Nasciturus pro iam nato habetur

O ochronę dziecka poczętego i jego matki

Wrocław 2017

Nasciturus pro iam nato habetur
O ochronę dziecka poczętego i jego matki

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

WROCŁAW 2017

Recenzent

dr hab. Krzysztof Zagrobelny

Wydawca

dr hab. Jacek Mazurkiewicz, prof. nadzw. UWr

Skład

oraz projekt okładek i strony tytułowej

Barbara Bernfeld

ISBN 978-83-944487-3-8

SPIS TREŚCI

Początek jest na początku (zamiast Wstępu) 5

Marek Andrzejewski
Rozważania o prawnej ochronie życia nienarodzonych dzieci (z nawiązaniem do pewnej debaty sprzed lat).....7

Hanna Audzei
About the right to the protection of the unborn child and his mother in Republic of Belarus.....24

Aleksiej W. Barkow
Правовые модели защиты наследственных прав насцитурусов и постумов по законодательству России и стран постсоветского пространства 27

Barbara Bernfeld Jacek Mazurkiewicz
„Za młody, by pić". Naruszanie prawa do życia lub zdrowia dziecka przez pijące alkohol kobiety ciężarne.....36

Jeliena Chlistun
Право зачатого ребенка на жизнь как закон сохранения гармонии в мире и обществе в философии ариизма.....75

Rafał Dubowski
Wrocławski projekt z białostockim akcentem. Sugestie do projektu ochrony dziecka oraz jego matki w sprawach o rozwód 91

Klaudia Koniarek
Europejskie modele konstytucyjnej ochrony życia dziecka poczętego i ochrona jego matki.....96

Krzysztof Kurosz
Środki ochrony nasciturusa przed ryzykowanymi zachowaniami matki w okresie ciąży 104

Jakub M. Łukasiewicz
Problem pokrewieństwa nasciturusa – głos w dyskusji.....134

Rafał Łukasiewicz
Dawstwo zarodków a przysposobienie – zagadnienia wybrane 146

Władimir E. Makoda
Правовой статус зачатого, но еще не родившегося ребенка. Гражданско-правовой аспект 160

Siergiej J. Morozow
Проблемы обеспечения гарантии прав нерожденного ребенка в Российской Федерации....172

Piotr Mostowik
Kwestia zastosowania prywatnoprawnych umów międzynarodowych w sprawach nasciturusa....177

Grażyna Nauka
Aquis Communautaire na temat embrionu ludzkiego (zarodka, *nasciturusa*) a regulacje krajowe....196

Andriej A. Nowikow
Охрана прав отца зачатого ребенка в российском гражданском праве....224

Agnieszka Paluszczak
Nie tędy panie i panowie badacze! O zapomnianej bibliografii prac Jacka Mazurkiewicza poświęconych ochronie dziecka poczętego i jego matki....235

Łukasz B. Pilarz
Ochrona dziecka poczętego a eksperyment medyczny – co trzeba jeszcze poprawić?....246

Jewgienij A. Riabokon
Зачатый ребенок как потенциальный субъект отношений, возникающих при наследственном правопреемстве....258

Ałła A. Sieriebriakowa
Алиментные обязанности супругов и бывших супругов....282

Magdalena Sitek
Prawa nasciturusa przeciwko prawu kobiety do aborcji. Konflikt między aksjologią a przepisami prawa....291

Maria Zaporowska Zofia Zaporowska Jacek Mazurkiewicz
Zanim zajmą się tym znawcy. Świat prenatalny w krzywym zwierciadle języka....303

Addenda....311

Daniel Karkut
O „rodzeniu się prawa" w wirtualnych światach gier komputerowych. Rzecz o zakresie obowiązywania prawa w grach komputerowych....312

Początek jest na początku
(zamiast Wstępu)

To było bez mała czterdzieści lat temu. Kilka dni po obronie rozprawy doktorskiej poświęconej sytuacji nasciturusa w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jeden z profesorów zagadnął mnie o definicję ludzkiego życia. Z tego, co pamiętam, odpowiedziałem mniej więcej tak:

Życie jest niepojętym, nie do opisania zjawiskiem. Musiałbym być niezdrów na umyśle, aby podjąć próbę jego zdefiniowania. Wiem jednak, że posiada, dopóki istnieje, cechę kontinuum. To, że żyjemy oznacza, że od najmniej setek tysięcy lat życie, które jest w nas, nigdy nie ustało, choć prawie wszyscy nasi przodkowie wymarli. A osobnicze życie? Życie tylko pana i tylko moje? Ono rozpoczęło się oczywiście na początku naszego życia. To nie jest blef z mojej strony. Nie znam żadnej innej chwili, którą można tu wskazać niż chwila poczęcia.

Byłem wówczas niewierzącym, ale dzisiaj nie musiałbym do tej wypowiedzi czegokolwiek dodawać. Jasne też było i jest dla mnie, że życie człowieka winno być chronione od początku do końca.

Zapewne setki razy wysłuchiwałem albo czytałem argumenty tych, którzy uważali, że życie nienarodzonego człowieka wolno unicestwić, choć zawsze nazywali to posługując się różnorakimi eufemizmami. Pod koniec własnego życia jestem ich twierdzeniami już tylko znużony. Żadnego z ich uzasadnień nigdy nie uznałem za usprawiedliwione. Tak jak nigdy nie dopuściłbym, aby zabijano urodzonego człowieka z powodu jego niepełnosprawności czy poczęcia wskutek gwałtu. Nawet w takiej, przecież dla ojca czworga dzieci, który z nimi przemierzał pustynie i oceany, wcale niewyimaginowanej sytuacji, gdy trzeba byłoby wybierać między życiem Marysi, Zosi, Piotrka, Janka a własnym. Wcale z tego nie wynika, że jestem bohaterem. Przeciwnie, przemawia przez mnie także egoizm. Życie z traumą „życia kosztem życia własnego dziecka” wydaje mi się psychicznie nie do udźwignięcia.

* * *

Organizując konferencję „*Nasciturus pro iam nato habetur*…” zabiegałem, aby skupiła badaczy prawa, którzy tak czy inaczej oddani są lub bliscy idei ochrony dziecka poczętego i jego brzemiennej matki. Nie do końca udało się. Ale jeśli Pan Bóg z tym (i nie tylko z tym) wytrzymuje, dopóki nam – jak śpiewał Bułat Okudżawa – „ziemia kręci się”, cóż mnie narzekać, tym bardziej sobaczyć. Zwłaszcza, że potem, podczas powstawania tej książki, tak się złożyło bez czyjejkolwiek zasługi, że chyba nie jest ona miejscem etycznego rozdarcia, niekonsekwencji.

* * *

Nie powstałaby ta monografia, gdyby nie żmudna praca Basi Bernfeld.

Wydajemy ją i w świat puszczamy bez grosza dotacji. Ma to 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 edycją 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 Basię i mnie.

Jacek Mazurkiewicz

Marek Andrzejewski[1]

Rozważania o prawnej ochronie życia nienarodzonych dzieci (z nawiązaniem do pewnej debaty sprzed lat)

I. Uwagi wstępne.

1. Wypowiedź dotycząca prawa, które w optymalny sposób realizowałoby ochronę dzieci nienarodzonych i ich matek merytorycznie i objętościowo przerastają możliwości nawet kilkuosobowego zespołu. Sama tylko kwestia ochrony interesów cywilnoprawnych dziecka nienarodzonego mieści w sobie wątki, którymi dałoby się wypełnić wiele konferencji naukowych i dziesiątki uczonych publikacji. Tytułem przykładu można wskazać chociażby na spór (wcale nie najbardziej emocjonujący) o dopuszczalności stosowania kategorii władzy rodzicielskiej dla opisu relacji rodziców (zwłaszcza matki) z nienarodzonym dzieckiem[2]. Zagadnienie stawiane jest ze stanowczością godną jego rangi, choć wielu autorów wątpi w zasadność takiej klasyfikacji, a niektórzy w ogóle tego problemu nie dostrzegają. Warto też wskazać na doniosłość badań dotyczących sztucznych metod wspierania prokreacji[3], w tym na spór dotyczący fundamentalnych kwestii statusu etycznego, ontologicznego, a także prawnego zarodka ludzkiego[4].

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

[2] Zobacz np. w: J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 111-182 i podana tam literatura.

[3] Zob. np.: T. Smyczyński, Aksjologiczne podstawy dopuszczalności wspomaganej prokreacji ludzkiej, Forum Iuridicum 2004, Nr 3, s. 7-25; Dzieci Boże z probówki. Chrześcijanie wobec in vitro – Temat miesiąca, w: „Miesięcznik Znak" 2008, Nr 4/635, s. 19-118; M. Soniewicka, Prokreacja medycznie wspomagana, w: J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, Paradoksy bioetyki prawniczej, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 82-112; J. Różyńska, Etyka i wspomagana prokreacja, w: J. Różyńska, W. Chańska, Bioetyka, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 327-344.

[4] Zob. np.: T. Ślipko SJ, Bioetyka. Najważniejsze problemy, Wydawnictwo Petrus, Kraków 2009, s. 169-236; L. Bosek, M. Królikowski (red.), Współczesne wyzwania biomedyczne, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010.

Osobnym zagadnieniem są prawne aspekty edukacji społeczeństwa w kwestii życia nienarodzonych i zapewnienia im ochrony zdrowia w fazie prenatalnej, a także krzewienia wiedzy na temat sytuacji zdrowotnej kobiet ciężarnych. Szczególne znaczenie przypisać należy potrzebie pogłębionej refleksji wokół edukacji seksualnej dzieci w wieku szkolnym (oby roztropnej, a nie jedynie stymulującej ku aktywności seksualnej bez uwzględnienia odpowiedzialności za siebie, partnera, dziecko[5]).

Z kolei stosunkowo nowa wiedza o etiologii i skutkach syndromu FAS nakazuje z najwyższą troską podchodzić do ochrony (w tym prawnej) nienarodzonego dziecka żyjącego w łonie matki pijącej alkohol[6].

Można kontynuować katalog pól badawczych będących płaszczyzną debaty o nienarodzonych dzieciach i ich matkach toczonej przez przedstawicieli rozmaitych dziedzin nauki. Są wśród nich lekarze różnych medycznych dyscyplin, biologowie, psychologowie, pedagodzy[7], znawcy marketingu i zarządzania (służbą zdrowia, oświatą), prawnicy podejmujący badania na gruncie rozmaitych gałęzi i działów prawa, a także przedstawiciele wielu innych dziedzin wiedzy.

2. Ta wypowiedź dotyczy sporów toczonych wokół najbardziej podstawowego spośród zagadnień dotyczących nienarodzonych dzieci, jakim jest prawna ochrona ich życia. Mimo, że jest to problem wyboru pomiędzy życiem a śmiercią, z czym wiąże się – mogłoby się wydawać, że naturalne – oczekiwanie zwycięstwa postawy opowiadającej się za życiem, to jednak formułowane są opinie względem siebie przeciwstawne. W debacie o życiu tych dzieci głoszona jest bowiem zarówno konieczność zapewnienia im pełnej, pozbawionej jakichkolwiek wyjątków, ochrony, a co się z tym wiąże ustanowienia całkowitego, pozbawionego jakichkolwiek wyjątków, zakazu dokonywania aborcji, jak i pogląd o potrzebie zapewnienia pełnej swobody dla ich zabijania. Ostatnimi czasy ten drugi nurt myślenia objął również te nienarodzone dzieci, które mogłyby samodzielnie żyć, gdyby im na to pozwolono. W przestrzeni publicznej wybrzmiał w Polsce jesienią 2016 r. (nagłośniony w

[5] O meandrach edukacji seksualnej szeroko w: G. Kuby, Globalna rewolucja seksualna. Likwidacja wolności w imię wolności, Wydawnictwo Homo Dei, Kraków 2013.

[6] Zobacz na ten temat m.in. w: M. Banach, J. Matejek, W trosce o zdrowie dziecka i twoje: Płodowy Zespół Alkoholowy (FAS), wyd. 2., Wydawnictwo Scriptum, Kraków 2016, ss. 232; M. Banach (red.), Alkoholowy zespół płodu – teoria, diagnoza, praktyka, WAM, Kraków 2011; M. Klecka: Rozwój diagnostyki poalkoholowego spektrum zaburzeń rozwojowych – przegląd narzędzi diagnostycznych, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna", 2010, Nr 4.

[7] A. I. Brzezińska, K. Appelt, B. Ziółkowska, Psychologia rozwoju człowieka, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Sopot 2016, s. 123-160; D. Kornas-Biela, Pedagogika prenatalna. Nowy obszar nauk o wychowaniu, Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2009; tejże: Z zagadnień psychologii prenatalnej, w: J.W. Gałkowski, J. Gdula (red.), W imieniu dziecka poczętego, Rzym-Lublin 1988, s. 25-51.

mediach i omawiany afirmatywnie) postulat wprowadzenia regulacji prawnych dopuszczających dokonywanie aborcji na życzenie, czyli bez potrzeby wykazywania jakichkolwiek powodów, które miałyby ten czyn uzasadniać. Jest to żądanie stworzenia prawa pozwalającego zabijać określoną grupę ludzi bez jakiejkolwiek przyczyny[8].

W schizofrenicznej rzeczywistości prowadzone są kosztowne badania nad sposobami ochrony życia nienarodzonych (rozwija się medycyna prenatalna, a także psychologia[9] i pedagogika tego okresu, poszukuje się właściwych form wspierania samotnych matek itp.), a równolegle funkcjonuje dochodowy aborcyjny biznes i tworzone są programy rozwiązywania problemów demograficznych w drodze masowego zabijania nienarodzonych dzieci[10].

3. Kiedy byłem nastolatkiem oglądałem niemiecki film o pierwszych dziewięciu miesiącach życia człowieka. Było to w połowie lat 70-tych ubiegłego wieku. Nie pamiętam jego tytułu. Zapadł on w pamięć wielu osobom, które dorastały w tym samym czasie co ja, gdyż był jedną z pierwszych produkcji pokazujących to, o czym opowiadali znający temat przedstawiciele nauk empirycznych. Tacy jak ja mogli im co prawda uwierzyć na słowo, ale przecież wiadomo, że łatwiej jest uwierzyć temu, kto zobaczył. Siła oddziaływania tego filmu polegała również na tym, że krążył on po Polsce w niewielkiej ilości kopii i wyświetlany był nieoficjalnie. Władze, w tym administracja oświatowa, go nie lubiły, albowiem ukazywał życie człowieka od jego początków i niósł przesłanie sprzeczne z beztroskim oficjalnym przekazem na temat aborcji, jako zabiegu nieomal kosmetycznym.

Pomyślałem wtedy, że jeśli kiedyś zniesiona zostanie cenzura, to znikną ograniczenia nie tylko dla debatowania o polityce, ale i dla oglądania filmów o rozwoju dziecka w łonie matki. Wtedy spory dotyczące dopuszczalności aborcji znikną, gdyż dyskusja na ten temat stanie się bezprzedmiotowa. Wszak ci, którzy odmawiają dziecku poczętemu człowieczeństwa, a aborcję trywializują, zawstydzeni zamilkną. W młodzieńczej naiwności nie doceniłem siły ludzkiego egoizmu i potęgi zakłamania, które sprawiły, że to, co Jan Paweł II nazwał cywilizacją śmierci, unicestwi miliony nienarodzonych pomimo tego, że podobnych

[8] Wśród osób, które milczały w obliczu tego przejawu nienawiści i radykalnego postulatu wprowadzenia uregulowań prowadzących do eksterminacji dzieci, sprzeniewierzając się swej prawnej i społecznej misji, był Marek Michalak, Rzecznik Praw Dziecka, który – niezależnie od osobistych poglądów - ma ustawowy obowiązek ochrony praw dzieci od momentu poczęcia.

[9] Studenci prawa i pedagogiki, z którymi mam zajęcia nieodmiennie są jednak zaskoczeni, kiedy informuję kolejne roczniki, że istnieje np. Polskie Towarzystwo Psychologii i Medycyny Prenatalnej i Perinatalnej, w którym to stowarzyszeniu działają profesjonaliści często z tytułami naukowymi. Ciekawe jest to, że nie budzi zaskoczenia udział w tego typu przedsięwzięciach medyków, natomiast aspekt psychologiczny wywołuje zaciekawienie, a czasem zdziwienie.

[10] Mam na myśli deklaracje przyjęte na konferencji Organizacji Narodów Zjednoczonych zorganizowanej w Kairze (1994) i na Czwartej Światowej Konferencji ONZ w sprawie Kobiet - Pekin (1995).

filmów nakręcono później bez liku i od lat o każdej porze można oglądać rozwój dziecka od poczęcia do narodzin. Owa cywilizacja rozwija się korzystając ze wsparcia potężnego biznesu aborcyjnego, a swoją cząstkę do myślowego zamętu dokładają filozofowie, politycy, dziennikarze, prawnicy i przedstawicieli wielu innych dyscyplin naukowych i profesji. Jednym ze skutków hipokryzji postmodernistycznie uprawianej nauki jest to, że teza o dopuszczalności zabijania ludzi wypowiadana jest w kontekście promowania… praw człowieka, zwłaszcza tzw. praw reprodukcyjnych[11]. Jednym z ostatnich semantycznych „osiągnięć" na tym polu jest sformułowanie „aborcja postnatalna"[12], wymyślone dla opisu zabicia dziecka po urodzeniu. Prawo dopuszczające zabijanie nienarodzonych jest dla wielu jednym z kryteriów wolności i warunkiem koniecznym określenia danego państwa, jako liberalne…

II. „Votum separatum"

1. Przed wyborami parlamentarnymi, jakie odbyły się w czerwcu 1989 r., rzecznik ówczesnego komunistycznego rządu wprowadził do przedwyborczej debaty pytanie o stosunek kandydatów do zagadnienia dopuszczalności przerywania ciąży. Jest to jedna z tych kwestii, które pozwalają na łatwe klasyfikowanie (żeby nie powiedzieć etykietowanie) kandydatów. Doraźny kontekst powoduje jednak spłycanie wypowiedzi dotyczących głębokiego problemu. W Polsce doszło wówczas do takiej przedwyborczej debaty po raz pierwszy i przyniosła ona efekt odpowiadający stanowi dojrzałości naszej ówczesnej demokracji. W wypowiedzi popierającej stosowanie sankcji karnej dla kobiet, które dokonały aborcji, przytaczano z trybuny sejmowej pointę smutnego dowcipu politycznego z lat 50-tych: „Rok nie wyrok, dwa lata jak dla brata", na co druga strona odpowiadała manifestami o eksterytorialności i autonomii kobiecego brzucha. W 2016 r. można było zadumać się nad aktualnym stanem demokracji i dojrzałości społeczeństwa do debaty o nienarodzonych – było znów tak prymitywnie, jak wtedy…

[11] „Podstawą praw reprodukcyjnych jest uznanie podstawowego prawa wszystkich par i jednostek do decydowania swobodnie i odpowiedzialnie o liczbie, odstępach czasowych i momencie sprowadzenia na świat dzieci, prawa do informacji, dostępu do środków, które to zapewniają, a także prawa do utrzymania najwyższego standardu zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego. Te prawa implikują również prawo wszystkich do podejmowania decyzji dotyczących ich reprodukcji w sposób wolny od dyskryminacji, przymusu i przemocy" – za: Programme of action of the International Conference on Population and Development, Cairo, 1994. New York: United Nations; 1995: paragrafy 7.2-7.3.

[12] Zobacz w: A. Giubilni, F. Minerva, After-birth abortion: Why should the baby live?, "Journal of Medical Ethics" (opublikowany on-line 23 lutego 2012).

2. Stroną tamtego i kolejnych sporów o treść prawa dotyczącego nienarodzonych był Kościół katolicki[13], który niezmiennie opowiada się za pełną ochroną życia od poczęcia do naturalnej śmierci i wielokrotnie oficjalnie krytykował obowiązującą wówczas ustawę z 27.04.1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[14]. Dla kościelnych instytucji, a także dla osób znaczących wśród księży i polityków deklarujących katolicyzm, wspólne w 1989 r. było odrzucenie jakiejkolwiek możliwości ustawowego dopuszczenia przerwania ciąży. Postulowano zapewnienie tej ochrony przez użycie instrumentów z zakresu prawa karnego, także w stosunku do kobiet, które poddały się aborcji. Od wprowadzenia takiej regulacji wielu uzależniało uznanie prawnej ochrony życia nienarodzonych za należytą[15].

W maju 1990 r. opublikowałem na łamach „Tygodnika Powszechnego" – szanowanego wówczas pisma katolickiego[16] – artykułu pt. „Votum separatum. O prawnych aspektach ochrony dziecka poczętego"[17]. Chciałem wypowiedzieć się w ramach Kościoła, do którego należę. Żywiłem przekonanie o potrzebie zanegowania idei karania kobiet, które poddały się aborcji i o konieczności poszukiwania innych prawnych sposobów na przeciwdziałanie zabijaniu nienarodzonych dzieci. Miałem wątpliwość, czy w sprawie życia i śmierci nienarodzonych, prawo może zignorować różnice poglądów w pluralistycznym społeczeństwie i należy przyjąć pryncypialne, jednoznaczne uregulowania ustanawiające całkowity zakaz aborcji pod groźbą sankcji karnej za ten czyn orzekanej również w stosunku do kobiety, która podda się aborcji. Wśród wielu wątpliwości była i ta, że żywot regulacji prawnych bywa krótki i forsując je należy baczyć by nie doprowadzić do zbytniej mobilizacji przeciwników ochrony życia, którzy – po odzyskaniu władzy przez lewicę (co zresztą nastąpiło wcześniej niż można było się spodziewać, bo już w 1993 roku) – przywrócą ustawodawstwo na wzór ustawy aborcyjnej z 1956 roku i złych regulacji dominujących w krajach naszego kręgu kulturowego.

Wiedząc, że postrzeganie przeze mnie omawianego problemu stało w opozycji do tez głoszonych wówczas przez hierarchów, a nade wszystko przez wielu polityków deklarujących katolicyzm, tytułem tekstu uczyniłem łacińskie sformułowanie votum separatum (głos odrębny) - szanując życie nienarodzonych opowiadałem się za jego ochroną, jednakże w inny sposób niż oni. Nie sprzeciwiałem się nauczaniu Kościoła (to nie to samo, co kwestionowanie

[13] Zobacz np. w: J. Gowin, Kościół w czasach wolności 1989-1999, SIW ZNAK, Kraków 2002.

[14] Dziennik Ustaw 1956, Nr 12, poz. 61.

[15] Zobacz np. publicystykę ks. J. Tischnera na łamach „Tygodnika Powszechnego" z tamtego okresu, czy też ks. P. Buxakowskiego i wielu innych.

[16] Od jakiegoś czasu - nie bez przyczyny - wielu wątpi w zasadność klasyfikowania go przy użycie tego przymiotnika.

[17] „Tygodnik Powszechny" z 1990, Nr 18.

wypowiedzi poszczególnych hierarchów, a czasem też nawet papieża), skoro istotą artykułu było poszukiwanie optymalnej formuły prawnej dla zapewnienia ochrony życia. Aby nie dać pretekstu do przypisywania mi relatywizmu etycznego w postrzeganiu ochrony życia nienarodzonych, wypowiedź rozpocząłem od deklaracji, że „przerywanie ciąży jest celowym przerwaniem życia, a więc zabójstwem /…/". Przyszło mi to bez trudu albowiem tak właśnie uważałem i uważam. Wyraziłem w tym tekście pogląd, że:

„Zgoda, co do tych i innych twierdzeń dotyczących dzieci poczętych, formułowanych przez biologów, lekarzy, filozofów czy teologów, nie implikuje bynajmniej jakiegoś określonego stanowiska w kwestii sposobu ukształtowania odpowiednich instytucji prawnych. Stwarzanie w prasie katolickiej iluzji, że kwestia ta może być rozwiązana tylko w jeden – 'jedynie słuszny' – sposób szkodzi rzetelności dyskusji na temat potrzeby regulacji prawnej niektórych zagadnień związanych z ochroną nienarodzonych, możliwych metod tej regulacji oraz ich praktycznych konsekwencji".

3. Dylematy związane z przyjęciem takiej czy innej koncepcji prawnej ochrony życia dzieci poczętych, albo - formułując myśl od odwrotnej strony – prawnej dopuszczalności aborcji, są stale przywoływane w opracowaniach ukazujących relacje pomiędzy prawem a moralnością[18], między nakazem moralnym (poszanowania życia), a prawnym oddziaływaniem w kierunku realizacji danej moralnej normy. Ze świadomością znajdowania się w ważkim nurcie problemów prawno-etycznych stwierdziłem, że:

„/…/ na zgodność prawa z daną doktryną moralną można spojrzeć dwojako. Albo tak formułując przepisy prawa, aby wypowiadały wprost normy kodeksu moralnego danej doktryny, albo też formułując je tak, aby nawet bez osiągnięcia właściwej dla pierwszego wariantu werbalnej zgodności, ich obowiązywanie w sposób możliwie skuteczny, stymulowało wzrost w społeczeństwie liczby zachowań pozytywnie ocenianych z punktu widzenia tej doktryny /…/ nie jest bowiem sztuką 'przetłumaczenie' przykazań, encyklik, adhortacji, na język przepisów prawnych, lecz sztuką jest takie ukształtowanie przepisów, by stymulowały one zachowania nastawione na realizacje określonych tam norm moralnych /…/.

[18] Zob. np.: D. Bunikowski, Podstawowe kwestie dotyczące ingerencji prawa w sferę moralności, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2010, zwłaszcza s. 171-210; A. Przyłuska-Fiszer, Etyka i przerywanie ciąży, w: J. Różyńska, W. Chańska, Bioetyka (red.), Bioetyka, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 311-326; A. Chmielewski, Czy aborcja jest niemoralna? w: B. Czech (red.), Małżeństwo w prawie świeckim i w prawie kanonicznym. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 12-13 maja 1994 roku w Katowicach, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości Ośrodek Terenowy przy Sądzie Wojewódzkim w Katowicach, Katowice 1996, s. 389-02; T. Ślipko SJ, Dyskusja czy walka z wiatrakami? Uwagi na marginesie artykułu Adama Chmielewskiego 'Czy aborcja jest niemoralna'?, tamże, s. 403-412; W. Galewicz (red.), Początki życia ludzkiego, Antologia Bioetyki tom 2., Uniwersitas, Kraków 2010, zwłaszcza teksty pomieszczone na s. 135-240.

Nie chodzi wszak o zawarcie ustawowego zakazu dokonywania aborcji i określenie kary za jej dokonanie (a więc o brzmienie przepisów) lecz o to, aby zmniejszyć liczbę zabijanych nienarodzonych dzieci (a więc o zmianę praktyki społecznej)".

W toczącym się wówczas sporze przytoczony cytat ten był polemiką z poglądem o potrzebie całkowitego zakazu dokonywania aborcji pod rygorem sankcji karnej dla kobiety, które to rozwiązanie uważałem za przeciwskuteczne. Prakseologiczna sprzeczność norm prawnych zawartych w treści promowanych projektów[19] przejawiała się w tym, że wraz z deklarowanym zamiarem ochrony życia nienarodzonych, wypowiadano groźbę ukarania więzieniem ich matek. Taka regulacja sprawiłaby, że kobiety osamotnione i pozbawione wsparcia mężów, partnerów, rodziców, innych osób bliskich, a zmagające się z dylematem, czy urodzić dziecko, unikałyby kontaktu z katolickimi poradniami rodzinnymi, w których mogłyby i powinny otrzymać wsparcie. Lęk przed denuncjacją, w przypadku podjęcia decyzji o aborcji, byłby trudną do przezwyciężenia przeszkodą. Powstałaby sytuacja, w której chcący pomagać pozbawiliby się możliwości nawiązania relacji z potencjalnymi beneficjentami wsparcia...

W tle tej argumentacji była empatia dla kobiety stojącej przed tragicznym dylematem, której należałoby pomóc w podjęciu decyzji o urodzeniu dziecka, by potem ewentualnie wyraziła zgodę na jego przysposobienie lub podjęła trud rodzicielstwa, ale w żadnym wypadku nie godziła się na jego zabicie[20]. Dlatego tworzenie prawa nasyconego przesłaniem etycznym w sposób nazbyt dosłowny (np. uczyniłeś zło, a więc musisz ponieść karę), prowadziłoby do uproszczeń i mogłoby generować krzywdę. Rolą prawa w tym zakresie powinno być bowiem nakłanianie adresatów norm, którzy znajdują się w trudnych sytuacjach, do dokonywania dobrych etycznie wyborów. A, że tworzenie takich regulacji było w ówczesnej Polsce możliwe, tego dowodzi przyjęta w 1993 r. ustawa, w której połączono stanowczość nakazu ochrony życia z roztropnością przejawiającą się zwłaszcza w przepisach dotyczących edukacji i wspierania kobiet w ciąży.

[19] Na temat pożądanej spójności prakseologicznej systemu norm prawnych zob. w: Z. Ziembiński, Problemy podstawowe prawoznawstwa, PWN, Warszawa 1980, s. 218-225.

[20] O nadzwyczajnej skuteczności pomagania autor mógł się dowiedzieć współpracując ze zmarłą przedwcześnie Małgorzatą Neugebauer, która wspierała osamotnione ciężarne kobiety zgłaszające się do ośrodka adopcyjnego z zamiarem oddania dziecka do po urodzeniu do adopcji. Część z nich nosiła się z zamiarem dokonania aborcji, co jest o tyle znamienne, że ośrodek miał charakter chrześcijański. Ona pomagała im w podjęciu i wykonaniu decyzji o chronieniu dziecka. Rzecz ciekawa, na około setkę kobiet, którym pomagała, dwie trzecie po urodzeniu odstąpiło od decyzji o oddaniu dziecka do adopcji i podjęło trud ich wychowania. Zobacz w: Oddawanie dzieci do adopcji - z M. Neugebauer rozmawia A. Fedorczyk, „Wysokie Obcasy" z 23.12.2000 http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,53663,79135.html?disableRedirects=true

Wątpliwości odnośnie do penalizacji zachowania kobiety, która poddała się aborcji, skłaniają do tworzenia bardziej perswazyjnego (a nie wyłącznie twardego) prawa również z powodu istniejącej już wtedy swobody wyjeżdżania obywateli Polski za granicę i powszechnej wiedzy o pełnej dostępności usług ginekologicznych zarówno we wszystkich krajach, z którymi Polska graniczy, jak i w wielu innych niewiele bardziej odległych.

4. Po opublikowaniu artykułu do redakcji napłynęło wiele listów, w których zarzucano mi, że skoro jestem przeciwko karaniu kobiet za dokonanie aborcji, to znaczy, że aborcję aprobuję. Jedynie nieliczni poprzestawali na zarzucie naiwności. W odpowiedzi na tę korespondencję przedstawiłem wyniki badań dotykających różnych obszarów nauki, w tym zwłaszcza demografii, która obok aksjologii – tak mnie nauczono – powinna być punktem wyjścia dla kreowania rozwiązań problemów społecznych. Statystyki za lata powojenne (do roku 1990) nakazywały ostrożność w formułowaniu tezy o prostej zależności między liczbą przeprowadzanych aborcji, a taką czy inną regulacją prawną na temat jej dopuszczalności[21]. W szczególności trudno było bronić tezy, że im prawo jest bardziej restrykcyjne, tym mniej jest dokonywanych aborcji i na odwrót. Nadzwyczajne procesy społeczne, jakie nastąpiły po 1990 roku (nadumieralność mężczyzn w wieku produkcyjnym, powszechna, łatwa dostępność do środków antykoncepcyjnych i wczesnoporonnych, odkładanie decyzji prokreacyjnych ze względu na brak stabilności życiowej, migracje, w tym zagraniczne i wiele innych) w jeszcze wyższym stopniu czynią współcześnie niemożliwym mocne stawianie tezy, że treść prawa jest decydującym czynnikiem w podejmowaniu decyzji o dokonaniu aborcji[22].

Redakcja nie publikowała mojej polemiki. Dowiedziałem się, że po ogłoszeniu „Votum separatum", Tygodnik Powszechny dostał z krakowskiej kurii arcybiskupiej zakaz publikowaniu tekstów podpisanych moim nazwiskiem, a ksiądz Andrzej Bardecki, który jako asystent kościelny czasopisma odpowiadał za zgodność publikowanych treści z nauką Kościoła, opowiadał mi, że za publikację mojego tekstu tłumaczył się w …Watykanie. Nie wspominam tego z dumą, lecz z zadumą. I ze smutkiem, rzecz jasna.

[21] Dane statystyczne uzasadniające tę rezerwę zob. w: ks. T. Makowski, W obronie życia nienarodzonych, „Chrześcijanin w świecie" 1977, Nr 5, s. 62-93.

[22] Wtedy też zetknąłem się z analizami zmierzającymi do oszacowania skali dokonywania aborcji w Polsce. Wedle ostrożnych szacunkowych danych dokonywano ich około 450 tys. rocznie (na około 520-630 tys. urodzeń żywych). Podaję tę liczbę przy wielu okazjach i zawsze robi ogromne wrażenie. Ks. L. Dyczewski, Los dziecka poczętego, w: J.W. Gałkowski, J. Gdula (red.), W imieniu dziecka poczętego, Rzym-Lublin 1988, s. 99-128. Współcześnie, czyli w dobie m.in. upowszechnienia antykoncepcji, nie można szacować liczby aborcji na podobnym poziomie.

Po śmierci Jerzego Turowicza, dowiedziałem się jeszcze i tego, że od czasu publikacji mojego tekstu spotykał się On z zarzutami o popieranie aborcji[23]. Absurd tego zarzutu, który J. Turowicza mocno dotknął, jest równy rozmiarowi złej woli tych, którzy go formułowali pomimo deklaracji złożonej na początku artykułu, że aborcję uważam za zabicie człowieka, a moim celem jest poszukiwanie rozwiązań prawnych zmierzających do możliwie najpełniejszej ochrony życia nienarodzonych...

III. Stanowisko polskiego prawa, stanowisko Kościoła katolickiego

1. W kwestii ochrony życia nienarodzonych obowiązuje w Polsce ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[24]. Zawarto w niej uregulowania o charakterze socjalnym, edukacyjnym oraz medycznym dotyczące zagadnień wskazanych w jej tytule, a także przepisy zmieniające szereg aktów prawnych, w tym Kodeks karny, do którego wprowadzono zakaz dokonywania aborcji wyjąwszy trzy wyjątkowe sytuacje, kiedy to ciąża stanowiła zagrożenie dla życia lub poważne zagrożenie dla zdrowia matki, gdy śmierć dziecka poczętego nastąpiła wskutek działań podjętych dla ratowania życia matki albo dla przeciwdziałania poważnemu uszczerbkowi na zdrowiu matki, gdy badania prenatalne wskazują na ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu, a także kiedy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. To uregulowanie przyjęło się określać polskim kompromisem aborcyjnym. Jako kompromisowe zostało ono odrzucone przez zwolenników swobody dokonywania aborcji, czyli lewą stronę sceny politycznej, oraz przez kilku równie pryncypialnych posłów katolickich opowiadających się za bezwzględnym zakazem aborcji, którzy twierdzili, że nie mogą poprzeć ustawy - wyrastającej, co prawda, z myślenia pro life i zapewniającej daleko idącą ochronę życia nienarodzonych – skoro wskazano w niej wyjątkowe sytuacje pozwalające na dokonanie legalnej aborcji.

W rozważaniach o prawie dotyczącym ochrony życia dzieci nienarodzonych warto zwrócić uwagę na uchwaloną w 1989 r. Konwencję ONZ o Prawach Dziecka, którą Polska ratyfikowała w 1991 r.[25], przez co została ona włączona do polskiego systemu prawa (art. 87 Konstytucji RP). W jej preambule znajduje się stwierdzenie, że celem Konwencji jest

[23] W. Bereś, K. Brunetko, J. Podsudecka, Krąg Turowicza. Tygodnik, czasy, ludzie. 1945-1999, Fundacja Świat Ma Sens, Limanowa-Kraków, s. 621; W.M. Kolasa, „Tygodnik Powszechny" w nowej rzeczywistości (1989-1999), w: Kraków-Lwów, tom 5, Kraków 2001, s. 689-708.

[24] Dziennik Ustaw 1993, Nr 17, poz. 78 ze zmianami. Szerzej np. w: J. Znamierowski, Dzieje prawa aborcyjnego w Trzeciej Rzeczypospolitej część II, lata 1993–2012, „Prawo i Medycyna" 2012, Nr 3-4 (48/49).

[25] Dziennik Ustaw 1991, Nr 120, poz. 526 ze zm.

„ochrona praw dziecka zarówno przed jak i po urodzeniu". Rzadko można spotkać się z tak jednoznacznym nazwaniem osoby w fazie prenatalnej. Nie pojawia się tam słowo „płód", ani „ciąża", lecz „dziecko", a więc mowa jest ponad wszelką wątpliwość o człowieku. Jest to godne podkreślenia zważywszy na stan świadomości dominujący w Organizacji Narodów Zjednoczonych, która propaguje aborcję traktując zabijanie dzieci, jako instrumentu kontroli urodzin.

Przed wejściem w życie Konstytucji RP uchwalonej 2 kwietnia 1997 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że nie jest zgodna z Konstytucją (tzw. małą) przeprowadzona w 1996 r. zmiana wspomnianej ustawy z 7 stycznia 1993 r., która wprowadzała dopuszczalność dokonywania aborcji na życzenie kobiety[26]. „Na życzenie" albowiem tzw. przesłanka społeczna pozwalająca dokonać tego czynu była w istocie raczej pretekstem niż przesłanką, skoro nie podano kryteriów oceny sytuacji kobiety, która żądała dokonania aborcji z owych społecznych względów.

2. Omawiając debatę o prawnej ochronie życia nienarodzonych przez pryzmat wypowiedzi członków Kościoła katolickiego, należy wskazać na treść dokumentu, który dla tej kwestii ma znaczenie szczególne, a więc na twardą w wymowie encyklikę Jana Pawła II „Evangelium vitae"[27]. W tym wielowątkowym tekście napisano, że ochrona życia nienarodzonych jest zadaniem spoczywającym przede wszystkim na osobach odpowiedzialnych za sprawy publiczne, gdyż mają one „obowiązek opowiadać się odważnie po stronie życia, zwłaszcza w sferze rozporządzeń prawnych".

Papież wskazał na osobistą ich odpowiedzialność za ewentualne decyzje sprzeczne z prawdziwym dobrem wspólnym ponoszoną przed Bogiem, własnym sumieniem i całym społeczeństwem, której nie umniejsza uczestniczenie w strukturach demokratycznych formułujących zdania i decyzje w drodze głosowań. Z punktu widzenia tematu tego artykułu ważnym fragmentem encykliki są treści skierowane wprost do polityków, jako twórców prawa. Ten dość długi cytat przytaczam wiernie:

„Choć prawa nie są jedynym narzędziem obrony ludzkiego życia, odgrywają rolę bardzo ważną, a czasem decydującą w procesie kształtowania określonej mentalności i obyczaju.

Powtarzam raz jeszcze, że ustawa łamiąca naturalne prawo niewinnego człowieka do życia jest niesprawiedliwa i jako taka nie może mieć mocy prawnej. Dlatego stanowczo

[26] Orzeczenia z dnia 28 maja 1997 r. Sygn. akt K. 26/96, OTK 1997, Nr 2, poz. 19.

[27] „Evangelium Vitæ" (łac. Ewangelia życia) – encyklika papieża Jana Pawła II o wartości i nienaruszalności życia ludzkiego, ogłoszona 25.03.1995 r.

ponawiam swój apel do wszystkich polityków, aby nie wprowadzali ustaw, które nie uznają godności osoby i tym samym zagrażają samym korzeniom społecznego współżycia.

