które *de facto* nawiążą więź filiacyjną z w ten sposób urodzonym dzieckiem. Jednocześnie jednak należy zauważyć, że ustawodawca absolutyzuje interes osób uczestniczących we wspomnianych procedurach (anonimowi dawcy oraz osoby starające się o potomstwo) kosztem dobra dziecka przejawiającego się w interesie poznania prawdy o swoim pochodzeniu. Zgodnie z dorobkiem konstytucyjnym zadaniem ustawodawcy jest wyważenie wszystkich konkurujących ze sobą dóbr³⁷.

Dla wzmocnienia argumentacji na rzecz wyraźnego przyznania prawa do poznania tożsamości biologicznej należy przytoczyć w tym miejscu także stanowisko Trybunału

³⁵ Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o pieczy zastępczej (tj.: Dz. U. z 2016 poz. 575). Zob. też art. 4 tej ustawy, gdzie ustawodawca umieszcza dyrektywę, zgodnie z którą przy jej stosowaniu przepisów ustawy należy każdorazowo uwzględniać prawo dziecka do wychowania w rodzinie. Dopiero bowiem w sytuacji konieczności wychowywania dziecka poza rodziną dziecko ma prawo do wychowywania i opieki w rodzinnych formach pieczy zastępczej, ale tylko jeśli jest to zgodne z jego dobrem. Nawet w sytuacji umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej należy mieć na względzie jego prawo do dostępu do informacji dotyczących jego pochodzenia. O prawie dziecka do dostępu do informacji dotyczących jego pochodzenia mowa w treści art. 4 pkt 11 ustawy. W doktrynie przyjmuje się, że są to informacje dotyczące jego rodziców biologicznych, rodzeństwa czy miejsca wcześniejszego zamieszkania. Na ten temat K. Tryniszewska, Komentarz do art. 4 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, w: Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz, Warszawa 2015, s. 43.

³⁶ W doktrynie argument ten podkreślają m.in.: J. Winiarz i J. Gajda, w: *op. cit.*, s. 77: Nie można także z góry wykluczyć negatywnych następstw dla dawcy nasienia i ewentualnie założonej przez niego rodziny.

³⁷ Zob. wyrok TK z dnia 16 lipca 2007 r., SK 61/06, OTK ZU nr 7A/2007, poz. 77.

Konstytucyjnego wyrażone w kolejnym wyroku z dnia 12 listopada 2002 roku³⁸. TK stanął tu na stanowisku, że stan prawny ujawniony w treści aktu stanu cywilnego powinien, co do zasady, stanowić konsekwencję stanu faktycznego, a więc istniejących rzeczywiście więzi biologicznych pomiędzy określonymi osobami. Dalej TK wskazał jednak, że pełna zgodność stanu prawnego ze stanem rzeczywistym, choć jest istotnym postulatem, to jednak nie zawsze możliwym do osiągnięcia. Co więcej, wskazał, że prawnie ukształtowane więzi rodzinne nie tracą znaczenia prawnego z chwilą ustalenia w odpowiednim postępowaniu, że są niezgodne ze stanem rzeczywistym³⁹. Skoro znaczenie prawne ma umieszczona w akcie urodzenia w formie wzmianki dodatkowej informacja o ojcu, którego ojcostwu skutecznie zaprzeczono, to tym bardziej znaczenie prawne powinna mieć informacja o ojcu biologicznym.

3.3. Prawo do poznania tożsamości genetycznej w ustawodawstwie zwykłym

Uzasadnienia dla realizacji prawa do poznania własnego pochodzenia można upatrywać także w przepisach Kodeksu cywilnego odnoszących się do dóbr osobistych⁴⁰. Katalog dóbr osobistych z art. 23 k.c. ma charakter otwarty.

Argumentem natury prawnej przemawiającym za przyznaniem dzieciom urodzonym wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji prawa do poznania swojego pochodzenia genetycznego, a więc i własnej tożsamości genetycznej, jest sytuacja dzieci przysposobionych⁴¹, którym prawodawca wyraźnie takie prawo przyznaje, stwarzając ku jego realizacji stosowne instrumenty, tj. w przypadku przysposobienia pełnego – art. 72 p.a.s.c., przysposobienia niepełnego – art. 75 ust. 1 p.a.s.c. oraz przysposobienia całkowitego – art. 71 p.a.s.c. w zw. z art. 73 ust. 1 i ust. 3 p.a.s.c. Ściślej, obecnie obowiązujące regulacje aktów stanu cywilnego korespondujące z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczącymi przysposobienia umożliwiają osobie adoptowanej dostęp do wiedzy o swoich rodzicach biologicznych.

Z najdalej idącym utajnieniem adopcji wiąże się przysposobienie całkowite. W tym przypadku sporządza się nowy akt urodzenia, a jako rodziców biologicznych wskazuje się

³⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 listopada 2002 r., SK 40/01, OTK ZU nr 6A/2002, poz. 81.

³⁹ Stan faktyczny stanowiący przedmiot analizy TK dotyczył wniosku o sprostowanie aktu urodzenia dziecka skarżącego poprzez wykreślenie wszelkich wpisów dotyczących ojcostwa innego mężczyzny, po tym jak sądownie obalone zostało domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa matki z innym mężczyzną niż skarżący.

⁴⁰ Zob.: T. Sokołowski, Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganej prokreacji do poznania swojego pochodzenia, w: J. Haberko (red.), M. Łączkowska (red.), Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji, Poznań 2005, s. 131-136.

⁴¹ Zob. min.: K. Szczucki, Prawo dziecka poczętego metodą in vitro do poznania własnej tożsamości biologicznej, w: L. Bosek (red.), M. Królikowski (red.), Współczesne wyzwania biomedyczne, Warszawa 2010, s. 194-197.

rodziców adopcyjnych, o czym stanowi art. 48 ust. 1 p.a.s.c. Jednakże, zgodnie z treścią art. 73 ust. 3 p.a.s.c., na wniosek przysposobionego, po osiągnięciu przez niego pełnoletności wydaje się odpis zupełny dotychczasowego aktu urodzenia wraz z dokumentami z akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego w formie dokumentu elektronicznego, kopii lub wydruku dokumentu elektronicznego poświadczonych za zgodność z oryginałem przez kierownika urzędu stanu cywilnego. Mowa w tym przepisie o uprawnieniu przysposobionego całkowicie do zapoznania się z dotychczasowym aktem urodzenia, a więc aktem innym niż ten, który sporządza się wskutek przysposobienia całkowitego, a w którym to akcie, zgodnie z treścią art. 60 p.a.s.c., widnieją informacje dotyczące „prawdziwych” rodziców genetycznych. Ustawodawca uchylił więc tajemnicę przysposobienia w odniesieniu do osób pełnoletnich, które samodzielnie zdecydować mogą, czy wiedza ta jest im potrzebna czy też nie.

Naszym zdaniem nie ma uzasadnienia, by położenie dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur leczenia niepłodności różniło się od dzieci przysposobionych⁴². Rozwiązanie odmienne, tj. takie, które ustawodawca proponuje w obecnym kształcie u.l.n., stoi w sprzeczności z konstytucyjną zasadą równości⁴³, tj. nakazem jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii)⁴⁴. Tą relewantną cechą uzasadniającą równe traktowanie jest, w naszej ocenie, oddzielenie dziecka od rodziny biologicznie tożsamej ze wszelkimi tego prawnymi konsekwencjami, również w zakresie

⁴² Warto podkreślić, że stanowisko takie zajmują także przedstawiciele doktryny przeciwni przyznaniu dzieciom urodzonym wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji prawa do poznania tożsamości genetycznej. Zob. m.in.: J. Winiarz, J. Gajda, w: *op. cit.*, s. 76, gdzie autorzy wskazują: *ich położenie (położenie dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji) nie różni się bowiem od sytuacji dzieci, w odniesieniu do których sąd orzekł przysposobienie całkowite*. Tak też L. Stecki, w: *op. cit.*, s. 67, gdzie autor wskazuje: *Odmawiając mu tego prawa (dziecku urodzonemu wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji prawa do poznania swego pochodzenia genetycznego) popadamy ponadto w sprzeczność z zasadą równości wszystkich dzieci. Regułą jest już dziś możliwość ustalenia ojcostwa dziecka urodzonego w warunkach naturalnych. Taką samą regułą powinno być ustalenie macierzyństwa. Różnicowanie prowadziłoby do rażącego pokrzywdzenia dzieci, które urodziły się w następstwie sztucznej prokreacji. Stanowiłyby one jedyną grupę ludzi, którzy nie mogliby nigdy uzyskać wiedzy o tym, kto był ich rodzicem genetycznym*. Tak też: M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 295: *Rozważania poświęcone kwestii tajemnicy przysposobienia mogą być potraktowane jako pewien punkt odniesienia dla problemów wyłaniających się na tle sztucznej prokreacji w związku z interesem osobistym dziecka poznania własnej tożsamości biologicznej. Merytoryczne dylematy wynikające z posłużenia się „fikcją” stanu cywilnego są w tych wypadkach istotnie bardzo podobne, choć autor ten jednocześnie podkreśla zasadniczy charakter różnic o podłożu formalnym*. Tak też: L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, KPP 2008, z. 4, s. 981, gdzie wskazuje: *Nie mogą ostać się de lege lata oceny, że skoro utrzymuje się tajemnicę przysposobienia, to utrzymać należy bezwzględną tajemnicę dawstwa*. Tak też: K. Szczucki, *op. cit.*

⁴³ Szerzej o konstytucyjnej zasadzie równości: L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Obywatel – jego wolność i prawa*, Warszawa 1998, zob. także: wyrok TK z dnia 18 stycznia 2007 r. (K 17/99) i in.

⁴⁴ J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 571.

prawa alimentacyjnego oraz spadkowego⁴⁵. Nie zachodzi także przesłanka uzasadniająca odstępstwo od równego traktowania podmiotów charakteryzujących się wspólną cechą, bowiem waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć (anonimowość dawstwa materiału genetycznego), nie pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzenia zróżnicowania (prawo do poznania prawdy o swoim pochodzeniu)⁴⁶.

3.4. Prawo do poznania tożsamości genetycznej w u.l.n.

Ustawodawca w treści art. 38 ust. 2 u.l.n. umożliwia osobie urodzonej wskutek zastosowania medycznie wspomaganey prokreacji w ramach dawstwa innego niż partnerskie oraz dawstwa zarodka, po osiągnięciu przez nią pełnoletności dostęp do danych określonych w treści art. 37 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 u.l.n., a zamieszczanych w specjalnym rejestrze, którego administratorem jest minister właściwy do spraw zdrowia. Danymi tymi są: rok i miejsca urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka oraz informacja na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka, tj. wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub dawców zarodka przed utworzeniem zarodka. Należy dodać, że osobą, która może uzyskać dostęp do informacji określonych w art. 37 ust. 2 pkt 3 u.l.n., jest także przedstawiciel ustawowy w ten sposób urodzonego dziecka, ale tylko wtedy, gdy informacje te mogą przyczynić się do uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia tego dziecka. Po pierwsze, należy zauważyć, że w katalogu informacji udostępnianych osobom upoważnionym brak danych umożliwiających identyfikację dawców materiału genetycznego⁴⁷. W konsekwencji osoba urodzona w ten sposób nie pozna imienia i nazwiska swoich biologicznych rodziców. Po drugie, co gorsze, osoba ta została także pozbawiona dostępu do innych informacji niezbędnych m.in. do prawidłowego postawienia diagnozy ewentualnych przyszłych chorób, np. danych dotyczących genotypu rodzica biologicznego, a także danych fenotypowych. Informacje, o których mowa w treści art. 37 ust. 2 pkt 3 u.l.n.

⁴⁵ Sytuacja dziecka urodzonego wskutek zastosowania procedury medycznie wspomaganey prokreacji w ramach dawstwa innego niż partnerskie lub dawstwa zarodka jest istotnie zbliżona do sytuacji dziecka przysposobionego w sposób całkowity. W obu przypadkach, między dziećmi a rodzicami niebiologicznymi nawiązują się takie relacje, jak między naturalnymi rodzicami a ich potomstwem.

⁴⁶ Zob.: J. Oniszczyk, *op. cit.*

⁴⁷ Rozwiązanie to spotkało się zarówno z aprobatą (zob. m.in.: E. Zielińska, *Opinia na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności* z dnia 21 maja 2015 r., w: *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu* 2015, nr 4(48), s. 190), jak i z krytyką (zob. m.in.: *Opinia Ordo Iuris w sprawie projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, opinia dostępna na stronie internetowej: <http://www.ordoiuris.pl/ochrona-zycia/opinia-ordo-iuris-w-sprawie-projektu-ustawy-o-leczeniu-nieplodnosci> [data dostępu: 06.02.2017]).

są niedostatecznie sprecyzowane.

Tak wąsko określone granice informacji udostępnianej osobie upoważnionej nakazują przyjąć, że ustawodawca nie zapewnia realizacji prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej jako prawa do informacji w zakresie genomu dawcy ani tym bardziej prawa do poznania tożsamości dawców gamet jako prawa do informacji w zakresie danych identyfikujących dawcę⁴⁸.

Prawa do poznania tożsamości genetycznej nie należy jednak wiązać z uprawnieniem dziecka do zmiany ukształtowanego już stanu cywilnego. Przyjęcie odmiennej koncepcji legislacyjnej mogłoby spotkać się z zarzutem niekonstytucyjności, tj. zakazem dowolnej zmiany raz ustalonego stanu cywilnego dziecka, którego źródłem jest m.in. ochrona praw dziecka⁴⁹. Ustawodawca w u.l.n. wprowadza odpowiednie mechanizmy filiacyjne dostosowane do każdego wariantu leczenia niepłodności, tj. art. 62 k.r.o., art. 75¹ k.r.o., art. 81¹ k.r.o., art. 85 § 1 k.r.o.⁵⁰ Rozwiązania te należy ocenić na ogół⁵¹ pozytywnie, bowiem ich motywem jest ochrona interesów dziecka, któremu w ten sposób zapewnia się stabilną sytuację prawną-rodzinną⁵². Jak słusznie jednak wskazuje J. Lipski, rozwiązania o charakterze formalnym dotyczące ojcostwa i macierzyństwa nie rozwiązują jednak wszystkich skutków biologicznego pochodzenia człowieka⁵³. Istnieją bowiem sytuacje uzasadniające poznanie pochodzenia zgodnie z rzeczywistością biologiczną, o czym częściowo powyżej. Jak słusznie wskazuje A. Dyoniak, sytuacje te mogą być rozwiązane przy

⁴⁸ Rozróżnienie prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej od prawa do poznania tożsamości dawców gamet zaproponował J. Lipski, w: *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 4(48), s. 150; opinia dostępna na stronie internetowej pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/\\$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf) [dostęp: 05.02.2017].

⁴⁹ Wyrok TK z dnia 61/06, w którym TK *expressis verbis* wskazuje: *Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że „w polskim prawie rodzinnym nie respektuje się bezwzględnie prawa filiacji ojca biologicznego. Mimo że zakłada się zgodność stanu prawnego i tzw. prawdy biologicznej, nie istnieje bezwzględny obowiązek respektowania zarówno przez ustawodawcę, jak i organy stosujące prawo, więzi biologicznej między prawnym ojcem a dzieckiem przejawiający się np. koniecznością każdorazowo ingerencji w istniejące stosunki rodzinne w razie twierdzenia, iż kto inny jest ojcem biologicznym. (...) Eliminowanie z systemu prawnego możliwości ustalenia więzi rodzinnej zgodnie z rzeczywistością biologiczną musi jednak zawsze znajdować swoje uzasadnienie w innych wartościach konstytucyjnych”*

⁵⁰ Zob. szerzej: J. Haberko, *Ustawa...*, s. 406-418.

⁵¹ Zob. jednak J. Haberko, *Uznanie ojcostwa w świetle projektowanego art. 75¹ k.r.o.*, *Metryka* 2015, nr 1, s. 175-194.

⁵² Tak też: M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 55.

⁵³ J. Lipski, *op. cit.*, opinia dostępna na stronie internetowej pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/\\$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf) [dostęp: 05.02.2017].

wykorzystaniu konstrukcji prawa dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego⁵⁴.

4. Wnioski końcowe

Przyjęte rozwiązanie legislacyjne gwarantuje silną ochronę jednej wartości konstytucyjnej kosztem drugiej wartości konstytucyjnej, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego dawców i osób przystępujących do leczenia metodami medycznie wspomaganej prokreacji⁵⁵ kosztem interesu dziecka. Są oczywiście głosy aprobujące ochronę anonimowości przez wzgląd na dobro dziecka. Istotny w tym zakresie może być dorobek zwolenników tajemnicy adopcji⁵⁶. Nie można jednak przejść obojętnie wobec zgłaszanych w doktrynie korzyści wynikających z ujawnienia informacji dotyczących pochodzenia biologicznego, np. możliwości zbudowania w ten sposób wzajemnego zaufania i przyjaźni między rodzicami a dziećmi⁵⁷. Wobec tego ustawodawca nie powinien też z góry przesądzać o tym, że w każdych okolicznościach brak wiedzy na temat pochodzenia genetycznego będzie ten interes odzwierciedlał⁵⁸. Co więcej, należy twierdzić, że to właśnie z konstytucyjnej gwarancji ochrony praw dziecka wywodzi się imperatyw ochrony prawa dziecka do własnej tożsamości biologicznej, w tym do jej poznania⁵⁹. Należy się zgodzić z poglądem

⁵⁴ A. Dyoniak, Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice-dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji, w: T. Smyczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, Poznań 1996, s. 159.

⁵⁵ Mowa o dawstwie innym niż partnerskie, tj. zapłodnieniu heterologicznym, oraz dawstwie zarodka.

⁵⁶ Zob. m.in.: S. Piechocki, *Przysposobienie dziecka*, Warszawa 1983, s. 56 i s. 67, gdzie autor podkreśla, że tajemnica przysposobienia chroni biologiczny i psychologiczny instynkt dziecka do życia w rodzinie.

⁵⁷ Zob. m.in.: A. Ładyżyński, O tajemnicy adopcji, *Problemy Rodziny* 1996, nr 3, s. 20. Autor podaje: *dzieci – zarówno te z rodzin naturalnych jak i adopcyjnych – poinformowane w porę o fakcie swego pochodzenia żyją w atmosferze prawdy. To natomiast tworzy specyficzny, wychowawczo bardzo korzystny klimat zaufania i przyjaźni – niezbędny w każdej rodzinie*. Zob. także: E. Holewińska-Lapińska, *Poglądy pracowników ośrodków adopcyjno-opiekuńczych na temat tajemnicy przysposobienia*, *Rodzina i Prawo* 2006, nr 3.

⁵⁸ Zob. m.in.: L. Stecki w: *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego* (dwugłos), *PiP* 1990, z. 10, s. 67, gdzie autor wskazuje: *Powszechnie akcentuje się dobro dziecka. Jest to postawa godna poparcia, ale trudno byłoby zrozumieć, gdybyśmy ją inaczej pojmowali w odniesieniu do dziecka urodzonego w następstwie sztucznej prokreacji. Dobra dziecka nie można upatrywać w zatajaniu przed nim prawdziwego pochodzenia genetycznego. (...) Inne rozwiązanie nie da się pogodzić z dobrem tego dziecka*. Należy mieć oczywiście na uwadze zdania odrębne. Zob. m.in.: J. Winiarz, J. Gajda, w: L. Stecki, J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego* (dwugłos), *PiP* 1990, z. 10, s. 75-79. Autorów nie przekonuje hipoteza, że wiedza o swym pochodzeniu genetycznym sprzyja prawidłowemu rozwojowi osobowości dziecka. Ponadto, autorzy podkreślają, że dziecko nie ma żadnego interesu w tym, by dochodzić swojego pochodzenia genetycznego.

⁵⁹ Wyrok TK z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, w którym TK z treści art. 72 ust. 1 Konstytucji RP bezpośrednio wywodzi imperatyw ochrony interesów niemajątkowych dziecka, *Expressis verbis* wskazuje przy tym, że jednym z tych interesów niemajątkowych jest prawo dziecka do własnej tożsamości biologicznej. Takie stanowisko TK jest spójne z głosami praktyków współpracujących z różnymi ośrodkami adopcyjno-opiekuńczymi, którzy podkreślają zalety jawności adopcji, a przede wszystkim jej pozytywny wpływ zarówno na rozwój dziecka, jak i relacji przysposobionych z przysposabiającymi, opierających się na prawdzie i uczciwości. Zob. m.in.: R. Giryńska, *Problemy jawności adopcji*, w: K. Ostrowska, E. Milewska (red.), *Adopcja. Teoria i praktyka*, Warszawa 1999, s. 161-169, gdzie autorka wyraźnie wskazuje: *Ośrodek nasz (Ośrodek Adopcyjno-Opiekuńczy Towarzystwa Przyjaciół Dzieci w Warszawie) stoi na stanowisku pełnej*

prezentowanym w orzecznictwie, że prawo do poznania własnego pochodzenia genetycznego, nawet implikujące identyfikację dawcy, wydaje się być silniejszą wartością niż „dobrostan” czy „dobre samopoczucie” rodziców⁶⁰.

W imię spójności systemu prawnego i zasady równości należy postulować rozszerzenie zakresu informacji dostępnej osobie urodzonej wskutek zastosowania metod medycznie wspomaganey prokreacji o dane umożliwiające identyfikację dawców materiału genetycznego tak jak przewiduje to ustawodawca w przypadku przysposobienia.

jawności adopcji i uważa, że wczesne poinformowanie dziecka o jego pochodzeniu stwarza klimat zaufania i głębszą więź emocjonalną. Sprzyja to integracji i otwartości w życiu rodziny adopcyjnej (...). Dalej: ośrodek nasz od kilku lat prowadzi grupę wsparcia dla rodzin adopcyjnych i zastępczych i uważa za celowe stworzenie grupy dla dorosłych adoptowanych poszukujących swych korzeni.

⁶⁰ Opinia SN z dnia 13 maja 2015 r. do rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności (Druk Sejmu RP VII kadencji nr 3245); treść opinii dostępna na stronie internetowej pod adresem: http://www.ordoiuris.pl/pliki/dokumenty/sn_ivf.pdf [data dostępu: 06.02.2017].

Marta Jarząbek-Słobodzian¹

Ochrona życia poczętego w praktyce sędziego rodzinnego²

Ochrona życia poczętego jest hasłem towarzyszącym naszemu życiu społecznemu, politycznemu, religijnemu. Pytaniem otwartym jest, czy ustawodawca uposażył sędziego rodzinnego w realne narzędzia ingerencji w wykonywanie władzy rodzicielskiej nad człowiekiem poczętym, a nieurodzonym.

Dla zdrowia mającego się urodzić człowieka najistotniejszy jest przebieg ciąży matki. W pierwszych trzech miesiącach po zapłodnieniu kształtują się wszystkie narządy. W siódmym tygodniu dziecko ma nie tylko serce, ale i wątrobę, nerki, a nawet powieki.

Jeszcze do niedawna kobiety nie zdawały sobie sprawy, że picie alkoholu w ciąży może być szkodliwe. Wiedza ta nadal nie dociera do wszystkich kręgów polskiego społeczeństwa. Podobno nie każda mama, która pije alkohol w ciąży, musi urodzić dziecko z FAS, ale powinna liczyć się z tym niebezpieczeństwem. Alkoholowy zespół płodowy jest najcięższą formą wad wrodzonych, somatycznych i neurologicznych, wywołanych na skutek ekspozycji płodu na alkohol, jest chorobą nieuleczalną, której można uniknąć zachowując abstynencję w czasie trwania ciąży. Do dziś nie określono dawki alkoholu, która byłaby bezpieczna dla płodu. Każda ilość niesie ryzyko wystąpienia zaburzeń w rozwoju dziecka³.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. w przepisie art. 38 stanowi, iż Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia.

¹ Sędzia Sądu Rejonowego w Cieszynie, członek Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych w Polsce.

² Pierwotna wersja tego artykułu to moja praca konkursowa umieszczona na stronie Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych w Polsce – www.sssrwp.pl, inną wersję tej pracy udostępniłam we wrześniu 2016 r. jako postulat sędziego rodzinnego do prac zespołu powołanego w Gdańsku przez lekarza psychiatrę Grażynę Rymaszewską z Fundacji „Trzeźwość”, która weszła w skład tego zespołu ds. opracowania systemu pomocy kobietom w ciąży z problemami alkoholowymi,

³ Zob. Alkoholowy zespół płodowy, https://pl.wikipedia.org/wiki/Alkoholowy_zesp%C3%B3l_C5%82_p%C5%82odowy

Zgodnie z przepisem art. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej, przy uznaniu – jak wynika ze wstępu cytowanej ustawy – że życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy do podstawowych obowiązków państwa, społeczeństwa i obywatela; przy uznaniu prawa każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz prawa dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa.

Jakie są kompetencje Sądu rodzinnego, gdy kobieta w ciąży nie chce korzystać z opieki medycznej, socjalnej i prawnej?

Przepis art. 182 k.r.o. stanowi, iż dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego, ustanawia się kuratora, jeżeli jest to potrzebne do strzeżenia przyszłych praw dziecka. Kuratela ustaje z chwilą urodzenia się dziecka. W doktrynie przyjmuje się, że kuratora ustanawia się z urzędu lub na wniosek, w sytuacji gdy rodzice nasciturusa sami nie są w stanie, nie mogą lub nie chcą strzec jego praw. W postanowieniu o ustanowieniu kuratora określa się zakres jego uprawnień, tak samo jak w wydawanym mu zaświadczeniu. Koncepcja kuratora *ventris* ustanawianego w celu strzeżenia prawa dziecka przed urodzeniem łączy się z akceptowaną paremią stwierdzającą, że dziecko poczęte uważa się za już narodzone, o ile chodzi o korzyści dla niego. Paremia ta stanowi relikty dawnego poziomu wiedzy biologicznej i chroni skuteczność praw dziecka poczętego w zakresie majątkowym⁴ w zakresie roszczeń odszkodowawczych, a także w zakresie roszczeń z tytułu umowy ubezpieczenia od następstwa zdarzenia, które nastąpiło przed urodzeniem. Przepis art. 182 k.r.o. umożliwia ochronę praw nasciturusa przez kuratora jak się wydaje przede wszystkim w zakresie jego majątku, ale w wypadkach zagrożenia praw podmiotowych dziecka poczętego, takich jak życie i zdrowie, przepis ten daje możliwość wkroczenia w życie matki dziecka, która dopuszcza się działań i zaniechań mających wpływ na życie i zdrowie swojego dziecka.

Uznając za bezsporne stanowisko, iż co do dziecka poczętego przysługuje władza rodzicielska, otwarta jest dla sędziego rodzinnego droga do wszczęcia postępowania i wydania zarządzeń opiekuńczych w ramach przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Treść podstawowego dla każdego sędziego rodzinnego przepisu art. 109 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego pozwala na ingerencję w wykonywanie władzy rodzicielskiej, jeżeli dobro dziecka jest zagrożone. Sąd opiekuńczy może zobowiązać rodziców do

⁴ Zob. Z. Strus, Komentarz do art. 599 Kodeksu postępowania cywilnego, LEX. Orzecznictwo sądowe od dawna traktowało dziecko poczęte – jeżeli urodzi się żywe – na równi z dzieckiem już urodzonym (wyrok SN z dnia 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66, OSNCP 1966, nr 9, poz. 158 oraz OSP 1966, z. 12, poz. 279, z glosą A. Szpunara i wyrok z dnia 7 października 1971 r., III CRN 255/71, OSNCP 1972, nr 3, poz. 59).

określonego postępowania, w szczególności do pracy z asystentem rodziny, realizowania innych form pracy z rodziną; określić, jakie czynności nie mogą być przez rodziców dokonywane bez zezwolenia sądu, albo poddać rodziców innym ograniczeniom, jakim podlega opiekun; czy poddać wykonywanie władzy rodzicielskiej stałemu nadzorowi kuratora sądowego.

Dziecko poczęte posiada też formalnie ochronę karnoprawną. Przepis art. 157a k.k. stanowi, iż w § 1: „Kto powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2; w § 2. Nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego; w § 3. Nie podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 1”.

Artykuł 157a § 3 k.k. stanowi zatem, iż nie podlega karze matka dziecka poczętego, która sama spowodowała uszkodzenia jego ciała lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu. Należy podkreślić, że uchylenie karalności nie oznacza uchylenia przestępności czynu matki dziecka poczętego, gdyż jej postępowanie niewątpliwie jest naganne⁵. Kobieta ciężarna powodująca uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu popełnia wprawdzie czyn zabroniony, jednak – zgodnie z art. 157a § 3 k.k. – nie podlega karze⁶. Taka regulacja podkreśla naganność samego czynu bez karnoprawnej oceny jego sprawczyńi⁷.

Budzi się jednak refleksja, iż, mimo że zewsząd dobiegają hasła o ochronie życia poczętego, w Kościele Katolickim mowa jest o duchowej adopcji dziecka poczętego, to w istocie szeregowy sędzia rodzinny nie dysponuje środkami rzeczywistej ochrony życia poczętego. Iluzoryczna wydaje się ochrona płodu w momencie, gdy matka nie chce podporządkować się decyzjom Sądu, albo obiecuje poprawę i formalnie wypełnia zalecenia pracowników socjalnych i kuratora sądowego, a faktycznie nadal pije. To, co najgorsze, już się dla dziecka zadziało. Stan dziecka po porodzie zobrazuje matce skalę krzywdy, jaką nieświadomie wyrządziła małemu człowiekowi, skazując go na życie w chorobie, kalectwie.

Jako sędzia rodzinny w swej orzeczniczej praktyce pozostaje aktualnie bezsilna wobec przypadków kobiet w ciąży, które nadużywają alkoholu albo środków psychoaktywnych.

⁵ Zob. A. Marek: Komentarz do art. 157(a) Kodeksu karnego, LEX.

⁶ Zob. J. Giezek, Komentarz do art.157(a) Kodeksu karnego, LEX.

⁷ Zob. A. Zoll: Komentarz do art.157(a) Kodeksu karnego, LEX.

Instytucja kuratora dla osoby poczętej jest martwa w praktyce sądów. Regułą w mojej praktyce jest, iż o tym, że matka jest w kolejnej ciąży i pije dowiaduję się ze spraw prowadzonych w postępowaniu wykonawczym (Opm), ponieważ matka ma starsze dzieci i ma orzeczone ograniczenie władzy rodzicielskiej przez nadzór kuratora. Zdarzają się też przypadki, że uzyskujemy anonimy, w których zawarte są relacje o tym, że kobieta „z brzuchem” chodzi pijana. Rutynowo zlecany jest wówczas wywiad kuratora, który w miejscu zamieszkania kobiety sprawdza sytuację. W toku prowadzonego postępowania przed Sądem rodzinnym w ramach sprawdzania sytuacji (w sprawie oznaczonej sygnaturą Nmo) praktykuję zlecenia wywiadów środowiskowych kuratorom, zwracanie się do poradni ginekologicznych na okoliczność pozostawiania kobiety pod opieką lekarza i jej zachowania, a po potwierdzeniu informacji o nadużywaniu alkoholu przez kobietę w ciąży zarządzam ustalenie danych osobowych i adresowych kandydata na kuratora dla dziecka poczętego. Niestety nie ma kandydatów na kuratorów i instytucja ta w mojej praktyce nie funkcjonuje, ponieważ nie ma nikogo chętnego, kto podążałby za matką „krok w krok” i pilnowałby, by ta się nie napiła lub nie zażyła substancji psychoaktywnych.

Po zasygnalizowaniu Sądowi czy opiece społecznej, iż dochodzi do naruszenia dobra dziecka poczętego i zagrożenia dla jego zdrowia i życia przez samą matkę, która pije alkohol lub zażywa narkotyki lub inne substancje psychoaktywne, powinny istnieć realne narzędzia prawne, które po wdrożeniu wobec kobiety powinny skutecznie zapobiegać dalszym naruszeniom zakazu spożywania alkoholu i substancji psychoaktywnych. Nie może być tak, iż w zasadzie aktualnie czekamy, aż dziecko się urodzi i z niepokojem obserwujemy czy FAS widoczny jest na rysach twarzy dziecka, czy też ujawni się później.

To, co się z dzieckiem dzieje na etapie ciąży jest niezwykle problematyczne później dla rodzin zastępczych i adopcyjnych. Tymczasem kandydaci na rodziców adopcyjnych czy zastępczych otrzymują dziecko i nie posiadają o nim wiedzy. Stan zdrowia dziecka staje się źródłem wielkich dramatów, z którymi jako sędzia rodzinny stykam się w sprawach o rozwiązanie przysposobienia lub o ingerencję we władzę rodzicielską rodzin adopcyjnych. Problem ten też istnieje w rodzinach zastępczych, które są objęte pomocą Powiatowych Centrów Pomocy Rodzinie. Rodziny adopcyjne natomiast nie mają po adopcji już żadnych kontroli ze strony państwa i same odkrywają, że dziecko jest „dziwne”. Pozyskanie fachowej wiedzy przez rodziców adopcyjnych i zastępczych o FAS i jego skutkach jest dla nich niezwykle cenne, bo często kończy ich obwinianie się o to, że są złymi rodzicami i zyskują wiedzę jak postępować z dzieckiem i to, że ono jest jakie jest, to nie jest kwestia złośliwości dziecka, ale stanu chemicznego jego mózgu.

Uważam, że rozwiązaniem powyższego problemu byłoby przymusowe leczenie stacjonarne kobiet w ciąży nadużywających alkoholu lub substancji psychoaktywnych za zgodą sądu rodzinnego bez zgody kobiety – z zapewnieniem jej opieki ginekologicznej i położniczej. System musiałby być spójny, a konsekwencje wydania postanowienia sądu niezwłoczne.

W praktyce sędziego rodzinnego często korzystam z przepisów Ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz z przepisów Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Przymusowe leczenie odwykowe jest wyjątkiem od zasady dobrowolności poddania się takiemu leczeniu przez osoby uzależnione od alkoholu (art. 21 ust. 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi). Zgodnie z jej art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 tej ustawy, orzeczenie o zastosowaniu obowiązku poddania się leczeniu w zakładzie lecznictwa odwykowego może zapaść w stosunku do osób, które w związku z nadużywaniem alkoholu powodują rozkład życia rodzinnego, demoralizują małoletnich, uchylają się od pracy albo systematycznie zakłócają spokój lub porządek publiczny⁸. Nie ma też tygodnia, żeby nie orzekać na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Przepisy tej ustawy pozwalają na wdrożenie postępowania sądowego dotyczącego osoby chorej psychicznie w zakresie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym bez jej zgody, lub niejako zaakceptowanie postanowieniem Sądu braku zgody osoby zamkniętej w szpitalu. Postępowanie to wiąże się z koniecznością wysłuchania pacjenta w szpitalu, wydaniem opinii przez biegłego psychiatrę,

⁸ Istotne dla moich rozważań regulacje zawarte w ustawie z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2016 r., poz. 487) to: art. 5. Na badanie, o którym mowa w art. 24, kieruje gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych właściwa według miejsca zamieszkania lub pobytu osoby, której postępowanie dotyczy, na jej wniosek lub z własnej inicjatywy; art. 7. 1. W razie gdy w stosunku do osoby, której postępowanie dotyczy, brak jest opinii biegłego w przedmiocie uzależnienia od alkoholu, sąd zarządza poddanie tej osoby odpowiednim badaniom. 2. Sąd może, jeżeli na podstawie opinii biegłego uzna to za niezbędne, zarządzić oddanie badanej osoby pod obserwację w zakładzie leczniczym na czas nie dłuższy niż 2 tygodnie. W wyjątkowych wypadkach, na wniosek zakładu, sąd może termin ten przedłużyć do 6 tygodni. 3. Przed wydaniem postanowienia sąd wysłuchuje osobę, której postępowanie dotyczy. 4. Na postanowienie zarządzające oddanie pod obserwację do zakładu przysługuje zażalenie; art. 24. Osoby, które w związku z nadużywaniem alkoholu powodują rozkład życia rodzinnego, demoralizację małoletnich, uchylają się od pracy albo systematycznie zakłócają spokój lub porządek publiczny, kieruje się na badanie przez biegłego w celu wydania opinii w przedmiocie uzależnienia od alkoholu i wskazania rodzaju zakładu leczniczego; art. 26. 1. Osoby, o których mowa w art. 24, jeżeli uzależnione są od alkoholu, zobowiązać można do poddania się leczeniu w stacjonarnym lub niestacjonarnym zakładzie lecznictwa odwykowego. 2. O zastosowaniu obowiązku poddania się leczeniu w zakładzie lecznictwa odwykowego orzeka sąd rejonowy właściwy według miejsca zamieszkania lub pobytu osoby, której postępowanie dotyczy, w postępowaniu nieprocesowym. 3. Sąd wszczyna postępowanie na wniosek gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych lub prokuratora. Do wniosku dołącza się zebraną dokumentację wraz z opinią biegłego, jeżeli badanie przez biegłego zostało przeprowadzone; art. 28. W razie zarządzenia przez sąd badania przez biegłego lub oddania pod obserwację w zakładzie leczniczym osoba, której postępowanie dotyczy, obowiązana jest poddać się badaniom psychologicznym i psychiatrycznym oraz zabiegom niezbędnym do wykonania podstawowych badań laboratoryjnych pod warunkiem, że dokonywane są przez uprawnionych do tego pracowników służby zdrowia z zachowaniem wskazań wiedzy lekarskiej i nie zagrażają zdrowiu tej osoby.

ale prowadzi sprawnie do celu, jakim jest zatrzymanie osoby zagrażającej sobie lub innym w warunkach szpitalnej izolacji⁹.

Uważam, że bazując na przepisach powołanych wyżej ustaw, należy dodać do ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi przepisy pozwalające na działania sądu dotyczące osób chorych psychicznie, które przy zachowaniu tego samego trybu pozwalałyby na niezwłoczne umieszczenie pijącej alkohol kobiety w ciąży w szpitalu. Izolacja w szpitalu uniemożliwiałaby spożywanie alkoholu i narkotyków. Ważne jest, aby przepisy te nie były martwe, ponieważ przy orzekaniu przymusowego stacjonarnego leczenia odwykowego wobec alkoholików okres oczekiwania na umieszczenie w placówce wynosi aktualnie na moim terenie ponad rok. Sprawa ma bardzo delikatną naturę i wymaga jasnych reguł, a także konsultacji i otwartości środowiska lekarzy i położnych. Ważne jest zapewnienie możliwości realizacji decyzji sądu o przymusowym

⁹ Istotne dla moich rozważań regulacje zawarte w ustawie z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 546 ze zm.) to: art.23. 1. Osoba chora psychicznie może być przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez zgody wymaganej w art. 22 tylko wtedy, gdy jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. 2. O przyjęciu do szpitala osoby, o której mowa w ust. 1, postanawia lekarz wyznaczony do tej czynności po osobistym zbadaniu i zasięgnięciu w miarę możliwości opinii drugiego lekarza psychiatry albo psychologa. 3. Lekarz, o którym mowa w ust. 2, jest obowiązany wyjaśnić choremu przyczyny przyjęcia do szpitala bez zgody i poinformować go o jego prawach. 4. Przyjęcie do szpitala, o którym mowa w ust. 1, wymaga zatwierdzenia przez ordynatora (lekarza kierującego oddziałem) w ciągu 48 godzin od chwili przyjęcia. Kierownik szpitala zawiadamia o powyższym sąd opiekuńczy miejsca siedziby szpitala w ciągu 72 godzin od chwili przyjęcia. 5. Czynności, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, odnotowuje się w dokumentacji medycznej; art. 24. 1. Osoba, której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest ona chora psychicznie, może być przyjęta bez zgody wymaganej w art. 22 do szpitala w celu wyjaśnienia tych wątpliwości. 2. Pobyt w szpitalu, o którym mowa w ust. 1, nie może trwać dłużej niż 10 dni. 3. Do przyjęcia do szpitala, o którym mowa w ust. 1, stosuje się zasady i tryb postępowania określony w art. 23; art. 25. 1. Na podstawie otrzymanego zawiadomienia sąd opiekuńczy wszczyna postępowanie dotyczące przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby wymienionej w art. 22-24. 2. Sąd opiekuńczy może rozpoznać sprawę również na wniosek tej osoby lub jej przedstawiciela ustawowego, jej małżonka, krewnych w linii prostej, rodzeństwa bądź osoby sprawującej nad nią faktyczną opiekę albo z urzędu; art. 26. 1. W przypadku gdy osoba przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody wyraziła potem zgodę na pobyt w tym szpitalu, sąd opiekuńczy umorzy postępowanie wszczęte na skutek zawiadomienia lub wniosku, o którym mowa w art. 25, jeżeli uzna, że osoba ta wyraziła zgodę. 2. Przed umorzeniem postępowania sąd jest obowiązany wysłuchać osobę wymienioną w ust. 1; art. 27. O treści postanowienia w przedmiocie przyjęcia osoby, o której mowa w art. 23 i 24, sąd opiekuńczy zawiadamia niezwłocznie szpital, w którym ta osoba przebywa. W razie wydania postanowienia o braku podstaw do przyjęcia, szpital psychiatryczny jest obowiązany wypisać tę osobę niezwłocznie po doręczeniu mu postanowienia sądu; art. 28. Jeżeli zachowanie osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego za zgodą wymaganą w art. 22 wskazuje na to, że zachodzą okoliczności określone w art. 23 ust. 1, a zgoda ta została cofnięta, stosuje się odpowiednio przepisy art. 23 ust. 2-5 oraz art. 25-27; art. 29. 1. Do szpitala psychiatrycznego może być również przyjęta, bez zgody wymaganej w art. 22, osoba chora psychicznie: 1) której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego, bądź 2) która jest niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia. 2. O potrzebie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby, o której mowa w ust. 1, bez jej zgody, orzeka sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania tej osoby - na wniosek jej małżonka, krewnych w linii prostej, rodzeństwa, jej przedstawiciela ustawowego lub osoby sprawującej nad nią faktyczną opiekę. 3. W stosunku do osoby objętej oparciem społecznym, o którym mowa w art. 8, wniosek może zgłosić również organ do spraw pomocy społecznej.

leczeniu odwykowym bez stosowania środków przymusu. Jednak sam pomysł inkorporowania przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego do ustawy o wychowaniu w trzeźwości w innym brzmieniu, w podobnym kształcie, ale przy zapewnieniu sądom możliwości podobnego działania, powinno dać realne narzędzia ochrony życia poczętego. **Nie może dalej być tak, że media donoszą o urodzeniu kolejnego dziecka „z promilami”, a ustawodawca nie zapewnia żadnych systemowych środków prawnej reakcji na naganne postępowanie kobiet w ciąży.**

Na początku artykułu stwierdziłam, że ochrona życia poczętego jest hasłem towarzyszącym naszemu życiu społecznemu, politycznemu, religijnemu. Postawiłam też pytanie: czy ustawodawca uposażył sędziego rodzinnego w realne narzędzia ingerencji w wykonywanie władzy rodzicielskiej nad człowiekiem poczętym, a jeszcze nieurodzonym. Smutna odpowiedź na tak postawione pytanie brzmi – NIE.

Сергей Михайлович Карпушкин¹

Curious way of the civil protection of children's rights and interests in Russia

In Russia a child is not entitled to his/her parents' property, and parents in their turn have no right to own their child's property. However, parents, as legal representatives of their child, can manage the property of latter until the child attains the age of full legal capacity which is eighteen years.

Hence, parents are not eligible to dispose of the child's property without the preliminary permission of the state authority (the Custody and Guardianship Agency). The following regulations recognize that.

According to the paragraph 3 of the Article 60 of the Family Code of the Russian Federation: "When the parents exercise the powers to manage the child's property, they are subject to the rules established by the civil law with regard to the disposal of the property of the ward" (Art. 37 of the Civil Code of the Russian Federation).

Moreover, paragraph 2 of the Article 37 of the Civil Code of the Russian Federation states as follows: "The guardian is not entitled to perform, without the prior permission of the guardianship and trusteeship authority, the consent of the trustee to carry out alienation transactions, including the exchange or donation of the ward's property, its hiring out (renting), free use or pledge, transactions resulting the refusal of the rights belonging to the ward, the division of his property or the withdrawal of its parts, as well as any other actions that entail a reduction in the property of the ward".

This stringent rule raises many academic and practical questions:

¹ Doktorant, Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация (Sankt-Petersburski Uniwersytet Państwowy, Federacja Rosyjska).

1. Obtaining the official permission of the authorized agencies can be a heavy burden for child's property management. Scrupulously following the rule could make the management of child's property more complicated. Therefore, in practice this rule is applied only for transactions with real estate (dwelling) which belongs to the child.

2. Parents are dissatisfied with assessment criteria, as these criteria are not transparent, clear-cut and rather vague. This assessment tends to be subjective as a particular official of the guardianship may have his/her own opinion about child's interests. And this stance may contradict parents' point of view.

For example, a family lives in a three-room apartment that was inherited by the child. Parents are planning to move into centrally located two-room flat. The new residential area is abundant in various facilities: school, swimming pool, medical center etc. In this case the parents will face the problem of obtaining preliminary permission as the state authorities usually take token approach dealing with this issue. The official will base his or her decision on the formal reduction of the dwelling space.

The other extreme aspect of this problem is an abuse of power by officials when they give preliminary permission without consideration of the child's interests whereas they make a deal with dishonest parents

3. This legislative rule was established to prevent dishonest actions that could be carried out by the guardians. However now it is applicable to parents both natural and adoptive. In this case law-maker disregards the natural desire of the parents to act in compliance with interests of their child and law-maker's position is in fact based on the presumption of parent's bad faith.

4. What are the consequences of the transaction with the child's property without the preliminary permission of the Custody and Guardianship Agency? This transaction shall be invalid by virtue of being deemed as such by a court (contested transaction). However, the state authority has the right not to dispute a transaction if it was made in accordance with the interests of the child.

Thus, the preliminary permission of the Custody and Guardianship Agency, understood as the protection of children's rights instrument, can be detrimental to children's interests in practice.

Piotr Kasprzyk¹

Dziecko martwo urodzone i jego rejestracja w USC.

Zarys problematyki w prawie polskim

Wprowadzenie

Śmierć dziecka, w tym dziecka przed jego urodzeniem, stanowi drażliwy i delikatny temat, który dotyka problemu statusu prawnego dziecka jeszcze nienarodzonego, budzący zainteresowanie doktryny prawa². Z uwagi na fakt śmierci dziecka w początkowym okresie jego rozwoju tj. w fazie prenatalnej, ale jeszcze przed urodzeniem, nie tylko w polskim systemie prawnym, mówimy o dzieciach martwo urodzonych, dla których nie sporządzamy aktu zgonu a jedynie akt urodzenia z adnotacją, że dziecko urodziło się już martwe. Zarówno na gruncie prawa cywilnego jak i rodzinnego czy prawa o aktach stanu cywilnego, a także w aspekcie medycznym rodzą się określone problemy natury prawnej, medycznej czy etyczno-prawnej związanej z faktem martwego urodzenia dziecka. Mimo, że te fakty są obecne w historii człowieka od zawsze, to w dalszym ciągu nie potrafimy w sposób jednoznaczny tych zdarzeń prawnych zdefiniować i ustalić jednolitych procedur uwzględniających godność tych dzieci i podstawowe prawa im przynależne, m.in. prawo do godnego pochówku. Podejmując się przybliżenia tej problematyki na gruncie prawa o aktach stanu cywilnego i rejestracji tego zdarzenia w rejestrze stanu cywilnego nie sposób zasygnalizować szerszego kontekstu odnoszącego się do nasciturusa, jego podmiotowości i udzielonej mu ochrony prawnej, która powinna mieć bezpośredni wpływ na jej kształt.

¹ Dr, Fundacja Instytut Naukowy im. Prof. Józefa Litwina.

² Zob. B. Walaszek, Nasciturus w prawie cywilnym, „Państwo i Prawo” 1956, nr 7; A. Dyoniak, Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, nr 3; K. Wiak, Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym, Lublin 2001; T. Justyński, Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej, Zakamycze 2003; J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009; J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Warszawa 2010.

Z pewnością śmierć osoby fizycznej jest to zdarzenie, z którym łączą się określone skutki prawne. Powstaje jednak pytanie, czy można je także odnieść w stosunku do dziecka poczętego, które zmarło przed urodzeniem. Różnice zauważamy już przy rejestracji zgonu w „zwykłym trybie”. W stosunku do osoby, która zmarła po urodzeniu, sporządza się akt zgonu na podstawie karty zgonu a w razie niemożliwości jej sporządzenia, na podstawie postanowienia po przeprowadzeniu postępowania o stwierdzeniu zgonu lub uznaniu za zmarłego. W przypadku dziecka martwo urodzonego nie mają zastosowania tego typu postępowania, nie sporządza się aktu zgonu, a jedynie w akcie urodzenia wpisujemy w rubryce uwagi adnotację, że dziecko urodziło się martwe.

Z punktu widzenia zakreślonego tematu, istotna jest kwestia określenia stanu cywilnego dziecka martwo urodzonego i jego prawidłowa rejestracja w rejestrze stanu cywilnego.

Aspekt filozoficzno-wyznaniowy statusu dziecka przed urodzeniem

W teologii katolickiej człowiek i jego pochodzenie rozważane jest w jego relacji do Boga jako stwórcy natury ludzkiej. Odwołując się do tekstów biblijnych Kościół katolicki uważa, że człowiek pochodzi od Boga przez akt stworzenia³. Nauczycielski urząd Kościoła ideę stworzenia człowieka przez Boga wyraził w dogmacie o stworzeniu świata (Nicejsko-konstantynopolski symbol wiary). To właśnie we wspólnocie z Bogiem i z innymi ludźmi wyraża się godność człowieka jako osoby, która jest „źródłem praw” każdego człowieka od momentu poczęcia do naturalnej śmierci i czyni podmiot osobowy podmiotem prawa⁴. Człowiek zarówno w fazie prenatalnej jako embriion czy płód obdarzony jest godnością należną każdemu człowiekowi i owa godność jest podstawą przyznania każdemu

³ Rdz 1,26-30, 2, 4-7. 18-24.

⁴ Por. Jan Paweł II, *Evangelium vitae*, [w:] Jan Paweł II, *Dzieła zebrane*, t. I Encykliki, Kraków 2006, s. 531 – 611. Tak więc godność osoby ludzkiej nie może być rozumiana jako cecha czy też zespół praw nadanych przez Państwo. Zasada ochrony godności ludzkiej zawarta w Konstytucji RP zakazuje uprzedmiotawiania człowieka i odmawiania mu człowieczeństwa ze względu na brak określonych cech lub zdolności np. stopnia rozwoju intelektualnego, stopnia samoświadomości, itp. a to znaczy, że godność przysługuje każdemu od początku życia, zob. wyrok pełnego składu TK z 7 stycznia 2004 r., sygn.akt. K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1). Co więcej, zasada ochrony godności ludzkiej jest normą prawną wyrażającą samodzielne treści normatywne. Można podać przykłady orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, w których za samodzielną podstawę rozstrzygnięcia przyjęto art. 30 Konstytucji, zob. wyrok z 7 marca 2007 r., sygn.akt. K 28/05, (OTK ZU 2007, nr 3, poz. 24); wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn.akt. K 11/00, (OTK ZU 2001, nr 3, poz. 54). Por też M. Safjan, *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań ochrony dóbr osobistych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, z. 1, s. 226-227 i 243-245; J. Bucieńska, *Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego*, „Prawo, Administracja, Kościół” 2001, nr 2/3, s. 31 i n.; K. Complak, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5, s. 41 i n. Zdaniem L. Boska, z zasady godności człowieka wyprowadzić można bezwzględny zakaz uprzedmiotawiania człowieka także w fazie prenatalnej, co łączy z gwarancjami ochrony podmiotowości w tym właśnie okresie, tenże *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 1, s. 43.

człowiekowi podmiotowości. Odwołując się do Pisma św., w człowieku w prenatalnej fazie rozwoju widzimy zawsze w pełni osobową istotę a zamach na jego życie jako grzech ciężki. Dlatego w Katechizmie Kościoła Katolickiego wyraźnie stwierdzono, że „embrion powinien być uważany za osobę od chwili poczęcia, powinno bronić się jego integralności, troszczyć się o niego i leczyć go w miarę możliwości jak każdą inną istotę ludzką”⁵.

Z kolei M. A. Krąpiec zauważa, że człowiek nie powstaje jako ktoś doskonały, ale rozwija się stopniowo. Najpierw przebywa w łonie matki, gdzie kształtuje sobie ciało, którego jeszcze nie używa. Stwierdza on „gdyby dziecko w momencie urodzenia miało pełną świadomość, to by wiedziało, że umiera”⁶. Pokarm, powietrze – jak pisze dalej autor – czerpie przez organizm matki, po urodzeniu to się nagle kończy i właśnie pierwszy krzyk, pierwszy oddech dziecka jest rozpoczęciem jego życia w łonie świata⁷.

W odniesieniu do chowania zmarłych w Kościele łacińskim kan. 1176 § 1 Kodeksu Prawa Kanonicznego⁸ nakazuje, aby wierni zmarli otrzymali pogrzeb kościelny (*exequiae ecclesiasticae*), zgodnie z przepisami prawa. Jest to ogół czynności i modlitw, przypisanych przy chowaniu zmarłych. W przypadku dzieci martwo urodzonych ordynariusz miejsca może zezwolić na pogrzeb kościelny dzieci, których rodzice mieli zamiar je ochrzcić a jednak zmarły przed chrztem (kan. 1183 § 2 KPK)⁹.

Według znanego embriologa XX w. Ericha Blechschmidta, człowiek jest jednością ciała i duszy, chociaż dusza jest kategorią niemożliwą do udowodnienia w sposób naukowo-przyrodniczy i istnieje od początku tj. od poczęcia¹⁰. Zagadnienia moralno-filozoficzne dotyczące statusu dziecka przed urodzeniem zestawiała za W. Langiem, J. Kondratiewa-Bryzik¹¹. „We współczesnych doktrynach etycznych zarysowały się trzy stanowiska:

⁵ Katechizm Kościoła Katolickiego nr 2274. Wydanie polskie Pallottinum 1994, s. 517. Na obowiązek ochrony życia ludzkiego od samego początku wskazuje Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes* Soboru Watykańskiego II, określając spędzenie płodu i dzieciobójstwo „okroplonymi przestępstwami” (pkt. 51). O cywilnoprawnym statusie ludzkiego embrionu przed i po inplantacji, zob. J. Habermo, *Cywilnoprawna ochrona dziecka...*, s. 95 i n.

⁶ M.A. Krąpiec, *Dzieciństwo jako forma ludzkiego życia*, [w:] *Oblicza dzieciństwa*, red. D. Kornas-Biela, Lublin 2001, s. 18.

⁷ Tamże.

⁸ Codex Iuris Canonici. Auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus die XXV Ianuarii MCMLXXXIII anni. AAS 75: 1983 pars II. Kodeks Prawa Kanonicznego. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu. Wydawnictwo Pallottinum, Poznań 1984, [dalej cyt. KPK]. Por. kan. 875 Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium. Auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus die XVIII Octobris Anno MCMXC. AAS 82: 1990 s. 1033 – 1363, obowiązujący w Katolickich Kościołach Wschodnich wywodzących się z tradycji aleksandryjskiej, antiocheńskiej, ormiańskiej i chaldejskiej. Dalej cyt. KKEO

⁹ Por. Kan 876 § 2 KKEO.

¹⁰ E. Blechschmidt, *Wie beginnt das menschliche Leben. Vom Ei zum Embryo. Befunde und Konsequenzen*, Stein a. R.: Christina-Verlag 2002, s. 164-165.

¹¹ J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 21-37 i podana tam literatura.

1) zdefiniowanie moralnego statusu płodu ludzkiego nie jest potrzebne dla motywacji, kwalifikacji lub oceny ludzkich działań dotyczących płodu (...); 2) określenie uniwersalnej definicji moralnego statusu płodu ludzkiego jest niemożliwe; stanowisko to występuje w dwóch wersjach: a) status płodu ludzkiego kształtowany jest przez społeczeństwo, państwo lub prawo obowiązujące w danym państwie, płód ma więc różny status w różnych społeczeństwach, kulturach, państwach i różnych systemach prawnych, nie istnieją uniwersalne kryteria oceny moralnej tych różnych statusów płodu ludzkiego; b) moralny status płodu określa kobieta ciężarna; 3) definicja moralnego statusu płodu ludzkiego jest możliwa i potrzebna w praktyce (...); można tu wyróżnić siedem podstawowych koncepcji: a) płód ludzki ma status moralny identyczny ze statusem człowieka urodzonego, jest w pełni osobą ludzką; b) płód ludzki z moralnego punktu widzenia jest częścią ciała ludzkiego, ma taki sam status moralny, jak dowolna komórka lub organ (np. nerka, ząb, włosy); c) płód ludzki ma status moralny podobny do statusu moralnego wysoko rozwiniętych zwierząt, w szczególności ssaków, nie jest ani osobą, ani częścią ciała ludzkiego; d) płód ludzki ma unikalny status moralny, który jest niższy od statusu moralnego ludzi urodzonych, lecz wyższy od statusu wysoko rozwiniętych zwierząt; e) płód jest potencjalną osobą ludzką, podobnie jak noworodek jest potencjalną osobą dorosłą; f) płód jest domniemaną osobą ludzką – osobowość płodu jest sprawą wątpliwą, lecz wątpliwość tę należy interpretować na korzyść płodu, traktując płód tak, jakby był osobą ludzką; g) status moralny płodu ludzkiego jest określony poprzez to, że jest on nośnikiem życia ludzkiego; płód jest bytem samoistnie wartościowym, gdyż życie ludzkie powinno być traktowane jako święte”¹².

Określenie podmiotowości dziecka (osoby) i jego ochrona w prawie polskim

Ustawodawca polski w równym stopniu chroni prawa dziecka poczętego w sposób naturalny jak i w wyniku technik wspomaganey medycznie prokreacji. Człowiekiem bowiem jest każda istota posiadająca swoisty ludzki genotyp, która pochodzi od kobiety i mężczyzny mimo braku spełnienia przesłanki urodzenia¹³. Czyli poprzez fakt urodzenia i sporządzenia aktu, niezależnie czy dziecko urodzi się żywe czy martwe nie nabywa ono podmiotowości, bo taką podmiotowość posiada¹⁴, a jedynie w sposób definitywny zdolność prawną w przypadku

¹² Tamże, s. 31-32.

¹³ Zdaniem T. Smoczyńskiego, jeżeli płód ma ludzki kod genetyczny należy do gatunku ludzkiego, tenże Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Biuro Studiów i Analiz Sejmowych 2007, nr 3, s. 17 i n.

¹⁴ Tak też B. Kaczmarek, Prawa dziecka poczętego i ich ochrona w Polsce, „Przegląd Prawa i Administracji” 2005, t. LXIX, s. 126; A. Breczko, Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu

urodzenia żywego. Urodzenie się żywe lub martwe dziecka, pomijając racjonalność posługiwania się tym rozróżnieniem na gruncie praw stanu, jest jedynie jednym z etapów życia człowieka. W tym znaczeniu prawo do pochowania posiadają również embriony, które nie zostały implantowane do organizmu matki. W tym przypadku istotnym jest kwestia statusu prawnego embrionu np. w sferze prawnorodzinnej.

Odwołując się do antropologicznych i naturalistycznych koncepcji prawa możemy stwierdzić, że każdy człowiek jest podmiotem prawa, a tym samym, że podmiotowość jako cecha bytu przysługuje każdemu człowiekowi, każdej istocie ludzkiej, bez względu na jej stan czy stopień rozwoju osobowości. Bez znaczenia jest także brak doświadczenia własnej podmiotowości. Uzasadnieniem dla podmiotowego statusu człowieka są jego cechy istotowe. W tym znaczeniu uznanie podmiotowości jest wynikiem ochrony życia, jaką zapewnia Konstytucja RP. Jednak na gruncie prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego ustawodawca wiąże zasadniczo nabycie podmiotowości prawnej z faktem urodzenia. Uzasadnieniem tego stanu rzeczy jest, jak pisze R. Trzaskowski, „ostrożność przejawiająca się w obowiązku formalizacji podmiotowego statusu dopiero w chwili narodzin człowieka w wyniku faktu, że życie prenatalne nie pozwala na ustalenie w sposób pewny takich zdarzeń, jak moment poczęcia i, ewentualnie, obumarcia embrionu czy płodu, trudności z indywidualizacją, ustaleniem płci, możliwość poronienia czy urodzenia martwego itp.”¹⁵

W ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny¹⁶ zdolność prawną przyznaje każdemu człowiekowi dopiero od chwili urodzenia (art. 8 k.c.). Zdolność prawna, a za nią podmiotowość, to kategorie stworzone przez prawo dla jego potrzeb. Dlatego człowiek jest podmiotem prawa cywilnego tylko o tyle, o ile normy prawne tak stanowią¹⁷. Natomiast Trybunał Konstytucyjny uznał, że podmiotowość prawna przynależna jest każdemu człowiekowi także przed narodzeniem niezależnie od zdolności prawnej na gruncie prawa cywilnego. Stwierdził on, że „potwierdzenie niezbywalnej godności człowieka jako zasady konstytucyjnej oraz prawa podmiotowego każdej jednostki ludzkiej – niezależnie od jej kwalifikacji czy stanu psychiczno-fizycznego oraz aktualnej sytuacji życiowej- stanowi podstawę uznania i jego podmiotowości”¹⁸. Joanna Haberko podkreśla, że ma on pewną

biotechnomedycznego, Białystok 2011, s. 162 i n. Szerzej na temat podmiotowości prawnej człowieka zob. T. Chauvin, *Homo iuridicus. Człowiek jako podmiot prawa publicznego*, Warszawa 2014, s. 244 i n.