Kościół wie, że w kontekście pluralistycznych demokracji, w których współistnieją silne nurty kulturowe o różnej orientacji, trudno jest zapewnić życiu skuteczną ochronę prawną. Jest jednak przekonany, że głos moralnej prawdy rozbrzmiewa w głębi każdego sumienia, i dlatego zachęca polityków, przede wszystkim chrześcijańskich, aby nie poddawali się zniechęceniu i podejmowali decyzje, które uwzględniając konkretne możliwości, prowadzą do przywrócenia właściwego ładu poprzez uznanie i promocję wartości życia. W tym kontekście należy podkreślić, że nie wystarczy zniesienie niegodziwych praw. Należy usunąć przyczyny, które sprzyjają zamachom na życie, przede wszystkim przez zapewnienie należytej pomocy rodzinie i macierzyństwu: polityka rodzinna musi być filarem i motorem wszelkiej polityki społecznej. Dlatego należy podejmować działania społeczne i prawodawcze zdolne zapewnić warunki autentycznej wolności w podejmowaniu decyzji dotyczących ojcostwa i macierzyństwa; konieczne jest też oparcie na nowych zasadach polityki w sferze pracy, rozwoju miast, budownictwa mieszkaniowego i usług, tak, aby można było pogodzić rytmy pracy z rytmem życia rodzinnego oraz zapewnić rzeczywistą opiekę dzieciom i starcom."

Z tego tekstu pragnę wydobyć sformułowanie, które moim zdaniem dowodzi zrozumienia dla poszukiwania godnego kompromisu w działaniach podejmowanych przez polityków chrześcijańskich funkcjonujących w pluralistycznej rzeczywistości. Papież – nakazując im dbałość o ochronę nienarodzonych – nakłania, by działali na rzecz dobra „uwzględniając konkretne możliwości". Dostrzegam w tym zdaniu zrozumienie dla położenia tej grupy polityków, a także podkreślenie rangi roztropności w poszukiwaniu formuł prawnych dla rozwiązywania problemów niekiedy fundamentalnych.

3. Jeśli czytać encyklikę Jana Pawła II „Evangelium vitae", w kontekście obowiązującego w Polsce prawa dotyczącego ochrony życia nienarodzonych, to trudno dostrzec w przytoczonych sformułowaniach potępienie dla uregulowań przyjętych w ustawie z 1993 r. pomimo sformułowania w niej wyjątków od zakazu dokonywania aborcji, które wprowadzono, jako przejaw kompromisu z ludźmi odmawiającymi dziecku nienarodzonemu statusu człowieczeństwa, a więc będącymi zwolennikami tego, co Jan Paweł II nazywał cywilizacją śmierci. Osobom krytykującym polskie prawo dotyczące ochrony życia nienarodzonych za owe wyjątki, a więc opowiadającym się za pryncypialnym,

bezwarunkowym zakazem aborcji, daję pod rozwagę fragment książki o. Leona Knabita[28], który tak opisuje jedno ze swych spotkań z Autorem omawianej encykliki, papieżem Janem Pawłem II:

„Rozmawialiśmy też o ustawie antyaborcyjnej, którą Ojciec Święty uznał za jedną z najlepszych w Europie, zaznaczając równocześnie, że teraz trzeba do niej wychować społeczeństwo".

Dla interpretacji tej wypowiedzi istotne jest, że powstała ona po uchwaleniu wspomnianej ustawy, w czasie pracy Papieża nad encykliką „Evangelium Vitae". Nie da się zaprzeczyć prawdziwości tego wspomnienia, zważywszy na osoby ojca Leona Knabita oraz kardynała Stanisława Dziwisza, który napisał wstęp do tej książki. Nie ma jednak potrzeby zderzania prywatnej wypowiedzi Papieża z treścią oficjalnego dokumentu, jakim jest encyklika, gdyż nie są to wypowiedzi sprzeczne. Model podejścia do ochrony nienarodzonych jest przedstawiony w encyklice, natomiast w prywatnej rozmowie doceniono to, co w parlamentarnej praktyce udało się zrobić dobrego, tworząc prawo nasycone roztropnością. W obliczu licznych w 2016 r. wypowiedzi hierarchów i katolików świeckich o konieczności odrzucenia kompromisu aborcyjnego zawartego w ustawie z 1993 r., jako sprzecznego z ideą ochrony życia, nie można wykluczyć, że niebawem pojawi się teza o proaborcyjnych poglądach Jana Pawła II…

IV. Postulaty zmian polskiego prawa dotyczące ochrony życia nienarodzonych – między stanowczością a roztropnością

1. W ostatniej dekadzie adresowano do ustawodawcy liczne postulaty dotyczące zmiany uregulowań dotyczących zakresu ochrony życia nienarodzonych dzieci. Formułowano w nich oczekiwania o przeciwstawnych wektorach. Aktywność przejawiali zarówno pryncypialni obrońcy życia, jak i zwolennicy swobody w dokonywaniu aborcji, w tym dokonywania jej na życzenie kobiety, na wzór uregulowania obowiązującego na gruncie ustawy z 1956 r. Przykładem tego drugiego nurtu myślenia był – odrzucony w kwietniu 2015 r. – wniosek lewicy[29] przewidujący dopuszczalność dokonywania aborcji na życzenie kobiety przy jednoczesnym uchyleniu (jako zbędnych) obowiązujących obecnie przepisów

[28] L. Knabit OSB, Spotkania z Wujkiem Karolem, (Wstęp, bp S. Dziwisz) SIW ZNAK, Kraków 1999, s. 108.

[29] Fatalnym legislacyjnym zwyczajem wytworzonym w ostatnich dwóch dekadach dołączono tę regulację do projektu ustawy … o leczeniu niepłodności, a więc do projektu ustawy na zupełnie inny temat. Choć jak można podejrzewać przyczyną takiej lokalizacji była wspólna płaszczyzna ideowa dla aborcji i sposobu dokonywania zabiegów in vitro, a mianowicie brak poszanowania dla życia ludzkiego.

wprowadzających wyjątki od zakazu dokonywania aborcji. Środowiska lewicowe występują co jakiś czas z podobnymi projektami kwestionując w ten sposób wspomniany kompromis aborcyjny. Podkreślają, że był on zawierany dawno i wiele podmiotów sceny politycznej, czy też społecznej, jakie istnieją dziś, wówczas w nim nie mogło brać udziału.

Wśród inicjatyw środowisk konserwatywnych warto przypomnieć rezygnację Marka Jurka z funkcji Marszałka Sejmu w 2007 r. ze względu na brak poparcia w ramach swojego obozu politycznego dla projektu wprowadzenia do Konstytucji zapewnienia ochrony życia ludzkiego od chwili poczęcia [30]. Z kolei we wrześniu 2013 roku sejm odrzucił obywatelski projekt ustawy zakazującej dokonywania aborcji ze względu na wady genetyczne płodu[31], a we wrześniu 2015 roku ten sam los spotkał obywatelski projekt całkowitego zakazu przerywania ciąży.

Po wyborach parlamentarnych w 2015 roku środowiska pro life zażądały od zwycięskiego obozu przyjęcia ustawy o całkowitym zakazie aborcji, a przynajmniej poparcia takiego zakazu, gdy wpłynie do laski marszałkowskiej projekt obywatelski [32.] Jest to dla nich, a także dla wielu przedstawicieli hierarchii Kościoła katolickiego[33], najważniejsze kryterium oceny wiarygodności polityków prawicowej koalicji rządzącej.

[30] Na ten temat zob. w: M. Piechowiak, Konstytucyjna ochrona życia dzieci nienarodzonych. O próbie nowelizacji Konstytucji RP, w: E. Sowińska, E. Szczurko, ks. T. Guz, P. Marzec (red.), Dziecko. Studium interdyscyplinarne, Wydawnictwo KUL, Lublin 2008, s. 169-190.

[31] Treść projektu z uzasadnieniem i procedurą sejmową: http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1654. Po jego odrzuceniu ponowiono wniosek, jako projekt poselski z 15 czerwca 2012 druk 670 sejmu VII kadencji.

[32] W mojej poczcie znalazłem taki list: „Szanowni Państwo, wraz z Kają Godek bardzo gorąco zachęcam do podpisania petycji, którą kierujemy do pani Premier Beaty Szydło. Prosimy nowy rząd, aby wyszedł jak najszybciej z inicjatywą ustawodawczą w sprawie ochrony życia od poczęcia: http://citizengo.org/pl/petycja-do-rzadu-pis-o-inicjatywe-ustawodawcza-w-sprawie-ochrony-zycia-od-poczecia Oto, co napisała do nas Kaja Godek: „Szanowni Państwo, sformowanie nowego rządu przynosi nadzieję, że głos obywateli od lat domagających się przywrócenia prawa do życia dla każdego dziecka od poczęcia, zostanie wreszcie usłyszany. Po latach rządów ludzi, którzy ignorowali wnoszone do Sejmu projekty obywatelskie i pozwalali w majestacie prawa zabijać nienarodzonych, przychodzi władza deklarująca wsłuchanie się w głos Polaków. Konstytucja RP daje możliwość wystąpienia z inicjatywą ustawodawczą m.in. Radzie Ministrów. Zachęcam Państwa do podpisania apelu o wystąpienie z inicjatywą ustawodawczą chroniącą życie do desygnowanej na Premiera Beaty Szydło. Okażmy solidarność z bezbronnymi dziećmi, wesprzyjmy nowy rząd w przeprowadzaniu dobrych zmian! Serdecznie pozdrawiam, Kaja Godek".

[33] Takie samo stanowisko wyrażono w komunikacie Prezydium Konferencji Episkopatu Polski z 30.03.2016 r.: „Życie każdego człowieka jest chronione piątym przykazaniem Dekalogu: „Nie zabijaj!". Dlatego stanowisko katolików w tym względzie jest jasne i niezmienne: należy chronić od poczęcia do naturalnej śmierci życie każdego człowieka. W kwestii ochrony życia nienarodzonych nie można poprzestać na obecnym kompromisie wyrażonym w ustawie z 7 stycznia 1993 roku, która w trzech przypadkach dopuszcza aborcję. Stąd w roku Jubileuszu 1050-lecia Chrztu Polski zwracamy się do wszystkich ludzi dobrej woli, do osób wierzących i niewierzących, aby podjęli działania mające na celu pełną prawną ochronę życia nienarodzonych. Prosimy parlamentarzystów i rządzących, aby podjęli inicjatywy ustawodawcze oraz uruchomili programy, które zapewniłyby konkretną pomoc dla rodziców dzieci chorych, niepełnosprawnych i poczętych w wyniku gwałtu. Wszystkich Polaków prosimy o modlitwę w intencji pełnej ochrony życia człowieka od poczęcia do naturalnej śmierci zarówno w naszej Ojczyźnie, jak i poza jej granicami.

2. Nie podzielam tak sformułowanych postulatów prawnych.

Dążenie do wyeliminowania aborcji zasługuje na szacunek, a w dyskursie o prawnej ochronie życia nienarodzonych potrzebna jest pryncypialność. W demokratycznym państwie treść prawa jest kompromisem, którego osiągnięcie na godziwym pułapie wymaga również wypowiedzi bezkompromisowych. Sytuując siebie wśród zdecydowanych zwolenników ochrony życia poczętego czuję się w obowiązku przestrzec przed ewentualnymi niekorzystnymi dla nienarodzonych skutkami stworzenia regulacji nazbyt pryncypialnych. Uważam bowiem, że – uznając świętość życia człowieka i opowiadając się za maksymalną jego ochroną – nie trzeba popierać całkowitego zakazu dokonywania aborcji, ani ustanawiania sankcji karnych za ten czyn, gdyż są to rozwiązania, które przyniosą skutek odwrotny od oczekiwań. Opowiadając się za maksymalną ochroną życia nienarodzonych, w kwestii formuły prawnej (sposobu) tej ochrony, opowiadam się za podtrzymaniem rozwiązań wypracowanych w ustawie z 1993 r., które w niejednolitym światopoglądowo społeczeństwie są – z punktu widzenia ochrony życia nienarodzonych - rozwiązaniem być może najlepszym z możliwych. Przemawia za tym kilka argumentów.

Po pierwsze, jest zbudowany na prawdziwej (biologicznie/empirycznie) tezie (kwestionowanej przez nurty lewicowe), że nienarodzone dziecko jest człowiekiem, a skoro tak, to należna jest mu ochrona, jak każdemu człowiekowi.

Po wtóre, nie ma w nim potępienia kobiety za zło aborcji popełnione w okolicznościach, w których przyjęcie dziecka wiązałoby się z czynem heroicznym (owe trzy wyjątki od zakazu aborcji). Prawo jest systemem normatywnym, który nie powinien nakazywać heroizmu i karać za jego brak lub niedostatek. Rolą prawa powinno być raczej nakłanianie do dokonywania dobrych etycznie wyborów – w ustawie przyjętej w 1993 r. połączono stanowczość nakazu ochrony życia z roztropnością przejawiającą się zwłaszcza w przepisach dotyczących edukacji i wspierania kobiet w ciąży.

Po trzecie, sformułowany w tym akcie prawnym kompromis trwa prawie dwie i pół dekady, a więc wykazał się odpornością na zmiany, mimo że Polską rządziły przez ten czas ekipy o różnych politycznych barwach.

Po czwarte, w Europie nie ma bardziej konsekwentnego ustawodawstwa chroniącego życie nienarodzonych. Można powiedzieć, że pod względem jakości owej ochrony Polska jest od wielu lat enklawą otoczoną krajami, w których istnieje pełen dostęp do taniego przerywania ciąży. W tej sytuacji zakaz i kara dla kobiety nie będą oddziaływały

Abp S. Gądecki, Metropolita Poznański, Przewodniczący KEP, Abp M. Jędraszewski, Metropolita Łódzki Zastępca Przewodniczącego KEP, Bp A. G. Miziński, Sekretarz Generalny KEP.

wychowawczo, lecz raczej inspirowały do łatwego ich omijania. Dlatego wspieranie kobiet ciężarnych i budowanie świadomości społeczeństwa na temat istoty aborcji jako zabójstwa powinno mieć prymat przed administracyjnymi zakazami i stosowaniem środków oddziaływania przewidzianych w prawie karnym. Jednoczesne oddziaływanie w kierunku ochrony życia unormowań, nazwijmy je, perswazyjnych (wsparcie, edukacja) i twardych, a więc m.in. karnych, raczej się wzajemnie wyklucza ze względu na sprzeczność zachodzącą w postawie składającej się z deklarowania ochrony nienarodzonych i grożenia więzieniem ich matkom. Taka postawa odgradza kobiety ciężarne znajdujące się w trudnej sytuacji od chcących chronić je i życie ich dzieci instytucji społecznych (w tym religijnych) jako należących do nurtu ideowego, który doprowadził do wprowadzenia sankcji karnych za dokonanie aborcji.

Po piąte, współcześnie – jeszcze bardziej niż w przeszłości – należy mieć również na uwadze determinację osób i instytucji (partii, stowarzyszeń, mediów) przeciwstawiających się ochronie życia nienarodzonych, dla których rygorystyczne prawo antyaborcyjne będzie okazją do tego, by po odzyskaniu przez lewicę władzy przywrócić ustawodawstwo podobne do ustawy aborcyjnej z 1956 r. i złych regulacji dominujących w krajach naszego kręgu kulturowego. W czasie kolejnej kampanii wyborczej wprowadzenie swobody dokonywania aborcji będzie kwestią pierwszoplanową, a w razie zwycięstwa lewicy proklamacja tej swobody będzie być może pierwszym uchwalonym aktem prawnym.

Dla pełnego obrazu należy dopowiedzieć, że z poszanowaniem obowiązującego w Polsce kompromisu aborcyjnego wiąże się respektowanie również tych jego uregulowań, które pozwalają dokonać aborcji w sytuacji, w jakiej prawo na to zezwala. To jest cena za kompromis. Niewątpliwie wysoka. Należy też egzekwować rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w kwestii sporu o pojmowanie na gruncie polskiego prawa klauzuli sumienia pozwalającej lekarzom nie uczestniczyć w procedurze zmierzającej do zabicia dziecka poczętego (także przez odmowę udzielenia informacji na temat lekarzy i klinik wykonujących zabiegi przerwania ciąży)[34].

Wobec wskazanych konsekwencji ewentualnego zerwania kompromisu, należy zapytać o sens tego kroku. Pytanie nasuwa się tym bardziej, że nie ma dowodu, że zakaz dokonywania aborcji sprawi, iż nie będą one dokonywane, czy też będą dokonywane rzadziej, niż to się dzieje obecnie. Tak jak nie ma dowodu na to, że karanie kobiet za dokonanie aborcji przyczyni się do lepszej ochrony życia nienarodzonych. Dlatego pomysłodawcy i zwolennicy

[34] Na ten temat zobacz zwłaszcza wyrok TK z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14.

tych rozwiązań – utożsamiających zmianę treści ustawy ze zmianą rzeczywistości społecznej – narażają się na zarzut ulegania magicznemu myśleniu. Chyba, że zależy im wyłącznie na tym, by zmienić prawo, nie bacząc, jakie to przyniesie skutki.

3. Na koniec o tym, co w ramach utrzymania kompromisu warto poddać pod debatę, poprawiając prawo.

Należy zwrócić uwagę na projekt przygotowany w 2013 r. przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości, zawierający postulat poddania karze za dokonanie aborcji tych kobiet, które spowodowały śmierć dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza ich organizmem [35]. Uzasadniano – w mojej ocenie trafnie – że w takich przypadkach uregulowania perswazyjne powinny ustąpić przepisom będącym wyrazem stanowczości.

Spośród zgłaszanych w ostatnich latach postulatów dotyczących prawnej ochrony życia nienarodzonych uzasadniony jest również sprzeciw w stosunku do stanowczo zbyt szeroko rozumianej (zwłaszcza w praktyce funkcjonowania niektórych szpitali) dopuszczalności dokonywania aborcji dzieci z niepełnosprawnością[36]. Prowadzę wykład dla studentów pedagogiki specjalnej o sytuacji prawnej osób z niepełnosprawnością intelektualną. Wielu spośród nich wskazuje na paradoks dopuszczalności zabijania tych, którym oni mają po

[35] Zobacz na ten temat w: A. Zoll, Ochrona dziecka w fazie prenatalnej w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, Studia Prawnicze KUL 2013 | 2 (54) | 123-134; J. Bojke, M. Wantoła, Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za aborcję. Wybrane zagadnienia, e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych Data publikacji: 1IX 2015 < www.czpk.pl >Pozycja w wydaniu internetowym: 5/20151;{www.czpk.pl/.../5_2015-J._Bojke,_M._Wantola-Wylaczenie_odpowiedz...}. Kluczowe przepisy projektu to: „Art. 149a. Matka, która powoduje śmierć dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat.”; „Art. 152 §1. Kto powoduje śmierć dziecka poczętego niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. §2. Kto nakłania kobietę ciężarną do popełnienia czynu określonego w §1 lub udziela jej do tego pomocy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub karze pozbawienia wolności do lat 2. § 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w §1, na którym ciąży obowiązek opieki nad dzieckiem poczętym niezdolnym do samodzielnego życia poza organizmem matki działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku. §4. Ściganie przestępstwa, określonego w §3 następuje na wniosek matki lub ojca dziecka poczętego. §5. Nie popełnia przestępstw określonych w §1 i 3 matka dziecka poczętego.”; „Art. 152a. §1. Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 152 §1 lekarz, działający na żądanie matki dziecka poczętego, w przypadku gdy:1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub poważne zagrożenie dla zdrowia matki, 2) zachodziło ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie dziecka poczętego, 3) zachodziło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego a nie trwała dłużej niż 12 tygodni.”; „Art. 153. Kto stosując przemoc wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób bez jej zgody powoduje śmierć dziecka poczętego niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do spowodowania śmierci dziecka niezdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.”; „Art. 154 §1. Jeżeli następstwem przerwania ciąży w warunkach, o których mowa w art. 152 §1, jest śmierć kobiety ciężarnej, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 10. §2. Jeżeli następstwem czynu określonego w art. 153 jest śmierć kobiety ciężarnej, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12”.

[36] Za bardzo wąską interpretacją przesłanki eugenicznej *de lege lata* zobacz np. w: M. Królikowski, Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerywania ciąży, w: L. Bosek, M. Królikowski (red.), Współczesne, s. 175-183.

ukończeniu studiów pomagać… A przecież nie trzeba studiów, by wiedzieć, że o człowieczeństwie i prawie do życia nie stanowi IQ czy liczba chromosomów. Niestety, ogromna jest społeczna aprobata dla twardych tez wywodzonych z eugeniki, w tym dla tworzenia prawa pozwalającego na selekcjonowanie tych, którym wolno żyć i skazywanie na śmierć słabszych.

Radykalnych działań oświatowych, a także prawnych, wymaga zagrożenie, jakie dla dziecka poczętego ma spożywanie alkoholu przez matki. Czynienie dziecka osobą upośledzona w imię czasowego nieopanowania skłonności do korzystania z alkoholu zasługuje na potępienie. Należy rozważyć przymus leczenia kobiet spożywających alkohol będąc w ciąży na podobieństwo uregulowań przyjętych w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego[37]. Przepisy tej ustawy pozwalają na zastosowanie przymusu leczenia, jeżeli zachowanie osoby chorej m.in. zagraża życiu innych osób[38]. Informacje statystyczne na temat spożywania alkoholu w Polsce, w tym dane o dynamicznie wzrastającej liczbie uzależnionych kobiet, nie pozwalają na bierność.

4. W czasie powstawania tego tekstu obserwowałem toczącą się w Stanach Zjednoczonych Ameryki batalię o prezydenturę. Kandydatka, która miała wielkie szanse wygrać, zdobyła ogromną popularność m.in. dlatego, że jednoznacznie popiera aborcję, którą określa jako niezbywalne prawo kobiet. Kiedy kampania wyborcza w Stanach Zjednoczonych wchodziła w decydującą fazę w Polsce odbywały się demonstracje proaborcyjne. Jeszcze wiosną 2016 r. stawiałbym dolary przeciwko orzechom, że nikt w Polsce nie byłby w stanie zdobyć znaczącego poparcia głosząc na temat dzieci nienarodzonych głupstwa wypowiadane przez byłą pierwszą damę Stanów Zjednoczonych. Jesienią 2016 r. znów okazałem się naiwny jak przed 40-tu laty myśląc, że filmy pokazujące życie człowieka w fazie prenatalnej skutecznie będą odwodzić od aborcji. Mijają dziesięciolecia, a człowiek wciąż chce wierzyć, że najgorsze już było…

[37] Ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. Dz. U. 2011, Nr 231, poz. 1375 ze zm.).

[38] P. Gałecki, K. Bobińska, K. Eichstaedt, Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz, Lexisnexis, Warszawa 2013, s. 135-143.

Hanna Audzei[1]

About the right to the protection of the unborn child and his mother in Republic of Belarus

In accordance with Art. 1 of the Constitution of the Republic of Belarus, the Republic is a social state. In the demographic sphere basic national interests are: steady growth of the Belarusian nation on the basis of a consistent increase in the birth rate; protection of maternal and child health; strengthening of the family as a social institute, that is the most favorable for the realization of the need for children, their education and others[2].

The main place in the system of the rights held by the people, of course, belongs to the right to life. The right of conceived child has a complex content that combines biological, religious, philosophical, legal and other constructions, which develops in all aspects of the right to life.

However, there are scientific papers on the problems of legal protection of pregnant women in the Republic of Belarus. There are no comprehensive reseaches on the problems of the right to the protection of the unborn child in the legal literature. The legislation contains a number of legal provisions concerning the protection of pregnant women. In particular, the Labour Code of the Republic of Belarus secured Chapter 19 "Features of regulation of work by women and workers with family responsibilities", which provides guarantees for pregnant women and women with children[3]. From the moment of pregnancy a woman has a number of guarantees relating to the execution of their work function. Labour legislation of the Republic

[1] PhD (Law), Yanka Kupala State University of Grodno, Belarus (dr, Grodzieński Uniwersytet Państwowy imienia Janki Kupały, Białoruś; Гарадзенскі дзяржаўны ўнівэрсытэт імя Янкі Купалы, Беларусь).

[2] Approval of the Concept of National Security of the Republic of Belarus: Presidential Decree of 09.11.2010 N 57 (ed. By 01.24.2014) // Consultant Plus: Belarus [electronic resource] / OOO "YurSpektr" Legal Information of the Republic of Belarus. – Minsk 2015.

[3] Labour Code: Code of the Republic of Belarus of 26.07.1999 N 296-W (ed. By 01.08.2015) // Consultant Plus: Belarus [electronic resource] / OOO "YurSpektr" Legal Information of the Republic of Belarus. – Minsk, 2015.

of Belarus provides and guaranteed the woman not only rights but also the additional benefits and safeguards aimed at the protection of health and motherhood.

The social legislation of the Republic of Belarus also establishes the legal provisious concerning the protection of motherhood and childhood. In particular, in accordance with the Law (Status) of the Republic of Belarus "About state assistance to families with children", maternity benefits, include: maternity leave; benefit for women who has been registered in public health institutions to the 12th week of pregnancy. It is appointed that the benefit for women who has been registered in public health institutions to the 12th week of pregnancy includes the cases of stillbirth and this benefit does not depend on the number of births. The benefit for women who have been registered in public health institutions to the 12th week of pregnancy, is granted and paid by a lump sum equal to 100 percent of the maximum of the subsistence living wage on the date of birth of the child[4].

In accordance with Art. 16 of the Civil Code the legal capacity of a citizen arises at the moment of his birth[5]. On the basis of this provision of the law, we can conclude that prenatal embryo, regardless of the period of its development, is seen as a physiological part of the woman`s body. The woman has the right to dispose her body as she wants.

In the Republic of Belarus there are legal acts that reinforce the protection of the rights of the unborn child. Thus, in accordance with the Article 1037 of the Civil Code, "the heirs under a will and by the law may be citizens who are alive at the time of opening the inheritance, as well as conceived during the testator's lifetime but were born alive after the opening of the inheritance"[6]. The Article 14 of the Law "On social protection of citizens affected by the Chernobyl disaster and other radiological accidents" establishes the legal norm that "the people affected by the Chernobyl disaster and other radiation accidents, are considered citizens of the zone of primary resettlement and of subsequent resettlement area (including children who were in utero), with the exception of arrivals in a given territory after 1 January 1990[7].

[4] On State benefits for families with children: Act of 29.12.2012 N 7 W (ed. By 01.01.2015) // Consultant Plus: Belarus [electronic resource] / OOO "YurSpektr" Legal Information of the Republic of Belarus. - Minsk, 2015.

[5] Civil Code of the Republic of Belarus: Code of the Republic of Belarus of 07.12.1998 N 218-W (ed. By 31.12.2014) // Consultant Plus: Belarus [electronic resource] / OOO "YurSpektr" Legal Information of the Republic of Belarus. - Minsk, 2015.

[6] Civil Code of the Republic of Belarus: Code of the Republic of Belarus of 07.12.1998 N 218-W (ed. By 31.12.2014) // Consultant Plus: Belarus [electronic resource] / OOO "YurSpektr" Legal Information of the Republic of Belarus. - Minsk, 2015.

[7] On social protection of citizens affected by the Chernobyl disaster and other radiological accidents: Act of 06.01.2009 N 9-W (ed. By 07.14.2014) // Consultant Plus: Belarus [electronic resource] / OOO "YurSpektr "Legal Information of the Republic of Belarus. - Minsk, 2015.

Legislation of the Republic of Belarus in the sphere of public health also includes a number of legal norms guaranteeing protection of the rights of the unborn child. For example, order, decree the Ministry of Health, Ministry of Statistics and Analysis of the Republic of Belarus of 09.11.1993 N 254/75 (Ed. By 04.02.2002) "On the transition to the recommended by the World Health Organization criteria for live births and stillbirths," cemented the Instruction "On determination of the criteria of live birth, stillbirth and perinatal period".

Article 27 of the Law of the Republic of Belarus "On health care", "On Approval of women in health care organizations, after consultation with a specialist, and with respect to a minor and with the written consent of her legal representative may be held abortion (abortion) during pregnancy is not over 12 weeks. An abortion is allowed to carry out for pregnancies less than 22 weeks in public health organizations if there is social and consent of the woman. The list of social indications for abortion established by the Council of Ministers of the Republic of Belarus"[8]. From these provisions, it can be concluded that the sectoral legislation virtually enshrines the right to life of the child, not from the moment of conception, and approximately five months of pregnancy. Unfortunately, in my opinion, it is unacceptable.

As you can see from the examples above, sectoral legislation (civil, social, labor, health and otherwise) of the Republic of Belarus has fixed certain rights of the unborn child (to life, health, property, etc.) Legal norms determines capacity the right to the unborn child, but a number of this norms is need of changes and additions. In particular, it is necessary to define in the Civil Code of the Republic of Belarus the rules about of the unborn child relative capacity and a number of other changes. In Belarus, there is a need of specialized development of normative legal act, for example, the Law "On protection of the unborn child", which would provide legal protection of the embryo. I believe that the embryo as a human being, has the absolute value and the right to life from the moment of conception. For this reason, it is forbidden to carry out any actions that impede or stop development of the embryo. Above all, upholding the right to life of the human embryo from the moment of conception, will contribute to the defense, and to the formation of positive attitudes according questions of planning and creation family.

[8] Healthcare: Act of 18.06.1993 N 2435-XII (Ed. By 06.16.2014) // Consultant Plus: Belarus [electronic resource] / OOO "YurSpektr" Legal Information of the Republic of Belarus. - Minsk, 2015.

Алексей Владимирович Барков[1]

Правовые модели защиты наследственных прав насцитурусов и постумов по законодательству России и стран постсоветского пространства

В наследственном законодательстве стран постсоветского пространства отсутствует легальное применение терминов постум и насцитурус. В Модельном Гражданском кодексе для государств – участников Содружества Независимых Государств в ст. 1152 определяется, что наследниками по завещанию и по закону могут быть граждане, находившиеся в живых в момент открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и рожденные живыми после открытия наследства. Однако в цивилистической доктрине данная римская правовая категория активно используется в научной литературе[2]. Следуя Модельному кодексу, п. 1 ст. 1116 ГК РФ определяет, что к наследованию могут призываться граждане, находящиеся в живых в день открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства, тем самым реализуя правовую конструкцию, заимствованную из арсенала римского правового инструментария, известного под названием институт насцитуруса[3].

В России права на наследство зачатого, но еще не родившегося ребенка охраняются по закону, используя данную правовую модель. В частности, статьей 1166

[1] Проф. д-р, Московская академия экономики и права, Российская Федерация (prof. dr hab., Moskiewska Akademia Ekonomiki i Prawa, Federacja Rosyjska).

[2] Веберс Я.Р., Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига: Изд-во Знатне, 1976. С. 7–9; Валах В.В., Наследственные отношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии и США. С. 222; Заіка Ю.О., Спадкове право в Україні: становлення и розвіток. 2-е вид. К. : КНТ, 2007. С. 201; Лиманский Г.С., Наследственное правоотношение: общие теоретико-методологические проблемы учения // Наследственное право. 2007. № 1. С. 5; Мельцов А.В., Наследственное правопреемство в современном российском праве: дис. … канд. юрид. наук. М., 2006. С. 160.

[3] От лат. nasciturus – ребенок в утробе матери.

ГК РФ запрещен раздел имущества при наличии зачатого при жизни наследодателя наследника, родившегося после открытия наследства насцитуруса. Однако в законодательстве стран постсоветского пространства проблема защиты прав не родившегося ребенка решается неоднозначно. Анализ законодательства дает основание для вывода, что в современном наследственном праве возможность призвания к наследованию в некоторых странах получают только постумы, в иных – все наследники, относящиеся к категории насцитурусов. В других странах разделение производится в зависимости от основания наследования, поэтому по завещанию правом наследования наделяются насцитурусы, по закону – только постумы[4]. В связи с этим, на наш взгляд, существует необходимость уточнить, в чем правовое различие между постумом и насцитурусом.

Как отмечалось, институт правовой охраны зачатых, но еще не рожденных детей известен с древних времен[5]. В римском праве плод, находящийся в утробе матери до начала физиологических родов, не признавался физическим лицом, так как самостоятельное существование человека начинается только с момента его рождения. С этого же момента, по мнению римских юристов, лицо становилось правоспособным. Тем не менее считалось, что в качестве зародыша будущего человека он не мог быть оставлен без охраны со стороны закона, который должен был гарантировать ему возможность вступить в жизнь и сделаться лицом. С этой целью римским правом было установлено, что имеющий родиться считается уже родившимся, поскольку дело идет об его выгодах[6]. Ребенок, родившийся в течение 10 лунных месяцев после смерти отца-наследодателя, уже со времени действия Законов XII таблиц считался наследником[7]. Формула Postumus pro nato habetur (ребенок, родившийся после смерти отца, считается

[4] Например, в англосаксонском (общем) праве ребенок, зачатый при жизни отца, но родившийся после его смерти (posthumous child), является его наследником (например, § 2–3 Наследственного закона Иллинойса). Законодательство отдельных штатов США и судебная практика охраняет наследственные интересы преимущественно постумов, однако эволюция наследственного права требует расширения круга зачатых лиц, поэтому Единообразный Наследственный кодекс США, являющийся модельным и рекомендательным актом для штатов, предлагает всех лиц, зачатых до дня смерти наследодателя, считать такими же наследниками, как если бы они родились при его жизни (§ 2–108), то есть устанавливает правовую охрану интересов насцитурусов. См.: Блинков О.Е., Общие тенденции развития наследственного права государств – участников Содружества Независимых Государств и Балтии : автореф. дис. … докт. юрид. наук. М., 2009. С. 18.С. 143.

[5] См.: Валах В.В., Проблемы наследственно-правового статуса насцитуруса // Перші юрідичні діспути зактуальних проблем приватного права, присвячені пам’яті Е.В. Васьковського : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Одесса, 15–16 квітня 2011 р. / Одес. нац. ун-т ім. І.І. Мечнікова; відповід. ред. І.С. Канзафарова; ред. кол. І.С. Канзафарова; В.В. Валах; О.О. Нігреєва, Одесса: Астропринт, 2011. С. 121.

[6] Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. С. 89.

[7] D. 38, 16, 3, 9, 6.

родившимся до его смерти) дала начало именованию указанных лиц постумами[8].

В последующем к постумам стали приравниваться те подвластные более отдаленных, чем сыновья, степеней, которые вследствие смерти своих восходящих становились наследниками по отношению к наследодателю[9]. В Дигестах Юстиниана отмечалось, что подобны постумам и те, кто, вступая на место наследников из подвластных, как бы через прирождение становятся "своими наследниками" восходящим. Как, например, если я имею сына и от него внука или внучку, то, так как сын предшествует степенью, он один имеет права "своего наследника", хотя бы внук и внучка от него пребывали в той же власти; но если мой сын умрет при моей жизни или по какой-либо причине выйдет из-под моей власти, внук или внучка начинает преемствовать его место и таким образом приобретают права "своих наследников" как бы через прирождение[10].

Таких постумов первоначально именовали postumi Aquiliani, по имени Аквилия Галла, который ввел в употребление формулу для лишения наследственных прав подвластных отдаленных степеней на случай, если они займут в семейной иерархии место непосредственных нисходящих[11]. В последующем они получили именование насцитурусов[12].

Таким образом, главное отличие между институтами постумов и насцитурусов заключается в том, что в первом случае осуществлялась защита наследственных прав только неродившихся детей наследодателя (постумов), а во втором защита касается всех зачатых при жизни наследодателя детей, находящихся в живых на момент открытия наследства вне зависимости от степени родства (насцитурусов).

В Модельном Гражданском кодексе предложено считать наследниками как по завещанию, так и по закону граждан, зачатых при жизни наследодателя и рожденных живыми после открытия наследства (ч. 1 ст. 1152), то есть в круг наследников включены как постумы, так и насцитурусы. Данная рекомендательная норма полностью реализована в России (ч. 1 ст. 1116 ГК РФ), Армении (ч. 1 ст. 1190 ГК РА), Беларуси (ч. 1 ст. 1037 ГК РБ) и Украине (ч. 1 ст. 1222 ГК Украины).

Однако в законодательстве других стран Содружества данная модель защиты наследственных прав нерожденных детей имеет свои особенности. Например,

[8] От лат. postumus – последыш, постум. См. также: Дождев Д.В., Римское частное право. М., 1999. С. 658.
[9] Gai, 2, 133.
[10] D., 28, 3, 13.
[11] D., 28, 2, 29, 13. См. также: Дождев Д. В., Указ. соч. С. 659.
[12] См.: Блинков О.Е., Указ. соч. С. 143.

в Казахстане определено, что наследниками по завещанию и закону могут быть граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства (ст. 1144 ГК РК). В последующем при определении наследников по закону дается уточнение по зачатым, которое касается только детей наследодателя (ст. 1061 ГК РК). Далее при определении последующих очередей законодатель не упоминает о насцитурусах помимо постумов.

Дальнейший анализ наследственного законодательства стран Содружества позволяет сделать вывод, что в законодательстве Азербайджана, Грузии, Молдовы, Туркменистана при наследовании по закону призываются дети наследодателя, зачатые при его жизни и родившиеся живыми после его смерти, то есть только постумы, при наследовании по завещанию – лица, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после его смерти, независимо от того, являются они его детьми или нет, то есть любые насцитурусы (ст. 1134 ГК Азербайджанской Республики, ст. 1336 ГК Грузии, ч. 1 ст. 1433 ГК Республики Молдова, ст. 1129 ГК Туркменистана). В отличие от этих стран, в Киргизии, Таджикистане и Узбекистане правом наследования по закону и по завещанию наделены только дети наследодателя, родившиеся после его смерти (ст. 1118 ГК РУ, ст. 1144 ГК РТ, ст. 1142 ГК КР), то есть только постумы.

На наш взгляд, применяемая в России и ряде других стран правовая конструкция насцитуруса более эффективна, чем постума, и может быть взята за основу при совершенствовании законодательства других странах СНГ, не разделяющих или не в полной мере разделяющих данную позицию. Достоинство института насцитуруса заключается в том, что он по своему смыслу в большей мере, чем институт защиты прав постумов, гарантирует интересы зачатого ребенка, отец которого умер до его рождения. Расширение круга возможных наследников дает более высокую степень защиты новорожденного, более эффективно препятствуя его отстранению от наследования. Особенно актуальным это право становится в случае, когда мать ребенка также умирает при родах[13].

Наиболее дискуссионным среди многочисленных проблем охраны прав насцитуруса видится проблема определения его правового положения по завещанию. Наследником по завещанию в законодательстве всех государств – участников СНГ может быть любой субъект гражданского права (физические, юридические лица, государства и т. д.). Под наследниками понимаются лица, призываемые

[13] См.: Пылаева Я.Е., Категория завещательной правосубъектности и основные аспекты ее отражения в наследственном законодательстве России // Закон. 2009. № 3. С. 233.

к наследованию в связи со смертью наследодателя. При этом на способность выступать в качестве наследника по завещанию не влияют такие обстоятельства, как недееспособность, ограниченная дееспособность, частичная дееспособность наследника, его физические недостатки и т. д. Не имеет значения пол, возраст, национальность лица, в отношении которого сделано волеизъявление на случай смерти. Наследовать могут также лица, находящиеся в местах лишения свободы. Возможность участия субъекта гражданского права в наследственных отношениях в качестве наследника зависит только от наличия пассивной завещательной правосубъектности.

По свидетельству Гая (G 2.114), для того чтобы узнать, имеет ли законную силу завещание, в первую очередь следует выяснить, обладал ли его составитель правом составлять завещание. Это право, или правоспособность, составлять завещание относилось не только к завещателю, но и к другим лицам, упомянутым в завещании. В отличие от активной завещательной правоспособности (testamenti factio), постклассические источники говорили о завещательной правоспособности, необходимой для того, чтобы получить наследство, которая определялась как пассивная[14]. Однако эта способность должна иметь место не на момент составления завещания, как у завещателя, обладающего активной завещательной правосубъектностью, т. к. в это время она не имеет никакого юридического значения, а на момент открытия наследства, когда лицо, назначенное в качестве наследника, приобретает субъективное наследственное право.

По общему правилу, существование лица, в пользу которого завещается имущество, необходимо. Вместе с тем наследник может еще не существовать на момент составления завещания, но он обязательно должен родиться на момент открытия наследства. В связи с этим возникает вопрос: каким образом в завещании нотариусу следует указать фамилию, имя и отчество еще не родившегося ребенка, не имеющего даты рождения и представляющего собой эмбрион в данный момент?

Анализ правоприменительной практики показывает, что в завещании рекомендуется указать фамилию, имя, отчество, дату рождения, паспортные данные наследодателя с последующей формулировкой: Все мое имущество, которое ко дню моей смерти окажется мне принадлежащим, где бы таковое ни находилось и в чем бы ни заключалось, в том числе денежные средства, находящиеся во вкладах и иных кредитных организациях, я завещаю ребенку … (далее следуют фамилия, имя, отчество

[14] См.: Гарсиа Гарридо М. Х., Римское частное право: Казусы, иски и институты // Пер. с исп.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2005. С. 686.

родителей ребенка), если таковой будет зачат при моей жизни и родится живым после моей смерти. В некоторых случаях может возникнуть необходимость уточнения степени родства (ребенок брата, сестры и т.п.) [15].

Также в научной литературе высказывается мнение о том, что завещание может быть составлено и на имя эмбриона – потенциального человека. А.Ю. Касаткина не видит препятствий к тому, что это имя может быть определено письменным соглашением родителей, ссылаясь на Семейный кодекс РФ и ФЗ Об актах гражданского состояния, не содержащих такого запрета на определение имени неродившегося, но зачатого ребенка[16].

Обращая внимание на возможность включения в круг граждан, которые могут призываться к наследственному правопреемству, лиц, зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства, К.Ю. Егоренкова отмечает: Это предполагает, что ребенок, еще не появившийся на свет, уже выступает обладателем права наследования, например, по завещанию, а значит, является субъектом права наследования[17]. На наш взгляд, данное высказывание нуждается в уточнении. Полагаем, что, признавая насцитуруса потенциальным наследником, законодатель исходит из того, что субъективное наследственное право у него возникнет лишь в случае его рождения живым. При этом следует учесть мнение проф. С.Н. Братуся, считающего, что ребенок в утробе матери не является субъектом права наследования, так как закон охраняет его права как будущего возможного субъекта права[18]. Данная позиция позволила сформулировать в науке гражданского права теорию условной правоспособности человеческого плода[19]. Несмотря на появление достаточно большого количества научных работ, обосновывающих возникновение гражданской правосубъектности (правоспособнтости) в момент зачатия, а не рождения ребенка[20], тем не менее мы остаемся на консервативной традиционной позиции.

[15] См.: Журавлева Е.М., Насцитурус как полноправный наследник по завещанию // Юрист ВУЗа. 2012. № 11. С. 55-59.

[16] Касаткина А.Ю., Осуществление наследственных прав ребенка в Российской Федерации: дисс. … канд. юрид. наук. М., 2014. С. 60.

[17] Егоренкова К.Ю., Наследственная правосубъектность и наследственно-правовой статус // Частноправовые проблемы взаимодействия материального и процессуального права : материалы II Международной научно-практической конференции (г. Ульяновск, 7-8 октября, 2011 г.) / науч. ред. Н.А. Баринов, отв. ред. С.Ю. Морозов. Ульяновск : УлГУ, 2011. С. 178.

[18] См.: Братусь С.Н., Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 51.

[19] См.: Валах В.В., Указ. соч. С. 177.

[20] См., например: Беседкина Н.И., Конституционно-правовая защита прав неродившегося ребенка в Российской Федерации : Автореферат дис.. . канд. юрид. наук. М., 2005. 203 с.; Журавлева Е.М., Указ. соч.; Касаткина А.Ю. 209 с.

Предложение о внесении изменений в ст. 17 ГК РФ по вопросу корректировки момента возникновения правоспособности гражданина в 2003 г. уже вносилось депутатом Государственной Думы А.В. Чуевым. Суть его предложения заключалась в том, что ст. 17 ГК РФ следует дополнить пунктом 3 следующего содержания: В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и принятыми в соответствии с ним иными федеральными законами, регулирующими отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса, правоспособность гражданина наступает в момент его зачатия и прекращается исполнением его завещания, в том числе завещательного отказа или завещательного возложения[21]. Новаторство инициатора законопроекта состояло не только в том, что, по его мнению, правоспособность наступает с момента зачатия, но и исполнение завещания умершего гражданина есть не что иное, как реализация его права на свободу завещания, что подразумевает наличие правоспособности умершего[22].

Данный законопроект был подвергнут критике со стороны Правительства РФ. В его официальном отзыве отмечалось: В гражданском законодательстве понятие гражданин используется для обозначения субъекта гражданских правоотношений. Основаниями для возникновения, изменения, прекращения правоотношений являются юридические факты, в том числе факты рождения и смерти гражданина, удостоверяемые в порядке, определяемом законодательством РФ. Вместе с тем установление момента зачатия не предусмотрено законодательством РФ[23]. Данное обстоятельсто, по мнению экспертов, не создает препятствий для защиты интересов зачатого, но еще не родившегося ребенка посредством норм наследственного и деликтного права. Поэтому внесение в ст. 17 ГК РФ положения по вопросу о гражданской правоспособности насцитурусов не вызвано практической необходимостью и не подкреплено должной доктринальной проработкой этой довольно непростой проблемы. При этом предлагаемое дополнение вступает в явное противоречие с буквой ч. 2 ст. 17 Конституции РФ, согласно которой основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения[24].

Таким образом, на наш взгляд, насцитурус не является субъектом права и не наделяется гражданской правоспособностью, которая возникает в момент его

[21] См.: Пояснительная записка к проекту федерального закона № 292316-3 «О внесении дополнения в статью 17 Гражданского кодекса Российской Федерации» // URL: http://base.garant.ru/3941409/.

[22] Там же.

[23] Там же.

[24] Пояснительная записка к проекту федерального закона № 292316-3 «О внесении дополнения в статью 17 Гражданского кодекса Российской Федерации».

рождения, а не зачатия, что следует из буквального толкования норм гражданского законодательства. В данном случае закон гарантирует охрану будущих прав человека, возникновение которых у него возможно лишь в случае рождения живым.

В связи с этим более корректно говорить о возникновении пассивной завещательной правосубъектности зачатого ребенка лишь в случае его рождения после смерти наследодателя. Вместе с тем представляется возможным детей, еще не родившихся к моменту наследования, считать обладающими условной пассивной завещательной правоспособностью.

В то же время следует обратить внимание на диспозитивность содержания норм в ст. 1116 и 1166 ГК РФ, не в полной мере способствующих охране интересов лиц, родившихся после смерти завещателя. В ст. 1116 ГК РФ установлено, что к наследованию могут призываться также граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Вопросам охраны интересов ребенка при разделе наследства посвящена ст. 1146 ГК РФ, в которой определяется, что при наличии зачатого, но еще не родившегося наследника раздел наследства может быть осуществлен только после рождения такого наследника. На наш взгляд, диспозитивность норм, содержащаяся в положениях могут призываться, может быть осуществлено, не обеспечивает правовые гарантии интересов новорожденных наследников, что требует императивного корректирования.

Вместе с тем в законодательстве стран СНГ не решен вопрос о том, сможет ли быть наследником в будущем лицо, которое еще не зачато, поскольку в научной литературе сложилось мнение о том, что ребенок наследодателя не может быть зачат не при его жизни[25]. Однако сегодня существует возможность искусственного оплодотворения даже после смерти наследодателя, что нашло свое закрепление, в частности, в семейных законодательствах Украины (ст. 123 Семейного кодекса Украины) и Российской Федерации (ст. 51 Семейного кодекса РФ). По мнению В.В. Валах, в целях обеспечения (охраны) интересов биологического потомка наследодателя следует применить норму ст. 1259 ГКУ, предусматривающую возможность составления нотариально удостоверенного договора об изменении очередности получения наследниками наследства с учетом возможного рождения биологического потомка наследодателя[26].

На наш взгляд, также выходом из создавшейся ситуации может стать применение

[25] См.: Барщевский М. Ю., Наследственное право. М., 1996. С. 182.
[26] См.: Валах В.В., Указ. соч. С. 180.

опыта регламентации данных отношений в Германии и Швейцарии. Например, в Германии согласно §§ 2100–2146 Германского Гражданского Уложения завещание может предусматривать переход наследственного имущества при определенных в завещании условиях к любым лицам в пределах 30-летнего срока после смерти наследодателя.

Н.Ф. Гасанов обращает внимание на то, что если у дочери наследодателя в течение 30 лет после смерти наследодателя не родится ребенок, зарезервированное для такого ребенка имущество может быть распределено между остальными наследниками согласно завещанию или при отсутствии специальных указаний в завещании – на основании общих положений закона. До истечения этого срока, определенного завещанием, но не превышающего 30 лет, имущество может находиться в доверительном управлении[27], что может быть также учтено в ходе унификации наследственного законодательства России и стран СНГ.

[27] См.: Гасанов Н.Ф., Указ. соч. С. 90.

Barbara Bernfeld[1] Jacek Mazurkiewicz[2]

„Za młody, by pić”[3]
Naruszanie prawa do życia lub zdrowia dziecka przez pijące alkohol kobiety ciężarne

Wstęp

Często są obecne w medialnych przekazach. Ich historie bulwersują, oburzają. Pijane kobiety ciężarne. Najczęściej, ale nie tylko alkoholiczki.

Najdonioślejsze konsekwencje nadużywania przez nie alkoholu określane są w piśmiennictwie medycznym jako alkoholowy zespół płodowy: FAS (*Fetal Alcohol Syndrome*)[4], charakteryzujący się występowaniem czterech elementów pojawiających się razem tylko w tej chorobie. Są to: a) pre- i postnatalne opóźnienie wzrostu i małogłowie, b) pre- i postnatalne zaburzenia czynności mózgu oraz uszkodzenie ośrodkowego układu nerwowego, c) charakterystyczne anomalie w budowie twarzy, d) udokumentowane picie alkoholu przez ciężarną.

---

[1] Wiedeń.

[2] Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Wrocławski.

[3] Wydanie 3, zmienione i poszerzone. Zawarty w tytule zwrot „Za młody, by pić” jest przetłumaczonym „Too young to drink”, będący hasłem międzynarodowej kampanii społecznej, która ma na celu zwrócenie uwagi na zagrożenia wynikające z picia alkoholu przez kobiety w ciąży.

[4] FASD (*Fetal Alcohol Spectrum Disorder*) jest grupą trwałych fizycznych i psychicznych wad wrodzonych spowodowanych ekspozycją płodu na alkohol. FAS jest najbardziej widocznym i najczęściej rozpoznawanym zaburzeniem tej grupy. Następujące zaburzenia, poza FAS, który jest omawiany w artykule szerzej, wchodzą w skład FASD: FAE – Alkoholowy Efekt Płodowy (*Fetal Alcohol Effect*), który ma takie same objawy jak FAS, ale różni się ich mniejszym natężeniem (z zaburzeniami FAE rodzi się dziesięciokrotnie więcej dzieci niż z FAS); PFAS – Częściowy Zespół Alkoholowy Płodu (*Partial Fetal Alcohol Syndrome*) charakteryzujący się uszkodzeniami centralnego układu nerwowego (CUN) objawiającymi się m.in. problemami w nauce i charakterystycznym zachowaniem; ARBD – Poalkoholowy Defekt Urodzeniowy (*Alcohol Related Birth Defects*) , którego przejawami są m.in. wady serca, zaburzenia zmysłu wzroku i słuchu, choroby nerek, uszkodzenia budowy szkieletu, anomalia stawów, układu krwionośnego, zaburzenia motoryki ; ARND – Poalkoholowe Zaburzenia Układu Nerwowego (*Alcohol Related Neurodevelopment Disorders*), którego cechą są zaburzenia neurologiczne związane z potwierdzonym działaniem alkoholu w okresie prenatalnym oraz uszkodzeniami ośrodkowego układu nerwowego (OUN); różni się od FAS tym, że nie ma w tym zespole cech anomalii twarzy (por. What is FAS and FASD?, http://www.come-over.to/FAS/whatisfas.htm; dostęp do wszystkich linków powołanych w tym artykule: 5 stycznia 2017 r.).

FAS jest chorobą nieuleczalną. Można jej uniknąć zachowując abstynencję w czasie ciąży. Badacze nie są w stanie określić dawki alkoholu bezpiecznej dla płodu. „Wszystko jest kwestią indywidualną. Bywają sytuacje, że jesteśmy zadziwieni, bo dziecko np. urodzone przez matkę będącą często pod wpływem alkoholu, funkcjonuje zaskakująco dobrze. A bywa tak, że kobieta nieświadomie napiła się alkoholu na imprezie na początku ciąży i dziecko rodzi się z wadami rozwojowymi. Czasem to pechowy moment. Więc zaleca się abstynencję w czasie ciąży, a nawet całkowite powstrzymanie się od używek w wieku prokreacyjnym. Bo to, co wiemy na pewno to to, że wypicie dwóch porcji alkoholu, czyli 125 ml wina lub jedno piwo, zatrzymuje oddech płodu na dwie godziny”[5] mówi dr n. med. M. Klecka, prekursorka badań nad FAS/FASD w Polsce i specjalistka w zakresie diagnostyki FAS/FASD.

W niemieckim piśmiennictwie farmaceutycznym znajdujemy informację, że spektrum objawów zaburzeń spowodowanych działaniem alkoholu na płód (FASD) jest znacznie szersze niż do tej pory sądzono. Naukowcy z Centrum Uzależnień i Zdrowia Psychicznego (CAMH) z Toronto, w metaanalizie czasopisma fachowego The Lancet, zidentyfikowali 428 różnych stanów chorobowych, które współwystępują u osób z zaburzeniami *Fetal Alcohol Spectrum Disorder* (FASD) (w tym celu wykorzystano 127 badań opublikowanych w tym czasopiśmie). Te stany chorobowe, oznaczone w Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób (ICD-10) wpływają na niemal każdą funkcję organizmu, między innymi na ośrodkowy układ nerwowy (mózg), narządy wzroku, słuchu, serca, krążenia, trawienia, układ mięśniowo-szkieletowy i układ oddechowy. W najcięższej formie FASD, *Fetal Alcohol Syndrome* (FAS), naukowcy zidentyfikowali 183 różne objawy[6].

Alkoholowy zespół płodowy jest najcięższą formą wad wrodzonych, somatycznych i neurologicznych, wywołanych ekspozycją na alkohol w życiu płodowym[7]. Wiadomo też, że alkohol uszkadza płód bardziej niż jakikolwiek narkotyk. Dlatego wstrząsające jest, że dziecku narażonemu na utratę życia lub uszkodzenie zdrowia nikt nie jest w stanie pomóc, natomiast te, które dopuszczają się tak nieludzkich czynów, są bezkarne. Zadziwiające i jakże wymowne jest i to, że problem ten nie był przedmiotem prac legislacyjnych w Polsce i do chwili naszej konferencji, chyba poza M. Jarząbek-Słobodzian, nie budził zainteresowania polskich prawników.

[5] E. Kaleta, Pijani od urodzenia, http://kobieta.wp.pl/kat,132000,title,Pijani-od-urodzenia,wid,18233627,wiadomosc.html?ticaid=116b5a Zob. także K. Egermeier, Mehr als 400 mögliche Symptome, http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=61588; oraz Over 400 conditions co-occur with Fetal Alcohol Spectrum Disorders (FASD), study finds, http://medicalxpress.com/news/2016-01-conditions-co-occur-fetal-alcohol-spectrum.html

[6] Zob. K. Egermeier, Mehr als 400… oraz Over 400 conditions…

[7] Zob. np. Alkoholowy zespół płodowy, https://pl.wikipedia.org/wiki/Alkoholowy_zesp%C3%B3%C5%82_p%C5%82odowy#Charakterystyka

Przypadki, które opisują media, ukazują też bezradność, a niekiedy pasywność instytucji zobowiązanych do egzekwowania prawa. Bo choć art. 157a § 1 k.k. stanowi, że kto „powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2", lecz zgodnie z jego § 3 nie „podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 1"[8].

Być może dlatego niekiedy prokuratorzy usiłowali i nadal usiłują sięgać w takich sytuacjach po art. 160 § 1 k.k., zgodnie z którym kto „naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3". Ale próby takie prawie zawsze okazywały się nieskuteczne, ich adwersarze podnosili bowiem, iż przepis ten dotyczy człowieka, którym ponoć nie jest dziecko poczęte.

Jeśli dziecko poczęte nie jest człowiekiem, to kim jest? Okazuje się, że wielu znajduje prozaiczną, choć sofistyczną odpowiedź na to pytanie: nie jest człowiekiem. Szczególnej wymowy nabiera ta odpowiedź w ustach tych, którzy mogą je otworzyć być może tylko dlatego, iż ich rodzice nie mieli takiego poglądu jak oni.

Dramat dzieci dotkniętych FAS wykracza poza zdarzenia mające miejsce podczas ciąży. Zdarza się – choć to wydaje się nieprawdopodobne – że ich matki piją alkohol także podczas porodu i połogu, niekiedy nawet ukradkiem na szpitalnych salach. I oczywiście później, o czym informują media, gdy pijana matka wywraca na ulicy wózek z dzieckiem lub wywraca się niosąc dziecko na ręku[9].

[8] Zwróćmy tu uwagę, że zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. z 2015 r., poz. 2086 ze zm.) „dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności". I choć ustawodawca zastrzegł we wskazanym art. 2 ust. 1, iż przytoczone pojęcie dziecka ma walor tylko „w rozumieniu" tej ustawy, ale przecież znajduje się w niej także postanowienie, iż rzecznik praw dziecka „działa na rzecz ochrony praw dziecka, w szczególności […] prawa do życia i ochrony zdrowia […]". Z takiej perspektywy reguła przyjęta w art. 157a § 3 k.k. oraz płynąca stąd bezradność także tego rzecznika, który musi się ograniczyć tylko do działalności informacyjno-edukacyjnej, wobec naruszania prawa do życia lub zdrowia dziecka zagrożonego FAS świadczy o fundamentalnej sprzeczności unormowań w ramach systemu prawa.

[9] Zob. AG, MWL, Białystok: pijana matka upadła niosąc dziecko, http://wiadomosci.onet.pl/bialystok/bialystok-pijana-matka-upadla-niosac-dziecko/ge7mnv oraz M. Partyła, Kompletnie pijana matka przewróciła się na ulicy z niemowlakiem, http://www.rmf24.pl/fakty/polska/news-kompletnie-pijana-matka-przewrocila-sie-na-ulicy-z-niemowlak,nId,1017426, a także LOTA, Katowice: Pijana ciężarna matka wyrzuciła 2-letnią córkę z wózka. Kilka razy, http://www.dziennikzachodni.pl/artykul/890617,katowice-pijana-ciezarna-matka-wyrzucila-2letnia-corke-z-wozka-kilka-razy,id,t.html Zob. również Pijana matka z kilkumiesięcznym dzieckiem chodziła po nocy i dobijała się do drzwi. Szukała koleżanki, http://www.lublin112.pl/pijana-matka-kilkumiesiecznym-dzieckiem-chodzila-nocy-dobijala-sie-drzwi-szukala-kolezanki/ oraz Lublin: Pijana matka podróżowała z 7-miesięcznym niemowlęciem. Miała ponad 2 promile, http://www.lublin112.pl/lublin-pijana-matka-podrozowala-7-miesiecznym-niemowleciem-miala-2-promile/ jak i M. Dragon, Horror za szczebelkami łóżeczka, http://www.nto.pl/magazyn/reportaz/art/4161811,horror-za-szczebelkami-lozeczka,id,t.html

Niekiedy zdarza się, że noworodek ma więcej promili alkoholu we krwi niż jego matka. Dzieje się tak, ponieważ kiedy „kobieta w ciąży pije alkohol, pije również jej nienarodzone dziecko. Zarówno etanol, jak i w wyniku jego rozkładu powstały aldehyd octowy, przechodzi przez łożysko do dziecka. Po krótkim czasie dziecko ma taką samą ilość alkoholu we krwi jak jego matka, lecz jego niedojrzała jeszcze wątroba nie jest w stanie szybko usunąć cytotoksyny, trucizny działającej na komórki. Niezbędne w tym celu enzymy metaboliczne, takie jak dehydrogenaza alkoholowa, znajdują się w małym organizmie w bardzo ograniczonej ilości, albo ich jeszcze w ogóle nie ma. **Tak więc embrion jest około dziesięć razy dłużej narażony na działanie etanolu niż kobieta w ciąży** [podkreślenie nasze]. I w tym właśnie czasie cytotoksyny powodują nieodwracalne uszkodzenia wszystkich narządów, głównie mózgu”[10].

Prof. dr hab. Krzysztof Sodowski, ginekolog, położnik oraz śląski konsultant do spraw perinatologii powiedział: „Jeżeli kobieta uświadomi sobie, że rozwijający się płód ma zupełnie inną tolerancję na alkohol niż dorosły, to zrozumie, że nie tylko wtedy, kiedy się upija, wyrządza krzywdę dziecku. «Funduje» mu chorobę, wypijając nawet drinka czy dwa na imprezie. Bo proszę sobie wyobrazić – jeśli łożysko przepuszcza alkohol całkowicie, to gram alkoholu dla płodu, który waży 200 g, to zupełnie inna dawka niż gram alkoholu dla dorosłej kobiety”[11].

Zjawisko, któremu poświęcamy te rozważania, nie jest niczym nowym. Lecz dopiero dzięki Internetowi uzyskujemy obfity obraz przypadków, w których dochodzi do zagrożenia życia i naruszenia zdrowia dziecka spowodowanego nadużywaniem alkoholu przez jego matkę w okresie ciąży, czasem nawet podczas porodu i połogu.

Przypadki

Lipiec 2007 r. 34-letnia pijana matka urodziła w Sosnowcu pijanego synka, który 12 godzin po urodzeniu miał jeszcze 1,2‰ alkoholu we krwi. Chłopczyka zaraz po przyjściu na świat reanimowano. Miał pojedyncze uderzenia serca. Dostał tylko jeden punkt w skali Apgar[12]. Umieszczono go w podgrzewanym inkubatorze. Nie wykazuje czynności ssania, dlatego jest karmiony pozajelitowo. Niestety u dziecka stwierdzono już pewne zaburzenia

[10] Ch. Hohmann, Wenn das Ungeborene mittrinkt, http://www.pharmazeutische-zeitung.de/?id=3663 (tłum. własne).

[11] E. Twórz, Matka daje zdrowie. I chorobę też? [ZDROWIE], http://www.dziennikzachodni.pl/artykul/7274539,matka-daje-zdrowie-i-chorobe-tez-zdrowie,id,t.html

[12] Skala od 0 do 10 punktów, przyjęta w medycynie w celu określenia stanu noworodka tuż po porodzie (Skala Apgar, https://pl.wikipedia.org/wiki/Skala_Apgar).

neurologiczne, które mogą doprowadzić do urazu mózgu. Kobieta zaraz po porodzie uciekła ze szpitala. Jest matką sześciorga dzieci, które na mocy orzeczenia sądowego zostały jej one odebrane i oddane pod opiekę dziadków[13].

* * *

Kwiecień 2008 r. Beata Z. będąca w szóstym miesiącu ciąży i mająca ponad 3,5‰ alkoholu we krwi, urodziła w melinie syna. Piła wraz z konkubentem i nawet nie zorientowała się, że zaczęła rodzić. Jej konkubent wezwał pogotowie, które po przyjeździe zastało następującą sytuację: niemowlę leżało na brudnej pufie, płacząc z zimna, nagie. Matka usiłowała coś zrobić z pępowiną. Matka i dziecko zostali zabrani do szpitala w Sokołowie Podlaskim. Noworodek jest na oddziale intensywnej terapii. Dziecko było wyziębione i miało niedokrwistość. Ma niecałe 30 cm wzrostu i waży zaledwie 940 gramów[14].

* * *

Pod koniec lipca 2010 r., 31-letnia Maria S. urodziła w karetce pogotowia wcześniaka, dziewczynkę z 4,26‰ alkoholu we krwi. Kobieta przyznała się, że podczas libacji odeszły jej wody płodowe. Zmieniła spodnie i kontynuowała picie, w czym przeszkodził jej poród. W Gdyni, według własnego oświadczenia przebywa od czterech lat i mieszka w bunkrach. Wcześniej urodziła czwórkę dzieci, z których trójka znajduje się w domu dziecka, a jedno w rodzinie zastępczej[15].

* * *

W tym wypadku nie nastąpiło jednak umorzeniu śledztwa, ale tylko dlatego, gdyż udowodniono, że kobieta piła alkohol zarówno przed, jak i po rozpoczęciu akcji porodowej. Proces toczył się trzy lata, także na forum Sądu Najwyższego. Skazano ją na karę 3,5 lat pozbawienia wolności[16].

[13] mon, Będzie areszt dla pijanej matki, http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/bedzie-areszt-dla-pijanej-matki,28048.html

[14] Zob. Niemowlę urodziło się pijane, http://chojnice24.pl/artykul/1813/niemowle-urodzilo-sie-pijane/

[15] Zob. D. Abramowicz, Gdynia: Pijana kobieta urodziła dziecko, które miało we krwi aż 4,26 promila alkoholu, http://www.dziennikbaltycki.pl/artykul/289454,gdynia-pijana-kobieta-urodzila-dziecko-ktore-mialo-we-krwi-az-426-promila-alkoholu,id,t.html

[16] Zob. G. Szaro, Kompletnie pijany noworodek, prawie dwa promile. A matce nic nie grozi?, http://trojmiasto.gazeta.pl/trojmiasto/1,35636,18593600,kompletnie-pijany-noworodek-matce-nic-nie-grozi.html

* * *

We wrześniu 2011 r. w Szpitalu Miejskim w Sosnowcu przyszła na świat – o sześć tygodni za wcześnie – dziewczynka mająca ponad 1,4‰ alkoholu we krwi. W organizmie jej 20-letniej matki stwierdzono ponad 1,6‰ alkoholu. Dziecko miało problemy z oddychaniem. Kobieta pojawiła się w szpitalu w towarzystwie sporej grupy. Wszyscy byli pod wpływem alkoholu. Bawili się na imprezie urodzinowej. I wtedy zaczęła rodzić[17].

* * *

38-letnia Agnieszka K. piła alkohol przed porodem w grudniu 2012 r. U jej synka stwierdzono po urodzeniu 0,9‰ alkoholu we krwi. Miał delirium z typowymi objawami: bezdechem i drgawkami. Kobieta odpowiada za to, że celowo piła alkohol przed porodem[18].

Dwa lata po urodzeniu dziecka sąd rejonowy wydał wyrok uniewinniający. Z relacji dziennikarskiej wiemy, że sędzia uzasadniając werdykt wskazała, iż skutek „pojawił się, kiedy dziecko przyszło na świat, bo tylko wówczas mógł się pojawić", wtedy też dopiero mogło nastąpić odcięcie (!) „dziecka od alkoholu […]". I choć „Agnieszka K. została oskarżona o spowodowanie uszczerbku na zdrowiu w postaci choroby zagrażającej życiu, ale o przestępstwo podjęte przed urodzeniem dziecka, gdy życie i zdrowie dziecka nie było przedmiotem ochrony kodeksowej. – Inne obowiązujące przepisy przewidują ochronę życia i zdrowia dziecka poczętego. Jednak nawet w tych wszystkich przypadkach matka zawsze pozostaje poza odpowiedzialnością karną. Agnieszka K. w świetle polskiego prawa ponosić więc odpowiedzialności nie może"[19].

* * *

W maju 2013 r. ciężarna kobieta zasłabła w sklepie monopolowym w Tomaszowie Mazowieckim. Trafiła do szpitala. Lekarz zawiadomił policję o tym, że na oddziale znajduje się kompletnie pijana 24-letnia kobieta w zaawansowanej ciąży, która rodzi. Badanie krwi wykazało 2,6‰ alkoholu we krwi, noworodek miał w niej 4,5‰[20].

[17] Zob. M. Stańczyk, Tragedia w Skierniewicach. Lekarze mówią o pladze pijanych ciężarnych kobiet, http://wiadomosci.onet.pl/tragedia-w-skierniewicach-lekarze-mowia-o-pladze-pijanych-ciezarnych-kobiet/1hhcl

[18] Zob. B. Rzeczkowska, Urodziła pijane dziecko. W słupskim sądzie trwa proces matki (wideo), http://www.gp24.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20140226/SLUPSK/140229714

[19] Zob. B. Rzeczkowska, Sąd: matka, która urodziła pijane dziecko, jest niewinna (wideo), http://www.gp24.pl/wiadomosci/slupsk/art/4839737,sad-matka-ktora-urodzila-pijane-dziecko-jest-niewinna-wideo,id,t.html

[20] Zob. msies, kan, Noworodek miał 4,5 promila alkoholu we krwi, http://www.tvp.info/11091508/noworodek-mial-45-promila-alkoholu-we-krwi

* * *

Bielsko-Biała, lipiec 2013 r. 33-letnia kobieta będąc pijana urodziła dziecko. Badanie w szpitalu wykazało, że miała prawie 3‰ alkoholu we krwi. Kobieta nie ma stałego miejsca zamieszkania. Jest matką pięciorga innych dzieci. I ona i ojciec jej dzieci są pozbawieni praw rodzicielskich. Rzeczniczka bielskiej policji poinformowała: „W tej sprawie wdrożono postępowanie o czyn z 42rt. 160 kodeksu karnego, w kierunku narażenia dziecka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty zdrowia i życia"[21].

Niecały rok później zapadł w tej sprawie wyrok: rok pozbawienia wolności w zawieszeniu na 3 lata i 800 zł grzywny za narażenie dziecka na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia[22].

* * *

34-czteroletnia kobieta z Biskupca, Dorota T., w lipcu 2013 r. urodziła w domu wcześniaka, chłopca, po czym zostało wezwane pogotowie. W szpitalu w organizmie matki stwierdzono 2,42‰ alkoholu, a u dziecka 2,38‰. Kobieta uciekła ze szpitala. Chłopiec o wadze zaledwie 1,3 kg został umieszczony w szpitalu dziecięcym w Olsztynie. Chłopczyk jest jej siódmym dzieckiem. Po pobycie w szpitalu – tak, jak jego starsze rodzeństwo – znalazł się w rodzinie zastępczej. W marcu 2014 roku rozpoczął się jej proces w Biskupcu[23].

* * *

Tomaszów Mazowiecki. W czerwcu 2014 r. rodzina wezwała do 25-letniej pijanej kobiety będącej w 7 miesiacu ciąży pogotowie. W szpitalu okazało się, że ma ona we krwi 3,6‰ alkoholu[24].

* * *

W październiku 2014 r. do skierniewickiego szpitala trafiła kobieta w 26 tygodniu ciąży mająca prawie 5‰ alkoholu we krwi. Mocno krwawiła z dróg rodnych. Lekarze wydobyli

[21] Zob. M. Fritz, Pijana urodziła na strychu!!, http://www.radiobielsko.pl/news/18494-Pijana-urodzila-na-strychu.html

[22] Zob. Fe, PAP, Urodziła dziecko, będąc pijana. Jest wyrok, http://bielskobiala.gazeta.pl/bielskobiala/1,88025,15678125,Urodzila_dziecko__bedac_pijana__Jest_wyrok.html#ixzz3kU316jkY

[23] Zob. KWP Olsztyn, mor, Policjanci zatrzymali matkę, która urodziła pijane dziecko, Policjanci zatrzymali matkę, która urodziła pijane dziecko – Biskupiec, http://biskupiec.wm.pl/163142,Policjanci-zatrzymali-matke-ktora-urodzila-pijane-dziecko.html#ixzz3kb9IOWNJ

[24] B. Dobrzyńska, Pijana ciężarna w Tomaszowie: Miała 3,6 promila alkoholu w 7. miesiącu ciąży, http://tomaszowmazowiecki.naszemiasto.pl/artykul/pijana-ciezarna-w-tomaszowie-miala-3-6-promila-alkoholu-w-7,2302868,art,t,id,tm.html

jedynie część dziecka, pozostałe części jego ciała znaleziono w pobliżu łóżka w domu kobiety. Dyrektor szpitala J. Sawicki powiedział, że to „dla zdrowej kobiety śmiertelna dawka, a co dopiero dla kobiety w ciąży". Kobieta i jej konkubent zostali aresztowani. Ona pod zarzutem dzieciobójstwa, on – zabójstwa[25].

* * *

W koszalińskim mieszkaniu, podczas imprezy, w której brała udział 28-latka w piątym miesiącu ciąży i trzej mężczyźni, rozpoczął się poród. Dziecko urodziło się żywe. Karetkę wezwano dopiero 3 godziny później. Po przybyciu lekarzy okazało się, że dziecko nie żyje. Matka miała w organizmie 1,2‰ alkoholu. Według wstępnej opinii medycznej, gdyby pomoc przyszła w porę, noworodek mógłby przeżyć. Zdaniem prokuratora do śmierci noworodka przyczyniła się i matka i trzej mężczyźni, którzy nie wezwali pomocy medycznej. Usłyszeli zarzut nieudzielenia dziecku pomocy. Był to już trzeci poród tej kobiety. Dwoje starszych dzieci po urodzeniu zostawiła w szpitalu. Informacje z izby wytrzeźwień, do której trafiała, świadczą o tym, że już w czasie wcześniejszej ciąży piła alkohol[26].

* * *

W sierpniu 2015 r. 34-letnia Agnieszka M., mieszkanka Gdyni, będąca w szóstym miesiącu ciąży, późnym wieczorem wypiła duże ilości alkoholu. Tuż przed północą pojawiły się bóle porodowe. Poród odebrała jej teściowa a następnie zadzwoniła po pogotowie, które przyjechało kilkadziesiąt minut po północy. Dziecko urodziło się żywe, ale z nieodwracalnymi zmianami w mózgu. W szpitalu umieszczono dziewczynkę w inkubatorze i pobrano jej krew do badania. Okazało się, że tak, jak jej matka ma prawie 2‰ alkoholu w organizmie. W rodzinnym pogotowiu gdyńskiego MOPS-u znajduje się roczny synek Agnieszki M., który został jej odebrany, gdy spacerując z nim pijana została przez policję zatrzymana[27].

* * *

W tym samym miesiącu tego samego roku opublikowano informację o 30-letniej kobiecie będącej w ósmym miesiącu ciąży, którą można prawie codziennie zobaczyć w jednej z poznańskich dzielnic, najczęściej pijaną. Pije wszystko, co jej w ręce wpadnie, nawet

[25] Zob. M. Stańczyk, Tragedia w Skierniewicach...
[26] Zob. db//rzw, Pijana urodziła na imprezie. Dziecko umarło. Matka i jej znajomi z zarzutami, http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/pijana-urodzila-na-imprezie-dziecko-umarlo-matka-i-jej-znajomi-z-zarzutami,478629.html
[27] Zob. G. Szaro, Kompletnie pijany…

denaturat. Kilkakrotnie nieprzytomną musiano umieścić w szpitalu, który po wytrzeźwieniu opuszczała. Wraz ze swoim konkubentem skorzystała już z wszystkich placówek dla osób potrzebujących w Poznaniu. Byli z nich wyrzucani za picie alkoholu, narkotyki i rozrabianie. Interweniowała w jej sprawie zarówno straż miejska jak i policja. Rzecznik policji tłumaczy, że nie jest możliwe podjęcie jakichkolwiek działań o charakterze prawnym, ponieważ jej zachowania nie można zakwalifikować jako przestępstwo[28].

We wrześniu 2015 r. urodziła chłopczyka. Obecnie dziecko przebywa w pogotowiu opiekuńczym. Dziecko urodziło się ciężko chore i miało 0,5‰ alkoholu we krwi. Chłopiec ma problemy z oczami – nie wiadomo, czy będzie widział. Cały czas wymaga też rehabilitacji ze względu na napięcie mięśniowe. O tym, że w czasie porodu matka była pijana powiadomił policję szpital. Postawiono jej zarzut narażenia dziecka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu[29].

* * *

W grudniu 2015 r. 30-letnia pijana, mająca we krwi 1,8‰ alkoholu we krwi i będąca w 16. Tygodniu ciąży, znalazła się w szpitalu w Aleksandrowie Kujawskim z powodu krwotoku. Jeszcze tego samego dnia na własne żądanie opuściła szpital, poroniła przy bramie szpitalnej i zniknęła. Płód został zauważony następnego dnia przez kobietę przechodzącą obok szpitala[30].

* * *

W lutym 2016 r. we wsi koło Kamiennej Góry pijana ciężarna opiekowała się czwórką swoich dzieci. Kobieta ma ich już siedmioro, z których dwoje jest w rodzinach zastępczych a jedno przebywa u krewnych. Kobieta miała we krwi 2,7‰ alkoholu[31].

* * *

Maj 2016 r. Matka, która przyszła odwiedzić swoją 28-letnią córkę i 8-letnią wnuczka oraz 1,5-rocznego wnuka zadzwoniła na policję informując, że jej ciężarna córka jest pijana

[28] Zob. epoznan.pl, Ciężarna kobieta upija się do nieprzytomności. Służby: to nie jest karalne, http://wiadomosci.wp.pl/kat,1019407,title,Ciezarna-kobieta-upija-sie-do-nieprzytomnosci-Sluzby-to-nie-jest-karalne,wid,17775629,wiadomosc.html?ticaid=1157ea

[29] Zob. KaT, Poznań: piła w trakcie ciąży, urodziła pijane dziecko. Postawiono jej zarzut, http://epoznan.pl/news-news-63650-Poznan_pila_w_trakcie_ciazy,_urodzila_pijane_dziecko._Postawiono_jej_zarzut

[30] Zob. M. Oberlan, Horror przy szpitalu: płód pod płotem, http://nowosci.com.pl/345817,Horror-przy-szpitalu-plod-pod-plotem.html

[31] Zob. M. Jaksoń, Pijana matka, http://powiatowa.info/wiadomosci/aktualnosci/10659-pijana-matka

i to nie po raz pierwszy. Kobieta była w stosunku do swojej matki i policjantów agresywna. Została umieszczona w policyjnym areszcie a dziećmi zaopiekowała się ich babcia[32].

* * *

W sierpniu 2016 r. 38-letnia pijana urodziła dziecko w lesie koło Leźnicy Wielkiej. Kilkadziesiąt minut po porodzie wraz z pijanym noworodkiem trafiła do szpitala w Łęczycy. U matki stwierdzono 0,4‰ alkoholu we krwi natomiast u dziecka 1,7‰[33].

* * *

Także w sierpniu 2016 r. sąsiedzi wiedzący o tym, że za ścianą mieszka kobieta w ciąży, usłyszawszy płacz dziecka zadzwonili na pogotowie. Pogotowie do szpitala zabrało matkę i noworodka. Dziecko po urodzeniu miało 1,7‰ alkoholu we krwi a matka dwa razy tyle. Nazajutrz matka na własne żądanie wypisała się ze szpitala. Nie wiadomo gdzie przebywa. Jest poszukiwana przez policję[34].

* * *

Od czerwca do września 2016 r. łódzkie pogotowie udzieliło pomocy kilku ciężarnym pacjentkom będącym pod wpływem alkoholu[35].

* * *

23-letnia Wioleta K. mając w organizmie ponad 3‰ alkoholu urodziła w Ostródzie dziecko. U dziecka stwierdzono 1,7‰ alkoholu we krwi[36].

W szpitalu na Pomorzanach w Szczecinie pijana kobieta urodziła dziewczynkę, u której wykryto 1‰ alkoholu we krwi. Dziecko ważyło niecałe 2 kg i zostało umieszczone w inkubatorze[37].