¹⁵ R. Trzaskowski, *Opinia na temat oceny cywilnoprawnych konsekwencji zmiany Konstytucji RP proponowanej w projekcie zawartym w druku sejmowym Nr 993*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, seria (przed pierwszym czytaniem), Warszawa 2007, s. 39.

¹⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 459, [dalej cyt. k.c.].

¹⁷ Tak K. Piasecki, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Warszawa 2009, s. 130.

¹⁸ Wyrok TK z 30 września 2008 r., sygn. akt K44/07, (OTK-A 2008, nr 7, poz. 126).

szeroko pojętą podmiotowość w ogólności na gruncie całego systemu prawa¹⁹. Z kolei J. Strzebińczyk twierdzi, że początku zdolności prawnej nie można utożsamiać z normatywnym początkiem życia ludzkiego, gdyż te dwie kategorie nie spotykają się na jednej płaszczyźnie znaczeniowej²⁰. W literaturze przedmiotu uważa się, że zdolność prawna jest kategorią przesądzającą o podmiotowości z tym jednak, że w przypadku podmiotowości cywilnoprawnej istotne jest wskazanie przez ustawodawcę kręgu jednostek wyposażonych w ten przymiot²¹.

Pojęcie dziecka i jego ochrona w aktach prawa międzynarodowego

Określenie zakresu ochrony dziecka w sferze prawnej na arenie międzynarodowej podejmuje się od kilkudziesięciu lat. Wydaje się, że jest to wystarczający okres, aby w sposób jednoznaczny odpowiedzieć na podstawowe pytanie, co rozumiemy pod pojęciem dziecka i od kiedy zaczyna się jego istnienie. Uznania praw dziecka przez społeczność międzynarodową domagał się Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom, tj. międzynarodowa organizacja pozarządowa utworzona w 1920 r. Rada Generalna Międzynarodowego Związku Pomocy Dzieciom w lutym 1923 r. przyjęła Deklarację Praw Dziecka, zwaną Deklaracją genewską²².

Kolejnym aktem prawnym, na który należy zwrócić uwagę, jest Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r.²³, która w art. 2 wprowadza nakaz poszanowania i ochrony życia ludzkiego. Przepis ten milczy co do czasowych ograniczeń prawa do życia i w szczególności nie definiuje pojęcia "każdego człowieka", którego "życie" jest chronione przez Konwencję. Z punktu widzenia omawianego tematu istotne jest określenie momentu początkowego dotyczącego okresu prenatalnego oraz zapłodnionego zarodka. Konwencja w sposób wyraźny nie daje odpowiedzi w tym zakresie, pozostawiając państwom członkowskim pewien margines swobody w kształtowaniu podmiotowości nasciturusa. W orzecznictwie strasburskim zasadniczo dziecko nienarodzone nie jest uznawane za "osobę" bezpośrednio chronioną przez art. 2 Konwencji. Jeżeli dziecko nienarodzone ma "prawo do życia", to jest ono pośrednio ograniczone przez prawa i interesy matki. Instytucje Konwencji jednakże nie wykluczyły możliwości, aby w pewnych

¹⁹ J. Haberko, Konsekwencje prawne żywego i martwego urodzenia, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3 s. 76 i n.

²⁰ J. Strzebińczyk, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 32.

²¹ M. Pazdan, [w:] M. Safjan (red.), System Prawa Prywatnego, tom I, s. 1024.

²² Szerzej na ten temat J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 85 i n.

²³ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.

okolicznościach gwarancje były rozciągane na dziecko nienarodzone²⁴. ETPCz przyznał w wyroku z dnia 29 października 1992 r. w sprawie *Open Door i Dublin Well Woman p. Irlandia*²⁵, że organy władzy krajowej cieszą się szerokim marginesem swobody (*margin of appreciation*) w kwestiach moralności, zwłaszcza w kwestii dotyczącej istoty życia ludzkiego. Wydaje się, że art. 2 ust. 1 Konwencji, stanowiącego ogólny obowiązek prawnej ochrony życia i prawa do życia, możemy wywieść prawo każdego człowieka do pochówku²⁶.

Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.²⁷, jest kolejnym traktatem międzynarodowym, istotnym z punktu widzenia prawa dziecka nienarodzonego do życia i godnego pochówku. W art. 1 za dziecko uznano każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletniość. Konwencja w sposób jasny odnosi się do górnej granicy wieku, z ukończeniem którego możemy mówić o dziecku, natomiast nie rozstrzyga wprost kwestii odnoszących się do okresu prenatalnego. Wprawdzie art. 6 ust. 1 KPD gwarantuje każdemu dziecku niezbywalne prawo do życia, a w preambule KPD, która powołuje się na Deklarację Praw Człowieka z dnia 20 listopada 1959 r., czytamy, iż ze względu na swoją niedojrzałość fizyczną i umysłową dziecko zarówno przed, jak i po urodzeniu wymaga szczególnej opieki i troski, to jednak w doktrynie nadal występują rozbieżności, w jakim zakresie i czy ochrona prawna przysługuje nasciturusowi od momentu poczęcia²⁸. Wydaje się, że definicja dziecka zawarta

²⁴ Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*, skarga nr 53924/00. W sposób natomiast wyraźny Trybunał uznał, że zapłodniony embrión, pozostający poza łonem matki, nie jest podmiotem prawa do życia w rozumieniu art. 2 (zob. wyrok ETPCz z 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*).

²⁵ Skarga nr 14234/88.

²⁶ W decyzji Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 19 maja 1992 r. sprawa *R.H. przeciwko Norwegii*, skarga nr 17004/90 czytamy, że „Komisja uznaje, że nie musi rozstrzygnąć, czy płód może cieszyć się pewną ochroną na podstawie art. 2 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji (...), lecz nie wyklucza, iż w pewnych okolicznościach może mieć to miejsce, pomimo iż w Układających się Państwach poglądy co do tego, czy i w jakim zakresie art. 2 chroni życie nienarodzone, różnią się znacząco”. Państwom-stronom traktatów pozostawiono możliwość decydowania o momencie, od którego życie ludzkie ma być chronione w ustawodawstwie krajowym, z tym że nie może to być moment późniejszy od narodzin.

²⁷ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, [dalej cyt. KPD].

²⁸ M. Zubik, zwraca uwagę, że w konstytucjonalizmie światowym określenia takie jak istota ludzka czy inne sformułowania równoważne jednoznacznie podkreślają intencję ustawodawcy objęcia ochroną również nasciturusa, tenże, Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 28-30. W literaturze J. Kondratiewa-Bryzik zwróciła uwagę na pewną niekonsekwencję w tłumaczeniu na język polski użytego w angielskiej wersji Konwencji przymiotnika *inherent*. Ten sam przymiotnik w odniesieniu do prawa do życia został użyty w art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych i oficjalnie przetłumaczony na język polski jako „przyrodzone” prawo do życia. W oficjalnej wersji tłumaczenia Konwencji o prawach dziecka zamiast terminu „przyrodzone” używa się słowa „niezbywalne” prawo do życia, zob. też, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 111. W pracy tej J. Kondratiewa-Bryzik omówiła prace przygotowawcze oraz deklaracje i zastrzeżenia do Konwencji, aby lepiej zrozumieć sens zawartej definicji

w KPD jest rezultatem kompromisu i dlatego jest ona niejednoznaczna, zakłada pewien margines swobody interpretacji dla poszczególnych państw-stron Konwencji. Zwolennicy poglądu o rozciągnięciu ochrony prawnej na dzieci nienarodzone, powołując się na treść preambuły, twierdzą, że Konwencja o prawach dziecka jest podstawą dla wykładni ku obronie życia dziecka poczętego. Przeciwnicy tego poglądu wskazują, że z uwagi na treść merytoryczną Konwencji gwarantowane w niej prawa z natury rzeczy odnoszą się tylko do dziecka urodzonego (np. prawo do rejestracji, do otrzymania imienia i nazwiska, prawo do obywatelstwa), a art. 24 Konwencji dotyczy jedynie prawa dziecka do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia, wspominając natomiast o opiece pre natalnej uważa się, że jest to prawo podmiotowe matki, a nie płodu. Przez lata działalności organów traktatowych wykształcił się nawet standard ochrony praw kobiet w tym zakresie, a prawo do życia dziecka nienarodzonego jest ograniczone ze względu na konieczność ochrony praw, które przysługują kobietom²⁹. Także organy, które dokonują wykładni i monitorują przestrzeganie postanowień traktatów, raczej nie rozszerzają zakresu ochrony prawnej "prawa do życia" na płód ludzki. Istnienie uniwersalnego standardu ochrony prawa do życia przed narodzinami, zdaniem J. Kondratiewej-Bryzik, jest bardzo wątpliwe, a twierdzenie, że każda istota ludzka ma prawo do życia od momentu poczęcia, nie znajduje potwierdzenia w traktatach międzynarodowych w kształcie, nadanym im przez organy traktatowe powołane do ich interpretacji, natomiast fakt, że traktaty ONZ chronią prawo do życia i zdrowia kobiet, nie budzi wątpliwości³⁰.

Prawną ochronę płodu ludzkiego należy więc wywieść z zasady poszanowania godności istoty ludzkiej³¹, wykluczającej możliwość przeprowadzania na embrionach eksperymentów

dziecka. Warto wspomnieć, że Polska złożyła zastrzeżenia i deklaracje do Konwencji o prawach dziecka, ale nie dotyczyły one kwestii początku życia ludzkiego.

²⁹ Pojawia się tu zagadnienie prawa do aborcji. W Polsce głośna była sprawa Alicji Tysiąc przeciwko Polsce, rozstrzygnięta przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu z 20 marca 2007 r. (skarga nr 5410/03), w której skarżąca twierdziła, że lekarze odmówili jej prawa do aborcji w sytuacji, gdy urodzenie dziecka przy myopii (znacznej krótkowzroczności) poważnie zagroziło jej zdrowiu. Szerzej zob. R. Dębski, Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 47-51; M. Nestorowicz, Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za wrongful conception, wrongful birth, wrongful life w orzecznictwie europejskim (2000-2005), „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 19-38.

³⁰ J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony..., s. 112.

³¹ Ustawodawstwo oraz literatura naukowa posługują się terminami "istota ludzka" (*human being*) i "osoba" (*everyone*). Termin "osoba" został wprowadzony do terminologii prawnej przez Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r. Określenie "istota ludzka" w większości traktatów międzynarodowych jest używane jako synonim słowa "osoba". Wyjątek stanowi konwencja Rady Europy o prawach człowieka i biomedycynie z 1997 r., w której zakres pojęcia "istota ludzka" jest szerszy niż pojęcia "osoba".

medycznych, m.in. klonowania istot ludzkich dla celów reprodukcyjnych czy użycia embrionów ludzkich dla celów przemysłowych lub handlowych³².

Ochrona nasciturusa w Konstytucji RP i ustawach krajowych

W Polsce przyjęto model ogólnej ochrony życia. Konstytucja z 1997 r. nie przyjęła modelu polegającego na odniesieniu się już na poziomie konstytucyjnym do objęcia ochroną życia człowieka również w okresie przed urodzeniem. Niemniej jednak brak wyraźnej wzmianki w Konstytucji o ochronie prawnej istoty ludzkiej w okresie prenatalnym nie oznacza, że ochrona ta nasciturusowi nie przysługuje. Zarówno w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego, jak i w doktrynie panuje zgoda co do faktu, że życie ludzkie – również w fazie prenatalnej – ma charakter wartości konstytucyjnej podlegającej ochronie. Spór natomiast dotyczy stopnia intensywności tej ochrony.

Nie ulega wątpliwości we współczesnej biologii i medycynie, że życie człowieka rozpoczyna się w chwili zapłodnienia lub powstania embrionu ludzkiego w inny sposób (np. we wspomaganej prokreacji, przez zapłodnienie *in vitro*, zapłodnienie *post mortem* czy wreszcie klonowanie ludzi), ale z tego jeszcze nie wynika *per se*, że norma konstytucyjna gwarantuje prawną ochronę życia ludzkiego właśnie od tej chwili. Nie ma też wątpliwości, że norma konstytucyjna nie różnicuje ochrony życia ludzkiego wedle kryterium okresu jego rozwoju, jakości lub stopnia inteligencji (samoświadomości). Brzmienie art. 38. Konstytucji nie wyklucza też definitywnie argumentacji na płaszczyźnie logiczno-językowej, że ochrona prawna życia człowieka powstaje w innym momencie niż poczęcie, np. ze względu na logicznie zrozumiały postulat odróżniania sfery powinności normatywnej od rzeczywistości (*soll* od *sein*). Przekonujące, jak się zdaje, jest twierdzenie, że życie ludzkie nie może istnieć w oderwaniu od człowieka, co mocno implikuje tożsamość tego pojęcia z przynależnością gatunkową, ale przyznać trzeba, że samo brzmienie normy konstytucyjnej o tym definitywnie nie rozstrzyga. Brzmienie art. 38 Konstytucji ujawnia wyraźnie intencję ustawodawcy konstytucyjnego przyznania szerokiej ochrony prawnej życiu ludzkiemu, gdyż określa swój krąg adresatów poprzez użycie sformułowania „każdy człowiek”, co trudno uznać za *superfluum*. Powyższe uwagi nie powinny prowadzić jednak do pesymistycznego i wątpliwego wniosku, że skoro samo brzmienie art. 38 Konstytucji jednoznacznie nie przesądza o ochronie życia człowieka „od momentu poczęcia”, to znaczy, że Konstytucja RP

³² Wytyczne co do tego ustala Powszechna Deklaracja o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka UNESCO z 11 listopada 1997 r. Co prawda nie ma ona mocy prawnej, jednak zobowiązuje państwa członkowskie ONZ do szerzenia jej zasad i wprowadzenia ich do swoich ustawodawstw.

nie chroni życia od poczęcia. Sam Trybunał Konstytucyjny podkreśla immanentny związek konstytucyjnej gwarancji ochrony życia każdego człowieka oraz konstytucyjnej gwarancji godności człowieka, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych³³. Trybunał uznaje, iż skoro prawo do życia jest prawem wobec państwa pierwotnym, to wszelkie wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony – *in dubio pro vita humana*³⁴.

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.³⁵ nie zawiera legalnej definicji dziecka, pozostawiając dookreślenie tego pojęcia innym aktom ustawowym, chociaż w art. 72 ust. 1 zd. 1 Konstytucji chroni się jego prawa, w tym prawo do życia³⁶ i powołuje specjalny organ konstytucyjny – Rzecznika Praw Dziecka³⁷. Najwięcej kontrowersji budzi kwestia konstytucyjnej ochrony życia dziecka nienarodzonego. W art. 38 Konstytucji zapisano, iż RP zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż przedmiotem prawnej ochrony jest życie ludzkie w postaci biologicznej egzystencji człowieka. Nauka prawa nie daje jednoznacznej odpowiedzi, kiedy rozpoczyna się prawna ochrona życia ludzkiego, zagwarantowana w Konstytucji. Czy jest to moment poczęcia, a może 22 tydzień po urodzeniu czy też samo urodzenie? Słuszne jest twierdzenie, że konstytucyjne pojęcie „człowiek” obejmuje również fazę prenatalną i od momentu poczęcia rozpoczyna się ochrona prawna jego życia, przewidziana w art. 38 Konstytucji³⁸. Podobny

³³ Por. wyrok z 1 września 2006 r., sygn.akt. SK 14/05, (OTK ZU 2008 nr 8, poz. 97); wyrok z 7 stycznia 2004 r., sygn.akt. K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1).

³⁴ Por. wyrok z 7 stycznia 2004 r., sygn.akt. K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1); wyrok z 1 września 2006 r., sygn.akt. SK 14/05, (OTK ZU 2008, nr 8, poz. 97).

³⁵ Dz. U. z 1997, nr 78, poz. 483; sprost. Dz.U. 2001, nr 28, poz. 319.

³⁶ D. Dudek, Ochrona prawa do życia w prawie konstytucyjnym, [w:] Ochrona funkcji prokreacyjnej rodziny, red. A. Dziega, J. Krukowski, M. Sitarz, Sandomierz 2006, s. 104 i n. Warto w tym miejscu przywołać art. 65 ust. 3 zd. 1, odnoszący się do zakazu stałego zatrudniania dzieci do lat 16. Z pewnością już na podstawie tego przepisu nie mamy wątpliwości, że dzieckiem jest osoba do ukończenia wskazanego wieku. Zob. M. Andrzejewski, Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo), Zakamycze 2003, s. 179.

³⁷ Zob. art. 72 ust. 4 Konstytucji; ustawa z 6 stycznia 2000r. o Rzeczniku Praw Dziecka (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2086).

³⁸ A. Zoll, Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, s. 8; B. Banaszak, Prawo konstytucyjne, Warszawa 2008, s. 450; D. Dudek, Parlamentarny spór o nowelizację konstytucyjnej ochrony życia człowieka, w: Ochrona dziecka w prawie publicznym, red. M. Bartnik, M. Bielecki, J. Parchomiuk, B. Uljasz, Tomaszów Lubelski – Lublin 2008, s. 59; M. Bartnik, Nasciturus w prawie cywilnym i karnym, [w:] Księga pamiątkowa z okazji 10-lecia Wydziału Zamiejscowego Nauk Prawnych i Ekonomicznych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Tomaszowie Lubelskim, red. T. Guz, M. R. Pałubka, M. Kuć, Lublin 2006, s. 166. G. Kowalski, Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] Prawo rodzinne w dobie przemian, pod red. P. Kasprzyka, P. Wiśniewskiego, Lublin 2009, s. 45; tenże Warunki dopuszczalności przerywania ciąży a prawna ochrona życia poczętego, [w:] Dziecko. Studium interdyscyplinarne, red. E. Sowińska, E. Szczurko, T. Guz, P. Marzec, Lublin 2008, s. 203; J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka..., s. 49. Przeciwnicy tego poglądu twierdzą, że prawna ochrona życia przysługuje dopiero od chwili urodzenia, gdyż ów przepis posługuje się pojęciem „człowiek”, a nie „istota ludzka”. To ostatnie ma być pojęciem szerszym, obejmującym również okres przed urodzeniem, tak B. Banaszak, M. Jabłoński, Uwaga IV do art. 38, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej oraz

pogląd wyraził Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, iż życie ludzkie staje się wartością konstytucyjnie chronioną od momentu powstania, co obejmuje również fazę prenatalną³⁹. Brak jest bowiem wystarczająco precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów, które pozwoliłyby dokonać zróżnicowania wartości życia ludzkiego w zależności od jego fazy rozwojowej⁴⁰. Jeżeli więc, zdaniem TK „życie człowieka, w tym życie dziecka poczętego, stanowi wartość konstytucyjną, to ustawa zwykła nie może prowadzić do swoistej cezury i zawieszenia obowiązywania norm konstytucyjnych. Zakaz naruszania życia ludzkiego, w tym życia dziecka poczętego, wynika z norm o charakterze konstytucyjnym. W takiej sytuacji

komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 78; W. Skrzydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Oficyna 2007, s. 39-40. W trakcie prac nad Konstytucją pojawiła się propozycja zapisania w art. 38 prawnej ochrony życia od chwili poczęcia, niemniej jednak została ona odrzucona przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego, a następnie samo Zgromadzenie Narodowe, uchwalając Konstytucję, przyjęło art. 38 w „okrojonym” kształcie. Szerzej na ten temat K. Wiak, Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym, Lublin 2001, s. 111-125.

³⁹ W wyroku z 28 maja 1997 r., sygn.akt. K 26/96, (OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19), Trybunał stwierdził, że „życie ludzkie podlega ochronie konstytucyjnej od momentu poczęcia, ponieważ dotychczasowy stan nauk empirycznych nie daje dostatecznych podstaw do wskazania innego momentu powstania życia ludzkiego.” Jednocześnie wyraźnie wskazał, iż wyrażone w tym orzeczeniu poglądy zachowują swoją aktualność na gruncie Konstytucji z 1997 r. Zob. także wyrok pełnego składu TK z 7 stycznia 2004 r., sygn.akt K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1). Trybunał podkreślił związek istniejący pomiędzy konstytucyjną gwarancją ochrony życia każdego człowieka oraz konstytucyjną gwarancją nienaruszalności przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. W cytowanym wyroku uznał, że skoro prawo do życia jest prawem wobec państwa pierwotnym i w zasadzie nienaruszalnym, to wszelkie wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony – *in dubio pro vita humana*; wyrok z 23 marca 1999 r., sygn.akt. K 2/98, (OTK ZU 1999, nr 3, poz. 56); wyrok pełnego składu TK z 28 maja 1997 r., sygn.akt. K 26/96, (OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19); uchwała TK z 17 marca 1993 r., sygn.akt. K 16/92, (OTK 1993 r. cz. I, poz. 16); postanowienie z 7 października 1992 r., sygn.akt. U 1/92, (OTK 1992 r. cz. II, poz. 38); wyrok z 15 stycznia 1991 r., sygn.akt. U 8/90, (OTK 1991 r., poz. 8). Podobny pogląd, zob. A. Zoll, Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji prawnej i skutków projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP, [w:] Konstytucyjna formuła ochrony życia, Warszawa 2007, s. 104; D. Dudek, Opinia w sprawie poselskich poprawek do projektu nowelizacji art. 38 oraz projektu nowego art. 226a Konstytucji RP, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 127-137; M. Gałązka, Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej, Lublin 2005, s. 75; M. Granat, Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym macierzyństwie, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6, s. 143; W. Łączkowski, Spór o wartości konstytucyjne, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 152-156; F. Rymarz, Zasada ochrony przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 6, s. 23; P. Samecki, Komentarz do art. 38 Konstytucji, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2-7; T. Smoczyński, Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] Konstytucyjna formuła ochrony życia, Warszawa 2007, s. 18; L. Wiśniewski, Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce, [w:] Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny, Warszawa 2004, s. 120-123; K. Wojtyczek, Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym, [w:] Godność człowieka jako kategoria prawa, red. K. Complak, Wrocław 2001, s. 205-206; M. Zdyb, Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji RP, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 190-202; Odmienne E. Zielińska, Konstytucyjna ochrona prawa do życia od momentu poczęcia (uwagi krytyczne do projektu zmiany art. 38 Konstytucji), „Państwo i Prawo” 2007, z. 3, s. 3-8.

⁴⁰ G. Kowalski, Założenia prawa rodzinnego..., s. 45. W. Łączkowski, analizując obowiązujący art. 38 Konstytucji w świetle zasady godności człowieka, stwierdza, że zapewnia on każdemu człowiekowi prawną ochronę życia na każdym etapie jego rozwoju, tenże, Spór o wartości konstytucyjne, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 153. Podobnie M. Zdyb, Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji RP, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 197 i 200.

ustawodawca zwykły nie może być uprawniony do decydowania o warunkach obowiązywania takiego zakazu, czyniąc tym samym normy konstytucyjne normami o charakterze warunkowym. Nie może w szczególności uzależniać go od regulacji zawartych w ustawach zwykłych. Stąd też sprzeczne z normami konstytucyjnymi jest stanowienie przez ustawodawcę zwykłego wszelkich takich regulacji, które prowadziłyby jedynie do warunkowego obowiązywania gwarancji konstytucyjnych⁴¹.

Na fakt, iż Konstytucja stoi na stanowisku uznania pojawienia się człowieka już w momencie poczęcia, może wskazywać art. 71 ust. 2, który przewiduje prawo matki do szczególnej pomocy władz publicznych przed i po urodzeniu dziecka. Skoro jest mowa o matce jeszcze przed porodem, to kobieta ciężarna nosi w swoim łonie dziecko, a więc człowieka. Przy czym o matce w rozumieniu art. 71 ust. 2 Konstytucji będzie można mówić już od momentu poczęcia⁴², w odróżnieniu od art. 61(9) ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁴³.

W Konwencji o Prawach Dziecka w art. 1 podano maksymalny wiek dziecka, z kolei na gruncie cytowanej ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka podano moment *a quo*, od którego rozpoczyna się byt prawny osoby ludzkiej i jest nim w rozumieniu ustawy każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności. Z regulacji tej wynika *expressis verbis*, iż dziecko to człowiek we wszystkich jego fazach rozwoju prenatalnego, w tym także embrion ludzki, i postprenatalnego aż do osiągnięcia pełnoletności, dlatego powinny mu przysługiwać wszelkie prawa określone w Konstytucji, w szczególności prawo do życia i ochrony zdrowia⁴⁴.

Postanowienia art. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów KPD⁴⁵. Aby wyeliminować problemy z tym związane, zaproponowano usunięcie z definicji dziecka moment początkowy na wzór KPD⁴⁶.

⁴¹ Orzeczenie z 28 maja 1997 r. sygn.akt. K 26/96, (OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19).

⁴² G. Kowalski, Założenia prawa rodzinnego ..., s.45. Por. S. Bułajewski, M. Dąbrowski, Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne, [w:] Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, red. M. Chmaj, Zakamycze 2006, s. 223. Użyty w art. 71 ust.2 Konstytucji zwrot „matka przed urodzeniem dziecka” oznacza matkę realną, tj. kobietę znajdującą się aktualnie w ciąży, a nie matkę potencjalną, czyli kobietę, która w przyszłości może zająć lub ponownie zająć w ciążę. Wniosek taki opiera się nie tylko na wykładni gramatycznej (użyte przez ustawodawcę pojęcie matki przed urodzeniem dziecka, a więc posiadającej dziecko, wprawdzie jeszcze nienarodzone, ale już poczęte), lecz również teleologicznej w/w przepisu, gdyż specjalna pomoc jest uzasadniona w tym przypadku szczególną sytuacją kobiety, spowodowaną jej ciążą.

⁴³ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2082, [dalej cyt. k.r.o.].

⁴⁴ Na ten temat M. Żelichowski, Prawnokarna ocena pobierania embrionalnych komórek macierzystych, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 2, s. 69.

⁴⁵ Tak G. Kowalski, Ochrona dziecka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] Ochrona dziecka w prawie publicznym, red. M. Bartnik, M. Bielecki, J. Parchomiuk, B. Uliasz, Tomaszów Lubelski – Lublin, 2008, s. 179.

Sytuacja prawna dziecka martwo urodzonego na gruncie prawa cywilnego i rodzinnego

W prawie cywilnym określamy urodzenie człowieka jako zdarzenie wywołujące skutki prawne. Mimo że jest to kluczowe zdarzenie w sferze prawa osobowego k.c. nie definiuje, czym jest urodzenie, co jest sporym mankamentem tego aktu prawnego.

W literaturze w tym zakresie odwołujemy się do przepisów wydanych jedynie przez ministra zdrowia. Natomiast powszechnie przyjęto rozróżnienie na urodzenie żywe i martwe. Odwołując się do okresu życia człowieka przed urodzeniem, w języku prawniczym posługujemy się terminem – dziecko poczęte lub płód, czy przywołujemy konstrukcję prawną *nasciturus* (łac. mającego się urodzić)⁴⁶ i paremię zaczerpniętą z prawa rzymskiego *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, a urodzenie żywe traktuje się jako warunek prawny (*conditio iuris*) przyznania (bezwarunkowej) zdolności prawnej. Urodzenie staje się pewną cezurą, a dziecko przed urodzeniem się, i to jeszcze dodajmy żywym urodzeniem, jest niejako w gorszej sytuacji prawnej aniżeli dziecko po urodzeniu, gdyż przyjmuje się, że posiada warunkową, i to w odniesieniu do niektórych praw, zdolność prawną. Choć powszechnie przyjmujemy, że owa zdolność przysługuje każdemu człowiekowi.

W wyniku różnic w podejściu do tego zagadnienia, w nauce prawa cywilnego możemy wskazać na cztery zasadnicze nurty zapatrywań na sytuację cywilnoprawną nienarodzonego jeszcze dziecka w świetle art. 8 k.c. Zdaniem jednych nie ma ono zdolności prawnej, zdaniem drugich ma ono tę zdolność jeszcze przed urodzeniem, lecz pod warunkiem rozwiązującym martwego urodzenia, z kolei trzecia, najbardziej liczna grupa przedstawicieli doktryny, opowiada się za konstrukcją zdolności pod warunkiem zawieszającym żywego urodzenia, a ostatnia wreszcie, czwarta koncepcja opowiada się za pełną zdolnością prawną *nasciturusa*.

Dominujące jednak przekonanie o człowieczeństwie istoty ludzkiej, w tym także w okresie prenatalnym, wyjaśnia m.in., dlaczego pomimo wyraźnego wyłączenia zdolności prawnej *nasciturusa* przez art. 8 k.c., dominujący pogląd naukowy i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego uznają dopuszczalność bądź to wnioskowań *a simili* z wyjątków potwierdzających podmiotowość *nasciturusa*, bądź to interpretują pojęcie osoby jako obejmujące *nasciturusa*. Nazwanie „mającego się urodzić” człowiekiem nie rozstrzyga, a powinno, problemu zakresu

⁴⁶ M. Rzewuski, Definicja dziecka w Polsce. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*, „Rejent” 2007, nr 4, s. 191.

⁴⁷ Zdaniem O. Nawrota, Status prawny nienarodzonego, „Forum Akademickie” 2006, nr 7-8, tak częste odwoływanie się i posługiwanie zwrotem *nasciturus* zdaje się wiązać z neutralnością antropologiczną tego terminu.

przysługujących mu praw, gdyż w sferze prawa cywilnego posługujemy się kategorią zdolności, podmiotowości i osobowości prawnej, a zakres i wzajemne relacje nie są już jednoznacznie interpretowane. Przyjmuje się, że zdolność prawna będąca podstawową kategorią, którą posługujemy się w zakresie prawa osobowego, nie stanowi synonimu osobowości prawnej i przyznana jest nasciturusowi warunkowo. Uznanie warunkowej zdolności prawnej dziecka poczętego w literaturze przedmiotu przybiera różne zakresy. Zbigniew Radwański opowiada się za uznaniem warunkowej koncepcji prawnej pod warunkiem zawieszającym żywego urodzenia jako warunek *conditio iuris*⁴⁸. Stanisław Dmowski uważa, że mamy w tym przypadku do czynienia z rozwiązującym warunkiem urodzenia martwego⁴⁹. Przenosząc te rozważania na grunt ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, należy stwierdzić, że w zakresie praw stanu nie możemy mówić o warunkowej zdolności prawnej. Zdolność prawna nascitursa w tym zakresie przybiera postać nieograniczonej i bezwarunkowej zdolności prawnej. Problem zdolności prawnej nascitursa w k.c. był uregulowany w sposób nie budzący wątpliwości tylko przez krótki okres. Zgodnie ze zmianami wprowadzonymi do k.c. ustawą z dnia 30 sierpnia 1996 r., nowelizującą ustawę z dnia 7 stycznia 1993 r. – o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁵⁰, uchylony został przepis art. 8 § 2 k.c. W myśl tego przepisu zdolność prawną miało również dziecko poczęte, jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskiwało ono pod warunkiem, że urodzi się żywe. Trybunał Konstytucyjny po uchyleniu tego przepisu uznał, że nie musi prowadzić to do automatycznego uznania braku jakiegokolwiek zdolności prawnej dzieci poczętych. Także przed wejściem w życie ustawy z 1993 r. w orzecznictwie sądowym odnajdujemy konstrukcję zdolności nascitursa w zakresie niektórych praw przewidzianych w k.c., na zasadzie interpretacji poszczególnych przepisów prawa cywilnego. Joanna Haberko uważa, że dla nabycia zdolności prawnej istotne jest to, czy urodzenie jest urodzeniem żywym czy urodzeniem martwym, a skutek w postaci nabycia podmiotowości prawnej wiąże ona wyłącznie z żywym urodzeniem⁵¹. W doktrynie sporny jest charakter warunku; według jednych jest to warunek zawieszający, którym jest urodzenie się dziecka żywego⁵², a według innych chodzi o warunek rozwiązujący, którym jest

⁴⁸ Z. Radwański, Prawo cywilne- część ogólna, Warszawa 2009, s. 149.

⁴⁹ S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego, s. 77 i n.

⁵⁰ Dz. U. z 1996 r. Nr 17, poz. 78 ze zm.

⁵¹ J. Haberko, Konsekwencje prawne..., s. 65.

⁵² K. Piasecki, [w:] Kodeks cywilny z komentarzem, pod red. J. Winiarza, t. 1, Warszawa 1989, s. 24; S. Chrempiński, Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa? „Nowe Prawo” 1968, nr 2, s. 83 i n.

urodzenie dziecka martwego⁵³. W literaturze przedmiotu spotykamy się także z poglądem odmawiającym nasciturusowi zdolności prawnej⁵⁴, która jest właściwością wszystkich potencjalnych podmiotów stosunków cywilnoprawnych i przesądza o ich podmiotowości prawnej. W związku z tym pojawia się pytanie, czy skutek nabycia podmiotowości prawnej wiąże się wyłącznie z żywym urodzeniem⁵⁵. Prawdą jest, że nie ma w k.c. ani w k.r.o. przepisu, który *expressis verbis* przyznaje podmiotowość prawną dziecku nienarodzonemu. Przepis art. 8 k.c. daje każdemu człowiekowi, ale dopiero od chwili urodzenia, zdolność prawną, tak więc mówimy o osobie fizycznej z chwilą urodzenia, w domyśle żywego urodzenia. Na podstawie przepisu art. 9 k.c. domniemujemy takie urodzenie. Przyjmując, że *nasciturus* jest postacią życia ludzkiego⁵⁶, to i tak w doktrynie nie przesądza się o jego podmiotowości w sposób nie budzący wątpliwości, nawet gdy przepisy prawa cywilnego w pewnym zakresie uwzględniają prenatalną fazę rozwoju człowieka⁵⁷. Stwierdzenie M. Pazdana, że zdolność prawna przysługuje każdemu człowiekowi w takim samym zakresie⁵⁸, byłoby adekwatne do aktualnego stanu prawnego, gdyby to poczęcie, a nie urodzenie żywe, było jedynym wyznacznikiem nabycia zdolności prawnej, a śmierć, a nie urodzenie martwe w przypadku człowieka we wczesnym stadium jego rozwoju, było jedynym wyznacznikiem jej ustania. W orzecznictwie SN pojawia się jednak pogląd, że dziecko nienarodzone, a zdolne do życia poza organizmem matki, które zmarło na skutek obrażeń odniesionych w wypadku, może zostać uznane za „zmarłego” w rozumieniu art. 446 § 4

⁵³ B. Walaszek, *Nasciturus...*, s. 121 i n.

⁵⁴ S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1 Ossolineum 1985, s. 309; S. Dmowski, S. Rudnicki [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, Cześć ogólna*, Warszawa 2003, s. 69.

⁵⁵ Tak J. Haberko, *Konsekwencje prawne...*, s. 65.

⁵⁶ T. Smoczyński, *Pojęcie i status prawny dziecka poczętego*, „*Studia Prawnicze*” 1989, nr 4, s. 25.

⁵⁷ Por. art. 927 § 2 k.c., przepis ten stosujemy odpowiednio do zapisu – art. 972 k.c. a także art. 446¹ k.c., przyznający roszczenie o naprawienie szkody doznanej przed urodzeniem. W doktrynie nie wyklucza się naprawienia szkód spowodowanych naruszeniem prawa do wizerunku lub niezgodnym z interesem dziecka wykorzystaniem jego wizerunku z okresu prenatalnego, tak E. Ferenc-Szydelko, *Wizerunek dziecka jako dobro prawnie chronione. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Księga Jubileuszowa Prof. dr hab. Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008, s. 42; art. 994 k.c. określający zasady obliczania zachowku w przypadku, gdy darowizna została uczyniona na mniej niż trzysta dni przed urodzeniem się zstępnego, czy też art. 599 k.p.c. określający, że sądem opiekuńczym właściwym do ustanowienia kuratora dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego, jest sąd właściwy według miejsca zamieszkania lub pobytu matki. Orzecznictwo ustaliło dodatkowe reguły dotyczące dziecka poczętego, szerzej por. wyrok SN z 4 kwietnia 1966 r., sygn. akt II PR 139/66, (OSNC 1966, nr 9, poz. 158); uzasadnienie wyroku z 11 stycznia 1967 r., sygn. I PR 510/66 (OSN 1967, nr 7-8, poz. 141); wyrok SN z 7 października 1971 r., sygn. akt III CRN 255/71 (OSN 1972, nr 3, poz. 59); wyrok NSA z 28 listopada 1985 r., sygn. akt III SA 1183/85, (OSP 1987, z. 2, poz. 28); uchwała Pełnego Składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 30 listopada 1987 r., sygn. akt III PZP 36/87, (OSN 1988, nr 2-3, poz. 23) oraz wydany pod rządą art. 8 § 2 k.c. wyrok SN z 29 maja 1996 r., sygn. akt III ARN 96/95 (OSNAP 1996, nr 24, poz. 366).

⁵⁸ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz do artykułów 1 – 449¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, 81.

k.c.⁵⁹ Natomiast dziecko w fazie prenatalnej, niezdolne do życia poza organizmem matki, nie może być uznane za „zmarłego” w rozumieniu art. 446 § 4 k.c.⁶⁰ Jak się wydaje takie zapatrywanie SN czerpie z ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny⁶¹, implementując tam funkcjonujące rozwiązania na grunt prawa cywilnego. W prawie karnym stopień tej ochrony może być uzależniony od poziomu rozwoju, na jakim znajduje się dziecko nienarodzone; dalej idącej ochronie podlega dziecko nienarodzone, lecz zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki. Zdolność do życia poza organizmem matki definiowana jest jako taki stopień rozwoju dziecka, który po odłączeniu go od ciała matki daje szansę przeżycia. W k.k. penalizuje się zachowanie polegające na dokonaniu wbrew przepisom ustawy zabiegu aborcji (art. 152 k.k.). Jej dokonanie, gdy dziecko jest zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, stanowi przestępstwo kwalifikowane (art. 152 § 3 k.k.), a sprawca podlega surowszej odpowiedzialności karnej. Wydaje się, że wątpliwym jest uwzględnienie stopnia rozwoju dziecka nienarodzonego w prawie cywilnym, zarówno przy ocenie pojęcia osoby zmarłej z punktu widzenia biologicznego, jak i pojęcia śmierci osoby bliskiej. W jakimś stopniu zauważył to także SN, stwierdzając, że „uznanie, że dziecka niezdolnego do życia poza organizmem matki nie można uznać za zmarłego w rozumieniu art. 446 § 4 k.c. nie oznacza, iż jego śmierć pozostała bez wpływu na funkcjonowanie rodziny. Brak możliwości przypisania prawnego pojęcia nie jest bowiem tożsamy z nieistnieniem dziecka i nie wytworzeniem się więzi rodzinnych”⁶².

Z pewnością takie rozróżnienie nie ma uzasadnienia w ustawie z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego⁶³. Dziecko w myśl tej ustawy, które urodziło się martwe jest traktowane jak osoba fizyczna, która zmarła⁶⁴. Zgodnie z art. 52 ust 2 p.a.s.c.,

⁵⁹ Wyrok SN z 9 marca 2012 r., sygn.akt. I CSK 282/11, (OSNC 2012, nr 11, poz. 130). Głosy: aprobująca – K. Bączyk-Rozwadowska, OSP 2012, nr 11, poz. 106; krytyczna – M. Nesterowicz, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 1, s. 108-113.

⁶⁰ Wyrok SN z 13 maja 2015 r., sygn.akt III CSK 284/14.

⁶¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz.1137, [dalej cyt. k.k.].

⁶² Zob. uzasadnienie do wyroku SN z 13 maja 2015 r., sygn.akt III CSK 284/14.

⁶³ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2064, [dalej cyt. p.a.s.c.].

⁶⁴ Por. uchwałę pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 30 listopada 1987 r., sygn.akt III PZP 36/87, (OSN 1988, z. 2-3, poz. 23); W drodze wykładni sądowej pojęciem *nasciturus* przyjęto również osoby będącymi ofiarami represji wojennych (art. 4 ust. 1 ustawy o kombatanach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego z 24 stycznia 1991 r.). Por. też B. Walaszek, *Nasciturus...*, s. 121-132; A. Mączyński, K. Zawada, *Zamierzona nowelizacja kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, z. 3, s. 418, którzy stwierdzają, iż art. 8 ust. 2 k.c. nie wprowadza nowości normatywnej. Zob. Z. Radwański, który stwierdza, iż: „art. 8 k.c. stanowiący, że człowiek uzyskuje zdolność prawną od chwili urodzenia uznać należy za archaiczny oraz niezgodny z wieloma przepisami szczególnymi i panującym poglądem naukowym, który opowiada się za przyznaniem *nasciturusowi* warunkowej zdolności prawnej – już od chwili poczęcia. W tym względzie wskazana jest więc interwencja ustawodawcy”, zob. tenże, *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2006, s. 38.

jeżeli dziecko urodziło się martwe, sporządza się akt urodzenia, przy czym zamieszcza się w nim adnotację „urodzenie martwe”. Nie sporządza się wówczas aktu zgonu (52 ust 2., *in fine* p.a.s.c.), a zatem akt urodzenia pełni jednocześnie rolę aktu zgonu, stanowiąc m.in. podstawę do zorganizowania dziecku pochówku. W akcie urodzenia znajdują się takie dane jak nazwisko, imię (imiona) i płeć, miejsce i data urodzenia oraz nazwiska, nazwiska rodowe rodziców, imię (imiona), miejsce i data urodzenia, a także miejsce zamieszkania każdego z rodziców w chwili urodzenia się dziecka. Są to zatem dane, które w dalszym życiu opisują człowieka jako określoną, konkretną jednostkę. Oznacza to, że także w przypadku dziecka, które urodziło się martwe, właściwe przepisy przewidują stwierdzenie zgonu oraz jego adnotację w wymaganej formie.

Oczywiście urodzenie dziecka martwego jest równoznaczne z jego śmiercią, tj. śmiercią człowieka, ale w skutkach już nie, np. na gruncie art. 927 § 2 k.c. dochodzi do wartościowania życia jak i śmierci w zależności od tego, w jakiej fazie rozwoju człowiek pozostaje, a cezurą staje się urodzenie żywe lub martwe. Dodajmy, że dziecko zostanie powołane do spadku, jeżeli urodzi się żywe, a więc nabędzie zdolność prawną, niezależnie od tego, czy posiada fizjologiczną zdolność do dalszego życia czy też nie lub czy przeżyło kilka sekund czy kilka godzin. W przypadku natomiast urodzenia martwego dziecko nie nabywa żadnych praw. Zarówno w pierwszym jak i w drugim przypadku mamy do czynienia z formą życia ludzkiego różniącą się jedynie chwilą śmierci, tj. przed lub po urodzeniu. Czy jest to wystarczający argument dla ukształtowania w odmienny sposób podmiotowości dziecka martwo urodzonego w prawie cywilnym? Biorąc pod uwagę wcześniejsze wywody, wydaje się, że nie. W okresie przed narodzinami niektóre skutki prawne polegają na przyznaniu nasciturusowi warunkowej zdolności prawnej, w granicach określonych prawem. Jest on traktowany jako warunkowy spadkobierca, pod warunkiem zawieszającym, że urodzi się żywy. Prawa podmiotowe, mające przysługiwać dziecku po urodzeniu, mogą być w tym okresie zabezpieczone, w oczekiwaniu na urodzenie⁶⁵. W odniesieniu natomiast do filiacji skutki niemajątkowe uznania powstają bezwarunkowo w momencie uznania. W sferze prawa rodzinnego dominujące znaczenie w przypadku dziecka martwo urodzonego będą miały przepisy o charakterze niemajątkowym, określające w pierwszym rzędzie stan cywilny. Przepis art. 75 k.r.o. dopuszcza ustalenie ojcostwa przez uznanie dziecka poczętego oraz umożliwia ustalenie kuratora *ventris nomine* dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nieurodzonego (art. 182 k.r.o.).

⁶⁵ Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2003, s. 150.

Należy zauważyć, że pełne skutki wywoła uznanie dopiero z chwilą żywego urodzenia się dziecka. Natomiast w razie martwego urodzenia uznanie dziecka nie wywołuje pełnych skutków. Tak więc prawa przyznane dziecku warunkowo nie zostają przez nie nabyte. Niesłuszny jest pogląd, w myśl którego uznanie nasciturusa staje się bezprzedmiotowe z chwilą martwego urodzenia i w związku z tym nie może wywołać żadnych skutków⁶⁶, ponieważ uznanie takie wywołuje m.in. skutek polegający na tym, że stanowi ono podstawę uwzględnienia roszczeń matki pozamałżeńskiego dziecka, przysługujących jej na podstawie art. 141 § 1 k.r.o. wobec ojca martwo urodzonego dziecka, a sąd w uzasadnieniu powinien powołać się na wcześniej dokonane uznanie ojcostwa w trybie art. 75 k.r.o. W związku z tym należałoby opowiedzieć się za niedopuszczalnością złożenia oświadczenia o uznaniu tego samego nasciturusa przez innego mężczyznę⁶⁷. Dopuszczalne jest uznanie ojcostwa również po śmierci dziecka małoletniego i to niezależnie od tego, czy pozostawiło zstępnych⁶⁸. W pierwotnej wersji przepis art. 76 k.r.o. stanowił, że uznanie dziecka nie może nastąpić po jego śmierci, chyba że dziecko pozostawiło zstępnych. Przepis ten utracił moc na skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2007 r.⁶⁹, jako sprzeczny z art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz w zw. z art. 18 Konstytucji RP. Uchylony przepis pozwalał na uznanie dziecka po śmierci przez ojca pozamałżeńskiego, który np. za życia nie był zainteresowany dzieckiem, a tylko spadkiem po dziecku⁷⁰. Przywołany powyżej wyrok dotyczył możliwości uznania przez ojca dziecka, które urodziło się martwe⁷¹. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 76 k.r.o. w zakresie, w jakim uniemożliwia uznanie dziecka po jego śmierci, o ile nie pozostawia ono zstępnych, jest niezgodny z Konstytucją. Jednocześnie zastrzegł, że "wprowadzenie takiej możliwości nie zmienia statusu dziecka w stadium prenatalnym (...)" ponieważ, zdaniem Prokuratora Generalnego, możliwość uznania dziecka zmarłego jeszcze przed urodzeniem prowadziła do nadania zmarłemu nasciturusowi

⁶⁶ Tak S. Chrepiński, *Czy dziecko poczęte...*, s. 84.

⁶⁷ Tak J. Mazurkiewicz, *Uznanie dziecka poczętego*, „*Studia Prawnicze*” 1975, nr 4, s. 86; A. Sylwestrzak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* pod red. H. Doleckiego, T. Sokołowskiego, Warszawa 2010, s. 521.

⁶⁸ W razie, gdy dziecko zmarło przed dniem 13 czerwca 2009 r., tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1431). Zgodnie z art. 9 ust. 4 noweli, w stosunku do dziecka, które urodziło się nie dawniej niż osiemnaście lat przed dniem 13 czerwca 2009 r. (a więc urodziło się 13 czerwca 1996 r. lub później) i zmarło przed tym dniem, nie uzyskawszy pełnoletniości, uznanie ojcostwa mogło nastąpić w ciągu sześciu miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej, czyli do dnia 13 grudnia 2009 r.

⁶⁹ Sygn. akt. SK 61/06, (OTK 2007, nr 7, poz. 77).

⁷⁰ J. Gwiazdomorski, *Uznanie ojcostwa dziecka*, Warszawa 1976, s. 21. Autor podnosił, że postępowanie takiego ojca godzi w zasady współżycia społecznego i zgłoszenie się przez niego do spadku po dziecku nie powinno korzystać z ochrony (art. 5 k.c.).

⁷¹ Przedmiotem skargi konstytucyjnej były przepisy dotyczące instytucji uznania dziecka. Regulacje dotyczące tej instytucji stanowiły przedmiot rozważań w kilku orzeczeniach TK m.in. wyrok z 12 listopada 2002 r., sygn. akt SK 40/01, (OTK ZU 2002, nr 6, poz. 81); wyrok z 28 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 18/02, (OTK ZU 2003, nr 4/A/, poz. 32); wyrok z 17 kwietnia 2007 r., sygn. akt SK 20/05, (OTK ZU 2007, nr 4/A/, poz. 38).

szczególnej podmiotowości prawnej bez zdolności prawnej). W ocenie TK wprowadzenie takiej możliwości nie zmienia statusu dziecka w stadium prenatalnym, o jego statusie i zakresie zdolności prawnej rozstrzygają bowiem szczegółowe przepisy prawne. Trybunał w uzasadnieniu wyroku podkreślił, że „możliwość uznania dziecka może mieć dla jego rodziców istotne znaczenie również w sytuacji, gdy dziecko nie żyje. Uznanie dziecka po śmierci może, z jednej strony, odpowiadać wewnętrznej potrzebie określenia tożsamości ich zmarłego dziecka i potwierdzenia faktu ojcostwa, a z drugiej strony, może mieć znaczenie dla stosunków majątkowych, a w szczególności dla porządku dziedziczenia po zmarłym dziecku”, a „uznanie dziecka po jego śmierci nie narusza ukształtowanych więzi rodzinnych”.

Nasciturus w nowej ustawie prawo o aktach stanu cywilnego

Kodeks rodzinny i opiekuńczy i ustawa - Prawo o aktach stanu cywilnego stanowią, czy powinny stanowić pewną całość określającą stosunki filiacyjne wchodzące w zakres szerszego pojęcia stanu cywilnego osoby fizycznej. Na marginesie pozostawiam wzajemne relacje obu aktów prawnych i prawny charakter wpisów w aktach stanu cywilnego. Jeżeli tematem jest *nasciturus* w nowej ustawie p.a.s.c., to należy odnieść się do zmian, jakie zaszły w rejestracji stanu cywilnego w ostatnim czasie. W pierwszym rządzie wprowadzono nową ustawę, która zastąpiła obowiązującą prawie 30 lat ustawę z 1986 r. Zasadniczym celem nowej regulacji, jak podniesiono w uzasadnieniu do projektu, jest podniesienie jakości rejestracji stanu cywilnego, a cel ten zostanie osiągnięty przez zapewnienie wszystkim kierownikom USC w Polsce możliwości prowadzenia rejestracji stanu cywilnego w postaci elektronicznej.

Istotną nowością jest wyodrębnienie w ramach prowadzonego rejestru stanu cywilnego dodatkowo rejestru uznań (art. 19 ust. 2 p.a.s.c.)⁷². Właściwość rejestru została zastrzeżona dla gromadzenia danych dotyczących przyjętych oświadczeń o uznaniu ojcostwa lub o odmowie przyjęcia tych oświadczeń. Rejestr uznań ma być, czy jest narzędziem dla kierowników USC, służącym do ustalenia możliwości przyjęcia oświadczeń koniecznych do uznania ojcostwa. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy kierownik USC odmówił już przyjęcia oświadczeń o uznaniu ojcostwa, a mężczyzna, który chce uznać ojcostwo, próbuje ponownie złożyć niezbędne oświadczenie przed innym kierownikiem USC. Ze względu na „odmiejscowienie”

⁷² Mając na względzie, że wpisy dotyczące uznania ojcostwa dokonane w księgach stanu cywilnego podlegają przeniesieniu do rejestru uznań, wpis do księgi powinien obejmować odpowiednie dane, które gromadzi się w tym rejestrze, zgodnie z art. 19 ust. 2 p.a.s.c. Niniejsze wpisy muszą zostać przeniesione do rejestru uznań w terminie do 31 grudnia 2015 r., o ile wcześniej nie zostanie sporządzony w rejestrze stanu cywilnego akt urodzenia dla dziecka uznanego.

uznania ojcostwa, rejestr uznań jest najlepszym miejscem do przechowywania informacji o przyjęciu oświadczeń niezbędnych do uznania ojcostwa. Tym samym, sporządzając akt urodzenia dziecka urodzonego przez matkę niepozostającą w związku małżeńskim, w łatwy sposób kierownik USC może sprawdzić, czy nastąpiło uznanie ojcostwa tego dziecka. Uwzględniając fakt, że proponowane przepisy z zakresu rejestracji stanu cywilnego regulują kwestie proceduralno-techniczne związane z przewidzianą w k.r.o. instytucją uznania ojcostwa, zmodyfikowaną w 2008 r., oraz 2015 r. (ustawą o leczeniu niepłodności), zdecydowano się na wprowadzenie wielu zmian w dotychczasowej procedurze przyjmowania oświadczeń koniecznych do uznania ojcostwa, uwzględniających okoliczność, że kierownik USC nie jest wyłącznie biernym odbiorcą oświadczeń składających się na uznanie ojcostwa, ale ocenia również dopuszczalność tego uznania. Stąd też w art. 63 p.a.s.c., utrzymując przewidzianą w dotychczasowych przepisach formę protokołu, którego sformalizowany wzór został określony w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 stycznia 2015 r. *w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego*⁷³ dla dokumentowania oświadczeń koniecznych do uznania ojcostwa, określono katalog danych wymaganych w protokole. W art. 63 p.a.s.c. proponuje się nie do końca racjonalne rozwiązanie. Przyjmuje bowiem w ust. 11, że „jeżeli oświadczenie konieczne do uznania ojcostwa zostało złożone przed przeniesieniem do organizmu kobiety komórek rozrodczych (...) kierownik urzędu stanu cywilnego sporządza protokół, który zawiera (...)”. Jeżeli mowa jest o przedmiotowym oświadczeniu, to może ono być złożone wyłącznie przed przeniesieniem komórek lub zarodków do organizmu kobiety. To oznacza, że nie ma możliwości, by przeniesienie nastąpiło, jeżeli uprzednio nie złożono stosownego oświadczenia przed kierownikiem USC. Zapewne, protokół służyć będzie celom dowodowym w zakresie przyszłego określenia praw stanu. Może mieć także znaczenie dowodowe, choć nie określono, w jaki sposób mężczyzna ma dowieść faktu złożenia oświadczenia w trybie art. 75¹ k.r.o. Raczej wątpliwe, że będzie to zaświadczenie o uznaniu, o którym mowa w art. 63 ust 10 p.a.s.c.

Gdy uznanie ojcostwa dziecka następuje przed konsulem przed urodzeniem dziecka, konsul powinien przekazać protokół uznania ojcostwa do kierownika USC, właściwego ze względu na miejsce sporządzenia aktu urodzenia matki dziecka, a jeżeli na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie nastąpiła rejestracja urodzenia matki – do kierownika USC. Zgodnie z art. 63 ust. 9 p.a.s.c. ustawy konsul wydaje rodzicom zaświadczenie potwierdzające

⁷³ Dz. U. z 2015 r., poz. 194.

uznanie ojcostwa dziecka, takie zaświadczenie będzie mógł wydać również kierownik USC, jeżeli wystąpi o to matka lub ojciec dziecka.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę jeszcze na jeden aspekt w zakresie uznania ojcostwa w oparciu o nowe przepisy wprowadzone do k.r.o. i p.a.s.c. W naszym systemie prawnym dopuszcza się uznanie ojcostwa w stosunku do dziecka małoletniego, dziecka poczętego, dziecka, którego już nie ma, bo zmarło, a od 1 listopada 2015 r. także dziecka którego jeszcze nie ma, jako warunek przystąpienia do procedury wspomaganej medycznie prokreacji, o którym w art. 75¹ § 1 k.r.o. W tym ostatnim przypadku kierownik USC jest jedynym podmiotem, przed którym takie uznanie może nastąpić. Jest to szczególny sposób uznania z wielu powodów, m.in. dlatego, że ustawodawca, dopuszczając uznanie ojcostwa, nie uzależnia go od warunku pochodzenia od uznającego mężczyzny, zrywając w tym przypadku z istnieniem więzów biologicznych między uznającym a uznanym, choć tego uznanego jeszcze nie ma, a samo uznanie jest oderwane od macierzyństwa, którego także nie ma, ale jest kobieta, która ma potwierdzić ojcostwo. W przypadku dawstwa anonimowego nie mamy w takiej sytuacji nawet do czynienia z domniemanym ojcem, ponieważ skutki oświadczenia są skuteczne, pod warunkiem, że dziecko urodziło się w następstwie procedury wspomaganej prokreacji i to w ciągu dwóch lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę. A przepis art. 81 § 1 k.r.o domniemanie łączy z mężczyzną, który był dawcą komórki rozrodczej. A co z ojcostwem w przypadku urodzenia martwego takiego dziecka? Nie mamy obecnie odpowiednika dawnego art. 42 ust 3 p.a.s.c. z 1986 r. na gruncie nowej ustawy p.a.s.c. W praktyce USC pojawiły się pytania, co z uznaniem w oparciu o art. 75¹ § 1 k.r.o., jeżeli będziemy mieli do czynienia z tzw. ciążą mnogą? Nasuwa się więc wątpliwość, czy regulacje prawne, pozwalające na dostęp do procedur wspomaganej medycznie prokreacji parom, które nie pozostają w związku małżeńskim, w sposób właściwy zabezpieczają interes dziecka wówczas, gdy mężczyzna nie podejmie dobrowolnie kroków zmierzających do uznania ojcostwa?

Ustawodawca kilka lat temu odszedł od wcześniejszej nazwy „uznanie dziecka” i położył akcent na przedmiot dokonywanego ustalenia, którym jest genetyczna więź łącząca ojca z dzieckiem. Oświadczenia te należy zakwalifikować jako oświadczenia wiedzy, które, jeżeli zostaną złożone w sposób odpowiadający wymogom ustanowionym w ustawie, wywołają skutki prawne. Stwierdzono, że oświadczenia mężczyzny, od którego dziecko pochodzi, oraz matki dziecka w przedmiocie uznania stanowią przyznanie faktu pochodzenia dziecka od tego mężczyzny. Oświadczenia te należy więc zakwalifikować jako oświadczenia wiedzy, które, jeżeli zostaną złożone w sposób odpowiadający wymogom ustanowionym

w ustawie, wywołają skutki prawne. Użyte w treści przepisu art. 73 § 1 k.r.o. określenie: „mężczyzna, od którego dziecko pochodzi” pozwala przyjąć, że dla skuteczności uznania sposób, w jaki doszło do zapłodnienia i poczęcia dziecka, pozostaje bez znaczenia. Pozostaje bez znaczenia, ale o ile odbyło się to z wykorzystaniem nasienia tego mężczyzny. Nie mamy już takiej pewności co do zastosowania technik heterologicznych. K. Gromek twierdzi, że uznanie ojcostwa jest jednostronnym aktem oświadczenia woli i wiedzy, dokonywanym wyłącznie przez mężczyznę, twierdzącego, że jest ojcem dziecka, bez względu na rzeczywisty stosunek biologiczny między nimi⁷⁴. Innymi słowy oświadczenie mężczyzny zawiera w sobie element woli *intentio* oraz przyznanie faktu rzeczywistego ojcostwa, co wcale nie determinuje istnienia ojcostwa biologicznego. Kierownik USC ani sąd nie ma instrumentu prawnego, aby w tym zakresie przeprowadzić jakąkolwiek procedurę o charakterze dowodowym, która miałaby rozstrzygnąć związek genetyczny między uznającym a dzieckiem uznawanym.