[32] Zob. B. Wojsa, Pijana matka zajmowała się dziećmi. Była w ciąży, http://jastrzebiezdroj.naszemiasto.pl/artykul/pijana-matka-zajmowala-sie-dziecmi-byla-w-ciazy,3730376,art,t,id,tm.html

[33] Zob. J. Kosmatka, Pijana matka urodziła dziecko w lesie w Leźnicy Wielkiej. Trafiła do szpitala w Łęczycy, http://www.gazetalubuska.pl/polska-i-swiat/a/pijana-matka-urodzila-dziecko-w-lesie-w-leznicy-wielkiej-trafila-do-szpitala-w-leczycy,10573482/

[34] Zob. M. Weiss, Pijana matka urodziła pijane dziecko, http://www.gloswielkopolski.pl/wiadomosci/wielkopolska/a/pijana-matka-urodzila-pijane-dziecko,10533226/

[35] Zob. A. Jędrzejczak, Pijane ciężarne rodzą pijane dzieci. Łódzkie pogotowie ma coraz więcej takich zgłoszeń, http://www.dzienniklodzki.pl/zdrowie/a/pijane-ciezarne-rodza-pijane-dzieci-lodzkie-pogotowie-ma-coraz-wiecej-takich-zgloszen,10598977/

[36] KPP Ostróda, Ostróda: Urodziła dziecko, które miało 1,7 promila alkoholu, http://lublin.com.pl/artykuly/pokaz/19316/ostroda,urodzila,dziecko,ktore,mialo,17,promila,alkoholu/

26-letnia kobieta z Lublina, będąca w piątym miesiącu ciąży została zatrzymana po dokonaniu rozboju. We krwi miała 3,4‰ alkoholu[38].

W Ostrowcu Świętokrzyskim pijana do nieprzytomności kobieta w wysokiej ciąży spała na trawniku przed sklepem spożywczym[39].

Pijana ciężarna 37-latka trafiła do szpitala w Szczytnie. Po porodzie okazało się, że jej dziecko ma ponad 2‰ alkoholu we krwi[40].

34-letnia ciężarna, opiekująca się trójką swoich dzieci nie otworzyła drzwi kuratorowi sądowemu, w związku z czym zawiadomił on policję. Okazało się, że kobieta miała w wydychanym powietrzu 2,5 ‰ alkoholu[41].

28-letnia kobieta mająca ponad 3‰ alkoholu we krwi urodziła martwe dziecko. Dziecko nie żyło już od kilku tygodni[42].

24-letnia kobieta urodziła w Zgierzu dziecko. Oboje ona mieli we krwi prawie po 3‰ alkoholu we krwi[43].

W Łęczycy 38-latka urodziła dziecko mające 2,7‰ alkoholu we krwi. Po porodzie uciekła ze szpitala[44].

W Gołdapi 21-letnia kobieta przedwcześnie urodziła dziewczynkę. Miała 2,5‰ alkoholu we krwi. Pijane urodziło się również dziecko[45].

Pijana ciężarna 37-latka spod Szczytna urodziła dziecko, które miało niemal 2,5‰ alkoholu w organizmie. Sprawą zajęła się prokuratura. To jej szóste dziecko. Ma ograniczoną władzę rodzicielską, a dzieci zostały jej odebrane[46].

---

[37] A. Wirwicka, Szczecin: Pijana matka na porodówce. Noworodek z promilem alkoholu we krwi, http://wiadomosci.onet.pl/szczecin/szczecin-pijana-matka-na-porodowce-noworodek-z-promilem-alkoholu-we-krwi/q8wdnx

[38] KWP w Lublinie / MS, Nietrzeźwa w ciąży dokonała rozboju, http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/65816,Nietrzezwa-w-ciazy-dokonala-rozboju.html

[39] redakcja, Ciężarna pijana w sztok leżała na trawniku, http://ostrowiecswietokrzyski.naszemiasto.pl/artykul/ciezarna-pijana-w-sztok-lezala-na-trawniku,2555650,art,t,id,tm.html?sesja_gratka=a1d18b0574276e45dfac4ac11024c766

[40] Zob. E. Potocka, Bezkarność przyszłej mamy. Coraz więcej przypadków pijanych noworodków, http://wiadomosci.onet.pl/trojmiasto/bezkarnosc-przyszlej-mamy-coraz-wiecej-przypadkow-pijanych-noworodkow/2cfjw0

[41] Zob. tr, W Zielonej Górze kompletnie pijana ciężarna 34-latka opiekowała się trójką dzieci, http://www.gazetalubuska.pl/wiadomosci/zielona-gora/art/7817647,w-zielonej-gorze-kompletnie-pijana-ciezarna-34latka-opiekowala-sie-trojka-dzieci,id,t.html

[42] Zob. Gazeta Wyborcza/Rynek Zdrowia, Zgierz: pijana ciężarna urodziła martwe dziecko, http://www.rynekzdrowia.pl/Serwis-Ginekologia-i-poloznictwo/Zgierz-pijana-ciezarna-urodzila-martwe-dziecko,165549,209.html

[43] Zob. Dst, Kolejny pijany noworodek. Miał 3 promile!, http://www.se.pl/wiadomosci/polska/kolejny-pijany-noworodek-mial-3-promile_887188.html

[44] Zob. *Ibidem.*

[45] ZPL, Szok w Gołdapi! Pijana w sztok 21-latka urodziła pijane dziecko, http://www.se.pl/wiadomosci/polska/szok-w-goldapi-pijana-w-sztok-21-latka-urodzila-pijane-dziecko_614808.html

Pijane małżeństwo zostało zatrzymane w Parku Staszica we Wrocławiu. Okazało się, że kobieta jest w piątym miesiącu ciąży. Miała w wydychanym powietrzu 2‰ alkoholu[47].

32-letnia kobieta, mieszkanka Oświęcimia, była w czasie ciąży stale pijana. Kiedy rodziła miała 4,9‰ alkoholu we krwi[48].

29-letnia Weronika P. przez cały okres ciąży piła alkohol. Dziecko, które urodziło się, miało we krwi 1,6‰ alkoholu oraz zaburzenia oddychania i krążenia[49].

Pijana 23-letnia ciężarna z Jawora z trudem trzymająca się na nogach, stała tuż przy jezdni z wózkiem, w którym siedział jej 15-miesieczny synek. Po zbadaniu krwi okazało się, że ma ona w organizmie 4‰ alkoholu[50].

W Katowicach 36-letnia pijana kobieta w piątym miesiącu ciąży wyszła na zakupy z dwuletnią córeczką. W drodze do sklepu dziecko kilkakrotnie wypadło jej z wózka na chodnik. Kobieta miała prawie 3‰ alkoholu we krwi[51].

W Brzegu nad Odrą 29-letnia kobieta mająca we krwi ponad 1,5‰ alkoholu urodziła wcześniaka, który był w stanie upojenia alkoholowego[52].

Do szpitala w Olecku trafiła 21-letnia kobieta mająca 2,5‰ alkoholu we krwi. W domu urodziła przedwcześnie córeczkę[53].

FAS w wypowiedziach osób mających zawodowo styczność z pijącymi ciężarnymi

Położna z 29-letnim stażem w zawodzie: kiedy „do porodu przychodzi pijana kobieta, czujesz gniew i chęć sprawiedliwości. Za krzywdę dziecka, którego matka z własnej woli skazuje na kalectwo, uszkodzenia mózgu i przegrane życie. Jesteś zła na babsztyla, a tu musisz zachować się profesjonalnie i okazać szacunek! Jako pacjentce. A co z maluchem?

[46] Zob. M.K., Pijana matka urodziła pijane dziecko, http://tygodnik.szczytno.pl/aktualnosci-szczytno/items/pijana-matka-urodzila-pijane-dziecko.html

[47] Zob. M. Rybak, Wrocław: Pijana matka w ciąży trafiła na komisariat, http://www.dziennikzachodni.pl/artykul/119562,wroclaw-pijana-matka-w-ciazy-trafila-na-komisariat,id,t.html?cookie=1

[48] Zob. mon, Pijana oświęcimianka urodziła pijane dziecko, http://www.gazetakrakowska.pl/artykul/648431,pijana-oswiecimianka-urodzila-pijane-dziecko,id,t.html?cookie=1

[49] Zob. E. Potocka, Bezkarność przyszłej mamy...

[50] Zob. J. Czaplicka, Ciężarna, kompletnie pijana matka opiekowała się 15-miesięcznym synkiem, http://www.legnica.fm/wiadomosci/wiadomosci-fakty/19-fakty-jawor/12865-ciezarna-kompletnie-pijana-matka-opiekowala-sie-15-miesiecznym-synkiem

[51] Zob. LOTA, Katowice: Pijana ciężarna…

[52] Zob. sxc, Pijana matka urodziła dziecko. Noworodek miał alkohol we krwi!, http://www.nto.pl/wiadomosci/brzeg/art/4168727,pijana-matka-urodzila-dziecko-noworodek-mial-alkohol-we-krwi,id,t.html

[53] Zob. eos, Kompletnie pijana 21-latka urodziła w domu dziecko. Noworodek też miał alkohol we krwi, http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/olecko-pijana-21-latka-urodzila-w-domu-pijane-dziecko,546912.html

Żadna «mamusia» wtedy nie myśli. Alkoholizm to choroba, wiem i nie raz widziałam co robi z ludźmi. Ale jeśli chodzi o dzieci nie mogę zrozumieć i znaleźć w sobie siły, żeby milczeć i zachować dystans. Na pytanie, dlaczego skazuje swoje dziecko na upośledzenie, słyszę: piję bo chcę, to nie pani sprawa! Masz ochotę przywalić w ten głupi łeb, aż poszłoby echo. Niestety prawo chroni takiego koczkodana. A szkoda! […] Noworodki, które podczas ciąży były narażone na toksyczny wpływ alkoholu, rodzą się mniejsze, słabsze. Już w pierwszych chwilach zauważa się zaburzenia oddechu, słabą żywotność, inne cechy zewnętrzne charakterystyczne dla zespołu FASD. My mamy je tylko przez dwie godziny, jeśli nie wymagają od razu terapii. Nie chcą ssać piersi, jeśli weźmie się je na ręce, zwisają jak szmaciana lalka. Nie bronią się krzykiem, nie protestują. Leżą na pieluchach i wiesz, że już mają tego świata dość, to nie radosne narodziny, to początek ciernistej drogi. Kto będzie ich adwokatem, przyjacielem, obrońcą? Pijana mamusia? […] Czasami zawijam w pieluch maluszka i zastanawiam się czy ktoś upomni się za jego krzywdę? Chociaż żadna kara nie zmieni jego startu życiowego"[54].

Karolina Kałkowska prowadzi pogotowie rodzinne w swoim domu. Mówi: patrzę „na tego maleńkiego chłopca i myślę, że wszystko mogło być inaczej. […] Trafiają do mnie niechciane dzieci, pozostawione w szpitalach, oddawane do okien życia. Te zdrowe właściwie natychmiast znajdują rodziny adopcyjne. Tych chorych, niepełnosprawnych nikt nie chce. A Mikołaj nie musiał urodzić się chory. To nie przypadek, czy ślepy los zgotował mu te choroby, tylko własna matka. […] Najgorsze dla mnie jest to, że takie dzieci będą cierpiały do końca życia tylko dlatego, że matka nie mogła przez te parę miesięcy wytrzymać bez alkoholu. […] Dla tej kobiety to tylko kilka miesięcy, dla dziecka to całe życie"[55].

[54] Piję bo chcę, http://polozna.blog.pl/2013/05/16/pije-bo-chce/

[55] M. Żbikowska, Picie alkoholu w ciąży nie jest przestępstwem, http://www.gloswielkopolski.pl/artykul/9081718,picie-alkoholu-w-ciazy-nie-jest-przestepstwem,3,id,t,sa.html Zdarzają się jednak i takie historie: „Wiedziałam, że nigdy nie będę mogła urodzić własnego dziecka – wspomina pani Agata, mama Karoliny. – Od razu myśleliśmy o adopcji. Karolinka była maleńka i śliczna, zakochaliśmy się w niej od pierwszego wejrzenia. Wtedy dowiedzieliśmy się, że ma FAS – alkoholowy zespół płodowy. Miała rozwijać się wolniej i nigdy nie osiągnąć pełnej samodzielności. Po rozmowie z lekarzem wróciliśmy do domu, nie wiedząc, co robić dalej. Nie czułam się na siłach zajmować się chorym dzieckiem, ale jednocześnie wciąż widziałam jej oczy. Mąż tłumaczył, że nie damy rady. Że nie wiadomo, czego się możemy po niej spodziewać. Że będziemy więcej płakać, niż się cieszyć. Że to nie jest kwestia jakiejś rehabilitacji czy leków, ale ogólnego opóźnienia, problemów emocjonalnych, że to oznacza same kłopoty przez całe życie. Wiedziałam, że ma rację, ale nie chciałam tego słuchać. Uparłam się. Sama chodziłam odwiedzać Karolinkę. Kochałam ją mimo wszystko. Prawie rok trwało, zanim mąż się zgodził. Nie był przekonany, ale się zgodził. Powoli się z nią oswajał, jakby się bał ją kochać. Dziś Karolinka jest już studentką. Tak, wiem, że trudno w to uwierzyć. Nie powinna dać sobie rady, jest przecież dzieckiem z FAS. Nie jest tak bystra, jak niektórzy jej rówieśnicy. Trudno jej się skupić, wszędzie chce być na pierwszym miejscu, nie zawsze zdaje sobie sprawę z tego, że jest gdzieś niechciana albo że z niej kpią. Ale sobie radzi. Jest uparta. Studiuje zaocznie. Geografię, bo to zawsze ją interesowało. Nie jest orłem, ale ma satysfakcję, że przekracza kolejną granicę. Kiedy jest jej ciężko, zaczyna śpiewać. Chodzi po domu i śpiewa. Patrzę na nią i myślę, że dwadzieścia lat temu zaprosiliśmy do domu najlepszą nauczycielkę życia. Zapłaciliśmy za tę naukę wieloma upokorzeniami, niezrozumieniem ze

Anna Włodarczyk, terapeutka uzależnień i psycholog „widziała niejedno takie stworzenie: nadpobudliwe, nieporadne, nieprzystosowane społecznie, z oznakami debilizmu, nierozgarnięte, permanentnie zalęknione. Bez perspektyw na przyszłość, na normalne życie. Tak FAS objawia się u starszych ofiar swoich pijanych matek. A co z młodszymi? – Nadmiernie się pocą, są niespokojne, kwilą, wiercą się i kręcą. Zdają się krzyczeć: daj mi alkoholu […]", to „nic innego, jak wszelkie objawy odstawienia. Takie, jakiemu musi stawić czoła uzależniony podczas terapii w ośrodku"[56].

Maria Lepucka, położna: „Kompletnie pijana kobieta, rodziła dziecko miotając groźbami i wulgaryzmami. Kiedy przyszła na blok porodowy, z trudem trzymała się na nogach, ale uparcie twierdziła, że nie piła alkoholu przez cała ciążę, ani kropelki. Wokół niej unosiła się chmura alkoholowego aromatu…". Inna pijana „rodząca zarzekała się, że nie pije, nie jest alkoholiczką i zależy jej na dziecku, a my robimy z niej idiotkę. Groziła, że poda wszystkich do sądu. Wymiotowała w toalecie, nie reagowała na to, co się do niej mówi, krzyczała. Prawdopodobnie nie była nałogową alkoholiczką, po prostu piła alkohol w ciąży, nie zważając na jego szkodliwy wpływ na dziecko lub nie zdając sobie z niego do końca sprawy. Dziecko urodziło się malutkie, niedojrzałe, niedotlenione, wiotkie. Nie oddychało i wymagało reanimacji. Otrzymało 3 punkty w skali Apgar i trafiło do inkubatora w oddziale patologii noworodka. Raczej nie ma szans na normalne życie. Sprawą zajęli się pracownicy socjalni"[57]. Pierwsza, ze wspomnianych przez M. Lepucką kobiet „miała bardzo duży problem – szkodliwy i wyniszczający nałóg. Dlaczego jednak po alkohol w ciąży sięgają kobiety, które nie mają problemu alkoholowego? To zdecydowanie trudniej zrozumieć. Próbowałam na wszelkie sposoby, jednak wciąż nie potrafię"[58].

„Sąsiedzi mnie powiadomili, więc przyszłam – opowiada Gabriela Frankowska z Ośrodka Opieki Społecznej w Nysie. – Oczywiście najpierw zaprzeczyła, że coś piła. Później już tylko usprawiedliwiała się, że piwo to żaden alkohol. Żadnej skruchy, żadnego

strony nauczycieli i sąsiadów, odrzuceniem, skargami – ludzie często myśleli, że ona jest niegrzeczna albo leniwa. Zapłaciliśmy wielką cenę, ale uczymy się od niej, że z własnym życiem naprawdę można zrobić wielkie rzeczy, jeśli się tego bardzo chce. Patrzę na Karolinę i myślę, jaki miała start – i dokąd doszła. A skoro jej się udało, to jak inni mogą się poddawać? Może to zabrzmi okrutnie, ale ja teraz Panu Bogu dziękuję, że dał nam Karolinę, że dał nam Karolinę właśnie taką, chorą. Że jej matka jej nie zabiła, chociaż nie chciała i nie mogła sama się nią zająć. Dziękuję Panu Bogu, bo dzięki nam Karolina jest szczęśliwa, a my dzięki niej – silniejsi i mądrzejsi. Czy bez niej nie byłoby mi łatwiej? Czy nie chciałabym żyć bez niej? Nie. Po prostu: nie" (M. Białkowska, Niepełnosprawny ma prawo żyć, https://www.przewodnik-katolicki.pl/Archiwum/2012/Przewodnik-Katolicki-45-2012/Rodzina/Niepelnosprawny-ma-prawo-zyc).

[56] K. Bochenek, Urodziła dziecko po pijaku. Noworodek też był pijany, http://www.wspolczesna.pl/magazyn/art/5721568,urodzila-dziecko-po-pijaku-noworodek-tez-byl-pijany,id,t.html

[57] M. Lepucka, Pijana rodząca, http://www.feminasum.pl/blog/pijana-rodzaca/

[58] M. Lepucka, Pijana rodząca…

wstydu, wyobraźni. Dla alkoholiczek ciąża nie jest wystarczającą motywacją, aby odstawić trunki. Tym bardziej trudno spodziewać się, że przestaną pić po rozwiązaniu. Karmią więc te swoje pijane maleństwa piersią, utrzymując je na nieprzemijającej fazie. Zdarza się, że upajanie kończy się tragedią. Taką jak ta w Nysie, kiedy pod opiekę neonatologa trafił 10-miesięczny chłopiec z przepalonym od alkoholu przełykiem i marskością wątroby. Nie przeżył"[59].

„One nigdy nie są szczere. Z alkoholem jest tak samo jak z papierosami: jak pytamy «ile», zwykle kłamią – dodaje Witold Lesisz, ginekolog-położnik z Nysy. – Szkoda tylko, że nie zdają sobie sprawy z tego, że paląc i pijąc – zabijają swoje dzieci. A w najlepszym wypadku narażają je na dożywotnie kalectwo i dystrofię"[60].

Przywołany już prof. K. Sodowski wyjaśnia, że „przypadki, o których mówimy, to jest margines społeczny i my niestety do tych osób nie mamy żadnego sposobu dotarcia. Bo to są kobiety, które nie chodzą ani do szkół rodzenia, ani nawet do ginekologa na obowiązujące comiesięczne wizyty. Mam wrażenie, że tym akurat paniom nie zależy, żeby urodzić zdrowe dziecko"[61].

Psycholog E. Dobosz: „Większość dzieci z FAS żyje w rodzinach adopcyjnych, zastępczych lub domach dziecka. […] A to oznacza, że na zaburzenia związane z FAS nakładają się inne problemy, choroby wynikające z zaniedbań w pierwszych miesiącach życia, ale też np. zespół zaburzeń więzi, typowy dla dzieci, które wychowują się z dala od matki, przeżyły rozstanie z nią, a potem ich opiekunowie często zmieniali się jak w kalejdoskopie. Bywa więc, że nie sposób stwierdzić, które zachowanie wynika z FAS, które z zaburzeń więzi itp."[62]

Położna K. Sandurska prowadzi w Zielonej Górze szkołę rodzenia. Mówi, że problem „ciężarnych, które piją, rzeczywiście istnieje. Takie kobiety nie przychodzą jednak do szkół rodzenia. To przeważnie kobiety ze środowisk patologicznych. Przychodzą na pewno ciężarne, które palą. A to również szkodzi dziecku, którego mózg i organy wewnętrzne mogą się gorzej rozwijać, podobnie jak w przypadku picia przez kobietę alkoholu w czasie ciąży, czy brania narkotyków"[63].

„Tomasz Kajl, psycholog i psychoterapeuta z Wojewódzkiego Ośrodka Leczenia Uzależnień w Łodzi, przyznaje, że na terapię do niego trafia średnio od dwóch do pięciu

[59] K. Bochenek, Urodziła dziecko…
[60] K. Bochenek, Urodziła dziecko…
[61] E. Twórz, Matka…
[62] FAS, http://www.medonet.pl/ciaza-i-dziecko/co-musisz-wiedziec,fas,artykul,1620001.html
[63] M. Szczęch, T. Krupa, Pijana na porodówce, http://zielonagora-nowasol.regionalna.pl/ps-44178-pijana-na-porodowce/

ciężarnych kobiet w miesiącu. – Wiele ciężarnych kobiet uważa, że piwo to nie alkohol. A to już pierwszy krok do uzależnienia – mówi Kajl. – Dlaczego w ogóle przyszłe matki sięgają po kieliszek? Przede wszystkim dlatego, że mają problemy w rodzinie. I to wcale nie dotyczy patologicznych środowisk. Często są to wykształcone, dobrze zarabiające kobiety. Na terapię przyprowadza je zdesperowana rodzina. Z własnej woli przychodzą bardzo rzadko. Często problem z alkoholem wychodzi na jaw, gdy są w drugiej albo trzeciej ciąży"[64].

Dr n. med. M. Klecka mówi: znam „mamę takiego dziecka, niepijącą alkoholiczkę, która dosadnie podsumowała sytuację dzieci z FAS w Polsce. Ona jako alkoholiczka otrzymuje darmową pomoc od państwa, a jej dziecko uszkodzone przez jej picie, nie otrzymuje żadnej pomocy. Należy pamiętać, że FAS jest uszkodzeniem mózgu, taka osoba potrzebuje wsparcia. Historie dorosłych osób z FAS bywają dramatyczne. Między innymi dlatego, że często błędnie odczytują intencje, są łatwowierni, łatwo padają ofiarami grup przestępczych"[65].

Doktor J. Lasota, ordynator oddziału położniczo-ginekologicznego szpitala im. Rydygiera w Łodzi, mówi o pladze pijanych ciężarnych, które trafiają do szpitala i nawet tam piją po kryjomu alkohol przelany do butelek po innych napojach. „Na nasz oddział trafiła ostatnio ciężarna dziewczyna, która miała 3,1‰ alkoholu w organizmie. Była w stanie upojenia alkoholowego. Co więcej, w takim stanie trafiła tutaj już kolejny raz"[66].

Lekarze Oddziału Ginekologii i Położnictwa szpitala na Parkitce w Częstochowie informują, że coraz więcej kobiet ciężarnych, będących pod wpływem alkoholu trafia na ich oddział. Niemało z nich ma sporo promili we krwi[67].

Bogna Bartkiewicz, rzecznik Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie powiedziała na początku 2016 r., że w „poprzednich latach statystyki «pijanych porodów» były zatrważające. Rocznie do szpitala na Pomorzanach w Szczecinie trafiało od kilku do kilkunastu nietrzeźwych matek"[68].

Dyrektor nyskiego szpitala N. Krajczy, ginekolog-położnik: mamy „nawet stałą klientkę, która co jakiś czas rodzi dziecko, oddaje je, po czym znów idzie odpracować swoje

[64] A. Jasińska, Połowa ciężarnych w Łódzkiem codziennie zagląda do kieliszka, http://lodz.naszemiasto.pl/artykul/polowa-ciezarnych-w-lodzkiem-codziennie-zaglada-do-kieliszka,573340,art,t,id,tm.html

[65] E. Kaleta, Pijani od urodzenia…

[66] Zob. M. Stańczyk, Tragedia w Skierniewicach…

[67] Zob. RaK, Coraz więcej pijanych częstochowianek w ciąży, http://www.wczestochowie.pl/artykul/17286,coraz-wiecej-pijanych-czestochowianek-w-ciazy

[68] A. Wirwicka, Szczecin: Pijana matka …

przy wylocie na autostradę. Oczywiście zwykle towarzyszy jej alkohol, chociaż pijana do porodu nigdy nie przyszła"[69].

Jakże wymowną jest refleksja dr P. Jóźwiaka, gdy zauważa: „Mamy kodeks karny, który chroni np. niewielkie pomniki czy znaki graniczne, za których zniszczenie lub znieważanie można zostać ukaranym. Oczywiście są to czyny zasługujące na potępienie, jednak wyczuwam tutaj dysonans. Z drugiej strony nie chronimy bowiem zdrowia czy życia dziecka poczętego, które moim zdaniem przedstawia wartość wyższą niż pomnik czy znak graniczny. Pewne proporcje są tutaj ewidentnie zachwiane […]"[70].

I jak odmienną od przytoczonych jest stanowcza teza psycholog T. Ostaszewskiej-Mosak: „nikt nie może odmówić kobiecie podania alkoholu. – To o jeden krok za daleko. Jeżeli jest pełnoletnia, ma ochotę napić się wina – nikt nie ma prawa jej tego odmówić […]. Wygląda to jak traktowanie kobiety w ciąży jako osoby niemogącej stanowić o swoim losie – a przecież to tylko i wyłącznie jej decyzja"[71].

Eksperyment

Ewelina Suska, doktorantka, w ramach pisanej na Uniwersytecie Medycznym w Poznaniu pracy doktorskiej udawała, że jest w wysokiej ciąży chcąc sprawdzić, jak ludzie reagują na widok ciężarnej palącej w miejscu publicznym papierosy lub pijącej alkohol.

Nie miała problemu z zakupem alkoholu w sklepach. W barach nie odmawiano podania jej alkoholu. Barmanami w tych lokalach były zarówno kobiety jak i mężczyźni.

„W sumie mojemu badaniu zostało poddanych 400 osób. Żadna nie zwróciła mi uwagi, że kobieta w ciąży nie powinna palić papierosów i pić alkoholu. […] Przeprowadziłam także sondę uliczną, w której pytałam ludzi, jak zachowaliby się w sytuacji, gdyby zobaczyli kobietę ciężarną z papierosem albo piwem. Niemal wszyscy zapewniali, że na pewno zwróciliby uwagę, że szkodzi swojemu dziecku. Na 100 osób tylko dwie przyznały, że bałyby się zwrócić komuś obcemu uwagę z obaw przed wyzwiskami, że to nie ich sprawa – opowiada doktorantka. […] Norma niewtrącania się w cudzą prywatność ma się w Polsce świetnie i często zwycięża, chociaż kłóci się ze świadomością szkodliwości picia alkoholu i palenia tytoniu przez panie w ciąży – komentuje eksperyment dr Hanna Hamer, psycholog z Uniwersytetu SWPS. – Generalnie wiemy jak należałoby zareagować – stąd deklaracje

[69] K. Bochenek, Urodziła dziecko…
[70] E. Potocka, Bezkarność przyszłej mamy...
[71] Zob. K. Romanowska, Kobiety, które piją w ciąży, http://kobieta.onet.pl/dziecko/ciaza-i-porod/kobiety-ktore-pija-w-ciazy/5w7bt

interwencyjne – ale kiedy trzeba zareagować, stojąc z kimś twarzą w twarz, wolimy uniki i tradycyjnie pojmowaną uprzejmość”[72].

Tę opinię potwierdza dr n. med. Małgorzata Klecka, specjalistka diagnostyki FAS/FASD, gdy stwierdza, że wszyscy „się oburzają, kiedy rodzą się pijane noworodki. Nikogo nie bulwersuje jednak fakt, że matka upijała regularnie swoje dziecko przez dziewięć miesięcy i nic nie można było z tym zrobić”[73].

Występowanie FAS i FASD[74]

Rokrocznie rodzi się w Polsce około 9 tysięcy dzieci mających zaburzenia rozwojowe spowodowane kontaktem z alkoholem w okresie płodowym, wśród nich 300 jest w chwili porodu pijanych. Dzieci z pełnoobjawowym FAS rodzi się dużo więcej niż z zespołem Downa (z FAS troje na tysiąc żywo urodzonych, z zespołem Downa jedno na siedemset). Zaburzenia te są najczęstszą znaną przyczyną upośledzenia umysłowego. Wyniki badań wykazały, że średnia ilorazu inteligencji (IQ) pacjentów z FAS wynosi poniżej 70 punktów (za średnią inteligencję uważa się wartości IQ między 91 i 100).

Dziesięć razy więcej dzieci rodzi się z innymi zaburzeniami rozwojowymi spowodowanymi alkoholem klasyfikowanymi jako FAE (*Fetal Alcohol Efect*). „Zespół FAE, określany czasami jako niepełnoobjawowy FAS, występuje znacznie częściej niż FAS, lecz jest od niego trudniej rozpoznawany, bowiem w niewielkim stopniu dotyczy dwóch pierwszych kryteriów diagnostycznych [czyli pre- i postnatalnego opóźnienia wzrostu, małogłowia oraz charakterystycznych anomalii w budowie twarzy – uwaga nasza]. Patologia w zespole FAE odnosi się głównie do zaburzeń psychicznych i intelektualnych dziecka, które mogą być właściwie ocenione dopiero w wieku szkolnym. Współczynnik IQ u dzieci z FAE może być nieznacznie większy od 70 punktów”[75].

[72] Z. Kubiak, A Ty co byś zrobił, gdyby kobieta w ciąży poprosiła cię o papierosa albo piwo?, http://wiadomosci.wp.pl/kat,1019407,title,A-Ty-co-bys-zrobil-gdyby-kobieta-w-ciazy-poprosila-cie-o-papierosa-albo-piwo,wid,18158901,wiadomosc.html?ticaid=118660

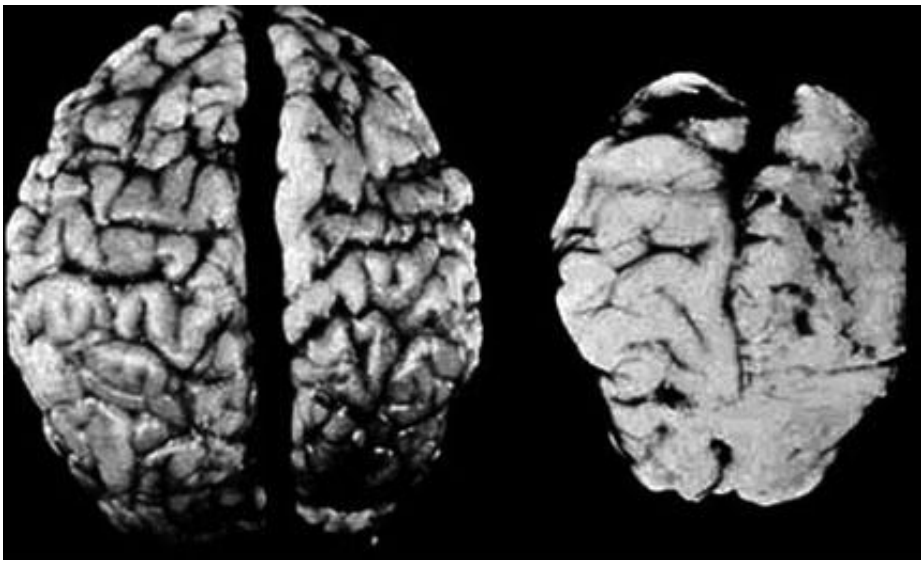
[73] K. Bartman, Zakaz sprzedaży alkoholu dla ciężarnych, http://kobieta.dziennik.pl/dziecko/artykuly/120047,zakaz-sprzedazy-alkoholu-dla-ciezarnych.html

[74] „W większości krajów FASD nie jest rozpoznawany przez pracowników służby zdrowia”, mówi profesor dr Swietłana Popova z Centrum Uzależnień i Zdrowia Psychicznego (CAMH) w Toronto. Jednym z powodów nieuznawania FASD jest to, że pomimo zbieranych przez ponad 40 lat dowodów, FASD nie jest oficjalnie uznany za diagnozę medyczną. Po wielu staraniach FASD został ujęty w *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, piątej edycji (DSM-5) w 2013 roku, ale jedynie jako aneks nakazujący dalsze badania. Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób (ICD) uznaje jako jednostkę chorobową tylko *Fetal Alcohol Syndrome* (zob. Fetal Alcohol Spectrum Disorders (FASD): An under-recognized issue that may be on the rise, http://medicalxpress.com/news/2014-03-fetal-alcohol-spectrum-disorders-fasd.html).

[75] E. Czech, M. Hartleb, Poalkoholowe uszkodzenia płodu jako niedoceniana przyczyna wad rozwojowych i zaburzeń neurobehawioralnych u dzieci, http://alkoholizm.eu/pub/poalkoholowe_uszkodzenia.pdf

„W Polsce nie ma żadnego systemu diagnozy i pomocy dla dzieci z FASD. Dane pochodzące z badań szacunkowych pokazują, że w Europie FASD jest najbardziej rozpowszechnionym schorzeniem neurorozwojowym. Dotyczy ono około 1% wszystkich urodzonych dzieci […]. Badania epidemiologiczne dotyczące FASD w Polsce przeprowadziła Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, w ramach projektu ALICJA. Pokazały one, że zaburzenia neurorozwojowe wynikające z picia alkoholu przez matkę w czasie ciąży dotyczą nie mniej niż 2% dzieci w wieku 7-9 lat"[76].

„Nowatorskie badania na temat wpływu alkoholu na mózg zarówno osób dorosłych, jak i u dzieci, których matki spożywały alkohol w czasie ciąży, prowadzone są przez prof. Andrzeja Urbanika w Katedrze Radiologii Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Jakie są wyniki badań? Zatrważające! Najwięksi sceptycy, którzy twierdzą, że «trochę wina nie zaszkodzi», milkną, gdy widzą zestawione zdjęcia tomograficzne – mózgu zdrowego dziecka i mózgu dziecka z FAS"[77].



„Efekt teratogennego działania alkoholu na płód". Po lewej mózg dziecka zdrowego, po prawej mózg dziecka z FAS/E „(źródło: Fotografia z kliniki dr Sterling Clarren, University of Washington, Seattle)" [78]

„Alkohol przenika też do układu rozrodczego rozwijającego się dziecka, więc kolejne pokolenie również będzie obciążone genetycznie chorobą alkoholową – przestrzega profesor

[76] Fundacja EY, Zrozumieć dziecko z FASD, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:s34YYGD3TaQJ:ey.media.pl/file/attachment/780533/9e/fundacja_ey_broszura_fasd.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=at

[77] ap, Piłam ALKOHOL w CIĄŻY. Skutki picia alkoholu w ciąży, http://www.poradnikzdrowie.pl/ciaza-i-macierzynstwo/ciaza/pilam-alkohol-w-ciazy-skutki-picia-alkoholu-w-ciazy_36233.html

[78] A. Korcala-Wichary, FAS i FTS, https://sknzp.wum.edu.pl/sites/sknzp.wum.edu.pl/files/fas_i_fts.pdf

Ewa Gulczyńska, kierownik kliniki neonatologii w Instytucie Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi"[79].

Doktor Joanna Kitlinska, adiunkt w Zakładzie Biochemii i Biologii Molekularnej i Komórkowej w Georgetown University Medical Center informuje, iż nowe badania wykazują powiązania między piciem alkoholu przez ojca i potencjalnymi wadami wrodzonymi ich dzieci, w tym zaburzeniami *Fetal Alcohol Spectrum Disorder* (FASD). Wskazuje, że badacze odkryli, iż aż 75% dzieci cierpiących na FASD ma ojców, którzy mają problemy z alkoholem. Dodaje, że wiadomym jest, iż przyzwyczajenia żywieniowe, stan hormonalny i otoczenie matki ma trwały wpływ na strukturę organów, reagowanie komórek i geny potomstwa. Zauważa nadto, iż badania wykazały, że to samo dotyczy ojców biologicznych, których wiek, styl życia i picia może wpływać na molekuły biorące udział w funkcjonowaniu genu. Dlatego ojciec może mieć wpływ nie tylko na swojego bezpośredniego potomka, ale także na przyszłe pokolenia[80].

Szacuje się, że na świecie od 3 do 9 na 1000 żywych urodzeń to dzieci z FAS. Wskaźnik różni się w zależności od kraju. W USA wynosi 3 na 1000, we Francji 4,8 na 1000, a w RPA aż 40 na 1000 na żywych urodzeń. Szczególnie tragiczna sytuacja jest w niektórych autochtonicznych społecznościach kanadyjskich, gdzie występowanie FAS/FASD szacuje się od 25 do 200 przypadków na 1000 żywych urodzeń. Brytyjski Departament Zdrowia informuje, że w Wielkiej Brytanii 10 na 1000 dzieci rodzi się z różnymi problemami związanymi z piciem alkoholu przez kobiety ciężarne[81].

Przedstawiciele „organizacji prozdrowotnych w Nowej Zelandii twierdzą, że powszechność występowania Spektrum Płodowych Zaburzeń Alkoholowych osiąga już rozmiar pandemii. W kraju wiele osób żyje z niezdiagnozowanym zespołem. Na podstawie badań globalnych szacuje się, że na świecie 5% populacji przynależy do grupy FASD. Osoby

[79] A. Jędrzejczak, Pijana 21-letnia ciężarna awanturowała się w szpitalu im. Rydygiera w Łodzi, http://www.dzienniklodzki.pl/artykul/3760113,pijana-21letnia-ciezarna-awanturowala-sie-w-szpitalu-im-rydygiera-w-lodzi,id,t.html

[80] Zob. K. Derla, Father's Drinking Behavior May Up Risk For Fetal Alcohol, http://www.techtimes.com/articles/158632/20160516/fathers-drinking-behavior-may-up-risk-for-fetal-alcohol-syndrome.htm; zob. także M. Mandżak, Alkoholowy zespół płodowy (FAS) i jego skutki, http://ciaza.siostraania.pl/alkoholowy-zespol-plodowy-fas-skutki/ W trakcie pisania kolejnej edycji tego studium przeczytaliśmy, iż dr Kristin Hamre, adiunkt Zakładu Anatomii i Neurobiologii Uniwersytetu w Tennessee wskazał, iż badacze wiedzą już od pewnego czasu, że genetyka i matki i dziecka odgrywa kluczową rolę w płodowym zespole płodowym (AP, http://www.local8now.com/content/news/UT-to-get-15-million-to-study-fetal-alcohol-syndrome-382959651.html; tamże informacja, że Uniwersytet w Tennessee otrzymał z National Institutes of Health 1,5 miliona dolarów dotacji na studia dotyczące wpływu genetyki na płodowy zespół alkoholowy).

[81] Zob. Alkoholowy zespół płodowy, https://pl.wikipedia.org/wiki/Alkoholowy_zesp%C3%B3%C5%82_p%C5%82odowy; Zob. A. Pavlinec, Czy karać pijące ciężarne?, http://dzieci.pl/kat,1033563,title,Czy-karac-pijace-ciezarne,wid,16895894,wiadomosc.html?_ticrsn=5&smgputicaid=6157d5

te cierpią z powodu trwałych zmian w mózgu, które są wynikiem picia alkoholu w czasie ciąży. Przypuszcza się, że z uwagi na ograniczone działania profilaktyczne osób z FASD w Nowej Zelandii może być więcej niż 5%"[82].

W Stanach Zjednoczonych co roku rodzi się ponad 50 000 dzieci z zaburzeniami z grupy Spektrum Płodowych Zaburzeń Alkoholowych (FASD)[83].