Takie stanowisko zasługuje na aprobatę, ponieważ mężczyzna może posiadać przekonanie o swoim ojcostwie wsparte oświadczeniem kobiety, gdyż zapewne najczęściej od niej się dowiaduje, że jest ojcem dziecka, a zakładamy, że wiedzę o fakcie współżycia bądź nie z określoną kobietą powinien posiadać, niejednokrotnie badania genetyczne dają mu taką wiedzę. Nie sposób więc nie uznać, że w oświadczeniu o uznaniu ojcostwa więcej jest woli niż wiedzy. Ustawodawca kurczowo jednak trzyma się w sytuacji zwykłego uznania ojcostwa prawdy genetycznej, co może oznaczać w niektórych przypadkach brak możliwości prawnego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego z pominięciem aktu obcowania płciowego między uznającym a matką dziecka, czy dziecka poczętego z pominięciem aktu obcowania płciowego rodziców przy wykorzystaniu obcego nasienia. Jednak gdy trafimy na „świadomego” kierownika USC, o szczególnej wnikliwości, mając na uwadze art. 73 § 1 k.r.o., zapewne odmówi przyjęcia oświadczenia o uznaniu zgodnie z treścią art. 73 § 3 k.r.o. Można się zastanawiać, czy po wprowadzeniu przepisu art. 75¹ § 1 k.r.o. powinien być nadal utrzymany przepis art. 73 § 1 k.r.o. w obecnej treści, a przynajmniej nie z modyfikacjami treści § 3 tego artykułu w sformułowaniu „albo gdy [chodzi o kierownika USC] powziął wątpliwości co do pochodzenia dziecka”. Analizując przepisy o uznaniu, nasuwa się konstatacja - jeżeli wiemy, kto jest ojcem, to uznanie hołduje prawdzie biologicznej i stawiamy wymóg pochodzenia od określonego mężczyzny, a jeśli nie wiemy, to ten warunek pomijamy.

⁷⁴ K. Gromek, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 1291.

Czy więc nie należy złagodzić w pewien sposób przepisów o uznaniu ojcostwa przed kierownikiem USC i pozwolić w niektórych sytuacjach na uznanie bez kurczowego trzymania się prawdy biologicznej, która i tak w wielu miejscach doznaje ograniczenia?

Dziecko martwo urodzone w przepisach prawa karnego

W przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 – Kodeks karny, w rozdziale XIX zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu” ochronie podlega życie i zdrowie istoty ludzkiej. Przepisy prawa karnego chronią - człowieka (art. 148, 150, 151, 155 158, 159, 160 k.k.), dziecko w okresie porodu (149 k.k.), dziecko poczęte (152-154 157a k.k.), osobę (161 k.k.). Istnieją w związku z tym wątpliwości co do zakresu terminologicznego, np. czy nazwą płód można objąć także dziecko poczęte. W doktrynie nie mamy również jednolitego poglądu co do tego, kto jest bezpośrednim przedmiotem ochrony przy przestępstwach z art. 152-154 k.k. Jedni uważają, że jest nim życie dziecka poczętego – istoty ludzkiej w prenatalnym okresie rozwoju⁷⁵. Z prawnego punktu widzenia życie dziecka, w tym dziecka niechcianego, ma taką samą wartość, jak każdego innego życia⁷⁶. Jednak intensywność ochrony życia i zdrowia istoty ludzkiej zależy od tego, czy jest ona tylko dzieckiem poczętym czy dzieckiem poczętym, które osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, czy też dzieckiem rodzącym się w sposób naturalny albo w wyniku zabiegu operacyjnego cięcia cesarskiego albo istotą ludzką po urodzeniu aż do śmierci⁷⁷.

Problemem przedmiotu ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. w odniesieniu do dziecka poczętego zajmował się także SN w uchwale z dnia 26 października 2006 r.⁷⁸, przyjmując, że rozpoczyna się ona od momentu rozpoczęcia porodu. Zwrócił uwagę, że ustawodawstwo karne chroni życie ludzkie od poczęcia, ale różny jest zakres i intensywność ochrony w fazie prenatalnej, jak również ustawodawca odrębnie unormował ochronę prawną życia i zdrowia „dziecka poczętego” oraz życia i zdrowia podmiotu określonego jako „człowiek”, w stosunku do którego te dobra osobiste są dobrami chronionymi życia narodzonego⁷⁹. Ten sposób

⁷⁵ Tak K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin 2001, s. 240; A. Zoll, [w:] *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do art. 117-227*, Kraków 1999, s. 255. Odmiennie O. Gómiok, [w:] *Kodeks karny Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 97, twierdząc, że jest nią kobieta ciężarna, której płód nie osiągnął jeszcze zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki.

⁷⁶ Szerzej zob. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Zakamycze 2003, s. 61 i n.

⁷⁷ L. K. Paprzycki, *Granice prawnokarnej ochrony życia i zdrowia człowieka na tle uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r. (IKZP 18/08)*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 56.

⁷⁸ Sygn. akt. I KZP 18/06 (OSNKW 2006, nr 11, poz. 97).

⁷⁹ W związku z tak sformułowaną definicją dziecka, nie ma racji bytu art. 4a ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U.

rozumowania zaprezentowano także w najnowszych orzeczeniach Sądu Najwyższego zasiadającego w Izbie Karnej.

Dziecko martwo urodzone w aspekcie medycznym⁸⁰

Czas trwania ciąży oblicza się w tygodniach, licząc od pierwszego dnia ostatniego normalnego krwawienia miesięcznego. Podstawową metodą kliniczną pozwalającą na uwidocznienie płodu w pierwszym trymestrze ciąży jest ultrasonografia. Pozwala ona także na wiarygodne określenie płci dziecka po 13 tygodniu ciąży, czyli w wieku ciąży odpowiadającym ukończeniu formowania się cech płciowych. Ultrasonografia może dać wynik ujemny, jeżeli lekarz będzie badał pacjentkę w trakcie lub po poronieniu. Może ona dać wynik fałszywie ujemny w przypadku ciąż wczesnych lub w przypadku daleko posuniętych pośmiertnych zmian płodu. Sposoby takie jak oznaczenie hormonów, szczególnie HCG, w znacznym stopniu uprawdopodobniają obecność ciąży, nie stanowią jednak o obecności tkanek płodu w materiale po poronieniu. Także doraźne badanie tkanek, zanurzonych w soli fizjologicznej, może w ocenie makroskopowej w znacznym stopniu jedynie uprawdopodobnić ciążę, poprzez stwierdzenie obecności elementów tworzącego się łożyska.

Rutynowo, w przypadku każdego poronienia w warunkach szpitalnych, materiał tkankowy wydany samoistnie lub uzyskany w trakcie zabiegu powinien być zbadany histopatologicznie. W badaniu tym można uwidocznić obecność tkanek płodu. Nie pozwala ono jednak na stwierdzenie płci dziecka. W tej sytuacji jedyną metodą określenia płci dziecka jest badanie genetyczne. Powinno ono dotyczyć tkanek rozwijających się z zapłodnionej komórki jajowej (płodu lub pozostałych elementów jaja płodowego), jak i fragmentów szczątków zawierających materiał genetyczny matki. Jest ono możliwe po ukończeniu badania histopatologicznego. W pewnych warunkach, szczególnie przy minimalnej ilości tkanek pochodzących z jaja płodowego, konieczna jest ścisła współpraca patomorfologa i osoby wykonującej badania genetyczne, mająca na celu poprawne określenie miejsca pobrania materiału do badania.

O zgonie świadczy to, że po takim wydaleniu lub wydobyciu płód nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne

z 1993 r. Nr 17, poz.78), stwarzający podstawę do dokonania aborcji. Pozostaje on także w sprzeczności z dyspozycją art. 8 § 1 k.c. Tak M. Rzewuski, *Definicja dziecka...*, s. 187-188.

⁸⁰ Materiał został przygotowany po konsultacji autora z dr. n. med. Lechem Wronieckim z Zakładu Patomorfologii Klinicznej Uniwersytetu Medycznego w Lublinie i dr. hab. Piotrem Koziółem z Działu Genetycznego Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego w Lublinie.

skurcze mięśni zależnych od woli. Jednak w przypadku ciąż zakończonych śmiercią dziecka przed urodzeniem znaczną część stanowią ciąże kończące się poronieniem. Szacuje się przy tym, że ponad 80% z nich są to poronienia przed 12 tygodniem ciąży. Najczęściej do utraty ciąży dochodzi przed 8 tygodniem. Poronienie po 14 tygodniu ciąży zdarza się tylko w 2% przypadków ciąż⁸¹. Wczesny okres ciąży jest częstą przyczyną trudności w ocenie klinicznej pacjentki w odniesieniu do stosowania się do przepisów dotyczących wypełnienia zgłoszenia urodzenia dziecka martwego. Znaczna część przypadków poronień dotyczy okresu rozwoju dziecka przed pełnym wykształceniem cech płciowych, zarówno lekarz ginekolog w ocenie ciąży dostępnymi dla niego metodami, jak też patomorfolog, oceniający materiał po poronieniu makroskopowo, nie mają możliwości określenia płci dziecka. Wydaje się, że jedyną metodą w tych przypadkach jest określenie płci metodami genetycznymi.

Po śmierci dziecka możemy wyróżnić kilka sytuacji w przypadku gdy: 1) płód jest widoczny makroskopowo- możemy określić płeć dziecka w drodze oględzin lub badań USG albo poprzez badania genetyczne, mamy zwłoki dziecka i możliwy jest pochówek. 2) płód jest widoczny w preparacie histopatologicznym oraz w przypadku ciąży z zaśnięciem częściowym- możemy określić płeć dziecka poprzez badania genetyczne, mamy pozostałości po badaniu, bloczki parafinowe/szkiełka, możliwy jest pochówek. 3) płód nie jest możliwy do identyfikacji w badaniu histopatologicznym - możemy określić płeć dziecka poprzez badania genetyczne, wątpliwy jest pochówek w takim przypadku, gdyż zostają jedynie pozostałości po badaniu, bloczki parafinowe/szkiełka. Podobne wątpliwości powstają w przypadku braku jednoznacznych wykładników ciąży w badaniu histopatologicznym, gdzie nie określimy płci dziecka, ale pozostają szczątki ludzkie.

Rutynowe postępowanie po poronieniu sprowadza się między innymi do wyłuszczenia jamy macicy przez ginekologa. Pobrany w trakcie tego badania materiał powinien być każdorazowo oceniony przez patomorfologa. W określonych sytuacjach klinicznych dopiero rutynowe badanie histopatologiczne potwierdza ciążę pacjentki. Głównymi celami tego badania jest określenie, czy kobieta była w ciąży i czy nie ma cech rozwoju choroby trofoblastycznej. W przypadku znalezienia elementów jaja płodowego, nawet bez obecności fragmentów płodu, materiał taki może posłużyć do dalszych badań genetycznych. W środowisku medycznym rodzi się jednak pytanie o sens określania płci dziecka, którego fizycznej obecności rutynowymi metodami diagnostycznymi nie można stwierdzić? Ponadto obligatoryjny termin wystawienia dokumentów przez ginekologów

⁸¹ J.S. Berek, Ginekologia, pod red. J. Kotarskiego 2008, t. 2, s. 663-669.

nakazuje w wielu sytuacjach określenie urodzenia dziecka przed formalnym potwierdzeniem ciąży w badaniu histopatologicznym. Co zrozumiałe, budzi to ich sprzeciw przed wypełnianiem tego rodzaju dokumentów. Nie można zapominać także o czasie potrzebnym na wykonanie wszystkich badań. Rutynowe badanie histopatologiczne może potrwać co najmniej trzy dni (uzależnione jest od trybu przekazania materiału do badania, organizacji pracy pracowni histopatologicznej, konieczności wykonania dodatkowych badań i ich dostępności czy sposobów przekazywania wyników badań), plus badanie genetyczne⁸² oraz nieunikniona zwłoka w przepływie dokumentów. Nawet gdyby nadać temu szczególny priorytet, trudno będzie przejść przez całą procedurę w czasie poniżej 7 dni od momentu uzyskania w szpitalu materiału do badania. Niemożliwym więc jest przekazanie do USC, właściwego ze względu na miejsce urodzenia, pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka dla dziecka martwo urodzonego we wczesnym okresie ciąży w terminie 3 dni.

Rejestracja dziecka martwo urodzonego w aktach stanu cywilnego.

Zagadnienia ogólne

W Polsce w okresie międzywojennym dzieci martwo urodzone zapisywano w księdze urodzonych i zmarłych. W rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 18 października 1920 r. w sprawie organizacji statystyki ruchu naturalnego ludności⁸³ w przepisie art. 9 czytamy, że znosi się obowiązujące dotychczas w b. dzielnicy pruskiej postanowienie, zawarte w drugim zdaniu § 23 ustawy Rzeszy Niemieckiej o stwierdzaniu stanu cywilnego i o ślubach z dnia 6 lutego 1875 r.⁸⁴, co do zapisywania dzieci martwo urodzonych tylko do księgi zgonów. Dzieci te zapisywane być miały na całym obszarze Rzeczypospolitej tylko do księgi urodzeń z adnotacją, że są urodzone martwe. Począwszy od dnia 1 stycznia 1927 r. na całym obszarze Rzeczypospolitej martwo urodzeni wpisywani byli wyłącznie do akt stanu cywilnego, względnie ksiąg metrykalnych urodzeń⁸⁵. W skorowidzu zarejestrowanemu dziecku martwo urodzonemu wpisywano nazwisko i obok niego w nawiasie wpisywano martwo urodzone. Zarówno dzieciom martwo urodzonym jak i żywo urodzonym, gdy zmarły przed

⁸² Trudno jest oszacować liczbę pracowni wykonujących obecnie badania genetyczne mogące ustalić płeć dziecka w materiale tkankowym po poronieniu. Obecnie takich badań nie wykonuje się rutynowo.

⁸³ Dz. U. z 1920 r. Nr 108, poz. 710.

⁸⁴ Dz. Ust. Rzeszy s. 23.

⁸⁵ Zob. art. 9 Rozporządzenia Prezydenta RP z 1 lutego 1927 r. o statystyce ruchu naturalnego ludności (Dz. U. z 1927 r. Nr 10, poz. 76).

zarejestrowaniem nie wpisywano imienia⁸⁶. Podobnie, zgodnie z art. 59 ust. 2 dekretu z dnia 25 września 1945 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego⁸⁷, jeżeli dziecko urodziło się nieżywe lub zmarło przy porodzie, wpis następował jedynie w księdze urodzeń, w terminie dwóch tygodni (ust. 1), ze stosowną wzmianką a akt nie zawierał imienia dziecka. W komentarzu do przywołanego przepisu art. 59 dekretu J. Litwin stwierdził autorytatywnie, że obowiązek zgłoszenia urodzenia dziecka nieżywego istniał, gdy płód ludzki urodził się [podkreślenie P.K.] w stanie nieżywym po upływie co najmniej 7 miesięcy ciąży⁸⁸.

W kolejnym dekrete z dnia 8 czerwca 1955 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego⁸⁹ art. 30 odnosił się jedynie do dziecka martwo urodzonego, które to zgłoszenie takiego urodzenia powinno nastąpić w ciągu 3 dni. W tym przypadku należało sporządzić tylko akt urodzenia z adnotacją w rubryce "Uwagi", że dziecko urodziło się martwe⁹⁰. Dla dziecka, które zmarło przy porodzie, od wejścia w życie tego dekretu, w odróżnieniu od wcześniejszego stanu prawnego, sporządza się zarówno akt urodzenia jak i akt zgonu. Przepis art. 30 dekretu z 1955 r. w niezmienionej postaci został przeniesiony do art. 38 ust. 2 p.a.s.c. z 1986 r. Zdaniem J. Litwina „martwo urodzonemu dziecku z natury rzeczy nie nadaje się imienia”⁹¹. Natomiast w Instrukcji dla urzędów stanu cywilnego i organów nadzoru z 1955 r. w pkt. 37 określono, że „nadanie dziecku imienia winno nastąpić również i w tym przypadku, gdy dziecko urodziło się martwe lub zmarło przy porodzie”. Dziecku nadaje się imię (imiona) w chwili sporządzenia aktu urodzenia w USC. Wpisanie do aktu urodzenia dziecka imienia jest potwierdzeniem d wyboru dokonanego przez rodziców. O ile nazwisko dziecka wynika z aktu małżeństwa jego rodziców lub jest nazwiskiem matki w chwili urodzenia się dziecka, o tyle

⁸⁶ W projekcie ustawy o aktach stanu cywilnego uchwalonego przez Komisję Kodyfikacyjną Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 9 marca 1931 r. w art. 133 także zaproponowano, aby w akcie urodzenia dziecka, które zmarło przed sporządzeniem aktu, nie wpisywać imienia.

⁸⁷ Dz. U. z 1945 r. Nr 48, poz. 272 ze zm.

⁸⁸ J. Litwin, Prawo o aktach stanu cywilnego, Łódź 1949, s. 145. Autor ten w swoim twierdzeniu powołał się na § 2. Rozporządzenia Ministra Opieki Społecznej z 30 listopada 1933 r. o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyny zgonu, wydanego w porozumieniu z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Ministrem Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego (Dz. U. z 1934 r. Nr 13, poz. 103) w brzmieniu: *Za dzień i godzinę (chwile) zgonu w rozumieniu ustawy uważa się dzień i godzinę zgonu, stwierdzone na karcie zgonu (art. 3). Za zwłoki w rozumieniu ustawy uważa się również zwłoki noworodków martwo urodzonych, t. j. płody ludzkie, urodzone w stanie nieżywym po upływie co najmniej 7 miesięcy ciąży. Przez szczątki w myśl ustawy należy rozumieć zarówno pozostałości zwłok, które wydobyto przy kopaniu grobu, jak i części ciała ludzkiego, odłączone od całości, jako też i popioły, otrzymane przez spopielenie zwłok ludzkich. Przepisy, dotyczące szczątków, mają zastosowanie również do płodów ludzkich, urodzonych przed upływem 7-go miesiąca ciąży.* Przywołał także orzecznictwo francuskie stojące na stanowisku, że „ilekroć istota ludzka przyszła na świat wcześniej, niż po upływie 180 dni od daty poczęcia, nie należy sporządzać aktu, (...) nie ma zatem „dziecka” w rozumieniu prawa”, tamże s. 145-146. Obowiązek zgłoszenia urodzenia dziecka martwego, gdy płód ludzki urodził się po upływie co najmniej 7 miesięcy ciąży, został potwierdzony dopiero w Instrukcji dla urzędów stanu cywilnego i organów nadzoru z 1955 r. w pkt. 33.

⁸⁹ Dz. U. z 1955 r. Nr 25, poz. 151 ze zm.

⁹⁰ Zob. także pkt. 33 Instrukcji dla urzędów stanu cywilnego i organów nadzoru z 1955 r.

⁹¹ J. Litwin, Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, Warszawa 1961, s. 321 i 335.

nadanie dziecku imienia należy do uprawnień rodziców. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego został już kilkakrotnie wypowiedziany i szerzej uzasadniony pogląd, idący zresztą za wcześniejszym stanowiskiem doktryny, że nadanie imienia dziecku jest atrybutem władzy rodzicielskiej. Tak więc wybór imienia (a także nazwiska) należy do istotnych spraw dziecka, jest atrybutem władzy rodzicielskiej i jeżeli ta przysługuje rodzicom, mają oni prawo dokonać wyboru imienia dziecka⁹². Gdy rodzice nie dokonają wyboru imienia (imion) dziecka, wówczas kierownik USC może wpisać do aktu urodzenia jedno z popularnych imion używanych w kraju⁹³.

Zdarzenie cywilnoprawne, jakim jest śmierć osoby fizycznej, rejestruje kierownik USC urzędu stanu cywilnego właściwy ze względu na miejsce zdarzenia⁹⁴. Rejestracja zgonu następuje w formie aktu zgonu. W przypadku jednak gdy dziecko urodziło się martwe, nie sporządza się aktu zgonu, a przepis art. 52 ust. 2 p.a.s.c. przewiduje jedynie sporządzenie aktu urodzenia z adnotacją, że dziecko urodziło się martwe⁹⁵. Niesporządzanie w tym przypadku aktu zgonu uzasadnia się niemożliwością urzędowego potwierdzenia zgonu osoby bez uprzedniego sporządzenia dla niej aktu urodzenia. Niedopełnienie obowiązku zgłoszenia w USC faktu urodzenia lub zgonu, zgodnie z art. 146 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. kodeks wykroczeń⁹⁶, podlega karze grzywny do 250 złotych albo karze nagany. Wykroczenie ma charakter formalny (bezskutkowy) i indywidualny - jego podmiotem mogą być wyłącznie osoby zobowiązane na podstawie ustawy p.a.s.c. do zgłoszenia urodzenia lub zgonu we wskazanym terminie. Wykroczenie z art. 146 k.w. można popełnić zarówno umyślnie jak i nieumyślnie. Sprawca nie podlega jednak odpowiedzialności, jeżeli pomimo niedokonania zgłoszenia akt stanu cywilnego został sporządzony we właściwym czasie (§ 2).

⁹² Zob. postanowienie SN z 6 czerwca 2000 r., sygn.akt I CKN 786/98, (OSNCP 2001, nr 1, poz. 6). Przeciwno powszechnemu przyjęciu, że prawo rodziców w tym zakresie jest atrybutem władzy rodzicielskiej, wypowiedzieli się A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebińczyk, w swoim artykule O zmianach w prawie rodzinnym w celu wzmocnienia ochrony dobra dziecka, „Nowe Prawo” 1990, nr 10-12, s. 87.

⁹³ Pomocą dla kierownika USC w tym zakresie stanowią publikacje, m.in.: J. Bubak: Księga naszych imion, Wrocław 1993; H. Fross, F. Sowa, Twoje imię, Przewodnik onomastyczno-hagiograficzny, Kraków 1995; W. Janowowa, A. Skarbek, B. Zbijowska, J. Zbiniowska, Słownik imion, Wrocław 1991; B. Kupis, Nasze imiona, Warszawa 1991; W. Kupiszewski, Dlaczego Agnieszka a nie Ines? Wybierz imię dla swojego dziecka, Warszawa 1991.

⁹⁴ Zob. art. 13 ust 2 p.a.s.c.

⁹⁵ H. Cioch postuluje, aby w przypadku gdy dziecko urodziło się nieżywe, sporządzany był akt urodzenia bez adnotacji, że dziecko urodziło się nieżywe, oraz normalny akt zgonu, tenże, O niektórych spornych kwestiach z zakresu prawa osobowego, [w:] Księga Jubileuszowa Prof. dr hab. Tadeusza Smoczyńskiego, Toruń, 2008, s. 370.

⁹⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz.1094, [dalej cyt. k.w.].

Co powinien zawierać akt urodzenia lub zgonu, ogólnie określa przepis art. 60 i 95 p.a.s.c.⁹⁷ Odpisy zupełne czy skrócone powinny odzwierciedlać dane zawarte w rejestrze stanu cywilnego.

Podobnie jak ma to miejsce w polskim systemie prawnym, m.in. w Anglii rejestracji podlega urodzenie dziecka martwego. Definicję płodu martwego znajdziemy w Ustawie o Rejestrze Urodzeń i Zgonów z 1953 roku w artykule 41, który został zmieniony w 1992 r. w artykule 1(1). Obowiązkowi rejestracji podlega jedynie płód urodzony po 24 tygodniu ciąży. Nie istnieją natomiast przepisy dotyczące rejestracji płodu urodzonego przed 24 tygodniem ciąży⁹⁸. Od kilku już lat toczy się w Wielkiej Brytanii dyskusja na temat określenia dokładnego tygodnia ciąży, od którego można rejestrować dziecko i uzyskać akt urodzenia. Jest wiele głosów proponujących zmianę z 24 tygodnia na 18, co dałoby większy komfort psychiczny rodzicom. Pozwoliłoby to również rozwiązać problemy związane z pochówkiem dziecka. Rejestracja płodu martwego powinna być dokonana w przeciągu 42 dni od porodu i nie może być dokonana po upływie 3 miesięcy od porodu. Zarejestrować martwy płód można jeszcze w szpitalu lub później w lokalnym USC. Obowiązek rejestracji martwych płodów daje rodzicom możliwość oficjalnego zgłoszenia dziecka oraz nadania mu imienia, jeśli sobie tego życzą.

Rejestracja dziecka martwo urodzonego w aktach stanu cywilnego.

Zagadnienia szczegółowe

Z uwagi na zgłoszeniowy system rejestracji stanu cywilnego kierownik USC powinien otrzymać zgłoszenie, na podstawie którego sporządzi odpowiedni akt.

Zrozumienie problematyki postępowania w przypadku śmierci dziecka przed urodzeniem wymaga w pierwszym rzędzie określenia funkcjonujących pojęć: czasu trwania ciąży, poronienia, urodzenia żywego i zgonu płodu (urodzenia martwego). Zostały one

⁹⁷ Zasady i tryb prowadzenia rejestru stanu cywilnego określa na podstawie art. 27 ust 4 p.a.s.c. Rozporządzenie MSW z 9 lutego 2015 r. - w sprawie sposobu prowadzenia rejestru stanu cywilnego oraz akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego, (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz.1904), które zastąpiło uchylone Rozporządzenie MSWiA z 26 października 1998 r. w *sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczenia oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów* (Dz. U. 1998, nr 136, poz. 884 ze zm).

⁹⁸ Zob. Sąd w sprawie Patton przeciwko Trustees of the British Pregnancy Advisory Service and another z 1978 r. stanął na stanowisku, że w świetle przepisów prawa obowiązującego w Anglii i Walii, płód (fetus) nie posiada praw, por. Patton v. Trustees of the British Pregnancy Advisory Service and another, [w:] The All England Law Reports 1978, nr 2, s. 987, a status osoby (the status of a legal person) uzyskuje w momencie urodzenia, por. sprawa C v. S, [w:] The All England Law Reports 1987, nr 1, s. 1230-1234.

zdefiniowane obecnie w załączniku nr 1⁹⁹ do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania¹⁰⁰ dotyczącego kryteriów oceny stosowanych przy dokonywaniu wpisów w dokumentacji dotyczących czasu trwania ciąży, poronień, urodzeń żywych i zgonów płodów, a także w załączniku do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów oraz sposobu przetwarzania dokumentacji medycznej w podmiotach leczniczych utworzonych przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych¹⁰¹.

Zwraca uwagę także różnica co do zakresu znaczeniowego - martwo urodzonego, między funkcjonującą w zakresie spraw związanych z dokumentacją medyczną a funkcjonującą na gruncie ustawy prawo o aktach stanu cywilnego czy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Zdaniem niektórych, może to powodować trudności co do określenia zakresu roszczeń matki, kierowanych przeciwko mężczyźnie niebędącemu jej mężem, o których mowa w art. 141 § 1 oraz art. 143 *in fine* k.r.o.¹⁰² Wydaje się, że te rozbieżności terminologiczne nie spowodują w praktyce większych problemów, ponieważ w przypadku zgonu dziecka we wczesnej fazie ciąży zostanie sporządzony akt urodzenia z adnotacją o zgonie albo zostanie sporządzona karta zgonu bez względu na czas trwania ciąży. A więc i roszczenia matki wynikające z przywołanych przepisów k.r.o. istnieją niezależnie od czasu trwania ciąży.

W przypadku dzieci martwo urodzonych podstawą sporządzenia aktu urodzenia z adnotacją o zgonie jest pisemna karta martwego urodzenia, określona w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów karty urodzenia i karty

⁹⁹ Załącznik ten w obecnej treści funkcjonował w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 10 sierpnia 2001 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz. U. z 2001 r. Nr 88, poz. 966). Załącznik ten następnie został zawarty w rozporządzeniu zmieniającym z 17 września 2004 (Dz. U. z 2004 r. Nr 219, poz. 2230). Następnie w rozporządzeniu z 21 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. z 2006 r. Nr 247, poz. 1819) i w rozporządzeniu z 21 grudnia 2010 (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 177). Zdaniem H. Ciocha podział urodzeń martwych na poronienia i zgony, według kryterium czasowego, jest nieetyczny i bezprawny, tenże, O niektórych spomych kwestiach z zakresu prawa osobowego, [w:] Księga Jubileuszowa Prof. dr. hab. Tadeusza Smoczyńskiego, Toruń, 2008, s. 371. W literaturze medycznej okres prenatalny podzielony został na okres rozwoju listków zarodkowych, tj. od momentu zapłodnienia do trzeciego tygodnia rozwoju, okres rozwoju zarodkowego, tj. od czwartego do ósmego tygodnia od momentu zapłodnienia oraz okres rozwoju płodowego, tj. od dziewiątego tygodnia po zapłodnieniu do momentu porodu.

¹⁰⁰ Dz. U. z 2015 r., poz. 2069.

¹⁰¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 249.

¹⁰² J. Haberko, Konsekwencje prawne..., s. 76.

martwego urodzenia, wystawiona przez upoważnionego pracownika zakładu opieki zdrowotnej albo lekarza lub położną, którzy byli obecni przy urodzeniu¹⁰³.

W stanie prawnym przed 1 marca 2014 r., gdyby przyjąć kryteria zawarte w załączniku do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 września 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania¹⁰⁴, pisemne zgłoszenie urodzenia dziecka nie obejmowało poronień ani urodzeń martwych dzieci bez określenia ich płci. Powstała luka uniemożliwiająca w sposób formalny pochowanie takich dzieci. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zarówno rodziców przeżywających utratę dziecka jak i niektórych środowisk, w tym katolickich, Minister Zdrowia rozporządzeniem z dnia 21 grudnia 2006 r.¹⁰⁵ zmieniającym rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu i sposobu jej wypełnienia w § 1 pkt. 2 po wyrazach „dzieci martwo urodzonych” dodał „bez względu na czas ciąży”. Zmiana ta z jednej strony umożliwiła sporządzenie karty zgonu i pochowanie dzieci bez sporządzania aktu urodzenia, a z drugiej strony spowodowała trudności interpretacyjne, gdyż to samo zdarzenie mogło być określane przez ministerstwo zdrowia jako urodzenie martwe - w świetle przepisów rozporządzenia o pisemnym zgłoszeniu urodzenia lub poronienie – w myśl przepisów rozporządzenia dotyczącego dokumentacji medycznej. Rodziło to zrozumiałe zamęt w praktyce USC, gdyż inna była definicja martwo urodzonego w zakresie spraw związanych z dokumentacją medyczną i nie rozwiązywała w sposób wystarczający nabrzmiałego problemu pochówku dzieci, które zmarły przed urodzeniem, co do których lekarz lub położna nie byli w stanie określić płci. Pochowanie dziecka bez sporządzenia aktu urodzenia niejako wysuwało, obecnie także, poza nawias społeczeństwa, nie biorąc po uwagę podmiotowości dziecka, a ponadto nie rozwiązywało kwestii chociażby zasiłku pogrzebowego czy innych świadczeń z tytułu zgonu dziecka. W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2006 wyraźnie zdefiniowano poronienie jako wydalenie lub wydobycie z ustroju matki płodu, który nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli, o ile nastąpiło to przed upływem 22. tygodnia ciąży (21 tygodni i 6 dni).

Dokonanie w/w rozróżnienia budziło w doktrynie wątpliwości co do możliwości pochowania dziecka po poronieniu, w kontekście brzmienia art. 38 ust 2 p.a.s.c. 1986.

¹⁰³ Dz. U. z 2015 r., poz. 171.

¹⁰⁴ Dz. U. z 2004 r. Nr 219, poz. 2230.

¹⁰⁵ Dz. U. z 2007 r. Nr 1, poz. 9.

Niewątpliwie przepis ten w jakiejś mierze pozostawał w sprzeczności z przyjętymi kryteriami oceny stosowanymi przy dokonywaniu wpisów w dokumentacji dotyczących czasu trwania ciąży, poronień, urodzeń żywych i zgonów płodów, jednak mając na uwadze § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi¹⁰⁶, od 20 stycznia 2007 r. za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzone, bez względu na wiek trwania ciąży, a to w konsekwencji nakłada obowiązek pochowania zwłok również dzieci po poronieniu. W praktyce zastosowanie się przez lekarzy do tego rozporządzenia nie stanowiło problemu w przypadku zgonu płodu (martwego urodzenia), czyli po 22 tygodniu ciąży.

Zgodnie z obowiązującym do 1 marca 2015 r. § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania¹⁰⁷ dzieckiem martwo urodzonym było dziecko bez względu na czas trwania ciąży. Określenie „bez względu na czas trwania ciąży” nakazuje jednakowo traktować obumarłe zarodki (okres do 8 – 12 dnia ciąży) jak i płody (po zakończeniu okresu zarodkowego, czyli po zakończonym zagnieżdżeniu się zarodka w jamie macicy). Z definicji w praktyce klinicznej zwłoki w tak wczesnym okresie trwania ciąży nie mogły i nie mogą być zidentyfikowane. W sytuacji braku technicznej możliwości wykazania obecności płodu w materiale tkankowym po poronieniu nie ma także możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że go tam nie ma. Jeżeli do wydalenia tkanek w trakcie poronienia doszło w pełnej kontroli klinicznej i całość materiału tkankowego została zabezpieczona, można domniemywać, że zwłoki lub to, co po nich zostało w wyniku zmian pośmiertnych, mogą zostać pochowane. Dzięki temu rozwiązaniu osoby uprawnione do pochowania (np. rodzice), o których mowa w ustawie z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, mogły pochować takie dziecko. Jednakże rozwiązanie to oddziaływało również na treść rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 lutego 2005 r. w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka¹⁰⁸. Jeżeli więc, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania, doszło do martwego urodzenia, to należało również wydać pisemne zgłoszenie urodzenia dziecka, a w konsekwencji – akt urodzenia. Na zarejestrowanie (sporządzenie aktu urodzenia ze wzmianką o zgonie) dziecka, w przypadku gdy urodziło się martwe, jest tylko 3 dni, jeszcze krótszy termin przewiduje się w przypadku zgonu, o którym mowa w art. 93 ust. 1 zd. drugie

¹⁰⁶ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1783.

¹⁰⁷ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1782.

¹⁰⁸ Dz. U. z 2005 r. Nr 27, poz. 232.

p.a.s.c. *De lege ferenda* należy wydłużyć ten termin, gdyż często rodzice nie są w tym czasie w stanie załatwić wszelkich formalności potrzebnych do sporządzenia aktu urodzenia, w tym określenia płci dziecka. Wydaje się, że w tym przypadku właściwym byłby termin 21 dni, o których mowa w art. 55 ust 1 p.a.s.c.¹⁰⁹ Ponadto, ze względów organizacyjnych, mając na uwadze odczucia rodziców po stracie swojego dziecka, rejestracja dzieci martwo urodzonych powinna odbywać się w pokoju zgonów, a nie urodzeń w danym USC – chodzi przecież w tym przypadku o dokonanie rejestracji zgonu dziecka.

W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania¹¹⁰ wprowadzono od 20 stycznia 2007 r. możliwość wystawiania kart zgonu, na wniosek osób uprawnionych do pochowania, także dzieciom martwo urodzonym, bez względu na czas trwania ciąży. Karta zgonu dla dzieci martwo urodzonych wypełniana była na wniosek osób uprawnionych do pochówku. Zachowano sformułowanie „na wniosek osób uprawnionych”, co dawało możliwość wyboru tym osobom, szczególnie chodzi tu o rodziców dziecka bez względu na to, czy urodziło się ono martwe lub wskutek poronienia, czy pozostawiają dziecko w szpitalu, gdzie z reguły dochodziło do spopielenia zwłok w trybie i w sposób przewidziany we wcześniejszych przepisach, czy chcą odebrać dziecko i zorganizować pochówek¹¹¹. Tak więc **zwłoki dzieci martwo urodzonych** są chowane przez osoby uprawnione albo na wniosek osób uprawnionych zwłoki te mogą być spopielenie przez zakłady opieki zdrowotnej dysponujące odpowiednimi urządzeniami do tego celu. Często rodzice lub inni krewni zmarłego dziecka rezygnują z pochówku lub napotykają na problemy w jego organizacji, wynikające z niedoinformowania o przysługujących im prawach.

Zdarzały się, i obecnie także, choć w mniejszym nasileniu, przypadki odmowy ze strony zakładu służby zdrowia wystawienia dokumentów koniecznych do pochowania dziecka martwo urodzonego lub sporządzenia aktu. Odmowy te argumentuje się obiektywnymi trudnościami, np. z ustaleniem płci dziecka. W niektórych USC, przy rejestracji tego typu zdarzeń, istniała praktyka proszenia rodziców o wskazanie płci przy sporządzeniu aktu urodzenia dziecka na podstawie tzw. uprawdopodobnienia płci, opierającego się np. na odczuciach matki¹¹². Jeżeli kierownik USC w trybie art. 22 p.a.s.c. 1986 wystąpił do szpitala

¹⁰⁹ Por. art. 59 ust. 1 dekretu z 25 września 1945 r. prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 1945 r. Nr 48, poz. 272 ze zm.).

¹¹⁰ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1782 zm. Dz. U. z 2007 r. Nr 1, poz. 9.

¹¹¹ Wszystkie formalności związane z odebraniem ciała dziecka, transportem, pogrzebem musi załatwiać zakład pogrzebowy. Nie można przewozić zwłok samochodem prywatnym.

¹¹² Podobne stanowisko prezentował Minister Zdrowia w piśmie z 8 sierpnia 2008 r. sygn. MZ-OZD-073-17952-1/EW/09, w którym dopuszczał stosowanie przy wypełnianiu dokumentów potwierdzających urodzenie

o przesłanie zgłoszenia urodzenia dziecka martwego, zawierającego wszystkie niezbędne dane potrzebne do sporządzenia aktu urodzenia, lecz uzyskał wyjaśnienie, iż dokument zawierał wszystkie możliwe do podania dane i nie określił płci dziecka, to w takim przypadku należało wykluczyć możliwość stosowania w drodze analogii przepisu § 2 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego¹¹³, dopuszczającego przy sporządzaniu aktu zgonu osoby o nieustalonej tożsamości, wykreślenia na druku ustalonym dla aktu zgonu rubryk, w których z braku danych nie można dokonać wpisów. Przepisy art. 18 ust. 2, 34 ust.1 i 73 ust. 1 p.a.s.c. 1986 określały sytuacje, w których kierownik USC mógł dokonać z urzędu skreślenia w akcie stanu cywilnego danych, których zawierać on nie może. Nie dotyczyły one jednak braków zgłoszenia urodzenia dziecka. Obecnie obowiązujące przepisy nie przewidują procedury sporządzania aktu urodzenia na podstawie oświadczenia rodzica co do płci dziecka.

Zgodnie z uchylonym rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi¹¹⁴ pochowane powinny być zwłoki dziecka, pozostałe tkanki ludzkie są traktowane jako szczątki ludzkie. Ocena kliniczna w takich przypadkach powinna przede wszystkim pozwolić na jednoznaczne stwierdzenie, czy pacjentka była w ciąży i czy materiał tkankowy wydany samodzielnie lub uzyskany w wyniku zabiegu ginekologicznego może zawierać zwłoki ludzkie w rozumieniu rozporządzenia zmieniającego Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2006 r.¹¹⁵ Rozporządzenie to miało na celu umożliwienie dokonania pochówku płodów martwo urodzonych przed 22 tygodniem ciąży, choć stwierdzenie makroskopowe obecności tkanek płodu w materiale po poronieniu jest często niemożliwe. Wynika to przede wszystkim z niskiej masy i długości ciała związanej z wiekiem dziecka. Należy przy tym pamiętać, że często zdarza się także wydalenie pustego jaja płodowego, czyli takiego w którym zarodek się nie rozwinął lub nastąpiło jego obumarcie w początkowym okresie rozwoju. W takich sytuacjach przez jakiś czas może nie dochodzić do wydalenia jaja płodowego. Szacuje się, że stan taki może dotyczyć 37% poronień. Także w przypadku ciąży pozamacicznej w materiale z jamy macicy

martwe "uprawdopodobnienia" danych lub - gdy jest to niemożliwe - niewpisywanie niektórych danych. W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 2 lutego 2005 r. w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka zawarta była instrukcja wypełnienia pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka, zawierającego dział: I (wypełniany przez zakład opieki zdrowotnej, lekarza lub położną) i II (wypełniany przez pracownika USC) oraz uwagi definiujące m.in. urodzenie żywe i zgon płodu (urodzenie martwe), właśnie dla celów wypełnienia pisemnego zgłoszenia.

¹¹³ Zob. uchylone z dniem 1 marca 2015 r. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczania oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów (Dz. U. z 1998 r. nr 136, poz. 884 ze zm.).

¹¹⁴ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1783 zm.

¹¹⁵ Dz. U. z 2007 r. Nr 1, poz. 10.

nie będzie tkanek płodowych. W środowisku medycznym panuje przekonanie, że rozporządzenie to zostało wydane nie ze względu na zmianę stanu wiedzy medycznej, ale jako odpowiedź na pewien rodzaj zapotrzebowania społecznego w naszym kraju.

Komisja Nadzwyczajna „Przyjazne Państwo” do spraw związanych z ograniczeniem biurokracji na podstawie art. 32 ust 2 regulaminu Sejmu wniosła do Marszałka Sejmu VI kadencji w dniu 19 stycznia 2011 r. projekt ustawy nowelizującej ustawę p.a.s.c. 1986. Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym 3941 składał się z 2 artykułów. Nowelizujący przepis art. 1 zakłada zmianę w art. 40 p.a.s.c. 1986 poprzez dodanie po ust.2 kolejnego ust. 2a w brzmieniu: „Do aktu urodzenia nie wpisuje się imienia (imion) i płci dziecka, jeżeli w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka nie wskazano płci”, natomiast ust. 3 pkt. 7 otrzymałby brzmienie: określenie płci, ciężaru i długości dziecka – jeżeli to możliwe. Przepis końcowy art. 2 ustawy, określający termin wejścia w życie ustawy, nie przewidywał *vacatio legis* i zakładał, że ustawa wejdzie w życie po upływie 3 miesięcy od dnia jej ogłoszenia.

Projektowana ustawa, zdaniem pomysłodawców, miała na celu umożliwienie wydania pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka i aktu urodzenia w sytuacji, gdy doszło do martwego urodzenia dziecka, jeżeli utrudnione albo wręcz niemożliwe jest ustalenie makroskopowo płci, ciężaru ciała lub długości płodu¹¹⁶. Podkreślono, że w praktyce często występują problemy z ustaleniem płci, ciężaru lub długości ciała dziecka martwo urodzonego ze względu na wystąpienie martwego urodzenia na bardzo wczesnym etapie ciąży i - pomimo że zgodnie z prawem mamy do czynienia z martwym urodzeniem dziecka – niepodanie tych danych w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka nie tylko uniemożliwia, jak podano w uzasadnieniu, wydanie ale i sporządzenie aktu urodzenia dziecka. Proponowana zmiana, zdaniem projektodawców, miała także na celu umożliwienie wpisywania do pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka danych dotyczących płci, ciężaru ciała lub długości płodu, jedynie w sytuacji gdy jest to możliwe, gdyż – jak słusznie podkreślono – nie sposób oczekiwać od zakładu opieki zdrowotnej, aby podawał informacje, których nie jest w stanie ustalić¹¹⁷. Podkreślono, że zmiana jest konsekwencją treści § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania, gdzie jednoznacznie przesądzone, że do martwego urodzenia dochodzi bez względu na czas trwania ciąży. Z kolei konsekwencją zmiany dokonanej w art. 40 ust. 3 pkt. 7 ustawy jest dodanie nowego ust. 2a w art. 40, zgodnie z którym do aktu urodzenia nie wpisuje się imienia (imion) i płci dziecka, jeżeli w pisemnym urodzeniu dziecka nie wskazano płci.

¹¹⁶ Zob. uzasadnienie do projektu.

¹¹⁷ Zob. uzasadnienie do projektu.

Była to propozycja o tyle dziwna, co wręcz absurdalna. Po pierwsze, z brzmienia przepisu nowelizującego art. 40 p.a.s.c. 1986 poprzez dodanie ust 2a nie wynika, aby odnosił się on jedynie do dzieci martwo urodzonych. Jedynie w uzasadnieniu odwołano się do takiej sytuacji. Tak więc można sobie było wyobrazić sytuację, w której w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka lekarz lub położna nie wpisze płci dziecka z różnych powodów niewymienionych w uzasadnieniu, czy więc i w takiej sytuacji należałoby sporządzić akt urodzenia? Po drugie, projekt ustawy, gdyby był przyjęty w proponowanej wersji, byłby niemożliwy do realizacji, ponieważ nie reguluje sprawy nazwiska dziecka, jakie ma być wpisane do aktu urodzenia. Brzmienie nazwiska dla większości Polaków jest zależne od płci osoby. A więc płeć dziecka musi być określona, brak płci i imienia dziecka spowodowałby niewpisanie do aktu urodzenia nazwiska dziecka, np. Kowalski czy Kowalska. W celu rozwiązania tej sytuacji zaproponowano w debacie dwa rozwiązania. Pierwsze – poprzez zmianę p.a.s.c. 1986 w ten sposób, aby płeć i imię dziecka martwo urodzonego ustalali rodzice poprzez złożenie kierownikowi USC oświadczenia w tym zakresie, uwzględniające treść art. 50 ust.1 p.a.s.c.1986, tj. że imię musi odróżniać płeć dziecka. Tak więc w projekcie ustawy o zmianie ustawy-Prawo o aktach stanu cywilnego w art. 1 ust.1. po ust.2 dodaje się ust.2a w brzmieniu *Jeżeli w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka brak jest określenia płci dziecka, rodzice mogą złożyć kierownikowi urzędu stanu cywilnego pisemne oświadczenie o wskazaniu płci dziecka*. Oświadczenie takie byłoby złożone na podstawie wcześniejszych wyników badań USG lub w oparciu o odczucia matki. Z pewnością uzależnienie wpisania płci dziecka jedynie od oświadczenia rodziców nie rozwiązywało problemu określenia tożsamości dzieci, co do których rodzice z różnych powodów nie będą aktywnie uczestniczyli w postępowaniu zmierzającym do sporządzenia aktu urodzenia. Rozwiązanie to jednak w większym stopniu niż dotychczas miało gwarantować dziecku jego prawo do imienia i nazwiska będącego elementem jego tożsamości i realizować postanowienia art. 7 ust 1 KPD stanowiącego, że „Niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia (...)”. A także art. 8 KPD, w którym w ust 1. czytamy „Państwa-Strony podejmują działania mające na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska, stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, z wyłączeniem bezprawnych ingerencji. 2. W przypadku, gdy dziecko zostało bezprawnie pozbawione części lub wszystkich elementów swojej tożsamości, Państwa-Strony okażą właściwą pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia jego tożsamości”. Za przyjęciem tego rozwiązania przemawiała również przewidziana już na gruncie p.a.s.c. 1986 możliwość kształtowania

imienia dziecka np. przy sporządzaniu aktu urodzenia na podstawie oświadczenia rodziców w trybie art. 42 ust 2 p.a.s.c 1986 (wskazanie imienia ojca) czy 51 p.a.s.c. 1986 (o zmianie imion dziecka). Propozycja ta nie obejmowała natomiast sytuacji zgonu dziecka o nieustalonej tożsamości – art. 68 ust. 1 pkt. 2 p.a.s.c.1986, gdy nie da się w badaniu makroskopowym ustalić płci dziecka, dlatego druga propozycja zmierzała do zmiany przepisów, do wydania których kompetencje posiada minister zdrowia, w ten sposób, że na zakładach służby zdrowia spoczywałby wyraźny obowiązek określenia płci dziecka martwo urodzonego, mając na uwadze fakt możliwości określenia płci dziecka praktycznie we wszystkich sytuacjach, które stwarzają trudności przy sporządzeniu aktu urodzenia. Określenie płci dziecka i jego kodu genetycznego mogłoby w ewidentny sposób pomóc przy ustaleniu pochodzenia dziecka od określonej kobiety w przypadku porzucenia dziecka¹¹⁸.

Ostatecznie propozycja nowelizacji p.a.s.c. 1986 zawarta w druku sejmowym 3941 spotkała się z aprobatą rządu, który w dniu 18 maja 2011 r. zajął negatywne stanowisko stwierdzając, że „sposób dokonania tych zmian proponowany w niniejszym projekcie nie zasługuje na aprobatę, z punktu widzenia rejestracji stanu cywilnego, jeżeli akty nie będą zawierały podstawowych danych określających stan cywilny osoby”. W toku prac legislacyjnych doszło do zmiany przedmiotu regulacji, tzn. zrezygnowano z nowelizowania ustawy p.a.s.c. 1986 na rzecz wprowadzenia zmian do ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych¹¹⁹ i ustawą z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych¹²⁰ wprowadzono zmiany w art. 11 przez dodanie ust 5a w brzmieniu „w przypadku dziecka martwo urodzonego, bez względu na czas trwania ciąży, dla którego na wniosek osoby uprawnionej do pochowania, o której mowa w art. 10 ust. 1, sporządzono kartę zgonu, dla celów określonych w ust. 5 nie jest wymagana adnotacja urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu.” Tak więc zagadnienie pochówku zwłok dziecka bez względu na czas trwania ciąży na podstawie karty zgonu bez wymagania adnotacji urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu jest uregulowane wprost w ustawie. Sporządzenie aktu urodzenia z adnotacją o zgonie w razie urodzenia martwego nie może mieć więc istotnego znaczenia dla rozważanego zagadnienia, zwłaszcza że stanowisko przeciwne prowadziłoby do różnicowania pozycji prawnej płodu w zależności od tego, czy akt został sporządzony z uwagi na stopień jego rozwoju, tj. możliwości ustalenia płci.

¹¹⁸ Należy odrzucić zarzut o zbyt kosztownym postępowaniu przy genetycznym ustaleniu płci dziecka, gdyż jest to koszt do 500 zł.

¹¹⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2126.

¹²⁰ Dz. U. z 2011 r. Nr 144, poz. 853.

Zmiany, jakie wprowadziła nowa ustawa p.a.s.c., należy ocenić pozytywnie, choć nie są one wystarczające i w pełni zadowalające. Zmianą oczekiwaną było z pewnością określenie wzoru odpisu skróconego aktu urodzenia dziecka, które urodziło się martwe (art. 33 pkt 1 lit. d p.a.s.c.) oraz określenie treści tego aktu wraz z adnotacją, że dziecko urodziło się martwe (art. 48 ust 2 p.a.s.c.) oraz wyraźne określenie podstawy sporządzenia (art. 53 ust 1 p.a.s.c.). Pozostały jednak dawne mankamenty, o których była mowa wyżej, a których nowe regulacje w zakresie rejestracji stanu cywilnego nie usunęły. Chodzi m.in. o treść art. 54 ust 3 zd. trzecie p.a.s.c. Termin, jak wcześniej wspomniano, do rejestracji dziecka martwo urodzonego powinien być dłuższy niż zakreślony w art. 55 ust 1 p.a.s.c.

Wybrane zagadnienia rejestracji dzieci martwo urodzonych na tle orzeczeń sądów administracyjnych

W pierwszej zaprezentowanej sprawie rodzice dziecka wnieśli o sporządzenie pisemnego zgłoszenia martwego urodzenia dziecka w przypadku poronienia samoistnego ciąży 6 tygodniowej poza zakładem opieki zdrowotnej. Wobec braku urodzin dziecka szpital nie określił, czy dziecko urodziło się żywe czy martwe, nie dokonał identyfikacji płci płodu z uwagi na zbyt wczesną fazę ciąży. Nie uprawdopodobniono płci dziecka, ponieważ matka dziecka nie potrafiła jednoznacznie określić swoich odczuć co do płci spodziewanego dziecka. WSA stwierdził, że istotnie brak określenia płci dziecka uniemożliwia sporządzenie aktu urodzenia, jest to bowiem jeden z podstawowych – jak wynika z treści art. 40 p.a.s.c.1986 – wpisów w akcie urodzenia. Nie jest to jednak, zdaniem WSA, brak nieusuwalny¹²¹.

W kolejnej sprawie Kierownik USC odmówił sporządzenia aktu urodzenia dziecka martwo urodzonego ze względu na brak w karcie zgonu określenia płci. W ocenie kierownika USC, płeć określona przez lekarza jest jedną z cech niezbędnych i wymaganych do sporządzenia aktu, a zatem na podstawie zgłoszenia bez określonej płci kierownik USC nie może sporządzić aktu urodzenia. Organ administracyjny II instancji stwierdził, że w niniejszej sprawie wydanie aktu stanu cywilnego z określeniem imienia i płci byłoby *de facto* administracyjnym rozstrzygnięciem, co wykracza poza kompetencje kierownika USC.

Sąd podzielił stanowisko organów rejestrujących stan cywilny, że niewskazanie w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka martwego, wystawionym przez szpital, danych dotyczących m. in. płci dziecka, daty i miejscowości urodzenia dziecka, uniemożliwiło

¹²¹ Wyrok WSA we Wrocławiu z 23 listopada 2010 r. sygn.akt IV SAB/Wr 37/10.

sporządzenie na podstawie tego zgłoszenia aktu urodzenia dziecka. Ustalił ponadto, że p.a.s.c. 1986 nie zawierał przepisów, które kierownikowi USC dawałyby podstawę do czynienia z urzędu ustaleń uzupełniających treść pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka w celu sporządzenia aktu jego urodzenia¹²².

W innym orzeczeniu NSA wyraźnie stwierdził, że wpis w karcie zgonu, iż "płeć jest nie do określenia", stanowi brak danych, który uniemożliwia sporządzenie aktu urodzenia¹²³.

Kolejny wyrok został wydany w podobnym stanie faktycznym, w którym złożono wniosek o zarejestrowanie karty zgonu martwo urodzonego dziecka, w której to karcie w rubryce dotyczącej płci wpisano "płeć nie do określenia". Sąd uznał, że jeżeli zarejestrowanie zgonu następuje w formie aktu zgonu, to na przedkładanej administracji cmentarza, w celu pochowania zwłok, karcie zgonu winna być umieszczona przez kompetentnego pracownika lub kierownika USC adnotacja o sporządzonym w księgach stanu cywilnego akcie zgonu, a nie o zarejestrowaniu tejże karty zgonu. W przypadku martwo urodzonego dziecka, taka adnotacja na karcie zgonu poczyniona być nie może wobec brzmienia art. 38 ust. 2 p.a.s.c. 1986¹²⁴.

Zakończenie

Z zadowoleniem należy przyjąć inicjatywę ustawowego uregulowania sprawy sporządzenia aktu urodzenia dla dziecka martwo urodzonego. Dotychczasowa odmowa sporządzenia aktu urodzenia z powodu niepodania w pisemnym zgłoszeniu urodzenia martwego dziecka jego płci była źródłem ciągłych konfliktów pomiędzy kierownikami USC a rodzicami dziecka (odmowne decyzje były zaskarżane do WSA).

W zakresie prawa do życia, ochrony zdrowia i prawa do pochowania dziecko poczęte, niezależnie czy urodzi się ono żywe czy martwe, ma bezwarunkową zdolność prawną. Nie sposób bowiem przyjąć, że realizacja uprawnienia rodziców do pochowania swojego dziecka miałaby być uzależniona od ustalenia jakiejś cezury, np. 22 tydzień ciąży.

Jeżeli chodzi o możliwość pochowania dzieci martwo urodzonych bez względu na czas trwania ciąży, rodzi to określone konsekwencje prawno- medyczne. Nie negujemy praw określonych osób do pochowania dziecka, które urodziło się martwe lub szczątków dziecka, które zmarło w trakcie ciąży, gdyż wszystkie szczątki ludzkie i zwłoki powinny być pochowane na cmentarzu. Nie budzi wątpliwości fakt, że znaczna część osób, które

¹²² Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 20 października 2010 r., sygn.akt II SA/Go 647/10.

¹²³ Wyrok NSA z 1 kwietnia 2009 r. sygn.akt II OSK 464/08 (niepubl.)

¹²⁴ Wyrok WSA w Bydgoszczy w sprawie wyroku z 22 października 2007 r., sygn.akt II SA/Bd 621/07.

przeżywają poronienie na równi ze śmiercią dziecka z ciąży donoszonej, chce nadania dziecku osobowości, także w wymiarze publiczno-prawnym.

W praktyce zdarzają się przypadki, kiedy rodzice chcą pochować resztki po poronieniu, mimo braku dowodu obecności tkanek płodu w badaniu histopatologicznym. Trudno więc, w przypadku gdy brak jest zwłok dziecka w jakiegokolwiek postaci, pochować dziecko. Co więcej, w każdym przypadku, w którym nie można wykluczyć ciąży, rodzi się pytanie, czy kobieta może domagać się prawa do pochówku i wypłaty zasiłku pogrzebowego, urlopu macierzyńskiego, itp.? Należy się zastanowić, czy samo potwierdzenie ciąży jest warunkiem wystarczającym do przyjęcia „urodzenia dziecka martwego”, czy są nim zwłoki, tj. po urodzeniu lub poronieniu stwierdza się, że są zwłoki dziecka (zarodek, płód), które zgodnie z przepisami należy pochować. Czy opowiedzenie się za drugą możliwością wyklucza ewentualność pochowania „resztek po poronieniu” bez stwierdzenia w nich płodu? Wydaje się że nie, gdyż należy je potraktować jako szczątki ludzkie.

Możliwość pochowania zwłok lub szczątków ludzkich nie powinna być ograniczona przez prawo, a jedynie możliwościami technicznymi i stwierdzeniem zwłok lub szczątków ludzkich¹²⁵. Pochowanie dziecka martwo urodzonego jest prawem, a nie obowiązkiem osób uprawnionych. Oprócz tego, na wniosek osób uprawnionych do pochówku, zwłoki te mogą być spopielone przez zakłady opieki zdrowotnej.

De lege lata mamy do czynienia z dwiema definicjami martwego urodzenia. Inną definicją posługiwać należy się w zakresie spraw obejmujących dokumentację a medyczną, a inną definicją posługiwać należy się w przypadku aktów stanu cywilnego i sporządzenia karty martwego urodzenia. Niestety, przy okazji wprowadzenia nowej ustawy p.a.s.c. nie ujednolicono tych różnic terminologicznych. Przyjąć należy dalej, że skoro karta martwego urodzenia dziecka, określona w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 12 stycznia 2015 r., nie stanowi dokumentacji medycznej, nie mają do niej zastosowania definicje zawarte w załączniku do rozporządzenia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania, wprowadzające rozróżnienie na martwe urodzenie i poronienie.

¹²⁵ W sprawie Hadri-Vionnet przeciwko Szwajcarii, dotyczącej uniemożliwienia matce udziału w pogrzebie martwo urodzonego dziecka, ETPCz potwierdził, że art. 8 stosuje się w związku z uprawnieniem matki do udziału w pogrzebie martwo urodzonego dziecka, połączonym z właściwą ceremonią oraz domagania się, by zwłoki zostały przetransportowane na cmentarz odpowiednim samochodem. Z kolei w orzeczeniu Tătar przeciwko Rumunii z 27 stycznia 2009 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 67021/01, w § 113 Trybunał podkreślił, iż do Państwa należy takie zorganizowanie swoich służb i przeszkolenie urzędników, aby potrafili spełnić wymagania konwencji, zwłaszcza w dziedzinie tak intymnej i wrażliwej, jak sposób postępowania ze zwłokami osoby bliskiej, przy którym wymagany jest szczególnie duży stopień staranności i delikatności.

Przepisy odnoszące się do dzieci martwo urodzonych na gruncie p.a.s.c. i aktów wykonawczych do tej ustawy nie harmonizują w pełni z poglądami i regulacjami prawnymi dotyczącymi podmiotowości prawnej nasciturusa, nie zabezpieczają w dalszym ciągu w sposób należyty jego praw, jak również praw osób najbliższych.

Zina KroczeK-Sawicka¹

Ochrona prawa do wizerunku małoletniej ofiary przestępstwa

Wprowadzenie

Polska ustawa zasadnicza w artykule 72 stanowi: „Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją”². Przepis ten nie został ograniczony do konkretnej sfery życia. Na każdym z nas ciąży więc szczególny prawny obowiązek dbania o prawa dziecka wszędzie tam, gdzie może dojść do ich naruszenia. W kontekście przedmiotowych rozważań, zasadne wydaje się pytanie czy prawidłowo wywiązujemy się z tego fundamentalnego obowiązku. Istnieją bowiem obszary, w których dobro dziecka ustępuje innym wartościom, takim jak wolność prasy czy prawo do informacji. W dobie komercjalizacji mediów powszechne stało się rozpowszechnianie sensacji okraszonej drastycznością przekazu, nierzadko naruszającej godność dziecka. W monografii „Ochrona danych osobowych i wizerunku ofiary przestępstwa”³, możemy znaleźć następujące wspomnienie I. Lipowicz. „W 2011 r. zwróciła się do nas pokrzywdzona, która w dzieciństwie doznała niebywalej traumy. Dokonano zabójstwa jej matki, a także usiłowano pozbawić życia zarówno ją, jak i innego członka jej rodziny. Wraz z rodziną opuściła ona rodzinną miejscowość, by przejść długoletnią terapię, albowiem nie mogła uporać się ze stresem pourazowym. Kilkanaście lat po tych wydarzeniach w mediach opublikowano artykuł na temat tej zbrodni, w którym opisano drastyczne szczegóły, nawet te, które dotąd nie były znane samym pokrzywdzonym. Bez zgody pokrzywdzonych ujawniono także ich dane osobowe, co pozwalało na identyfikację przez otoczenie. Co więcej, traumatyczne

¹ Mgr, doktorantka, Uniwersytet w Białymstoku.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, z 02.04.1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

³ L. Mazowiecka (red.), Ochrona danych osobowych i wizerunku ofiary przestępstwa, Warszawa 2014.

wspomnienia odżyły, a pokrzywdzone panie zostały narażone na wtórną wiktymizację, jak określamy sytuację ponownej krzywdy”⁴. Choć w podanym przykładzie krzywdy ze strony mediów doświadczyła już dorosła osoba, to jednak sytuacja ta obrazuje, jak potężną siłą dysponują środki masowego przekazu.

Możemy postawić pytanie o skuteczność instrumentów służących ochronie prawa do wizerunku osób pełnoletnich. O ile istotniejsze jest jednak zagadnienie stworzenia skutecznych regulacji ochrony prawa do wizerunku małoletnich ofiar przestępstwa. Osób, które są bezbronne w swojej krzywdzie.

W związku z powyższym, przyjrzę się regulacjom zawartym w polskim oraz unijnym systemie prawnym, które dotyczą tej materii oraz sformułuję wnioski *de lege ferenda*.

Pojęcie wizerunku w polskim systemie prawnym

Prawo do ochrony danych osobowych oraz wizerunku, jest gwarantowane przez polską ustawę zasadniczą, która w art. 51 ust. 1 stanowi: „nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby”. Wizerunek jest dobrem osobistym osoby, którą przedstawia⁵. Stanowi o tym art. 23 kodeksu cywilnego⁶, wymieniając to dobro wśród innych, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna i racjonalizatorska. Artykuł 24 k.c. mówi o tym, że w przypadku gdy dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, można żądać jego zaniechania, a jeśli dobro już zostało naruszone – domagać się złożenia oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie, jak również zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny, a jeżeli skutkiem działania była szkoda majątkowa, można domagać się jej naprawienia na zasadach ogólnych. O wizerunku mówi także art. 81 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁷. Zgodnie z nim „rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej. W braku wyraźnego zastrzeżenia zezwolenie nie jest wymagane, jeżeli osoba ta otrzymała umówioną zapłatę za pozowanie”. Kluczową regulacją w kontekście przedmiotowych rozważań, jest niewątpliwie art. 13 ust. 2 ustawy prawo prasowe⁸. Stanowi

⁴ I. Lipowicz w: L. Mazowiecka (red.), *Ochrona...*, s. 24.

⁵ E. Ferenc- Szydelko, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 629.

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r., Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 Nr 16 poz. 93 ze zm.

⁷ Ustawa z 04.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83 ze zm.

⁸ Ustawa z 26.01.1984 r. Prawo prasowe, Dz.U. 1984 Nr 5 poz. 24 ze zm.

on bowiem, że „nie wolno publikować w prasie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, jak również danych osobowych i wizerunku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych, chyba że osoby te wyrażą na to zgodę”. Przepis ten ma zapewnić szczególną ochronę osobom występującym w postępowaniu karnym w określonych rolach procesowych, ze względu na ich bezpieczeństwo, a także ochronę ich sfery prywatnej⁹. Czytając powyższe regulacje można odnieść wrażenie, że prawo do wizerunku jest w Rzeczypospolitej solidnie chronione. Musimy jednak uświadomić sobie, że obecnie pojęcie wizerunku jest rozumiane szeroko. Zdaniem SA w Warszawie¹⁰ „na wizerunek w rozumieniu przepisów składa się ogół zewnętrznych cech, które charakteryzują daną osobę. Innymi słowy, wizerunek definiowany jest jako wygląd człowieka, jego podobizna, obraz fizyczny. Według niektórych w te ramy włączyć można dodatkowe elementy identyfikujące, np. okulary, fryzurę czy nawet szczególną linię profilu bądź charakterystyczny cień. W każdym przypadku chodzi o cechy immanentnie związane z konkretną osobą fizyczną, dla niej znamienne i pozwalające na jej rozpoznawalność”. Z kolei SA w Katowicach¹¹ uznał, że „przez pojęcie wizerunku należy rozumieć każdą podobiznę bez względu na technikę wykonania, a więc fotografię, rysunek, wycinankę sylwetki, film, przekaz telewizyjny bądź przekaz wideo (...)”. Na tle przytoczonych opinii judykatury, zasadne wydaje się pytanie czy obowiązujące w polskim systemie prawnym regulacje, są wystarczające do skutecznej ochrony szeroko rozumianego prawa do wizerunku małoletnich ofiar przestępstwa. Uważam, że polskie ustawodawstwo jest niezwykle ubogie, jeżeli chodzi o omawianą materię. Słuszne wydaje się więc sięgnięcie do prawa unijnego.

Ochrona prawa do wizerunku ofiary przestępstwa w prawie unijnym

Najważniejszym aktem w tej dziedzinie wydaje się być dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 2012 roku¹², ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Już w preambule, która jak wiadomo wyraża cele oraz wartości, na których opiera się dana regulacja, w jej punkcie 54 czytamy „ochrona prywatności ofiary może być jednym z istotnych sposobów zapobiegania wtórnej lub ponownej wiktyimizacji, zastraszaniu i odwetowi oraz może zostać zrealizowana poprzez

⁹ Wyrok SA w Krakowie z 19.09.2012 r., sygn.IACa 703/12, LEX.

¹⁰ Wyrok SA w Warszawie, z 22.05.2015 r., sygn.IACa 1741/14, LEX.

¹¹ Wyrok SA w Katowicach, z 28.05. 2015 r., sygn.IACa 158/15, LEX.

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE, z 25.10.2012 r., ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW, Dz.U.UE.L.2012.315.57 z dnia 2012.11.14.

szeroki zakres środków, w tym nieujawnianie informacji dotyczących tożsamości i miejsca pobytu ofiary lub ograniczenie dostępu do takich informacji. Taka ochrona ma szczególne znaczenie w przypadku ofiar, którymi są dzieci i obejmuje nieujawnianie imienia i nazwiska dziecka (...). Istotny jest art. 21 cytowanej dyrektywy. Zgodnie z nim „państwa członkowskie zapewniają, by właściwe organy mogły przyjmować podczas postępowania karnego odpowiednie środki w celu ochrony prywatności, w tym ochrony cech osobowych ofiary uwzględnianych w indywidualnej ocenie przewidzianej w art. 22 oraz wizerunku ofiar i członków ich rodzin. Ponadto państwa członkowskie zapewniają, by właściwe organy mogły podejmować wszelkie zgodne z prawem środki w celu zapobieżenia publicznemu rozpowszechnianiu wszelkich informacji, które mogłyby prowadzić do zidentyfikowania dziecka będącego ofiarą”. Co równie ważne, ustęp drugi omawianego artykułu nakłania państwa członkowskie do zachęcania mediów do przyjmowania środków samoregulacyjnych. Stanowisko Unii w kwestii ochrony prawa do wizerunku dziecka-ofiary przestępstwa wydaje się być bezsporne. Państwo ma dbać o prawo do prywatności osób pokrzywdzonych przestępstwem, a szczególną ochroną mają być objęte dzieci, czyli zgodnie z dyrektywą, osoby poniżej 18 roku życia (art. 2 pkt 1 lit. c). Państwo obowiązane jest ustanowić takie środki prawne, dzięki którym strzeżone będą wszelkie informacje, które mogłyby prowadzić do zidentyfikowania dziecka będącego ofiarą.

Ochrona prawa do wizerunku ofiary przestępstwa w prawie polskim

Implementując omawianą dyrektywę, polski ustawodawca uchwalił w 2014 roku ustawę o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka¹³. Choć akt ten oceniam pozytywnie, ponieważ niewątpliwie wzmacnia pozycję pokrzywdzonego, to jednak brakuje w nim przepisów chroniących prawo do wizerunku małoletnich ofiar przestępstwa, o których dyrektywa mówi przecież wprost. Z uwagi na to, że w celu ochrony prywatności i danych osobowych ofiar, w szczególności dzieci, państwa członkowskie mają zachęcać media do przyjmowania środków samoregulacyjnych, w mojej opinii polski ustawodawca powinien zamieścić stosowny zapis w ustawie prawo prasowe. Dzięki temu zostałby spełniony obowiązek prawidłowej implementacji aktu unijnego oraz osiągnięty cel w postaci ochrony prawa do prywatności małoletnich ofiar przestępstwa. Warto przypomnieć, że zgodnie z art. 13 ust. 2 ustawy prawo prasowe, nie wolno publikować w prasie danych osobowych i wizerunku pokrzywdzonych i poszkodowanych, chyba że osoby te wyrażą na to zgodę.

¹³ Ustawa z 28.11. 2014 r., o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, Dz.U. z 2015 poz. 21 ze zm.

Uważam, że taki zapis to za mało, zwłaszcza, jeżeli chodzi o dzieci. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że w Rzeczypospolitej nie ma problemu naruszania przez media prawa do wizerunku ofiar przestępstwa, o czym świadczy niska liczba powództw dotycząca tej materii¹⁴. Mała liczba spraw cywilnych o naruszenie dóbr osobistych małoletnich ofiar przestępstwa, nie jest wynikiem tego, że do takich naruszeń nie dochodzi. Postępowanie sądowe wiąże się z dodatkowym cierpieniem i stresem, którego ofiary i ich rodziny zwyczajnie chcą uniknąć. O istniejącym problemie nie świadczy więc statystyka orzecznicza, a rzeczywistość.

Wnioski i postulaty

W świetle powyższych uwag, sądzę, że właściwe byłoby uzupełnienie obowiązującego art. 13 ustawy prawo prasowe, o jeszcze jeden ustęp. Jego treść mogłaby brzmieć następująco:

jeżeli ofiarą czynu zabronionego jest dziecko, nie wolno podawać w przekazach medialnych jego prawdziwych danych osobowych, inicjałów, zdjęć i podobizn oraz takiego opisu zdarzeń, który umożliwiłby środowisku lokalnemu zidentyfikowanie pokrzywdzonego.

Na potrzeby ustawy właściwy byłby także zapis, który znalazł się w cytowanej dyrektywie, tj:

W przypadku, gdy niemożliwe jest ustalenie wieku ofiary, a istnieją powody, by sądzić, że ofiarą jest dziecko, ofiarę tę do celów niniejszej ustawy uznaje się za dziecko (art. 24 pkt 2 dyrektywy). Aby prawo do wizerunku dziecka pokrzywdzonego przestępstwem rzeczywiście było respektowane, proponuję także umieścić normatywną definicję ofiary, tak, by nie było wątpliwości, kto jest przez daną regulację chroniony. Warto zauważyć, że ani w kodeksie karnym, ani w kodeksie postępowania karnego, ustawodawca nie posłużył się terminem „ofiara”. Jego definicję możemy natomiast znaleźć w ustawie z 07.07.2005 roku, o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych czynów zabronionych¹⁵. Zgodnie z nią, za ofiarę uznaje się osobę fizyczną, która na skutek czynu zabronionego poniosła śmierć albo doznała ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia, trwających dłużej niż 7 dni (art. 2 pkt 1 ustawy). Uważam, podana definicja w kontekście ochrony prawa do wizerunku małoletniej ofiary przestępstwa,

¹⁴ B. Wróblewski, Bezimienne ofiary nie krzyczą. O ochronie danych osobowych i wizerunku ofiary przestępstwa, w: L. Mazowiecka (red.), Ochrona..., s. 88.

¹⁵ Ustawa z 07.07.2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych czynów zabronionych, Dz.U. 2005 nr 169, poz. 1415 ze zm.

jest zbyt wąska. Nie obejmuje ona bowiem wszystkich przypadków pokrzywdzenia dziecka, jak chociażby krzywdy psychicznej. W tym przypadku także zasadne jest odwołanie się do dyrektywy z 2012 roku, gdzie w słowniczku wytłumaczono pojęcie ofiary. Zgodnie z prawem unijnym, jest to osoba fizyczna, która doznała szkody, w tym krzywdy fizycznej, psychicznej, moralnej lub emocjonalnej lub straty majątkowej, bezpośrednio spowodowanej przestępstwem, a także członkowie rodziny osoby, której śmierć była bezpośrednim skutkiem przestępstwa, jeżeli doznali oni szkody w wyniku śmierci tej osoby (art. 2 pkt 1 lit. a dyrektywy).

Sądzę, że wprowadzenie do polskiego ustawodawstwa jasnych, czytelnych regulacji odnoszących się bezpośrednio do dzieci, pozytywnie wpłynęłoby na skuteczność ochrony ich prawa do wizerunku.

Podsumowanie

W polskim systemie prawnym brakuje regulacji chroniących prawo do wizerunku małoletnich ofiar przestępstwa. Brak konkretnych norm prawnych i fakt, że podmiotem omawianego prawa jest dziecko a więc podmiot słabszy powoduje, że wizerunek małoletnich ofiar przestępstwa jest w przekazach medialnych często bezprawnie wykorzystywany. Dzieci będące ofiarami czynu zabronionego, powinny zostać otoczone szczególną ochroną, gdyż bardziej niż dorośli narażeni są na wtórną wiktymizację, zastraszanie czy stygmatyzowanie przez środowisko rówieśnicze. Niezbędne jest więc stworzenie takich warunków, by nie przysparzać dzieciom dodatkowych cierpień wynikających z ich niewłaściwego traktowania przez otoczenie. Konieczne są takie regulacje, by w imię wolności mediów czy prawa do informacji, dzieciom-ofiarom nie przydarzyło się powtórne zło. Kamuflowanie tożsamości małoletnich pokrzywdzonych, winno być standardem w pracy dziennikarza. Media to potężna broń, której niewłaściwe wykorzystanie może prowadzić do pogłębienia u dzieci szkód doznanych przestępstwem lub powstanie nowych. Pamiętajmy, że osoby małoletnie nie posiadają zdolności do działań procesowych, przez co nie mogą samodzielnie dochodzić realizacji swych praw. Ich opiekunowie prawni, chcąc oszczędzić dzieciom-ofiarom dodatkowych cierpień, nie decydują się na wystąpienie na drogę sądową, woląc np. zmienić szkołę czy miejsce zamieszkania. Osobną kwestią jest sytuacja, gdy dziecko jest ofiarą swoich opiekunów, a więc osób, które powinny strzec jego praw. Należy także podkreślić, że to Konstytucja nakłada na każdego z nas obowiązek dbania o dobro dziecka. W związku z powyższym uważam, że niezbędne jest uzupełnienie polskiego ustawodawstwa

o proponowane zapisy. Dzięki temu ochrona praw dziecka, w tym prawa do wizerunku małoletniej ofiary przestępstwa, nie będzie jedynie postulatem. Należy również pamiętać, że zgodnie z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁶, winniśmy tak implementować dyrektywy, by został osiągnięty cel w nich wyrażony (art. 288 t.f.u.e.). Skoro więc akt Parlamentu Europejskiego i Rady wymaga od państw członkowskich ochrony prywatności dzieci-ofiar przestępstwa po to, by zapobiegać wtórnej wiktymizacji, zastraszaniu czy odwetowi, obowiązani jesteśmy wprowadzić stosowne regulacje w polskim ustawodawstwie.

¹⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 326 z 2012 r., ze zm.

Artur Ławniczak¹

Narodziny i dzieciństwo państwowości

Państwo, podobnie jak wszystkie inne związane z aktywnością rodzaju ludzkiego kreacje, nie jest odwiecznym bytem, w związku z czym ma ono swoje początki, co oznacza, że w jakimś momencie historii pojawia się na arenie dziejów, aby stawiać na niej pierwsze, niepewne kroki, poprzedzające ewentualne ustakowanie się poprzez zajęcie solidnej pozycji w międzynarodowej społeczności. Póki to nie nastąpi, to znajduje się ono na wczesnym etapie swego rozwoju, jak najbardziej porównywalnym z zaczątkowym okresem ludzkiego żywota.

Jego inauguracja objawia się krzykiem wydobytego z matczynego łona człowieka, który jest odpowiednikiem nagłaśnianej *urbi et orbi* Deklaracji Niepodległości, oznaczającej rozbrat z macierzą, rozumianą jako istniejąca już państwowość, którą porzucają emancypujący się od niej secesjoniści. Może być też tak, choć dzisiaj ten wariant jest trudny do przeprowadzenia ze względu na rozpanoszenie się rozmaitych państw na Ziemi, że zamiast oddzielonej od wcześniej istniejącej struktury mamy do czynienia z amorficznym w instytucjonalnym wymiarze konglomeratem przedpaństwowego społeczeństwa, „stającego na nogi” wskutek dziarskich dźwięków państwowotwórczej trąbki. Uświadamia ona słuchającym jej akustycznych zachęt ludziom, że tworzą oni polityczną wspólnotę, która dojrzała do tego, aby zinstytucjonalizować ją, dzięki czemu przybierze postać umożliwiającą oficjalną koegzystencję z innymi członkami „rodziny narodów”.

Powiększa się ona zatem wówczas, gdy dotychczas współkonstytuujące ją podmioty przyjmują do wiadomości, że trzeba trochę się posunąć, aby stworzyć miejsce dla nowego bytu, domagającego się własnego „miejsca pod Słońcem”. Uznanie takiej konieczności przejawia się w potwierdzaniu istnienia już funkcjonujących organizacji społeczno-

¹ Dr hab., Uniwersytet Wrocławski.

politycznych, aspirujących do uzyskania wzbudzającej niezmiennie pożądanie państwowej rangi, której prawnopolityczne potwierdzenie jest wciąż uznawane za „niezbędny glejt”, bez którego można być tylko pariasem, „wycierającym pańskie progi” i zaglądającym tęsknie przez okna do salonu, gdzie we własnym gronie „szlachetnie bawi się państwo”.

Jeśli postanowi ono, że możliwe jest rozszerzenie towarzystwa poprzez wpuszczenie do środka oczekujących w kolejce kandydatów, to wówczas będą oni odgrywać rolę raczkujących na dywanie maleństw, oczekujących „w strachu i trwodze” jedynie słusznych wskazówek tworzonych przez „starszych i mądrzejszych”. Ustalone przez nich reguły są automatycznie rozciągane na tych, którzy dołączają do ich grona, co jest możliwe dzięki temu, że nowicjusze akceptują istniejące przed ich awansem reguły. Mogą oni próbować je zmienić dopiero wówczas, gdy staną się pełnoprawnymi członkami wchłaniającej ich społeczności, staż w której pozwoli na pozbycie się dziecięcej otoczki, z którą mamy zatem do czynienia zarówno w prywatnoprawnym, jak i *sensu largo* prawnopolitycznym wymiarze.

Widzimy zatem, że cywilnoprawne, wywodzące się z *ius romanum* pojęcia, są implementowane na publicznoprawny grunt, gdzie odgrywają rolę czynników pozwalających na unormowanie stosunków między współtworzącymi jurydyczno-polityczny porządek podmiotami, tworzącymi we wzajemnych stosunkach relacje, będące odpowiednikami tych, jakie występują w szeroko rozumianym prawie cywilnym. Bez specjalnego trudu odnajdziemy w nim konstrukcję małżeństwa, polegającą na połączeniu dwóch podmiotów, które współtworzą nową całość. Jeśli na ślubnym kobiercu stają umieszczone na czele państwowości ukoronowane osoby, to takie przedsięwzięcie może skutkować ukonstytuowaniem unii. W takim wypadku dochodzi do mniej lub bardziej pogłębionego zlania się dotychczas oddzielnych organizmów we wspólne ciało.

W historii zachodniej Europy bodajże najbardziej znanym przykładem takiej sytuacji jest ślub Izabeli Kastylijskiej z Ferdynandem Aragońskim, będący założycielskim fundamentem istniejącej do dzisiaj hiszpańskiej monarchii, natomiast w orientalnej części Starego Kontynentu trudno nie zauważyć ożenku Jadwigi z Jagiełłą, skutkującym po upływie dekad powstaniem Rzeczypospolitej Obojga Narodów, reprezentowanych podczas krakowskiego ślubu przez najbardziej prominentnych przedstawicieli łączących się wspólnot. Ich synteza na początku miała luźny charakter, pomału przekształcający się w coraz bardziej zintegrowaną całość, którą możemy potraktować jako dojrzały twór, ewoluujący z zarodkowej postaci, powstałej w rezultacie historycznego rozstrzygnięcia małopolskich panów, decydujących się na polsko-litewskie zespolenie.

W takim modelu mamy do czynienia z politycznoprawnym odpowiednikiem monogamii, skoro formalnoprawnie nowa państwowość ma dwójkę odmiennopłciowych rodziców, kreujących ją dzięki swojemu związkowi. Inaczej jest wówczas, gdy mamy do czynienia z rezolucją wieloosobowego zgromadzenia stwierdzającego, że ich wspólnota będzie się rozwijać w samodzielny sposób, uniezależniając się od dotychczasowych protektorów. Taki schemat odnajdziemy na alpejskiej łące Rütli, gdzie „zaczątkowi Szwajcarzy” wypowiadają posłuszeństwo Habsburgom, tworząc składający się z trzech gmin związek wielokantonowej Helwecji. Model ten został następnie odtworzony i zmodyfikowany po zachodniej stronie Atlantyku, zamieszkiwanej przez emancypujących się kolonistów, którzy wypowiedzieli posłuszeństwo brytyjskiej Macierzy i zadeklarowali powstanie Stanów Zjednoczonych. Taki antymonarchiczny paradygmat wypada uznać za publicznoprawny odpowiednik poligamicznego związku, z tym, że w państwowym wymiarze na klasycznie republikańskim gruncie przybiera on jednopłciową postać, obejmującą wszystkich sygnatariuszy niepodległościowej deklaracji, stających się Ojcami Założycielami nowej państwowości, wchodzącej w przypadku USA *ex abrupto* w dość dojrzałą postać egzystencji.

Zarówno Szwajcaria, jak i Stany Zjednoczone wciąż trwają w swoich wieloczłonowych postaciach, co oznacza, że owe związki, a szczególnie pierwszy z nich, należy ocenić jako trwałe, nieograniczone, jak to bywa w ich ludzkich odpowiednikach, zjawiskiem osobniczej śmiertelności, nieprzeszkadzającej w trwaniu państwowości. Nie oznacza to bynajmniej, że nie odnajdziemy przykładów rozpadu federacji, symplicystycznie porównywalnego do rozwodu. Inaczej rzecz ujmując, podział oficjalnie wewnętrznie złożonego państwa na podmioty dotychczas go współtworzące jawi się jako odpowiednik rozpadu rodziny czy też emancypacji konstytuujących ją bytów, obierających własną drogę rozwoju. Przed wkroczeniem na nią ich status jest co nieco porównywalny z tym, jaki ma *nasciturus*, gdyż są one już ukształtowane, co oznacza, że mają swoje organy i tworzą swoistą całość, tyle, że wciąż przebywają w ojczyźnianym łonie, które opuszczają wówczas, gdy paternalistyczny uścisk nie jest już w stanie powstrzymać „rwących się w szeroki świat” latorośli. Wówczas od rdzeniowej czy też ojcowsko-matczynej części państwowości odrywają się „hołubione” przez nią dotychczas subpaństwowości, których przywódcze elity uznają, że nadszedł czas emancypacji. Tak było wówczas, gdy rozpadał się Związek Radziecki lub Jugosławia, których całkiem liczna, szczególnie w pierwszym przypadku, „progenitura” poszła własnymi drogami, natomiast czechosłowacki *casus* jest cokolwiek inny, gdyż CSRS składała się zaledwie z dwóch części, co skłaniało licznych komentatorów do mówienia o rozwodzie,

choć uprawniona jest także formuła wydostania się z rodzicielskich objęć potomka, bo przecież w tej federacji to Czesi byli sprawczym czynnikiem, protekcyjnie spoglądającym na swoich słowackich podopiecznych, niejednokrotnie czujących się nieswojo w skonstruowanej przez praskich polityków państwowości. W bratysławskiej optyce jawiła się ona często w postaci niedobrej macochy czy też niesprawiedliwego ojczyma, krzywdzącego przysposobione dziecko. Ten psychologiczny syndrom można zresztą równie dobrze odnieść do radzieckich oraz jugosłowiańskich stosunków, przy czym w ZSRR oraz SFRJ liczba „pasierbów” była znacząco większa niż w federacyjnej zachodniosłowiańskiej republice.

W przedstawionych powyżej przypadkach można mówić o endogamicznych narodzinach nowych państw, „wyskakujących z rodzicielskiego ciała jak Atena z głowy Zeusa”. Za alternatywę wypadłoby uznać egzogamiczny, czyli polegający na samoistnym, zupełnie niezależnym od istniejących dotychczas organizmów politycznych, powstawaniu nowej państwowości, co w naszych czasach jawi się jako opcja niezwykle trudna do zrealizowania z powodu upaństwowienia właściwie całej Ziemi, co oznacza, że nowe państwowości powstają kosztem już istniejących i zaprowadzają na opanowanym przez siebie terytorium porządku, które będą generalnie powielać te, jakie istnieją i istniały w występujących dotychczas na scenie politycznych dziejów organizmach państwowych.

Nota bene określenie to, przypominające o cieszącej się onegdaj sporą popularnością organicznej teorii, zachęca do porównywania tworzonych przez ludzi kolektywów z konstytuującymi je osobami. W republikańskiej wersji są one zasadniczo traktowane jako dorośli, noszący w sobie umowną część konstytuowanej przez nich wspólnoty, składającej się z pełnoprawnych obywateli. Czułym miejscem owej konstrukcji jest fakt istnienia na terytorium państwa z założenia całkiem sporej populacji nieletnich, będących „ułomnymi obywatelami”, muszącymi cierpliwie czekać na moment oficjalnego uznania za dojrzałych politycznej wspólnoty. W gruncie rzeczy nie bardzo wiadomo co z nimi zrobić w sytuacji narastającej demokratyzacji republikańskiego paradygmatu, wyrażającej się w lansowaniu nowoczesnego dogmatu powszechnego prawa do głosowania czy też zawołania o konieczności zwalczania dyskryminacji wszelkiej maści.

Inaczej jest w tradycyjnej monarchii, którą możemy uznać za pierwotną, a zatem poniekąd dziecięcą postać państwowości. Nie ma w niej miejsca na egalitarny przesąd jednakowego prawno-politycznego statusu wszystkich mieszkańców, ponieważ panujący z założenia jest jakościowo innym podmiotem niż jego poddani. W szczególnie wyrazistym patrymonialnym ujęciu jest on odpowiednikiem ojca, opiekującym się politycznie niedojrzałą

działwą. To w nim skupia się suwerenność, zwierzchność i wszystko, co ważne w państwie, utożsamianym z nim w przypisywanym Ludwikowi XIV powiedzeniu. Ma on chronić swoich podopiecznych przed wszelakimi zagrażającymi im nieszczęściami i nie przejmować się z nadto ich opiniami, *ex definitione* nacechowanymi niedojrzałością, w związku z czym Światły Monokrata spokojnie może przejść nad nimi do porządku dziennego. Taki układ stosunków w podległej mu państwowości sprawia, że przypomina ona wielki dom dziecka.

Konstatacja ta nie oznacza bynajmniej, że nie dostrzeżemy jego znamion we współczesnych republikach, charakteryzujących się w porównaniu z ich klasycznymi archetypami znacznym nasileniem politycznej aktywności młodych ludzi, niegdyś traktowanych jako za ledwie kandydatów, dopiero aspirujących z racji wieku do wstąpienia w szeregi społeczeństwa obywatelskiego. Warto przypomnieć, że w tradycyjnych społecznościach niezwykle ceniono mające dużą wartość w zasadniczo niezmiennym świecie doświadczenie, którym z natury rzeczy w większym wymiarze dysponują starcy, co skłaniało do uprawiania gerontokracji, której najbardziej znanymi przykładami są lacedemońska geruzja oraz rzymski senat. Jego jednoimienne inkarnacje w naszej epoce są zazwyczaj niewiele znaczącymi dodatkami do „bardziej wyrażających postępowego ducha instytucji”, dostęp do których nie jest obwarowany osiągnięciem dostojnego wieku, dzięki czemu „młodzi mogą śmiało kształtować odpowiadający wymogom czasu paradygmat”. Jeszcze bardziej wyrazistym przejawem tej tendencji jest moda na kreowanie dziecięcych parlamentów, mających „zawstydząć dorosłych poziomem obrad i kulturą dyskusji”.

Być może zjawisko to, jawiące się jako zadziwiająco aberracyjne w „starym, dobrym, przedrewolucyjnym świecie”, stanowi próbę uśmierzenia niepokoju wywołanego narastającą popularnością przekonania o nieuchronnym przemijaniu potęgi Zachodu, dotkniętego przez nasilającą się senilność, co sprawi, że znajdzie się w cieniu nowych potencji. Ów *Untergang des Abendlandes* może być traktowany nie tylko jako prawnaturalna konieczność, ponieważ co bardziej wrażliwi dywagatorzy są skłonni dostrzegać w nim swoistą karę za grzechy, popełnione wówczas, gdy prężący muskuły imperializm sięgał po najdalsze zakątki ekumeny. Jest on upaństwowionym przejawem radykalnego witalizmu, idącego w parze ze społecznym darwinizmem, głoszącym kult silniejszych, sprawniejszych w rywalizowaniu o miejsce pod Słońcem narodów, klas i ras. Sukces osiągają najbardziej dojrzałe spośród nich, przy czym do jego osiągnięcia konieczna jest zmaksymalizowana *vita activa*, której szczególnie wyrazistą formą jest połykanie i trawienie słabych państweczek przez obdarzone skoncentrowaną męską energią mocarstwa, których apologety głoszą konieczność niesienia przez białego człowieka jego brzemia po to, by *per fas et nefas* wyrwać pozostające

w stanie dziecinnego baraszkowania egzotyczne ludy, z lubością oddające się „różnym obmierzłym praktykom” z ludożerstwem na czele. *Nota bene* cywilizujące ich potencje poniekąd też go praktykowały, skoro politycznie „pożerały ludy”, aby wyprowadzić je z infantylnego w kolonizatorskiej optyce niedorozwoju i narzucić okcydentalne standardy kulturowo-politycznej dojrzałości.

Eksperyment ten zakończył się w ten sposób, że na Zachodniej Półkuli w pierwszej części XIX stulecia, a w Starym Świecie w drugiej połowie XX wieku doszło do szeroko zakrojonej dekolonizacji, oznaczającej powstanie wielu nowych państw, często zawdzięczających swoje istnienie w uzyskanym kształcie niegdysiejszym porozumieniom między kolonialnymi potencjami, tworzącymi nowe administracyjne jednostki, niejednokrotnie bez uwzględnienia dotychczasowych stosunków społeczno-kulturowo-konfesyjno-politycznych na danym obszarze. Dlatego też można w przypadku tego typu podmiotów mówić o sztucznej hodowli przyszłych państwowości, przypominającej praktyki *in vitro*. Polityczna historia tego rodzaju państwowych *homunculusów* pokazuje, że lekceważenie prawnonaturalnych uwarunkowań w imię interesów zaoceanicznych mocarstw, wrzucających do jednego worka skonfliktowane z sobą ludy i napuszczające następnie jedne na drugie w imię prastarej dyrektywy *divide et impera* prowadzi po „umyciu rąk” przez kolonialistów i opuszczeniu zajętych przez nich niegdyś obszarów w imię wilsonowskiej zasady samostanowienia narodów do powstania sytuacji, przywodzącej na myśl hobbesowską *bellum omnium contra omnes* lub też goldingowskiego *Władcę much*. Dotknięte „dziecięcą chorobą wysoce szkodliwego egoizmu” młodziutkie państwa nie potrafią w rozsądny sposób poradzić sobie z własnymi sprawami, co nie przeszkadza im bynajmniej intensywnie przeszkadzać innym w prawidłowym rozwoju. W wielu przypadkach stan ten utrzymuje się pomimo upływu kilku lub kilkunastu dobrych dekad od momentu uzyskania niepodległości, wciąż nieprzekładającej się na osiągnięcie stanu pozwalającego na zaliczenie do „szacownego grona poważnych, pławiących się w stabilności państwowości”.

Przyczyny takiej sytuacji są zarówno endogenne, jak i egzogenne, lecz w dominującym dyskursie, oddziałującym chociażby na powyżej napisane treści, akcentuje się odpowiedzialność mającego wyjątkowo złą prasę imperializmu, co *per se* sprawia, że antyimperializm jest jak najbardziej *au courant*. W radykalnej postaci tej tendencji, reprezentowanej libertarian oraz anarchistów, dostrzega się w gruncie rzeczy zapowiedź leninowskiego „najwyższego stadium kapitalizmu” w każdym państwowotwórczym dążeniu do wielkości, którego realizacja nie może się obejść bez podporządkowania „karłowatych państweczek, przeszkadzających w realizacji ambitnych planów uszczęśliwienia ludzkości”.

Zwolennicy przeciwnej filozofii będą uparcie uważać, że „małe jest piękne”, z czego wypływa wniosek, iż należy z jednej strony chronić istniejące minipaństwa, a z drugiej usilnie dążyć do rozczłonkowania istniejących „szkaradnych molochów”. Ich przeciwnicy są przekonani, że rozrost jakiegokolwiek państwowości jest szkodliwy, gdyż idzie w parze z nadmiernym etatyzmem, rozrastającym się na zajmowanych przestrzeniach, których opanowanie przez łapczywe władze prowadzi do chorobliwego *elephantiasis*, utrudniającego życie przygniecionym przez aparat ucisku ludziom, zmuszonym do współtworzenia horrendalnego Lewiatana. Jego przeciwnicy uprawiają kult małości, który odnajdziemy chociażby w zawołaniu Europy *Stu Flag*. Jego realizacja doprowadziłaby do przywrócenia *in genere* stanu, jaki istniał na średniowiecznym Starym Kontynencie, kiedy to istniało znacznie więcej posiadających znamiona państwowości bytów, pochłoniętych następnie przez oświecone monarchie, przygotowujące grunt pod nowoczesne państwa narodowe. Ich ewentualny podział na odwołujące się do mediewalnych tradycji podmioty potwierdzałby przekonanie, że „nic w przyrodzie nie ginie”, a zatem unicestwienie jakiejś formy państwowej egzystencji niekoniecznie musi być ostateczne, bowiem w sprzyjających warunkach może ona zmartwychwstać. Do tego typu wypadków doszło już w XX stuleciu w Europie Środkowo-Wschodniej, a niedługo zapewne zjawisko to da znać o sobie w okcydentalnej części naszego kontynentu. Jego sformalizowane owoce, czyli nowo-stare, „wyciągnięte z historycznych czeluści relikty Starej, Dobrej Europy”, świadczą czy też mogą świadczyć o tym, że w politycznej historii miewamy do czynienia z reinkarnacjami, polegającymi na tym, że pozornie umarłe państwa jeszcze raz pojawiają się na arenie dziejów jako powtórne noworodki, co świadczyłoby o tym, że w okresie oficjalnego niebytu pozostawały one w stanie uśpienia lub utajonego życia na podobieństwo niektórych zwierząt, które mogą całe miesiące albo i lata cierpliwie trwać w hibernacji, aby pojawić się w całej okazałości wówczas, gdy nastaną sprzyjające warunki. Ich państwowe odpowiedniki podczas „międzyżycia” jawią się, nieco inaczej rzecz ujmując, jako przetrwalnikowe postacie poprzednich państwowości, wielosezonowe zazwyczaj zarodki czy też embriony, zawierające w sobie zarówno wspomnienie o niegdysiejszej inkarnacji, jak i wizję następnego wcielenia, co sprawia, że ewentualne narodziny będą wtórne, podobnie jak dziecięco-młodzieńczy okres życia nowej państwowości, a może, jeśli los na to pozwoli, również dojrzało-starczy etap prawno-politycznego bytowania. Zresztą w przypadku zupełnie nowych państw ich egzystencjalne przypadki też nie są w szerszej skali zupełnie oryginalne, bowiem podlegają ogólnym prawidłowościom, podobnie jak częściowo porównywalne z nimi ludzkie żywoty.

W odniesieniu do tych drugich zostało sformułowane i umieszczone w porządku konstytucyjnym szeregu państw prawo do życia, którego odpowiednikiem na obszarze prawa politycznego zdaje się być wilsonowska zasada samostanowienia narodów, choć ta druga, szczególnie wówczas, gdy Prezydent USA rozgłaszał ją *ex cathedra* po to, aby była słyszana we wszystkich zakątkach ziemskiego globu, zdawała się odnosić przede wszystkim do tych nacji, które znajdowały się w imperialnych „więzieniach narodów”, czekając na prawnopolityczne narodziny, a zatem na gruncie prawa prywatnego dokładniejszym odpowiednikiem dogmatu Woodrowa Wilsona byłoby prawo do narodzin, niebędące zdaje się uznaną częścią prawoczułowego kanonu ze względu na to, że możliwość dokonywania aborcji w wielu postępowych krajach traktowana jest jako fundamentalne dla „wyzwolonych z wielowiekowego męskiego ucisku” kobiet uprawnienie. Gdy z kolei zastanowimy się, co przypominałoby spędzenie płodu w prawie narodów, to dojdziemy do wniosku, że wypadałoby wskazać na zasadę zwalczania irredentyzmu, idącą w parze z zawołaniem zwalczania wszelkiej maści secesjonizmu, mającymi zagwarantować każdej państwowości zachowanie jej aktualnego obszaru niezależnie od „ludożerczych” aspiracji sąsiadów czy też emancypacyjnych tęsknot mniejszości narodowych.

Oznacza to, że funkcjonuje domniemanie wystarczającej liczby państw, współtworzących globalną Rodzinę Państwowotwórczych Narodów. Jej członkowie zasadniczo nie dostrzegają potrzeby poszerzenia swoich szeregów, gdyż taka opcja grozi naruszeniem międzynarodowego ładu, opartego na sieci umów, a przecież *pacta sunt servanda*. A zatem stabilność globalnego porządku jest traktowana jako najwyższe dobro, naruszane wówczas, gdy pojawiają się nowe państwa podejrzwane o to, że mogą odgrywać rolę niesfornych *enfants terribles*. Dlatego też w Afryce pomimo sztuczności sprokurowanych poniekąd *in vitro* przez imperialistów rozlicznych nienaturalnych państwowości obowiązuje zasada nienaruszalności postkolonialnych granic, co ma chronić przed urzeczywistnieniem zasady samostanowienia narodów, zwalczanie której przypomina co nieco maltuzjańską obawę przed nadmiernym rozmnożeniem się rodzaju ludzkiego, skutkującą prawem do antykoncepcji, możliwej do skojarzenia z polityczno-kulturowymi działaniami państwowych aparatów przymusu, urabiającymi ujednoliconych obywateli, mających tworzyć nieodróżnicowaną etnicznie masę, bezwzględnie dochowującą wierności ojczystej państwowości.

Jeśli jest ona w swojej dziecinniej fazie rozwoju, ewentualnie przeżywa „drugą młodość” po rewolucyjnej zmianie społeczno-politycznego paradygmatu, to wówczas przywiązuje się w niej szczególną wagę do publicznego wychowania dzieci i młodzieży,

spośród których mają się wyłonić „decydujące o wszystkim kadry” budujące „światłą przyszłość” ogólnopaństwowej wspólnoty. Władza podejmuje zatem intensywne starania, nakierowane na ufundowanie najmłodszym obywatelom szczęśliwego dzieciństwa, odpowiadającego wyobrażeniom zideologizowanych edukatorów. Podobnie jak północnoamerykańscy Ojcowie Założyciele uważają oni, że *pursuit of happiness* jest jak najbardziej pożądanym zachowaniem nowożytnego człowieka, który niekoniecznie, szczególnie jeśli jest dzieckiem, potrafi świadomie wybrać najlepszy model dążenia do szczęścia, w związku z czym to państwo powinno je zapewniać. Wynika z tego, że niedorosłe lub odmładzające się państwowości kładą szczególny nacisk na kompatybilną z ich pierwotnym lub wtórnym wiekiem część populacji, pragnąc usunąć z jej świadomości „reakcyjne złogi” po to, aby zamiast nich pojawiła się dziewicza *tabula rasa*, niezwykle ułatwiająca kreowanie Nowego Człowieka, bez którego nie bardzo jest możliwe budowanie Nowego Państwa.

Jeśli przedsięwzięcie to zakończy się przynajmniej przejściowym sukcesem, to ma szansę przekształcić się w Wielki Imperialny Projekt, rozwijający się wraz z ogólnymi prawami wzrastania i rozkładu, zgodnie z którymi po osiągnięciu pewnej krytycznej masy porażona *elephantiasis* państwowość jest jak najbardziej dojrzała do tego, żeby ulec rozczłonkowaniu, jawiącemu się jako publicznoprawna inkarnacja pojedynczego lub zmultiplikowanego rozrodu. W jego wyniku powstają nowe organizmy państwowe, hodujące od małego własnych „janczarów”, identyfikujących swój los z etatystycznym Wielkim Bratem, przygarniającym chętnie do swego ojczystego łona wszystkich tych, którym ma zastąpić genetycznych rodziców.

Zasadniczo, przynajmniej w tradycyjnym modelu rodziny, jest ona zakładana po to, aby wydać na świat potomstwo, a zatem jest ideowo brzezienna swoimi następcami, którzy będą rozkrzewiać genealogiczne drzewo. W przypadku państwowości natomiast zakłada się na aktualnym etapie rozwoju jego formuły, że zasadniczo powinno być bezpłodne, tzn. „trwać na osiągniętych pozycjach” i wytrwale pilnować tego, aby z jego organizmu nie wyrósł „żaden arogancki chwast”, zakłócający uważany za wieczny, jak to zwykle bywa, Globalny Ład. Jednakże historia poucza, że fukuyamowski Koniec Historii jest raczej niemożliwy do osiągnięcia przed Końcem Wszystkiego, z czego wynika, że nowe państwowości bezustannie czekają na swoją dziejową szansę, kiedy to sprzyjający splot wydarzeń sprawi, że „ni z tego, ni z owego” owe „niechciane bękarty” obwieszczą swoje istnienie.

W przypadku „reakcyjnych heteroseksualnych stadel” jest ono zazwyczaj w szybkim tempie potwierdzane przez odpowiednie urzędy, dające „patent na oficjalne

człowieczeństwo”, nabierające swojej pełni wraz z osiągnięciem formalnej dorosłości. Inaczej jest w dziedzinie prawa narodów, gdzie generalnie nikt nie czeka na nowych przybyszów, co sprawia, że niejednokrotnie muszą oni przez długie lata oczekiwać na oficjalne zaakceptowanie, które możemy potraktować jako przyzwolenie na współkonstituowanie Globalnej Rodziny Akceptowanych Państwowości. Póki to nie nastąpi, pozbawione uznania państwa wiodą trudny żywot nieposiadających jasnego statusu bytów, znajdujących się w przedsionku Międzynarodowej Społeczności, przypominającym co nieco opisany przez Dantego przedsionek Infernum, gdzie w permanentnym stanie zawieszenia przebywają dusze nieochrzczonych dzieci, trudne do zaklasyfikowania w dualistycznym niebiańsko-piekielnym schemacie. Podobnie ma się sprawa z „niechcianymi państwami”, znajdującymi się pomiędzy oczywistą niepaństwowością a jej powszechnie uznawanym zaprzeczeniem w postaci „powszechnie szanowanego podmiotu prawa narodów”. Taką rangę osiąga się dzięki składanym przez bardziej zakorzenione na międzynarodowej scenie państwa aprobatywnych oświadczeń oraz członkostwu w globalnych organizacjach z ONZ-em na czele, co możemy sobie skojarzyć w prywatnoprawnym wymiarze z obywatelstwem, jak również z przynależnością do prominentnych kościołów, banków, partii oraz stowarzyszeń i klubów, potwierdzających przynajmniej potencjalną dorosłość uspołecznianego dzięki przyjęciu do masowej organizacji człowieka.

Summa summarum możemy uznać, że pewne prawidłowości dotyczące jego umieszczonego w społeczno-politycznym kontekście osobniczego rozwoju odnoszą się także do egzystowania tworzonych przez rodzaj ludzki państwowości, choć oczywiście owo przenoszenie reguł nie ma absolutnego charakteru, bo przecież zbiorowości mają swoją specyfikę, co sprawia, że nie zawsze odnajdziemy w nich te same zasady, które określają losy pojedynczych ludzi czy też konstituowanych przez nich niewielkich grup z rodziną na czele. W tej sferze rzeczywistości w dość ewidentny sposób przejawia się przemijanie, bo przecież ludzie „rodzą się, płodzą i odchodzą” i spostrzeżenie to możemy odnieść także do wyabstrahowanych z wielopokoleniowości „nuklearnych rodzin”. Jednakowoż w wymiarze rodowym już jest inaczej, bowiem z założenia ma on trwać dłużej niż jedna generacja, podobnie jak plemię czy wreszcie państwowotwórczy naród. Nie zawsze się to udaje, tym niemniej istnieją na świecie przykłady długowiecznych dynastii oraz państw, z których najbardziej znanym jest Japonia, gdzie wywodzący swoje pochodzenie od bogini Słońca Amaterasu cesarski ród od niepamiętnych czasów tworzy prawnopolityczno-kulturowe jądro dalekowschodniej monarchii, jawiącej się jako upubliczniony ekwiwalent biblijnego Matuzalema. Wszakże kiedyś w przyszłości Kraj Wschodzącego Słońca spotka zapewne ten

sam los co długowiecznego starotestamentowego bohatera, wytrwale, ale jednak do czasu dźwigającego brzemie własnej starości.

A zatem przemijanie, choć w nieco inny sposób, dotyka zarówno mężczyzn i kobiety, jak i konstruowane przez nich państwa. Jeśli założymy dość prawdopodobną hipotezę ich powstania na określonym etapie rozwoju, co w logiczny sposób jest kompatybilne z wcześniejszym lub późniejszym zakończeniem egzystencji, to należy jeszcze raz podkreślić, że, *toutes proportions gardées*, przy odrobinie dobrej woli bez większego trudu odnajdziemy podobieństwa w generalnym schemacie narodzin, dojrzewania i obumierania samych ludzi oraz tworzonych przez nich organizacji, spośród których państwa wciąż jawią się jako szczególnie istotne. W najbliższym czasie będzie nam zapewne dane obserwować prastary spektakl pojawiania się na powierzchni ziemskiego globu kolejnych wcieleń wciąż intrygującej i kuszącej idei państwowości, niewątpliwie trwalszej od jej rozlicznych inkarnacji, kreowanych uparcie przez ludzi, odnajdujących w nich hipostazę swego własnego przeznaczenia, tak wyraziście przedstawionego w odpowiedzi na postawione w starohelleńskiej tragedii pytanie Sfinksa, udzielonej przez nieuchronnie kojarzonego z władztwem Edypa, co skłania do dostrzeżenia w trzech fazach człowieczego żywota ukrytego odniesienia do państwowej sfery, nieuchronnie naznaczonej przez człowieczeństwo, niebędące w stanie w sferze materialnie namacalnych społeczno-politycznych bytów wykreować czegoś, co w znaczący sposób odbiegałoby od ludzkiej natury.

Андрей Алексеевич Новиков¹

Ochrona praw dziecka we współczesnej Rosji

Aktualnie w rosyjskim prawie rodzinnym zachodzą rozmaite zmiany, związane z potrzebą efektywniejszego regulowania rodzinnych stosunków prawnych oraz potrzebami w zakresie ogólnej polityki państwa w przedmiocie prawa rodzinnego, w sposób najbardziej zwięzły wyrażonej w „Koncepcji państwowej polityki rodzinnej w Federacji Rosyjskiej do 2025 r.”

Na główne kierunki państwowej polityki w zakresie rodziny i związków małżeńskich składają się:

- wzmocnienie i rozwój instytucji rodziny, zachowanie i odbudowanie tradycyjnych wartości rodzinnych,
- poprawa sytuacji rodzin z niepełnoletnimi dziećmi,
- ochrona rodziny, w tym przed bezprawną ingerencją w życie rodzinne, oraz wspieranie jej w wykonywaniu przez nią podstawowych funkcji,
- zwiększenie poziomu zamożności rodzin, poprawa sytuacji demograficznej w kraju, rozwiązanie problemu społecznego sieroctwa.

Związek małżeński rozumiany jest wyłącznie jako związek mężczyzny i kobiety, zarejestrowany przez władze państwowe w rejestrze aktów stanu cywilnego.

Stosunki homoseksualne i inne zboczenia płciowe są w zbiorowej świadomości odrzucane i nie są uznawane przez prawo.

Jednocześnie ustawodawca rosyjski nie nadaje znaczenia prawnego powszechnemu w Europie i coraz bardziej upowszechniającemu się w Rosji konkubinatowi². Nawet ustalone

¹ Dr, doc., Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация (Sankt-Petersburski Uniwersytet Państwowy, Federacja Rosyjska).

w toku postępowania sądowego istnienie *de facto* stosunku małżeńskiego nie wywiera żadnych skutków prawnych ani w zakresie prawa rodzinnego, ani w zakresie prawa spadkowego, z wyjątkiem sytuacji, gdy stosunek ten powstał przed wejściem w życie Dekretu Prezydium Najwyższej Rady ZSRR z dnia 8 lipca 1944 roku³.

Za zagrożenie dla społeczeństwa rosyjskiego uznaje się:

- wywłaszczenie, nawet osób bliskich – małżonków,
- wzrost liczby rozwodów (rozwodzi się co drugie małżeństwo),
- pożycie bez rejestracji związku małżeńskiego,
- wzrost liczby dzieci urodzonych w związkach pozamałżeńskich,
- dużą skalę społecznego sieroctwa lub sieroctwa dzieci żyjących rodziców.

W jaki sposób prawo może pomóc w realizowaniu podstawowych kierunków polityki rodzinnej i przezwyciężyć negatywne tendencje w rosyjskiej rodzinie?

Główne kierunki reform prawnych dotyczą ochrony praw najsłabszej i najmniej chronionej strony rodzinnych stosunków prawnych – niepełnoletnich dzieci.

W tym celu wprowadzone zostały następujące zmiany:

- obecnie tylko prawo rodzinne określa porządek wykazywania dzieci, które pozostają bez władzy rodzicielskiej oraz ich tymczasowe zabezpieczenie (art. 2 kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej),
- jeżeli rodzic i dziecko mieszkają oddzielnie, to w przypadku, gdy rodzic mieszkający z dzieckiem, nie wykona orzeczenia sądowego o kontaktach z dzieckiem, do winnego rodzica stosuje się środki administracyjno-prawne (na przykład - nakłada się na niego karę administracyjną) (pkt 3 art. 66 kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej). Celem tej normy jest zabezpieczenie prawa dziecka i mieszkającego oddzielnie rodzica do kontaktów oraz otrzymania wychowania. Często zdarza się, że rodzic, z którym dziecko zostaje, naruszając interesy dziecka, utrudnia kontakty dziecka z drugim rodzicem, próbuje uzyskać od drugiego rodzica nieprzewidziane prawem dodatkowe świadczenia pieniężne na swoje własne potrzeby⁴,
- rodzica, który umyślnie popełnił przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu drugiego rodzica dziecka, małżonka, w tym także niebędącego rodzicem dziecka lub

² Л. М. Пчелинцева, Семейное право России, Москва 2006, С. 32; П. В. Крашенинникова (red.), Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации и закону «Об опеке и попечительстве» и Федеральному закону «Об актах гражданского состояния», Москва 2012, С. 32-33.

³ А. М. Нечаева (red.), Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Москва 2009, С. 61-62.

⁴ М. В. Антокольская, Семейное право, Москва 2010, С. 272-273; А. М. Нечаева (red.), Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Москва 2009, С. 227.

przeciwko życiu lub zdrowiu innego członka rodziny, można pozbawić praw rodzicielskich (art. 69 kodeksu rodzinnego FR). Dotychczas ustawa wymieniała jedynie małżonka, przeciwko którego życiu lub zdrowiu popełniał przestępstwo rodzic dziecka⁵. W celu zapobiegania przemocy rodzinnej i w celu ochrony psychiki dziecka ustawodawca rozszerzył krąg podmiotów, przeciwko którym popełnienie przestępstwa może być podstawą do pozbawienia przestępcy praw rodzicielskich, w szczególności należy zaliczyć do nich również drugiego rodzica dziecka. Problem tkwił w tym, że w przypadku zwykłego pożycia osób, bez zawarcia związku małżeńskiego i bez jego rejestracji, gdy u osób tych rodziło się wspólne dziecko, to przemoc jednego z rodziców dziecka w stosunku do drugiego rodzica tego dziecka nie stanowiła podstawy do pozbawienia sprawcy praw rodzicielskich,

- kontakty dziecka z rodzicem, któremu sąd ograniczył prawa rodzicielskie, mogą odbywać się nie tylko za zgodą kuratora lub opiekuna, ale również za zgodą drugiego rodzica posiadającego pełnię praw rodzicielskich (art. 75 kodeksu rodzinnego FR).

W Federacji Rosyjskiej w latach 2013-2014 była przeprowadzona próba wdrożenia Ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich – "Ювенальная Юстиция". Proponowano utworzenie specjalnego organu, mającego szerokie uprawnienia w zakresie kontroli nad sprawowaniem władzy rodzicielskiej nad nieletnimi dziećmi, włącznie z odebraniem dziecka rodzicom.

Zachodnioeuropejskie doświadczenia w sprawowaniu takiego wymiaru sprawiedliwości wobec rodzin – „Juwenalnej justycji” i liczne przypadki wzrastających nadużyć, wywołały protesty przeciwko wprowadzeniu podobnej instytucji w Rosji. W związku z tym powstał ruch obywatelski pod nazwą „Sprzeciw Rodzicielski” – „Родительское сопротивление”, który otrzymał wsparcie ze strony środowiska komunistycznego, Rosyjskiej Cerkwi Prawosławnej i Prezydenta W. Putina. Niekontrolowane interwencje w sprawy rodzinne zostały uznane za niedopuszczalne.

Tradycyjnie w Rosji rodzice lub osoby sprawujące opiekę prawną nad nieletnim dzieckiem decydują o jego wychowaniu oraz kształceniu. I tylko w nielicznych wyjątkach przyjmują tę funkcję albo podejmują interwencję państwowe organa opieki lub organa prokuratorskie. Zazwyczaj odbywa się to w przypadku zagrożenia życia i zdrowia dziecka. Z reguły dotyczy to dzieci alkoholików, narkomanów, członków sekt. Jest to konsekwencja

⁵ А. М. Нечаева, Семейное право, Москва 2011, С. 114.

oczywistej obserwacji, że wskutek nałogów rodziców najbardziej cierpią nieletnie dzieci. Tylko w wyjątkowych przypadkach dzieci mogą być zabrane z rodziny i umieszczone w domach dziecka. Takie podejście jest absolutnie zgodne z zasadami Prawa Rodzinnego FR, a mianowicie:

1. niedopuszczalnością bezpodstawnej ingerencji osób lub organów trzecich w sprawy rodzinne;
2. priorytetowego znaczenia wychowania nieletnich dzieci w rodzinie;
3. ograniczenia praw rodzicielskich może nastąpić wyłącznie na podstawie ustaw Federacji Rosyjskiej, nie na poziomie regionalnym, tylko krajowym;
4. przy czym powyższe ograniczenia są dopuszczalne wyłącznie w celach ochrony życia i zdrowia, kwestiach moralności, praw i interesów innych członków rodziny.

W związku z priorytetem wychowania rodzinnego, głównym kryterium dalszego losu dziecka jest adopcja, albo umieszczenie go w rodzinie zastępczej.

Ostatecznie Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich „Ювенальная Юстиция”, nie została przyjęta.

Liberalne reformy lat dziewięćdziesiątych doprowadziły nie tylko do narodowej katastrofy ekonomicznej oraz w instytucjach państwowych, ale również zniszczyły system ochrony praw dziecka na poziomie Państwa. Próba wprowadzenia przez liberałów „Juwenalnej Justycji” była skierowana na zniszczenie fundamentów, podstaw rodziny. Ideologia Juwenalnej Justycji opiera się na przeciwstawieniu interesów dzieci i rodziców, zakłada potrzebę ochrony dziecka przed jego własnym rodzicem, nie w sytuacjach wyjątkowych, nienormalnych, lecz jako ogólnej reguły. W takim systemie rodzice winni udowadniać urzędnikom, że w sposób należyty dbają o własne dzieci. Ideolodzy Juwenalnej Justycji skrywali się za pięknymi hasłami – w szczególności troską o dzieci, w tym ochroną dzieci przed przemocą. W rzeczywistości takie podejście prowadzić miało do zniszczenia podstawowej komórki społeczeństwa – rodziny, co za sobą prowadzi do pęknięcia najważniejszych więzi w środowisku socjalnym i w konsekwencji do atomizacji społeczeństwa.

Dziś w Rosji istnieje skutecznie wypracowany system ochrony praw dziecka. Dzieci są chronione przez rodziców, prawnych opiekunów, przez organa opieki, prokuraturę, wydziały policji do spraw nieletnich, rzeczników praw dziecka w regionach, jak i ogólnokrajowego rzecznika praw dziecka. Znaczne zmniejszenie liczby dzieci w domach dziecka oraz zmniejszenie przypadków przemocy wobec nieletnich świadczą o prawidłowo wybranych sposobach ochrony praw dzieci.

Olgiert Pankiewicz¹

Współczesne eugeniczne ograniczenia prawa dziecka do życia i prawa dziecka do rodziny

Punktem wyjścia niech będą dwa tragiczne przypadki pogwałcenia praw dziecka do życia i do rodziny. Liczne, takie same lub podobne, co do istoty, zdarzenia, a różniące się większym bądź mniejszym przeżyciem tragedii z powodu straty dziecka, autor zna z praktyki adwokackiej.

Opis przypadku 1

Dziecko poczęte, w 24 tygodniu prawidłowej ciąży. U dziecka zdiagnozowano genetyczny zespół Downa. Lekarz genetyk zasugerował matce aborcję. Matka zgodziła się. Aborcji dokonał lekarz w szpitalu publicznym. Matce podano środki na wywołanie przedwczesnej akcji porodowej. Działanie środków po kilkunastu godzinach doprowadziło do urodzenia żywego dziecka. Ponieważ jednak celem indukowanego porodu była aborcja, dziecka nie ratowano. Dziecko, niewydolne jeszcze oddechowo, położono w kuwecie na półce. Uduśliło się po godzinie. Za podstawę prawną takiego działania przyjęto art. 4a. 1. 2) ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²; uznano, że „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu”, jak często w przypadku zespołu Downa. Ponieważ w takim przypadku zgodnie z ust. 2 cyt. artykułu, „przerwanie ciąży jest

¹ Dr, adwokat, Wrocław.

² Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. nr 17, poz. 78 ze zm.).

dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej”, uznano, że niewydolność oddechowa powodująca śmierć w przypadku braku ratowania respiratorem, świadczy o braku zdolności dziecka do samodzielnego życia.