W § 419 zatytułowanym „Fetal Alcohol Syndrome prevention and services", pod lit. b pkt 5 i 6, amerykańskiej ustawy Health Professions Education Partnerships Act of 1998 stwierdzono: „FAS i FAE są problemem narodowym, który może mieć wpływ na każde dziecko, każdą rodzinę lub grupę ludności, jednakże to zagrożenie jest szczególnie niepokojące dla amerykańskich Indian i rodowitych mieszkańców Alaski; […] W niektórych plemionach indiańskich, gdzie stopa uzależnienia od alkoholu osiągnęła 50% lub więcej, prawdopodobieństwo, że nowo narodzone dziecko ma FAS lub FAE, jest do 30 razy większe od średniej krajowej"[84].

„Każdego roku rodzi się w Niemczech około 4000 dzieci z uszkodzeniami mózgu, ponieważ ich matki piły w czasie ciąży. Uszkodzenia spowodowane alkoholem w łonie matki są najczęstszym wrodzonym urazem, powiedział lekarz Hans-Ludwig Spohr z berlińskiej Charité w czwartek [15 listopada 2012 r. – uwaga nasza] na konferencji w Rostoku dotyczącej ochrony dzieci. «Picie w trakcie ciąży jest najgorszą formą maltretowania dziecka. […] Alkohol zmienia pracę niektórych genów w komórkach nerwowych, sygnały molekularne nie mogą być poprawnie przekazywane rosnącemu mózgowi: mózg zostaje nieodwołalnie uszkodzony. Dzieci mają zaburzenia w rozwoju, zachowaniu i inteligencji, tłumaczył Spohr. Wiele z nich ma problemy z pamięcią roboczą, z trudnością radzą sobie z planowaniem. Według niego, tylko po niewielu dzieciach widać zewnętrzne szkody spowodowane alkoholem. […] Te są czubkiem góry lodowej» uważa. Kiedy szkody są ukryte, wtedy dzieciom tym w szkole dokucza się, są one niespokojne i nadpobudliwe. Często zabiera się je rodzinie i oddaje rodzinom zastępczym, które również ciężko sobie z tymi dziećmi radzą"[85].

[82] Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych. Rok 2014, http://www.parpa.pl/index.php/wiadomosci-ze-swiata/rok-2014

[83] Zob. What is FAS and FASD?...

[84] https://www.congress.gov/105/plaws/publ392/PLAW-105publ392.pdf

[85] irb/dpa, Hirnschäden: "Trinken in der Schwangerschaft ist Misshandlung", http://www.spiegel.de/gesundheit/schwangerschaft/forscher-trinken-in-der-schwangerschaft-ist-kindesmissbrauch-a-867517.html (tłum. własne). Prof. dr H.-L. Spohr jest jednym z niewielu niemieckich specjalistów zajmujących się badaniami nad FAS/FASD i specjalistą w zakresie diagnostyki FAS/FASD. Jest kierownikiem poradni Centrum FASD w Berlinie (FASD-Zentrum Berlin). Został odznaczony Orderem Zasługi Republiki Federalnej Niemiec za zaangażowanie na rzecz dzieci, które doznały szkód wskutek spożywania alkoholu przez ich matki w ciąży.

Koszty leczenia pacjentów z FAS i FASD

Wspomniana amerykańska ustawa Health Professions Education Partnerships Act of 1998[86], zawiera w § 419 lit. b pkt 7 i 8 wymowne informacje: „Dodatkowo (do ogromnego obciążenia dzieci i ich rodzin) FAS i FAE stawia państwo przed ogromnymi nakładami finansowymi, składającymi się z kosztów związanych z opieką zdrowotną, edukacją, opieką, szkoleniem zawodowym i podstawowymi usługami dla ofiar; […] r**oczne wydatki na leczenie pacjentów jedynie z FAS w USA wyniosły w 1995 r. około 2,5 miliarda USD. Koszt opieki medycznej dla jednego chorego z FAS przez całe jego życie oszacowano na co najmniej 1,4 mln USD"[87].**

A przecież chorzy na FAS stanowią tylko 10% wszystkich zaburzeń rozwojowych związanych z ekspozycją płodu na działanie alkoholu (FASD).

Szacuje się, że w Kanadzie wydatki związane z FASD wynoszą 1,8 miliarda CAD rocznie[88].

W Nadrenii Północnej-Westfalii **„roczny koszt utrzymania dziecka z FAS wynosi 32 237 euro.** Podstawą tych obliczeń są dodatkowe koszty, które powstają przykładowo z powodu szczególnej sytuacji życiowej dziecka (dziecko w rodzinie zastępczej lub w domu dziecka), szczególnej sytuacji edukacyjnej (dziecko w przedszkolu specjalnym, specjalnej szkole) i w szczególności opieki medycznej (terapia, leki). […] W tym landzie żyje 3 104 799 dzieci (stan w 2013 r. […]), w tym 9 408 z FAS (powszechność występowania 1/330 według Nordhues *et alia* 2013 r.). W związku z powyższym, **spowodowany przez FAS** w Nadrenii Północnej-Westfalii **dodatkowy roczny koszt wynosi 303 285 969 euro, czyli ponad 303 mln euro. Przez cały okres dzieciństwa (do 18 lat), łączny koszt spowodowany tam przez FAS wynosi 5 459 142 528 euro, a więc prawie 5,5 mld euro**"[89].

W Polsce a**ż „80% dzieci i młodzieży dotkniętych FAS/FAE wychowuje się poza rodzinami biologicznymi** – w rodzinach adopcyjnych i zastępczych oraz w placówkach opiekuńczo-wychowawczych". Co na to niektóre polskie działaczki na rzecz praw kobiet, które, czego jesteśmy pewni, są zdania, że matki „powinny same odpowiadać za swoje

[86] Public Law 105–392, United States Statutes at Large, vol. 112, s. 3524-3595.

[87] Zob. Health Professions Education Partnerships Act of 1998, https://www.congress.gov/105/plaws/publ392/PLAW-105publ392.pdf; dr. P. Szymańcowi z Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Angelusa Silesiusa w Wałbrzychu dziękujemy za pomoc w interpretacji tego i wcześniej przytoczonego przepisu tej ustawy i odszukaniu miejsca ich oryginalnej publikacji.

[88] Zob. Over 400 conditions…

[89] R. Feldmann, [bez tytułu], http://www.fetales-alkoholsyndrom.de/aktuelle_forschung.html (tłum. własne).

decyzje"? Dlaczego więc nie odpowiadają one, ale konsekwencje ich czynu ponoszą ci, którzy te, przyjęte przez siebie dzieci wychowują?

Katarzyna Czajkowska z Koła Naukowego Mikrobiologii UW pisze, że ponad „**połowa dzieci z polskich domów dziecka ma FAS**"[90].

„We Wrocławiu w ośrodku małego dziecka przy ul. Parkowej mieszka 30 maluchów z FAS, czyli alkoholowym zespołem płodowym. To dzieci wrocławianek, które piły w ciąży. Maluchy rozwijają się wolniej niż ich rówieśnicy, bo za sprawą alkoholu mają niedorozwój mózgu. Część z nich nie umie chodzić. Nie tylko przez całe życie będą miały kłopot z rozumieniem, co się wokół nich dzieje, ale też z utrzymaniem higieny osobistej. Nie będą rozumiały wartości pieniądza, nie będą odpowiedzialne za swoje działanie"[91].

Propozycje przeciwdziałania

Indywidualny dramat oraz globalne: społeczne, medyczne i ekonomiczne wyzwania, które unaoczniają przywołane informacje mają szczególną wymowę: **przecież, żeby dziecko nie ucierpiało z powodu alkoholowego zespołu płodowego wystarczy abstynencja w czasie ciąży. FAS jest bowiem jedną z niewielu chorób wrodzonych, na którą całkowity wpływ ma matka.**

Stan Tennessee w USA wprowadził w 2014 r. prawo, które zezwala na postawienie ciężarnej kobiecie zarzutu popełnienia przestępstwa, jeśli spożywała niedozwolone substancje, nie tylko alkohol, mogące szkodzić dziecku poczętemu. Zgodnie z obowiązującym tam prawem, nie są karane matki, które poddadzą się programowi odwykowemu.

W innych stanach USA takiego prawa jeszcze nie ma, ale i tak w wielu z nich aresztuje się pijące oraz narkotyzujące się matki, „klasyfikując ich płody jako dzieci".

Niektórzy prawnicy obawiają się jednak, iż zrównanie dziecka i płodu wobec prawa oraz pociąganie do odpowiedzialności matki za jego zdrowie i „życie jest bardzo ryzykowne tak etycznie jak i legislacyjnie: styl życia i dieta ciężarnej w dużym stopniu wpływają na dobrobyt rozwijającego się człowieka, ale trudno jest postawić życie i dobro płodu nad niezależnością prawną i intelektualną matki" [92].

[90] K. Czajkowska, FAS- PŁODOWY ZESPÓŁ ALKOHOLOWY ALKOHOLOWY, http://www.biol.uw.edu.pl/sknn/pliki/archiwum0910/fas.pdf

[91] A. Gabińska, Wrocław: Piją w ciąży i rodzą chore dzieci, http://www.gazetawroclawska.pl/artykul/336384,wroclaw-pija-w-ciazy-i-rodza-chore-dzieci,id,t.html

[92] Zob. A. Pavlinec, Czy karać… Od 1 września 2010 r. w 15 stanach USA nadużywanie narkotyków w czasie ciąży uważane jest za przemoc wobec dziecka, a w 3 dalszych stanach jest powodem do przymusowego

Mimo nierzadkiego odwoływania się autorów takich poglądów do etyki, ich postawa wobec dziecka poczętego jest przejawem podważania praw dziecka także już urodzonego: przecież głównie po urodzeniu, jeśli urodzi się żywe, ponosi ono tragiczne konsekwencje wcześniejszego zachowania się jego matki. I czyż nikt nie powinien mieć wątpliwości, że prawo do życia i zdrowia dziecka, które ma przyjść na świat jest prawem donioślejszym niż „niezależność prawna i intelektualna matki" w okresie ciąży? Pomijając już tę obserwację, na którą najwyraźniej admiratorzy prawa do picia alkoholu przez ciężarne kobiety nie są w stanie się zdobyć: przecież właśnie spożywanie alkoholu i narkotyków poważnie ogranicza „niezależność intelektualną matki".

Niestety, również wielu przedstawicieli instytucji zajmujących się problemami alkoholizmu żywi przekonanie, że jedynie uprawnionym sposobem zapobiegania FAS jest edukacja pijących alkohol ciężarnych. Działaczki na rzecz praw kobiet są zaś zdania, że nawet w takich okolicznościach matki powinny same odpowiadać za swoje decyzje, co paradoksalnie utożsamiają z brakiem jakiejkolwiek odpowiedzialności.

Nasze stanowisko jest inne. Nie kwestionując oczywistej potrzeby indywidualnej i społecznej edukacji, uważamy prawne instrumenty umożliwiające skuteczną walkę z pijaństwem ciężarnych nie tylko za potrzebne, ale konieczne. Przecież matka, która popełnia przestępstwo zabijając swoje urodzone dziecko albo naruszając jego zdrowie podlega, niekiedy zróżnicowanej, ale jednak odpowiedzialności karnej. Nie widzimy powodów, dla których dziecko przed urodzeniem powinno być pozbawione ochrony jego fundamentalnych praw. To, na co jest przecież w czasie ciąży matki narażone, będzie miało wpływ na całe jego życie, kiedy już, po jego narodzeniu, nikt nie będzie mógł kwestionować konieczności jego ochrony.

Zdajemy sobie sprawę, że próba wprowadzenia odpowiednich regulacji napotka na opór. Dlatego **za niezbędne uważamy jak najszybsze ukształtowanie pozapenalnych unormowań, które pijącym ciężarnym uniemożliwią dalsze powodowanie zagrożenia dla życia i zdrowia ich dzieci**. Oczywiste, że najczęściej wiązać się to będzie z umieszczeniem kobiety ciężarnej w miejscu, w którym nie będzie mogła pić alkoholu. Trzeba też wyraźnie powiedzieć, że proponowany instrument winien dotyczyć jedynie tych ciężarnych, których zachowanie stanowi nieincydentalne zagrożenie ich dzieci alkoholowym zespołem płodowym.

skierowania ciężarnej na leczenie lub do instytucji psychiatrycznej. (zob. Ch. Tantibanchachai, Whitner v. South Carolina (1997), https://embryo.asu.edu/pages/whitner-v-south-carolina-1997). Informację o sprawie C. Whitner przeciwko Karolinie Południowej zawdzięczamy dr. K. Kuroszowi z Uniwersytetu Łódzkiego.

Wiele na to wskazuje, że w walce z FAS polscy prawnicy są na początku drogi. Nie tylko dlatego przypuszczamy, że wątpliwości i kontrowersji będzie tu dużo więcej niż te, które są związane z naszymi postulatami. Dzieci tracące życie lub zdrowie wskutek picia alkoholu przez ciężarne nie powinny jednak czekać na finał prawniczych dyskusji.

Dlatego uważamy, że konieczne jest tymczasem wskazanie znanego od dawna instrumentu, który poddany nieznacznej modyfikacji mógłby okazać się remedium na przedstawione zagrożenia. Dostrzegamy go w art. 24 ustawy z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi[93] wtedy, gdyby po uwzględnieniu postulatu *de lege ferenda* stanowił on:

„Osoby, które w związku z nadużywaniem alkoholu powodują zagrożenie dla życia lub zdrowia swojego nienarodzonego dziecka, rozkład życia rodzinnego, demoralizację małoletnich, uchylają się od pracy albo systematycznie zakłócają spokój lub porządek publiczny, kieruje się niezwłocznie na badanie przez biegłego w celu wydania opinii w przedmiocie uzależnienia od alkoholu i wskazania rodzaju zakładu leczniczego".

Dopiero dzięki proponowanej regulacji możliwe stanie się podjęcie działań zapobiegających nadużywaniu alkoholu przez ciężarne. Dotychczasowa postać tego przepisu[94] nie uwzględnia bowiem przesłanki, jaką jest zagrożenie dla życia lub zdrowia dziecka poczętego. Zatroskani o dramatyczne konsekwencje nadużywania alkoholu przez kobietę ciężarną alkoholu uzupełniliśmy też nakaz skierowania jej na badania przez biegłego wyrazem „niezwłocznie", pożytecznym również w innych przewidzianych w tym przepisie przesłankach jego stosowania. I powtórzmy także tu, co wiąże się z przedstawionymi przez nas ekonomicznymi konsekwencjami FAS: mniej będzie kosztować przymusowy pobyt nadużywającej alkoholu ciężarnej w zakładzie leczniczym niż łożenie na nieuleczalnie chorego człowieka aż do jego śmierci.

Lecz dla zapewnienia jak najszybszej ochrony dziecka poczętego konieczną jest nowelizacja także art. 29 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi w taki sposób, aby termin przeprowadzenia rozprawy, po której zapada orzeczenie o obowiązku poddania się leczeniu był krótszy niż płynący od daty wpływu wniosku dotychczasowy termin miesięczny, Stąd nasza propozycja, aby przepis ten stanowił:

[93] Dz.U. z 2016 r., poz. 487.

[94] „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".

„Orzeczenie o obowiązku poddania się leczeniu zapada po przeprowadzeniu rozprawy, która powinna odbyć się w terminie tygodnia od dnia wpływu wniosku".

Po to, aby dziecko uchronić od zagrożenia powodowanego przez nadużywającą alkoholu matkę, należałoby wykorzystać także unormowanie przewidziane w art. 27 ust. 2 tej ustawy, zgodnie z którym 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". Uważamy, że w odniesieniu do kobiety ciężarnej nadużywającej alkoholu sąd powinien zarządzać takie umieszczenie zawsze, od czego mógłby odstąpić tylko w wyjątkowych przypadkach.

Niestety, również to rozwiązanie nie byłoby dostateczne, wymaga bowiem wpłynięcia do sądu wniosku oraz wydania przez sąd zarządzenia. Dlatego w celu natychmiastowej ochrony dziecka powinien być wykorzystywany przepis, który już dzisiaj na podstawie art. 40 ust. 1, 2 i 5 wskazanej ustawy[95] pozwala funkcjonariuszowi policji lub strażnikowi straży gminnej na umieszczenie w odpowiedniej placówce także matki zagrażającej życiu lub zdrowiu swojego nienarodzonego dziecka, do czasu jej wytrzeźwienia, nie dłużej niż 24 godzin. Tyle, że artykuł ten powinien zostać znowelizowany, aby w odróżnieniu od regulacji dotychczasowej, w przypadku nadużywającej alkoholu kobiety ciężarnej obowiązkowe było natychmiastowe umieszczenie jej w placówce zamkniętej do czasu wydania zarządzenia przez sąd.

Nasza propozycja jest w części zgodną, w części zaś bez wątpienia powściągliwą w porównaniu z sugestiami sędziny Sądu Rejonowego w Cieszynie, M. Jarząbek-Słobodzian, która w artykule opublikowanym na blogu Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych w Polsce pisze, że „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. w art. 38 stanowi, iż Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. 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

[95] Przepisy te przewidują: w ust. 1, że osoby „w stanie nietrzeźwości, które swoim zachowaniem dają powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy, znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu albo zagrażają życiu lub zdrowiu innych osób, mogą zostać doprowadzone do izby wytrzeźwień lub placówki, podmiotu leczniczego albo do miejsca zamieszkania lub pobytu" oraz w ust. 2, że w „razie braku izby wytrzeźwień lub placówki osoby, o których mowa w ust. 1, mogą być doprowadzone do jednostki Policji".

każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz prawa dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa. […] Przepis art. 182 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego 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 relikt dawnego poziomu wiedzy biologicznej i chroni skuteczność praw dziecka poczętego w zakresie majątkowym […]. 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) w zakresie roszczeń odszkodowawczych, a także w zakresie roszczeń z tytułu umowy ubezpieczenia od następstwa zdarzenia, które nastąpiło przed urodzeniem. Przepis artykuł 182 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego 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 […]. Budzi się jednak refleksja, iż […] 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. Wydaje się więc, że państwo winno przedsięwziąć środki mające na celu edukowanie kobiet, a także ingerowanie w wolność kobiety w ciąży. Podobno w okresie PRL wywodzące się z patologicznych środowisk, pijące alkohol kobiety w ciąży, bez formalnych decyzji Sądu, ale przy kierowaniu się dobrem dziecka, zatrzymywano na szpitalnych oddziałach patologii ciąży by donosiły ciąże i by były pod stałym nadzorem uniemożliwiającym spożywanie alkoholu.

Być może […] polski ustawodawca winien rozważyć możliwość wprowadzenia przepisów pozwalających na sądowe pozbawienie człowieka płodności. Podwiązanie jajowodów u kobiet, kiedyś rutynowo stosowane przy trzeciej cesarce, dziś stanowi przestępstwo stypizowane w przepisie art. 156 § 1 pkt 1 kodeksu karnego, który stanowi, iż kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci: pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. W praktyce każdego sędziego rodzinnego występują przypadki tak skrajnych patologicznych zachowań kobiet, które podejmują współżycie z wieloma partnerami, płodzą czwarte, piąte, dziesiąte, trzynaste dziecko bez kontroli z kim i kiedy, a w następstwie przypadkowych, niechcianych ciąż, które podlegają jedynie formalnej ochronie ze strony państwa, rodzą upośledzone dzieci, które albo umierają, albo trafiają do domów pomocy społecznej dla dzieci. Kierując się dobrem nienarodzonych dzieci winno się rozważyć powiększenie narzędzi sądowej ingerencji w ochronę życia poczętego"[96].

Doceniając przytoczone sugestie dotyczące potrzeby uniemożliwienia nadużywania alkoholu przez kobiety ciężarne, lecz nie akceptując propozycji, która ingerowałyby w prawo do zdolności płodzenia, bliska jest nam opinia M. Bortkiewicz, neurologa z Ostródy, współpracującej z Fundacją Fastryga, która twierdzi, że już dzisiaj „taką osobę można zmusić do leczenia z alkoholizmu na czas ciąży. Najłatwiej zgłosić sprawę do komisji alkoholowej. Może to zrobić każdy – ktoś z rodziny, ale też sąsiad lub znajomy. Komisja wyśle przedstawiciela do zbadania, czy rzeczywiście ciężarna kobieta nadużywa alkoholu i wezwie ją do siebie. Jeśli się sama nie stawi, doprowadzi ją policja. Potem trafi na badanie do psychologa. Jeśli sprawa znajdzie finał w sądzie, to on może skierować kobietę na przymusowe leczenie. – Zwykle jest to na 6 tygodni, ale bywa, że i na cały czas ciąży"[97]. Niestety przeczy sugestiom możliwości wykorzystania takiego rozwiązania raport NIK z 10 czerwca 2016 r.[98], o którym szerzej w końcowej części naszego studium.

Zapewne jest to konsekwencją także przeświadczenia o bezkarności takiej kobiety, rzeczywiście zapewnionej dzięki art. 157a § 3 k.k. Ale przede wszystkim różnorodnymi barierami opisanymi we wspomnianym raporcie NIK. Inna sprawa, która jest naszym zdaniem najdonioślejszym przesłaniem tego artykułu, to jednak braku w tej ustawie

[96] M. Jarząbek-Słobodzian, Narzędzia ochrony życia poczętego pozostające w dyspozycji sędziego rodzinnego , http://www.sssrwp.pl/aktualnosci.php?typ=kk&art=78&start=6&irek=14

[97] A. Gabińska, Wrocław: Piją w ciąży…

[98] Zob. Informacja o wynikach kontroli. Przymusowe kierowanie osób uzależnionych od alkoholu na leczenie odwykowe, LPO.430.001.2016, Nr ewid. 14/2016/P/15/095/LPO, Delegatura w Poznaniu, https://www.nik.gov.pl/kontrole/P/15/095/

jednoznacznego i stanowczego w swej wymowie przepisu dotyczącego ciężarnej nadużywającej alkoholu, który może być wykorzystany dla ochrony dziecka przed FAS.

Oczywiście, że zaproponowanemu przez nas rozwiązaniu *de lege ferenda* muszą towarzyszyć działania informacyjne i edukacyjne. Zatrzymajmy się przy nich, choć większość z nich wydaje się być oczywista.

Przede wszystkim konieczne jest informowanie kobiet o szkodliwości spożywania alkoholu w czasie ciąży przez lekarzy pierwszego kontaktu, ginekologów, położnych, pediatrów, pielęgniarki. Osoby te powinny być w tym celu szkolone, po to, aby posiadać odpowiednią wiedzę oraz umiejętności i móc przekazywać kobietom rzetelne informacje o konsekwencjach picia alkoholu w czasie ciąży.

W 2005 r. na zlecenie Państwowej Agencji Rozwiązywania Problemów Alkoholowych (PARPA) zostały przeprowadzane badania, które wykazały, że aż 33% kobiet przyznało, iż piły alkohol będąc w ciąży. W grupie tej jedynie połowa kobiet wiedziała, że picie alkoholu przez kobiety ciężarne może być szkodliwe dla rozwoju i zdrowia ich dziecka. Aż 2/3 ankietowanych kobiet nie zostało przez swoich lekarzy ostrzeżonych przed wpływem alkoholu na rozwój płodu. 31% Polaków słyszało, że czerwone wino dobrze wpływa na samopoczucie kobiet ciężarnych. Aż 16% usłyszało to od lekarza[99].

Wygląda na to, że działalność informacyjna i edukacyjna powoli przynosi efekty. Badania przeprowadzone w 2008 r. wykazały bowiem, że w porównaniu do badań z 2005 r. „zmalał odsetek osób zachęcających kobiety oczekujące dziecka do picia alkoholu (z 31% do 4,5%). Jednocześnie wzrósł odsetek kobiet informujących o tym, że były przestrzegane przez lekarza przed piciem jakichkolwiek napojów alkoholowych w okresie ciąży (z 19% do 28%)"[100].

Potrzebne są też rozwiązania najprostsze: poprzez umieszczanie na wszystkich opakowaniach zawierających alkohol piktogramu oraz napisu, że nadużywanie alkoholu jest niebezpieczne dla zdrowia nieurodzonego dziecka. Warto tu wskazać na obowiązujące we Francji zarządzenie Ministra Zdrowia i Solidarności z 2 października 2006 r.[101], które przewiduje, że wszystkie opakowania zawierające alkohol mają mieć na etykiecie piktogram

[99] Zob. FAS. Choroba dziecka. Wina matki, http://www.iwoman.pl/zdrowie/zyj-zdrowo/fas;choroba;dziecka;wina;matki,228,0,530404.html

[100] PARPA, Wzory konsumpcji alkoholu w Polsce, http://www.parpa.pl/download/wyniki%20badania%20wzory%20konsumnpscji%202008_%202%20metody_poprMFdoc.pdf

[101] Arrêté du 2 octobre 2006 relatif aux modalités d'inscription du message à caractère sanitaire préconisant l'absence de consommation d'alcool par les femmes enceintes sur les unités de conditionnement des boissons alcoolisées, JORF n°229 du 3 octobre 2006 page 14626 texte n° 16, także w: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000422967&categorieLien=id

wraz z komunikatem: „*La consommation de boissons alcoolisées pendant la grossesse, même en faible quantité, peut avoir des conséquences graves sur la santé de l'enfant*" (Spożywanie napojów alkoholowych w czasie ciąży, nawet w małych ilościach, może mieć poważne konsekwencje dla zdrowia dziecka). Artykuł 3 tego zarządzenia informuje, że ostrzeżenie o zagrożeniu zdrowia, wymagane na podstawie artykułu 1 niniejszego zarządzenia, ma znajdować się na kontrastowym tle, tak, aby było widoczne, czytelne, zrozumiałe i nieusuwalne. Nie powinno być w żaden sposób ukryte, zasłonięte lub przesłonięte innymi nadrukami czy „obrazkami".

Dzięki życzliwości M. Borkowskiej z PARPA wiemy, że piktogramy na opakowaniach napojów alkoholowych umieszczane są również w Polsce na określonych markach win i wódki. W 2013 r. najwięksi producenci piwa w Polsce, zrzeszeni w Związku Pracodawców Browary Polskie, zdecydowali się w wprowadzić na etykietach nowy znak odpowiedzialnościowy zawierający hasło: „W ciąży nie piję alkoholu"[102]. Oto one:

Jak wyjaśniają wskazani przedsiębiorcy: „Stosowanie znaków odpowiedzialnościowych na opakowaniach naszych produktów jest efektem tzw. samoregulacji, którą branża przyjęła w 2008 r. Jako odpowiedzialna firma i branża robimy to z własnej woli, wspólnie z innymi producentami piwa zrzeszonymi w ZPPP (Związku Pracodawców Przemysłu Piwowarskiego Browary Polskie)"[103].

W Korei Południowej prawo nakazuje umieszczanie na etykietach napojów alkoholowych jednego z trzech napisów, wśród nich: „Ostrzeżenie: nadmierne spożycie alkoholu może powodować marskość lub nowotwór wątroby, a kobiety pijące w okresie ciąży zwiększają ryzyko wad wrodzonych dziecka"[104].

Także prawo w USA nakazuje umieszczanie na etykietach napojów alkoholowych jednego z dwóch napisów ostrzegawczych. Pierwszy z nich jest następujący:

[102] M. Stefaniak, W ciąży nie piję alkoholu, http://piwolog.pl/2013/09/11/alkohol-w-ciazy/; Wyraź swoje poparcie dla hasła „W ciąży nie piję alkoholu", http://www.familyservice.pl/wyraz-swoje-poparcie-dla-hasla-w-ciazy-nie-pije-alkoholu/; Dobrowolne znaki odpowiedzialnościowe, http://www.browary-polskie.pl/32,artykuly,24,15,Dobrowolne_znaki_odpowiedzialnosciowe.html

[103] Grupa Żywiec, Pij z głową, http://pijzglowa.pl/nasze-dzialania/

[104] Ostrzeżenia na etykietach, http://icap.org/portals/0/download/all_pdfs/Polish_content_pdf/ICAP_Reports_Polish/ICAP_Report4_Pol.pdf

„OSTRZEŻENIE RZĄDOWE: Naczelny Chirurg ostrzega: kobiety nie powinny spożywać napojów alkoholowych w trakcie ciąży z powodu ryzyka wad wrodzonych dziecka"[105].

W 2010 r. we Włoszech zdecydowano się walczyć z konsumpcją alkoholu przez kobiety ciężarne za pomocą szokującego plakatu. Na czarnym tle widać szklankę ze słynnym weneckim aperitifem, na dnie której pływa płód. Aby ten przekaz był dosadnie czytelny znajduje się tam napis: „*Mamma beve, bimbo beve*" (Mama pije, dziecko pije). I jeszcze u dołu plakatu dużymi literami: „*Bere alcol in gravidanza e in allattamento può danneggiare lo sviluppo fisico e mentale del bambino*" (Picie alkoholu w czasie ciąży i karmienia może spowodować poważne szkody w rozwoju fizycznym i psychicznym dziecka). Pomysłodawcy tego plakatu zamierzali umieszczać go na billboardach przy drogach, w autobusach, a także w damskich toaletach w restauracjach, kawiarniach, pubach[106].

Projekt nowelizacji ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi przygotowany przed kilku laty przez posłów PiS przewidywał wprowadzenie wymogu umieszczania na opakowaniach alkoholu ostrzeżeń o jego szkodliwości szczególnie dla nieletnich i kobiet w ciąży oraz niebezpieczeństwach, jakie niesie za sobą prowadzenie samochodu pod wpływem alkoholu. Ale w grudniu 2009 r. posłowie już w pierwszym czytaniu odrzucili ten projekt. Andrzej Halicki z klubu PO powiedział: „Wsłuchaliśmy się w głos Ministerstwa Zdrowia, które było przeciw". I dodał, że jest absurdem uważać, że napisy na opakowaniach alkoholu kogoś wystraszą i powstrzymają od picia. Poinformowano także o stanowisku ówczesnego rządu: „Odnośnie do poselskiego projektu ustawy Rada Ministrów wyraziła negatywne stanowisko z uwagi na możliwy ujemny wpływ zaproponowanych rozwiązań na wzrost kosztów działalności producentów i importerów alkoholi oraz spadek dochodów budżetu państwa". Na co A. Sośnierz, wiceprzewodniczący komisji zdrowia z klubu PiS odpowiedział, że owszem, może tak być, że napisy byłyby nieskuteczne. Tylko dlaczego w takim razie miałyby zaszkodzić producentom alkoholu i budżetowi państwa?[107]

Uważamy, że warta uwzględnienia jest też propozycja nowelizacji art. 13^1 ust. 2 pkt 5 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Zgodnie z tym przepisem reklama i promocja piwa może być w Polsce prowadzona „na słupach i tablicach reklamowych i innych stałych i ruchomych powierzchniach wykorzystywanych do reklamy

[105] *Ibidem*.

[106] Zob. „Mamma beve, bimbo beve": a Treviso la campagna shock con un feto nello spritz, http://mammaoggi.it/mamma-beve-bimbo-beve-campagna-shock-con-un-feto-nello-spritz/

[107] J. Watoła, Alkohol bez ostrzegawczych napisów, http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,7369109,Poslowie_przeciw_ostrzezeniom_na_butelkach_z_alkoholem.html

[…]", jeśli „20% powierzchni reklamy zajmować będą widoczne i czytelne napisy informujące o szkodliwości spożycia alkoholu lub o zakazie sprzedaży alkoholu małoletnim […]". Otóż, dużo bardziej doniosłe niż ogólnikowa informacja o szkodliwości spożycia alkoholu, a nawet kierowana do ogółu informacja o zakazie sprzedaży alkoholu małoletnim, byłoby ostrzeżenie w tych reklamach o możliwości tragicznych dla dziecka konsekwencji spożywania alkoholu przez kobietę w ciąży.

Niezbędne jest informowanie uczniów o skutkach picia alkoholu przez kobiety będące w ciąży. Także dlatego, że wśród nich nie brakuje osób, które już alkohol piją, a nawet upijają się. „W roku 2011 zrealizowana została w Polsce kolejna edycja badań ankietowych w ramach Europejskiego Programu Badań Szkolnych na Temat Alkoholu i Innych Narkotyków – ESPAD, w trzecich klasach szkół gimnazjalnych oraz drugich klasach szkół ponadpodstawowych (grupa 15/16–latków oraz 17/18–latków) koordynowanych przez Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie na zlecenie Państwowej Agencji Rozwiązywania Problemów Alkoholowych oraz Krajowego Biura ds. Przeciwdziałania Narkomanii […]. Poniżej najważniejsze wnioski z badań:

W ciągu ostatnich 30 dni przed badaniem do spożywania jakiekolwiek napoju alkoholowego przyznało się:

– 11% 11-latków;

– 27% 13-latków, w tym 10% więcej niż 1-2 razy;

– 51% 15-latków, w tym 24% więcej niż 1-2 razy.

W ciągu ostatniego miesiąca przed badaniem do upicia się przyznało się:

– 11% 13-latków, w tym 4% więcej niż raz;

– 18% 15-latków, w tym 6% więcej niż raz.

30% 15-latków pierwszy raz piło alkohol przed ukończeniem 13. roku życia (w tym 16,5% pierwszy raz wypiło alkohol w wieku 11 lat lub mniej, natomiast 13,5% zrobiło to pierwszy raz, mając 12 lat). Blisko 10% 15-latków upiło się pierwszy raz, mając mniej niż 14 lat"[108]. Badania te, przeprowadzone w 35 krajach europejskich wykazały, że polskie nastolatki (15-17 lat) znajdują się w pierwszej trójce, jeśli chodzi o częstotliwość spożywania alkoholu[109].

Wartościowym, jako sposób przekazu i prostym w realizacji jest przedsięwzięcie zlecone przez władze Alaski Uniwersytetowi w Anchorage, dzięki któremu w 2014 r.

[108] Diagnoza. Spożycie alkoholu przez młodych ludzi, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7GgLqfyjdmQJ:www.parpa.pl/images/file/Diagnoza.docx+&cd=10&hl=pl&ct=clnk&gl=at

[109] Zob. FAS. Choroba dziecka…

w sześciu gminach w publicznych toaletach w restauracjach, pubach, dyskotekach umieszczono plakaty z hasłem: „*think before you drink*" (pomyśl, zanim wypijesz). Poza takimi plakatami zainstalowano w toaletach żeńskich w 30 lokalach sześciu dalszych gmin pojemniki z darmowymi, markowymi testami wskazującymi na ciążę. To nieprzypadkowa inicjatywa: Alaska jest bowiem tym stanem, w którym rodzi się najwięcej dzieci z płodowym zespołem alkoholowym. Szacuje się, że przychodzi tam na świat rocznie około 16,3 dzieci z FAS na 1000 żywych urodzeń. Projekt informacyjny, o którym wspominamy, miał trwać dwa lata, był finansowany z budżetu publicznego i prowadzony przez zespół badawczy Institute for Circumpolar Health Studies University of Alaska w Anchorage.

Pomysł umieszczania dozowników z testami ciążowymi w miejscach, gdzie serwowany jest alkohol nie jest nowy. Zaczęto go realizować w Minnesocie, gdy nauczyciel J. A. Crowe[110] postanowił zahamować olbrzymią ilość urodzeń dzieci z zaburzeniami spowodowanymi nadużywaniem alkoholu przez ich matki w okresie ciąży. Widząc objawy FASD u swoich uczniów, rozpoczął on kampanię „*Healthy Brains for Children*" (Zdrowe mózgi dla dzieci). Polegała ona na tym, że organizacja składająca się z wolontariuszy zainstalowała dozownik z testami na ciążę wraz ze sloganem „think before you drink" oraz informacjami o FASD najpierw w toalecie uniwersyteckiego baru, potem w sklepie spożywczym w pobliżu kampusu oraz w toalecie dla obu płci w centrum młodzieżowym. W przeciągu kilku lat zebrali oni niepotwierdzone wtedy jeszcze przez badaczy dowody skuteczności takich działań. Miał J. A. Crowe powody do satysfakcji, gdy inicjatywę tę przejęły władze Alaski[111].

W Polsce, w międzynarodowej kampanii *Too Young to Drink* (Za młody, by pić) wziął udział już po raz drugi Sosnowiec, jedyne nasze miasto, które podejmuje zorganizowane działania na rzecz podniesienia świadomości zagrożeń wynikających z picia alkoholu przez

[110] Dodajmy, że J. A. Crowe jest też autorem książki „The Fatal Link", w której, jak twierdzi, udowadnia istniejący związek między zachowaniami uczniów, którzy w szkołach dokonują zbrodni z użyciem broni palnej a piciem alkoholu przez ich matki w okresie ciąży. Autor spędził 18 lat w rezerwacie Indian, gdzie mógł na co dzień obserwować krzywdy uczynione dzieciom spowodowane prenatalną ekspozycją na alkohol. Opracował programy szkolne odpowiednie dla dzieci z uszkodzonym mózgiem. Sam, jako dziecko w szkole podstawowej był w 1966 r. świadkiem jednej z pierwszych w USA strzelanin w szkole, w której dyrektor szkoły został przez ucznia zastrzelony. Kiedy w 2005 r. uczeń z High School w Red Lake, Minnesota, zastrzelił wiele osób, Crowe zauważył, że strzelec miał podobny wzór zachowywania się jak jego uczniowie w rezerwacie. Zachowanie jego wskazywało na FAS. Prześledził 5 innych strzelanin w szkołach w Minnesocie i Wisconsin. Studiował artykuły prasowe, strony internetowe, fora internetowe i blogi, aby znaleźć opisy zachowań matek i strzelców. Crowe odkrył, że każdy ze strzelców z Minnesocie i Wisconsin pasuje do profilu prenatalnej ekspozycji na alkohol. Cztery z sześciu matek potwierdziły, że w czasie ciąży często piły alkohol, a pozostałe dwie przyznały, że w pierwszych miesiącach ciąży często brały udział w pijackich libacjach (zob. opis książki J. A. Crowe, The Fatal Link: The Connection Between School Shooters and the Brain Damage from Prenatal Exposure to Alcohol, https://www.bookdepository.com/Fatal-Link-Jody-Allen-Crowe/9781432729172).

[111] Zob. M. Maltais, Would you take a pregnancy test at a bar? Alaska hopes so, http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-pregnancy-tests-alaska-bar-20140629-story.html

kobiety będące w ciąży. „Bez cienia wątpliwości włączyliśmy się w drugą edycję tej akcji. Według naszych przekonań, ta pierwsza edycja zaistniała w świadomości mieszkańców. Jej hasło jest dość nośne, ludzie je zapamiętują i wiedzą, o co chodzi – mówi Andrzej Wojciechowski z Wydziału Zdrowia i Polityki Społecznej Urzędu Miejskiego w Sosnowcu […]", „inicjator włączenia się w nią stolicy Zagłębia Dąbrowskiego"[112].

Do kampanii tej włączyło się w także Pomorze Zachodnie, jako jedyny samorząd województwa w Polsce[113]. „Zdjęcia dziecka w zakorkowanych butelkach z wódką, winem, szampanem pokazują, że dziecko nie ma wyjścia: pływa w alkoholu, gdy pijesz. Zdjęcia kampanii Too Young To Drink (Za młody by pić) szokują nie bardziej niż informacja, że w Polsce po alkohol sięga co trzecia kobieta w ciąży. Zdjęcia są szokujące, ale może to dobry pomysł dotarcia do powszechnej świadomości, zwłaszcza wśród młodych ludzi, z których większość **pije alkohol, traktując piwo niemal jak wodę** i nie myśląc o tym, że zawiera ten sam alkohol etylowy co wódka. Dane pokazują, że w Polsce młode kobiety dziś sięgają po alkohol równie często jak mężczyźni"[114].

Warto też upowszechniać i u nas informację, że od 1999 r. corocznie obchodzony jest 9 września w wielu krajach „Światowy Dzień FAS" („Dzień Świadomości FASD"). Celem jest edukowanie, informowanie społeczeństwa oraz ostrzeganie przed często niedocenianym niebezpieczeństwem spożywania alkoholu przez matkę w czasie ciąży.