Opis przypadku 2

Czteroletni chłopiec, zdrowy, wychowujący się pod opieką samotnej matki mieszkającej z rodzicami – dziadkami dziecka. Ojciec dziecka nie ma z nim kontaktu i nie płaci alimentów. Matka z powodu przebytego urazu jest, według orzeczenia lekarskiego, niepełnosprawna w stopniu lekkim. Pisze i czyta wolniej niż normalnie, trudniej się koncentruje. Matka wychowywała dziecko samodzielnie do osiągnięcia przez nie czwartego roku życia. W tym czasie podjęła zatrudnienie i zapisała dziecko do publicznego przedszkola. Po paru tygodniach wychowawca wezwał matkę na rozmowę, w której zwrócił uwagę, że dziecko nie zawsze ma z sobą drugie śniadanie oraz ma gorzej, niż przeciętnie, rozwinięte kompetencje językowe, a ubranie dziecka bywa brudne. Matka odbierając zachowanie wychowawczyni wobec siebie jako pogardliwe, nakrzyczała na nią, że nie życzy sobie, żeby jakaś obca małolata ją pouczała. Wychowawczyni poinformowała o zajściu dyrekcję przedszkola, przejawiając nieco stan zaniedbania dziecka. Dyrektor zadzwonił do MOPS z prośbą o wizytę pracownika socjalnego w domu dziecka. Po tygodniu matkę odwiedziła kurator społeczna z MOPS, domagała się pokazania warunków bytowych. Matka nie wpuściła jej do domu, dodatkowo ją zwymyślała. Nie wpuszczona przez furtkę, pracownica MOPS postanowiła wejść na posesję przez płot. Wtedy zaatakował ją pies i poszarpał za łydkę. Dyrektor MOPS, któremu kurator przedstawiła sytuację panującą w miejscu zamieszkania dziecka jako bezpośrednio zagrażającą życiu, napisał wniosek do sądu opiekuńczego, przedstawiając sytuację opiekuńczą dziecka następująco: Dziecko zaniedbane i niedożywione, o czym informuje dyrektor przedszkola publicznego. Matka niewydolna wychowawczo, upośledzona psychicznie. Ojciec nie interesuje się dzieckiem i nie płaci alimentów. Dziadkowie utrzymują się z renty i pobierają zasiłki z MOPS. Matka nie współpracuje z przedszkolem i ośrodkiem pomocy społecznej. Według sąsiadów w domu dziecka zdarzają się zabawy z alkoholem. Po podwórku biega wolno niebezpieczny pies, który zaatakował pracownika socjalnego w czasie wykonywania obowiązków ustawowych. W związku z tym, że matka jest wrogo nastawiona do instytucji pomocowych, a jednocześnie nie radzi sobie z podstawowymi obowiązkami opiekuńczymi, dziecku grozi

niebezpieczeństwo. MOPS wniósł o ograniczenie władzy rodzicielskiej i o umieszczenie dziecka na czas trwania postępowania w instytucjonalnej pieczy zastępczej. Sąd na posiedzeniu niejawnym nakazał natychmiastowe odebranie matce dziecka i umieszczenie w domu dziecka w trybie zabezpieczenia, powołując się na art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o. w zw. z art. 730 § 2 k.p.c. i art. 755 § 1 k.p.c. Dziecko odebrano siłą, w asyście Policji i umieszczono w placówce oddalonej pięćdziesiąt kilometrów od domu rodzinnego. Postępowanie trwało dwa lata. Przez ten czas sąd nie zgodził się na przebywanie dziecka w domu rodzinnym pod samodzielną opieką matki, z powodu jej upośledzenia, zagrożenia ze strony psa i braku właściwych warunków bytowych. Sąd przychylił się do tego, aby terminy kontaktów matki z dzieckiem ustalała placówka jednostronnie, uznając za usprawiedliwioną przyczynę takiego rozstrzygnięcia fakt, że swobodne wizyty zaburzają rytm pracy domu dziecka i dziecko narażone jest na niepotrzebne cierpienia emocjonalne. Każde kolejne badanie dziecka i matki przez psychologa i pedagoga wykazywało mniejszą więź emocjonalną dziecka z matką i mniejszą znajomość potrzeb dziecka adekwatnych do etapu rozwoju u matki. W chwili wydawania postanowienia kończącego matka miała już stabilną pracę, była w związku małżeńskim, pies był zamknięty w kojcu. Sąd nie zgodził się na przebadanie męża matki na okoliczność jego predyspozycji wychowawczych z uwagi na to, że nie był on ojcem dziecka. Sąd ostatecznie orzekł o pozostawieniu dziecka w domu dziecka z uwagi na upływ czasu, konieczną stabilizację warunków życiowych dziecka, jego aklimatyzację w miejscowej szkole przy placówce, osłabienie związku emocjonalnego dziecka z matką. Kilka lat później matka została pozbawiona władzy rodzicielskiej, ponieważ coraz rzadziej odwiedzała dziecko i nadużywała alkoholu. Dziesięcioletni chłopiec, opiniowany jako dziecko z problemami wychowawczymi i skłonnością do bójek, nie znalazł kandydatów na rodziców adopcyjnych.

Eugeniczne ograniczenia prawa dziecka do życia i do rodziny

Pierwszą podstawą prawną analogicznych do wyżej opisanych działań organów publicznych – sądów, szpitali, urzędów pomocy społecznej na ziemiach polskich, były ustawy norymberskie, tj. **ustawa o ochronie krwi niemieckiej i honoru niemieckiego z 15 września 1935 r.**, **ustawa o obywatelstwie Rzeszy z 15 września 1935 r.** wraz z **rozporządzeniem z 14 listopada 1935 r.**, które blankietowo uznało za obowiązujące **wszystkie dalej idące wymagania** ustaw lub rozporządzeń NSDAP i jej organizacji odnoszące się do czystości krwi niemieckiej. Na podstawie tych ustaw dzieci, u których

przewidywano prawdopodobieństwo upośledzenia lub choroby, czy to z powodu dziedziczenia choroby po rodzicach, czy to na podstawie dostępnych wówczas badań, były poddawane aborcji. Szczególnie dzieci o wyglądzie świadczącym o wadach genetycznych zabijano przez zaniechanie pomocy lekarskiej po wymuszonym lub naturalnym porodzie. Te same akty prawne umocowiły proceder odbierania dzieci uznanych za aryjskie od rodzin innych narodowości i przekazywania ich do Lebensborn, w celu ukształtowania według wzoru obywatela III Rzeszy³. Wbrew założeniom współczesnej ideologii demokratycznego państwa prawnego trzeba stwierdzić oczywistość, że nie ma jakościowej różnicy między takimi samymi czynami z czasów okupacji niemieckiej, wymuszonych i dokonywanych na podstawie narzuconego prawa i obecnych, dobrowolnych i opartych o demokratycznie uchwalone przepisy. Czyni te nie dlatego były ohydne, że dokonywali ich Niemcy w imię rasizmu, ale dlatego, że człowiek był w nich traktowany jak hodowlane zwierzę, a nie osoba. Wartość hodowlanego zwierzęcia może być oceniana na podstawie jego przydatności. Zwierzę podlega zabiegom doskonalącym jego właściwości dla ludzi. Mięso i sierść mają być zdrowe i obfite. Jeśli ich nie ma, zwierzę jest bezużyteczne. Należy je zabić, aby nie marnowało paszy i energii i nie zajmowało miejsca zdrowym osobnikom, a przede wszystkim, aby nie rozmnażało się.

Prawa dziecka do życia i do rodziny w międzynarodowym i polskim porządku prawnym

Kim jest dziecko i czym są prawa dziecka w perspektywie polskiego i międzynarodowego prawa? Konwencja o prawach dziecka⁴ i polskie ustawy: zasadnicza, o rzeczniku praw dziecka, kodeks karny, cywilny oraz rodzinny i opiekuńczy nie pozwalają na węższe rozumienie, niż obejmujące każdego człowieka, od momentu poczęcia, we wszystkich fazach i okresach rozwoju, do osiągnięcia pełnoletniości lub wcześniejszej śmierci. Konwencja stanowi w art. 1, że „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat. Preambuła uzupełnia, że „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu”. Dalej, art. 2 potwierdza wyraźnie, że dzieci są równe w prawach i zakazane jest ograniczanie praw niektórych, w szczególności ze względu na pochodzenie społeczne, cenzus urodzenia lub niepełnosprawność. Na podstawie

³ Patrz np. A. Katolo, *Eugenika i eutanazja*, Warszawa, 2012, s. 33-48 i cyt. tam literatura.

⁴ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

Konwencji prawa dziecka przysługują więc od chwili poczęcia⁵. Dla tak ustalonego kręgu podmiotów praw Konwencja potwierdza między innymi niezbywalne, czyli przynależne istocie każdego dziecka, prawo do życia (art. 6) oraz prawo do tożsamości rodzinnej i opieki przez swoich rodziców (art. 8 i 9) i prawo do nieingerencji w więzi rodzinne (art. 16).

Aby umożliwić ochronę praw samych dzieci, Konwencja ustanawia zakaz ich nieuzasadnionego odbierania wbrew woli rodziców i zakaz ingerencji w sferę życia rodzinnego dziecka. Znaczący jest fakt, że Konwencja nie chroni praw dzieci w oderwaniu od praw rodziców lub w opozycji do nich. Przeciwnie, potwierdza ona prawa obojga rodziców do pełnego udziału w wychowaniu dziecka, a także prawa rodziców do kształtowania i wychowywania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami i stopniem rozwoju dziecka. Nie sposób tego rozumieć inaczej niż jako uznanie, że naturalny stan rodziny, łącznie z władzą rodzicielską i decydującym wpływem rodziców na wychowanie dziecka, jest optymalny dla zachowania praw dziecka w ich właściwym rozumieniu.

Polska Konstytucja⁶ nie wyraża prawa do życia. Jej art. 38 gwarantuje natomiast prawną ochronę życia każdego człowieka w Polsce. To milczenie ustawy zasadniczej można rozumieć jako sprzeniewierzenie się przez twórców godności człowieka, poprzez otwarcie furtki do różnicowania wartości życia ludzkiego i należnej mu ochrony⁷. Przy życzliwej interpretacji miałość sformułowania Konstytucji można interpretować jako pokorne uznanie prawa naturalnego tak oczywistego, że niewymagającego potwierdzenia. Wówczas Konstytucja mówiłaby tylko o tym, co jest zależne od aktu prawotwórczego, czyli o zobowiązaniu się przez państwo do ochrony życia ludzi. Dokonując kilkakrotnie takiej właśnie interpretacji, Trybunał Konstytucyjny stwierdzał, że na podstawie Konstytucji prawo do życia przysługuje człowiekowi od chwili poczęcia⁸.

Godność człowieka, godność dziecka

To, co najistotniejsze dla uzasadnienia wrodzonych praw dziecka do życia i rodziny, jest jednak całkowicie poza prawem i wymyka się próbom zdefiniowania. O godności człowieka, jako źródle wszelkich praw dziecka od chwili poczęcia, można powiedzieć

⁵ Por. preambułę i art. 1. Dla kontrastu w przypadku prawa do danych osobowych (art. 7), które przysługuje od urodzenia, Konwencja wyraźnie to stwierdza.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.)

⁷ Por. K. Uczkiewicz, Kto u nas ma prawo do życia?, Rzeczpospolita, 09.04.2014 r., <http://www.rp.pl/artykul/1100264-Krzysztof-Uczkiewicz--Kto-u-nas--ma-prawo-do-zycia-.html#ap-1> [dostęp 27.3.2017 r.].

⁸ Zwłaszcza odnoszące się wprost do aborcji orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, Zbiór Urzędowy z 1997r. Nr 2, poz. 19.

niewiele. Przede wszystkim to, że jest ona kategorią niestopniowalną. Samo istnienie człowieka wystarczy, aby uznać jego godność. Godność człowieka wiąże się ściśle z tą jego cechą, że człowiek nie może być używany jako środek do celu. Ostatecznie prawa człowieka, jako oparte na jego przyrodzonej godności, nie mogą zależeć od jego przydatności. Nie mogą też być uzależniane od spełnienia innych niż naturalne, kryteriów człowieczeństwa, przede wszystkim od jakości psychicznych (świadomość, rozumienie dobra i zła) lub fizycznych człowieka (dojrzałość, samodzielność egzystencjalna, miary zdrowia i sprawności), bądź od kulturowych układów odniesienia (przynależność do warstwy społecznej). Zatem prawa do życia i do rodziny przysługują każdemu dziecku ze względu na uznaną przez prawo godność, bez żadnych dodatkowych warunków. Mowa tu nie o prawach podmiotowych ustanowionych przez prawodawcę, ale o prawach człowieka niezależnych od państwowego lub ponadnarodowego prawotwórstwa. Jednak i prawa podmiotowe ustanowione, które w odróżnieniu od praw człowieka mogą zależeć od spełnienia pewnych warunków, w naszej cywilizacji nie zależą od kryteriów eugenicznych.

Godność człowieka nie zależy od osiągnięcia przez człowieka określonego etapu rozwoju. Jak uczył autora-studenta prawa na UAM profesor Tadeusz Smoczyński, nie da się w rozwoju człowieka od momentu poczęcia do śmierci, wskazać żadnej obiektywnej cezury, która rozpoczynałaby lub kończyła jego człowieczeństwo. Wszelkie próby wskazania takich granic rażą brakiem obiektywności. Godność człowieka nie ma w szczególności nic wspólnego z niezależnością od innych ludzi, ze zdolnością do samodzielnego życia. Wielorakie zależności od innych ludzi są częścią kondycji ludzkiej także w okresie dorosłości i szczytowej aktywności, z tym, że wówczas do jego zależności od innych dochodzą także zależności, w jakich pozostają do niego inne, słabsze i potrzebujące osoby. Jeśli chodzi o specyficzną godność dziecka, to wydaje się, iż objawia się ona między innymi w ten sposób, że dziecko scala swoją obecnością więzi rodzinne. Potrzebując opieki, pozwala dorosłym na realizację pełni ich człowieczeństwa. Dziecko jest w tym niezastąpione i trudno nie dostrzec swoście dziecięcej godności właśnie w tej mocy wiązania rodziny.

Konkluzja

Działania skierowane na ograniczenie urodzeń dzieci chorych oraz na separację dzieci od rodziców biologicznych ocenianych jako dysfunkcyjni, były i są przejawem eugeniki, zaś eugenika jest nie do pogodzenia z godnością człowieka. Ponieważ jednak prawo stanowione deklaratywnie odwołuje się do godności człowieka jako podstawy wszelkich uprawnień,

współczesne przepisy ustawy o planowaniu rodziny są też nie do pogodzenia z prawem stanowionym wyższego rzędu-przepisami konstytucyjnymi i Konwencją o prawach dziecka.

W przypadku aborcji eugenicznej kryterium ograniczenia prawa do życia jest ustanowione ustawą, natomiast w przypadku odbierania dzieci rodzicom jest ono wytworem praktyki orzeczniczej sądów rodzinnych. W tym przypadku sprzeczność orzeczeń sądowych z prawem jest jawna. Judykаты te opierają się zwykle tylko na interpretacji rozszerzającej przepisy o zagrożeniu dobra dziecka, nie są nawet skonfrontowane z wykładnią przepisów o władzy rodzicielskiej i o ochronie rodziny.

Pojęcia rodziców dysfunkcyjnych, rodziców niewydolnych wychowawczo, rodziców niegwarantujących bezpieczeństwa i prawidłowego wychowania dziecka, nie mają oparcia w prawie. Te przepisy, które są powoływane w orzeczeniach przenoszących dzieci z ich rodziny do środowisk sztucznych (art. 109–111 k.r.o.) nie pozwalają sędziom na ocenianie rodziców, ani na wybieranie optymalnego środowiska wzrostu dla dzieci. Pozwalają one sądowi wkroczyć w stan naturalny rodziny, chroniony prawem tylko wtedy, gdy stwierdzone zostanie realne i konkretne, aktualne zagrożenie dla dobra dziecka. Tylko dobro dziecka może uzasadniać ingerencję sądu w rodzinę – zgodnie z założeniem, wyrażonym jednoznacznie w Konwencji o prawach dziecka, że to rodzina jest podstawowym gwarantem realizacji praw dziecka i poszanowania jego godności. Tymczasem uzasadnienia owych orzeczeń niejednokrotnie sprowadzają się właśnie do oceny rodziców i wyobrażonych niebezpieczeństw, na które mogłyby zostać narażone dzieci, pozostając pod ich pieczę.

Co sprawia, że mimo oczywistej sprzeczności z prawem, orzeczenia te uchodzą, a przepisy aborcyjne nie są uchylane?

Po pierwsze, kryterium aborcyjne – ryzyko choroby i kryterium separacyjne – ryzyko, że dziecko zmarnuje się przy matce, są wyrazem lęku. Nie odwołują się bowiem do faktów, ale do możliwych, przyszłych stanów rzeczy. Lęk zaś jest wszechobecną siłą usprawiedliwiającą złe czyny. Nie można się więc dziwić, że panuje także nad decyzjami lekarzy i rodziców dzieci, u których zdiagnozowano chorobę, jak i nad decyzjami sędziów. Mogąc zminimalizować ryzyko załęczony człowiek, któremu się na to pozwoli, usunie wszystkie warunki prowadzące do nieznanych możliwości złego, ale i dobrego życia, usunie samo życie. Po drugie, wybory w obu przypadkach są naznaczone nadużyciem władzy silniejszego nad słabszym. Skłonność do przemocy, gotowość jej usprawiedliwienia, jest drugą powszechną przypadłością ludzką. Jeśli rządzi ona czynami matek wobec własnych dzieci, to z pewnością nie omija także lekarzy w ich relacji do pacjentów ani sędziów w stosunku do sądzonych. Na obu opiera się eugenika – ucieczka do przodu niepewnych

siebie, możliwych tego świata; ucieczka od wymykającej się kontroli rzeczywistości w zaplanowaną przyszłość. Gdy przyszłość jest w rękach takich ludzi, nie ma miejsca dla dzieci. Dziecko jest bowiem wielką niewiadomą. Uświadamia bezlik możliwych wydarzeń z jego udziałem, zarówno wydarzeń złych, jak i dobrych. Zmienia kontrolowaną rzeczywistość w nieskończenie bogaty projekt Przedwiecznego Boga.

Katarzyna Perdek¹

Swoboda sumienia i wyznania dziecka

Godność człowieka jako źródło praw i wolności

Wolność sumienia i wyznania należy do katalogu podstawowych praw i wolności, mających umocowanie w prawie krajowym i międzynarodowym, a realizacja prawa człowieka do wolności religijnej uznawana jest za miernik poziomu demokracji².

Wolność sumienia i wyznania zajmuje szczególne miejsce w katalogu praw podmiotowych, gdyż – jak zauważa J. Mazurkiewicz – „istota tego człowieczego dobra wymyka się wszelkiej normatywnej regulacji³. Dotyczy bowiem sfery psychicznej człowieka, światopoglądu i przeżyć emocjonalnych.

W prawie wyznaniowym określana jest jako uprawnienie jednostki do kształtowania i zmiany poglądów, przekonań religijnych i światopoglądu w ogóle⁴. To pozytywny sens rozumienia wolności. W sensie negatywnym wolność religijna oznacza wolność od... – od przymusu w sferze sumienia, wyznania czy religii, pochodzącego od władzy czy grup społecznych⁵.

Źródłem prawa człowieka do wolności religijnej, pojmowanej zarówno w sensie pozytywnym, jak i negatywnym, jest nienaruszalna i przyrodzona godność człowieka, uznana za fundamentalną wartość, aksjologiczną podstawę Konstytucji RP.

¹ Mgr, doktorantka, Uniwersytet Wrocławski.

² A. Łopatka, Prawo do wolności myśli, sumienia i religii, Warszawa 1995, s. 50.

³ J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze szczerzą wraz z nami, Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet, Wrocław 2016, s. 32.

⁴ P. Borecki, Wolność sumienia i wyznania, www.racjonalista.pl [dostęp 14.2.2017].

⁵ H. Misztal, Wolność religijna, w: H. Misztal (red.), Prawo wyznaniowe, Lublin 2000, s. 206.

W art. 30 Konstytucji RP czytamy, że „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”⁶.

Poszanowanie godności człowieka jako „niewzruszalną podstawę” Rzeczypospolitej odnajdziemy w preambule Konstytucji. Wskazane w art. 30 atrybuty godności człowieka oznaczają, że Konstytucja jedynie uznaje tę nadrzędną wartość, a nie ją tworzy. Godność jest immanentną cechą człowieka (niezależną od innych zmiennych, np. wieku czy poziomu sprawności intelektualnej), trwającą niezależnie od działań człowieka, ich moralnej oceny, niezależnie od wymierzonych w człowieka działań innych ludzi.

W sensie opisowym nienaruszalność oznacza, że nikt nie może pozbawiać ani umniejszyć cudzej godności, w sensie normatywnym, który znajdziemy w art. 30 – prowadzi do uznania, że podmiot godności nie może być nigdy traktowany jako środek do realizacji innych wartości, a należy uwzględniać indywidualne cele osobnicze⁷.

Godność „jest źródłem wartości pojętych jako stany rzeczy, które mają być realizowane jako służące całościowemu rozwojowi podmiotu godności”⁸. Jest źródłem wolności i praw, określonych w Konstytucji i innych aktach prawnych jako prawa i wolności człowieka. W paradygmacie uniwersalnym, przyjętym przez społeczeństwo międzynarodowe, centrum stanowi godność przyrodzona, niepodzielna, powszechna, równa i będąca źródłem wszystkich praw człowieka⁹.

Godność jako źródło praw i wolności przyjęto w Karcie Narodów Zjednoczonych¹⁰, Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹¹, w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych¹², w Deklaracji wiedeńskiej i programie działania z 25 czerwca 1993 r.¹³

⁶ Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

⁷ M. Piechowiak, W sprawie aksjologicznej spójności Konstytucji RP. Dobro wspólne czy godność człowieka, w: S. L. Stadniczeńko (red.), Jednolitość aksjologiczna systemu prawa w rozwijających się państwach demokratycznych Europy, Opole 2011, s. 115.

⁸ *Op.cit.*, s. 115.

⁹ M. Piechowiak, Godność w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej – destrukcja uniwersalnego paradygmatu ujęcia podstawowych praw człowieka?, „Themis Polska Nova” nr 192, s. 126-146.

¹⁰ Karta Narodów Zjednoczonych z 26 czerwca 1945 r., Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90.

¹¹ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 169.

¹² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., nr 38 poz. 167.

¹³ www.unesco.org [dostęp 14.2.2017].

Prawnonaturalne rozumienie godności ugruntowuje ją poza przestrzenią zrelatywizowaną¹⁴. Przyjmując godność jako źródło praw, przyjmujemy postawę, że w ochronie praw człowieka chodzi nie o same prawa człowieka, ale o człowieka.

Człowiek jest podmiotem wolności religijnej, a zakorzenienie prawa swobody myśli, sumienia i wyznania w godności osoby ludzkiej oznacza, że nie jest to prawo przez państwo nadane, a jedynie przez państwo uznane i z mocy prawa stanowionego chronione¹⁵.

Ochrona wolności religijnej dziecka w prawie międzynarodowym

Prawo do wolności sumienia i wyznania pojawia się w prawie międzynarodowym w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela (1789 r.), uznane tamże za prawo naturalne, niezbywalne i święte¹⁶. Uchwalona 26 czerwca 1945 r. Karta Narodów Zjednoczonych dąży do popierania i zachęcania społeczności międzynarodowej do poszanowania wolności religijnej, jako jednej z podstawowych swobód i praw człowieka¹⁷.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela, uchwalona 10 grudnia w 1948 r., w art. 18 wskazuje na aspekt wewnętrzny i zewnętrzny wolności myśli, sumienia i religii: „Każda osoba ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii; prawo to obejmuje wolność zmiany swej religii lub przekonań, jak również wolność manifestowania swej religii lub przekonań, indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, poprzez nauczanie, praktyki religijne, sprawowanie kultu i rytuałów”¹⁸.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona 4 listopada 1950 r. w art. 9 powtarza prawie dosłownie treść art. 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, wskazując w ust. 2, że zewnętrzna sfera wolności religijnej może podlegać ustawowym ograniczeniom „z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”¹⁹.

W art. 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych podkreślono wewnętrzny i zewnętrzny aspekt wolności myśli, sumienia i wyznania. W ust. 2 wskazano wolność religijną w rozumieniu negatywnym, stanowiąc że „nikt nie może podlegać

¹⁴ M. Piechowiak, *op.cit.*, s. 126-146.

¹⁵ J. Krukowski, Godność ludzka podstawą praw i wolności człowieka w umowach międzynarodowych, w: J. Krukowski, O. Theisen (red.), *Kultura i prawo. Materiały z pierwszej międzynarodowej Konferencji na temat podstaw jedności europejskiej*, Lublin 1999, s. 179-199.

¹⁶ A. Rogowska, Wolność sumienia i wyznania, w: M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 237-251.

¹⁷ Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90.

¹⁸ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, www.libr.sejm.gov.pl [dostęp 14.2.2017].

¹⁹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.

przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub przyjmowania wyznania albo przekonań według własnego wyboru”²⁰.

W ust. 3 wskazano na możliwość ustawowego ograniczenia uzewnętrzniania wyznania lub przekonań, jeżeli to ograniczenie spowodowane jest koniecznością realizacji wskazanych w akcie międzynarodowym celów.

W ust. 4 Pakt nakłada na Państwa-Strony obowiązek poszanowania wolności rodziców i opiekunów prawnych dzieci do wychowywania ich zgodnie z własnymi przekonaniami religijnymi i moralnymi.

Dziecko pojawia się więc w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka jako swoisty nośnik prawa rodziców do realizacji pełni swojej władzy rodzicielskiej (czy opiekuńczej w przypadku opiekunów prawnych) w aspekcie wychowania religijnego.

Również w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r., obok zapewnienia każdemu wolności myśli, sumienia i religii, podkreślono prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami religijnymi, filozoficznymi i moralnymi, wskazując jednocześnie, że ten obszar jest regulowany przez prawo krajowe²¹.

W roku 1989 w prawie międzynarodowym zauważono szczególną potrzebę ochrony wolności sumienia i wyznania dziecka. Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w art. 14 postanawia, że Państwa – Strony Konwencji będą respektowały prawo dziecka do swobody myśli, sumienia i wyznania. Wskazuje na obowiązek rodziców w kierowaniu dzieckiem w korzystaniu z tego prawa, zgodnie z postępującym rozwojem dziecka²².

Tekst Konwencji jako pierwszy wprost wyraża ideę, że dziecko jest podmiotem wolności religijnej. Jednakże zastrzeżenie, że rodzice powinni udzielać swobód dzieciom odpowiednio do ich postępującego rozwoju, powodować może ograniczenie lub pozbawienie wolności religijnej dzieci młodszych, których zdolności będą ocenione przez ich rodziców jako niewystarczające. Niedookreślenie momentu czy przedziału wiekowego, w którym zdanie dziecka ma się liczyć powoduje pole do nadużyć²³.

Polska w deklaracji jednostronnej w 1991 r. uznała, że realizacja tego i innych praw dziecka może być dokonywana jedynie „z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i po za rodziną”.

²⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

²¹ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 2012/C 326/02; www.eur-lex.europa.eu [dostęp 14.2.2017].

²² Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

²³ I. Lach, Dziecko jako podmiot wolności sumienia i wyznania, Warszawa 2016, s. 34-35.

Druga część powyższego zastrzeżenia może budzić wątpliwości co do intencji jego autorów. Niektóre polskie tradycje i zwyczaje będą bowiem raczej zagrażać realizacji wolności osobistych dziecka, a zapis ten nie został doprecyzowany²⁴.

Ochrona wolności religijnej dziecka w polskim systemie prawnym – Wrocławskie projekty ochrony prawnej wolności sumienia i wyznania dziecka

Już w 1995 roku J. Zaporowska i J. Mazurkiewicz w artykule „Sumienie pod zarządkiem”²⁵ wskazywali, że w polskim prawie co do zasady nie ma uregulowań, które szczególnie chroniłoby dziecko w zakresie jego swobody sumienia i wyznania, a ustawodawca w swoich regulacjach wskazuje raczej na prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z ich przekonaniami religijnymi czy światopoglądem²⁶.

Polski system prawny jest w poruszonym aspekcie niekonsekwentny, gdyż przyznając dziecku od trzynastego roku życia ograniczoną zdolność do czynności prawnych (art. 15 k.c.), nie odnosi się w sposób szczególny do kwestii ochrony podstawowego prawa dziecka do wolności myśli, sumienia i wyznania.

Ten i inne problemy prawnej ochrony dóbr osobistych dziecka stanowiły przedmiot badań i projektów legislacyjnych Terenowego Komitetu Ochrony Praw Dziecka, utworzonego w roku 1984 we Wrocławiu.

Autorzy wrocławskich projektów ochrony prawnej dzieci i kobiet wskazywali, jakie idee powinny być realizowane prawnie, aby zapewnić dziecku ochronę należnych mu – jak każdemu człowiekowi, niezależnie od wieku i zdolności do czynności prawnych – praw i wolności w sferze tak delikatnej jak sfera przeżyć duchowych²⁷.

Wrocławscy autorzy reform nie negowali prawa rodziców do religijnego, zgodnego z własnymi przekonaniami wychowania dzieci, uznawanego przez akty prawa międzynarodowego i krajowego. Niemniej podkreślali, że realizacja tego prawa nie może

²⁴ I. Lach, op.cit., s. 39.

²⁵ J. Zaporowska, J. Mazurkiewicz, Sumienie pod zarządkiem, Rzeczpospolita 1995, nr 65, s. 15.

²⁶ Dzisiaj to rodzic decyduje o kwestii tak istotnej dla wolności religijnej, jak uczęszczanie jego dziecka na organizowane w szkole lekcje religii. Ustawa z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, (Dz. U. z 2005 r., nr 231, poz. 1965 ze zm.) podkreśla prawa obywateli do wychowywania dzieci zgodnie ze swoimi religijnymi przekonaniami oraz zapewnia członkom kościołów i związków wyznaniowych poszanowanie ich woli w zakresie nauczania religii i religijnego wychowania dzieci i młodzieży. Również w ustawie z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1169 ze zm.) podkreślono że Kościół ma prawo do nauczania religii i wychowywania religijnego dzieci i młodzieży, a odbywa się to zgodnie z wyborem dokonany przez opiekunów prawnych/rodziców dzieci. Prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami religijnymi uznaje również prawo oświatowe. Zob. J. Mazurkiewicz, *Zanim pomysły nasze...*, s. 21-23, T. Płoski, Gwarancje wolności sumienia i religii w Polsce, „Studia Warmińskie” nr XL/2003, s. 151-152.

²⁷ J. Mazurkiewicz, *Zanim pomysły nasze...*, s. 15.

oznaczać naruszania podmiotowego prawa dziecka do swobody w zakresie myśli, sumienia, wyznania, religii.

Idea postulowana przez wrocławskich reformatorów – „płynące z władzy rodzicielskiej prawo do wychowania religijnego dziecka nie może być wykonywane z naruszeniem jego prawa do wolności sumienia i wyznania”²⁸ znalazła swój wyraz w art. 48 ust. 1 Konstytucji. Obok swobody sumienia i wyznania sformułowanej wprost w art. 53: „Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii”²⁹, art. 48 wskazuje na granicę uprawnienia rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem. W ust. 1 zd. 2 czytamy: „wychowanie to powinno uwzględniać stopień dojrzałości dziecka, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania”.

Przepisy Konstytucji (art. 48 ust. 1, w związku z art. 53) wprost potwierdzają, że dziecko również posiada wolność sumienia i wyznania oraz własne przekonania. Nie stawiając granicy wieku, nie wiążą wolności osobistej ze zdolnością do czynności prawnych. Określają „status aktywny dziecka”, który umożliwia mu realizację swoich praw w sferze wolności sumienia i wyznania³⁰.

Oprócz prawnokarnej ochrony wolności religijnej, dla ochrony swobody sumienia i wyznania dziecka zasadnicze znaczenie ma ochrona dóbr osobistych, przewidziana w kodeksie cywilnym. Z problematyką ochrony dóbr osobistych łączy się problematyka praw podmiotowych w ten sposób, że – zgodnie z przeważającymi poglądami doktryny – konstrukcja praw podmiotowych zapewnia najskuteczniejszą ochronę dóbr osobistych³¹ – prawa podmiotowe osobiste należą do praw podmiotowych bezwzględnych, co oznacza, że są skuteczne erga omnes i chronione na mocy art. 23 i 24 kodeksu cywilnego³².

Podmiotowe prawo dziecka do wolności sumienia i wyznania rozumiane jest jako przyznana mu przez normę prawną (jako podmiotowi stosunku prawnego) „sfera prawnej możliwości postępowania”, zgodnie z treścią prawa, w sposób który określa norma przyznająca prawo³³.

Konstytucja RP w art. 48, przyznając rodzicom prawo do wychowywania dziecka zgodnie ze swoimi przekonaniem, wskazuje jednocześnie, że rodzice winni uwzględniać wolność sumienia, wyznania i przekonań dziecka – czyli nakłada na rodziców obowiązek

²⁸ *Op.cit.*, s. 38.

²⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm., art. 53.

³⁰ J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, Wolność sumienia i wyznania jako prawo człowieka, „Annales UMCS”, 2012, t. XIX, nr 1, s. 41.

³¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2011, s. 169.

³² *Op.cit.*, s. 170.

³³ S. Grzybowski, Prawo cywilne, zarys części ogólnej, Warszawa 1974, s. 97.

nienaruszania sfery prawnej możliwości postępowania – sfery wolności religijnej dziecka, jako podmiotu prawa.

Dziecko, pozostające pod władzą rodzicielską rodziców, określaną jako „zespół obowiązków rodziców względem dziecka”³⁴, gdzie uprawnienia rodzicielskie są składnikiem władzy, winne jest rodzicom posłuszeństwo (na mocy art. 95 § 2 k.r.o.), a w sprawach, gdzie może decydować samodzielnie powinno brać pod uwagę opinie i zalecenia rodziców. Jednocześnie rodzice zobowiązani są do uwzględniania woli dziecka w sprawach które go dotyczą, i powinni wysłuchać dziecko, o ile uzasadnia to jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości, a także w miarę możliwości uwzględniać jego rozsądne życzenia. Wydaje się, że zwłaszcza w sprawach tak delikatnych jak dotyczących sumienia, myśli, przeżyć duchowych czy religijnych, rodzice winni ostrożnie stosować narzędzia władzy rodzicielskiej, skłaniając się do respektowania głosu dziecka w tak ważnej dla niego sprawie.

Art. 48 Konstytucji oraz Konwencja o prawach dziecka, przyznając dziecku wolność religijną, nie wskazują jednakże w jaki sposób oceniać, czy stopień rozwoju dziecka (jego stopień dojrzałości, wg k.r.o.) jest już wystarczający, aby mogło samo decydować w aspekcie wyborów duchowych czy światopoglądowych.

Brak doprecyzowania sprawia, że to nadal od oceny rodziców (i od ich postawy) zależy stopień realizacji prawa dziecka do swobody sumienia i wyznania³⁵.

Wolność religijna dziecka w świetle prawa kanonicznego

Polska jest krajem prawie jednolitym wyznaniowo. W 2010 r. katolicy w Polsce stanowili 96, 21% ludności³⁶. Nauczanie kościoła katolickiego nakazuje rodzicom obowiązek wychowania religijnego dzieci – jako „główni wychowawcy” są oni odpowiedzialni za rozwój duchowy dziecka oraz jego wychowanie religijne i moralne, poprzez przekazywanie dziecku treści Katechizmu Kościoła Katolickiego oraz treści przekazywanych wiernym przez Urząd Nauczycielski Kościoła, a także zapewnianie dziecku udziału w praktykach religijnych, przykład z życia rodziców lub opiekunów, a także zobowiązanie do przygotowania dziecka do przyjmowania sakramentów przewidzianych nauką Kościoła³⁷.

³⁴ I. Lach, *op.cit.*, s. 44.

³⁵ A. Jakuszewicz, Prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniemami a wolność sumienia i religii dzieci w Konstytucji RP oraz w Konwencji o Prawach Dziecka, „Studia z zakresu prawa, administracji i zarządzania UKW” 2013, t. 3, s.124-125.

³⁶ GUS, Rocznik Statystyczny, Kościół Katolicki w Polsce 1991-2010, Warszawa 2014, s. 14.

³⁷ E. Szczot, Władza rodzicielska a wolność religijna dziecka w prawie kanonicznym, „Annales Canonici” 2015, nr 11, s. 226-227.

Wg nauk Soboru Watykańskiego II wolność religijna to atrybut rodziny, pojętej jako komórka społeczna będąca podmiotem prawa. Wolność religijna rodziny oznacza prawo do swobodnego organizowania życia religijnego członkom rodziny pod kierunkiem rodziców, decydowanie przez rodziców o rodzaju religijnego nauczania dzieci, prawo swobodnego wyboru szkoły i innych środków wychowania, wolność od zmuszania dzieci do nauki treści niezgodnych z przekonaniami religijnymi ich rodziców, wolność od narzucania jedynego systemu wychowania³⁸. Nauka Kościoła dookreśla uznane zarówno przez prawo krajowe jak i międzynarodowe prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniami religijnymi.

Jednocześnie prawo kanoniczne określa obowiązki rodziców: obowiązek ochrzczenia dziecka jak najszybciej po urodzeniu, obowiązek rodziców chrzestnych pomocy rodzicom dziecka i dziecku chrzestnemu w prowadzeniu życia chrześcijańskiego, obowiązek troski nad dopuszczeniem dzieci do Komunii Św. zaraz po „dojściu do używania rozumu”, obowiązek czuwania nad przyjęciem przez małoletniego sakramentu bierzmowania. Wolność religijna małoletniego w prawie kanonicznym to jego prawo do sprzeciwu woli rodziców w przypadku ich decyzji o ochrzczeniu lub wychowaniu dziecka w religii akatolickiej. Prawo to może być realizowane dopiero po ukończeniu przez małoletniego 14 roku życia³⁹.

Sobór Watykański II, uznając wolność religijną każdej osoby, mającą źródło w przyrodzonej godności człowieka, podmiotem najszerzej pojętej wolności czyni jednak rodzinę, z nadrzędną rolą rodziców decydujących o wychowaniu dziecka wg własnych przekonań religijnych.

Zakończenie

Wolność religijna, zwana naprzemiennie wolnością sumienia i wyznania, jest uznanym przez akty prawa międzynarodowego i Konstytucję RP prawem każdego człowieka. W równym stopniu to prawo dziecka, jeśli za źródło tego i innych praw człowieka uznamy przyrodzoną i niezbywalną godność ludzką. Wymiar aksjologiczny w tej materii ma duże znaczenie. Religia, myśli, przeżycia i przekonania to bowiem specjalne sfery ludzkiego życia, gdzie – doktryna jest zgodna – prawo powinno pełnić li tylko pomocniczą funkcję gwaranta.

Może wydawać się, że wolność religijna dziecka stoi w prawnej kontrze do równie uznawanego przez prawo międzynarodowe i krajowe prawa rodziców do wychowywania

³⁸ H. Misztal, Prawo rodziców do wychowania dzieci wg własnych przekonań, „Teka Komisji Prawniczej OL PAN” 2009, t. II, s. 67.

³⁹ E. Szczot, Władza rodzicielska..., s. 226-228.

dziecka zgodnie ze swoimi przekonaniem, w tym wychowania religijnego. Wolność dziecka spotyka się tutaj z równie ważnym prawem jego rodziców. Jednak, powtarzając za I. Berlinem, dwie prawdy nie mogą być logicznie sprzeczne.

Dlatego wytyczną w realizacji obydwu praw w sposób nieniosący za sobą kolizji, winien być tekst Konwencji o prawach dziecka, wskazujący na obowiązek rodziców w kierowaniu dzieckiem w taki sposób, aby mogło swoje prawo do wolności sumienia i wyznania w pełni realizować, zgodnie ze swoim postępującym rozwojem.

Naczelną powinna być i tu zasada dobra dziecka.

Iana Sadowska¹

Gwarancje praw mieszkaniowych dziecka w Federacji Rosyjskiej

Wprowadzenie

Z uwagi na ograniczoną zdolność do czynności prawnych² oraz podleganie władzy rodzicielskiej³ dziecko potrzebuje szczególnej ochrony w różnych sytuacjach życiowych. Rolą ustawodawcy jest stworzenie instytucji odpowiedzialnych za sprawowanie kontroli nad jakością życia dziecka⁴ oraz aktów prawnych, służących ochronie praw dziecka. Zakres tej ochrony obejmuje również ochronę praw mieszkaniowych dziecka przed nadużyciami ze strony osób najbliższych, posiadających uprawnienia do rozporządzenia majątkiem osoby małoletniej, czyli rodziców, przybranych rodziców lub opiekunów dziecka.

¹ Mgr, Uniwersytet Zielonogórski.

² Zob. art. 21 ust. 1 kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej (część pierwsza) z dnia 30.11.1994 N 51-FZ, Zbiór ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej, 1994, N 32, art. 3301; (Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ, Собрание законодательства РФ, 1994, N 32, ст. 3301), dalej oznaczanego także jako: KC FR.

³ Zob. art. 61 ust. 2 kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej z dnia 29.12.1995 N 223-FZ, Zbiór ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej, 1996, N 1, art. 16 (Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ, Собрание законодательства РФ, 1996, N 1, ст. 16), dalej oznaczanego także jako: KR FR.

⁴ Zgodnie z art. 7 ustawy federalnej o opiece i kurateli z dnia 24.04.2008 r. N 48-FZ, Zbiór ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej, 2008, N 17, art. 1755 (Федеральный закон от 24.04.2008 N 48-ФЗ „Об опеке и попечительстве”, Собрание законодательства РФ, 2008, N 17, ст. 1755), dalej oznaczanej jako: OK FR, organy władzy wykonawczej mają za zadanie: 1) ochronę praw i słuszných interesów obywateli potrzebujących ustanowienia nad nimi opieki lub kurateli, oraz obywateli znajdujących się pod opieką lub kuratelą; 2) nadzorowanie działalności opiekunów i kuratorów a także organizacji, w których umieszczani są obywatele całkowicie lub częściowo ubezwłasnowolnieni; 3) kontrolę nad bezpieczeństwem mienia i zarządzaniem majątkiem obywateli znajdujących się pod opieką lub umieszczonych pod nadzorem instytucji edukacyjnych, organizacji ochrony zdrowia, organizacji świadczących usługi społeczne lub innych organizacji, w tym organizacji dla sierot i dzieci pozbawionych opieki rodziców.

Miejsce zamieszkania osoby małoletniej

Kodeks cywilny Federacji Rosyjskiej w art. 20 ust. 2 w sposób szczególny określa pojęcie miejsca zamieszkania osób małoletnich w wieku do lat czternastu. Jest nim miejsce zamieszkania ich przedstawicieli ustawowych: rodziców, przybranych rodziców lub opiekunów. Natomiast miejsce zamieszkania osób w wieku powyżej lat czternastu, które nie ukończyły lat osiemnastu, ustala się na zasadach ogólnych.

Ustawodawstwo Federacji Rosyjskiej nie zawiera jednak jednoznacznej, wspólnej dla wszystkich gałęzi prawa definicji pojęcia „miejsce zamieszkania”. Kluczowy problem w tym zakresie stanowi kryterium zameldowania osoby w miejscu zamieszkania.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 KC FR miejscem zamieszkania jest miejsce, gdzie obywatel stale lub przeważnie przebywa. Regulacja ta jednak została rozwinięta i doprecyzowana w art. 2 ustawy o prawie obywateli Federacji Rosyjskiej do swobodnego przemieszczania się, wyboru miejsca pobytu i miejsca zamieszkania na terenie Federacji Rosyjskiej⁵. Zgodnie z zawartą we wspomnianym artykule regulacją miejscem zamieszkania jest dom, mieszkanie, pokój, inne pomieszczenie mieszkalne, w którym obywatel na stałe lub przeważnie mieszka jako właściciel lub na innej podstawie przewidzianej w ustawodawstwie Federacji Rosyjskiej (w szczególności – umowy najmu albo podnajmu), oraz w którym jest on zameldowany jako w miejscu zamieszkania. Sąd Konstytucyjny Federacji Rosyjskiej w jednym ze swoich postanowień wskazał, że w myśl ostatnio wymienionego artykułu „miejsce zamieszkania” oznacza szczególny stan prawny wynikający z rejestracji obywateli Federacji Rosyjskiej w miejscu zamieszkania⁶.

Chroniąc prawa mieszkaniowe osoby małoletniej, w tym również prawo dziecka do zamieszkania i wychowywania się w rodzinie⁷, ustawodawca w art. 679 KC FR i art. 70

⁵ Ustawa Federacji Rosyjskiej z dnia 25.06.1993 r. N 5242-1 o prawie obywateli Federacji Rosyjskiej do swobodnego przemieszczania się, wyboru miejsca pobytu i miejsca zamieszkania na terenie Federacji Rosyjskiej, Gazeta rosyjska, 1993, N 152 (Закон РФ от 25.06.1993 N 5242-1 „О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации”, Российская газета, 1993, N 152).

⁶ Postanowienie Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z dnia 24.11.1995 r. N 14-P w sprawie weryfikacji konstytucyjności części drugiej artykułu 10 ustawy Republiki Osetii Północnej z dnia 22 grudnia 1994 roku „О выборах в Парламент Республики Осетии Пółnocnej – Аланії”, Zbiór ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej, 1995, N 48, art. 4692 (Постановление Конституционного Суда РФ от 24.11.1995 N 14-П "По делу о проверке конституционности части второй статьи 10 Закона Республики Северная Осетия от 22 декабря 1994 года "О выборах в Парламент Республики Северная Осетия - Алания", Собрание законодательства РФ, 1995, N 48, ст. 4692).

⁷ Zob. art. 54 ust. 2 KR FR.

kodeksu mieszkaniowego Federacji Rosyjskiej⁸ ustanowił, że zamieszkanie małoletniego dziecka wraz z rodzicami nie wymaga ani zgody pozostałych członków rodziny, ani zgody wynajmującego w przypadku, gdy tytuł prawny do pomieszczenia mieszkalnego wynika ze stosunku najmu. Nie jest w takiej sytuacji również obowiązkowe przestrzeganie wymagań dotyczących norm powierzchni użytkowej przypadającej na jedną osobę⁹. Wskutek takiej regulacji osoba małoletnia nabywa prawo do zamieszkania w pomieszczeniu mieszkalnym, w którym zamieszkują jej rodzice, a do jej zameldowania w tym pomieszczeniu nie jest wymagana zgoda właściciela – wystarczy jedynie wniosek rodziców.

Szczególna ochrona prawa do zamieszkania w pomieszczeniu mieszkalnym, które należy do jednego z rodziców małoletniej osoby, znalazła swoje odzwierciedlenie w interpretacji art. 31 ust. 4 KM RF, zawartej w pkt 13 postanowienia Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej w pełnym składzie z dnia 2 lipca 2009 r.¹⁰

Podstawą do wydania wspomnianej interpretacji posłużyło wprowadzenie w życie w 2004 r. KM RF. Zgodnie z art. 31 ust. 4 wspomnianego kodeksu, w przypadku wygaśnięcia stosunków rodzinnych z właścicielem pomieszczenia mieszkalnego były członek rodziny traci prawo do korzystania z tego pomieszczenia. Na gruncie tego przepisu ukształtowała się linia orzecznicza, zgodnie z którą w przypadku, gdy po rozwodzie dziecko zamieszkuje z rodzicem, któremu przyznano opiekę nad dzieckiem a który nie posiada udziału we własności pomieszczenia mieszkalnego, nie może być traktowane jako członek rodziny właściciela.

Takie podejście wywołało szeroką krytykę, niemniej jednak stanowisko judykatury w tym zakresie uległo zasadniczej zmianie dopiero w 2009 r. Wtedy Sąd Najwyższy uznał, że rozwód rodziców, unieważnienie małżeństwa lub separacja rodziców nie mają wpływu na prawa dziecka (art. 55 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 pkt 1 KR FR), w tym na prawa mieszkaniowe. Takie stanowisko Sąd Najwyższy uzasadnił tym, że na mocy przepisów KR FR dotyczących odpowiedzialności rodziców za wychowanie i rozwój dzieci, ich obowiązkiem jest dbać o zdrowie, fizyczny, psychiczny, duchowy i moralny rozwój dzieci. Zatem ustanie stosunków rodzinnych między rodzicami małoletniego dziecka nie wywołuje na gruncie art. 31 ust. 4

⁸ Kodeks mieszkaniowy Federacji Rosyjskiej z dnia 29.12.2004 r. N 188-FZ, Zbiór ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej, 2005, N 1 (część 1), art. 14 (Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 N 188-ФЗ, Собрание законодательства РФ, 2005, N 1 (часть 1), ст. 14), dalej oznaczany jako: KM RF.

⁹ Zob. art. 70 KM RF.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej w pełnym składzie z dnia 2.07.2009 r. N 14 w sprawie niektórych pytań powstałych w praktyce sądowej przy stosowaniu kodeksu mieszkaniowego Federacji Rosyjskiej, Biuletyn Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej, 2009, N 9 (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 N 14 "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации", Бюллетень Верховного Суда РФ, 2009, N 9).

KM FR takiego skutku, że dziecko staje się byłym członkiem rodziny rodzica, któremu nie przyznano nad nim opieki. W konsekwencji również ustanie takich stosunków nie pociąga za sobą utraty prawa dziecka do korzystania z pomieszczeń stanowiących własność jednego z rodziców¹¹.

Niewątpliwie korzystne dla osób małoletnich rozwiązanie było jednak przez długi czas bezużyteczne w praktyce. Wynikało to z tego, że sądy, przyznając małoletniemu dziecku prawo do korzystania z pomieszczenia mieszkalnego będącego własnością jednego z jego rodziców, nie znajdowały podstaw do przyznania tego prawa byłemu małżonkowi sprawującemu opiekę nad dzieckiem.

Podobny problem pojawia się w związku ze stanowiskiem sądów, zgodnie z którym dziecko, w stosunku do którego rodzice (lub jeden z nich) zostali pozbawieni praw rodzicielskich, zachowuje prawo do korzystania z pomieszczenia mieszkalnego będącego własnością drugiego lub obojga jego rodziców, ale nie nabywa tego prawa osoba, która przyjmuje nad nim opiekę.

Pierwszy z przedstawionych problemów został obecnie rozwiązany. Jako podstawę rozwiązania przyjęto art. 31 ust. 4 zd. 2 KM FR, zgodnie z którym byłemu członkowi rodziny, który nie posiada innego miejsca zamieszkania i nie jest w stanie go sobie zapewnić, sąd może przyznać prawo do korzystania z pomieszczenia na czas określony. Od 2016 r. prawo do korzystania z pomieszczenia może być przyznane byłemu małżonkowi, sprawującemu pieczę nad dzieckiem, zamieszkującym w pomieszczeniu, również na okres, niezbędny dla realizacji powierzonych przez sąd obowiązków rodzicielskich¹².

Opiekun natomiast na mocy art. 16 ust. 4 ustawy o opiece i kurateli może korzystać wyłącznie z pomieszczeń, należących do podopiecznego. W tym przypadku dodatkowo muszą być spełnione ustawowe wymagania, do których zalicza się duża odległość do miejsca zamieszkania opiekuna oraz rzetelne spełnianie przez opiekuna swoich obowiązków.

Mieszkanie jako chroniona własność małoletniego dziecka

Zgodnie z art. 28 KC FR prawo do dokonania czynności prawnych w imieniu osób małoletnich poniżej czternastego roku życia należy do rodziców, przybranych rodziców lub opiekunów. Na dokonanie czynności prawnych (z wyjątkami, określonymi w ustawie) przez

¹¹ *Ibidem*.

¹² Zob. pkt 3 [w:] Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej: przegląd orzecznictwa sądów N 3, 2016, zatwierdzony przez Prezydium Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej w dniu 10.10.2016 (Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 3, 2016, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 19.10.2016) (dostęp 17.11.2016 r).

osoby w wieku od 14 do 18 lat potrzebna jest zgoda rodziców, przybranych rodziców lub opiekunów.

Jednakże w niektórych przypadkach wyłącznie wola lub zgoda przedstawicieli ustawowych dziecka nie jest wystarczająca do tego, aby dokonać pewnego rodzaju czynności prawnych. Wyjątki te określa art. 21 OK FR. W myśl tego przepisu przedstawiciel ustawowy bez uprzedniej zgody organu opieki i kurateli nie ma prawa dokonać lub wyrazić zgody na dokonanie czynności prawnych mających na celu wynajem, nieodpłatne użytkowanie, zastaw nieruchomości osoby małoletniej, zbycie takiej nieruchomości (w tym w drodze zamiany lub darowizny), czynności pociągające za sobą zrzeczenie się praw należących do osoby małoletniej, podział jego majątku lub wyodrębnienie w nim udziałów i wykonywanie wszelkich innych czynności powodujących zmniejszenie wartości majątku osoby małoletniej.

Jednocześnie art. 20 OK FR stanowi, że zbycie nieruchomości należącej do osoby małoletniej jest niedopuszczalne z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to uwarunkowane przymusową egzekucją na podstawie i w trybie określonym w ustawie (w tym egzekucją z przedmiotu hipoteki), zbyciem na podstawie umowy renty lub zamiany (jeżeli umowa jest na korzyść osoby małoletniej), zbyciem pomieszczenia mieszkalnego w przypadku zmiany miejsca zamieszkania (pod warunkiem, że nie zostaną pogorszone warunki mieszkaniowe osoby małoletniej) oraz w przypadku sytuacji wyjątkowych (potrzeba pokrycia kosztów opieki medycznej itp.), jeżeli wymaga tego interes małoletniego.

Zgodnie z innym unormowaniem zawartym w ustawie o opiece i kurateli, rodzice powinni uzyskać zgodę organów opieki i kurateli w przypadku zbycia lub innego rozporządzenia (lub wyrażenia na to zgody) mieszkaniem lub innym pomieszczeniem mieszkalnym, jeżeli stanowi ono własność małoletniego dziecka lub jeżeli dziecko posiada udział we własności¹³.

Konsekwencje braku uprzedniej zgody organu opieki i kurateli określa art. 20 ust. 3 OK FR, odsyłając do art. 21 ust. 4 tejże ustawy. W myśl powołanego przepisu w przypadku wykrycia faktu zbycia pomieszczeń mieszkalnych bez uprzedniej zgody właściwego organu, organ ten powinien bezzwłocznie zwrócić się do sądu w imieniu osoby małoletniej o rozwiązanie umowy zgodnie z przepisami prawa cywilnego. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy taka umowa została zawarta na korzyść osoby małoletniej. Przy rozwiązaniu umowy majątek

¹³ Dodać trzeba, że zgodnie z art. 60 KR FR przy wykonywaniu przez rodziców uprawnień dotyczących rozporządzenia majątkiem dziecka podlegają one zasadom ustanowionym w ustawodawstwie cywilnym w zakresie rozporządzenia majątkiem dziecka (art. 37 KC FR). Podobny przepis zawarty jest w art. 28 ust. 1 KC FR. Jednakże ze względu na to, że art. 37 KC FR w części dotyczącej regulacji zarządzania majątkiem odsyła do ustawy o opiece i kurateli, w odniesieniu do wszelkich działań dotyczących rozporządzenia majątkiem dziecka, podejmowanych przez rodziców, należy stosować także przepisy zawarte w art. 19-21 ustawy o opiece i kurateli.

należący do osoby małoletniej podlega zwrotowi, a straty stron umowy muszą być pokryte przez przedstawiciela ustawowego, który doprowadził do zawarcia niezgodnej z prawem umowy, w wysokości i trybie określonym w przepisach prawa cywilnego.

Eksmisja osoby małoletniej

Mówiąc o eksmisji osoby małoletniej z pomieszczenia mieszkalnego wyodrębnić można trzy sytuacje. Pierwsza, kiedy dziecko mieszka z rodzicami w pomieszczeniu mieszkalnym i jest jego właścicielem. Druga, gdy dziecko mieszka z rodzicami w pomieszczeniu mieszkalnym, ale nie posiada żadnego udziału we własności pomieszczenia. Oraz sytuacja trzecia, kiedy rodzice wraz z małoletnim dzieckiem mieszkają w pomieszczeniu na podstawie umowy najmu socjalnego.

Sytuacja prawna dziecka będącego właścicielem pomieszczenia lub posiadającego udział we własności jest uregulowana przede wszystkim w art. 3 ust. 4 KM FR, zgodnie z którym nikt nie może być eksmitowany z pomieszczenia mieszkalnego lub być ograniczony w prawie do korzystania z pomieszczenia mieszkalnego, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawach. Osoba będąca właścicielem pomieszczenia mieszkalnego może być pozbawiona prawa do zamieszkiwania w takim pomieszczeniu wyłącznie w przypadku przeniesienia prawa własności. Ponieważ zbycie nieruchomości stanowiącej własność osoby małoletniej podlega dodatkowej kontroli ze strony organów państwowych, prawa dziecka w takiej sytuacji są dobrze zabezpieczone przed ich naruszeniem ze strony przedstawicieli ustawowych i innych osób.

W przypadkach, gdy osoba małoletnia wraz ze swoimi rodzicami zamieszkuje, jako członek rodziny, w lokalu lub innym pomieszczeniu mieszkalnym, jej prawo do zamieszkania w takim pomieszczeniu jest uzależnione od praw jej rodziców (lub jednego z rodziców) do zamieszkania w tym pomieszczeniu. Wynika to z przepisów art. 679 KC FR i art. 70 KM FR. Dlatego ustawodawca wyklucza możliwość eksmisji małoletniego dziecka z pomieszczenia, w którym zamieszkują jego rodzice, gdyż jego zamieszkanie w tym pomieszczeniu nie wymaga zgody osób trzecich, a jego prawo do zamieszkania wraz z rodzicami wynika z art. 20 KC FR. Natomiast w przypadku eksmisji rodziców z pomieszczenia mieszkalnego lub wygaśnięcia prawa rodziców do zamieszkania w tym pomieszczeniu, dziecko musi opuścić pomieszczenie wraz z rodzicami, ponieważ prawo dziecka do zamieszkania w tym przypadku jest prawem pochodnym od prawa jego rodziców (albo jednego z nich).

Jedyny przypadek, kiedy ustawodawca dopuszcza eksmisję rodziców z pomieszczenia z zachowaniem prawa dziecka do zamieszkiwania w tym pomieszczeniu dotyczy sytuacji, gdy rodzina zamieszkuje w pomieszczeniu na podstawie umowy najmu socjalnego. Zgodnie z art. 91 ust. 2 KM FR dopuszczalna jest eksmisja z pomieszczenia mieszkalnego obywateli pozbawionych praw rodzicielskich, jeżeli ich wspólne zamieszkanie z dziećmi, w odniesieniu do których są oni pozbawieni praw rodzicielskich, sąd uznał za niemożliwe. Celem takiej eksmisji nie jest jednak umożliwienie w przyszłości wprowadzenia się opiekuna wraz z podopiecznym do tego pomieszczenia, lecz zapewnienie powrotu do niego dzieci pozostających bez pieczy rodzicielskiej, po zakończeniu opieki¹⁴.

Ochrona praw dziecka, niebędącego właścicielem pomieszczenia mieszkalnego

Sytuacja mieszkaniowa dziecka, które nie jest właścicielem pomieszczenia, w którym zamieszkuje, w przypadku zbycia tego pomieszczenia w dużym stopniu uzależniona jest od woli jego rodziców. Prawa dziecka w takiej sytuacji nie są objęte szczególną ochroną. Ustawodawca nie ingeruje bowiem w prawa rodziców do rozporządzenia pomieszczeniem, w którym zamieszkuje rodzina i wtedy interesy dziecka mogą być poważnie zagrożone.

Przepis art. 292 ust. 4 KC FR przewiduje kontrolę zbycia pomieszczenia mieszkalnego w przypadku, gdy dotyczy to interesów członków rodziny znajdujących się pod opieką właściciela lub pozostających bez pieczy rodzicielskiej małoletnich członków rodziny właściciela. Takie transakcje są kontrolowane przez organy opieki i kurateli, ale zgodnie z utrwaloną przed rokiem 2010 praktyką sądową kontrola ta nie obejmuje przypadków, kiedy w pomieszczeniu zamieszkuje małoletnie dziecko właściciela. Taka sytuacja była spowodowana tym, że dziecka właściciela nie można formalnie uznać za osobę znajdującą się pod opieką lub pozostającą bez pieczy rodzicielskiej.

Norma ta stała się przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej. Sąd Konstytucyjny badał art. 292 ust. 4 KC FR w części określającej procedurę przeniesienia własności pomieszczenia, w którym zamieszkują małoletni członkowie rodziny właściciela pomieszczenia, jeżeli miałyby to wpływ na ich chronione prawa lub interesy.

¹⁴ Pismo Ministerstwa Edukacji i Nauki Federacji Rosyjskiej z dnia 08.04.2014 r. N BK-615/07 o przekazaniu metodologicznych zaleceń (Razem z „Metodologicznymi zaleceniami dotyczącymi wdrożenia skutecznego mechanizmu pozwalającego na zapewnienie pomieszczeń mieszkalnych dla sierot i dzieci pozbawionych opieki rodzicielskiej oraz osób odnoszonych do kategorii sierot i dzieci pozbawionych opieki rodzicielskiej”) (Письмо Минобрнауки России от 08.04.2014 N BK-615/07 "О направлении методических рекомендаций" (вместе с "Методическими рекомендациями по внедрению эффективного механизма обеспечения жилыми помещениями детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей, и лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей") (dostęp 18.11.2016 r.)

Artykuł uznany został za niezgodny z Konstytucją w tej części, w której zawarte w nim regulacje – w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie – nie pozwalają przy rozpatrzeniu konkretnych spraw związanych ze zbyciem pomieszczeń, w których zamieszkują osoby małoletnie, zapewnić skutecznej ochrony państwowej, w tym sądowej, praw tych, którzy nie są formalnie, w świetle prawa, uznawani za osoby znajdujące się pod opieką lub są uznawani za pozostających bez opieki rodzicielskiej, lecz znajdują się pod faktyczną opieką rodziców, pod warunkiem, że taka czynność prawna – mimo ustawowych obowiązków rodziców – narusza prawa i interesy osoby małoletniej¹⁵.

Pewien rodzaj ochrony ustawodawca przewiduje również w przypadku prywatyzacji mieszkań, jeżeli rodzice w imieniu dziecka zrzekli się jego udziału w prawie własności.