Druzgoczący raport NIK

Raport Najwyższej Izby Kontroli z 27 kwietnia 2016 r. informuje, że od skierowania przez sąd osób uzależnionych od alkoholu na leczenie odwykowe do podjęcia terapii mijają średnio prawie dwa lata. W przeciągu tego czasu kobieta może dwukrotnie zajść w ciążę i urodzić dziecko.

„Od momentu zgłoszenia gminnej komisji osoby nadużywającej alkoholu, do skierowania do sądu wniosku o zobowiązanie jej do poddania się leczeniu mija średnio 266 dni. Od wpływu do komisji zgłoszenia osoby nadużywającej alkoholu, do uprawomocnienia się postanowienia sądu o zobowiązaniu do poddania się leczeniu odwykowemu mija średnio 443 dni. Czas oczekiwania na przyjęcie na leczenie odwykowe wynosi średnio 230 dni. Na

[112] Zob. T. Szymczyk, Sosnowiec: Kampania "Too young to drink", czyli nie pij alkoholu w ciąży, http://sosnowiec.naszemiasto.pl/artykul/sosnowiec-kampania-too-young-to-drink-czyli-nie-pij,3504933,artgal,t,id,tm.html

[113] K. Klebański, Kampania społeczna - Too Young To Drink, http://www.wws.wzp.pl/aktualnosci/kampania-spoleczna-too-young-drink

[114] K. Pinkosz, Za młody, by pić! Nie korkuj dziecka w butelce, http://babyonline.pl/za-mlody-by-pic-nie-korkuj-dziecka-w-butelce-z-alkoholem,czego-nie-wolno-w-ciazy-artykul,18370,r1p1.html

niską skuteczność i przewlekłość realizacji procedury kluczowy wpływ mają działania gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych. W założeniu ich zadania mają polegać na przyjmowaniu wniosków i sprawdzaniu, czy osoba nadużywająca alkoholu spełnia przesłanki społeczne do leczenia, a następnie występowaniu do biegłego o wydanie opinii dotyczącej uzależnienia i skierowania wniosku do sądu. Wykonywanie tego rodzaju zadań nie wymaga dużo czasu ani szczególnych kompetencji, poza wymogiem odbycia podstawowego przeszkolenia. Członkowie komisji ten warunek spełniają. Jednak wyniki kontroli pokazują, że komisje skupiają się na innych działaniach. Powszechnie stosowaną praktyką w jest bowiem długotrwałe motywowanie zgłoszonych osób do dobrowolnego podjęcia leczenia. W ocenie NIK wymaga to profesjonalnego przygotowania w dziedzinie terapii uzależnień, tymczasem tylko w co trzeciej ze skontrolowanych komisji przynajmniej jeden z jej członków był specjalistą z tej dziedziny. Przepisy ustawy o wychowaniu w trzeźwości nie powierzają komisjom wprost zadania polegającego na motywowaniu zgłoszonych osób do podjęcia leczenia. Warto zauważyć, że za udział w każdym posiedzeniu komisji członkowie pobierają diety. […] W okresie objętym kontrolą na przyjęcie do oddziałów leczenia uzależnień w skontrolowanych 11 szpitalach oczekiwały łącznie 5 873 osoby, w tym blisko 73 proc. osób zobowiązanych przez sąd. Czas oczekiwania na przyjęcie osób zobowiązanych do leczenia przez sąd wynosił średnio od 107 do 597 dni, podczas gdy w tym samym okresie, osoby dobrowolnie zgłaszające się na leczenie oczekiwały na przyjęcie średnio nie dłużej niż 35 dni. Przyczyną dysproporcji było m.in. stosowanie przez szpitale niedozwolonej praktyki wyznaczania odległych terminów rozpoczęcia leczenia i wprowadzenia limitów przyjęć osób zobowiązanych przez sąd do poddania się leczeniu. Dyrekcje szpitali tłumaczyły się przede wszystkim niechęcią osób skierowanych przymusowo do leczenia oraz wynikającą z tego niską skutecznością"[115].

„System nie działa, stwórzmy więc chociaż specjalny program dla pijących ciężarnych – apeluje" NIK. „Co na to zainteresowane resorty? Ministerstwo zdrowia odpowiada: nie da się. Ministerstwo sprawiedliwości zapewnia: dostrzegamy problem, analizujemy. A życie sobie. […] O przymusowym leczeniu zdecydować może tylko sąd. Jeśli uzna, że człowiek stanowi – z powodu alkoholu właśnie – zagrożenie dla siebie lub innych. Tym innym, w świetle prawa, nie jest ani płód ani z czasem dziecko w brzuchu przyszłej matki. I tu zaczynają piętrzyć się problemy. Z raportu Najwyższej Izby Kontroli pt. «Przymusowe kierowanie osób uzależnionych od alkoholu na leczenie odwykowe» wynika, że system

[115] Zob. Informacja o wynikach…

przymusowego leczenia osób uzależnionych od alkoholu jest niewydolny. Na przykład dlatego, że osoba, którą sąd skieruje na przymusowe leczenie czeka na przyjęcie do ośrodka średnio... 673 dni, czyli prawie dwa lata. Co druga osoba musi być do ośrodka przywieziona przez policję, bo się nie stawiła w ośrodku leczenia. Co trzecia osoba nie kończy terapii. Bo nie musi. Warunkiem «odhaczenia» decyzji sądu jest samo rozpoczęcie leczenia. Połowa pacjentów jest kierowana na terapię przez sądy wielokrotnie. […] – System jest drogi i nieskuteczny – nie ma wątpliwości prezes NIK Krzysztof Kwiatkowski. Dlatego postuluje, by część środków, które są wydawane na nieefektywne, przymusowe leczenie uzależnionych trafiała na pomoc dla szczególnej grupy alkoholików – ciężarnych pijących. – Minister zdrowia powinien stworzyć specjalny program terapeutyczny dla kobiet w ciąży. […] Resort zdrowia odpowiada, że jest to po prostu niemożliwe, bo w polskim prawie nie ma pojęcia pijanej ciężarnej. Jest ona traktowana, jak każda inna osoba nadużywająca alkoholu, a więc przymusowe leczenie wymaga kosztownej i długotrwałej procedury administracyjnej. […] Powołaliśmy zespół ekspercki, który ma ocenić szanse zmiany prawa. Chcemy sprawdzić, czy obowiązujące regulacje prawne dają nam podstawę do tego, żeby picie alkoholu w ciąży było karane – zapewnił nas wiceminister sprawiedliwości Patryk Jaki. Kiedy poznamy wyniki ministerialnych badań? Sebastian Kaleta, rzecznik resortu odpowiada, że «tak szybko, jak to będzie możliwe». – Zdajemy sobie sprawę z potrzeby działania. Jest to jednak bardzo złożony problem, z którym próbujemy się mierzyć nie jako pierwsi. Postaramy się jednak, żeby nam się udało – kończy Kaleta. Żeby ewentualne plany ministerialne penalizowania spożywania alkoholu w ciąży się nie powiodły trzymać kciuki będzie na przykład Katarzyna Nowakowska, współpracująca z fundacją Feminoteka. Jej zdaniem to nic innego jak zamach na prawa kobiet i «sprowadzenie ich do roli inkubatorów». – Politycy chcą otworzyć puszkę Pandory. Jeżeli dopuścimy fakt karania kobiet za picie alkoholu, to kolejnym ruchem może być zakazanie im przebywania w pomieszczeniach, gdzie ktoś pali papierosy. Żeby uniknąć ryzyka biernego palenia – denerwuje się Nowakowska. Jak argumentuje, od przepisów nakazujących abstynencję jest «tylko krok od karania za poronienie». – Polityka nakładania kar jeszcze nigdy nie doprowadziła do niczego dobrego. Zamiast tego trzeba wspierać kobiety. Zapewnić im taki standard życia, żeby nie musiały uciekać w alkohol – zaznacza”[116].

[116] B. Żurawicz/i, Piją w ciąży, rodzą chore dzieci. Można tylko patrzeć. NIK alarmuje: to się musi zmienić, http://www.tvn24.pl/lodz,69/pija-w-ciazy-rodza-chore-dzieci-nik-alarmuje-to-sie-musi-zmienic,650996.html

Czy na prawników można liczyć?

Tylko z medialnych przekazów znamy wyrok Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii zapadły w grudniu 2014 r., który orzekł, że siedmiolatka z uszkodzeniem mózgu, której matka będąc w ciąży nieustannie piła, nie ma prawa do odszkodowania.

„Lekarze nie mieli wątpliwości, że za uszkodzenia mózgu dziecka odpowiada właśnie alkohol. Dlatego lokalny samorząd skierował sprawę do sądu. Bądź co bądź jego pracownicy ostrzegali matkę, czym grozi zaglądanie do kieliszka. Uznali więc, że można oskarżyć ją o świadome podanie dziecku trucizny [korzystając z przepisu Offences Against the Person Act 1861, zgodnie z którym każdy, „kto bezprawnie i złośliwie podaje truciznę lub inne szkodliwe lub niszczące rzeczy powodując zagrożenie dla życia osoby, lub przez to wyrządza osobie jakikolwiek ciężki uszczerbek na zdrowiu, jest winien zbrodni i jeśli zostanie skazany podlega karze [...]" – uw. nasza]. I wywalczyć odszkodowanie na leczenie dziewczynki, która znalazła się w ośrodku opiekuńczym"[117]. W trakcie procesu okazało się, że kobieta piła średnio osiem mocnych piw dziennie i pół butelki wódki.

Pierwszy wyrok w tej sprawie zapadł już w 2011 r. i wtedy sąd przyznał rację samorządowi. Jednak urząd ds. odszkodowań w sprawach karnych (Criminal Injuries Compensation Authority) odwołał się od wyroku. Sądy w kolejnych instancjach zgodnie orzekały, że stan zdrowia dziecka jest wynikiem picia alkoholu przez matkę w czasie ciąży, za co poszkodowanej siedmiolatce należy się zasiłek opiekuńczy, który „mógłby poprawić jakość jej życia". Jednakże w grudniu 2014 r. Sąd Apelacyjny wydał wspomniany już werdykt, w którym uznał, że brakuje „jednego z niezbędnych znamion przestępstwa", czyli „wyrządzenia poważnej szkody osobie – poważna szkoda wyrządzona płodowi nie wystarczy".

„Na ten wyrok czekało 80 dzieci z zaburzeniami fizycznymi lub psychicznymi wynikającymi z tego, że ich matki piły w ciąży alkohol. We wszystkich sprawach kancelaria GLP Solicitors zebrała mocne dowody – pracownicy społeczni i pielęgniarki wyraźnie ostrzegały kobiety: «Nie możesz tego robić, to zaszkodzi twemu dziecku». Prawnicy domagali się odszkodowania dla dzieci z państwowego funduszu dla ofiar przestępstw […].

[117] M. Czarnecki, Wielka Brytania: picie alkoholu w ciąży to przestępstwo?, http://wyborcza.pl/1,76842,15391674,Wielka_Brytania__picie_alkoholu_w_ciazy_to_przestepstwo_.html#ixzz44TDk5mHe; por. np. D. Boffey, Alcohol abuse in pregnancy could become a crime, legal papers claim, http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2014/jul/26/pregnancy-mother-forced-pay-child-damages-drinking oraz wskazane tam publikacje; K. Budd, Foetal Alcohol Syndrome (FAS): Drinking alcohol during pregnancy could be ruled a crime in the UK, http://dyslexiauntied.blogspot.com/2014/02/foetal-alcohol-syndrome-fas-drinking.html; nadto D. Howell, Pregnancy drinking examined as possible crime in landmark case, http://www.bbc.com/news/uk-26031422 oraz wskazane tam publikacje.

Precedensowy wyrok Sądu Apelacyjnego oznacza, że przepis z *Offences against the Person Act* z 1861 r. dotyczący podania trucizny w celu zagrożenia życia lub spowodowania poważnych uszkodzeń ciała nie ma zastosowania w przypadku nienarodzonego dziecka. Nie należy mu się więc odszkodowanie, a matki nie poniosą kar za swoje czyny […]. Picie alkoholu w ciąży sprawia, że w Wielkiej Brytanii co roku rodzi się ok. 7 tys. dzieci z wadami fizycznymi (np. uszkodzeniami mózgu, zniekształceniami twarzy, uszkodzoną wątrobą) lub problemami psychicznymi"[118].

„Przekaz większości ośrodków medialnych w tej sprawie był zadziwiający. Nie skupiono się ani na losie poszkodowanej dziewczynki, ani na niebezpieczeństwach spożywania alkoholu w ciąży, ani nawet na wpływie FAS na rozwój dzieci. Uwaga skupiła się za to na kwestii «kryminalizacji» kobiet w ciąży, które nadużywają alkoholu. Oto przykładowy nagłówek prasowy: «Mamy, które piją, dostaną metkę kryminalistek». Jak relacjonuje portal Mercatornet, w związku z tą sprawą w telewizjach brylowali przedstawiciele Brytyjskiej Służby Doradztwa Ciążowego (BPAS), która jest największym dostarczycielem tzw. usług aborcyjnych na Wyspach"[119]. Warto dodać, że niektóre działaczki na rzecz praw kobiet przyjęły ten wyrok z uznaniem twierdząc, że matki powinny same odpowiadać za swoje decyzje. Jakże łatwo przechodzą one do porządku nad tym, iż konsekwencje tych decyzji kobiet dotyczą nierzadko także kobiety, tylko że malutkiej. Ma więc feminizm także zadziwiające oblicze moralne.

Wiemy, że chorą dziewczynką, której dotyczył przedstawiony wyrok Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii zajęła się „prywatna organizacja, która zaoferowała bezinteresowną pomoc. Jej przedstawiciele jednak nie trafili za to na czołówki londyńskich dzienników"[120].

Płonne okazały się więc nadzieje wskazujące na potrzebę przyjęcia również w Wielkiej Brytanii takich lub podobnych przepisów, które w stanie Tennessee pozwalają na postawienie zarzutów karnych kobiecie ciężarnej spożywającej także alkohol[121].

Warto dodać, że w Polsce proces cywilny, dotyczący roszczeń związanych ze szkodą poniesioną przez dziecko przed narodzeniem wskutek nadmiernego spożywania alkoholu przez matkę, mógłby zakończyć się werdyktem zasądzającym odszkodowanie. Cywilnoprawnym odpowiednikiem art. 157a § 1 k.k., który stanowi, że kto „powoduje

[118] M. Czarnecki, Picie alkoholu w ciąży to nie przestępstwo. Precedensowy wyrok w Anglii, http://wyborcza.pl/1,76842,17082663,Picie_alkoholu_w_ciazy_to_nie_przestepstwo__Precedensowy.html

[119] Ł. Sianożęcki, Prawo do picia przed prawem do życia, http://www.naszdziennik.pl/swiat/117771,prawo-do-picia-przed-prawem-do-zycia.html

[120] Ł. Sianożęcki, Prawo do picia…

[121] Zob. A. Pavlinec, Czy karać…

uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2" oraz jego § 3, w którym przewidziano, iż nie „podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 1", był i w najistotniejszej części jest art. 446^1 k.c. Po nowelizacji w 1996 r. stanowił on w zd. 1, że z „chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem", lecz w zd. 2 zastrzegał, że dziecko „nie może dochodzić tych roszczeń w stosunku do matki". Współautor tego artykułu był pierwszą osobą, która opublikowała krytyczny komentarz wskazujący, iż norma przyjęta w zd. 2 tego przepisu stanowi naruszenie fundamentalnej zasady równości wobec prawa[122]. Następnego dnia po ukazaniu się tego artykułu w ogólnopolskim poczytnym dzienniku[123], Trybunał Konstytucyjny w pkt 5 orz. z 28 V 1997 r. uznał postanowienie art. 446^1 zd. 2 k.c. za sprzeczne z Konstytucją wskazując, że ustawodawca „pozbawiając dziecko możliwości dochodzenia swych roszczeń majątkowych wobec matki, ograniczył jego prawa w sposób sprzeczny z zasadą demokratycznego państwa prawnego i z zasadą równości"[124]. Przepis ten utracił moc, w wyniku czego polskie prawo przewiduje możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych od matki dziecka, która wyrządziła dziecku szkodę przed jego narodzeniem.

[122] Zob. J. Mazurkiewicz, Komu wolno szkodzić bezkarnie. Nasciturus. Cywilnoprawna podmiotowość dziecka poczętego, Rzeczpospolita 1997, nr 122, s. 17.

[123] Artykuł ten czekał jakiś czas w redakcyjnej kolejce, ale nie został opublikowany przypadkowo we wtorek 27 maja 1997 r., w przeddzień podjęcia wskazanego werdyktu TK. Jego publikacja w tym dniu była zamierzona, o czym jego autora zawiadomiono dzień wcześniej. A bodajże w czwartek 29 maja bardzo rzeczowa red. K. Chrupkowa, kierująca w „Rzeczpospolitej" działem „Prawo co dnia", relacjonowała mu przez telefon: „Na sali obrad Trybunału było kilka osób trzymających w ręce przedwczorajszą «Rzeczpospolitą» z pańskim artykułem". Nie można więc wykluczyć, że argumenty w nim zawarte zostały dostrzeżone przez sędziów po jego lekturze.

[124] K 26/96, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy poz. 19/1997.

Елена Хлистун[1]

Право зачатого ребенка на жизнь как закон сохранения гармонии в мире и обществе в философии ариизма

В условиях глобализационных процессов важным моментом для понимания формирования современных идей и мировоззрений становится изучение древней философской мысли Востока, в частности арийской Индии. Данное исследование имеет целью дать ответ на вопрос о сущностном содержании феномена ариизма и помочь увидеть присутствие его составляющих как в историческом процессе, так и на современном этапе развития общественной мысли. В рамках темы не только полезно рассмотреть основы, которые заложили фундамент мировоззрения многих народов евразийского континента, но и стали базой для формирования религиозно-философского мышления и структуры отношений внутри общества.

Мнение автора на данную проблему существенно отличается от распространенной в современной европейской социально-философской литературе, которая позиционирует феномен ариизма как наследие языческой Европы. Поэтому в качестве термина, который указывает на данный концепт, предлагается «ариизм», вместо распространенных ранее «арийство» или «нордизм».

Ариизм – это, прежде всего, социокультурный феномен в самом широком смысле его понимания, который лег в основу культурной традиции индоевропейской цивилизации. Он зародился в кругу восточных арийских племен и выработал собственную, отличную от других мировоззренческих систем, совокупность взглядов, оценок, ценностей, принципов, которые определяют общее видение мира как образа идеальной конструкции, места человека в этой конструкции, а следовательно

[1] Doktorantka, Запорізький національний університет, Україна (Zaporoski Uniwersytet Narodowy, Ukraina).

предусматривают формирование его активной жизненной позиции, программы конструктивного поведения и совокупных действий людей как членов единого общества, что в конечном итоге направлено на развитие, в соответствии с собственными знаниями и умениями, для достижения наивысшего идеала (модели общественного рая).

Главным атрибутом ариизма выступает монотеизм в широком смысле. Система мировоззрения и ценностей ариизма имеет определенную иерархическую структуру, которая подчинена принципу единого первоначала и представлена в системе категорий, понятий, символов. В основе мировоззрения монотеизма (тотального первоначала) – в ведизме, зороастризме, иудаизме и его ответвлениях (христианстве и мусульманстве) – лежит идея единого творческого первоисточника, которая позже воплотилась в личности Бога – создателя вселенной. Однако, каждое направлене понимает ее по-своему.

Система ведического мировоззрения часто рассматривается как обычный политеизм. Ранневедический пантеон представлен богами неба (бессмертными есть небесные светила Асуры (солнце Сурья и планеты) и явления природы, а также героями, в роли которых выступают племенные вожди (Индра, Яма, Ману) и женскими образами (спутницы богов). Однако на базе древнейшей веды – «Ригведы» – уже можно увидеть зарождение монотеистической линии и самого феномена ариизма[2]. Отдельные общие элементы мировоззрения (так называемого небопоклонничества) послужили основой для формирования философии ариизма прежде всего в ведизме.

Агни и лошади – обязательные атрибуты арийских племен, которые приносили жертвы 33 арийским богам (сравн. 33 раты в зороастризме)[3]. Языки пламени поднимались к небесам, а небесные светила выглядели пылающими: их природу арии воспринимали как равнозначную Агни, что передано в гимне «К Заре-Ушас» (РВ 5:79). Агни многофункционален: это внутренний огонь, это свет на небе, свет среди людей, свет мысли и вдохновения поэта («К Агни-Вайшванаре», РВ 4:9). Отождествление Агни и Брахмы – «Ты Брахма и господин дома в нашем жилище» – появляется лишь в X мандале (РВ 10:91:10), что свидетельствует о более позднем осмыслении сущности Агни и начале формирования философии брахманизма. Агни также называется

[2] Ригведа: [в 3 т.] / [Пер. с санскр. Т.Я. Елизаренковой]. – М .: Наука, 1989. –99. –. – (Серия «Литературные памятники»). – Т.1: Мандалы I-IV. – 1989. – 768 с. – Т.2: Мандалы V-VIII. – 1995. – 752 с. – Т.3: Мандалы IX-X. – 1999. – 560 с.

[3] Авеста. Закон против дэвов (Видевдат) / [Адаптированный перевод, исследование и комментарии Э.В. Ртвеладзе, А.Х. Саидова, Е.В. Абдуллаева]. – СПб: Издательство Политехнического университета, 2008. – 301 с.

«сияющим пастырем закона» (РВ 1:1:8). Очевидно, что арии хранили заветы осознанного ими природного Закона. В IV мандале упоминается также Договор Индры с теми, кто его чтит. Так зарождается идея Договора и Завета (Закона).

С ритуалами агнихотры непосредственно связан ритуал выливания Сомы – крепкого напитка, который смешивался с молоком и считался напитком бессмертия богов, Амритой. Он символически выливается в воды священной реки (mahi – «большая»), которая в разных гимнах называется по-разному: Сарасвати, Раса (Rasa), авестийская Ра(н)ха, или Небесная река, что течет с неба и омывает собою вселенское пространство. Этот образ непосредственно связан также с пониманием вселенского огня, осмысленным как циркулирующий поток, чем и похож по признаку на вселенский водный поток.

Раса в гимне «К Ашвинам» воспринимается и как солнечная энергия, и как животворящий поток (РВ 4:43). «Потомок вод» (apam napat также в «Авесте») – неизменный эпитет Агни (РВ 3:9:1): так образно передана ассоциация со световыми волнами, излучением. Море Ворукаша (авест.)[4], как и ведический океан Матаришван (Mataríśvan) – образы, связанные с Агни, на что указывает и Т.Елизаренкова (РВ 10:109)[5]. Итак, всемирный океан есть океан космических волн, что характеризует космическое микроволновое излучение Агни-Вайшванару – бессмертный подвижный поток, что дает жизнь всему сущему (гимны «К Соме», РВ мандала 9). Именно поэтому в гимнах присутствует непонятное для многих исследователей (Саяна, К.Гельднер, Л.Рену, Г.Ольденберг и др.) неразличение Сомы и Агни как единого вселенского потока. Таким образом, связанные между собою атрибуты обряда – Агни, сома и река – передают ассоциацию-представление древних философов о циркуляции вещества и энергии во вселенной. Ритуал жертвоприношения сомы водам и очистительные купания (РВ 1:23) заложили основы традиции чествования огня и воды в ведизме, зороастризме (Атар и Абан) и пр.

В «Авесте» священный Огонь уже не выступает как самостоятельное божество, а назван сыном Ахура Мазды и является его атрибутом, как заметил Л.Лелеков, «символом божественных потенций» [2, с. 34]. В гимне «К Агни» (РВ 10:45) рассматривается вопрос о трехчастной природе Агни (trisadhastha): он рождается на

[4] Авеста. Закон против дэвов (Видевдат) / [Адаптированный перевод, исследование и комментарии Э. В. Ртveладзе, А. Х. Саидова, Е.В. Абдуллаева]. – СПб: Издательство Политехнического университета, 2008. – 301 с.

[5] Ригведа: [в 3 т.] / [Пер. с санскр. Т.Я. Елизаренковой]. – М .: Наука, 1989. –99. –. – (Серия «Литературные памятники»). – Т.1: Мандалы I-IV. – 1989. – 768 с. – Т.2: Мандалы V-VIII. – 1995. – 752 с. – Т.3: Мандалы IX-X. – 1999. – 560 с.

небе, среди людей и в водах как Апам Напат (РВ 10:45:3). Это мистическое представление о Троице – трех ипостасях единого божества.

В то же время зарождается концепция Бога-Творца, автор одного из гимнов позиционирует его как личность (РВ 10:81). Вишвакарман («Верховный деятель-творец») выступает активным началом – Агни: «Это его восприняли воды как первый зародыш» (РВ 10:82:6). Содержание стихотворения можно трактовать так: в энергетическом потоке вселенной возникают небесные тела, которые должны иметь центр тяжести (в качестве опоры в индийских источниках фигурирует «столб»), он назван «пупом Нерожденного» – вечного и невоплощенного первоисточника. Он осознается как невоплощенный и одновременно как личность, что позже в брахманизме будет соответствовать понятием «Ниргуна Брахмана» и «Сагуна Брахмана»[6].

Космогонические представления зороастризма схожи с ведическими. В Гатах описаны небесные светила, которые осуществляют свои циклы, что является мерилом Аши (Закона, Истины), раты-образцы (целостность, бессмертие, новый месяц, раты года и пр.), ритуал выливания Хаомы (Сомы) и чествования огня. Представление о мире зороастрийцев, однако, отличаются от ведического: Ахура Мазда связан с метафизикой, он постоянный и неизменный. В то время как Агни в самом ритуале (Rtugraha) непременно выражает Закон (rta) непрерывного движения, циклов круговорота жизни. Так, образ Ахура-Мазды передает монотеистическую линию, которая, уже является трансформированной и напрямую связанной с иудаизмом и христианством.

Таким образом, древнейшей формой монотеизма, которая выражает главную идею ариизма, в Индии и Иране являются не монолатрия (генотеизм) и не теизм, или политеизм. Единое божество сначала понималось в духе, близкому к пантеизму (веды и упанишады), или как безликое Сверхбытие (буддизм). В ведизме воплощена сущность главной идеи ариизма – понимание основ мироздания как реализации природы Агни. Здесь он сравнивается с «зародышем» вселенских вод – apam napat, который есть прямым началом материалного мира. В «Законах Ману» содержится вывод, который заключает развитие ведической традиции в понимании базовой основы вселенной: «Одни называют его Агни другие – Ману, владыкой существ, иные – Индрой, некоторые – дыханием жизни, а некоторые – вечной брахмой. Он, проникая во все живые существа пятью элементами (rnurti), постоянно заставляет [их] вращаться

[6] Веданта Сутра (Брахма Сутры) / [пер. с санскрита Д.М. Рогоза]. – СПб: Издательство ОВК, 1995. – 208 с.

как колесо, посредством рождения, роста и смерти. Кто так видит во всех живых существах атмана через атмана, тот, став равнодушным ко всему, достигает высшего состояния – брахмы» (ЗМ 12:123-125)[7].

Понятие Закон и Истина в то же время выражают принцип структурированности (детерминизм) мироздания в космогонии ариизма. Именно в рамках ариизма впервые выражено понимание многоуровневости мироздания: уровень элементарных волновых частиц (как воплощение природы света/огня, позже – Брахмана), в ходе эволюции развивается до уровня «вещей» предметного мира. Показательным также является факт соответствия взглядов древних ариев на природу вселенной и выводов современных космологов и физиков, на что обратил внимание М. Каку[8]: вселенная рождается многократно в вечном Океане Нирваны. Так, в идеологии ариизма был впервые сформирован взгляд на конечность отдельной вселенной и одновременно бесконечность мира, что согласуется с выводами физиков и космологов – А. Эйнштейна, Т. Юнга (волновая теория света), Е. Хаббла (концепция Большого взрыва), Ч. Беннетта, А. Гуса, Д.Гамова, Ф. Хойла, Д. Уилера, М. Каку (теория суперструн)[9]. Учитывая новейшие исследования, термин «вселенная» (универсум) был заменен на «мультивселенная» (мультиверсум), что в ведизме соответствует понятиям Сагуна Брахмана (проявленный Брахман) и Ниргуна Брахмана (непроявленный Парабрахман). Создание и уничтожение мира (Большое растворение, Махапралайя) следуют друг за другом и такие изменения не имеют начала и конца, а выступают лишь последовательностью циклов, таким образом реализуется главный Закон[10]. Как видим, в ведизме-брахманизме была заложена философская база ариизма, изложена информация об основах мироздания и взгляды по обустройству общества в гармонии со вселенной.

Именно в ариизме были сформированы и основы социоцентристского подхода, который иногда обвиняют в абсолютизации значения общественных связей человека. Социоцентризм в ариизме является первоочередным пунктом в определении

[7] Законы Ману (Манавадхармашастра) / [пер. С.Д. Эльмановича, проверен. и исправл. Г.Ф. Ильиным]. – М .: ЭКСМО-Пресс, 2002. – 496 с.

[8] Как М. Параллельные миры: Об устройстве мироздания, высших измерениях и будущем Космоса [Michio Kaku. Parallel Worlds: A Journey Through Creation, Higher Dimensions, and the Future of the Cosmos] / [пер. с англ. М.Кузнецовой]. – М .: София, 2008. – 416 с.

[9] Как М. Параллельные миры: Об устройстве мироздания, высших измерениях и будущем Космоса [Michio Kaku. Parallel Worlds: A Journey Through Creation, Higher Dimensions, and the Future of the Cosmos] / [пер. с англ. М. Кузнецовой]. – М .: София, 2008. – 416 с.

[10] Соколов Ю.Н., Общая теория цикла // Ю.Н. Соколов. – Материалы V Международной конференции «Циклы природы и общества». – Ставрополь, 1997. – Ч. 1. – 47-77 с.

отношения к человеку и к его сущности. Здесь получила первоначальное развитие также идея гуманизма, которая, однако, не отождествляется с антропоцентризм или древнегреческим гуманизмом, а также еще полностью лишена психологизма. Арийский гуманизм отличается социологизмом: представлен во взаимодействии интересов личности и общества, это так называемый естественный гуманизм, направленный на гармонизацию отношений между личностными интересами и общественными.

Итак, в антропологии ариизма человек рассматривается как часть единого мироздания, обусловлен природными и социальными связями, включен в единый процесс антропо-социогенеза, а поэтому должен жить в гармонии со вселенной и обществом. Только в коллективе раскрывается его ценность и заложенные в нем природные потенции. Таким образом, человек не может действовать по своему усмотрению, его поведение и жизнедеятельность обусловлены общественными требованиями и предписаниями (дхармашастры, «Законы Ману»). Первоочередность гражданского долга демонстрирует вся древнеиндийская литература, в частности «Махабхарата», «Рамаяна» и другие. Такое понимание первоначального коллективного гуманизма прошло через всю историю общественной мысли и стало основой для создания религиозно-моральных норм во всех монотеистических религиозно-философских направлениях.

Один из главных концептов монотеизма – «Любовь» – предполагает реализацию гражданского долга, и понимается как преданность и служение высокому идеалу, Абсолюту или высшему существу – Творцу (Брахме, Ахура Мазде, Кришне, Господу Христу). Гуманистическая идея ариизма направлена, прежде всего, на совершенствование нравственной сущности человека, направляет ее на развитие и сотворчество с естественным первоисточником, Богом-Творцом (в отличие от разрушительной, деструктивной позиции). «Веда» понимаются при этом как «знание» и «добродетель», содержит сведения о мире и соответствующий взгляд на универсальную и божественную человеческую природу как гармоничный инструмент практической деятельности в кругу семьи, общины, общества. В то же время, человек выступает открытой системой, органично связанной с окружающим и способной к развитию, что обусловливает и процесс развития самого социума.

Также на основании текстов вед, «Законов Ману» и «Авесты» можно сформировать представление о морально-этических взглядах ариизма. Очевидно, что индоиранские арии ценили щедрость и дружбу, честность во взаимоотношениях и не терпели лжи, к которой прибегают их враги, а также пытались познавать

«божественную» истину и ценили ее превыше всего, закрепив это в ритуале. Имеются факты, указывающие на враждебное отношение ариев к чужакам (даса), которые сохранили традиции древней магии и чествования духов (РВ 3:30, 4:4). Себя арии считали благочестивыми исполнителями закона, дружными, подобно когорте своих древних героев, а позже богов-хранителей (Индре и др.). При этом Зло в Ведах не выступает на вселенском уровне, как в зороастризме, а имеет конкретного носителя. Поэтому, в ариизме отсутствует идея изгнания из рая, наоборот – весь мир воспринимается как всецелое благо, выступает в своей целостности и неделимости (РВ 3:31:17). Исходя из сказанного, понятия добра, справедливости и этичности в рамках ариизма получают трактовку исключительно как отражение природных процессов в общественных.

С развитием ведической традиции появляются совершенно новые понятия «греха» и «безгреховности», чего не было в первых мандалах «Ригведы» (РВ 5:44:2). «Видевдат» уже содержит четкий перечень грехов и добродетелей. В зороастризме дихотомия Добра та Зла (дуализм) приобретает категориальное значение и выступает на вселенском уровне. Однако, сначала в основу и «Ригведы», и «Авесты» были положены устремления к гармонии и добру, а наивысшим достижением сил добра считалось рождение потомков человека и животных. И в этом заключалась основа жизненного цикла.

С точки зрения социальной философии можна взглянуть на эпическое, религиозное и фольклорное наследие других народов, что есть выражением их исторического мировоззрения и отношения к проблеме взаимоотношения человека и общества.

Например, из древнего шумеро-аккадского литературного наследия можно увидеть тесную взаимосвязь мировоззренческой традиции хеттских и семитских народов[11]. В частности, шумеро-аккадское литературное произведение «Эпос о Гильгамеше» хорошо передает философские взгляды того времени на окружающий мир (элементы космогонии, историю о «Великом потопе», которая впервые появляется в его поздней редакции), на место и судьбу человека (основной идеей является поиск бессмертия), а также этические взгляды, которые были довольно миролюбивыми

[11] Анати Э., Палестина до древних евреев [Palestine before The Hebrews] / Эммануэль Анати; [пер. С англ. А. Б. Давыдовой]. – М.: Центрполиграф, 2008. – 416 с.; Фридман Р. Э., Как создавалась Библия [Who Wrote the Bible?] / Ричард Фридман; [пер. с англ. Г. Ястребова]. – Москва: Эксмо, 2011. – 395 с. Эпос о Гильгамеше («О все видавшем») / [пер. с аккадского И.М. Дьяконова]. – СПб: Наука, 2006. – 218 с.

в период зарождения земледельческих отношений. В качестве жертвоприношений богам упомянуты только ароматические курения и растения[12].

Таким образом, ни в шумерской, далее в семитской (Тора), ни в арийской (индоиранской) традиции не было возможным и не приветствовалось убийство ребенка (рожденного или нерожденного). Новый человек всегда выступал как желанный дар природы и богов. Поэтому в «Махабхарате» самым страшным проклятием выступает проклятие бездетности.

А вот в ханаанской (как и в хеттской) традиции находим совершенно иное мировоззренческое начало. Ханаан представлял собою разнородный и разнокультурный регион враждовавших между собою царств, городов-государств и богов. Он был завоёван семитско-хамитскими племенами во второй половине II тысячелетия до н. э. Согласно Библии, Бог оставил племена грешников-хананеев (после гибели Содома и Гоморры (Бытие 19:15)) в качестве наказания для избранного своего народа за его неповиновение. Об особенностях склада ума коренных жителей Ханаана можно судить по разного рода фрагментам из Библии. Помимо общих упоминаний об их идолопоклонстве здесь содержатся и целые истории (Бытие 34:7; Судьи 14:15) о нравах и быте хананеев, о чем также свидетельствуют документы Амарнского архива в Египте. Торговля и земледелие здесь были основными занятиями, а ханаанские боги и богини выступали персонифицированными силами природы: Баал (Ваал), его жена Астарта (Анат) – богиня любви и войны, отцец – Эль (Илу), повелитель богов, его жена Ашера, богиня-мать и повелительница моря, Шамаш (бог солнца и плодородия), Решеф (бог войны), Дагон (бог хлеба) и т.д. Все они были жестоки и кровожадны, и часто служили отражением природы человеческих взаимоотношений в обществе. Ханаанский культ и религиозные празднества превращались в разгул самых худших свойств человеческой натуры. Греческие и римские писатели ужасались бесчинствам, которые хананеи творили во славу своей религии, также Библия сурово осуждает эти традиции. В честь ханаанских богов и духов совершались жертвоприношения: в качестве жертвы обычно использовали животных и пищу. По свидетельствам античных источников, у хананеев практиковались и человеческие жертвоприношения: детей приносили в жертву Молоху, бросая их в горящий внизу большой печи огонь. В «Библейском справочнике» утверждается, что археологи нашли в Мегиддо руины храма, посвящённого богине

[12] Эпос о Гильгамеше («О все видавшем») / [пер. с аккадского И.М. Дьяконова]. – СПб: Наука, 2006. – 218 с.

Астарте: в нескольких шагах от этого места располагалось кладбище, где были найдены в кувшинах останки детей, приносимых в жертву. Жрецы Ваала и Астарты были официальными убийцами маленьких детей. Другой ужасный обычай – «жертвоприношение на основания»: при постройке нового дома в жертву Ваалу приносился младенец, тело которого позже замуровывалось в стену[13].

Принесение в жертву сыновей (нередко первенцев) было общей практикой в древней Палестине. Исследователи Библии также проводят параллели со сходными мотивами в мифологии Древней Греции и Месопотамии. В самой Библии приводится несколько подобных примеров, где названы моавитский царь Меса (4Цар. 3:27), иудейские цари Ахаз (2 Пар. 28:1-29), Манассия (4Цар. 21:1-18), иерихонец Амврий (3Цар 16:24-28), а также Саул, пытавшийся убить своего сына Ионафана (1 Цар. 30-33). Мы видим также в Библии пример, когда под влиянием мировоззрения окружающих народов Авраам чуть не принес собственного сына в жертву, которая в действительности не нужна была Богу (Быт. 22:1-19). Хотя в богословской трактовке это событие приобретает совсем иной религиозный смысл – как проявление добродетели праведника и преданности вере. Согласно другому мнению, эта история представляет собой выражение протеста против языческого обычая принесения ребёнка в жертву богам. Анализируя первоначальную версию автора-элогиста (так условно назван автор текста, который называет бога Элогим) Р.Фридман допускает, что Исаак все же был принесен в жертву своим отцом (Быт 22:11-16), ибо за этим следует глава о смерти Сары (Быт 23), которая вполне могла не вынести переживаний по поводу сына. С изменением социокультурного контекста и отмиранием практики человеческих жертвоприношений, текст был скорректирован другим автором, который уже называет ангела Яхве [8, с. 368-369]. Но дальнейшая философская мысль уже развитого иудаизма уделяет огромное внимание очередной (и неоднократной!) клятве Бога умножить потомство Аврааму, как песок в море (подобные обещания зафиксированы в Старом Завете и Торе (Быт. 15:5; Быт. 17:19; Быт. 21:12)).

В этической трактовке И.Канта, Авраам мог быть уверен, что услышанный им голос вообще не принадлежит Богу. Приказание совершить что-либо противоречащее моральному закону не может, по Канту, исходить от Бога, то есть высшего морального и рационального существа [10, с. 93].

[13] Анати Э., Палестина до древних евреев [Palestine before The Hebrews] / Эммануэль Анати; [пер. С англ. А.Б. Давыдовой]. – М. : Центрполиграф, 2008. – 416 с. Фридман Р.Э., Как создавалась Библия [Who Wrote the Bible?] / Ричард Фридман; [пер. с англ. Г. Ястребова]. – Москва: Эксмо, 2011. – 395с.

Далее проанализируем моральные аспекты европейского язычества и его отношение к детоубийству. По европейскому римскому законодательству отец обладал абсолютным и неограниченным правом над своим ребенком. Римский юрист Гай в своем трактате «Институции» это исключительное право называет «ius proprium civium romanorum», то есть «гражданским римским правом собственности», и замечает, что вряд ли еще кто-то имеет подобную власть над своими детьми как римляне. Отец имел право решать жить или не жить новорожденному или просто выбросить его, имел право своих детей использовать в качестве рабов или продать внутри государства как раба, имел право их убить, или совершеннолетнего сына продать трижды, а дочь, младших братьев и внуков один раз (Институции кн. 1:130-140)[14].

На примере скандинавской и англо-саксонской литературы можно также видеть, что древнее общество вообще не ставило различий между взрослым человеком и ребенком, и отношение к детям врагов было не менее жестоким, чем к самим взрослым врагам. В эддах, в частности в «Младшей Эдде», переданы повествования о взаимоотношениях местных родов. Присутствует рассказ о конунге Атли, который взял себе в жены Гудрун (из Нифлунгов) после гибели ее мужа Сигурда. Конунг убивает ее братьев Гуннара и Хёгни. В отмщенье за родных (родо-племенное мировоззрение) Гудрун убивает двоих собственных сыновей, рожденных ею с Атли, и приказывает сделать чаши из их черепов (обычай характерный также для скифской культуры). Когда устраивают тризну по Нифлунгам, на пиру Гудрун подает Атли в этих чашах мед, смешанный с кровью мальчиков, потом она убивает захмелевшего на пиру самого Атли и поджигает палаты [16, с. 67]. Так свершается родовая месть. И такие примеры не единичны.

Нечто подобное можно было видеть и в позднем средневековье на территории Украины, что показывает украинский фольклор и литература. В угоду собственным амбициям и общественному долгу, собственные дети часто приносились «в жертву» уже социально-моральным и политическим нормам. Так, поступает Тарас Бульба из одноименного произведения Н.Гоголя: собственноручно убивает своего сына Андрея как предателя и перебежчика, и по собственной неосторожности теряет второго. Поэмы классика Т.Шевченка насыщены сюжетами о детоубийствах, совершенных молодыми

[14] Гай. Институции / Гай; [пер. с лат. Ф. Дыдынского; под ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова]. – Москва: Юристъ, 1997. – 368 с. История развития прав детей [Электронный ресурс] / По материалам Министерства юстиции Республики Беларусь // Детский правовой сайт. – Режим доступа к сайту: http://mir.pravo.by/library/section_3/istorpravdetey/

матерями-одиночками, о самоубийствах женщин на фоне всеобщего общественного порицания и отказа родных от них («Катерина», «Лилия» и др.).

Совсем иначе дело обстояло в Восточном регионе. Комментаторы «Видевдата» («Авеста») Э.Ртвеладзе, А.Саидов и Е.Абдуллаев указывают на непосредственую звязь в формировании авестийских традиций, иудаизма, христианства и мусульманства, которые в своей основе содержат дуалистическую этику. На основе текстов «Видевдата» А.Периханян и С.Ганбаров [11, с. 247-252], [12, , с. 15-17] дают классификацию системы преступлений, в числе которых выделяют как преступления против личности – вредоносные действия врача, аборты и преступления против здоровья женщины во время беременности. Все они жестко карались в период древнего царства.

Так, в «Авесте» права ребенка на жизнь обеспечивалось еще в утробе матери (Ясна 23:1)[15]. Также создавались все условия для появления здорового ребенка на свет и его полноценного развития. Так как в зороастризме более всего ценился закон жизни и гармонии, в «Авесте» особое внимание уделялось также здоровью родителей еще до момента зачатия ребенка, благополучным родам и кормлению новорожденного материнским молоком: все это считалось необходимыми факторами для нормального развития ребенка (Ясна 65:2-5)[16].

Авестолог С.Ганбаров в своих исследованиях пишет: «”Авеста” настолько защищала права несовершеннолетних детей, даже права не родившихся детей были включены в законодательство» [12, с. 12-13.]. В учении зороастризма в вопросах защиты прав и интересов детей особенно нужно выделить тот факт, что аборт приравнивался к убийству и карался как тяжкое преступление. Наказывались все, кто был причастен к этому: «Если девица теряет свою невинность и становится беременной, и, боясь позора, сама, с помощью воды и трав, выкинет, то становится грешницей. Если же она была понуждаема к этому отцом ребенка, то грех ложится и на

[15] Авеста. Закон против дэвов (Видевдат) / [Адаптированный перевод, исследование и комментарии Э. В. Ртвеладзе, А.Х. Саидова, Е.В. Абдуллаева]. – СПб: Издательство Политехнического университета, 2008. – 301 с. Каримова Д.Р., Постулаты «Авесты» о правах детей [Электронный ресурс] / Диляфруз Равшановна Каримова // Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. – 26 ноября. – 2012. – Режим доступа к сайту: http://jurnal.org/articles/2012/uri46.html

[16] Каримова Д.Р., Постулаты «Авесты» о правах детей [Электронный ресурс] / Диляфруз Равшановна Каримова // Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. – 26 ноября. – 2012. – Режим доступа к сайту: http://jurnal.org/articles/2012/uri46.html

отца, и он должен понести наказание как за предумышленное убийство» (Видевдат 15:2:12)[17].

Если муж и жена, независимо от того живут они в законном браке или нет, решили сделать аборт, то вместе с ними наказывался и тот, кто им содействовал: «Если же, когда скажет она отцу ребенка: «Беременна я от тебя», он отвечает ей: «Тогда ступай к повитухе, и испроси у нее одно из снадобий, которым может она вызвать выкидыш». И поступает она по его словам, и даст ей повитуха немного банга, или шаэта, которые убивают в чреве или выталкивают из него, или любое другое снадобье, которое вызывает выкидыш, и говорит мужчина: «Изгони плод мой», и изгоняет она плод его, – то грех убийства ложится на головы всех троих, мужчины, женщины и повитухи» (Видевдат 15:2:13-14)[18].

Обязанностью каждого верующего при этом являлось не только не стыдить обесчещенную и забеременевшую девицу, но по возможности освободить ее от чувства стыда, чтобы она не предприняла нечего такого, что могло бы повредить плоду. Каждому, кто узнает о бесчестии и беременности, надлежало сообщить об этом семье девицы, с просьбой поддержать ее; семья же должна была, собравшись, сказать девице: «Мы знаем об этой беременности, и мы позаботимся о тебе» [2, с. 222]. Такое достаточно гуманное отношение было продиктовано заботой о жизни ребенка. В «Авесте» были узаконены и права беременной женщины. Материальное обеспечение, забота о ней и защита возлагались на отца ребенка: «…отец ребенка должен поддерживать обесчещенную, пока не вырастет ребенок» (Видевдат 15:2:15). Важно отметить, что если отец от таких обязательств отказывался, не защищал и не обеспечивал материально семью и в итоге ребенок был в чем-то ущемлен, то мужа публично казнили, а обязанности по заботе о матери и будущем ребенке брала на себя зороастрийская община: «Если же он не окажет ей поддержки, то пусть несет наказание, как за предумышленное убийство» (Видевдат 15:2:16-19).

Из вышеизложенного ясно, что в древние века на территории Средней Азии и Ирана дети были защищены еще в утробе матери, а также особое внимание уделяли

[17] Авеста. Закон против дэвов (Видевдат) / [Адаптированный перевод, исследование и комментарии Э. В. Ртveладзе, А.Х. Саидова, Е.В. Абдуллаева]. – СПб: Издательство Политехнического университета, 2008. – 301 с.

[18] Авеста. Закон против дэвов (Видевдат) / [Адаптированный перевод, исследование и комментарии Э. В. Ртveладзе, А.Х. Саидова, Е.В. Абдуллаева]. – СПб: Издательство Политехнического университета, 2008. – 301 с.

беременным женщинам. Современная медицина доказала, что для нормального развития ребенка главную роль играет именно этот внутриутробный период[19].

Таким образом, можно предположить, что в традиции монотеизма, которую приняли семитские народы, как и в ариизме, рождение потомства всегда приветствовалось и охранялось как общественное благо и божественная благодать.

Таким образом, проблему абортов можно поставить в прямую зависимость от типа мировоззренческой основы. В рамках философии монотеизма и в мирных земледельческих культурах не наблюдается тенденции ритуального человекоубийства или убийства собственных детей (рожденных или еще нерожденных). В культурах языческих в условиях многобожия, а также сохранившегося по сей день родо-племенного мировоззрения присутствует тенденция этически обоснованного детоубийства. Сегодня эти две тенденции могут рассматриваться как результат влияния древних мировоззренческих основ и культур. Явно это видно на примере многодетного Востока с высоким уровнем народонаселения. С другой стороны, тенденция, характерная для высокоразвитых стран Европы, – сокращение численности народонаселения и вымирание, демографическое истощение основной этнической группы. При этом, вместо пропаганды рождаемости, движения против абортов и оказания первоочередной социальной и государственной поддержки женщинам, готовым иметь детей, в странах Европы, в том числе в Украине, популяризируется демократическое отношение к абортам: позиционируется оно как право выбора для женщины.

В Российской федерации сегодня на государственном уровне разрабатываются мероприятия, направленные на повышение рождаемости.

А вот в странах Востока, где существует проблема перенаселения, сегодня, наоборот, государственная политика направлена на контроль рождаемости, что на первый взгляд может показаться оправданным. В Китае контроль за рождаемостью законодательно был закреплен с 1982 года в конституции КНР. До этого действия государства сводились к разъяснительной работе среди населения: популяризировались поздние браки, планирование рождаемости, бесплатно раздавали контрацептивы. Теперь рождение третьего ребенка в китайской семье запрещено законодательно. В ходе реализации намеченных мероприятий отмечались случаи принудительной

[19] Каримова Д.Р., Постулаты «Авесты» о правах детей [Электронный ресурс] / Диляфруз Равшановна Каримова // Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. – 26 ноября. – 2012. – Режим доступа к сайту: http://jurnal.org/articles/2012/uri46.html

стерилизации и абортов. При этом политика ограничения рождаемости привела, по оценкам экспертов, к старению населения. В конце 2012 года в государстве с населением 1,3 миллиарда человек численность пожилых людей в возрасте от 60 лет и старше достигла 194 миллионов, а к 2020 году их число будет составлять около 243 миллионов, к 2050 году может превысить отметку в 300 миллионов. Соответственно вырастут социальные расходы на содержание пожилых граждан, а при сохранении нынешней тенденции в стране окажется слишком мало людей трудоспособного возраста, чтобы обеспечить выплату пенсий и пособий.

Вот еще одна негативная сторона данной политики. В крупных промышленных центрах, как и в сельской местности, уже начинает ощущаться нехватка рабочих рук. А тенденция в семье иметь мальчика привела к большому числу абортов, когда родителей не устраивал пол будущего ребенка. Следствием этого стала половая диспропорция среди молодого населения Китая. В 2008 году официально китайские власти признали, что намерены пересмотреть политику «одна семья – один ребенок», а с 2013 года наметилось реформирование демографической политики[20].

Индия, по прогнозам экспертов, к 2030 году может превзойти Китай по численности населения. Но ситуация в этой стране с политикой контроля над рождаемостью складывается сложная и даже страшная: в обмен на согласие на стерилизацию гражданам, например, в штате Раджастан предлагают призы (автомобили, мотоциклы, телевизоры и блендеры), а в это время иная часть граждан, которые в акции не участвуют, избавляются от дочерей путем абортов или прямого убийства. Такое отношение к полам в немалой мере связанно с традициями индуизма: только мальчики могут совершать религиозные обряды, жить в родовом имении, носить имя отца и заботиться о престарелых родителях[21]. Традиционная мораль индусов передана в пожелании невестам на свадьбу: «Желаем быть матерью сотни сыновей». Девочки в семье, наоборот, считаются обузой – они разоряют семейный бюджет: приданое и сама свадьба может стоить всех сбережений. Именно поэтому в Индии распространена практика избирательных абортов. Из-за постоянного давления на женщин, почти каждая из них проходит через 3-4 аборта, прежде чем не будет уверена в рождении сына. В результате растет гендерный дисбаланс в обществе. В ходе

[20] Система контроля за рождаемостью в Китае [Электронный ресурс] / Материал подготовлен на основе информации РИА Новости и открытых источников // РИА Новости Украина. – 2013. – 15 ноября. – Режим доступа до сетевого издания: http://ria.ru/spravka/20131115/977196051.html#ixzz3pfGTZ31V

[21] Образцова К., Удар лотереей по высокой рождаемости [Электронный ресурс] / Ксения Образцова // Pravda.ru – 2011. – 5 июля. – Режим доступа до сетевого издания: http://www.pravda.ru/society/family/05-07-2011/1082630-india-0/

30-летней политики избирательных абортов, в Индии стало заметно преобладание мужчин над женщинами, по некоторым подсчетам численность женского населения сократилось на 42 миллиона человек.

Причиной этого явления, как и ряда преступлений внутри семьи, считается традиционное приданое, которое семья жениха требует с родителей невесты. Но сегодня в некоторых штатах сложилась такая ситуация, что из-за нехватки женского пола многие молодые люди не могут найти себе подходящую жену. Беднякам иногда приходится оставаться неженатыми, а обеспеченные семьи прибегают к услугам посредника – профессиональной свахи, – который ездит по всей стране в поисках подходящей невесты. В результате за последние несколько лет недостаток женщин немного изменил традиции: теперь некоторым молодым людям приходится платить, чтобы жениться.

В отдельных малообеспеченных семьях, где 2-ое или 3-ое сыновей возникают проблемы, так как не могут обеспечить каждому невесту. Поэтому они покупают только одну невесту и затем братья уже «делят» ее между собой. Интересно, что такая форма брака, в общем, не характерна для Индии, но традиционные корни этого явления тянутся к периоду до «Махабхараты» (описан брак пяти братьев Пандавов и одной их жены Драупади). Такое многобрачие в некоторых деревнях по сей день практикуется. Еще одним негативным моменотом для большинства женщин, которых увезли из родного дома и насильно выдали замуж, на всю жизнь остается психологическая травма. Чтобы поддержать родителей девочек, власти стали выплачивать пособие (эквивалентное 4500$) семьям, которые выполнят следующие требования: после рождения дочери обеспечивают ее всеми прививками, обучают в школе и не выдают замуж до 18 лет. С другой стороны, увеличивающееся количество холостяков, дает положительный эффект: мужчины меняют свое отношение к браку и приданому, и начинают ценить женщин не за деньги, которые они получают после женитьбы, а просто за то, что они есть. Однако остается остро актуальным ряд проблем гендерного характера: по статистике еще в течение 10 лет примерно 30 миллионов молодых мужчин не смогут жениться.

Как видим, какими бы социально-оправданными не были аборты, они всегда является убийством человека и несут отрицательный результат для всего общества. В европейских странах, это, прежде всего, снижение численности коренного населения и связанные с этим экономические проблемы. Не говоря уже о моральных проблемах социума, который поддерживает аборты, а не женщин, готовых рожать детей. Любовь

к детям заложена в женщине изначально, и неважно, много их или мало. В своей статье М.Климовская справедливо замечает: «Кто-нибудь видел бабушку, которая смотрит на шестого, восьмого, десятого внука холодно и отчужденно и говорит: «Для меня существуют только трое старших, а все остальные – твоя ошибка, за которую ты еще поплатишься»? Скорее всего, она тискает малыша и сюсюкает с ним так же, как и с первым. Таким образом, нежелание иметь детей навязано женщине извне, идеологией общества, в котором она живет. Современное общество занято поисками легкой жизни, растить детей трудно, ответственность очень велика, поэтому сам собой напрашивается вывод: чем меньше, тем лучше!»[22]. И далее она вопрошает: «Почему выражение «плодовитый писатель/художник/ученый/композитор» воспринимается нами положительно, а «плодовитая мать» – отрицательно? Почему скульптор, тратящий огромные силы и время на создание статуи – подобия человека, заслуживает большего уважения, чем мать, тратящая не меньше сил и намного больше времени на то, чтобы выносить и вырастить живого человека? Ответ простой. Когда человек не знает, зачем он живет, он не может как следует ценить ни собственную жизнь, ни жизни других людей»[23]. И более того, кто может ответить на вопрос, скольких гениев, что могли бы стать создателями прекрасных произведений, нужных человечеству изобретений, двигателями социальной и технической эволюции человечества, не стало – в результате абортов?

Подводя итог, можно сказать, что, начиная с периода зарождения мировоззрения и философии монотеизма, в тех социальных и этнических группах, где они были приняты, убийство ребенка не приветствуется ни с точки зрения морально-религиозных норм, ни с точки зрения социально-правовых, что в конечном итоге нарушает естественную гармонию социума и эволюцию мироздания.

[22] Климовская М., Машина для деторождения? [Электронный ресурс] / Мирьям Климовская // Иудаизм и евреи. – Режим доступа к сайту: http://toldot.ru/jfamily/woman/woman_17680.html

[23] Климовская М., Машина для деторождения? [Электронный ресурс] / Мирьям Климовская // Иудаизм и евреи. – Режим доступа к сайту: http://toldot.ru/jfamily/woman/woman_17680.html

Rafał Dubowski[1]

Wrocławski projekt z białostockim akcentem. Sugestie do projektu ochrony dziecka oraz jego matki w sprawach o rozwód

I. Wrocławski projekt. Przed kilkudziesięciu laty powstały i zostały opublikowane wrocławskie projekty, które zawierają propozycje reform rozszerzających prawną ochronę dzieci i kobiet. Są one owocem prac komisji projektów legislacyjnych, działającej przy wrocławskim Terenowym Komitecie Ochrony Praw Dziecka. Przez wiele lat w skład tej komisji wchodzili: A. Cisek, J. Mazurkiewicz oraz J. Strzebinczyk[2]. Wśród zaproponowanych przez nią zmian znalazł się postulat ograniczenia dopuszczalności wszczynania oraz kontynuowania procesu rozwodowego w przypadku, gdy żona jest w ciąży oraz w okresie 6 miesięcy po urodzeniu dziecka[3].

W moim przekonaniu jest to propozycja słuszna. Warto bowiem zauważyć, iż nie wszystkie kobiety w jednakowy sposób znoszą dolegliwości, które naturalnie pojawiają się w czasie ciąży. Poza tym nie zawsze ma ona niezakłócony przebieg. Czasem występują mniejsze lub większe komplikacje, które wiążą się z potrzebą wykonywania dodatkowych

[1] Mgr, Uniwersytet Wrocławski.

[2] J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze sczezną wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet, Wrocław 2016, s. 15-19, gdzie autor przedstawia kontekst, w którym powstawały wrocławskie projekty.

[3] Zob. A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebinczyk, O rozszerzenie ochrony dóbr osobistych dziecka i macierzyństwa prenatalnego, „Nowe Prawo" 1988/10-12, s. 78-80; Ciż, Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu ochrony macierzyństwa i dziecka poczętego, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 1997/36, s. 68; J. Mazurkiewicz, Wrocławski projekt rozszerzenia prenatalnego macierzyństwa w polskim prawie małżeńskim, w: Małżeństwo w prawie świeckim i w prawie kanonicznym, B. Czech (red.), Katowice 1996, s. 415-416; J. Mazurkiewicz, Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu ochrony dóbr osobistych i innych praw dziecka oraz jego rodziców, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 1997/36, s. 50. Wskazani autorzy przedstawiali ten postulat także w późniejszych pracach. Zob. np. J. Strzebinczyk, Prawo rodzinne, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 166; J. Mazurkiewicz, Rodzinne do remontu! Czyli o potrzebie wielkiej reformy prawa rodzinnego, w: 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, P. Stec, M. Załucki (red.), Warszawa 2015, s. 311-313; J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze sczezną…, s. 89-90.

badań i częstszy niż zwykle wizyt u lekarza. Niekiedy skutkiem tych komplikacji może być utrata zdrowia, a nawet życia przez matkę lub dziecko. Natomiast nie ulega wątpliwości, że postępowanie o rozwód jest czynnikiem wywołującym ogromny stres, który wpływa na stan psychofizyczny matki oraz rozwijającego się dziecka. Również podczas porodu kobieta traci wiele sił, a przecież zaraz po nim pojawiają się liczne obowiązki macierzyńskie. Powyższe względy, moim zdaniem, dostatecznie uzasadniają wprowadzenie rozwiązań, które uzależniałyby przebieg postępowania rozwodowego w czasie ciąży i w okresie następującym bezpośrednio po jej zakończeniu od woli kobiety[4].

Andrzej Cisek, Jacek Mazurkiewicz oraz Jerzy Strzebinczyk pierwotnie postulowali, ażeby odpowiedni przepis przewidywał, iż „W okresie ciąży i w ciągu sześciu miesięcy po urodzeniu się dziecka żądać orzeczenia rozwodu może tylko żona”[5]. Później J. Mazurkiewicz zaproponował dodanie kolejnego zdania o następującym brzmieniu: „Na wniosek żony sąd zawiesi w tym okresie proces o rozwód”[6]. Niemniej jednak, jak zamierzam pokazać, obie wersje postulowanego przepisu mogą budzić zastrzeżenia. Dlatego poniżej, wskazując pewne niedostatki wrocławskiego projektu, chciałbym przedstawić sugestie, które być może pozwolą wyeliminować dostrzeżone braki.

II. Sugestie. Jak sądzę, odpowiedni przepis powinien uzyskać inne brzmienie, ponieważ może zdarzyć się tak, iż kobieta chciałaby żądać oddalenia powództwa wniesionego przez męża i toczyć proces, aby wykazać, że rozwiązanie małżeństwa jest niedopuszczalne[7]. A nie istnieją przecież żadne powody, dla których możliwość prowadzenia postępowania należałoby uzależniać od stanowiska procesowego, które zajmuje albo zamierza zająć żona.

Ponadto warto dostrzec, że przepis o przedstawionym wyżej brzmieniu odnosiłby się tylko do urodzenia żywego i wykluczał jego zastosowanie w przypadku urodzenia martwego oraz poronienia[8]. Przy czym wydaje mi się, że cierpienie i ból, a niekiedy nawet trauma po

[4] Por. A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebinczyk, O rozszerzenie ochrony…, s. 78-80; J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze sczezną…, s. 89-90; tenże, Rodzinne do remontu…, s. 311-313; tenże, Wrocławski projekt rozszerzenia…, s. 415-416; J. Strzebinczyk, Prawo rodzinne…, s. 166.

[5] Zob. A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebinczyk, O rozszerzenie ochrony…, s. 80; Ciż, Wrocławski projekt ustawy…, s. 68; J. Mazurkiewicz, Wrocławski projekt ustawy…, s. 50; tenże, Wrocławski projekt rozszerzenia…, s. 415-416.

[6] J. Mazurkiewicz, Rodzinne do remontu…, s. 312; tenże, Zanim pomysły nasze sczezną…, s. 90.

[7] Np. z uwagi na to, że nie doszło do zupełnego i trwałego rozkładu pożycia, ponieważ nadal małżonkowie obcują ze sobą cieleśnie.

[8] W praktyce lekarskiej pojęcia te są rozumiane w sposób określony w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 9.11.2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. z 2015 r., poz. 2069). W świetle załącznika nr 1 do tego rozporządzenia: „2. **Poronieniem** określa się 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

stracie dziecka nie są mniej doniosłymi względami niż trudy pierwszego etapu macierzyństwa, a co za tym idzie – one także powinny uzasadniać ograniczenie dopuszczalności prowadzenia postępowania o rozwód. Pokrewne *ratio legis* stoi za art. 180[1] § 1 k.p., który przewiduje, iż „W razie urodzenia martwego dziecka […], pracownicy przysługuje urlop macierzyński w wymiarze 8 tygodni po porodzie […]”[9].

Gdyby przepis ograniczający dopuszczalność prowadzenia postępowania o rozwód posługiwał się pojęciem „urodzenia dziecka”, można byłoby w ostateczności – uważam nie dość przekonująco – argumentować, że obejmuje ono zarówno urodzenie żywe jak i martwe[10], jednak nadal wątpliwe byłoby to, czy dotyczy ono poronienia[11]. A zatem, ażeby

przed upływem 22. tygodnia ciąży (21 tygodni i 7 dni). 3. **Urodzeniem żywym** określa się całkowite wydalenie lub wydobycie z ustroju matki noworodka, niezależnie od czasu trwania ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobyciu oddycha lub wykazuje jakiekolwiek inne oznaki życia, takie jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli, bez względu na to, czy sznur pępowiny został przecięty lub łożysko zostało oddzielone. 4. **Urodzeniem martwym** określa się całkowite wydalenie lub wydobycie z ustroju matki płodu, o ile nastąpiło po upływie 22. tygodnia ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobyciu nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli [pogrubienia tak jak w oryginale – przyp. R.D.]”. Wyjaśnienia wymaga to, iż przedstawione definicje wprowadzono aktem rangi podustawowej na potrzeby związane z prowadzeniem dokumentacji medycznej i nie zawsze pojęcia te będą rozumiane w ten sam sposób na gruncie innych aktów prawnych.

[9] Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 ze zm.).

[10] W moim przekonaniu pogląd o tym, że „urodzenie dziecka” oznacza urodzenie żywe i martwe łatwo można byłoby zakwestionować wskazując, że art. 141 § 1 ustawy z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r., poz. 2082 ze zm.), dalej jako: „k.r.o.”, przyznaje pewne uprawnienia matce w przypadku, „gdy dziecko urodziło się nieżywe”. A zatem niepozbawiony racji byłby argument mówiący, że gdyby ustawodawca chciał za urodzenie uznawać także urodzenie martwe, to wyraźnie by tak postanowił.

[11] Również nie jest do końca jasne, czy przepis art. 141 § 1 k.r.o., który mówi o „urodzeniu nieżywym” dotyczy poronienia (zob. J. Haberko, Konsekwencje prawne żywego i martwego urodzenia, „Prawo i Medycyna” 2007/28, s. 76-77). Natomiast na gruncie prawa pracy i ubezpieczeń społecznych do przyznania i wypłaty zasiłku macierzyńskiego za okres urlopu macierzyńskiego w przypadku martwego urodzenia niezbędne jest przedstawienie odpisu skróconego aktu urodzenia dziecka zawierającego adnotację o martwym urodzeniu lub jego kopii potwierdzonej przez płatnika składek albo ZUS [zob. § 9 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 8.12.2015 r. w sprawie zakresu informacji o okolicznościach mających wpływ na prawo do zasiłków z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa lub ich wysokość oraz dokumentów niezbędnych do przyznania i wypłaty zasiłków (Dz. U. z 2017 r., poz. 87) w zw. z art. 48 ust. 2 ustawy z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 2064) dalej jako: „p.a.s.c.”]. W świetle prawa o aktach stanu cywilnego akt urodzenia sporządza się m.in. na podstawie karty martwego urodzenia przekazywanej kierownikowi urzędu stanu cywilnego przez podmiot wykonujący działalność leczniczą (art. 53 ust. 1 p.a.s.c.). Karta ta przekazywana jest niezależnie od tego, ile czasu trwała ciąża, a więc także wtedy, gdy doszło do poronienia, lecz pod warunkiem, że możliwe jest ustalenie płci dziecka (zob. art. 54 ust. 3 p.a.s.c.). Wynika to z tego, iż każdy akt urodzenia musi określać płeć (zob. art. 48 ust. 1 oraz art. 60 p.a.s.c.). Co za tym idzie, jeśli nie można jej ustalić, karta martwego urodzenia nie jest przekazywana i wówczas nie sporządza się też aktu urodzenia. Innymi słowy w sytuacji, gdy doszło do poronienia uzyskanie zasiłku macierzyńskiego uzależnione jest od tego, czy udało się określić płeć dziecka. Jednak w wielu przypadkach – z uwagi na to, że poronienie nastąpiło na wczesnym etapie ciąży – jej ustalenie jest niemożliwe lub wymaga wykonania dodatkowych i odpłatnych badań genetycznych. Z tego powodu obowiązujący stan prawny był przedmiotem krytyki ze strony Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO). W kilku wystąpieniach zgłaszał on potrzebę wprowadzenia takich regulacji, które umożliwiłyby uzyskanie stosowanych świadczeń nawet wtedy, gdy nie określono płci dziecka. Zob. np. wystąpienie A. Bodnara (RPO) do Minister Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 14.03.2016 r., https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MRPiPS_ws_swiadczen_dla_rodzicow_dzieci_martwo_urodzonych.pdf [dostęp 17.08.2016 r.]; wystąpienie A. Bodnara (RPO) do Przewodniczącego Senackiej Komisji Praw

nie stwarzać pola do formułowania rozbieżnych opinii sądzę, że najlepiej byłoby, gdyby przepis posługiwał się pojęciem „zakończenia ciąży", które swym zakresem obejmowałoby przypadki, w których doszło do poronienia lub martwego urodzenia, oraz te, w których dziecko urodziło się żywe.

Dodatkowo chciałbym zauważyć, iż przepis w wersji rozbudowanej przez J. Mazurkiewicza mógłby powodować trudności interpretacyjne. Nie jest do końca jasne, czy w przypadku, gdy powództwo zostanie wytoczone przez męża w okresie ciąży lub w ciągu 6 miesięcy po urodzeniu się dziecka, sąd powinien je oddalić (albo ewentualnie odrzucić pozew) – na co wskazywałoby pierwsze zdanie przepisu, czy też powinien prowadzić postępowanie i zawiesić je dopiero wtedy, kiedy żona zgłosi w tym przedmiocie swój wniosek.

Mając na względzie powyższe uwagi uważam, że odpowiedni przepis powinien brzmieć w sposób następujący: „Na wniosek żony zgłoszony w czasie ciąży lub w ciągu 6 miesięcy od jej zakończenia sąd zawiesza postępowanie".

Wprowadzając tę regulację należałoby określić również warunki podjęcia zawieszonego postępowania. Jestem zdania, iż w tym zakresie można byłoby przyjąć taki oto przepis: „Po upływie 6 miesięcy od zakończenia ciąży sąd postanowi podjąć zawieszone postępowanie na wniosek którejkolwiek ze stron zgłoszony nie wcześniej niż przed zakończeniem ciąży i nie później niż po upływie 16 miesięcy od zawieszenia postępowania. Jeśli wniosek o podjęcie zawieszonego postępowania nie zostanie zgłoszony w ciągu 16 miesięcy od jego zawieszenia sąd umarza postępowanie".

Rozwiązanie to zakłada obligatoryjne podjęcie postępowania na wniosek strony. Uważam, że nie powinno być ono podejmowane z urzędu, aby nie nakładać na sąd dodatkowych obowiązków związanych z ustalaniem tego, czy już, a jeśli tak, to kiedy doszło do zakończenia ciąży. To strony winny być zainteresowane poinformowaniem sądu o tym zdarzeniu. Realizacji tego celu służy także dalsza część przepisu, która przewiduje, że wniosek musi być złożony po zakończeniu ciąży, czyli wtedy, kiedy znany jest już dzień, od którego ma być liczony termin 6-miesięczny.

Człowieka, Praworządności i Petycji z 01.06.2016 r., https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wystapienie%20do%20Przewodniczacego%20Senackiej%20Komisji%20Praw%20Czlowieka%20Praworzadnosci%20i%20Petycji%20ws%20ochrony%20praw%20rodzicow%20dzieci%20martwo%20urodzonych%2001.06.2016.pdf [dostęp 17.08.2016 r.]; wystąpienie I. Lipowicz (RPO) do Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 02.07.2015 r., https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MPiPS_ws._swiadczen_w_sytuacji_urodzenia_martwego_dziecka.pdf [dostęp 17.08.2016 r.].

W przypadku, gdy strony nie wyrażają woli podjęcia postępowania przez określony czas, powinno być ono umarzane. Termin, po upływie którego następowałoby umorzenie postępowania musi być liczony od daty, która jest dla sądu i obu stron znana, a taka jest zawsze data zawieszenia postępowania. W mojej ocenie termin ten powinien wynosić 16 miesięcy, bowiem zakładając nawet czysto hipotetycznie, że postępowanie zostałoby zawieszone w pierwszym dniu ciąży, która trwałaby 10 miesięcy, to po upływie 16 miesięcy od tego dnia okres ochronny i tak powinien ulec zakończeniu. Owszem biorąc pod uwagę, że postępowanie nigdy nie zostanie zawieszone w pierwszym dniu ciąży, okres zawieszenia nie będzie pokrywał się z okresem ochronnym i będzie od niego zawsze dłuższy. Najważniejsze jest jednak to, aby nie był on krótszy od okresu ochronnego i przed upływem 6 miesięcy od zakończenia ciąży kobieta nie musiała podejmować żadnych działań związanych z procesem o rozwód[12].

III. Nie tylko o rozwód. Jak trafnie zauważyli twórcy wrocławskich projektów, regulacje ograniczające dopuszczalność prowadzenia postępowania w czasie ciąży i w okresie następującym bezpośrednio po jej zakończeniu powinny dotyczyć także innego rodzaju spraw sądowych, w szczególności zaś tych o unieważnienie małżeństwa oraz o ustalenie jego nieistnienia[13]. Warto dodać, iż mogłyby one mieć zastosowanie także w postępowaniu o separację.

Niezależnie jednak od tego, do jakich spraw odnosiłyby się analogiczne ograniczenia uważam, że przepisy – zamiast limitować dopuszczalność wytaczania powództwa – powinny umożliwiać zawieszenie postępowania na wniosek kobiety. Ponadto warto, ażeby posługiwały się one takimi określeniami, które pozwalałyby na objęcie kobiety ochroną także wówczas, gdy nastąpiło poronienie lub doszło do martwego urodzenia. Te dwie kwestie postrzegam jako szczególnie istotne. Dlatego wpatrzony w to samo niebo i widniejącą na nim ideę, swoje sugestie z Białegostoku do Wrocławia przesyłam.

[12] Warto zauważyć, że w świetle proponowanej regulacji okres zawieszenia niekiedy rozciągałby się nawet na wiele miesięcy po zakończeniu okresu ochronnego. Mogłoby zdarzyć się tak np. wówczas, gdy postępowanie zostałoby zawieszone w 5 miesiącu od zakończenia ciąży. Jednak, co chcę podkreślić, w takich sytuacjach szybkie rozstrzygnięcie sporu uzależnione byłoby od woli stron, które mogłyby zgłosić wniosek o podjęcie postępowania. Sąd podejmowałby je obligatoryjnie po 6 miesiącach od zakończenia ciąży, tak jak w każdym innym przypadku. Jak sądzę, nie należy wprowadzać regulacji dyscyplinujących strony do zgłaszania wniosku przed upływem 16 miesięcy od zawieszenia postępowania, bowiem nie jest celowe wywieranie presji na małżonków, aby toczyli oni proces o rozwód w sytuacji, gdy sami tego nie chcą i być może przestaje im zależeć na rozwiązaniu małżeństwa.

[13] J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze sczezną…, s. 90-92.

Klaudia Koniarek[1]

Europejskie modele konstytucyjnej ochrony życia dziecka poczętego i ochrona jego matki

Problem ochrony życia poczętego jest jednym z ważniejszych oraz jednym z najbardziej burzliwych tematów debat publicznych. Dynamika zmian społecznych determinuje aktualność problemu, czy i w jakim zakresie system konstytucyjny powinien chronić płód ludzki. Odpowiedzi na te pytania mają zasadnicze znaczenie dla przyszłości społeczeństwa każdego kraju, gdyż nieodzownie wiążą się zzagadnieniem prawa do życia i uznaniem istnienia przyrodzonych praw człowieka wynikających z jego niezbywalnej ludzkiej godności.

Po dziesiątkach lat ewolucji praw człowieka ochrona prawna nienarodzonych odnalazła swoje miejsce w ustawach zasadniczych państw europejskich, które na gruncie systemów demokratycznych zajmują szczególną pozycję w hierarchii aktów prawnych. To, dlaczego prawo ochrony życia rozwinęło się tak jak to dzisiaj ujmuje konstytucjonalizm, jak uderzająco inne jest ono od prawa wcześniejszego, a także w jakim kierunku może ono zmierzać w przyszłości, jest widoczne jedynie poprzez porównanie systemów i uwidocznienie kontrastów.

Pewien problem może stanowić brak jednolitej nomenklatury terminologicznej, co już na samym początku wymaga analizy prawnej. Używa się bowiem różnych terminów, takich jak *płód, dziecko poczęte* czy *nasciturus.* Wątpliwości dotyczą też kwestii normatywnych, do których należą m.in. wskazanie momentu, od kiedy rozpoczyna się prawna ochrona życia, ustalenie, czy można ją wartościować według faz rozwojowych oraz wyznaczenie chwili, w której następuje jej koniec. Współczesna doktryna prezentuje różne stanowiska, uzależniając je od różnych kryteriów – biologicznych, ontologicznych, moralnych. Należy

[1] Studentka, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

przy tym jednak pamiętać, jak wskazuje prof. Wiesław Lang[2], iż początek osobowości jest trudny do określenia, ponieważ poczęcie nie jest zdarzeniem, lecz procesem. Dla potrzeb niniejszej pracy nie jest jednak istotne, by określić dokładny punkt w czasie, od kiedy podmiotowość taką można przyznać. Nie jest też niezbędne uwzględnienie warunku, że dziecko urodzi się żywe, ponieważ jak zauważył prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz – tytuł jest już nabyty na stadium prenatalnym[3]. Punktem wyjścia dla niniejszych rozważań jest zakres ochrony życia dziecka poczętego i jego matki, jej determinanty i ograniczenia. I choć ochrona płodu przyjęta w europejskich systemach prawa krajowego jest zróżnicowana, to należy zauważyć, iż systemy te łączy jeden zasadniczy, spójny element. To kontynuacja reguły *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*[4].

Podstawowy podział ze względu na zakres ochrony życia dziecka poczętego w europejskich ustawach zasadniczych rysuje się pomiędzy trzema modelami. Pierwszy model dotyczy norm wyrażających wprost gwarancję dotyczącą życia człowieka przed narodzeniem. Drugi model obejmuje konstytucje pozbawione tej gwarancji, ale chroniące ludzkie życie na zasadach ogólnych. Do trzeciego modelu zakwalifikować należy konstytucje nie zawierające przepisów odnoszących się do ochrony życia przed narodzeniem.

Pierwszy model, który rzadko występuje współcześnie, obejmuje pełną i bezpośrednią ochroną życia dziecka poczętego. Znajduje zastosowanie w systemie konstytucyjnym m.in. czeskim, portugalskim, słowackim a także irlandzkim, na który warto zwrócić uwagę. Wszystko to za przyczyną przepisu art. 40. Konstytucji Irlandii, który wprost gwarantuje nienarodzonym prawo do życia, z równoczesnym poszanowaniem życia matki[5]. Irlandia, przystępując do Wspólnot Europejskich, wynegocjowała *Protocol 17 of Maastricht Treaty*. Według protokołu traktaty przyjęte przez Unię Europejską dotyczące aborcji miały nie obowiązywać w Irlandii[6]. Irlandczycy pięciokrotnie odrzucali w referendach propozycję zalegalizowania aborcji. W 2014 roku w Irlandii weszła w życie budząca liczne sprzeciwy ustawa *The Protection Of Life During Pregnancy Act* dopuszczająca przerywanie ciąży w sytuacji, gdy zachodzi realne i istotne zagrożenie dla życia kobiety. Zgodnie z ustawą

[2] W. Lang, Prawne problemy ludzkiej prokreacji, Toruń 2000, s. 36-37.

[3] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Belcerzak, M. Lubiszewski, R.Mizerski – Prawa człowieka i ich ochrona, Toruń 2010, s. 282-283.

[4] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Belcerzak, M. Lubiszewski, R.Mizerski – Prawa człowieka i ich ochrona, Toruń 2010, s. 282.

[5] Art. 40 Konstytucji Irlandii, ust. 3 3°: *Państwo uznaje prawo do życia nienarodzonych, w pełni szanując analogiczne prawo matki do życia, i gwarantuje respektowanie go w ustawodawstwie oraz, w miarę możliwości, obronę i dochodzenie tego prawa zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem*.