Zgodnie z art. 2 ustawy o prywatyzacji zasobów mieszkaniowych w Federacji Rosyjskiej osoby mieszkające w pomieszczeniach należących do zasobów mieszkaniowych państwa lub jednostek samorządu terytorialnego na warunkach najmu socjalnego, za zgodą wszystkich mieszkańców mogły do 2 marca 2017 r. nabyć takie pomieszczenie w drodze prywatyzacji¹⁶. Osoby w wieku od 14 do 18 lat mogły zgłosić chęć udziału w prywatyzacji samodzielnie, lecz za zgodą rodziców. W przypadku osoby w wieku do lat 14 oświadczenie o udziale w prywatyzacji lub oświadczenie o zrzeczeniu się prawa do udziału w prywatyzacji pomieszczenia składać mogli rodzice takiej osoby. Zapobiegając nadużyciom przez rodziców tego prawa ustawodawca wprowadził obowiązek uzyskania zgody organów opieki i kurateli na zrzeczenie się w imieniu osoby małoletniej prawa do udziału w prywatyzacji pomieszczenia mieszkalnego. Ochrona praw dzieci rozciąga się również na sytuacje, gdy w przypadku uzyskania takiej zgody dziecko nie nabyło prawa własności prywatyzowanego pomieszczenia. W takiej sytuacji, co podkreśla Sąd Najwyższy w pkt 18 postanowienia z dnia 2 lipca 2009 N 14¹⁷, dziecko nabywa wieczyste prawo do korzystania z prywatyzowanych pomieszczeń. Skutkiem takiego rozwiązania jest obowiązek uwzględnienia tego prawa

¹⁵ Postanowienie Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z dnia 08.06.2010 r. N 13-P „W sprawie sprawdzenia konstytucyjności ustępu 4 artykułu 292 kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej w związku ze skargą obywatelki Chadaevoj V.V.”, Biuletyn Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej”, 2010, N 5 (Постановление Конституционного Суда РФ от 08.06.2010 N 13-П "По делу о проверке конституционности пункта 4 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки В.В. Чадоевой", Вестник Конституционного Суда РФ, 2010, N 5).

¹⁶ Ustawa Federacji Rosyjskiej 04.07.1991 N 1541-1 „O prywatyzacji zasobów mieszkaniowych w Federacji Rosyjskiej”, Biuletyn aktów normatywnych, 1992, N 1 (Закон РФ от 04.07.1991 N 1541-1 "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации", Бюллетень нормативных актов, 1992, N 1).

¹⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej w pełnym składzie z dnia 2.07.2009 r. N 14 w sprawie niektórych pytań powstałych w praktyce sądowej przy stosowaniu kodeksu mieszkaniowego Federacji Rosyjskiej, Biuletyn Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej, 2009, N 9.

podczas przeniesienia własności pomieszczenia na inną osobę oraz zakaz eksmisji dziecka z mieszkania.

Wnioski

Podjmując się tworzenia systemu rozwiązań skierowanych na ochronę praw mieszkaniowych dziecka, rosyjski ustawodawca wprowadził w życie wiele przepisów, zawierających normy, pozwalające skutecznie chronić prawa osób małoletnich. Biorąc pod uwagę fakt, że prawo do rozporządzenia majątkiem osoby małoletniej jest w dużym stopniu uzależnione od woli rodziców, ustawodawca nałożył szczególne obowiązki na organy opieki i kurateli, zadaniem których jest kontrola przestrzegania praw i interesów dzieci przez ich przedstawicieli ustawowych. Należy zauważyć, że przepisy regulujące działalność organów opieki i kurateli pozwalają w pełni na realizację ich zadań, a możliwe naruszenia praw dziecka w dziedzinach, należących do kompetencji tych organów, mogą być spowodowane jedynie niewystarczającą rzetelnością organów przy stosowaniu owych przepisów.

Analiza stosowania omówionych przepisów w praktyce pozwala na doprecyzowanie kierunku, w którym zmierzają organy zarówno władzy ustawodawczej, jak i wykonawczej oraz sądowniczej przy pełnieniu swoich funkcji, kiedy dotyczy to ochrony praw mieszkaniowych dzieci. Po uważnym rozważeniu pewnych zasad prawa rodzinnego, w tym zasady odpowiedzialności rodziców za wychowanie i rozwój ich dzieci, zmieniono praktykę orzecznictwa prowadzącą do naruszenia tych zasad. Zostały również uwzględnione mieszkaniowe potrzeby rodziców sprawujących opiekę nad dzieckiem. Wykluczone zostały próby interpretacji przez sądy przepisów ustawodawstwa w sposób prowadzący do naruszenia praw mieszkaniowych osób małoletnich.

Podsumowując należy dojść do wniosku, że mimo wciąż istniejących w ustawodawstwie luk oraz niewystarczająco precyzyjnych regulacji prawnych, zarówno działania organów władzy wykonawczej jak i ustawodawczej i sądowniczej idą w kierunku zapewnienia najpełniejszej ochrony praw mieszkaniowych jednej z najbardziej potrzebujących ochrony kategorii obywateli.

Aleksandra Spisz¹

Dlaczego warto dopuścić sądowe ustalenie ojcostwa przed narodzeniem dziecka

Wprowadzenie

W kodeksie rodzinnym i opiekuńczym nie ma przepisu, który umożliwiłby wytoczenie powództwa o ustalenie ojcostwa dziecka jeszcze przed jego narodzeniem. Chociaż płynące z tego braku konsekwencje są dla dziecka poczętego i jego matki niezwykle poważne, często nawet dramatyczne, niedostatek ten jest zazwyczaj marginalizowany. Problemu tego zdaje się nie zauważać również większość przedstawicieli doktryny prawa rodzinnego. Na tym tle szczególną uwagę zwraca model sądowego ustalenia ojcostwa nasciturusa postulowany przez J. Mazurkiewicza. Stanowi on w mojej opinii rozwiązanie optymalne – z jednej strony chroni i zabezpiecza interesy dziecka poczętego i jego matki, a z drugiej sprawia, że bezzasadne stają się zarzuty formułowane przez przeciwników sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa. W moim artykule chciałabym wskazać realne korzyści, jakie dałoby wprowadzenie tego właśnie modelu postępowania do polskiego ustawodawstwa.

Główne założenia modelu postępowania ustalającego ojcostwo dziecka poczętego

Zanim przejdę do omawiania zalet wprowadzenia do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego odpowiednich regulacji mających na celu umożliwienie wszczęcia postępowania o ustalenie ojcostwa dziecka poczętego zgodnie z modelem postulowanym przez J. Mazurkiewicza, przedstawię pokrótce główne założenia jego koncepcji. Pozwoli to

¹ Mgr, doktorantka, Uniwersytet Wrocławski.

na jej pewne uporządkowanie, a także na uniknięcie potencjalnych nieporozumień podczas analizy przedstawionej poniżej argumentacji.

W myśl koncepcji dopuszczalne byłoby wytoczenie powództwa o ustalenie ojcostwa dziecka poczętego, jednakże wydanie wyroku następowaloby, co do zasady, dopiero po jego narodzinach². Do chwili urodzenia się dziecka istniałaby co prawda możliwość oddalenia powództwa lub też wydania wyroku ustalającego ojcostwo, ale tylko w przypadkach niewątpliwych, co omówię później. Jeżeli w trakcie postępowania powstałyby uzasadnione wątpliwości dotyczące ojcostwa, sąd zawieszalby postępowanie na czas niezbędny do przeprowadzenia dowodów biologicznych³. Prawo do wytoczenia powództwa przed urodzeniem się dziecka i krótko po porodzie przysługiwałoby jedynie matce dziecka, gdyż tylko ona jest w stanie ocenić, jak potencjalny proces sądowy wpłynie na jej zdrowie fizyczne i psychiczne⁴. W przypadku wydania wyroku ustalającego ojcostwo jeszcze przed narodzeniem się dziecka istniałaby możliwość wznowienia postępowania, jeżeli po jego uprawomocnieniu się zostałyby w sposób pewny wykluczone ojcostwo danego mężczyzny⁵.

Rodzić się mogą wątpliwości, jaki sens ma wprowadzenie omawianego modelu do polskiego ustawodawstwa, skoro wyrok zapadałby, co do zasady, po narodzinach dziecka? W dalszej części artykułu postaram się udzielić odpowiedzi na to pytanie.

Szybkość i sprawność postępowania

Niewątpliwą zaletą postulowanego modelu sądowego postępowania o ustalenie ojcostwa dziecka poczętego jest maksymalne skrócenie czasu oczekiwania na wydanie wyroku ustalającego ojcostwo. Należy bowiem mieć na uwadze, że jeszcze przed narodzeniem się dziecka byłoby możliwe przeprowadzenie niemalże całego postępowania dowodowego – zostałyby zgromadzone i zabezpieczone prawie kompletny materiał dowodowy. Co więcej, niektóre z tych dowodów mogłyby stanowić podstawę do oddalenia lub odrzucenia powództwa przez sąd jeszcze przed narodzinami dziecka⁶. Żeby jak najlepiej uwidocznąć korzyści opisywanego modelu z punktu widzenia szybkości i sprawności

² J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego*, RPEiS 1974, z. 4, s. 152.

³ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 155-156.

⁴ A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebinczyk, *O rozszerzenie ochrony dóbr osobistych dziecka i macierzyństwa prenatalnego*, NP 1986, nr 10-12, s. 79-80; podobnie J. Mazurkiewicz, „Zanim pomysły nasze szczerą wraz z nami”. O zapomnianych projektach reformy prawa rodzinnego, *Acta Iuris Stetinensis* t. 6, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego nr 821, Szczecin 2014, s. 329; tenże, *Rodzinne do remontu! Czyli o potrzebie wielkiej reformy prawa rodzinnego*, w: P. Stec, M. Załucki (red.), *50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, Warszawa 2015, s. 312.

⁵ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 158-159.

⁶ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 155; podobnie tenże, *Rodzinne...*, s. 324.

postępowania, omówię pokrótce ewentualny przebieg postępowania dowodowego w trakcie postępowania ustalającego ojcostwo nasciturusa.

W pierwszej kolejności należałoby przeprowadzić dowód z opinii biegłego na okoliczność ustalenia stopnia rozwoju dziecka. Obecny stan rozwoju medycyny pozwala na przeprowadzenie badań ultrasonograficznych, za pomocą których możliwe jest dokonanie pomiaru płodu. Dzięki temu lekarz jest w stanie określić okres ciąży, a co za tym idzie, wskazać najbardziej prawdopodobny okres poczęcia. Opinia taka stanowiłaby punkt wyjścia dla dalszego postępowania dowodowego⁷.

W dalszej kolejności należałoby przejść do przeprowadzenia dowodów mających na celu ustalenie faktu obcowania stron we wskazanym w opinii biegłego okresie poczęcia⁸. Niezwykle istotne w tym zakresie mogą się okazać dowody osobowe⁹, szczególnie w tych sytuacjach, gdy samo przesłuchanie stron lub świadków wykazuje ponad wszelką wątpliwość brak współżycia cielesnego stron, np. gdy mężczyzna udowodni nieprzerwane przebywanie za granicą, w szpitalu czy w więzieniu w okresie poczęcia¹⁰. Okoliczność taka skutkuje oddaleniem powództwa. Kolejnym możliwym do przeprowadzenia przed narodzeniem dziecka dowodem byłoby przedstawienie dokumentów czy fotografii¹¹. Warta zauważenia jest zależność, że z upływem czasu zmniejsza się liczba i jakość wymienionych powyżej dowodów na obcowanie stron w okresie poczęcia¹². Można zatem przypuszczać, że zebrany jeszcze przed narodzinami materiał dowodowy będzie bardziej wiarygodny od tego, który zabezpiecza się kilka miesięcy, a nierzadko nawet kilka lat po urodzeniu się dziecka¹³. Biorąc zatem pod uwagę niekorzystny wpływ czasu na jego moc dowodową wskazane jest, by postępowanie dowodowe przeprowadzone było tak szybko, jak to tylko jest możliwe.

W zależności od rezultatu przeprowadzonych dowodów, istniałoby kilka możliwości dalszego działania w sprawie. Sąd mógłby oddalić powództwo jeszcze przed narodzinami dziecka, jeżeli nie zostałyby udowodnione fakt obcowania stron lub udowodniono by niemożność poczęcia dziecka w ustalonym okresie. Wyrok ustalający ojcostwo dziecka

⁷ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 153; podobnie B. Walaszek, *Nasciturus w prawie cywilnym*, PiP 1956, nr 7, s. 129; por. też J.W. Dudenhausen, *Położnictwo praktyczne i operacje położnicze*, Warszawa 2014, s. 45-57; Spaczyński M., Brązert J. w: T. Pisarski (red.), *Położnictwo i ginekologia*, Warszawa 2002, s. 103-111.

⁸ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 155.

⁹ H. Haak, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz do art. 61⁷-91*, Toruń 2009, s. 155-156.

¹⁰ K. Pietrzykowski w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 580; podobnie H. Haak, *Kodeks...*, s. 157; J. Haberk, T. Sokołowski w: H. Dolecki i T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 554.

¹¹ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 271; podobnie J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 155.

¹² Z. Mańk, *Ustalenie ojcostwa*, Warszawa 1975, s. 53-54.

¹³ J. Mazurkiewicz, *Rodzinne...*, s. 324.

poczętego zapadałby wyłącznie wtedy, gdyby niezbiecie został wykazany fakt obcowania matki dziecka ze wskazanym mężczyzną w okresie poczęcia, a równocześnie nie zostałyby przeprowadzony dowód wykluczający możliwość poczęcia dziecka. W razie powstania jakichkolwiek wątpliwości co do ojcostwa następowałoby zawieszenie postępowania¹⁴. Po narodzinach, tak szybko jakby to było możliwe ze względu na zdrowie dziecka, przeprowadzone zostałyby wszystkie wnioskowane przez strony dowody przyrodnicze, w tym uważany za kluczowy dowód z analizy DNA. Dzięki temu wyrok zapadałby możliwie najszybciej¹⁵.

Niewykluczona jest również sytuacja, w której podczas rozprawy nastąpiłoby przyznanie obcowania bądź też „przyznanie ojcostwa” przez pozwanego mężczyznę. Wprawdzie na mocy art. 431 w związku z art. 458 § 1 k.p.c. w procesie o ustalenie ojcostwa rozstrzygnięcie nie może być oparte wyłącznie na uznaniu powództwa lub przyznaniu okoliczności faktycznych, jednak oświadczenie takie mogłoby mieć decydujący wpływ na wydany wyrok¹⁶. Korzyści takiej sytuacji są nie do przecenienia, gdyż w połączeniu z innymi środkami dowodowymi oświadczenie mężczyzny mogłoby stanowić podstawę do wydania wyroku ustalającego ojcostwo jeszcze przed narodzeniem się dziecka, co byłoby rozwiązaniem optymalnym z punktu widzenia wszystkich zainteresowanych stron.

Chciałabym wyraźnie podkreślić, że od czasu poczęcia do czasu przeprowadzenia dowodów minęłoby stosunkowo niewiele czasu. Wyrok zapadałby możliwie najszybciej i to nawet w przypadku zaistnienia konieczności przeprowadzenia dowodu z analizy DNA, gdyż cały materiał dowodowy w sprawie byłby przygotowany jeszcze przez narodzinami dziecka. Prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że proponowane przez J. Mazurkiewicza rozwiązanie pozwoliłoby na zredukowanie do minimum czasu oczekiwania na wyrok, a ustalenie ojcostwa następowałoby w maksymalnie krótkim odstępie czasu.

Szybkość i sprawność postępowania o ustalenie ojcostwa jest ważne nie tylko ze względu na sytuację dziecka poczętego i jego matki, ale i z punktu widzenia porządku prawnego. Jak zauważył bowiem S. Chrepiński, dla porządku prawnego pożądana jest sytuacja, w której możliwe jest ustalenie rzeczywistego stanu prawnego już od momentu, w którym określony stan powstał. W związku z tym autor proponuje, by możliwe było ustalenie ojcostwa jeszcze przed urodzeniem się dziecka, skoro wyrok zapadający w takim

¹⁴ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 155-156.

¹⁵ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 156; tenże, *Rodzinne...*, s. 325; podobnie J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2013, s. 227.

¹⁶ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 158; Z. Ziemiński, *Postępowanie dowodowe w sporach o ustalenie ojcostwa*, NP 1953, nr 4, s. 29.

postępowaniu stwierdza jedynie stan istniejący od momentu poczęcia. Dzięki temu relatywnie szybko ustalby stan niepewności co do stanu prawnego¹⁷.

Zabezpieczenie interesów majątkowych dziecka poczętego i jego matki

Zwracałam wcześniej uwagę na szybkość i sprawność ustalenia ojcostwa w przypadku przyjęcia opisywanego przeze mnie modelu sądowego postępowania o ustalenie ojcostwa nasciturusa. Mimo to pojawić się może jednak pytanie, jakie właściwie znaczenie ma jak najszybsze zapadnięcie wyroku ustalającego ojcostwo? Niewątpliwie jest przecież, że nadrzędnym celem proponowanych rozwiązań nie może być tworzenie abstrakcyjnych koncepcji czy hipotetycznych modeli. Omawiane zagadnienie dotyczy jak najbardziej realnego problemu – ciężkiej, niekiedy wręcz tragicznej sytuacji materialnej będącej w ciąży kobiety, co przekłada się często na zdrowie i niekiedy życie jej poczętego dziecka. Podkreślenia zatem wymaga, iż największą, a zarazem najważniejszą zaletą postulowanego modelu jest skuteczne zabezpieczenie roszczeń materialnych dziecka poczętego i jego matki. To właśnie osiągnięciu tego celu służyć ma proponowana regulacja.

Zwrócić należy uwagę na specyficzną sytuację kobiety w ciąży i po porodzie. Z jednej strony często ograniczona jest w swoich możliwościach zarobkowania, a z drugiej – gwałtownie wzrastają jej potrzeby¹⁸. Zazwyczaj okoliczności te odbijają się niekorzystnie na jej sytuacji ekonomicznej, co ma negatywny wpływ również na losy jej dziecka¹⁹. Sytuację pogarsza również fakt, że zarówno roszczeń matki dziecka pozamałżeńskiego związanych z ojcostwem przewidzianych w art. 141 k.r.o., jak i roszczeń alimentacyjnych ojca względem dziecka można dochodzić najwcześniej łącznie z dochodzeniem ojcostwa²⁰. Sytuacja ta często prowadzi do skutków dramatycznych, dlatego aby temu zaradzić, konieczne jest natychmiastowe podjęcie kroków w celu ustalenie ojcostwa.

Optymalnym rozwiązaniem, które pozytywnie wpłynęłoby na sytuację ekonomiczną kobiety w ciąży i jej dziecka, jest wprowadzenie postulowanego modelu sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego. Dzięki temu, że wyrok ustalający ojcostwo zapadłby jeszcze przed narodzeniem dziecka, matka mogłaby liczyć na wsparcie finansowe ojca w sytuacji,

¹⁷ S. Chrempński, Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa?, NP 1958, nr 2, s. 88.

¹⁸ A. Sabuda, Charakter i przesłanki realizacji roszczeń matki dziecka pozamałżeńskiego związanych z ciążą i porodem, NP 1966, nr 5, s. 587.

¹⁹ J. Gwiazdomorski, Roszczenia matki dziecka pozamałżeńskiego przeciwko jego ojcu, który nie jest jej mężem, RPEiS 1974, nr 3, s. 52.

²⁰ J. Gwiazdomorski, Roszczenia..., s. 57; podobnie J. Mazurkiewicz, Rodzinne..., s. 324; J. Ignaczewski, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 811; K. Pietrzykowski, Kodeks..., s. 577; T. Smyczyński, Prawo..., s. 284-285; A. Zieliński, Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie, Warszawa 2011, s. 182-184.

gdy najbardziej tego potrzebuje, bowiem możliwe byłoby maksymalnie szybkie dochodzenie roszczeń z art. 141 k.r.o. oraz roszczeń alimentacyjnych. W przypadku natomiast, gdyby postępowanie było zawieszone na czas niezbędny do przeprowadzenia dowodu z analizy DNA, mogłoby nastąpić zabezpieczenie roszczeń matki, gdyż fakt ojcostwa byłby już uwiarygodniony.

Można odnieść wrażenie, że podobny cel można osiągnąć poprzez wszczęcie postępowania zabezpieczającego roszczenia matki określone w art. 142 k.r.o., gdyż w postępowaniu tym możliwe jest zarówno zabezpieczenie materiału dowodowego, jak i zobowiązanie mężczyzny do wyłożenia odpowiedniej sumy pieniężnej²¹, zatem zbędne wydawać się może wprowadzenie dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego. Wniosek ten jednak jest jednak nieprzekonujący z kilku przynajmniej względów.

Należy zwrócić uwagę na specyfikę postępowania zabezpieczającego z art. 142 k.r.o. Dąży się w nim jedynie do uwiarygodnienia faktu ojcostwa, przy czym można zaobserwować tendencję do zadowalania się stosunkowo niskim stopniem uwiarygodnienia²². Nie jest wymagane również zachowanie przepisów regulujących postępowanie dowodowe. W praktyce częsta jest sytuacja, że już samo przyznanie obcowania przez wskazanego mężczyznę stanowi dla sądu wystarczającą podstawę do uwzględnienia żądania matki²³. Trzeba zresztą przyznać, że sprzeczne z charakterem i celem tego postępowania byłoby przeprowadzanie rozbudowanego postępowania dowodowego²⁴. W konsekwencji w postępowaniu zabezpieczającym nie dąży się do wszechstronnego rozważenia okoliczności sprawy czy nawet do całościowego zabezpieczenia materiału dowodowego. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie, że w postępowaniu tym materiał dowodowy byłby zabezpieczony w tym samym stopniu co w przypadku postępowania o ustalenie ojcostwa nasciturusa.

W sytuacji, gdy możliwe byłoby wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa jeszcze przed narodzeniem dziecka, nie istniałaby potrzeba wszczynania odrębnego postępowania zabezpieczającego roszczenia matki. Jak już bowiem wspomniałam, jeżeli ojcostwo zostałoby ustalone jeszcze przed narodzinami dziecka, matka mogłaby żądać roszczeń związanych z ciążą i porodem na podstawie art. 141 k.r.o. Gdyby zaś sąd zawiesił postępowanie ze względu na konieczność przeprowadzenia dowodów przyrodniczych, sąd mógłby zobowiązać mężczyznę do wyłożenia odpowiedniej kwoty na utrzymanie matki i dziecka w zakresie,

²¹ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 156.

²² J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001, s. 193.

²³ J. Ignaczewski, *Kodeks...*, s. 811-812; podobnie K. Pietrzykowski, *Kodeks...*, s. 818.

²⁴ B. Dobrzański w: B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 738.

w jakim to obecnie przewiduje art. 142 k.r.o., gdyż na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego można by uznać za spełnioną przesłankę uwiarygodnienia podstawy roszczenia. W związku z tym postępowanie zabezpieczające roszczenia matki z art. 142 k.r.o. w wielu przypadkach stałoby się zbędne, a niejednokrotnie zostałoby wręcz „wchłonięte” przez postępowanie o ustalenie ojcostwa²⁵.

Nie można zaprzeczyć, iż art. 142 k.r.o. jest „swoistym środkiem zabezpieczenia” interesów majątkowych matki jeszcze przed ustaleniem ojcostwa i stanowi próbę ochrony kobiety ciężarnej w wyjątkowo trudnej dla niej sytuacji²⁶. Można jednak polemizować, czy jest to rozwiązanie skuteczne: J. Mazurkiewicz zauważa, iż jest to rozwiązanie jedynie połowiczne, gdyż pozwala jedynie na uwiarygodnienie, a nie na ustalenie ojcostwa²⁷. Za trafną należy uznać jego konstatację, że dzięki przyjęciu proponowanego przez niego modelu sądowego postępowania o ustalenie ojcostwa *nasciturusa* „unormowania zawarte w art. 142 k.r.o. oraz art. 754 k.p.c. mogłyby spełniać wreszcie swoją trudną do przecenienia funkcję ochronną”²⁸.

Uznanie w trakcie sądowego postępowania o ustalenie ojcostwa dziecka poczętego

Mówiąc o zaletach dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa *nasciturusa* nie sposób pominąć zagadnienia uznania w trakcie postępowania o ustalenie ojcostwa. Jeszcze do 2008 r. w toku postępowania, aż do momentu uprawomocnienia się wyroku, możliwe było uznanie ojcostwa. Złożenie takiego oświadczenia przez mężczyznę skutkowało oddaleniem powództwa o ustalenie ojcostwa przez sąd²⁹. Nie sposób chyba wymienić wszystkich korzyści płynących z takiego rozwiązania. Przyspieszało to bowiem sam proces ustalania ojcostwa, a co więcej, było niezwykle pożądane dla wszystkich zainteresowanych – prowadziło do respektowania wspólnego stanowiska rodziców i dawało większą szansę na późniejsze prawidłowe stosunki między ojcem a dzieckiem, a także między matką a ojcem.

²⁵ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 157; tenże, *Zanim pomysły nasze szczepną wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016, s. 113.

²⁶ J. Majorowicz, *Charakter i przesłanki realizacji roszczeń matki dziecka pozamałżeńskiego związanych z ciążą i porodem*, NP 1966, nr 5, s. 600; podobnie J. Gwiazdomorski, *Roszczenia...*, s. 57; J. Pietrzykowski w: J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 658-659, cyt. za: T. Sokołowski, *Kodeks...*, s. 943; T. Smoczyński, *Prawo...*, s. 286; K. Pietrzykowski, *Kodeks...*, s. 817.

²⁷ J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 157.

²⁸ J. Mazurkiewicz, *Zanim...*, s. 113.

²⁹ J. Ignatowicz w: B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 517-518; podobnie K. Pietrzykowski, *Komentarz...*, s. 520.

Najważniejsze było jednak, że pozwalało to dziecku dorastać w świadomości, że ojciec uznał je dobrowolnie, a nie zostało mu to przymusowo narzucone³⁰.

W 2008 r. unormowanie to uległo diametralnej zmianie wskutek dodania do art. 72 k.r.o. paragrafu 2, zgodnie z którym uznanie ojcostwa nie może nastąpić, jeżeli toczy się sprawa o ustalenie ojcostwa. *Ratio legis* omawianej zmiany była próba wyeliminowania sytuacji dokonywania uznania w złej wierze, co uniemożliwiałoby ustalenie ojcostwa zgodnie z „prawdą genetyczną”³¹. Wspomniana nowelizacja spotkała się z falą krytyki w doktrynie³². Zmianie zarzucano przede wszystkim naruszenie kilku kluczowych dla prawa cywilnego zasad: zasady autonomiczności podmiotów oraz braku przymusu bezpośredniego państwa w stosunki rodzinne³³, zasady ekonomii procesowej³⁴, a co najważniejsze – zasady dobra dziecka³⁵.

Bardziej wnikliwe omawianie tej kwestii zdecydowanie wykracza poza ramy tego opracowania. Należy zatem jedynie wspomnieć, że większość przedstawicieli nauki i praktyki prawa rodzinnego wysuwa propozycję, by zmienić art. 72 § 2 k.r.o. w taki sposób, aby umożliwić uznanie ojcostwa mężczyźnie będącemu stroną w sprawie³⁶. Niektórzy postulują nawet jego usunięcie, traktując go jako „przepis zły i szkodliwy”³⁷. Jedno nie ulega wątpliwości – zmiana tego artykułu powinna nastąpić jak najszybciej, gdyż obecnie stanowi on przeszkodę do sprawniejszego, mniej konfliktowego zakończenia postępowania.

Pozornie mogłoby się wydawać, że powyższa dygresja nie ma związku z przedmiotem mojego artykułu. Jednakże celem monografii, do której został on złożony, jest przedstawienie niedostatków polskiego prawa dotyczącego dzieci i poszukiwanie prawnych instrumentów, które spowodowałyby ich lepszą ochronę. Stąd też uważam, że jest to dobre miejsce na wysunięcie nawet daleko idących koncepcji.

Rozważmy sytuację, w której nastąpiłaby zmiana art. 72 § 2 k.r.o. w kierunku postulowanym przez większość doktryny, czyli zostałby zniesiony zakaz dokonania uznania

³⁰ W. Stojanowska, M. Kosek, Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz, Warszawa 2011, s. 141.

³¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 12 sierpnia 2008 r., Druk nr 888 Sejmu VI kadencji, s. 6.

³² A. Sylwestrzak w: H. Dolecki i T. Sokołowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2013, s. 573; podobnie H. Ciepla, Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem, Warszawa 2010, s. 37-38; J. Ignaczewski, Kodeks..., s. 496-497; K. Pietrzykowski, Komentarz..., s. 520-521.

³³ K. Pietrzykowski, Komentarz..., s. 520-521; por. A. Stelmachowski, Zarys teorii prawa cywilnego, Warszawa 1998, s. 24-26; podobnie A. Sylwestrzak, Kodeks..., s. 571.

³⁴ A. Sylwestrzak, Kodeks..., s. 572.

³⁵ A. Sylwestrzak, Kodeks..., s. 571.

³⁶ A. Sylwestrzak, Kodeks..., s. 573; podobnie H. Ciepla, Nowelizacja..., s. 37-38; W. Stojanowska, M. Kosek, Nowelizacja..., s. 142.

³⁷ K. Pietrzykowski, Komentarz..., s. 521; podobnie J. Ignaczewski, Kodeks..., s. 497.

w trakcie postępowania w stosunku do mężczyzny będącego stroną w sprawie, a jednocześnie możliwe byłoby wszczęcie procesu o ustalenie ojcostwa jeszcze przed narodzinami dziecka. Niewątpliwie byłoby to rozwiązanie nieporównanie lepsze dla wszystkich zainteresowanych osób niż ma to miejsce obecnie. Można bowiem przypuszczać, iż w niejednym przypadku mężczyzna zdecydowałby się na złożenie oświadczenia o uznaniu ojcostwa jeszcze przed narodzinami dziecka³⁸. W konsekwencji stosunek ojcostwa zostałby ustalony optymalnie szybko, a w dodatku dobrowolnie, co nie pozostałoby bez wpływu, o czym już wspominałam, na stosunki między zainteresowanymi osobami, a także na ich komfort psychiczny. Nie mam zatem wątpliwości, że rozwiązanie takie byłoby najpełniejszą realizacją zasady ochrony praw dziecka.

Ustalenie ojcostwa dziecka poczętego w innych państwach

Jestem świadoma faktu, iż opisywany przeze mnie model postępowania ustalającego ojcostwo nasciturusa może budzić pewne wątpliwości, jako że jest to rozwiązanie nieznane wcześniej polskiemu ustawodawstwu. Chciałabym jednak tylko wspomnieć, gdyż szersze omawianie tego zagadnienia zdecydowanie przekracza ramy tego artykułu, o uregulowaniach przyjętych w innych krajach europejskich. Możliwość wszczęcia postępowania o ustalenie ojcostwa dziecka poczętego przewidywało prawodawstwo takich krajów jak Szwajcaria, Portugalia, Norwegia, Dania, Szwecja, Finlandia, Irlandia i Wielka Brytania czy też Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich³⁹. Do dzisiaj w niektórych państwach istnieje możliwość wszczęcia postępowania mającego na celu ustalenie ojcostwa jeszcze przed urodzeniem się dziecka – jest tak np. w Finlandii, Norwegii, Szwecji i Szwajcarii. Uważam, że to ukazuje dostatecznie, iż opisywany przeze mnie model sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego nie jest jedynie teoretyczną konstrukcją, ale znajduje uzasadnienie w praktyce innych państw, przynosząc tam niewymierne korzyści.

Wnioski

Nie ulega wątpliwości, że obecny model postępowania ustalającego ojcostwo nie chroni w należyтым stopniu interesów dziecka poczętego oraz jego matki. Kobieta w ciąży jest

³⁸ W. Stojanowska, M. Kosek, *Nowelizacja...*, s. 144; por. W. Stojanowska, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000, s. 172.

³⁹ B. Walaszek, *Sądowe ustalenie nieślubnego ojcostwa w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, Kraków 1959, s. 53; tenże, *Nasciturus...*, s. 129; J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność...*, s. 159-160; tenże, *Zanim...*, s. 116; A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, RPEiS 1994, nr 3, s. 55.

bowiem w praktyce często pozbawiona wsparcia finansowego w momencie, kiedy najbardziej tego potrzebuje, a co gorsza, w którym często ważą się losy życia i zdrowia jej nienarodzonego dziecka. W związku z powyższym należy jak najszybciej podjąć odpowiednie kroki, które mogłyby spowodować zmianę tej sytuacji. Uważam, że optymalnym rozwiązaniem jest wprowadzenie do polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego.

Proponowane rozwiązanie ma wiele zalet, które starałam się tutaj przedstawić. Dzięki jego przyjęciu wyrok ustalający ojcostwo zapadałby możliwie najszybciej, co pozwoliłoby na zabezpieczenie interesów majątkowych matki i jej dziecka. Proponowany model jest również zbieżny z regulacjami przyjętymi w niektórych innych państwach, dzięki czemu można być niemalże pewnym, że byłoby to dobre rozwiązanie wskazanego problemu.

Chciałabym również zaznaczyć, iż za przyjęciem postulowanego przeze mnie modelu postępowania sądowego o ustalenie ojcostwa nasciturusa przemawia humanitarna zasada ochrony praw dziecka poczętego, która jest konsekwencją obowiązywania w polskim prawie rodzinnym nadrzędnej zasady dobra dziecka⁴⁰. Zasada ta uważana jest za czynnik powodujący konsekwentne rozszerzanie zakresu ochrony praw dziecka poczętego, co wynika z przeświadczenia o doniosłych aksjologicznie treściach, jakie w sobie zawiera⁴¹. Podczas ustalania ojcostwa w drodze postępowania sądowego wszczętego przed narodzeniem dziecka występowałby przecież wymagający ochrony interes dziecka poczętego. Co więcej, interes ten byłby analogiczny do tego, jaki *de lege lata* występuje w przypadku uznania nasciturusa, a który ustawodawca zdecydował się chronić ustanawiając art. 75 k.r.o.⁴²

Dlatego uważam, iż z zasady ochrony praw dziecka poczętego wynika konieczność rozszerzenia zakresu ochrony jego praw o możliwość wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa jeszcze przed urodzeniem się dziecka. Postulowany model chroni bowiem interesy matki ciężarnej i dziecka poczętego, wyraźnie odmiennie niż ma to miejsce obecnie. Należy się zatem zgodzić z propozycją J. Mazurkiewicza, by do art. 84 k.r.o. dodać paragraf 1¹ w brzmieniu: „Matka może wytoczyć powództwo o sądowe ustalenie ojcostwa już przed urodzeniem się dziecka”⁴³.

⁴⁰ B. Walaszek, Dobro dziecka jako przesłanka niektórych uregulowań Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego PRL, SP 1970, nr 26-27, s. 285-289.

⁴¹ J. Mazurkiewicz, Uznanie dziecka poczętego, SP 1975, nr 46, s. 107.

⁴² B. Walaszek, Nasciturus..., s. 128-129; podobnie S. Chrepiński, Czy dziecko..., s. 87-88.

⁴³ J. Mazurkiewicz, Zanim..., s. 115.

Piotr Szymaniec¹

**Prawo do religijnego wychowania dzieci a edukacja:
przypadek amiszów²**

1. Religijna społeczność amiszów

Amisze stanowią jeden z nurtów szwajcarsko-alzacko-południowoniemieckiego anabaptyzmu, a więc radykalnego odłamu reformacji, niezależnego od luteranizmu i kalwinizmu. Jego przedstawiciele, należący zazwyczaj do dolnych warstw społecznych, nie uznawali hierarchii kościelnej ani świeckiej. Odrzucali (też chrzest niemowląt, uznając, że jedynie dorośli mogą świadomie wybrać drogę duchowego rozwoju. Mennonici – radykalny nurt anabaptystów, przyjmujący nauczanie Menno Simonsa – osiedlali się w Polsce, w której panowała duża tolerancja religijna, od lat 40. XVI w., tworząc osady wzdłuż Wisły od Zalewu Wiślanego aż do okolic Torunia. Amisze – radykalny nurt anabaptyzmu, wywodzący się zresztą od menonitów – został stworzony przez działającego w Szwajcarii reformatora Jakoba Ammanna z Erlenbach (1644–przed 1730). Ammann, który przed przyjęciem anabaptyzmu należał do Kościoła reformowanego, dążył do podporządkowania wszystkich obszarów życia normom religijnym. Wzywał on do wyrzeczenia się wszelkiej przemocy i porzucenia tego, co światowe, do życia skromnego i pracowitego spędzanego przy pracy na roli, a także do utrzymywania wspólnoty kościelnej. Potępiał z kolei, jako prowadzące do grzechu, ciekawość świata i skłonność do dóbr doczesnych. W 1693 r. stworzył pierwszą wspólnotę wiernych, z którą zamieszkał w Dolinie Markkirch w Alzacji w 1695 r. W 1701 r. wspólnota uzyskała zgodę na wychowanie grupy sierot. Jej przedstawiciele zostali zwolnieni od służby wojskowej i od pracy w charakterze poborców podatkowych. Jednakże już w 1712 r. wspólnota amiszów

¹ Dr, adiunkt, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Angelusa Silesiusa w Wałbrzychu.

² Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/09/B/HS5/04436.

została wydalona z Alzacji. Natomiast w 1720 r. pierwsza grupa amiszów znalazła się w Ameryce Północnej. W Pensylwanii zaś zaczęli się osiedlać w roku 1727, lecz znacząca fala osadnictwa amiszów w tej kolonii przypadła na połowę wieku XVIII. Druga fala osadnictwa przedstawicieli tej wspólnoty religijnej na terytoriach Stanów Zjednoczonych miała natomiast miejsce w okresie między 1815 a 1860 r.³

Amisze portretowani są często – także w kulturze popularnej – jako wspólnoty prostych farmerów, przywiązanych do ziemi i chcących zachować taki sposób życia, jakby czas zatrzymał się gdzieś w połowie wieku XIX. Ten obraz jest prawdziwy tylko częściowo. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że od lat 70. XX w. – czyli od czasów najśłynniejszych spraw sądowych dotyczących amiszów – w takiej grupie religijnej miały miejsce różne schizmy i rozłamy⁴, wobec czego powstało wiele odłamów społeczności Amiszów: jedne – w tym zwłaszcza konserwatywni Amisze Starego Porządku (*Old Order Amish*)⁵ – chcą żyć jak dotychczas, przedstawiciele innych zaś nierzadko emigrują do miast, prowadzą działalność gospodarczą i używają większości współczesnych urządzeń technicznych. Amisze są jedną z najbardziej dynamicznie rozwijających się pod względem demograficznym społeczności religijnych w Stanach Zjednoczonych. Ich liczba wzrosła od około 90000 w latach 80. XX w.⁶ do około 230000 obecnie⁷. Jednakże na te dane demograficzne trzeba

³ Por. D. Dejna, *Amisze. Fenomen wychowania endemicznego*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2012, s. 11–17; E. Wesner, *Kim są amisze? Spotkanie z kulturą i społecznością Amiszów Starego Zakonu Ameryki Północnej*, przekład: E. Grozowska, Warszawa 2012, s. 35–41. Na temat osadnictwa menonitów wzdłuż Wisły i ich życia religijnego na tych terenach – zob. P.J. Klassen, *Mennonites in Early Modern Poland & Prussia*, Baltimore 2009, s. 26–47, 75–98, 112–134. Warto dopowiedzieć, że u schyłku XVIII w. część amiszów osiedliło się na Wołyniu, tworząc tam na początku XIX w. dość ważną wspólnotę; por. E. Wesner, *Kim są amisze?...*, s. 38.

⁴ Por. K. Johnson-Weiner, *Old Order Amish Education: The Yoder Decision in the 21st Century*, „Journal of Amish and Plain Anabaptist Studies”, 2015, No. 3 (1), s. 25–44. Pierwsze rozłamy w społeczności amiszów miały już miejsce w latach 20. XX w. W 1927 r. od konserwatywnych amiszów oddzielił się tzw. Beachy Amish, którzy zdecydowali się na używanie samochodów. Inne grupy amiszów to New Order Amish, Amisze Andy Weavera czy Amish Mennonites (ta ostatnia powstała jeszcze w XIX w.). Najbardziej otwarte i „liberalne” (w sensie kontaktów ze światem zewnętrznym) grupy to Beachy Amish i Amish Mennonites. Dopuszczają one w zasadzie wszystkie środki komunikacyjne, w tym pocztę elektroniczną, choć raczej zabraniają przeglądania stron internetowych. Por. *The Encyclopedia Americana. International Edition. Complete in Thirty Volumes*. First Published in 1829, Vol. 1, Grolier Incorporated, Danbury Connecticut 1987, s. 745; D. Dejna, *Amisze. Fenomen wychowania endemicznego...*, s. 40. Por. także: D.L. Weaver-Zercher, *An Uneasy Calling: John A. Hostetler and the Work of Cultural Mediation*, [w:] D.L. Weaver Zercher (ed.), *Writing the Amish. The Worlds of John A. Hostetler*, The Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania 2005, s. 101.

⁵ Istnieje jeszcze stosunkowo niewielka wspólnota Amiszów Swarzenhuber, stanowiąca 5% populacji wszystkich amiszów i mająca opinię najbardziej konserwatywnej. Por. E. Wesner, *Kim są amisze?...*, s. 82–85.

⁶ Jeszcze w latach 50. mieszkało w Stanach tylko około 33000 amiszów; por. J.A. Hostetler, *The Amish and the Law: A Religious Minority and its Legal Encounter* (1984), [w:] D.L. Weaver Zercher (ed.), *Writing the Amish. The Worlds of John A. Hostetler...*, s. 263. Natomiast w latach 80. było ich ponad dwa razy więcej: około 80000 Amiszów Starego Zakonu i około 5000 członków Beachy Amish. Ponadto około 2000 reprezentantów Old Order Amish mieszkało w regionie Ontario – *The Encyclopedia Americana...*, Vol. 1, s. 745.

⁷ E. Wesner, *Kim są amisze?...*, s. 18.

spojrzeć przez pryzmat wewnętrznego zróżnicowania amiszów⁸. Te różnice przekładają się też na kwestie związane z wychowaniem i edukacją. Trudno bowiem mówić o jednym typie wychowania u amiszów, gdyż w przypadku każdego z odłamów zagadnienie to wygląda nieco inaczej. Jednakże – przyjmując to zastrzeżenie – w dalszym ciągu niniejszego tekstu skoncentruję się na konserwatywnej grupie amiszów, gdyż ich właśnie dotyczyło interesujące nas tutaj orzecznictwo dotyczące możliwości odstąpienia od nakazanego powszechnie obowiązującymi przepisami obowiązku szkolnego z uwagi na wolność religijną rodziców.

2. Wychowanie i edukacja w społeczności amiszów

Dagna Dejna, która prowadząc badania antropologiczne, przebywała w społeczności amiszów w Pensylwanii, uznaje, że wychowanie u Amiszów Starego Zakonu można opisać za pomocą zapomnianych już dziś kategorii, a mianowicie porządku (*Ordnung*) i pokoju wewnętrznego, pokoju duszy (*Gelassenheit*). Píše też, że: „Amisze, posługując się dwoma skutecznymi instrumentami: szkołą i wychowaniem, wyrywają naturze człowieczeństwo i oddają je swojej kulturze. Szkoła i wychowanie amiszów to edukacyjna nisza i integralny element ich codzienności. Właśnie codzienność jest niekończącym się procesem wychowawczym i dydaktycznym. W toku codziennych, a więc zupełnie zwyczajnych i pospolitych, czynności kształtują się procesy wychowawcze. Zatem cała amiszowska rzeczywistość jest wychowaniem, a oni wszyscy są wychowawcami”⁹. Największe znaczenie dla amiszów mają dwie cnoty, które przekazują w procesie wychowania, a mianowicie pokora i posłuszeństwo. Posłuszeństwo to odnosi się do różnych sfer życia społecznego i takich relacji, jak między nauczycielem i uczniami, rodzicami i dziećmi czy mężem a żoną. Wychowanie wobec tego jest nakierowane na reprodukcję wzorców kulturowych, opartych na tradycyjnym podziale ról i obowiązków między kobiety i mężczyzn¹⁰. Amisze Starego Zakonu dopuszczają edukację do ukończenia przez dzieci 14. roku życia, a więc

⁸ Jednakże społeczność konserwatywnych amiszów zwiększa się też bardzo dynamicznie. W Lancaster County, gdzie żyje bardzo zwarta społeczność Old Order Amish, na początku XX w. liczebność ich wynosiła 750 osób, w 1950 r. – 4100, w 1980 r. – 10600, w 2000 r. – 22300, i wreszcie w 2010 r. – 33000 osób – D. Dejna, Amisze. Fenomen wychowania endemicznego..., s. 34. Dane te obrazują tempo wzrostu tej populacji.

⁹ D. Dejna, Amisze. Fenomen wychowania endemicznego..., s. 8.

¹⁰ *Ibidem*, s. 39, 40–41. W tym miejscu należy dopowiedzieć, że wyznawane przez amiszów cnoty pokory i posłuszeństwa mają wpływ na ich stosunek do państwa. Otóż nigdy nie byli oni i nie są buntownikami, a państwo uważają za konieczne do utrzymania porządku w świecie cielesnym. Sami jednak stronią od instytucji państwa, niechętnie wschodząc w relacje z administracją oraz wymiarem sprawiedliwości. Dlatego też za sprzeczne z obowiązkami religijnymi uważają zatrudnienie w służbach publicznych, jak również zasiadanie w ławie przysięgłych. Jednocześnie nie sprzeciwiają się czynnemu udziałowi w wyborach, wobec czego głosują w wyborach lokalnych, a czasem też ogólnokrajowych; por. J.A. Hostetler, *The Amish and the Law: A Religious Minority and its Legal Encounter* (1984)..., s. 277–278. Ponadto stoją oni na stanowisku całkowitego pacyfizmu.

pozwalają na ukończenie najwyżej ośmiu klas szkoły, do której zaczynają uczęszczać w 6 roku życia. Po ukończeniu takiej nauki dziecko ma prawo wybrać, czy zostaje we wspólnocie, czy chce odejść „do świata”. Jednak z badań Donalda B. Kraybilla wynika, że 96% młodych amisów decyduje się zostać w społeczności (zresztą nawet dla tych, którzy ją opuścili, istnieje możliwość powrotu)¹¹. Wpływa na to przede wszystkim wychowanie oparte na poczuciu tożsamości grupowej. Odseparowaniu od świata sprzyja także język, którym posługują się na co dzień, a mianowicie *Pennsylvania dutch* (*Pennsylfawnisch Deitsch*), wywodzący się z niemieckiego dialektu nadreńskiego, charakterystycznego dla Palatynatu, zmieszanego z wieloma słowami angielskimi¹². Amisze, tak jak wszyscy anabaptyści, uznają jedynie chrzest dorosłych. Ceremonia ta następuje właśnie wtedy, gdy młodzież ukończy edukację i wybierze swoją drogę wewnątrz wspólnoty.

Edukacja amisów ma na celu umożliwienie ciągłości kulturowej, a usunięte jest z niej wszystko to, co mogłoby odsuwać uwagę dzieci od tego, kim mają stać się w przyszłości. Jak pisze Dagna Dejna: „Dzieci nie posiadają kredek i tym samym – nie rysują. Wszelkie atrybuty, które mogłyby skierować ich uwagę na świat, do którego nie należą i którego się boją – są im odebrane. Takie narzędzia emancypacji, jak wszelkie przejawy sztuki, pozostają niedostępne”¹³. Typowe szkoły, do których uczęszczają dzieci Amisów Starego Zakonu, to *one-room schools*, a więc szkoły z jedną salą lekcyjną. Zajęcia dla uczniów wszystkich ośmiu klas odbywają się w jednym czasie i tym samym pomieszczeniu. Każdego dnia zajęcia rozpoczynają się od modlitwy, a nauka obejmuje pisanie, czytanie, gramatykę języka angielskiego i niemieckiego, arytmetykę oraz elementy historii i geografii. Nauczycielki (są nimi zawsze młode, jeszcze niezamężne kobiety) nie posiadają formalnego przygotowania pedagogicznego. Kiedy nauczycielka tłumaczy coś dzieciom z klas 1–4 lub każe im czytać na głos, uczniowie klas 5–8 mają realizować „cichą naukę”¹⁴. Szkoła nie ma służyć emancypacji uczniów, ale ma służyć im w drodze do osiągnięcia życia wiecznego, a także przygotować do

¹¹ D. Dejna, Amisze. Fenomen wychowania endemicznego..., s. 42, 79. Generalnie amisze potępiają i unikają (ten zwyczaj religijny określa się mianem *shinning*) tylko tych byłych członków wspólnoty, którzy opuścili ją już po przyjęciu chrztu i staniu się pełnoprawnymi członkami wspólnoty. Świadczenia osób, które opuściły wspólnotę amisów, zebrał w latach 60. John A. Hostetler; zob. J.A. Hostetler, *Persistence and change patterns in Amish society* (1964), [w:] D.L. Weaver Zercher (ed.), *Writing the Amish...*, s. 219–222. Bywa też, że młodzi amisze – zwłaszcza mężczyźni – którzy nie potrafią dostosować się do wspólnoty ani jej opuścić, popełniają samobójstwa. Jak uważał cytowany autor, samobójstwa wśród tej wspólnoty wyznaniowej – mimo że odebranie sobie życia jest potępiane przez Biblię – zdarzają się częściej niż w innych wiejskich wspólnotach Stanów Zjednoczonych; por. *ibidem*, s. 223–224.

¹² W Pensylwanii, nie tylko wśród amisów, jest też często używany dialekt wykorzystujący angielskie słownictwo i niemieckie konstrukcje gramatyczne; por. *The Encyclopedia Americana. International Edition. Complete in Thirty Volumes. First Published in 1829, Vol. 21, Grolier Incorporated, Danbury Connecticut 1987*, s. 664–665.

¹³ D. Dejna, Amisze. Fenomen wychowania endemicznego..., s. 44.

¹⁴ *Ibidem*, s. 81–82, 88–89. Por. też: E. Wesner, *Kim są amisze?...*, s. 138–143.

wykonywania przyszłych ról społecznych – męża i żony. Zatem: „Szkoła powinna przygotować swoich uczniów do dorosłości tak, aby ich życie nie różniło się niczym od życia swoich rodziców, dziadków i pradiadków”¹⁵.

3. Sprawa Yoder i jej konsekwencje

Przez większość okresu osadnictwa na terytorium Stanów Zjednoczonych amisyze wysyłali swoje dzieci do lokalnych jednoizbowych szkół, przy czym w XIX bądź na początku XX wieku zwykle godzili się na to, by uczęszczały one do szkół wraz z przedstawicielami innych grup etnicznych czy wyznaniowych. Problemy zaczęły się, gdy zaczęto likwidować małe szkoły. Pierwszy okres likwidacji takich szkół i budowy dużych kompleksów edukacyjnych przypadł na lata 1919–1939, wtedy też stany zaczęły przyjmować ustawodawstwo ustalające obowiązek szkolny do ukończenia przez młodzież 16. bądź nawet 18. roku życia. W latach 30. amisyze zaczęli popadać w konflikty z władzami szkolnymi¹⁶. W latach 60. miała miejsce centralizacja, kiedy to w stanach Iowa, Wisconsin i Pensylwania tworzone duże placówki oświatowe w miastach i miasteczkach, gdzie dzieci musiały być dowożone autobusami z pobliskich osad i wsi. Amisyze, którzy niechętnie korzystali z pojazdów mechanicznych, a ponadto uważali środowisko miejskie za deprawujące, byli bardzo niechętni zmianom i często nie godzili się na posyłanie dzieci do nowych szkół¹⁷. Wyroki, które zapadały w sprawach amiszów w różnych sądach, z reguły nie były dla nich korzystne. Przykładowo, sąd w Kansas stwierdził, że to, „jak długo dziecko powinno uczęszczać do szkoły, nie jest kwestią religijną”¹⁸.

W kwietniu 1969 r. przed sądem hrabstwa Green County w stanie Wisconsin odbył się proces trzech ojców rodzin, z których dwóch należało do odłamu Amiszów Starego Zakonu,

¹⁵ D. Dejna, Amisyze. Fenomen wychowania endemicznego..., s. 84.

¹⁶ J.A. Sparks, *From Wisconsin v. Yoder to Employment Division v. Smith: Do we Still Have Religious Liberty?*, s. 1–2, visionandvalues.org/docs/abused/Sparks.pdf?dcdd03 [odczyt: 25.11.2016 r.]. W Pensylwanii Amisyze próbowali bronić się przed obowiązkiem edukacyjnym, wykorzystując instytucję „pozwolenia farmerskiego” (*farm permit*), dającego możliwość zwolnienia od zajęć szkolnych dzieci biorących udział w pracach rolniczych, jeżeli ukończyły 15. rok życia. Ponadto, żeby uniknąć chodzenia do „skonsolidowanych” szkół średnich (*high schools*), dzieci amiszów często powtarzały ósmą klasę aż do momentu ustania obowiązku szkolnego z uwagi na osiągnięcie przewidzianej prawem granicy wieku. Władze szkolne jednak niechętnie patrzyły na te praktyki. W połowie lat 50. próbowano w tym stanie problem ten rozwiązać kompromisowo, tworząc szkoły zawodowe dla amiszów, do których po ukończeniu szkoły podstawowej miały uczęszczać – przez trzy godziny w tygodniu – dzieci pracujące wraz z rodzicami na farmach; zob. J.A. Hostetler, *The Amish and the Law: A Religious Minority and its Legal Encounter* (1984)..., s. 272; T.J. Meyers, *Education and Schooling*, [w:] D.B. Kraybill (ed.), *The Amish and the State*, Baltimore 2003, s. 88–92.

¹⁷ J.A. Sparks, *From Wisconsin v. Yoder to Employment Division v. Smith*..., s. 2–3. W okresie do końca lat 30. w Lancaster County, w którym istniały duże skupiska amiszów, zlikwidowano 120 jednoizbowych szkół.

¹⁸ P. Ruxin, *The Right not to be Modern Men: The Amish and Compulsory Education*, „Virginia Law Review”, 1967, vol. 53, s. 945; J.A. Hostetler, *The Amish and the Law: A Religious Minority and its Legal Encounter* (1984)..., s. 271.

a jeden – do Amisów Menonitów. Wallace Miller, Jonas Yoder i Adin Yutzy byli oskarżeni o złamanie stanowej ustawy nakazującej przymusową edukację do 16. roku życia¹⁹. Sprawa Yutzy'ego została wyłączona do odrębnego rozpoznania, gdyż zmienił on miejsce zamieszkania. Oskarżonych wspomagała organizacja stworzona przez luterńskiego pastora Williama Lindholma – Narodowy Komitet dla Wolności Religijnej Amisów (National Committee for Amish – NCARF). Organizacja ta zainteresowała sprawą znanego adwokata, Williama Bentleya Balla, który – sam będąc katolikiem – angażował się w działania na rzecz jak najszerzej wolności religijnej. Właśnie Ball doprowadził do powołania na świadka znanego badacza kultury amisów, profesora Temple University w Filadelfii – Johna Hostetlera²⁰. Właśnie Hostetler dostarczył informacji na temat systemu przekonań amisów, wskazując, że opierały się one na czterech podstawowych elementach: oddzieleniu wspólnoty od tego, co światowe, konieczności utrzymania wspólnoty kościelnej oraz jej reguł, a także życiu blisko ziemi. Dodawał ponadto, że dla amisów bardziej od edukacji szkolnej ważne było uczenie przez doświadczenie. Hostetler emocjonalnie oświadczył: „jeżeli od młodzieży amisów będzie wymagane uczestnictwo w systemie wartości średniej edukacji, jaką dziś znamy, wspólnota kościelna nie przetrwa długo. Zostanie zniszczona” („if the Amish youth are required to attend the value system of the high school as we know it today, the church community cannot last long. It will be destroyed”)²¹. Oskarżenie starało się podważyć twierdzenia Hostetlera, pytając go, czy nie jest prawdą, że celem chodzenia do szkoły było uzyskanie wykształcenia i to takiego, które umożliwiłoby dziecku zajęcie swojego miejsca w świecie. Hostetler replikował: „To zależy od tego, w jakim świecie” („It depends on which

¹⁹ „Wisconsin Statutes & Annotations”, 1969, artykuł 118.15.

²⁰ Hostetler (1918–2001) sam pochodził ze wspólnoty Amisów Starego Zakonu z Kishacoquillas Valley w Pensylwanii, jednakże w wieku siedemnastu lat porzucił wspólnotę, odmawiając przyjęcia chrztu. Mimo to zachował bliskie kontakty z tą wspólnotą, ceniąc bardzo swoje kulturowe korzenie; zob. A. Hostetler, Foreword, [w:] D.L. Weaver Zercher (ed.), *Writing the Amish. The Worlds of John A. Hostetler...*, s. IX–XII. W latach 1966–1969 Hostetler wraz z Gertrude Enders Huntington przeprowadził na zlecenie U.S. Office of Education duże badania dotyczące praktyk socjalizacyjnych amisów. Ich efektem była książka *Children in Amish Society: Socialization and Community Education* (1971), w której autorzy podważali pogląd, jakoby dzieci amisów były upośledzone pod względem kulturowym od tych kształconych w szkołach publicznych, i wskazywali, że z punktu widzenia socjalizacji nie da się jednoznacznie stwierdzić, że szkoły publiczne dają więcej niż tradycyjne wychowanie amisów. Ponadto wskazywali, że w testach na inteligencję (IQ) oraz testach dotyczących bogactwa używanego słownika oraz zadań arytmetycznych dzieci amisów nie wypadały gorzej niż inne dzieci uczęszczające do szkół publicznych, a często nawet osiągały wyniki lepsze niż przeciętne. Zob. też: J.A. Hostetler, *Old Order Amish child rearing and schooling practices: A summary report* (1970), [w:] D.L. Weaver Zercher (ed.), *Writing the Amish. The Worlds of John A. Hostetler...*, s. 236–249. Ustalenia Hostetlera i Enders Huntington były jednym z argumentów na rzecz udzielenia amisom wyjątku od obowiązku szkolnego wskazanego w powszechnie obowiązujących przepisach.

²¹ J.A. Sparks, *From Wisconsin v. Yoder to Employment Division v. Smith...*, s. 3–4. W innych pracach Hostetler wskazywał, że dla amisów kluczowe znaczenie ma po pierwsze utrzymanie zbawczej wspólnoty (*a redemptive community*) oraz po drugie posłuszeństwo i podległość wspólnotowym regułom dyscypliny, określanym jako *Ordnung*; zob. J.A. Hostetler, *The Amish and the Law: A Religious Minority and its Legal Encounter* (1984)..., s. 264–266.

world”)²². Te dwa stanowiska, które padły podczas rozprawy, wskazują istotę sporu: czy uznajemy, że przeważać ma prawo dziecka do uzyskania takiej edukacji, która umożliwiłaby jak najpełniejszy wybór drogi życiowej przez dziecko, a więc maksymalizowałaby jego potencjalną wolność wyboru, czy też przeważać ma prawo do wolności religijnej rodziców obejmujące możliwość zdeterminowania – przynajmniej w dużym stopniu – tej drogi życiowej zgodnie ze swoimi przekonaniem.

Ostatecznie Yoder i Miller zostali uznani winnymi i skazani na symboliczne grzywny po 5 dolarów. Wyrok ten został podtrzymany przez drugą instancję – Green County Circuit Court. Następnie wyrok *State of Wisconsin v. Yoder* był przedmiotem badania przez Najwyższy Sąd Stanu Wisconsin (Wisconsin Supreme Court) w styczniu 1971²³. Prezes tego sądu F. Harold Hallows stwierdzał: „żadna wolność gwarantowana przez naszą konstytucję nie jest bardziej ważna czy żywa dla naszego wolnego społeczeństwa od wolności religijnej chronionej przez klauzulę swobody praktykowania [religii] z pierwszej poprawki” [„no liberty guaranteed by our constitution is more important or vital to our free society than is religious liberty protected by the free exercise clause of the first amendment”)²⁴. Stwierdził też, że właściwym wzorcem kontroli w tej sprawie jest test z wyroku Sądu Najwyższego z 1963 r. *Sherbert vs. Verner*²⁵.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych wykształciły się standardy dotyczące przesłanej uzasadniających limitowanie wolności religijnej. Naruszenie wolności innych osób wskutek realizacji wolności religijnej, bezpieczeństwo państwa, dobro społeczne i naruszenie moralności przez określone działania zostały wskazane jako przesłanki uzasadniające ograniczenie wolności religijnej. Pierwszy ogólny test dopuszczalności ingerencji w wolność religijną – tzw. test jasnego i obecnego niebezpieczeństwa (*clear and present danger*) – przedstawił w orzeczeniu z 1919 r. sędzia

²² J.A. Sparks, *From Wisconsin v. Yoder to Employment Division v. Smith*..., s. 4.

²³ W tym miejscu należy wspomnieć, że amisy nie wykorzystują sądów do rozwiązywania swoich konfliktów zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych, i z reguły niechętnie wchodzą w relacje z państwowym (stanowym) wymiarem sprawiedliwości; zob. J.A. Hostetler, *The Amish and the Law: A Religious Minority and its Legal Encounter* (1984)..., s. 264, 266–271 (tutaj także przykłady konfliktów o charakterze prawnym, jakie zdarzają się we wspólnotach amisów). Amisy też zwykle odmawiali skorzystania z pomocy prawnej oferowanej przez osoby nienależące do ich wyznania. Jak pisze John A. Hostetler, sprawa *Yoder* mogła znaleźć się w stanowym sądzie najwyższym, gdyż wspólnota amisów w Wisconsin była niewielka i nie było na miejscu biskupa, który odradziłby im – jak miało to miejsce w podobnych przypadkach – dalszej walki w sądzie; por. *ibidem*, s. 275.

²⁴ Wisconsin Supreme Court, 434; J.A. Sparks, *From Wisconsin v. Yoder to Employment Division v. Smith*..., s. 5.

²⁵ *Ibidem*.

Oliver W. Holmes²⁶. Według niego, badając ograniczenie, trzeba było odpowiedzieć na następujące pytania: czy interes społeczny lub uzasadniony interes jednostkowy przeważa nad obywatelskim prawem do wolności religijnej (chodzi więc o ustalenie pewnej hierarchii interesów)? Czy występuje jasne i istniejące zagrożenie tego interesu? Czy zagrożenia tego nie można uniknąć w inny sposób, niż ograniczając prawo do wolności religijnej²⁷. Bardzo istotne znaczenie miało orzeczenie *Sherbert vs. Verner* z 1963 r., dotyczące tzw. ustaw niedzielnych²⁸. W tym precedensowym rozstrzygnięciu Sąd Najwyższy powołał się na test „żywotnego interesu państwa” (*a compelling state interest*). Polega on na ustaleniu, czy żywotny interes państwa uzasadnia ingerencję w wolność religijną. W razie pozytywnej odpowiedzi trzeba jeszcze zbadać, czy interes ów można było zrealizować za pomocą mniej restrykcyjnych środków²⁹. Test ów polega zatem na ważeniu dóbr, a zatem jest to badanie proporcjonalności ingerencji – tego, czy waga danego interesu państwa jest tak duża, że usprawiedliwia ograniczenie indywidualnej wolności religijnej. Trzeba jeszcze wskazać, że w tym przypadku ciężar dowodu spoczywa po stronie władzy państwowej³⁰.

W przedstawianej tutaj sprawie Sąd Najwyższy Stanu Wisconsin przyjął bardzo szeroki zakres ochrony wolności religijnej. Stwierdzono zatem, że „brzemie przymusowej edukacji jest ciężkie. Prawo zmusza skarżących do wykonywania pozytywnych działań, które są odrażające dla ich religii”³¹. Zdaniem sądu, aby przesłanka „żywotnego interesu” z orzeczenia *Sherbert* była spełniona, władze stanowe musiałyby udowodnić, że stosowanie uregulowania bez wskazania jakichkolwiek wyjątków jest konieczne do osiągnięcia jego celów. Celem wprowadzenia obowiązku szkolnego było kształtowanie dobrych i odpowiedzialnych

²⁶ Sprawa *Schenck vs. United States* 249 U.S. 47. Sędzia Holmes uchodzi za współtwórcę amerykańskiego realizmu prawniczego, koncentrującego się na *law in action*.

²⁷ R.M. Małajny, Realizacja zasady wolności religijnej w prawie konstytucyjnym Stanów Zjednoczonych Ameryki, „Przegląd Prawa i Administracji”, 1982, t. XVII, s. 57.

²⁸ W sprawie tej skarżąca należała do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego i nie mogła otrzymać pracy, ponieważ chciała świętować sobotę, uznawaną przez ten Kościół za dzień święty. Komisja Bezpieczeństwa Pracy Południowej Karoliny (South Carolina Employment Security Commission) nie przyznała jej zasiłku dla bezrobotnych (*unemployment compensation*), uznając, że bezrobocie skarżącej wynika stąd, że nie chciała ona stawiać się do pracy w sobotę.

²⁹ M. Potz, Granice wolności religijnej. Kwestie wolności sumienia i wyznania oraz stosunku państwa do religii w Stanach Zjednoczonych Ameryki, Wrocław 2008, s. 82–84.

³⁰ Sąd Najwyższy odstąpił od precedensu *Sherbert* w wyroku *Employment Division vs. Smith* (1990, 485 U.S. 660), gdzie stwierdził, że zakaz używania środków odurzających nawet do celów religijnych (chodziło o stosowanie pejotlu przez wyznawców Native American Church) był konstytucyjny. Orzeczenie to spotkało się jednak z powszechną krytyką, wobec czego Kongres uchwalił 16 listopada 1993 r. ustawę o odnowieniu wolności religijnej (Religious Freedom Restoration Act), wskazującą, że: „rząd nie powinien znacząco obciążać korzystania z religii przez osobę, nawet jeżeli obciążenie wynika z przepisu ogólnego stosowania” („Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability” – section 3, point [a]). Formuła z orzeczenia *Sherbert* została wskazana tam jako właściwa podstawa rozstrzygania spraw odnoszących się do wolności religijnej.

³¹ W oryginale: „the burden of compulsory education is a heavy one. The law commands the appellants to perform affirmative acts which are repugnant to their religion” – Wisconsin Supreme Court, 437.

obywateli, tymczasem amisze twierdzili, że ich model edukacji jest pod tym względem tak samo dobry, jak dodatkowe przymusowe dwa lata w szkole w systemie powszechnym. Sąd stwierdził ostatecznie, że „nie ma takiego żywotnego interesu państwa w dwuletniej przymusowej wyższej edukacji, jaki uzasadni ciężar, który nakłada ona na ich swobodę praktykowania religii”³².

Departament Edukacji Stanu Wisconsin złożył apelację do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych³³, który jednak w rozstrzygnięciu z maja 1972 r. przychylił się do wyroku Sądu Najwyższego Stanu Wisconsin. Uznał bowiem, że dla amisów centralnym punktem drogi do zbawienia jest życie we wspólnocie kościelnej, a to uzasadnia zwolnienie tej grupy wyznaniowej z obowiązku posyłania dzieci do szkół publicznych po ukończeniu przez nie 14. roku życia³⁴. Tym samym Sąd Najwyższy, przychylając się do stanowiska o szerokim zakresie ochrony wolności religijnej, stwierdził, że przeważa ona nad racjami przemawiającymi za dłuższym obowiązkiem szkolnym. Tym samym zdecydował o wyższości praw rodziców do wychowania dzieci w określonej wierze nad argumentami za takim ukształtowaniem publicznej edukacji, by umożliwić dzieciom możliwie najpełniejszą swobodę wyboru drogi życiowej. W konsekwencji tego orzeczenia od 1972 r. amisze mają prawo posyłania dzieci do szkół jedynie do ukończenia przez nie 14. roku życia. Ponadto orzecznictwo w sprawie *Yoder* jednoznacznie wskazało na test wypracowany w precedensowym orzeczeniu *Sherbert* jako na właściwy probierz ingerencji państwa w wolność religijną.

4. Wychowanie a granice wolności religijnej

W tym miejscu należy się zastanowić nad konsekwencjami tak priorytetowego traktowania wolności religijnej, jak miało to miejsce w orzeczeniu *Yoder*. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r.³⁵ wskazuje w art. 18 ust. 1, że prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania „obejmuje wolność posiadania lub przyjmowania wyznania lub przekonań według własnego wyboru oraz do uzewnętrzniania indywidualnie czy wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub przekonań przez uprawianie kultu, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie”. Zgodnie ust. 3 tego samego

³² W wersji oryginalnej: „there is not such a compelling state interest in two years’ high school compulsory education as will justify the burden it places upon the appellants’ free exercise of religion” – Wisc. Sup. Ct. 447.

³³ Argumentacja stanowych władz edukacyjnych opierała się na twierdzeniu, że przymusowa edukacja jest konieczna dla utrzymania systemu politycznego, a „państwo ma prawo, by wyzwolić dzieci z niewiedzy” – J. A. Hostetler, *The Amish and the Law: A Religious Minority and its Legal Encounter* (1984)..., s. 274.

³⁴ *Wisconsin v. Yoder*, et al., 406 U.S. 205 (1972).

³⁵ Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

artykułu podstawowe prawa i wolności innych osób mogą uzasadniać ograniczenie wolności sumienia i wyznania. Podobnie brzmiącą normę zawiera art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, pomijając jednak w ust. 2 słowo „podstawowe” w odniesieniu do praw i wolności innych osób³⁶. Powstaje jednak pytanie, czy ochrona uzewnętrzniania przekonań religijnych, o którym mowa w tych aktach prawa międzynarodowego, obejmuje również możliwość realizacji bardzo szczegółowych i niewynikających bezpośrednio z samych norm regulujących życie wspólnot religijnych, jak to, do jakiego wieku można kształcić dzieci. Innymi słowy: czy normy regulujące każdą sferę życia w imię światopoglądu religijnego można uznać za korzystające z ochrony uzewnętrzniania religii? Czy kwestie praw dzieci do uzyskania edukacji o pewnym standardzie, wyznaczonych przez uregulowania konstytucyjne poszczególnych państw³⁷, nie dają podstaw do ograniczenia prawa rodziców do wychowania religijnego dzieci? Jak wreszcie dokonywać ewentualnego ograniczania praw rodziców, by nie prowadziło to do rozwiązań paternalistycznych i nieuwzględniających specyfiki określonych grup religijnych i wartości, jaką ma dla nich życie wspólnotowe? Do postawienia tych pytań prowokuje analiza amerykańskiego orzecznictwa dotyczącego wolności religijnej

³⁶ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284).

³⁷ Liczne normy prawa międzynarodowego odwołują się przecież zarówno do samego prawa dzieci do edukacji (*the right of the children to education*), jak też do standardu edukacji, do której jest uprawnione każde dziecko. Stanowi o tym chociażby art. 13 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, przyjętego przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 169), gdzie wskazano: „Państwa–Strony (...) [z]gadają się (...), że nauczanie powinno zmierzać do pełnego rozwoju osobowości i poczucia godności ludzkiej i umacniać poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności. Zgadają się one również, że nauka powinna umożliwić każdej osobie pełnienie pożytecznej roli w wolnym społeczeństwie (...)”. Ustęp 3 tego samego artykułu wskazuje zaś na prawa rodziców i opiekunów prawnych do kierowania kształceniem dzieci, które – w pewnych granicach – może się odbywać poza systemem szkolnictwa oficjalnego: „Państwa–Strony (...) zobowiązują się do poszanowania wolności rodziców lub, w odpowiednich przypadkach, opiekunów prawnych w zakresie wyboru dla swych dzieci szkół innych niż szkoły założone przez władze publiczne, ale odpowiadających minimalnym wymaganiom w zakresie nauczania, jakie mogą być ustalone lub zatwierdzone przez państwo, jak również zapewnienia swym dzieciom wychowania religijnego i moralnego zgodnie z własnymi przekonaniami” – przekład według: Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe, przekład i opracowanie: B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 25–26. Z kolei Konwencja o prawach dziecka, przyjęta w Nowym Jorku 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526), zawiera z jednej strony normy dotyczące prawa do edukacji, które ma być realizowane na zasadzie równych szans (art. 28) i które powinno – między innymi – zmierzać do „rozwijania osobowości dziecka oraz jego talentów i zdolności umysłowych i fizycznych w jak najpełniejszym zakresie” i do „wpojenia dziecku szacunku dla swoich rodziców, swojej tożsamości, języka i wartości kulturowych (art. 29 ust. 1 litery a) i c)). Z drugiej zaś strony konwencja ta wskazuje na prawa dziecka pochodzenia autochtonicznego lub należącego do mniejszości etnicznej, religijnej lub językowej. Nawet niezbyt szczegółowa analiza postanowień tego aktu prawa międzynarodowego musi prowadzić do konstatacji, że w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego może się pojawić napięcie pomiędzy poszczególnymi celami edukacji wymienionymi w art. 28–29, jak też między tymi celami a prawem z art. 30. Na temat prawa do edukacji w Konwencji o prawach dziecka – zob. J. Stadniczeńko, Rozdział 7. Prawo dziecka do nauki – prawa w oświacie, [w:] S.L. Stadniczeńko (red.), Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze), Warszawa 2015, s. 158–166; ogólnie na temat tego prawa – zob. też: M. Kozak, Prawo dziecka do edukacji. Założenia pedagogiczno-prawne i bariery realizacyjne, Warszawa 2013, s. 116–121.

amiszów. Trudno jednak chyba udzielić na nie jednoznacznej odpowiedzi, która składałaby się na jakiś model uzasadnionego limitowania prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniami, w tym nakazami wyznawanej przez nich religii.

Mariia Zeniv¹

Międzynarodowe dochodzenie alimentów na rzecz dziecka na tle prawa ukraińskiego

1. Uwagi wstępne

W dzisiejszej dobie globalizacji i dużej mobilności ludzi wielką praktyczną doniosłość stanowi zagadnienie dochodzenia roszczeń alimentacyjnych w sprawach transgranicznych. A zatem, jak najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka i współczesna sytuacja w tym zakresie wymagają wspólnych wysiłków ze strony państw oraz integracji działań w skali międzynarodowej. Na tym założeniu opiera się dążenie do międzynarodowej unifikacji norm materialnych oraz kolizyjnych regulujących stosunki prawne z elementem obcym. Odzwierciedleniem tego procesu jest szereg regulacji obowiązujących zarówno na poziomie światowym, regionalnym, jak i poszczególnych krajów. Spośród nich dokumentem o podstawowym znaczeniu jest Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (dalej – konwencja ONZ z 1989r.)², postanowienia której przewidują „prawo każdego dziecka do poziomu życia odpowiadającego jego rozwojowi fizycznemu, psychicznemu, duchowemu, moralnemu i społecznemu” (art. 27).

Zobowiązania alimentacyjne z elementem międzynarodowym stanowią zagadnienie o istotnym znaczeniu także dla ukraińskiego prawa prywatnego międzynarodowego. W zakresie dochodzenia alimentów na Ukrainie zastosowanie mają regulacje międzynarodowe i krajowe. Przy czym, zgodnie z treścią art. 9 Konstytucji Ukrainy,

¹ Mgr, doktorantka, Uniwersytet Jagielloński; *Alma Mater*: Львівський національний університет імені Івана Франка, Україна (Lwowski Uniwersytet Narodowy imienia Iwana Franki, Ukraina).

² Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r., Dz.U. z 2010 r. Nr 120, poz. 526.

art. 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym³, art. 8 Kodeksu postępowania cywilnego⁴, art. 10 Kodeksu cywilnego⁵, art. 13 Kodeksu rodzinnego⁶, ratyfikowane umowy międzynarodowe stanowią część porządku prawnego Ukrainy i mają pierwszeństwo przed ustawodawstwem wewnętrznym.

2. Źródła prawa

W systemie źródeł międzynarodowego prawa alimentacyjnego obecnie na terytorium Ukrainy obowiązują następujące akty prawne:

1) umowy wielostronne:

– Konwencja o dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych za granicą, sporządzona w Nowym Jorku dnia 20 czerwca 1956 r. (dalej – konwencja nowojorska z 1956 r.)⁷, która w stosunku do Ukrainy zaczęła obowiązywać od 19.10.2006 r.,

– Konwencja o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny, sporządzona w Hadze w dniu 23 listopada 2007 r. (dalej – konwencja haska z 2007 r.)⁸, która w stosunku do Ukrainy obowiązywać zaczęła od 01.11.2013 r.,

– Konwencja o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Mińsku dnia 22.01.1993 r. (dalej – konwencja mińska z 1993 r.)⁹ oraz Protokół do niej z 28.03.1997 r., którą obecnie stosuje się w stosunkach między Ukrainą a innymi państwami na obszarze Wspólnoty Niepodległych Państw,

2) umowy dwustronne o pomocy i stosunkach prawnych, zawierające unormowania dotyczące obowiązku alimentacyjnego, w tym obowiązków rodziców wobec dzieci,

³ Ustawa Ukrainy o prawie prywatnym międzynarodowym z 23.06.2005 r. (Закон України “Про міжнародне приватне право”), Офіційний вісник України, 2005 р., № 29, стор. 48, стаття 1694, код акту 33145/2005; <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.

⁴ Kodeks postępowania cywilnego Ukrainy z 18.03.2004 r. (Цивільний процесуальний кодекс України), Офіційний вісник України, 2004 р., № 16, стор. 11, стаття 1088, код акту 28609/2004; <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

⁵ Kodeks cywilny Ukrainy z 16.01.2003 r. (Цивільний кодекс України), Офіційний вісник України, 2003 р., № 11, стор. 7, стаття 461, код акту 24654/2003; <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

⁶ Kodeks rodzinny Ukrainy z 10.01.2002 r. (Сімейний кодекс України), Офіційний вісник України, 2002 р., № 7, стор. 1, стаття 273, код акту 21469/2002; <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

⁷ Konwencja o dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych za granicą, sporządzona w Nowym Jorku dnia 20 czerwca 1956 r., Dz.U. z 1961 Nr 17, poz. 87.

⁸ Konwencja o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny, sporządzona w Hadze w dniu 23 listopada 2007 r., Dz.Urz. UE 2011 L 192

⁹ Konwencja o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Mińsku dnia 22.01.1993 r. (Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах), Офіційний вісник України, 2005 р., № 44, стор. 328, стаття 2824, код акту 34196/2005; http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009.

3) regulacje krajowe w postaci Ustawy Ukrainy o prawie prywatnym międzynarodowym z dnia 23.06.2005 r., Kodeksu rodzinnego od 10.01.2002 r., Kodeksu postępowania cywilnego od 18.03.2004 r.

3. Prawo właściwe

Postanowienia Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2005 r. przewidują dwa rozwiązania określające prawo właściwe dla zobowiązań alimentacyjnych na rzecz dzieci. Jest to prawo ojczyście dziecka lub prawo, które jest ściśle związane z odpowiednim stosunkiem prawnym i jeżeli jest korzystniejsze dla dziecka (art. 66). Zgodnie z art. 68 tej ustawy wymóg dotyczący utrzymywania krewnych oraz innych członków rodziny (z wyjątkiem rodziców i dzieci) nie jest spełniony, jeżeli zgodnie z prawem miejsca zamieszkania osoby zobowiązanej zobowiązanie takie nie istnieje¹⁰. Jak wynika z powyższego przepisu, dla unormowania stosunków prawnych z elementem obcym ustawodawca ukraiński posługuje się zasadą najściślejszego związku. Obok stosunków rodzinnych ma ona zastosowanie do wszystkich stosunków prywatnoprawnych, które stanowią przedmiot regulacji ukraińskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym, co przewidziano w art. 4, a mianowicie, że w przypadku braku możliwości określenia prawa właściwego na podstawie obiektywnych norm kolizyjnych oraz braku wyboru prawa, zastosowanie znajduje prawo najściślej związane z danym stosunkiem prywatnoprawnym¹¹.

Warto zaznaczyć, że w ramach stosowania ukraińskiego prawa materialnego uregulowanie obowiązku alimentacyjnego opiera się na następujących przepisach prawa rodzinnego: zarówno prawo do alimentów, jak i obowiązek alimentacyjny ma osobisty charakter i wygasa z chwilą śmierci uprawnionego lub zobowiązanego. Przez odrębny przepis, zamieszczony w art. 1218-1219 Kodeksu cywilnego Ukrainy, prawo do alimentów zostało wyłączone z praw i obowiązków wchodzących w skład spadku, z czego wynika, że nie może ono przejść na spadkobierców. Natomiast podlegają dziedziczeniu i są wymagalne kwoty alimentów, które powstały do dnia śmierci zobowiązanego, ale nie były zapłacone¹².

Według prawa ukraińskiego w pierwszej kolejności obowiązek płacenia alimentów mają rodzice dziecka. Jednak obowiązek alimentacyjny może mieć subsydiarny charakter i obciążyć też dalszych krewnych uprawnionego do alimentacji. W określonych przez prawo

¹⁰ Zob. A. Dowgert, *Ukraińska kodyfikacja prawa prywatnego międzynarodowego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego, Rok XVII, 2008, s. 381.

¹¹ *Ibidem*, s. 369.

¹² Zob. Z. B. Ромовська, *Українське сімейне право*, Правова єдність, Київ 2009, s. 380-381.

przypadkach zobowiązanymi do świadczeń alimentacyjnych są dziadkowie (art. 265 Kodeksu rodzinnego Ukrainy), rodzeństwo (art. 267 Kodeksu rodzinnego Ukrainy) oraz macocha i ojczym (art. 268 Kodeksu rodzinnego Ukrainy). Należy wskazać, że od dnia 10.01.2002 r., kiedy nowy Kodeks rodzinny Ukrainy został uchwalony, przepisy artykułów 182–184 wprowadziły stosunkowo nową koncepcję wyznaczenia wysokości alimentów na rzecz dzieci. Polega ona głównie na tym, że decydujące znaczenie ma rzeczywisty stan materialny płatnika alimentacyjnego, a fakt ten podlega udowodnieniu przez powoda w toku postępowania o alimenty. Oprócz tego, ustalając kwotę alimentów na dzieci sąd bierze pod uwagę sytuację materialną uprawnionego, uwzględnia stan zdrowia dziecka i jego rodziców, czy znajdują się na utrzymaniu zobowiązanego do płacenia alimentów inne niepełnoletnie dzieci albo niezdolne do pracy mąż, żona, rodzice, córka, syn, a także inne okoliczności mające istotne znaczenie w konkretnej sprawie¹³.

Należy zaznaczyć, że w Kodeksie rodzinnym Ukrainy jest określony wiek, do osiągnięcia którego dziecku przysługują alimenty. Następuje to po uzyskaniu przez dziecko pełnoletności, tj. 18 roku życia, a w przypadku kontynuacji studiów obowiązek alimentacji ciąży na rodzicach do ukończenia przez dziecko 23 lat. Oprócz tego, w przewidzianych przepisami prawa rodzinnego wypadkach, dorosłe dziecko też ma prawo do otrzymania świadczeń alimentacyjnych od rodziców. Zgodnie z art. 198 Kodeksu rodzinnego Ukrainy, rodzice są zobowiązani do utrzymania swojego pełnoletniego niezdolnego do pracy dziecka, które potrzebuje odpowiedniej pomocy materialnej z ich strony, a oni są w stanie ją zapewnić. Przy tym także warto zauważyć, że prawo ukraińskie ustala minimalną wysokość alimentów na jedno dziecko (art. 182 Kodeksu rodzinnego Ukrainy). Wynoszą one nie mniej niż 30 % wartości minimum socjalnego dla dziecka w danym wieku, które corocznie określa się przez przyjęcie Ustawy o budżet państwowy. Wskazany wymóg ustawowy obowiązuje zarówno w przypadku dochodzenia alimentów na drodze sądowej, jak i przy dobrowolnym ustaleniu alimentów na rzecz dziecka przez zawarcie między rodzicami umowy alimentacyjnej¹⁴.

W świetle prawa ukraińskiego obowiązek alimentacji dziecka nie zależy od przysługiwania rodzicom władzy rodzicielskiej, faktu jej sprawowania, czy też pozbawienia ich władzy rodzicielskiej lub stosowania wobec nich kary pozbawienia wolności¹⁵. Zgodnie z art. 166 Kodeksu rodzinnego, pozbawienie, jak również ograniczenie władzy rodzicielskiej

¹³ *Ibidem*, s. 383.

¹⁴ Zob. więcej na ten temat Z. B. Ромовська Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар, Правова єдність, Київ 2009, С. 274-305; М. М. Дякович, Сімейне право, правова єдність, Київ 2009, С. 254-265; В. І. Борисова, І. В. Жилінкова, Сімейне право України, Юрінком Інтер, Київ 2009, С. 179-190.

¹⁵ Zob. Z. B. Ромовська, Українське сімейне..., s. 380-381.

nie skutkują wygaśnięciem obowiązku płacenia przez rodzica alimentów na rzecz dziecka. Ponadto, zgodnie z wprowadzonymi do Kodeksu rodzinnego Ukrainy zmianami od dnia 17.05.2016 r., jednocześnie z orzekaniem o pozbawieniu władzy rodzicielskiej sąd zobowiązany jest z urzędu orzec także alimenty na dziecko, nawet w przypadku zrzeczenia się pobierania alimentów na rzecz dziecka przez osobę sprawującą pieczę nad nim.

4. Międzynarodowe postępowanie cywilne

Również wskazać należy, że ukraińska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym obejmuje swoim zakresem kwestię jurysdykcji krajowej w sprawach dotyczących zobowiązań alimentacyjnych. Jako podstawę ustalenia jurysdykcji sądów ukraińskich w danych sprawach wskazano miejsce zamieszkania powoda na terytorium Ukrainy. Przy tym, zgodnie z przepisem art. 77 pkt 2 wskazanej Ustawy, w sprawach dotyczących stosunków między rodzicami a dziećmi jurysdykcja ukraińska jest wyłączna, jeśli obie strony mają miejsce zamieszkania na terytorium Ukrainy. Właściwość miejscowa konkretnego sądu jest określona w przepisach art. 108-114 Kodeksu postępowania cywilnego Ukrainy.

Także warto zaznaczyć, że w Ustawie o prawo prywatne międzynarodowe nie udało się dokonać całościowej kodyfikacji międzynarodowego postępowania cywilnego, chociaż poprzednio było to zamiarem twórców projektu ukraińskiego kodeksu cywilnego. Skutkiem tego jest rozproszenie w różnych aktach prawnych reguł dotyczących tego zagadnienia. Niemniej jednak, unormowania kwestii praw procesowych cudzoziemców i jurysdykcji zostały zawarte w odpowiednich odrębnych rozdziałach Ustawy Ukrainy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2005 r. W przypadku uznania i wykonywania orzeczeń zagranicznych przepisy art. 82 tej ustawy odsyłają do ustawy szczególnej, którą jest Kodeks postępowania cywilnego z 2004 r. (art. 390-401). W odniesieniu do postanowień danego aktu normatywnego, uznanie i wykonywanie obcych orzeczeń odbywa się na dwóch podstawach: jeżeli przewidziano to przepisami umowy międzynarodowej, której stroną jest Ukraina, albo na podstawie zasady wzajemności. Przy uznaniu i zezwalaniu na wykonanie obcych orzeczeń domniemywa się, iż wskazana zasada wzajemności istnieje w relacjach z państwem gdzie orzeczenie zostało wydane. A to z kolei oznacza brak konieczności ustalenia zasad wzajemności¹⁶.

Obok międzynarodowych umów dwustronnych, zagadnienie uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń na terytorium Ukrainy uregulowano w międzynarodowych umowach

¹⁶ Zob. A. Dowgert, *Ukraińska kodyfikacja...*, s. 381-382.

wielostronnych. W omawianym zakresie obowiązuje na Ukrainie konwencja mińska od 1993 r. i Protokół do niej z 28.03.1997 r. Należy przy tym poprzeć słusznie wyrażony w literaturze prawniczej pogląd, iż chociaż współpraca prawna na obszarze Wspólnoty Niepodległych Państw jest znacznie uproszczona, jednak wskutek rozpadu Związku Radzieckiego jedyny i wspólny dla wszystkich byłych Republiki ZSRR system sądownictwa został przetransformowany w odrębne systemy sądowe suwerennych i niepodległych państw i dlatego wykonywanie orzeczeń pochodzących z państw należących do Wspólnoty Niepodległych Państw odbywa się na zasadzie traktowania ich jako orzeczeń sądów zagranicznych¹⁷.

5. Uwagi końcowe

Dochodzenie roszczeń alimentacyjnych w sprawach z elementem transgranicznym ma istotne znaczenie także dla Ukrainy. W szczególności, ważność i praktyczna doniosłość danego zagadnienia polegają na tym, że z uwagi na przystąpienie przez Ukrainę do konwencji nowojorskiej z 1956 r. i konwencji haskiej z 2007 r. Ukraina stała się częścią międzynarodowego systemu dochodzenia alimentów na rzecz dzieci za granicą. Ponadto, w danym zakresie Ukrainę wiąże szereg umów dwustronnych o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, a także Ukraina jest częścią obszaru Wspólnoty Niepodległych Państw. A to rodzi potrzebę ustalenia relacji między normami o różnej genezie w zakresie zobowiązań alimentacyjnych oraz stosowania odpowiedniego aktu prawnego. W odniesieniu do tego na uwagę zasługuje wyrażona w art. 52 konwencji haskiej z 2007 r. zasada stosowania skuteczniejszych norm oraz bardziej uproszczonych i szybszych procedur. Dlatego uwzględnienie w prawie, w tym prawie prywatnym międzynarodowym, w jak największym stopniu dobra dziecka, powinno być fundamentem również rozwiązań służących dochodzeniu alimentów w sytuacjach międzynarodowych.

¹⁷ Zob. Ю. Притика, Актуальні питання визначення понять визнання і виконання рішень іноземних судів, „Право України”, 2013, № 7, s. 199.

Katarzyna Zeszut¹

Ochrona praw dziecka w Niemczech a gwarancje wolności religijnej: przykład środowisk muzułmańskich

Wprowadzenie – prawa dzieci a wolność religijna

„Dzieci nie będą dopiero, ale już są ludźmi”² – te słynne słowa Janusza Korczaka stanowią kwintesencję współczesnego pojmowania praw dziecka. Do dzieci odnoszą się bowiem nie tylko regulacje zawarte w aktach normatywnych stworzonych specjalnie dla ich ochrony (jak np. Konwencja Genewska z 1924 r.³ czy Konwencja o Prawach Dziecka z 1989 r.⁴), ale również wszelkie normy związane z prawami człowieka i obywatela funkcjonujące w prawie międzynarodowym oraz porządkach prawnych poszczególnych państw. W swej treści obowiązujące akty normatywne nie dokonują bowiem zróżnicowania na osoby (obywateli) pełnoletnie i niepełnoletnie czy też dzieci i dorosłych, wyróżnianych z zastosowaniem określonego kryterium. Za przykład w tym przypadku posłużyć może choćby zawarte w art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sformułowanie, iż „Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę”⁵ lub też określona w art. 6 Karty Praw Podstawowych gwarancja: „Każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego”⁶ – użyte w tych (i wielu podobnych) regulacjach określenia „każdy”, „wszyscy”, a także inne podobne sformułowania w jednoznaczny sposób stanowią, że prawa dzieci chronione są zarówno przez akty normatywne odnoszące się do

¹ Lic., Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Angelusa Silesiusa w Wałbrzychu.

² J. Korczak, *Rozwój idei miłości bliźniego w XIX wieku*, [w:] *Tenże, Dzieła*, Warszawa 1899.

³ Deklaracja Praw Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów w 1924 roku (zwana Deklaracją Genewską), <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> [dostęp: 6.10.2016].

⁴ Konwencja o Prawach Dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526).

⁵ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), art. 2 ust. 1.

⁶ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz. Urz. UE 2012 C 326), art. 6.

nich bezpośrednio⁷, jak i przez wszelkie unormowania gwarantujące prawa człowieka i obywatela⁸.

Coraz bardziej rozbudowywane unormowania odnoszące się do ochrony praw dzieci nie funkcjonują jednak w oderwaniu od innych dziedzin prawa. W związku z coraz częstszą migracją ludności między państwami całego świata, a co za tym idzie, zamieszkiwaniem na terenie jednego państwa ludzi wyznających bardzo różne światopoglądy, dla ochrony praw najmłodszych w XXI wieku niezwykle istotną kwestią stają się powiązania, jakie zachodzą między normami regulującymi ich prawa, a wolnością religijną, chronioną przez akty prawa międzynarodowego⁹ oraz ustawodawstwo poszczególnych państw. Bezpośrednie odwołanie do swobody sumienia i wyznania znaleźć można ponadto w art. 14 Konwencji o Prawach Dziecka, gwarantującym wolność religijną nie rodzicom, a dzieciom, mającym być przez ich rodzicieli bądź opiekunów prawnych jedynie ukierunkowywanymi „w korzystaniu z (...) prawa w sposób zgodny z rozwijającymi się zdolnościami”¹⁰. Artykuł ten przewiduje możliwość ograniczenia dziecka w prawie do wolności sumienia i wyznania jedynie poprzez prawo stanowione w sytuacji konieczności „ochrony bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego, zdrowia lub moralności społecznej bądź podstawowych praw i wolności innych osób”¹¹. Enumeratywne wymienienie przesłanek oraz określenie, że ograniczenie nałożone może zostać jedynie po ich zaistnieniu, wyłącznie przez prawo stanowione, w jednoznaczny sposób rozstrzyga, iż nawet władza rodzicielska nie daje możliwości wpływania na wybory dokonywane przez dzieci w sferze religijnej.

Sposób wychowywania potomstwa w niezaprzeczalny sposób warunkowany jest jednak przez wyznawany przez rodziców światopogląd, co w połączeniu z wspomnianymi wyżej procesami globalizacyjnymi i upowszechnieniem migracji skutkuje spotykaniem się na terenie poszczególnych krajów różnych modeli wychowania, zależnych od religii

⁷ Wśród najbardziej znanych aktów prawa międzynarodowego chroniących interesy dzieci wymienić można m.in. Deklarację Genewską proklamowaną przez Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów w 1924 r., przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w 1959 r. Deklarację Praw Dziecka (Deklaracja Praw Dziecka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 20 listopada 1959 roku), ratyfikowaną przez 191 krajów, powstałą również na gruncie ONZ w 1989 r. Konwencję o Prawach Dziecka, a także przyjętą w 1996 r. przez Radę Europy Europejską Konwencję o Wykonywaniu Praw Dzieci (Europejska Konwencja o Wykonywaniu Praw Dzieci, sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128)).

⁸ J. J. Bleszyński, A. Rodkiewicz-Ryżek, Ochrona praw dziecka w świetle standardów polskich i międzynarodowych, „Paedagogia Christiana”, 2012, nr 2/30, s. 98-99.

⁹ Gwarantowana jest ona choćby w art. 9 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 18 i 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167)) czy art. 10 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

¹⁰ Konwencja o Prawach Dziecka..., art. 14 ust. 1, 2.

¹¹ *Ibidem*, art. 14 ust. 3.

wyznawanej przez daną rodzinę. Na gruncie europejskim w ostatnich latach zaobserwować można szybki przyrost odsetku ludności muzułmańskiej¹² wynikający z jednej strony z napływu wyznawców islamu na teren Starego Kontynentu, z drugiej natomiast – uwarunkowany współczynnikiem dzietności muzułmanów, który jest wyższy niż w przypadku osób przynależących do innych religii¹³. Zjawisko rosnącej w siłę mniejszości muzułmańskiej jest bardzo widoczne między innymi na terenie Republiki Federalnej Niemiec, gdzie wyznawcy islamu w 2011 r. stanowili 10% mieszkańców kraju związkowego Brema oraz 8% ludności landów takich jak: Berlin, Nadrenia-Westfalia oraz Hamburg¹⁴. W związku z taką liczebnością tejże mniejszości religijnej oraz perspektywą dynamicznego jej rozwoju, wiążącego się również z posiadaniem potomstwa (którego sposób wychowania odmienny jest od zwyczajów europejskich), niezwykle istotne stają się kwestie ochrony praw dziecka w kontekście silnie propagowanej w ostatnich latach na terenie Niemiec ochrony wolności religijnej wyznawców islamu¹⁵. Rozważania na ten temat podjęte zostaną w niniejszej pracy.

Ochrona dobra dzieci na terenie Republiki Federalnej Niemiec

Na gruncie prawa niemieckiego unormowania dotyczące dzieci podjęte zostały w art. 6 ustawy zasadniczej, gdzie zawarto m.in. uprawnienie i zarazem obowiązek rodziców do

¹² W 2010 r. udział muzułmanów w ogólnej liczbie ludności europejskiej wynosił niespełna 6%, natomiast, zgodnie z szacunkami, do 2050 r. będzie on przewyższał 10% (A. Yuhas, Muslim population in Europe to reach 10% by 2050, new forecast shows, <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/02/muslim-population-growth-christians-religion-pew> [dostęp: 6.10.2016]).

¹³ W latach 2005-2010 na każdą muzułmańską kobietę (w 25 wybranych krajach europejskich) przypadało statystycznie urodzenie 2,2 dziecka, podczas gdy w przypadku zamieszkujących Europę nie-muzułmanek współczynnik ten był niższy i wynosił 1,5 dziecka (Pew Research Center, The future of the global Muslim population, <http://www.pewforum.org/2011/01/27/future-of-the-global-muslim-population-regional-europe/> [dostęp: 6.10.2016]).

¹⁴ Skupiska ludności muzułmańskiej na terenie Niemiec rozmieszczone są nieregularnie, udział muzułmanów w ogólnej populacji poszczególnych landów jest zatem zróżnicowany. Zob. Das Statistik-Portal, Religionszugehörigkeit der Deutschen nach Bundesländern im Jahr 2011, <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/201622/umfrage/religionszugehoerigkeit-der-deutschen-nach-bundeslaendern/> [dostęp: 6.10.2016]. Wśród całkowitej ludności Niemiec wyznawcy islamu stanowili w 2010 r. 5%, szacunkowe dane przewidują jednak, że do 2030 r. odsetek ten wzrośnie do 7,1%. Zob. F. Strüning, Muslimische Bevölkerungsentwicklung 1990–2030, <http://www.citizentimes.eu/2011/02/01/muslimische-bevoelkerungsentwicklung-1990-2030/> [dostęp: 6.10.2016].

¹⁵ W celu umożliwienia wyznawcom islamu swobodnego praktykowania zwyczajów wynikających z ich religii, w ustawodawstwie wielu niemieckich krajów związkowych podejmowane są zmiany, dostosowujące obowiązujące prawo do muzułmańskich rytuałów np. w sferze funeralnej. Zob. M. Herzog, R. Spielhaus, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland. Ein Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Friedrich-Ebert-Stiftung Forum Berlin, Berlin 2015, s. 25.

wychowywania swego potomstwa oraz sprawowania nad nim opieki¹⁶. Znamienny jest jednak fakt, że regulacja ta nie przydaje *de facto* żadnych praw dzieciom, czyniąc je jedynie „przedmiotem”, co do którego odnoszą się uprawnienia posiadane przez rodziców¹⁷. Prawne upodmiotowienie dzieci w prawie niemieckim ma miejsce dopiero w § 1631 ust. 2 kodeksu cywilnego, przydającym im prawo do wychowania bez użycia przemocy¹⁸. Poza wewnątrzkrajowymi regulacjami niezaprzeczalne jest również obowiązywanie na terenie Republiki Federalnej Niemiec stworzonej na gruncie ONZ Konwencji o Prawach Dziecka, zawierającej szeroki katalog przysługujących najmłodszym praw¹⁹.

Kwestie ochrony praw dziecka oraz pomocy dzieciom i młodzieży są w prawie niemieckim regulowane dwutorowo. Zagadnienia związane z opieką społeczną podlegają bowiem zgodnie z art. 74 niemieckiej ustawy zasadniczej tzw. ustawodawstwu konkurencyjnemu (*konkurrierende Gesetzgebung*), mogą być zatem regulowane przez prawodawstwo poszczególnych landów jedynie w przypadku, gdy stosowne unormowania nie zostaną podjęte na szczeblu państwowym²⁰. Centralna legislatura skorzystała w tym przypadku z przydanych jej uprawnień, wydając przepisy odnoszące się do pomocy dzieciom i młodzieży zebrane w księdze VIII kodeksu prawa socjalnego²¹, obowiązującego na terenie całego kraju. Poszczególne kraje związkowe, by wspomóc realizację zadań określonych w wyżej wymienionej regulacji, stanowią natomiast na swym terenie akty normatywne

¹⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist, Art. 6 Abs. 2.

¹⁷ K. Dörner, Kinderrechte im Spannungsfeld von Wunsch und Wirklichkeit, Vortrag in der Akademiereihe „Kinderrechte in Deutschland“, Fulda, 6.10.2010, s. 1-2, <http://katja-doerner.de/wp-content/uploads/2010/10/101006RedeFulda.pdf> [dostęp: 10.10.2016].

¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist, § 1631, Abs. 2. Wart wspomnienia jest również fakt, iż wyżej wymieniona regulacja ustanowiona została dopiero w roku 2000 ustawą o zakazie przemocy w wychowaniu oraz o zmianach w prawie dziecka do alimentów (Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts vom 2. November 2000 (BGBl. I S. 1479) geändert durch Artikel 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 2. November 2000 (BGBl. I S. 1479), Art. 1 Abs. 3).

¹⁹ Mimo ratyfikacji Konwencji o Prawach Dziecka w Niemczech w 1992 r., na terenie tego kraju istnieją środowiska optujące za wpisaniem choć części praw dzieci do ustawy zasadniczej tak, by nadać najmłodszym status podmiotu zamiast jedynie „obiektem”, na którym rodzice wykonują swe prawo do wychowania. Niosłoby to ze sobą również doniosłe skutki prawne w postaci podniesienia rangi praw dzieci w prawodawstwie niemieckim, a także umożliwienia wystąpienia ze skargą konstytucyjną w przypadku ich naruszenia, co przełożyłoby się na zmniejszenie częstotliwości ich łamania. Zob. Aktionsbündnis Kinderrechte, Kinderrechte ins Grundgesetz, s. 1-6, <https://www.unicef.de/blob/74804/6667660e596f3070da225181a8328085/hintergrundpapier-kinderrechte-ins-grundgesetz-data.pdf> [dostęp: 10.10.2016].

²⁰ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Pkt. 7.

²¹ Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe – in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. September 2012 (BGBl. I S. 2022), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1802) geändert worden ist.

precyzujące unormowania podjęte na szczeblu państwowym oraz wspomagające rozwój wszelkich instytucji związanych z pomocą dzieciom i młodzieży²².

Nadanie dzieciom i młodzieży statusu podmiotu nastąpiło już w § 1 księgi VIII kodeksu prawa socjalnego, gdzie (obok powtórzenia konstytucyjnego obowiązku rodziców do wychowywania i sprawowania opieki nad potomstwem) zawarto stwierdzenie, iż przysługuje im prawo do rozwoju oraz otrzymania takiego wychowania, by móc funkcjonować w społeczeństwie i samodzielnie ponosić za siebie odpowiedzialność²³. Upodmiotowienie młodych osób rozszerzone zostało przez ustawodawcę w § 8 analizowanej regulacji, przydającym im prawo do uczestniczenia (z uwzględnieniem stopnia ich rozwoju) w podejmowaniu przez odpowiednie organy (w tym sądy) wszelkich dotyczących ich decyzji²⁴. Dzieciom i młodzieży nadano ponadto uprawnienie do zasięgania pomocy bądź porad w urzędzie do spraw młodzieży (*Jugendamt*)²⁵, a także do nieujawnienia faktu otrzymania takiej porady przed ich rodzicami bądź opiekunami prawnymi, jeśli ma to służyć dobru sprawy²⁶.

Kilkakrotne podkreślenie w księdze VIII kodeksu prawa socjalnego przydanych najmłodszym uprawnień w wyraźny sposób sugeruje, że regulacje w niej zawarte stworzone są dla nich, a działające na jej podstawie instytucje mają służyć ich dobru. Potwierdzenie tego faktu odnaleźć można choćby w § 8 analizowanego aktu normatywnego, zawierającym szeroki katalog zadań pomocy dzieciom i młodzieży, związanych m.in. z promocją wychowania w rodzinach, pomocą w wychowywaniu dzieci i opieką nad nimi, wsparciem dla

²² Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Kinder- und Jugendhilfe. Achtes Buch Sozialgesetzbuch, Publikationsversand der Bundesregierung, Berlin 2007, s. 42.

²³ Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe, § 1 Abs. 1, 2.

²⁴ *Ibidem*, § 8 Abs. 1.

²⁵ Urząd do spraw młodzieży (*Jugendamt*) jest instytucją wywodzącą się z czasów Republiki Weimarskiej, powołaną do życia na mocy ustawy z 1922 r. o sprawowaniu opieki społecznej nad młodzieżą (Reichsjugendwohlfahrtsgesetz). W okresie funkcjonowania III Rzeszy Niemieckiej wszystkie funkcjonujące na terenie kraju Jugendamty podporządkowane były nazistowskim władzom, fakt ten jest jedynie w bardzo lakoniczny sposób wspominany w oficjalnych opracowaniach odnoszących się do historii tej instytucji (zob. Geschichte des Jugendamtes in Deutschland: von der Gründung bis heute, https://www.lk-starnberg.de/media/custom/613_14190_1.PDF?1305253819 [dostęp: 11.10.2016]). Współcześnie urzędy do spraw młodzieży funkcjonują na terenach powiatów oraz miast na prawach powiatu, przybierając różne, związane z ich funkcją, nazwy (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Kinder- und Jugendhilfe..., op. cit., s. 45). Ich działalność jest przez niemieckie władze popularyzowana poprzez szeroko zakrojoną kampanię informacyjną, mającą budować pozytywny obraz *Jugendamtów* jako instytucji przyjaznych zarówno rodzicom, jak i dzieciom (zob. Das Jugendamt. Unterstützung, die ankommt, <https://www.unterstuetzung-die-ankommt.de/leistungen> [dostęp: 11.10.2016]; Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Was Jugendämter leisten. Fragen und Antworten, Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter, Mainz 2011, s. 3-17, http://www.lwl.org/lja-download/unterstuetzung-die-ankommt/extern/pocketbroschuere/Jugendamt_Broschuere.pdf [dostęp: 11.10.2016]).

²⁶ Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe, § 8 Abs. 2, 3.

młodych dorosłych, pomocą w sytuacjach kryzysowych czy występowaniem przed sądami rodzinnymi²⁷.

Mimo prężnej działalności Jugendamtów i popularyzacji ich przyjaznej obywatelom wizji, urzędy te budzą w społeczeństwie niemieckim, a także wśród napływających do Niemiec imigrantów, liczne kontrowersje. Związane są one z jednym z istotniejszych (a na pewno jednym z najodpowiedzialniejszych) zadań urzędów do spraw młodzieży, określonym w § 8a księgi VIII kodeksu prawa socjalnego, który stanowi, że w przypadku stwierdzenia zaistnienia zagrożenia dobra dziecka Jugendamt ma prawo przyznania rodzinie opiekuna, a jeśli sytuacja jest nagła i w bezpośredni sposób zagrażająca dobru dziecka, może również odebrać je rodzicom (lub opiekunom prawnym) bez czekania na decyzję sądu w tej sprawie²⁸. Przesłanki, po których zaistnieniu pracownicy urzędu do spraw młodzieży mają prawo przejąć nad dzieckiem opiekę, sprecyzowane zostały przez ustawodawcę w § 42 analizowanej regulacji, zgodnie z którym zabranie dziecka rodzicom bądź opiekunom prawnym może nastąpić w trzech sytuacjach: jeśli ono samo o to poprosi; jeśli jest to konieczne w związku z zaistnieniem zagrożenia jego dobra (a rodzice bądź opiekunowie prawni nie wyrażają sprzeciwu bądź sytuacja wymaga natychmiastowej interwencji tak, że nie ma możliwości oczekiwania na decyzję sądu rodzinnego); jeśli przybyło ono na terytorium Niemiec bez rodzica lub opiekuna prawnego²⁹. Kodeks przewiduje ponadto obowiązek umieszczenia przejętego przez Jugendamt dziecka u odpowiednich osób, które się nim zajmą, wyjaśnienia mu zaistniałej sytuacji oraz zaoferowania pomocy, a także podkreśla konieczność zabiegania o zapewnienie dobra dziecka oraz, jeśli to niezbędne, pozyskania stosowanej decyzji sądu rodzinnego o odebraniu dziecka rodzicom bądź opiekunom prawnym³⁰.

Dla rozważań podjętych w niniejszej pracy istotne jest przybliżenie drugiej z wspomnianych wyżej przesłanek – zaistnienia zagrożenia dobra dziecka, z powodu którego konieczne jest przejęcie opieki nad nim przez Jugendamt. Z punktu widzenia praw dzieci i ich ochrony wydaje się ona słuszna, zwłaszcza że współgra z niemieckim prawem konstytucyjnym oraz regulacjami podjętymi na gruncie Konwencji o Prawach Dziecka³¹.

²⁷ *Ibidem*, § 2.

²⁸ *Ibidem*, § 8a Abs. 1, 2.

²⁹ *Ibidem*, § 42 Abs. 1.

³⁰ *Ibidem*, § 42 Abs. 1, 2.

³¹ Zgodnie z art. 6 ust. 3 niemieckiej ustawy zasadniczej dziecko może zostać odebrane rodzicom bądź opiekunom prawnym bez ich zgody jedynie na podstawie przepisu ustawowego, jeśli w należyty sposób nie wywiązują się oni z opieki nad nim lub jeżeli istnieją inne przesłanki stanowiące o możliwości zaniedbania dziecka (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 6 Abs. 3). Podobną regulację zawiera art. 9 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, również odwołując się do dobra dziecka oraz podkreślając konieczność działania stosownych organów na podstawie i w granicach prawa (Konwencja o Prawach Dziecka..., art. 9 ust. 1).

Problematyczny w tym przypadku staje się jednak brak stworzonej na gruncie prawa niemieckiego definicji legalnej pojęcia „dobro dziecka”³², sprawiający, że poszczególne urzędy do spraw młodzieży mają bardzo dużą swobodę decydowania o tym, co uznają za jego naruszenie, otwierające drogę do odebrania dziecka rodzicom bądź opiekunom prawnym. Choć pojęcie „dobro dziecka” jest klauzulą generalną, jego granic lub przynajmniej wskazówek, jak należy je interpretować, doszukiwać się można na gruncie niemieckiego kodeksu cywilnego oraz orzecznictwa Federalnego Trybunału Sprawiedliwości³³. Zgodnie bowiem z wydanym w 1956 r. przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości orzeczeniem pod pojęciem „zagrożenia dobra dziecka” rozumieć można zagrożenie istniejące w chwili obecnej, które bardzo prawdopodobnie wywoła istotne szkody w dalszym rozwoju dziecka³⁴. Warto w tym miejscu podkreślić, iż w sformułowanej przez Trybunał definicji duży nacisk położony został na (przewidywalne z dużą dozą prawdopodobieństwa) szkody istotne, co sugeruje wykluczenie możliwości utożsamiania zagrożenia dobra dziecka z np. rozwodem rodziców, który, będąc wprawdzie wydarzeniem bardzo nieprzyjemnym dla ich potomstwa, nie stanowi niebezpieczeństwa dla ich życia bądź zdrowia³⁵.

Regulacje zawarte natomiast w § 1666 ust 1 niemieckiego kodeksu cywilnego, odnoszące się do możliwości podejmowania przez sąd rodzinny decyzji związanych z dzieckiem, określają również trzy rodzaje dobra dziecka – fizyczne, psychiczne oraz moralne³⁶. Wspomniany wcześniej, dotyczący prawa do wychowania bez użycia przemocy, § 1631 wymienia natomiast trzy kategorie zakazanych w stosunku do dzieci praktyk, stanowiących naruszenie ich praw oraz dobra – są to: kary fizyczne, przemoc psychiczna oraz inne poniżające zachowania³⁷. O ile różnego rodzaju czynności odnoszące się do sfery fizycznej bądź psychicznej dają się w jakiś sposób zdefiniować, o tyle użycie przez ustawodawcę sformułowania „i inne” sprawia, że zbiór niedozwolonych zachowań staje się katalogiem otwartym, dając podmiotom mającym za zadanie ochronę praw dzieci szerokie możliwości interpretacyjne.

Fakt, iż zarówno pojęcie „dobra dziecka”, jak i jego zagrożenia są na gruncie prawa niemieckiego terminami o nieostrych granicach znaczeniowych, ma zarówno pozytywne, jak

³² Kinderschutz-Zentrum Berlin, Kindeswohlgefährdung. Erkennen und Helfen, Kinderschutz-Zentrum Berlin, Berlin 2009, s. 20.

³³ T. Meysen, H. Schmidt, Was ist unter Kindeswohlgefährdung zu verstehen?, [w:] H. Blüml, H. Kindler, S. Lillig, T. Meysen, A. Werner (Hg.), Handbuch. Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD), Deutsches Jugendinstitut e.V., München 2006, s. 5-6.

³⁴ *Ibidem*, s. 5.

³⁵ *Ibidem*, s. 6.

³⁶ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, § 1666 Abs. 1.

³⁷ *Ibidem*, § 1631 Abs. 2.

i negatywne konsekwencje. Zastosowanie klauzul generalnych ma bowiem za zadanie umożliwienie ochrony praw dzieci w jak najszerszym zakresie, bez ograniczania jej do enumeratywnie wymienionych dóbr prawnie chronionych bądź zamkniętego katalogu praktyk zakazanych³⁸. Dzięki pozostawieniu dużej swobody interpretacyjnej, stosowne instytucje, jak np. sądy czy urzędy do spraw młodzieży, mają możliwość zastosowania środków dozwolonych przez prawo również w przypadku zaistnienia sytuacji dotychczas nieznanych w niemieckim ustawodawstwie, jak np. naruszenie dobra dziecka z przyczyn religijnych, a także posiadają swobodę oceny każdej sytuacji w sposób indywidualny³⁹.

Spora dowolność rozumienia określeń użytych w przepisach prawnych powoduje jednak, że możliwości Jugendamtów ulegają względnemu rozszerzeniu – o odebraniu dziecka rodzinie decyduje bowiem często subiektywna ocena pracujących dla danego urzędu specjalistów w dziedzinach związanych z wychowaniem dzieci, co budzi spore kontrowersje zarówno wśród rdzennych Niemców, jak i żyjących na terenie RFN imigrantów. Niemieckie urzędy do spraw młodzieży, mimo iż realizują zadania bardzo istotne, stały się z tego powodu w Europie instytucjami owianymi złą sławą, nierzadko posądzanymi o celowe zabieranie dzieci rodzinom w celu uzyskiwania wymiernych korzyści majątkowych (pochodzących z dotacji państwowych) bądź też o działania mające na celu germanizację dzieci i młodzieży oraz wytworzenie u nich poczucia związku z państwem i lojalności wobec niego silniejszej niż relacja z rodzicami (zwłaszcza o innym niż niemieckie pochodzeniu)⁴⁰. Choć działalność Jugendamtów bywa dość często przedmiotem krytyki, nie da się zaprzeczyć szybkości reakcji tychże instytucji we wszelkich sytuacjach kryzysowych - świadczą o niej choćby statystyki odnoszące się do liczby dzieci, jakie, ze względu na zagrożenie ich dobra, są przez urzędy do spraw młodzieży rokrocznie odbierane opiekunom – w 1995 r. było to ponad 23 tysiące, natomiast w roku 2015 aż niespełna 78 tysięcy⁴¹.

Ochrona praw dzieci a wolność religijna muzułmańskich rodziców

W obliczu silnie rozwiniętych instrumentów pomocy dzieciom i młodzieży na terenie Republiki Federalnej Niemiec, mało prawdopodobne wydaje się, by prawa dzieci były na

³⁸ M. Haug, T. Höynck, Kindeswohlgefährdung – Rechtliche Konturen eines schillernden Begriffs, [w:] P. Bastian, I. Bode, T. Marthaler, M. Schrödter (Hrsg.), Rationalitäten des Kinderschutzes: Kindeswohl und soziale Interventionen aus pluraler Perspektive, Springer VS, Heidelberg 2012, s. 20-23.

³⁹ *Ibidem*, s. 20-23.

⁴⁰ S. Gruszka, Uwaga na niemiecki urząd Jugendamt, „Express Bydgoski”, <http://express.bydgoski.pl/200848,Uwaga-na-niemiecki-urząd-Jugendamt.html> [dostęp: 13.10.2016].

⁴¹ Das Statistik-Portal, Anzahl der Inobhutnahmen Minderjähriger durch Jugendämter in Deutschland von 1995 bis 2015, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/12982/umfrage/inobhutnahmen-minderjaehriger-durch-jugendaemter/> [dostęp: 13.10.2016].

obszarze tego kraju na dużą skalę naruszane bez ściągnięcia na sprawców uwagi Jugendamtów. Interesujący jest jednak fakt, że mimo rozbudowanego systemu norm dotyczących ochrony interesów dzieci, ich dobro jest przez stosowne instytucje szczególnie chronione jedynie na gruncie prawa rodzinnego oraz odnoszącego się do pomocy najmłodszemu, nie będąc wyraźnie uwzględnianym w innych dziedzinach ustawodawstwa⁴². Choć w konstytucjach wielu niemieckich krajów związkowych prawa dzieci zostały w jakiś sposób uwzględnione (choćby jako jeden z celów, do których należy dążyć)⁴³, zdarza się, że zachodnie pojmowanie dobra najmłodszych oraz jego ochrona prawna przegrywa w starciu z ochroną wolności religijnej rodziców. Z uwagi na możliwość swobodnego praktykowania wynikających z wierzeń rytuałów, niektóre zachowania, które powinny zostać uznane za zagrożenie dobra dziecka i stać się podstawą dla interwencji urzędu do spraw młodzieży, są na terenie Niemiec prawnie dozwolone (a przynajmniej niezakazane) oraz społecznie akceptowane⁴⁴. W niniejszej pracy zjawisko to omówione zostanie na przykładzie środowisk muzułmańskich.

W związku ze wspomnianym wyżej licznym napływem ludności wyznającej islam na teren Republiki Federalnej Niemiec, w ostatnich latach coraz szerzej dyskutowana jest kwestia prawnego dozwolenia obrzezania⁴⁵. Szacuje się, że rokrocznie przeprowadzane jest ono u około 90% urodzonych na terenie Niemiec muzułmańskich chłopców⁴⁶. Obrzezanie męskich potomków, choć nie ma swego źródła bezpośrednio w zapisach Koranu (podstawą jego praktykowania jest tradycja oraz treść Sunny), stanowi wśród muzułmanów swego rodzaju wymóg społeczny, świadczący o przynależności do określonej wspólnoty, a w naukach Szyitów oraz części Sunnitów jest uznawane również za obowiązek wypływający z prawa religijnego, chociaż normy religijne nie określają, kiedy ma ono zostać przeprowadzone (zwyczajowo odbywa się to między 1. tygodniem a 7. rokiem życia dziecka)⁴⁷.

Na gruncie obowiązującego w RFN kodeksu cywilnego dozwolone jest dokonywane z przyczyn niemedycznych obrzezanie chłopców, jeśli wyrażą na nie zgodę rodzice bądź

⁴² K. Dörner, *Kinderrechte im Spannungsfeld...*, *op. cit.*, s. 3.

⁴³ *Ibidem*, s. 4.

⁴⁴ Kinderschutz-Zentrum Berlin, *Kindeswohlgefährdung*, *op. cit.*, s. 38-39.

⁴⁵ Obrzezanie stanowi zabieg usunięcia całości bądź części napletka z żołądki penisa. W wielu kręgach kulturowych praktykowane jest od wieków w związku z tradycją oraz nakazami religijnymi. Zob. M. Baraniak, *Na ciele czy w duszy? Obrzezanie w polemice żydowsko-chrześcijańskiej*, „The Polish Journal of the Arts and Culture”, 2013, nr 1, s. 79.

⁴⁶ C. Ebert-Libekind, N. Tanke, *Die religiöse Beschneidung von Jungen*, „Kompaktinfo”, s. 4, http://www.spdfraktion.de/system/files/documents/kompaktinfo_2012-11-19_beschneidung-1.pdf [dostęp: 15.10.2016].

⁴⁷ *Ibidem*, s. 6-7.

opiekunowie prawni dziecka, a zabieg przeprowadzony zostanie zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej oraz bez naruszenia dobra dziecka⁴⁸. Do ukończenia przez chłopca szóstego miesiąca życia, obrzezania nie musi jednak bezwzględnie dokonywać lekarz – kodeks zezwala, by była to osoba wyznaczona przez daną wspólnotę religijną, odpowiednio do tego celu wykwalifikowana i potrafiąca fachowo wykonać konieczne czynności⁴⁹.

Zakaz uchybienia dobru dziecka, zawarty w ustawowej regulacji, wymaga odwołania się do opinii lekarzy na temat obrzezania dokonywanego bez konkretnych przyczyn zdrowotnych. Zdania na ten temat są bowiem w środowisku medycznym w wyraźny sposób podzielone – zwolennicy obrzezania twierdzą, iż zabieg ten niesie ze sobą małe ryzyko powikłań i może być dokonywany choćby w celach higienicznych lub jako forma profilaktyki niektórych chorób⁵⁰, przeciwnicy stawiają natomiast pod znakiem zapytania jego rzekome zalety, a także krytykują chirurgiczną ingerencję w zdrowy organ⁵¹, mogącą wiązać się z późniejszymi powikłaniami⁵², a także powodować traumę w dalszym życiu obrzezanego mężczyzny⁵³. Choć komplikacje po zabiegach przeprowadzanych w odpowiednich warunkach są rzadkie⁵⁴, zdarzają się również sytuacja bardzo poważne – jak zgony w 2001 oraz 2006 r. dwóch niemieckich chłopców⁵⁵.

W związku z faktem, że obrzezanie niezaprzeczalnie wiąże się z ingerencją w ciało dziecka, naznaczeniem go na całe życie, wiążącym go z wyznawaną przez jego rodziców bądź opiekunów religią, a także niesie ze sobą ryzyko groźnych powikłań, dyskusyjna jest kwestia, czy możliwe jest jego przeprowadzenie bez uchybienia dobru dziecka. Wątpliwości budzi zatem odpowiedź na pytanie, czy zezwalająca na obrzezanie chłopców regulacja niemieckiego kodeksu cywilnego w rzeczywisty sposób chroni prawa dzieci. W związku z brakiem definicji legalnej pojęcia „dobre dziecko”, warto w tym przypadku uwzględnić choćby przepis § 1666 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego, precyzujący możliwe sposoby

⁴⁸ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, § 1631d Abs. 1.

⁴⁹ *Ibidem*, § 1631d Abs. 2.

⁵⁰ M. Beier, B. Köhler, E. Reichhardt, Beschneidung von Jungen. Fragen und Antworten zu einem politischen Tabuthema, s. 3, <https://manndat.de/wp-content/uploads/2011/05/FAQ-Beschneidung-Endfassung-3.pdf> [dostęp: 15.10.2016].

⁵¹ *Ibidem*, s. 4; R. D. Herzberg, Die Beschneidung gesetzlich gestatten?, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik”, 2012, Nr. 10, s. 488.

⁵² M. Beier, B. Köhler, E. Reichhardt, Beschneidung von Jungen..., *op. cit.*, s. 4-5.

⁵³ R. D. Herzberg, Die Beschneidung gesetzlich gestatten?..., *op. cit.*, s. 488.

⁵⁴ Szacuje się, że występują one w 2-10% przypadków. Zob. M. Beier, B. Köhler, E. Reichhardt, Beschneidung von Jungen..., *op. cit.*, s. 4-5.

⁵⁵ M. Schmidt-Salomon in Zusammenarbeit mit dem „AK-Kinderrechte”, Fragen und Antworten zur Knabenbeschneidung, s. 5, http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq_beschneidung.pdf [dostęp: 15.10.2016].

naruszenia dobra dziecka, wśród których wymienione zostają również szkody fizyczne⁵⁶. Środowiska prawnicze reprezentują w tym przypadku dwa rodzaje poglądów – bądź uznają obrzezanie dokonywane z przyczyn religijnych za wyjątek niebędący naruszeniem przepisów chroniących dzieci (przyznają zatem ochronie wolności religijnej pierwszeństwo przed prawami najmłodszych)⁵⁷, bądź w stanowczy sposób sprzeciwiają się przyzwoleniu na dokonywanie obrzezania chłopców, jako będącemu sprzecznym z ich dobrem⁵⁸. Często podnoszona jest także kwestia ochrony wolności religijnej rodziców (bądź opiekunów), a nie samych dzieci – przez umożliwienie obrzezania chłopca zagwarantowana zostaje bowiem wolność praktyk religijnych przynależna jego rodzicom (opiekunom prawnym), ograniczona natomiast wolność religijna dziecka, które zostaje na całe życie naznaczone piętnem określonej religii⁵⁹.

Problemów zarówno natury teoretyczno-prawnej, jak i odnoszącej się do ochrony praw dzieci nastręczają również zagadnienia związane z zawieraniem małżeństw przez niepełnoletnich wyznawców islamu. Można je rozpatrywać na dwóch poziomach – od strony przypadków związanych ze zmuszaniem nieletnich dziewcząt (nieraz również chłopców) do zawierania związków małżeńskich (ważnych w świetle norm muzułmańskiego prawa religijnego), a także z punktu widzenia prawnego uznawania bądź nieuznawania w Republice Federalnej Niemiec małżeństw zawartych przez osoby niepełnoletnie na terytorium innych państw (w związku z kolejnymi falami imigrantów napływających do Niemiec pary takie spotykane są coraz częściej).

Pierwsza ze wspomnianych wyżej kwestii wiąże się ze wzrostem odsetku ludności muzułmańskiej na terenie Niemiec, wraz z którym rośnie również liczba młodych wyznawców islamu dotkniętych problemem zmuszania przez rodzinę do małżeństwa. Trudno dokładnie ocenić, jak wiele jest takich przypadków, można jedynie próbować dokonywać szacunków na podstawie liczby kobiet i dziewcząt szukających pomocy w specjalizujących się w tego typu sprawach organizacjach oraz punktach porad – w 2008 r. takich osób było 3443 (szacuje się, że prawie jedną trzecią stanowiły nastolatki do 17. roku życia), aż 83,4%

⁵⁶ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, § 1666 Abs. 1.

⁵⁷ H. Kindler, Was ist unter physischer Kindesmisshandlung zu verstehen?, [w:] H. Blüml, H. Kindler, S. Lillig, T. Meysen, A. Werner (Hg.), Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD), Deutsches Jugendinstitut e.V., München 2006, s.1.

⁵⁸ R. D. Herzberg, Die Beschneidung gesetzlich gestatten?..., *op. cit.*, s. 488.

⁵⁹ M. Schmidt-Salomon in Zusammenarbeit mit dem „AK-Kinderrechte“, Fragen und Antworten zur Knabenbeschneidung..., *op. cit.*, s. 9.

z nich pochodziło z rodzin muzułmańskich, a 27% zmuszano do małżeństwa pod groźbą użycia broni lub śmierci⁶⁰.

Przyczyn tego zjawiska upatrywać należy w innych niż europejskie zwyczajach panujących na terenie krajów typowo muzułmańskich, silnym podporządkowaniu całej rodziny woli ojca, mającego np. prawo wyboru małżonka dla córki, a także w chęci utrzymania przez wyznawców islamu ciągłości ich wspólnoty poprzez tworzenie związków we własnym kręgu społecznym⁶¹. W ostatnich latach na terenie Niemiec na sile przybrało zjawisko przymusowych małżeństw zawieranych w okresie wakacyjnym. Młode, często niepełnoletnie i uczęszczające jeszcze do szkoły dziewczęta (zdarzają się również przypadki, iż ofiarami padają chłopcy) są przez ich rodziców pod pretekstem wakacyjnego wyjazdu zabierane do kraju, z którego pochodzi dana rodzina⁶². Na miejscu zostają im odebrane dokumenty, a one same zmuszane są do zawarcia związku małżeńskiego z wybranym im wcześniej przez ojca partnerem⁶³. Stając się żonami, nie mają możliwości powrotu do Niemiec, by kontynuować edukację – na zawsze pozostają już zależne od swego małżonka, nie mając szansy wyboru dalszej drogi życiowej.

Możliwość zapobieżenia opisanym wyżej sytuacjom jest znikoma. Choć niewątpliwie zmuszanie do małżeństw jest czynem przez prawo zabronionym⁶⁴, a gdy odnosi się do osób niepełnoletnich, uznane jest ponadto za naruszenie dobra dzieci (staje się zatem podstawą do uruchomienia instrumentów prawnych przewidzianych w księdze VIII kodeksu prawa socjalnego w przypadku zagrożenia dobra dziecka), niemieckie urzędy do spraw młodzieży mają w tym przypadku małe możliwości działania, ponieważ zjawisko to cechuje się niską wykrywalnością. Szansa pomocy osobom nim dotkniętym następuje w związku z tym zazwyczaj dopiero, kiedy one same poproszą o wsparcie⁶⁵. Problematyczna może okazać się również kwestia karania sprawców – § 237 niemieckiego kodeksu karnego przewiduje

⁶⁰ Tausende Migrantinnen werden zur Ehe gezwungen, „Der Spiegel“, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/studie-tausende-migrantinnen-werden-zur-ehe-gezwungen-a-796673.html> [dostęp: 15.10.2016].

⁶¹ J. Wirth, Von Familie zur Ehe gezwungen, <http://www.derwesten.de/staedte/nachrichten-aus-siegen-kreuztal-netphen-hilchenbach-und-freudenberg/von-familie-zur-ehe-gezwungen-id11463960.html> [dostęp: 15.10.2016]; K. Miklis, Zwangsehen in Deutschland: Ja, ich muss!, <http://www.stern.de/panorama/gesellschaft/zwangsehen-in-deutschland-ja--ich-muss--3880830.html> [dostęp: 15.10.2016].

⁶² C. Akyol, Zwangsheirat: Die Angst der Mädchen vor den Sommerferien, <http://www.zeit.de/gesellschaft/2013-07/zwangsheirat-fall-nada-al-ahdal> [dostęp: 15.10.2016].

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Zgodnie z niemieckim kodeksem karnym zmuszanie kogoś do wstąpienia w związek małżeński zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat. Zob. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2226) geändert worden ist, § 237 Abs. 1.

⁶⁵ Tausende Migrantinnen werden zur Ehe gezwungen ..., *op. cit.*

wprawdzie karę pozbawienia wolności za zmuszanie innej osoby do wstąpienia w związek małżeński, regulacja ta odnosi się jednak do małżeństw cywilnych, związki zawierane zgodnie z prawem religijnym nie zostały w nim natomiast wspomniane⁶⁶.

Druga z wymienionych wyżej kwestii – zagadnienie prawnego uznawania na terenie Niemiec małżeństw niepełnoletnich imigrantów zawartych jeszcze w kraju ich pochodzenia – po raz kolejny ukazuje kolizję przepisów odnoszących się do ochrony wolności religijnej z regulacjami dotyczącymi praw dzieci. Zgodnie bowiem z § 1303 niemieckiego kodeksu cywilnego zdolność do zawarcia małżeństwa nabywana jest po uzyskaniu pełnoletności (czyli po ukończeniu 18. roku życia⁶⁷), a w przypadku kobiet może zostać przez sąd rodzinny nadana po ukończeniu 16. roku życia pod warunkiem, że przyszły małżonek jest osobą pełnoletnią⁶⁸. Wraz z kolejnymi falami imigrantów na teren Niemiec napływają jednak również osoby niepełnoletnie, będące już w związkach małżeńskich zawartych w krajach ich pochodzenia zgodnie z obowiązującym tam prawem, dopuszczającym często zaślubiny przed uzyskaniem pełnoletności w rozumieniu prawa niemieckiego. Choć z punktu widzenia niemieckiego ustawodawstwa małżeństwa osób nieletnich są niedopuszczalne, zmuszanie do zaślubin jest zabronione, a odbywanie stosunków seksualnych z osobą niepełnoletnią również podlega karze⁶⁹ (będąc niewątpliwym naruszeniem prawnie chronionego dobra dziecka), okazuje się, że prawne unieważnienie takich związków nie jest jednak oczywiste.

Precedensem w tego typu sprawach stało się bowiem orzeczenie z dnia 12 maja 2016 r. wydane przez Wyższy Sąd Krajowy (*Oberlandesgericht, OLG*) w Bambergu w sprawie związku małżeńskiego zawartego w lutym 2015 r. przez 14-letnią wówczas Syryjkę z jej 18-letnim kuzynem, utrzymujące w mocy ważność powziętego w Syrii małżeństwa, mimo iż młodzi małżonkowie w sierpniu 2015 r. przybyli na teren Niemiec, gdzie, jak zostało wcześniej wspomniane, wstępowanie przez dzieci w związki małżeńskie nie jest dozwolone⁷⁰. Sąd powołał się jednak m.in. na przepisy art. 11 oraz 13 ustawy wprowadzającej do niemieckiego kodeksu cywilnego, stanowiące, iż związek małżeński może być w sposób

⁶⁶ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, § 237 Abs. 1; F. Peters, Tausende Mädchen jährlich von Zwangsheirat bedroht, „Die Welt“, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article145056378/Tausende-Maedchen-jaehrlich-von-Zwangsheirat-bedroht.html> [dostęp: 15.10.2016].

⁶⁷ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, § 2.

⁶⁸ *Ibidem*, § 1303 Abs. 1, 2.

⁶⁹ Zgodnie z § 176 niemieckiego kodeksu karnego dokonywanie czynności seksualnych z osobą poniżej 14. roku życia zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 10 lat (Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, § 176 Abs. 1), natomiast w myśl przepisów § 182 sprawa wykorzystujący przymusowe położenie osoby, która nie ukończyła 18. roku życia, i podejmujący z nią czynności seksualne podlega karze grzywny bądź pozbawienia wolności do 5 lat (Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, § 182 Abs. 1).

⁷⁰ OLG Bamberg, Beschluss v. 12.05.2016 – 2 UF 58/16.

ważny zawarty, jeśli spełnia wymogi określone w prawie kraju, z którego pochodzą narzeczeni⁷¹. W tym przypadku zarówno 14-lątka, jak i 18-latek w momencie zaślubin podlegali zaś syryjskiemu prawu sunnickiemu, którego wymogów dopełnili (małżeństwo na gruncie prawa syryjskiego uznano by za obarczone wadą, ale ważne)⁷². W uzasadnieniu orzeczenia uwzględniona została również kwestia dobrowolności – żadne z małżonków nie zostało przez nikogo do ślubu zmuszone⁷³ – oraz chęci zasymilowania się przez oboje młodych ludzi ze społeczeństwem niemieckim⁷⁴. Sąd nie stwierdził również naruszenia w tym przypadku praw dzieci, powołując się na Konwencję o Prawach Dziecka, nieustanawiającą żadnego cenzusu wieku dla małżeństw zawieranych dobrowolnie przez dzieci, a także na brak karalności niewymuszonych stosunków seksualnych osób poniżej 16. roku życia z osobami pełnoletnimi⁷⁵. Podnoszony przez miejscowy Jugendamt zarzut zagrożenia w tym wypadku interesów młodej Syryjki został więc oddalony, a dziewczynkę uznano za pełnoprawną żonę swego kuzyna⁷⁶.

Precedensowe postanowienie wzbudziło liczne kontrowersje w środowisku zarówno prawników, jak i zwyczajnych obywateli Niemiec. W powziętej przez sąd decyzji upatrywane jest bowiem przydanie muzułmańskiemu prawu religijnemu pierwszeństwa przed ochroną praw dzieci, które zgodnie z obowiązującymi w Niemczech regulacjami zostały w tym przypadku naruszone⁷⁷. Opinia publiczna zarzuca w tym przypadku wymiarowi sprawiedliwości zbyt swobodną interpretację choćby przepisów związanych z odpowiedzialnością karną za czynności seksualne z udziałem nieletnich, dokonaną

⁷¹ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das durch Artikel 55 des Gesetzes vom 8. Juli 2016 (BGBl. I S. 1594) geändert worden ist, Art. 11 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1.

⁷² OLG Bamberg, Beschluss v. 12.05.2016 – 2 UF 58/16.

⁷³ Dyskusyjna jest jednak kwestia, na ile 14-letnia Syryjka mogła z uwagi na stopień swego rozwoju podjąć w pełni świadomą decyzję o małżeństwie – zwłaszcza że również w uzasadnieniu sądowej decyzji wspomniane zostało, że dziewczyna wykazywała zachowania dziecinne, a jej decyzja mogła być uwarunkowana chęcią dostosowania się do wymogów rodziny (OLG Bamberg, Beschluss v. 12.05.2016 – 2 UF 58/16).

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

Zgodnie z § 176 niemieckiego kodeksu karnego bezwzględnie karalne są jedynie czynności seksualne dokonywane z dziećmi poniżej 14. roku życia, natomiast § 182 odnosi się wprawdzie do stosunków seksualnych z osobami, które nie ukończyły jeszcze 18. roku życia, ważna w tym przypadku jest jednak przesłanka przymusowości, która w sprawie opisywanego małżeństwa rzekomo nie wystąpiła (Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, § 176 Abs. 1, § 182 Abs. 1). Sąd zanegował również zastosowanie w analizowanym przypadku regulacji § 182 ust. 3 kodeksu karnego, odnoszącej się do karalności czynności seksualnych dokonywanych przez osobę powyżej 21. roku życia na osobie, która nie ukończyła lat 16. (Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, § 182 Abs. 3), uznając iż sytuacja syryjskich małżonków wymaga indywidualnego rozpatrzenia (OLG Bamberg, Beschluss v. 12.05.2016 – 2 UF 58/16).

⁷⁶ OLG Bamberg, Beschluss v. 12.05.2016 – 2 UF 58/16.

⁷⁷ P. Issig, Kinderehen nach Scharia-Recht spalten deutsche Justiz, „Die Welt“, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article155837698/Kinderehen-nach-Scharia-Recht-spalten-deutsche-Justiz.html> [dostęp: 16.10.2016].

prawdopodobnie w celu uniknięcia powstania na arenie międzynarodowej zarzutu naruszania na terenie Niemiec wolności religijnej napływających do kraju uchodźców⁷⁸. Tak sformułowane orzeczenie otwiera jednak możliwość prawnego uznawania kolejnych małżeństw zawartych przez osoby nieletnie w krajach ich pochodzenia, co w znaczący sposób zaburzy osławione standardy ochrony praw dzieci na terenie Republiki Federalnej Niemiec⁷⁹.

Poza opisanymi wyżej kwestiami spornymi z punktu widzenia prawnego, ochrona praw dzieci zgodnie z europejskimi standardami oraz zapewnienie wolności religijnej ich wyznającym islam rodzicom mogą kolidować ze sobą również na innych polach związanych z muzułmańskimi wzorcami wychowania oraz funkcjonowaniem dzieci wyznawców islamu w środowisku szkolnym. Problemem szeroko dyskutowanym rokrocznie w gronie niemieckich nauczycieli stał się od pewnego czasu *ramadan*, miesiąc muzułmańskiego postu⁸⁰. Zgodnie bowiem z tradycją przestrzeganą wśród wyznawców islamu, dzieci powinny począwszy od około 7. roku życia być stopniowo wdrażane w doroczny post – zaczynając od kilku dni wydłużanych w kolejnych latach do tygodnia, dwóch itd., aż do pełnego miesiąca po osiągnięciu dojrzałości płciowej⁸¹. Jak nietrudno się domyślić, tak długie okresy powstrzymywania się od regularnych i bogatych w wartości odżywcze posiłków wywierają bardzo negatywny wpływ na organizmy dzieci. Skutki postu bywają rozmaite – od złego samopoczucia, zawrotów głowy, problemów z uczestnictwem w zajęciach sportowych⁸², przez trudności z koncentracją podczas lekcji i gorsze niż oczekiwane wyniki na

⁷⁸ A. Schuchardt, Sind Kinderehen jetzt auch in Deutschland erlaubt?, <https://www.bayernkurier.de/inland/14044-sind-kinderehen-jetzt-auch-in-deutschland-erlaubt> [dostęp: 16.10.2016].

⁷⁹ Szacuje się, że na terenie Niemiec mieszka obecnie około 1500 niepełnoletnich imigrantów z krajów muzułmańskich, którzy zawarli w swych ojczyznach związki małżeńskie (V. Mörzl, Fast 1500 Kinder sind in Deutschland schon verheiratet, <http://www.augsburger-allgemeine.de/augsburg/Fast-1500-Kinder-sind-in-Deutschland-schon-verheiratet-id39019937.html> [dostęp: 16.10.2016]). Mimo iż spora grupa niemieckich polityków zabiega o nałożenie na urzędy do spraw młodzieży obowiązku pomocy w wykrywaniu oraz zgłaszania do sądów małżeństw osób nieletnich, trudno określić, czy takie działania mogłyby przynieść pozytywny skutek, biorąc pod uwagę precedensowe orzeczenie Bamberskiego sądu (V. Schacht, CDU: Jugendämter sollen Kinderehen melden, <https://www.compact-online.de/cdu-jugendaemter-sollen-kinderehen-melden/> [dostęp: 16.10.2016]).

⁸⁰ Początek oraz koniec miesiąca *ramadan* obliczany jest według ściśle określonych prawem religijnym zasad. Podczas trwania tego okresu muzułmanin może codziennie spożywać jeden posiłek przed nastaniem świtu oraz jeden po zmierzchu. W przerwach między nimi prawo religijne zabrania jedzenia bądź picia czegokolwiek (nawet wody). W okresie *ramadanu* muzułmanie przestrzegają muszą ponadto wielu nakazów (jak np. rytualne modły) oraz zakazów (np. konieczność powstrzymywania się od odbywania stosunków seksualnych). Zob. J. Bielawski, *Islam*, Krajowa Agencja Wydawnicza, Warszawa 1980, s. 111-113.

⁸¹ C. Schirmacher, Kindererziehung in muslimischen Familien, <http://www.ead.de/arbeitskreise/islam/arbeitshilfen/kindererziehung-in-muslimischen-familien.html> [dostęp: 16.10.2016].

⁸² M. Trautsch, Schlechtes Abitur im Ramadan, „Frankfurter Allgemeine“, <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/verband-bildung-und-erziehung-zeigt-sich-besorgt-14322466.html> [dostęp: 16.10.2016].

sprawdzianach oraz egzaminach⁸³, po ryzyko odwodnienia, a nawet zapaści, jeśli *ramadan* wypada (jak w roku 2015) w okresie letnich upałów⁸⁴. Mimo że takie efekty nie mają niczego wspólnego z dobrem dzieci, a doprowadzanie przez rodziców do opisanych wyżej sytuacji mogłoby przez instytucje zajmujące się ochroną praw najmłodszych zostać uznane za zagrażające ich zdrowiu (w myśl choćby przepisów § 1666 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego, obejmującego ochroną prawną dobro fizyczne dziecka⁸⁵ niewątpliwie przez długotrwały post naruszane), zagadnienie uczestnictwa dzieci w związanym z miesiącem *ramadan* poście nie doczekało się żadnych regulacji prawnych. Interwencja urzędu do spraw młodzieży w kwestie rytualnego postu (który nie wywiera na zdrowie dzieci pozytywnego wpływu) mogłaby natomiast zostać odebrana jako naruszenie konstytucyjnej zasady wolności religijnej oraz swobody wykonywania praktyk religijnych⁸⁶. W tym przypadku otwarte pozostaje zatem pytanie, czy pierwszeństwo przed dobrem dzieci powinna mieć ochrona wolności religijnej ich rodziców.

Kolizja wolności rodziców w sferze wyznaniowej z gwarantowanymi na terenie Niemiec prawami dzieci może mieć również miejsce podczas całego procesu wychowywania młodych muzułmanów. Model rodziny obowiązujący w społeczności wyznawców islamu opiera się bowiem o określony w Koranie prymat mężczyzn⁸⁷, mogących otrzymać konkretne wykształcenie przygotowujące do wykonywania określonej działalności zawodowej, mających prawo do samorozwoju, samostanowienia, a także do decydowania o losach ich żon czy też sióstr⁸⁸. Rolą społeczną kobiet staje się natomiast bycie wzorową żoną, matką oraz strażniczką domowego ogniska – nie ma w tym przypadku mowy o podejmowaniu samodzielnie istotnych decyzji ani sprzeciwianiu się woli męskiej głowy rodziny⁸⁹. Wychowanie muzułmańskich dzieci jest w związku z takim modelem rodziny dostosowywane do przyszłych ról życiowych – chłopcy cieszą się zatem od najmłodszych lat większą swobodą, będąc przygotowywanymi do roli decydenta, dziewczęta natomiast uczone są posłuszeństwa względem mężczyzn oraz wykonywania zadań związanych z prowadzeniem domu⁹⁰. Mimo że taki stan rzeczy pozornie nie wydaje się istotnym naruszeniem praw dzieci,

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte e.V., Kinder- und Jugendärzten gegen Ramadan-Fasten für Kinder, <http://www.verbaende.com/news.php/Kinder-und-Jugendaerzten-gegen-Ramadan-Fasten-fuer-Kinder?m=103975> [dostęp: 16.10.2016].

⁸⁵ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, § 1666 Abs. 1.

⁸⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 4 Abs. 1, 2.

⁸⁷ Koran, tłum. J. Bielawski, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1986, S. IV, w. 34.

⁸⁸ C. Schirmacher, Kindererziehung in muslimischen Familien..., *op. cit.*

⁸⁹ Koran, *op. cit.*, S. IV, w. 34.

⁹⁰ C. Schirmacher, Kindererziehung in muslimischen Familien..., *op. cit.*

spojrzenie na panujący w muzułmańskich rodzinach model wychowania zróżnicowanego ze względu na płeć dziecka przez pryzmat obowiązującego w Niemczech prawa skłania do głębszej refleksji. Zgodnie bowiem z art. 3 niemieckiej ustawy zasadniczej na terenie RFN obowiązuje równouprawnienie kobiet i mężczyzn oraz zakaz dyskryminacji ze względu na płeć⁹¹, natomiast § 9 księgi VIII niemieckiego kodeksu prawa socjalnego, określając zasady działania instytucji odpowiedzialnych za pomoc dzieciom i młodzieży, zwraca uwagę na konieczność uwzględniania różnic między chłopcami a dziewczynkami przy jednoczesnym dbaniu o zapewnienie jednym i drugim równych praw⁹². W związku z tak wyraźnym uwypukleniem równouprawnienia obu płci w obowiązującym na terenie Niemiec prawie, co najmniej zastanawiający jest brak działań choćby urzędów do spraw młodzieży, które mogłyby wpłynąć na zmianę funkcjonujących w rodzinach muzułmańskich schematów wychowania. Po raz kolejny odpowiedź na pytanie, dlaczego tak się dzieje, stanowią przepisy chroniące wolność religijną. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, iż wyżej wspomniany § 9 księgi VIII kodeksu prawa socjalnego, akcentujący w ust. 3 równouprawnienie dziewcząt i chłopców, w dwóch wcześniejszych ustępach podkreśla konieczność uwzględniania przez organy pomocy dzieciom i młodzieży uwarunkowań kulturowych czy religijnych, w których ich podopieczni dorastali, a także ukierunkowań wychowawczych oraz religijnych, jakie narzucili im ich rodzice bądź opiekunowie prawni⁹³. Nietrudno dostrzec, że w przypadku dzieci wywodzących się z rodzin z muzułmańskich przepis ten jest własną antytezą.

Poza różnicami w wychowaniu dziewczynek i chłopców, stanowiącymi przejaw dyskryminacji żeńskiego potomstwa, wyznający islam rodzice często izolują bądź próbują izolować swe dzieci od ogółu szkolnej społeczności, co również poczytać można za oznakę dyskryminowania ich w stosunku do potomstwa wyznawców innych religii. Zachowania, z powodu których muzułmańskie dzieci mogą w wyraźny sposób poczuć się inne niż ich szkolni koledzy i koleżanki, to choćby próby zwalniania (głównie dziewcząt) z obowiązkowych lekcji wychowania fizycznego (zwłaszcza, gdy są to lekcje pływania, podczas których dziewczynki musiałyby przywdziać odsłaniający ciało strój kąpielowy⁹⁴),

⁹¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3 Abs. 2, 3.

⁹² Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe, § 9 Abs. 3.

⁹³ *Ibidem*, § 9 Abs. 1, 2.

⁹⁴ Zaleca się rozwiązywanie takich problemów przez organizację lekcji wychowania fizycznego w oddzielnych grupach dla dziewcząt i chłopców, a także poprzez noszenie przez dziewczęta tzw. burkini – w pełni zabudowanego stroju kąpielowego (osłaniającego nawet głowę), nieprzylegającego do ciała po nasiąknięciu wodą (by nie było widać kobiecych kształtów), dzięki któremu są one chronione przed wzrokiem nauczyciela czy też pracowników basenu płci męskiej. Zob. Rheinland-Pfalz Ministerium für Bildung, Wissenschaft, Jugend und Kultur, Muslimische Kinder und Jugendliche in der Schule. Informationen, Orientierungen und Empfehlungen, http://eltern.bildung-rp.de/fileadmin/user_upload/eltern.bildung-rp.de/Faltblatt_Muslimische_Kinder_und_Jugendliche_in_der_Schule.pdf [dostęp: 16.10.2016]; Burkini-Urteil.

zabranianie dzieciom uczestnictwa w szkolnych wycieczkach (zazwyczaj z obawy o kontakty dziewcząt z chłopcami, do których mogłoby dojść, a także o zbyt dużą panującą podczas wycieczek swobodę i np. spożywanie alkoholu przez młodzież)⁹⁵, a także posyłanie ich dodatkowo do tzw. szkół koranicznych, w których dzieci uczone są na pamięć całych fragmentów Koranu w języku arabskim (którego zwykle nie znają) metodą ciągłego powtarzania, bez konieczności zrozumienia⁹⁶, co może być postrzegane jako zabijanie dziecięcej ciekawości i kreatywności na rzecz bezmyślnego powielania religijnych schematów. Po raz kolejny może dojść zatem w tym przypadku do kolizji regulacji chroniących wolność religijną rodziców z prawną ochroną dzieci – w tym miejscu warto wspomnieć np. gwarantowane dzieciom i młodzieży przez § 1 księgi VIII niemieckiego kodeksu prawa socjalnego prawo do wspierania ich rozwoju⁹⁷, którego zaprzeczeniem mogą stać się opisane wyżej sposoby postępowania.

Jak zostało wyżej wspomniane, przy udzielaniu dzieciom bądź młodzieży pomocy przez zobligowane do tego instytucje konieczne jest uwzględnienie również uwarunkowań kulturowych oraz religijnych, które zostały najmłodszym przekazane przez rodziców bądź opiekunów⁹⁸. Z tego też powodu po odebraniu rodzicom bądź opiekunom prawnym dziecka przez urząd do spraw młodzieży, powinno ono trafić do rodziny, której wyznanie jest zgodne z tym, w którym dziecko było do tej pory wychowywane – dzieci muzułmańskie powinny zatem być przekazywane pod opiekę rodzinom, które również wyznają islam⁹⁹. Nie zawsze jest to jednak możliwe z uwagi na bardzo małą liczbę muzułmanów zgłaszających się jako chętni do zostania rodzicami zastępczymi, w związku z czym dzieci o muzułmańskim pochodzeniu muszą często dorastać w rodzinach niemuzułmańskich¹⁰⁰. Mimo to prawa wyznających islam biologicznych rodziców dzieci są w Niemczech bardzo ściśle chronione – świadczy o tym chociażby postanowienie Wyższego Sądu Krajowego (*Oberlandesgericht, OLG*) w Hamm z 29 marca 2016 r., w którym, wskutek złożonej przez biologiczną matkę-

Musliminnen müssen am Schwimmunterricht teilnehmen, „Der Spiegel“, <http://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/burkini-urteil-schwimmunterricht-fuer-muslimisches-maedchen-a-921650.html> [dostęp: 16.10.2016].

⁹⁵ Rheinland-Pfalz Ministerium für Bildung, Wissenschaft, Jugend und Kultur, *Muslimische Kinder und Jugendliche in der Schule...*, *op. cit.*

⁹⁶ Zdarza się nawet, że muzułmanie zamieszkujący Niemcy czy też inne nieislamskie kraje wykazują się w chęci odpowiedniej edukacji religijnej ich potomstwa znacznie większą gorliwością niż wyznawcy islamu zamieszkujący kraje, w których jest on religią dominującą. Zob. C. Schirmacher, *Kindererziehung in muslimischen Familien...*, *op. cit.*

⁹⁷ Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe, § 1 Abs. 1.

⁹⁸ *Ibidem*, § 9 Abs. 1, 2.

⁹⁹ I. Bilgü, *Jugendämter und muslimische Pflegekinder*, <http://www.islamiq.de/2014/02/16/jugendaemter-und-muslimische-pflegekinder/> [dostęp: 16.10.2016].

¹⁰⁰ *Ibidem*.

muzułmankę skargi, cofnięto wydane wcześniej przez Sąd Rejonowy (*Amtsgericht*) w Dorsten zezwolenie na ochrzczenie jej urodzonej w 2007 r. córki¹⁰¹. W tym przypadku, mimo że zarówno wyznający katolicyzm rodzice zastępczy dziecka, jak i sama 8-latka życzyli sobie, by została ona ochrzczona i wraz z jej szkolnymi koleżankami i kolegami przystąpiła do pierwszej komunii, sąd potwierdził prawo biologicznej matki dziecka do określenia jego religii¹⁰². Choć taka decyzja poparta została argumentami natury faktycznej oraz prawnej¹⁰³, dyskusyjna jest kwestia uwzględnienia przez organ orzecznicy interesów dziecka, które w wyraźny sposób określiło, że chciałoby zostać ochrzczone, co zgodnie z § 8 ust. 1 księgi VIII niemieckiego kodeksu prawa socjalnego powinno (odpowiednio do stopnia rozwoju dziecka i jego możliwości decydowania o sobie) zostać w jakiś sposób uwzględnione¹⁰⁴.

Podsumowanie

Wyciągając z podjętych w niniejszej pracy rozważań wnioski, nietrudno dostrzec, iż wolność religijna mniejszości muzułmańskiej w kwestiach wychowania dzieci i młodzieży jest na terenie Republiki Federalnej Niemiec objęta bardzo ścisłą ochroną prawną. Część praktykowanych przez wyznawców islamu zwyczajów doczekała się wprost sformułowanych aprobowanych je regulacji normatywnych (jak obrzezanie męskich potomków), inne z nich stały się przedmiotem rozstrzygniętych na korzyść muzułmanów postępowań sądowych (jak precedensowe orzeczenie ważności małżeństwa zawartego przez 14-latkę czy potwierdzenie prawa biologicznej matki do określenia wbrew woli dziecka jego przynależności religijnej), jeszcze inne natomiast są po prostu tolerowane przez zajmujące się ochroną praw dzieci instytucje (jak np. poszczenie przez dzieci w miesiącu *ramadan* czy różnicowanie sposobów wychowania potomstwa zależnie od jego płci). Skontrastowanie takiego stanu rzeczy z bardzo prężnie działającym na terenie Niemiec systemem ochrony praw dzieci ukazuje wiele sprzeczności. Na obszarze jednego kraju spotyka się bowiem kontrowersyjne urzędy do spraw młodzieży (działające wprawdzie bardzo szybko i sprawnie, posądzane jednak przez

¹⁰¹ OLG Hamm, Beschluss v. 29.03.2016 - 2 UF 223/15.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Sąd powołał się na fakt, że matka dziecka jeszcze przed odebraniem jej praw rodzicielskich wyraźnie oświadczyła, iż jej córka ma zostać wychowana w duchu islamu (mimo że ona sama nie była gorliwie praktykującą muzułmanką), co wykluczyło możliwość decydowania o religii dziecka przez rodziców zastępczych po uzyskaniu stosownej zgody sądu rodzinnego zgodnie z § 3 ust. 2 ustawy o wychowaniu religijnym (OLG Hamm, Beschluss v. 29.03.2016 - 2 UF 223/15; Gesetz über die religiöse Kindererziehung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 404-9, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 63 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist, § 3 Abs. 2).

¹⁰⁴ Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe, § 8 Abs. 1.

europejską opinię publiczną o ingerencje zbyt agresywne, a nieraz również sprzeczne z polityką pomagania rodzinom) oraz cieszące się bardzo dużymi swobodami społeczności wyznawców islamu, chcących wprawdzie wychować swe potomstwo na prawych muzułmanów, nierespektujących przy tym jednak często rozumianych w sposób zachodnioeuropejski interesów dzieci. Inne pojmowanie dobra dzieci (odbieranego raczej jako przygotowanie ich do życia zgodnego z zasadami islamu) i bezwzględna priorytetyzacja zasad wiary we wszystkich dziedzinach egzystencji uwypukla jedynie różnice kulturowe, jakie istnieją między mniejszością muzułmańską a innymi grupami niemieckiego społeczeństwa, a z powodu których trudno ustalić jeden wspólny dla wszystkich katalog oraz gradację poszczególnych wartości. W związku z brakiem definicji legalnej pojęcia „dobre dziecko” na gruncie prawa niemieckiego oraz coraz silniejszym w ostatnich latach naciskiem na ochronę wolności religijnej mniejszości nierzadko zdarza się, że poprzez działalność ustawodawstwa czy wymiaru sprawiedliwości chronione jest nie dobro dzieci, lecz wolność religijna ich rodziców. Prowadzi to do zmiany rozumienia pojęcia „dobre dziecko” tak, że za jego ochronę uchodzić zaczyna np. prawne uznawanie małżeństw nieletnich muzułmanów, co w innych okolicznościach byłoby niedopuszczalne.

Addenda

Rafał Dubowski¹

Recenzja książki J. Mazurkiewicza
„Zanim pomysły nasze szczeną wraz z nami.
Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet”²

I. Tematyka książki

Konwencja recenzowanej książki jest nietypowa, a zarazem oryginalna. Na jej kartach Autor prezentuje i uzasadnia projekty przepisów wzmacniających prawną ochronę dzieci oraz kobiet. O ile w wielu monografiach prawniczych formułowane są postulaty *de lege ferenda*, to jednak nieczęsto zdarza się, by stanowiły one trzon pracy. Inaczej jest w przypadku tej książki. Od początku do końca propozycje reform wypełniają jej merytoryczną zawartość. Ponadto wizja nowego prawa kreślona przez J. Mazurkiewicza, odmiennie niż ma to miejsce w publikacjach innych prawników, nie ogranicza się do jednej czy dwóch dziedzin życia. Przeciwnie, jej zakres wyznacza tylko idea ochrony kobiet i dzieci.

W większości prezentowane propozycje zmian są wynikiem prac komisji projektów legislacyjnych powołanej przy wrocławskim Terenowym Komitecie Ochrony Praw Dziecka, której Autor książki był inicjatorem i członkiem. Ale nie tylko. Są one również, a może przede wszystkim, owocem doświadczeń zgromadzonych podczas wieloletniej działalności społecznej na rzecz poprawy losu kobiet i dzieci.

Prawie wszystkie pomysły reformy prawa zrodziły się przed kilkadziesiąt laty. Niewiele spośród nich stanowiło przedmiot zainteresowania parlamentarzystów, a niektóre (jak np. projekt ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka) na ich prośbę powstały. Dlatego Autor

¹ Dr, Białystok.

² J. Mazurkiewicz, *Zanim pomysły nasze szczeną wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2016, ss.420.

przedstawiając wrocławskie projekty, wskazuje również na przepisy, które te propozycje w mniejszym lub większym stopniu uwzględniały, choć – jak przy tym zaznacza – z pewnością nie zawsze na nich się wzorowały.

II. Struktura oraz strona formalna

Książka składa się z sześciu części. Część I dotyczy prawa konstytucyjnego; część II – prawa cywilnego (materialnego i procesowego) oraz prywatnego międzynarodowego; część III – prawa rodzinnego i opiekuńczego; część IV zawiera postulaty w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego; z kolei część V – w zakresie prawa karnego materialnego, procesowego, wykroczeń i penitencjarnego; ostatnia zaś zawiera *varia*.

Struktura książki jest przejrzysta, a jej treść właściwie uporządkowana. Zastrzeżenia mogą budzić natomiast śródtytuły poszczególnych części. Niektóre z nich są sformułowane enigmatycznie (np. „Prawo do miłości”; „Polska górą!”), a przez to przed przystąpieniem do lektury nie dają one wyobrażenia o tym, czego konkretnie dotyczy dany fragment publikacji.

Książka została napisana językiem przyjaznym dla czytelnika. Stanowi ona dowód na to, iż o skomplikowanych zagadnieniach prawnych można pisać w sposób przystępny, lecz zarazem wolny od uproszczeń.

Również projekty przepisów zostały zredagowane przy zachowaniu najwyższych standardów techniki prawodawczej, co w połączeniu z łatwym w odbiorze stylem pisarskim Autora sprawia, iż książka stanowi gotowy zbiór pomysłów, z którego mogą czerpać parlamentarzyści, i to nie tylko ci, którzy posiadają kwalifikacje prawnicze.

Nie sposób ocenić tej publikacji abstrahując przy tym od jej cech zewnętrznych. Szczególnym walorem recenzowanej książki jest to, iż została wydana nie tylko w wersji tradycyjnej, papierowej, ale również w wersji elektronicznej, dostępnej nieodpłatnie dla wszystkich użytkowników Internetu³. Nie wątpię, że dzięki temu liczba jej czytelników będzie większa aniżeli wtedy, gdy zostałaby uwieczniona na półkach uczelnianych bibliotek, czytelni czy księgarni prawniczych, odwiedzanych głównie przez wąskie grono specjalistów. A jak sądzę, popularyzacja pomysłów, sugestii i spostrzeżeń zawartych w książce J. Mazurkiewicza może dać asumpt do dyskusji nad poruszonymi w niej problemami, co w rezultacie może przynieść korzyść nie tylko nauce, ale także kobietom i dzieciom, o których prawną ochronę Autor zabiega.

³ <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?from=rss&id=78667> [dostęp 28.2.2017 r.].

III. Wybrane problemy szczegółowe

1. Gdzie jest początek?

Poszukując prawnych instrumentów służących do kompleksowej lub co najmniej wielopłaszczyznowej ochrony dziecka, należy najpierw odpowiedzieć na pytanie o to, gdzie na osi czasu znajduje się punkt, w którym rozpoczyna się jego życie i od kiedy taka ochrona powinna mu przysługiwać.

Współczesna medycyna, wsparta zaawansowaną technologią, wciąż poszerza naszą wiedzę na temat wczesnych etapów życia ludzkiego. Jednocześnie potwierdza to, o czym od wieków przekonują się prawie wszystkie matki, a nierzadko także ojcowie: moment narodzin, choć szczególny i na pewno przełomowy, nie jest początkiem egzystencji człowieka. Po porodzie zmieniają się warunki życiowe dziecka, lecz na skutek tego zdarzenia nie staje się ono kimś innym. Jest wciąż tą samą osobą, którą było dzień przed rozwiązaniem ciąży.

Tę oczywistą dla wielu – choć czasem można wątpić, czy oczywistą dla samego ustawodawcy – prawdę dostrzega także Autor recenzowanej publikacji, będący jednym z twórców pierwszego w powojennej Polsce projektu, który przyznawał zdolność prawną dziecku poczętemu (s. 45).

W świetle wrocławskiego projektu art. 8 k.c. stanowiłby: „Każdy człowiek od chwili poczęcia ma zdolność prawną” (s. 43). Po kilku latach od opublikowania tej propozycji, w 1993 r. znowelizowano art. 8 k.c., dodając § 2 o następującym brzmieniu: „Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”⁴.

Niemniej jednak regulacja ta nie obowiązywała długo i od 1996 r. postulat przyznania zdolności prawnej dziecku poczętemu stał się na nowo aktualny⁵. Dostrzegając i wskazując niedostatki propozycji zawartej we wrocławskim projekcie, J. Mazurkiewicz modyfikuje ją i w książce postuluje, ażeby odpowiedni przepis przyjął taki sam kształt, jak nieobowiązujący już art. 8 § 2 k.c. (s. 45).

Jak sądzę, jest to właściwy kierunek zmian, lecz jednocześnie muszę przyznać, iż budzi moje wątpliwości to, czy postulowana regulacja nie stwarzałaby trudnych do przezwyciężenia problemów w związku ze stosowaniem procedury medycznie wspomaganą prokreacji; czy

⁴ Zob. art. 6 pkt 1 lit. b ustawy z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78).

⁵ Art. 8 § 2 k.c. został uchylony przez art. 2 pkt 1 ustawy z 20.08.1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 139, poz. 646).

nie powodowałyby komplikacji podobnych do tych, które na gruncie *legis latae* rodzi w tym kontekście art. 927 § 2 k.c., pokrewny przecież nieobowiązującej regulacji zawartej w art. 8 § 2 k.c.

Artykuł 927 § 2 k.c. stanowi, iż „dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe”. Przy czym należy zauważyć, że *de lege lata* nie ma dostatecznych podstaw do tego, by twierdzić, iż dzieckiem poczętym nie jest zarodek przechowywany w warunkach pozwalających na przeniesienie go do organizmu kobiety po upływie kilku, a nawet kilkunastu lat od rozpoczęcia jego kriokonserwacji⁶. Oznacza to tym samym, iż także on może być spadkobiercą. Jednakże przez wiele lat od śmierci spadkodawcy może pozostawać niewiadomą to, czy dziecko w ogóle się urodzi i czy nastąpi urodzenie żywe⁷. W związku z tym również ustalenie kręgu spadkobierców będzie przez ten czas niewykonalne⁸.

Nie przesądzam o tym, że przyznanie warunkowej zdolności prawnej dziecku poczętemu na pewno będzie stwarzać podobne problemy na gruncie innych regulacji. Niemniej jednak wydaje mi się, że gdyby ustawodawca zamierzał uwzględnić ten postulat, warto byłoby uprzednio, w toku prac nad nowym prawem, taką możliwość wykluczyć.

⁶ Wszak poczęcie to nic innego jak zapłodnienie. Ponadto *de lege lata* nie można uznać, iż embrion w fazie przedimplantacyjnej nie posiada statusu dziecka. Nie stanowi kontrargumentu przeciwko temu stanowisku to, iż w art. 2 ust. 1 pkt 28 ustawy z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. poz. 1087) grupę komórek „powstałą wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej” w okresie „od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy” określono mianem zarodka, a nie dziecka poczętego. Definicja ta nie jest przekonującym kontrargumentem, po pierwsze z tego powodu, iż wprowadzono ją wyłącznie na użytek ustawy o leczeniu niepłodności; po drugie dlatego, że art. 2 ust. 1 ustawy z 6.01.2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 2086, ze zm.) zawiera inną definicję (również wiążącą tylko na gruncie aktu prawnego, w którym ją zamieszczono) i stanowi, iż „dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności”. A zatem nawet gdyby uznać, że przepisy ustawy o leczeniu niepłodności mają znaczenie przy wykładni art. 927 § 2 k.c., to należałoby wówczas uwzględnić również postanowienia ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka i stwierdzić, że termin „zarodek” mieści się w zakresie pojęcia „dziecka poczętego. Innymi słowy, należałoby dojść do wniosku, iż określenie „zarodek” oznacza stadium rozwojowe dziecka poczętego.

⁷ Zob. np. art. 33 ustawy z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. poz. 1087), który przewiduje, że „Zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego mogą być przeniesione do organizmu biorczyni po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek [podkreślenie – R.D.]”, a także art. 21 ust. 3 tej ustawy, który stanowi: „Zarodki powstałe z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie w przypadku: 1) upływu określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż 20 lat [...] są przekazywane do dawstwa zarodka [podkreślenie – R.D.]”.

⁸ Zob. także J. Ostojka, O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro, „Prawo i Medycyna”, <http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykul&id=1038> [dostęp 04.02.2017 r.], gdzie autorka przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności pisała: „nie ma w chwili obecnej podstaw, by różnicować pozycję embrionu in vitro od pozycji prawnej dziecka poczętego. Na tym etapie, do embrionu przedimplantacyjnego winny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące nasciturusa. Największe kontrowersje budzi w tym zakresie zastosowanie art. 927 Kodeksu cywilnego, który czyni spadkobiercą dziecko poczęte w momencie otwarcia spadku pod warunkiem, że urodzi się ono żywe. W związku z możliwością zamrażania embrionów i dokonania ich implantacji nawet po upływie kilkunastu lat od otwarcia spadku powstaje problem ustalenia kręgu spadkobierców i części, w jakich spadkobiercy ci dziedziczą”.

2. Kiedy powstają więzy krwi?

W książce znalazły się niezwykle frapujące propozycje będące wyrazem przekonania o tym, że biologiczne pokrewieństwo powstaje w chwili poczęcia dziecka, a prawne stosunki filiacyjne powinny być odbiciem tej rzeczywistości. A mianowicie, przedstawiono tam projekty przepisów, które przyjmują datę poczęcia za podstawę domniemania o ojcostwie męża matki oraz umożliwiają zaprzeczenie i ustalenie ojcostwa (lub co najmniej prowadzenie postępowania w tym przedmiocie) jeszcze przed narodzeniem dziecka (s. 97–117).

Nie sposób zaprzeczyć, iż trudno jest dokładnie ustalić datę poczęcia. Jednakże twórcy wrocławskich projektów problem ten rozwiązyali nadzwyczaj zręcznie. Chociaż odpowiedni przepis przewidywałby, iż domniemywa się, że dziecko pochodzi od męża matki w przypadku, gdy zostało ono poczęte w chwili zawarcia małżeństwa albo w trakcie jego trwania, to jednak domniemanie to „upada, jeżeli dziecko nie urodzi się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia” (s. 97).

* * *

Propozycja umożliwienia sądowego ustalenia ojcostwa przed urodzeniem dziecka ulegała modyfikacjom. Najpierw J. Mazurkiewicz był zwolennikiem dopuszczalności wszczęcia procesu i wydania orzeczenia ustalającego ojcostwo jeszcze przed narodzeniem. Potem zabiegał on o to, ażeby w tym czasie dopuszczalne było jedynie wszczęcie i prowadzenie postępowania, natomiast orzeczenie ustalające ojcostwo mogłoby zapaść dopiero po narodzinach dziecka. Swoje późniejsze stanowisko J. Mazurkiewicz podtrzymuje nadal (s. 101 i 115).

Wskazana wyżej modyfikacja pozwala uniknąć zarzutów, które rodzi pierwotna propozycja (s. 107 oraz 110). Pierwszy z nich mówi o tym, że wyrok ustalający ojcostwo stwarzałby prawa dla podmiotu nieistniejącego, ponieważ *nasciturus* nie posiada zdolności prawnej (s. 102–105). Przy czym należy zgodzić się z J. Mazurkiewiczem, iż zarzut ten jest mało przekonujący, zwłaszcza jeśli zważy się na to, iż *de lege lata* możliwe jest uznanie ojcostwa dziecka poczętego, powołanie go do spadku czy uczynienie zapisobiorcą (s. 107–108). W związku z tym przyjęcie dopuszczalności sądowego ustalenia pochodzenia dziecka od określonego mężczyzny wówczas, gdy jest ono jeszcze *in statu nascendi* nie stanowiłoby istotnego wyłomu. Przeciwnie, pozwalałoby zachować symetryczność między konstrukcją uznania dziecka i sądowego ustalenia ojcostwa.

Drugim najczęściej przytaczanym zarzutem jest niemożliwość ustalenia okresu koncepcyjnego określonego w art. 85 § 1 k.r.o. (s. 108). Jednakże zmodyfikowana wersja wrocławskiego projektu czyni tego rodzaju obiekcje bezprzedmiotowe, ponieważ wyrok ustalający ojcostwo wydawany byłby po narodzeniu dziecka, czyli wtedy, kiedy można wyznaczyć już ustawowy okres koncepcyjny i w jego świetle zweryfikować wnioski, które wynikają z zebranego do tego czasu materiału dowodowego (s. 110). A jak przy tym trafnie zauważa J. Mazurkiewicz, już w ciąży można z pomocą biegłego określić przedział czasowy, w którym doszło do poczęcia (s. 109).

Modyfikacja wrocławskiego projektu, która dopuszcza wydanie orzeczenia ustalającego ojcostwo dopiero po urodzeniu dziecka pozwala uniknąć najpoważniejszego zarzutu, którym jest niemożliwość przeprowadzenia w czasie ciąży badań z krwi (w tym badań genetycznych) na ojcostwo (s. 110). Niemniej jednak – w mojej ocenie – niebawem zarzut ten stanie się pozbawiony znaczenia. W piśmiennictwie medycznym pojawiają się bowiem informacje potwierdzające wiarygodność nieinwazyjnych testów na ojcostwo dziecka poczętego⁹. Tego typu badania oferowane są także w Polsce¹⁰. W odróżnieniu od dotychczas znanych metod ustalania pochodzenia dziecka przed narodzeniem nie wymagają one wykonania biopsji kosmówki lub zabiegu amniopunkcji, które stwarzają ryzyko poronienia (od 1:300 do 1:500)¹¹. W przypadku testów nieinwazyjnych DNA dziecka izolowane jest z krwi obwodowej matki, co sprawia, że w tym aspekcie takie badanie nie różni się niczym od wykonywanego rutynowo w czasie ciąży (i nie tylko wtedy) badania morfologicznego krwi.

Ponadto na marginesie chciałbym zauważyć, iż w niektórych przypadkach stwierdzenie pochodzenia dziecka – co do zasady – nie wymaga nawet przeprowadzania badań genetycznych ani ustalania okresu koncepcyjnego. Wszak art. 85 § 1 k.r.o. po nowelizacji z

⁹ Zob. A. Ryan, J. Baner, Z. Demko, M. Hill, S. Sigurjonsson, M.L. Baird, M. Rabinowitz, Informatics-based, highly accurate, noninvasive prenatal paternity testing, „Genetics in Medicine” 2013, nr 6, s. 473–477. <http://doi.org/10.1038/gim.2012.155> [dostęp 07.02.2017 r.]. Na potrzeby tego badania pobrano krew od 21 kobiet będących między 6 a 21 tygodniem ciąży oraz próbki od biologicznych ojców tych dzieci. W 20 przypadkach ojcostwo zostało prawidłowo potwierdzone. W jednym przypadku krew matki nie posiadała wystarczającej ilości DNA dziecka w związku z czym nie otrzymano wyniku. Ponadto próbki krwi z odpowiednią ilością DNA zostały poddane badaniu na ojcostwo 1.820 losowo wybranych mężczyzn. W 36.382 przypadkach, co stanowi 99,95% wszystkich testów, prawidłowo wykluczono ojcostwo. W 18 przypadkach (0,05%) nie otrzymano wyniku. W żadnym przypadku błędnie nie stwierdzono ani nie wykluczono ojcostwa. Zob. również H. Jiang, Y. Xie, X. Li, H. Ge, Y. Deng, H. Mu, X. Feng, L. Yin, Z. Du, F. Chen, N. He, Noninvasive Prenatal Paternity Testing (NIPAT) through Maternal Plasma DNA Sequencing: A Pilot Study, „PLOS ONE” 2016, <http://doi.org/10.1371/journal.pone.0159385> [dostęp 07.02.2017 r.]. Nieinwazyjne testy na ojcostwo dziecka poczętego przeprowadzane są także w Polsce np. przez Podlaskie Centrum Genetyki LabGen. Zob. <http://laboratoriumgenetyczne.pl/ustalenie-ojcostwa-w-czasie-ciazy/> [dostęp 07.2.2017 r.].

¹⁰ Przeprowadzane są one np. przez Podlaskie Centrum Genetyki LabGen. Zob. <http://laboratoriumgenetyczne.pl/ustalenie-ojcostwa-w-czasie-ciazy/> [dostęp 07.2.2017 r.].

¹¹ Zob. A. Ryan, J. Baner, Z. Demko, M. Hill, S. Sigurjonsson, M.L. Baird, M. Rabinowitz, Informatics-based..., s. 473, gdzie autorzy podają wskazane dane dotyczące ryzyka poronienia.

2015 r. stanowi, iż „Domniemywa się, że ojcem dziecka jest [...] ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji”.

3. Prawne „okno życia”

Postulatem, który ma swoje źródło nie tylko w przekonaniu o człowieczeństwie nienarodzonego, ale – jak sądzę – *mutatis mutandis* również w stanowisku o powstawaniu stosunków filiacyjnych przed narodzeniem, jest propozycja dotycząca adopcji prenatalnej.

Wrocławski projekt w tej kwestii jest roztropny, wyważony i daleki od skrajności: umożliwia prowadzenie postępowania o przysposobienie przed urodzeniem dziecka (wtedy, gdy taka jest wola rodziców); zakłada, iż zgoda na oddanie dziecka do adopcji może być skutecznie wyrażona dopiero po jego narodzinach; określa terminy, w których ta zgoda może być cofnięta; a także nie dopuszcza do wydania orzeczenia o przysposobieniu dziecka znajdującego się jeszcze *in utero* (s. 187).

Propozycja ta zarówno minimalizuje ryzyko podjęcia pochopnej decyzji przez rodziców jak i poszerza zakres prawnej ochrony dziecka. Jak przekonująco wykazuje Autor książki, rozwiązania umożliwiające już w trakcie ciąży prowadzenie postępowania w sprawie o przysposobienie mogą odwozić rodziców „niechcianego” dziecka od zamiaru dokonania aborcji i skłaniać ich do oddania go do adopcji.

Szczegółowe rozważania na ten temat Czytelnik znajdzie w wymownie zatytułowanym fragmencie książki: „Adopcja zamiast aborcji”. Zapoznać się z nim warto, ponieważ poruszone tam problemy, aczkolwiek niezwykle doniosłe, nie cieszyły się dotąd szerszym zainteresowaniem polskich prawników.

Chociaż o adopcji prenatalnej pisali nieliczni, nie oznacza to, że twórcy wrocławskich projektów są w swych ocenach odosobnieni. Wyraz podobnym poglądom dali tacy wybitni uczeni jak B. Walaszek oraz – co było dla mnie, podobnie jak dla Autora książki, niemałym zaskoczeniem – Z. Ziemiński, znany przecież głównie jako teoretyk prawa, etyk i logik (s. 181–183). Ponadto dopuszczalność wyrażenia zgody na przysposobienie dziecka w trakcie ciąży oraz możliwość jej odwołania w ciągu 6 tygodni od urodzenia dziecka przewiduje

prawo węgierskie (s. 198–199). Z moich kwerend wynika zaś, iż podobne rozwiązania znane są również prawu chilijskiemu¹².

4. FAS

Pokażny fragment części VI, przygotowany przez J. Mazurkiewicza wspólnie z B. Bernfeld¹³, poświęcony został problemowi, który częściej dostrzegany jest przez lekarzy aniżeli przez prawników. A mianowicie, zwrócono uwagę tam na to, co w terminologii medycznej zwykło określać się mianem „alkoholowego zespołu płodowego” (ang. *Fetal Alcohol Syndrome*, w skrócie: FAS). Przy czym Autorzy przedstawili nie tylko zagrożenia, jakie dla zdrowia dziecka niesie spożywanie alkoholu przez kobietę w trakcie ciąży, ale również ukazali społeczne i ekonomiczne następstwa FAS. Ponadto, zauważając, iż obowiązujące regulacje nie zawierają instrumentów, które mogłyby tym konsekwencjom skutecznie przeciwdziałać zaprezentowali oni swoje postulaty *de lege ferenda*.

Ponieważ jedynym sposobem uniknięcia FAS jest abstynencja w czasie ciąży (s. 357), nie kwestionując potrzeby indywidualnej i społecznej edukacji, Autorzy zaproponowali wprowadzenie dalej idących rozwiązań, umożliwiających umieszczenie kobiety ciężarnej w zakładzie leczniczym w przypadku, gdy nadużywając alkoholu (a więc spożywając go nieincydentalnie) stwarza ona zagrożenie dla zdrowia dziecka (s. 358–359).

Sądzę, że wobec przedstawionego problemu i propozycji jego rozwiązania nie można przejść obojętnie, dlatego z ubolewaniem przeczytałem podaną w książce informację o tym, że parlamentarzyści nie wykazali najmniejszego zainteresowania przesłanym do nich przez B. Bernfeld i J. Mazurkiewicza opracowaniem poświęconym FAS (s. 370–371). Jednak każda kropla drąży skałę i być może kiedyś w Polsce (tak jak np. w Kolumbii)¹⁴ zostanie dostrzeżona potrzeba pogłębionej refleksji i dyskusji nad tym, jak zapobiegać zdrowotnym, społecznym oraz ekonomicznym skutkom spożywania alkoholu przez kobiety w ciąży.

¹² Zob. art. 10 ustawy nr 19620 o adopcji małoletnich, który dopuszcza wszczęcie postępowania o przysposobienie przed urodzeniem dziecka i uzależnia skuteczność zgody matki na oddanie dziecka do adopcji od potwierdzenia tej zgody w terminie 30 dni od porodu, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084> [dostęp 28.02.2017 r.].

¹³ Zob. „Za młody, by pić”. Naruszanie prawa do życia lub zdrowia dziecka przez pijące alkohol kobiety ciężarne.

¹⁴ W 2010 r. została tam przyjęta ustawa o metodach zapobiegania FAS (*Ley 1385 de 2010 por medio de la cual se establecen acciones para prevenir el síndrome de alcoholismo fetal en los bebés por el consumo de alcohol de las mujeres en estado de embarazo, y se dictan otras disposiciones*) http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1385_2010.html#top [dostęp 28.2.2017 r.].

IV. Zakończenie

Nie sposób na kilku stronach ukazać całe bogactwo przemysłów i projektów zebranych w dziele autorstwa J. Mazurkiewicza. Wybrałem niektóre z nich. Czytelnika mogę zapewnić o tym, że książka skrywa jeszcze wiele frapujących pomysłów, natomiast Autora, że one nie szczepną...

ISBN 978-83-944487-4-5