[6] Abigail-Mary E.W Sterling, The European Union and Abortion Tourism: Liberalizing Ireland's Abortion Law, 20 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 385 (1997), s. 387.

aborcja jest możliwa, gdy dwóch lekarzy po zbadaniu kobiety zgodnie zaświadczy, że zagrożenia dla jej życia można uniknąć tylko przez przerwanie ciąży. W nadzwyczajnych sytuacjach, gdy kobiecie grozi śmierć, dopuszczalna jest zgoda jednego lekarza. Przeciwko przyjęciu ustawy protestowało co najmniej 40 tys. osób, co było największą w historii tego kraju demonstracją w obronie życia nienarodzonego.

Z jednej strony dookreślenie w przepisach konstytucyjnych życia dziecka nienarodzonego może pozytywnie oddziaływać na wykładnię innych przepisów, w końcu w razie wątpliwości powinno rozstrzygać się na korzyść życia. Jednakże z drugiej strony wyrażenia *dziecko poczęte* czy *dziecko nienarodzone* jest tylko potwierdzeniem praw fundamentalnych, które przyznają prawo do życia, bez względu na fazę rozwoju człowieka. Tak więc konstytucyjne wyodrębnienie ochrony praw człowieka jako istoty ludzkiej oraz ochrony życia dziecka nienarodzonego może stwarzać sztuczny podział. Nie można zapominać, iż prawo do życia jest treścią samego prawa naturalnego, a jak uważa współczesny teoretyk prawa John Finnis – prawa naturalne są równie oczywiste, co obowiązujące w nauce zasady racjonalności teoretycznej. W ten sam sposób oczywiste są podstawowe wartości. Nie da się ich wytłumaczyć, choć same tłumaczą ludzkie zachowania.

W kontekście wykładni w przedmiocie życia nienarodzonych warto zwrócić uwagę na rozróżnienie stosowania zwrotów dotyczących dziecka poczętego, mających nie małe znaczenie w procesie wykładni. W przepisie art. 21. Konstytucji Chorwacji pojawia się zwrot *każda istota ludzka*[7]. Takie zwroty pojawiają się jedynie w kontekście prawa do życia i mogą mieć szerokie zastosowanie. W innych przepisach jest już mowa o *każdym*, o *osobie*. Z kolei Konstytucja Andory zawiera zwroty bardziej precyzyjne, odwołując się do *różnych faz życia*[8]. Zastosowana terminologia może zatem pośrednio, jak i bezpośrednio regulować status płodu.

Podobne uregulowania do przepisów obowiązujących w Irlandii zastosował ustawodawca maltański, przez co Malta sytuuje się na pograniczu pierwszego i drugiego modelu. Różnice są dwie – przerywanie ciąży jest nielegalne, a Konstytucja w przepisie art. 33 (1) przyznaje ogólną ochronę życia, nie wyodrębniając życia nienarodzonych[9]. Na podobnych zasadach co Irlandia, Malta również zgłosiła protokół dodatkowy do Traktatu, o następującej treści: *Nothing in the Treaty on European Union, or in the Treaties establishing the European Communities, or in the Treaties or Acts modyfing or*

[7] Art. 21 Konstytucji Chorwacji: *Każda istota ludzka ma prawo do życia. W Republice Chorwacji nie istnieje kara śmierci.*

[8] Art. 8 ust. 1 Konstytucji Andory: *The constitution recognises the rifght to life and fully protects it in its different phases.*

[9] Art. 33 (1) Constitution of Malta*: No person shall intentionally be deprived of his life save in execution of the sentence of a court in respect of a criminal offence under the law of Malta of which he has been convicted.*

supplementing those Treaties, shall affect the application in the territory of Malta of national legislation relating to abortion[10]. Restrykcyjne prawo aborcyjne na Malcie wynika częściowo z uznania doniosłości nauki Kościoła Katolickiego. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że konstytucja pochodzi z roku 1964, a więc jest aktem stosunkowo dawnym. Na tym tle pojawiają się wątpliwości – czy kraj ten w niedalekiej przyszłości czekają procesy nowelizacji konstytucji i ustawodawstwa krajowego, w jakim kierunku nowelizacje te powinny zmierzać i zastosowanie którego modelu norm konstytucyjnych byłoby najbardziej odpowiednie.

Bliskie konstytucyjnym uregulowaniom maltańskim są również uregulowania polskie czy niemieckie. Można tutaj wskazać na drugi model norm konstytucyjnych, który przyznaje ogólną ochronę życia. W tym przypadku konieczne będzie uwzględnienie kontekstu ustawowego i orzeczniczego.

Konstytucja RFN z 1949 roku w przepisie art. 2 ust. 2 gwarantuje każdemu prawo do życia i nietykalności cielesnej[11]. W sierpniu 1995 roku Bundestag przyjął rozwiązania prawne dotyczące warunków legalnego przerwania ciąży, uzależniając je od orzeczenia lekarza oraz obligatoryjnej konsultacji matki zamierzającej przerwać ciążę. Postuluje się, iż przepisy o obligatoryjnej konsultacji matki przed dokonaniem aborcji powinny być regułą przyjęta na gruncie uregulowań każdego kraju. W walce o ochronę życia dziecka poczętego i jego matki na aprobatę zasługują również przepisy francuskie, na podstawie których przerwanie ciąży może nastąpić w sytuacji, gdy kobieta po odbytych konsultacjach ponawia prośbę o przerwanie ciąży i wyraża tę prośbę na piśmie.

Ustawodawca polski, podobnie do niemieckiego, przewiduje instytucję cywilną taką jak *curator ventri datus*, czy ochronę prawnokarną. Na tle przepisów konstytucyjnych prawną ochronę życia zapewnia art. 38. Konstytucji RP[12]. Odpowiedź na pytanie czy jest on wystarczający stała się przedmiotem ekspertyz dotyczących projektu zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. We wrześniu 2006 roku 155 posłów złożyło projekt nowelizacji przepisu art. 38 Konstytucji, dodając do zdania *Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia* słów *od momentu poczęcia*. Komisja Nadzwyczajna w ostatecznej wersji zaproponowała nadanie przepisowi art. 30 brzmienia: *Źródłem wolności i praw człowieka i obywatela jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka, przynależna*

[10] Protokoł nr 7 w sprawie aborcji na Malcie, w*: Akt końcowy do Traktatu o przystąpieniu do Unii Europejskiej z dnia 23 września 2003 roku, Dz. U. UE L 236/33, ISSN 1725-2555.*

[11] Art. 2 ust. 2 Konstytucji RFN: *Każdy ma prawo do życia i nietykalności cielesnej. Wolność osobista jest nienaruszalna. Ingerencja w te prawa dopuszczalna jest jedynie na podstawie ustawy.*

[12] Art. 38 Konstytucji RP: *Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia.*

mu od chwili poczęcia. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Wszystkie poprawki przedłożenie Komisji Nadzwyczajnej zostały odrzucone, jednak warto tutaj odnieść się do ekspertyzy prof.dr.hab. Tadeusza Smyczyńskiego, który zauważył, iż z punktu widzenia równowagi społecznej nie jest pożądane, aby taka nowelizacja oznaczała bezwzględną i tak samo intensywną ochronę życia ludzkiego od poczęcia mimo kolizji z innymi dobrami chronionymi przez Konstytucję. Można więc rozważyć koncepcję dodania w przepisie art. 38. formuły chroniącej życie przed urodzeniem, natomiast potrzebna byłaby dodatkowa wypowiedź normatywna, iż wyjątki od tej reguły określa ustawa[13].

Z zagadnieniem tym wiąże się koncepcja swoistości i odrębności interesów dziecka, wyrażona między innymi w przepisie art. 3 *Konwencji o preferencyjnym traktowaniu interesów dziecka*[14]. Praktyczny sens koncepcji ujawnia się przez porównanie interesów dziecka z innymi konkurencyjnymi interesami. Konwencja uznaje odrębność tych interesów i uwzględnia fakt, że ze względu na nadrzędny interes dziecka wymagane może być nawet oddzielenie rodziców od dziecka[15].

Ponadto, jak wskazuje dr hab. Oktawian Nawrot[16], znacząca w polskim systemie konstytucyjnym okazuje się być także preambuła Konstytucji RP. Autor ekspertyzy wskazuje, że przepis art. 38 Konstytucji RP musi być odczytany zgodnie z duchem konstytucji w niej wyrażonym, w odwołaniu do wiary chrześcijańskiej. Poprzez odwoływanie się do tradycji ustawowej danego państwa i wyrażanie jego tożsamości preambuła powinna być analizowana na gruncie każdego systemu konstytucyjnego.

Trzeci konstytucyjny model ochrony życia dziecka poczętego charakteryzuje się brakiem regulacji co do ochrony życia poczętego, nawet w ogólności. Regułą jest jednak, iż ustawy zasadnicze tych krajów pochodzą co najmniej sprzed kilkudziesięciu lat. Dlatego też trzeci model znajduje zastosowanie tam, gdzie przyznano rangę konstytucyjną postanowieniom *Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. Regulacja taka została zastosowana m.in. w Austrii. Dzieje się tak dlatego, że konstytucja nie zawiera katalogu praw i wolności obywateli. Kosztem tego praktyka austriacka należy do jednej z najbardziej liberalnych.

[13] T. Smyczyński, Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (druk sejmowy nr 993) (w:) Konstytucyjna formuła ochrony życia, praca zbior. pod red. M. Królikowskiego, M. Bajor – Stachańczyk, W. Odrowąż – Sypniewskiej, Warszawa 2007, s. 16-19.

[14] Z. Radwański, Dobro dziecka (w:) Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie, materiały z konferencji pod. red. Adama Łopatki, Warszawa 1991, s. 53-54.

[15] T. Hammarberg, The UN Convention on the Rights of the Child – and How to Make it Works, „Human Rights Quaterly" 1990, s. 99.

[16] O. Nawrot, Nienarodzoy na ławie oskarżonych, Toruń 2007, s. 279.

Nadużyciem jednak byłoby twierdzenie, iż standardy międzynarodowe nie budzą wątpliwości co do uznania podmiotowości dziecka poczętego. Wątpliwości takie tym bardziej budzić może chaotyczne i nie dość konsekwentne orzecznictwo strasburskie. Z jednej strony można przytoczyć przejawy uznania, iż międzynarodowe chronione prawa człowieka z istoty swej mają przysługiwać człowiekowi dopiero z chwilą urodzenia, ale można wskazać też na orzeczenia, w których dochodzi do odwrócenia priorytetów i opierania się na wolności ekspresji, wręcz ze skłonnością do postrzegania problemów początku życia w płaszczyźnie moralności seksualnej z zamykaniem oczu na stronę egzystencjalną[17]. Nie oznacza to jednak, co w swoich różnorodnych orzeczeniach wprost oświadczył Europejski Trybunał Praw Człowieka, że aborcja jest prawem wynikającym z Konwencji. Zdaniem Trybunału nie istnieje prawo do aborcji[18] albo do jej wykonania[19]. Można powiedzieć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka toleruje aborcję, jeśli jest ona uzasadniona chronionym przez konwencję dobrem pozostającym w proporcji do dobra poświęcanego[20]. Natomiast na gruncie samej konwencji wyrażony został przez Komisje Praw Człowieka i Trybunał Praw Człowieka pogląd, że mimo iż ciąża i jej przerywanie stanowią element życia prywatnego, to nie można powiedzieć, że przerywanie ciąży należy wyłącznie do tej sfery życia. Gdy kobieta zachodzi w ciążę, jej życie prywatne staje się ściśle powiązane z rozwijającym się płodem[21].

Poza Austrią żadnych zapisów nie zawierają również konstytucje Holandii, Szwecji czy Norwegii. W krajach gdzie przepisy są dość liberalne, często pojawia się temat ekspresji kobiety i jej woli decydowania o sobie. Trzeba mieć jednak na uwadze dwa równorzędne dobra prawnie chronione.

Na tle uregulowań zakresu ochrony życia dziecka poczętego szczególną pozycję zajmuje Wielka Brytania, której specyficzną cechą ustroju jest brak konstytucji w znaczeniu formalnym. Ma to swoje niedostatki, bo nie można w sposób generalny ustalić relacji między krajowym a międzynarodowym porządkiem prawnym, co ma tez znaczenie w sferze praw człowieka chronionych międzynarodowo[22].

[17] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Belcerzak, M. Lubiszewski, R.Mizerski – Prawa człowieka i ich ochrona, Toruń 2010, s. 282 – 283.

[18] Wyrok ETPCz Silva Monteiro Martins Ribeiro przeciwko Portugalii, sygn. 16471/02.

[19] Wyrok ETPCz w sprawie Jean-Jacques Amy przeciwko Belgii, sygn. 11684/85.

[20] Grégor Puppinck, Abortion on Demand and the European Convention on Human Rights, 2013, publ. http://www.ejiltalk.org/abortion-on-demand-and-the-european-convention-on-human-rights/, ścieżka dostępu: 05.02.2016r.

[21] Raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie Bruggemann and Scheuten przeciwko Federalnej Republice Niemiec, skarga nr 6959/75.

[22] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Belcerzak, M. Lubiszewski, R.Mizerski – Prawa człowieka i ich ochrona, Toruń 2010, s. 41.

Wymienione trzy modele konstytucyjne odnoszą się także do praw przysługujących matce. Co do zasady wyróżnić tutaj można szereg praw socjalnych, zdrowotnych, przyznanych przez konstytucję na zasadach ogólnych każdemu obywatelowi, a zatem nie tylko kobiecie ciężarnej, ale i dziecku poczętemu. Jak wskazuje prof. UAM dr hab. Joanna Haberko – sytuacja dziecka poczętego jest w zakresie możliwości poddania władzy rodzicielskiej i jej wykonywania nieco bardziej skomplikowana. Rodzice będą zobligowani do kierowania się zasadą dobra dziecka, niemniej jednak, ze względu na zakreślone ustawą ramy wykonywania uprawnień rodzicielskich, w sytuacji konfliktu wartości zasada ta nie będzie miała bezwzględnego charakteru[23]. Trzeba mieć zatem na uwadze dwa równorzędne dobra prawnie chronione. Jednak dopuszczalność przerywania ciąży nie może być kwalifikowana jako element wykonywania władzy rodzicielskiej, ale wyłącznie jako przyjęty z woli ustawodawcy wyjątek od bezwzględnego charakteru tej władzy i jako podstawa do jej wykonywania w granicach ustawy[24]. Co więcej, jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swych wyroków – *Z istoty uznania życia ludzkiego za wartość konstytucyjną wynika konieczne ograniczenie praw kobiety ciężarnej. Rozwijające się życie nie tylko korzysta z dóbr matki w znaczeniu biologicznym, ale także ze względów czysto faktycznych może ograniczać matkę w możliwościach korzystania z przysługujących jej praw i wolności. Także w sferze prawnej, korelatem rozwijającego się życia dziecka jest zespół obowiązków złożonych zarówno na matkę dziecka jak i jego ojca, gwałtownie wzrastający z momentem narodzin. W sposób konieczny poczęcie dziecka i przyznanie ochrony prawnej życiu w fazie prenatalnej łączy się z powstaniem obowiązków matki i ojca dziecka. Ta zmiana sytuacji prawnej nie stanowi usprawiedliwienia dla pozbawienia życia dziecka poczętego. Przepisy konstytucyjne, przewidując ochronę prawną macierzyństwa oraz rodziny, zakładają, że obowiązki rodzicielskie nie mogą wpływać na zakres ochrony życia dziecka poczętego*[25].

Porównując trzy modele europejskich uregulowań, należy wskazać, iż we wszystkich przytoczonych ustawach zasadniczych, w zależności od tego czy konstytucja jest aktem stosunkowo dawnym czy też nowelizowanym, sposób zapisu gwarancji ochrony życia nie wynika najczęściej z założenia ich twórców, a z uznanych w danym czasie wzorców co do treści materii konstytucyjnej. W krajach, w których konstytucje pochodzą sprzed

[23] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Warszawa 2010, s. 140.

[24] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Warszawa 2010, s. 180.

[25] Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn.akt K. 26/96 w sprawie niezgodności z Konstytucją RP art.1 pkt 2 i 5, art.2 pkt 2 oraz art.3 pkt pkt 1 i 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw.

kilkudziesięciu lat, przyznana ochrona jest najwęższa, przepisy liberalne i często niedookreślone. Jednakże wszystkie wymienione rodzaje regulacji łączy kontynuacja reguły *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*. Pomimo, że sformułowania takie jak *dziecko poczęte, nienarodzone* są potwierdzeniem praw fundamentalnych, to dookreślenie życia dziecka nienarodzonego może pozytywnie oddziaływać na wykładnię innych przepisów. Z kolei przyznanie szerszej ochrony życia poczętego nastąpić może poprzez zastosowanie przez ustawodawcę zwrotu *każda istota ludzka*, w odróżnieniu od zwrotów *każdy, osoba* – co uprości wykładnię już we wstępnej fazie językowej. W przypadku praw niewynikających *expressis verbis* z konstytucji, ogólna ochrona życia dziecka poczętego wymaga uzupełnienia przez inne akty prawa krajowego, i szerzej – europejskiego. I choć brak jest bezwzględności ochrony przyznanej dziecku poczętemu z uwagi na problem kolizji interesów, to zawsze należy mieć na uwadze dynamiczny charakter gwarancji konstytucyjnych, a w procesie ich zmian postulować interpretacje norm innych ustaw oraz rozstrzyganie na korzyść życia.

Krzysztof Kurosz[1]

Środki ochrony nasciturusa przed ryzykowanymi zachowaniami matki w okresie ciąży[2]

I. Zakres opracowania.

Celem niniejszego opracowania jest postawienie pytania, czy dziecko poczęte / płód[3] dysponuje środkami ochrony prawnej przed ryzykownymi zachowaniami matki (spożywanie alkoholu, narkotyków i innych substancji psychoaktywnych), które wywołują niekorzystne medycznie skutki dla płodu / dziecka poczętego. To właśnie tego typu sytuacje zdarzają się najczęściej. Odmienny typ kolizji interesów, występujący w przypadku odmowy matki udzielenia zgody na przeprowadzenie zabiegu lekarskiego ratującego życie lub zdrowie nasciturusa, w polskiej praktyce należy do rzadkości i zazwyczaj dotyczy hospitalizacji kobiet w ciąży w szpitalach psychiatrycznych[4].

Pomimo dużego praktycznego znaczenia problematyki ewentualnej ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki, dyskusja tocząca się na gruncie polskiego prawa zajmuje się problematyką kolizji interesów matki oraz dziecka poczętego jedynie w kontekście odmowy matki dziecka na poddanie się zabiegom medycznym. Zarówno w literaturze polskiej[5] jak i obcej[6] zwycięża obecnie stanowisko, przyznające prymat

[1] Dr, Uniwersytet Łódzki.

[2] Skrócona wersja referatu została przedstawiona na konferencji naukowej O ochronę dziecka poczętego i jego matki, zorganizowanej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 20.11.2015 r.

[3] W toku dalszych rozważań, z przyczyn, które zostaną omówione w dalszej części, będę zamiennie posługiwał się określeniami dziecko / dziecko poczęte / nasciturus / płód.

[4] B. Kmieciak, Dylematy etyczno-prawne związane z hospitalizacją psychiatryczną kobiet w ciąży, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna" nr 4/2011, s. 243 i n.

[5] N. Karczewska, Przymus interwencji medycznych na kobiecie ciężarnej w interesie dziecka poczętego w systemie prawnym anglo-amerykańskim i w prawie polskim, „Prawo i Medycyna" nr 2011/4, s.61 i n., M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2010, s.147-148, E. Plebanek, Autonomia ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznych. Prawnokarna ocena sprzeciwu ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznej ratującej życie i zdrowie pacjentki lub dziecka nienarodzonego (część I), „Prawo i Medycyna", 2015/2, s. 43-48.

autonomii matki. Dlatego też przyjmowany jest pogląd o związaniu lekarzy odmową zgody matki na przeprowadzenie zabiegu lekarskiego, nawet jeżeli miałby on służyć ratowaniu życia dziecka poczętego[7]. W piśmiennictwie polskim zwolennicy jak i przeciwnicy stanowiska o bezwzględnym prymacie woli matki[8] zgadzają się z jednym – a mianowicie z tym, iż w chwili obecnej brak instrumentów prawnych, które umożliwiałyby ingerencję w ciało matki dla dobra płodu – bez jej zgody[9].

Powstaje jednak pytanie, czy na tej samej płaszczyźnie może być oceniana odmowa zgody na zabieg medyczny, który mógłby doprowadzić do wyleczenia wadliwości płodu już na etapie prenatalnym, i podejmowanie ryzykownych działań w okresie ciąży przez matkę dziecka? Czym innym są sytuacje wyrażenia zgody na ingerencję w organizm a czym innym nonszalanckie, niewłaściwe zachowania szkodzące dziecku poczętemu. W pierwszym zagadnieniu chodzi o to, czy istnieje obowiązek ratowania dziecka poczętego przez jego matkę – a w drugim – jakie są granice wolności postępowania (złego postępowania).

Odpowiadając zatem na tak postawione pytanie, wskazać należy, że obydwu zagadnień nie można ujmować na tej samej płaszczyźnie. Wolność nie jest pojęciem jednolitym i nie da się w sposób ogólny i abstrakcyjny opisać sfery wolności negatywnej (np. wolności od zabiegów lekarskich przeprowadzanych bez zgody pacjenta) i pozytywnej. Samorealizacja (jako pojęcie bardziej wzniosłe), czy też w nieco innym ujęciu – wolność w aspekcie pozytywnym (wolność ku czemuś - obejmująca również swobodę postępowania w sposób społecznie niewłaściwy i szkodliwy dla jednostki podejmującej określone działania) nie jest niczym nieograniczona.

Wreszcie już na wstępie należy zauważyć, iż część z ryzykownych zachowań matki w okresie ciąży ma charakter szczególny albowiem zawsze prowadzi albo do śmierci dziecka albo wystąpienia u niego wad rozwojowych, jak chociażby w przypadku alkoholowego zespołu płodowego, ewentualnie zaś do znacznego zwiększenia prawdopodobieństwa owych

[6] C. Lemmens, End of Life Decisions and Pregnant Women: Do Pregnant Women Have to Right to Refuse Life Preserving Medical Treatment? A Comparative Study, „European Journal of Health Law", 2010, nr 17, s. 490 – 494, P. Harris, Compelled Medical Treatment of Pregnant Women: The Balancing of Maternal and Fetal Rights, "Cleveland State Law Review" 2001, nr 49, s. 161.

[7] K. Więckiewicz, Nowe technologie w medycynie a prawa pacjenta na przykładzie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie R.R. przeciwko Polsce, w: L. Kondratiewa – Bryzik, K. Sękowska – Kozłowska red., Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii, Warszawa 2013, s. 237.

[8] J. Haberko proponuje wprowadzenie rozwiązań ustawowych w celu ograniczenia autonomii woli kobiety ciężarnej. De lege lata uznaje jednak, iż brak jest podstaw prawnych do przełamania sprzeciwu matki na zabieg medyczny dotyczący dziecka w okresie prenatalnym – J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Warszawa 2010, s. 375.

[9] Art. 157 a § 3 k.k. uchyla karalność czynu matki polegającego na uszkodzeniu ciała dziecka poczętego lub wywołaniu rozstroju zdrowia zagrażającego jego życiu (Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2016 r., poz. 1137, dalej jako k.k.).

zdarzeń. Brak karalności (uchylenie bezprawności karnej) nie przekłada się automatycznie na uchylenie bezprawności cywilnej.

II. Odmowa zgody na zabieg medyczny przez kobietę w ciąży a aktywne podejmowanie działań szkodzących.

Nie można postawić znaku równości między odmową zgody na zabieg medyczny przez kobietę w ciąży, służący ochronie nasciturusa a aktywnym podejmowaniem działań szkodzących przez matkę, których rezultatem może być wywołanie szkody u dziecka poczętego. Uzasadnienie tej tezy wymaga przypomnienia specyfiki zagadnienia zgody na zabieg medyczny.

Na każdy zabieg medyczny wymagana jest zgoda pacjenta, który ma prawo odmówić poddania się leczeniu. W pewnych szczególnych sytuacjach ujawnia się kolizja interesów pacjenta odmawiającego leczenia i innych podmiotów, których mogą dotyczyć konsekwencje braku leczenia. Przykładem jest odmowa poddania się zabiegowi lekarskiemu przez poszkodowanego, który dzięki interwencji medycznej doprowadziłby do zmniejszenia rozmiarów szkody. Odmowa zgody na zabieg medyczny sama w sobie nie jest traktowana jako bezprawna[10].

Czym innym niż brak zgody kobiety w ciąży na zabieg medyczny ratujący dziecko, jest podejmowanie działań szkodzących prze matkę – działań, które bezpośrednio wyrządzają skutek szkodzący dziecku poczętemu / płodowi. Można powiedzieć, iż tego typu zachowania z założenia są bezprawne.

[10] Tak też TK w wyroku z 4.07.2006 r. (K 43/05), OTK-A 2006/7, poz. 78, dotyczącym zagadnienia przymusowego leczenia osób uzależnionych od alkoholu. Podobnie E. Plebanek, *Autonomia* …, s. 47. Autonomia woli jednostki w tym zakresie jest zresztą chroniona konstytucyjnie. Problem przyczynienia się poszkodowanego do zwiększenia szkody, poprzez odmowę poddania się zabiegowi medycznemu – jest znany prawu cywilnemu od dawna. Co do zasady zarówno orzecznictwo jak i doktryna przyjmują, iż pacjent nie ma obowiązku prawnego poddania się zabiegowi lekarskiemu celem zmniejszenia szkody (wyrok SN z 3.10.1962 r. (3 CR 250/62), w: M. Safjan red., Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami, Warszawa 2011, s. 256, wyrok SN z 7.08.1969 r. (I CR 194/69), LEX nr 6541, orzeczenie SN z 15.03.1961 r. (II CR 867/59), OSNC nr 2/1962, poz. 64 oraz M. Sośniak, *Glosa do orzeczenia SN z 15 marca 1961 r.* CR 867/59, OSPiKA nr 1/1962, poz. 10). Tym niemniej, w pewnych sytuacjach odmowa zgody na zabieg może być oceniona jako okoliczność wpływająca na zmniejszenie odszkodowania (wyrok SN z 11.01.1978 r. (III PR 183/77), OSPiKA 1979/1 poz. 17, M. Sośniak, Glosa do orzeczenia SN z 11 stycznia 1978 r., OSPiKA nr 1/1979, poz. 17. M. Świderska wskazuje, iż problem ten jest złożony i „niecelowe wydaje się ustalanie sztywnych reguł „legalności" odmowy zgody na zabieg, który miałby pomniejszyć rozmiary szkody, zwłaszcza, że kryteria te nie mogą ze swej istoty osiągnąć satysfakcjonującego prawnika stopnia precyzyjności. Wypada tu zatem odesłać każdorazowo wyłącznie do całokształtu okoliczności spraw" – M. Świderska, Przymus leczenia i innych zabiegów medycznych, „Prawo i Medycyna" nr 3/2004, http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul &id=223&PHPSESSID=28110c71704ca4550a

Istotne dla dalszych rozważań jest to, że pomimo tego, że każdy ma prawo odmówić poddania się zabiegowi medycznemu[11], to jednak w pewnych szczególnych sytuacjach zgoda ta nie jest wymagana. Wyjątki od zasady dobrowolności poddania się zabiegom medycznym (leczeniu), podyktowane są różnymi względami (porządkiem publicznym i interesami innych osób[12].

Spójrzmy zaś w tym miejscu na specyfikę podejmowania przez matkę dziecka aktywnych działań szkodzących nasciturusowi. Z pewnością nie korzystają one z ochrony prawnej właściwej zachowaniu prawnie dozwolonemu – to jest odmowie zgody na zabieg, która z założenia nie jest bezprawna. Aktywne podejmowanie działań szkodzących może być ocenione w pewnych sytuacjach jako bezprawne samo w sobie. Nie stanowi też realizacji zasady autonomii woli pacjenta. Stąd też nie pozostaje pod ochroną zarówno art. 192 k.k., jak i odblaskowego oddziaływania Europejskiej Konwencji Bioetycznej.

Z tej części rozważań należy wyciągnąć następujący, wstępny wniosek. Skoro w pewnych sytuacjach prawo zezwala na pominięcie zgody pacjenta (pomimo tego, że odmowa zgody na zabieg medyczny nie jest bezprawna), to tym bardziej możliwe jest zakwestionowanie dozwolonego charakteru tych działań matki, które wyrządzają szkodę nasciturusowi. W pewnych sytuacjach matka świadomie stwarza możliwość powstania określonych uszkodzeń u dziecka. Pojawia się zatem zagadnienie prewencyjnego oddziaływania. Przesadzenie tej kwestii będzie jednak wymagało rozstrzygnięcia jeszcze

[11] Na potrzeby niniejszego opracowania posługuje się zamiennie pojęciami zabieg medyczny, zabieg leczniczy, świadczenie zdrowotne i interwencja medyczna. Każdy z tych terminów ma oczywiście odmienne źródło ale ich zakresy w znacznej części pokrywają się. Znaczenie ma tu zwłaszcza art. 192 § 1 k.k. (zabieg medyczny) oraz ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2015 r., poz. 464 ze zm.) – badanie i inne świadczenie zdrowotne.

[12] A) Ustawa z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1866 ze zm.). Przewiduje ona m.in. zamknięty katalog chorób niebezpiecznych, uzasadniających przymusową hospitalizację (art. 34 ust. 1) a nawet stosowanie środków przymusu bezpośredniego wobec osoby chorej, w razie wystąpienia jednej ze szczególnie niebezpiecznych chorób, w sytuacji bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia innych osób (art. 36 ust. 1). B) W prawie karnym – obowiązek oskarżonego poddania enumeratywnie wyliczonym w art. 72 § 2 i 3 k.k. zabiegom (oględzinom zewnętrznym ciała, pobraniu krwi itd.). C) Możliwość nałożenia na uzależnionego od alkoholu obowiązku poddania się leczeniu odwykowemu - art. 26 ust. 1 ustawy z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. z 2016 r., poz. 487 ze zm.), dalej jako ustawa antyalkoholowa. D) Ustawa z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 546 ze. zm.), dalej jako ustawa psychiatryczna. Przewiduje ona (art. 22 – 25) możliwość umieszczenia osoby chorej psychicznie lub z upośledzeniem umysłowym w szpitalu psychiatrycznym, nawet wbrew jej woli jeżeli zagraża ona bezpośrednio życiu własnej osoby albo życiu lub zdrowiu innych osób. E) Dwa przypadki szczególne, związane z prawem karnym, to jest przewidzianą w art. 93a – 93g k.k. możliwość zastosowania środków zabezpieczających w postaci terapii, terapii uzależnień oraz pobytu w zakładzie psychiatrycznym (w trakcie lub po wykonaniu kary pozbawienia wolności z możliwością w istocie bezterminowego stosowania tego środka) oraz postępowanie cywilne wobec osób, które odbywały karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym, które umożliwia umieszczenie takich osób (w razie spełnienia dodatkowych przesłanek) w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym oraz zastosowanie wobec nich przymusowego podawania produktów leczniczych przewidzianych w planie postępowania leczniczego.

jednego zagadnienia: czy na tle aktualnego stanu prawnego argumentacja prowadząca do wniosku o prymacie woli matki jest adekwatna dla sytuacji, w których istotą problemu nie jest odmowa zgody na zabieg, lecz aktywne podejmowanie działań szkodzących bezpośrednio dziecku poczętemu? Odpowiedź na tak postawione pytanie możliwa jest jednak dopiero po przybliżeniu faktycznej strony zagadnienia.

III. Podstawa faktyczna zagadnienia.

Wydaje się, iż przedstawienie problematyki medycznej, nawet w postaci okrojonej, wynikającej z rozmiarów niniejszego opracowania, jest niezbędne dla wyjaśnienia przyjmowanych zależności o bezpośrednim wpływie niektórych ryzykownych zachowań matki w okresie ciąży na dziecko poczęte . Konieczne jest również wyodrębnienie z tej grupy zachowań tych, które mogą wywoływać konsekwencje prawne. Materia ta jest niezwykle delikatna. Nie każde negatywne oddziaływanie matki na płód może być przedmiotem zainteresowania prawa. To bowiem w ewidentny sposób groziłoby możliwością pogwałcenia podstawowych praw człowieka oraz godności, otwierając drogę do nieuprawnionego, opresyjnego systemu kontroli matki i jej rozrodczości. Przyjęcie, iż istnieją środki ochrony prawnej dziecka poczętego przed każdą postacią zaniedbania prenatalnego stanowiłoby otwarcie puszki Pandory.

Zacznijmy od tego, iż z medycznego punktu widzenia problematyka ta jest złożona. Szereg zachowań matki w okresie ciąży może wpływać na zdrowie dziecka, w tym na najbardziej krytyczny obszar rozwoju ośrodkowego układu nerwowego. Spośród owych zachowań należy wyodrębnić te, które grożą śmiercią dziecku poczętemu lub poważnymi wadami rozwojowymi. Nie wszystkie oddziaływania matki, nawet jeżeli są niebezpieczne dla płodu i wpływają na zdrowie nasciturusa mogą być przedmiotem zainteresowania prawa.

Otóż w toku badań nad dziecięcą traumą rozwojową zauważono, iż dziecko może doświadczać zdarzeń traumatycznych nawet w okresie prenatalnym. Wiąże się to z programowaniem płodowym osi glukokortykoidalnej. Nadaktywność tej osi związana jest z nadmiernym wyrzutem adrenaliny i kortyzolu i utrzymywaniem ich „na zbyt wysokim poziomie na skutek stresu jak doświadcza matka lub toksyn jakie spożywa”[13]. W efekcie możliwe jest urodzenie się dziecka w stanie stresu posttraumatycznego. T. Jadczak-Szumiło zauważa, iż „poziom kortyzolu i adrenaliny w ślinie dzieci, których matki używały takiej

[13] T. Jadczak – Szumiło, Dziecięca trauma rozwojowa jako czynnik zaburzający cały rozwój dziecka w jego pełnym cyklu życia – lecząca rola rodziców zastępczych i adopcyjnych, w: Rodzina – interwencja – wsparcie – wzmocnienie, Problemy społeczne, polityka społeczna w regionie łódzkim, z. 11, Łódź 2014, s. 53.

toksyny jak alkohol w okresie ciąży jest na poziomie porównywalnym ze stężeniem glukokortykoidów w organizmie żołnierzy walczących na linii frontu”[14]. Mechanizm dziecięcej traumy rozwojowej może prowadzić do zmian w OUN, przeciążenia układu immunologicznego a w konsekwencji chorób, w tym psychosomatycznych a nawet śmierci, przy czym przyczyny śmierci mogą być różne[15]. Z dalszych wywodów autorki wynika, iż da się zauważyć faktyczny związek między śmiercią dziecka a podejmowaniem przez niego ryzykownych zachowań z uwagi na dysfunkcje psychiczne mające źródło w zdarzeniach z okresu prenatalnego.

Czynniki wpływające na zwiększone ryzyko wystąpienia dziecięcej traumy rozwojowej doznanej w okresie prenatalnym mogą być różnorakie. Należy do nich spożywanie alkoholu lub innych substancji psychoaktywnych, złe odżywianie, zła sytuacja emocjonalna matki spodziewającej się dziecka, trudny i długi poród, w tym poród zagrażający zdrowiu i życiu dziecka oraz urazy okołoporodowe. Są też inne czynniki ale nie pozostają one w związku z treścią niniejszego opracowania, gdyż mają miejsce już po urodzeniu, jak np. porzucenie małego dziecka.

Jak widać z przedstawionego wyliczenia tylko część przyczyn może mieć znaczenie. Nie mogą zostać uznane za znaczące dla rozwikłania interesujących nas zagadnień te czynniki, których przyczyną nie są zachowania matki. Poza sporem pozostaje bowiem to, że jeżeli źródłem zagrożenia dla życia i zdrowia nasciturusa są zachowania osób trzecich, to matce przysługuje roszczenie o zaniechanie tych działań (art. 24 § 1 kodeksu cywilnego[16]). Nie będą miały też znaczenia te zdarzenia, które nie przekraczają normalnego ryzyka dla dziecka poczętego, gdyż dotyczą np. złego odżywiania matki czy narażania się przez nią na stres. Istnieją również silne argumenty przeciwko rozważeniu dopuszczalności ochrony dziecka przed ryzykownymi zachowaniami matki w sferze kontaktów seksualnych, np. uprawianiem prostytucji w okresie ciąży z ryzykiem dla płodu. Tematyka ta jest niezwykle delikatna. Podkreślić należy, iż celem niniejszego opracowania nie jest rozważenie dopuszczalności wprowadzenia opresyjnego systemu kontroli nad macierzyństwem. Nie jest to ani możliwe ani potrzebne w społeczeństwie demokratycznym.

Pozostaje do rozważenia kwestia alkoholu i pozostałych substancji psychoaktywnych (głównie narkotyków). Wybór tych dwóch czynników podyktowany jest względami

[14] Tamże, s. 53.

[15] Tamże, s. 55 z powołaniem się na wyniki badań B. Perry’ego dotyczących dziecięcej traumy rozwojowej, której źródłem były zdarzenia po urodzeniu się dziecka. Mechanizm jednak jest ten sam. (K. Brand, B. Perry, S. Seligman, E. Tronick, Infant and Early Childhood Mental Health: Core Concepts and Clinical Practice, Waszyngton – Londyn, 2013 – podaję za: T. Jadczak-Szumiło, Dziecięca …, s. 58).

[16] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 2016 r., poz. 380 ze zm.), dalej jako k.c.

medycznymi, prawnymi oraz, co należy przyznać wprost - kulturowymi. Jest bowiem charakterystyczne, iż wypowiedzi prawników i nieliczne przykłady prawodawstwa pozwalające na przymusową „prewencyjną" hospitalizację kobiet w ciąży wiążą się zazwyczaj z tymi substancjami, od których uzależnienie stanowi w danym społeczeństwie istotny problem. W Stanach Zjednoczonych są to narkotyki, w Polsce zarówno alkohol jak i narkotyki. Czynniki prawne to po prostu wybór przez ustawodawcę dwóch typów uzależnień od substancji psychoaktywnych, jako zasługujących na szczególną uwagę (ustawa antyalkoholowa i ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii).

A.) Alkohol

Wiedza na temat szkodliwego wpływu alkoholu na zdrowie płodu jest wynikiem szeregu badań klinicznych[17]. Po raz pierwszy alkoholowy zespół płodowy (Fetal Alcohol Syndrome – FAS, Płodowy Zespół Alkoholowy - PZA) został opisany przez K. Jonesa i D. Smitha w 1973 r. w czasopiśmie Lancet[18]. Od tego czasu, również w Europie przeprowadzono szereg badań na ten temat i wiedza medyczna wydaje się w tym zakresie udokumentowana oraz pogłębiona[19].

W chwili obecnej powszechnie przyjmuje się, iż alkohol pity przez kobietę w ciąży jest jednym z czynników, które mogą spowodować uszkodzenie płodu. Efektem jest albo śmierć dziecka poczętego albo nieuleczalne zaburzenia fizyczne i psychiczne, ogólnie określane jako Spektrum Płodowych Zaburzeń Alkoholowych (FASD – Fetal Alkohol Spectrum Disorder)[20]. Ten niediagnostyczny termin obejmuje: a) FAS (według Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10, jest to jednostka chorobowa obejmująca zaburzenia pojawiające się u dziecka w wyniku spożywania przez ciężarną matkę alkoholu – kod Q86,0)[21], b) niepełny FAS, c) Neurorozwojowe Zaburzenia Zależne od Alkoholu (ARDN). FAS bywa również określany jako statyczna encefalopatia. Choroba ta jest nieuleczalna, a zmiany, które raz zaszły w mózgu, ani nie ulegają pogłębieniu w okresie

[17] Na marginesie należy zauważyć, iż zakaz spożywania przez kobietę w ciąży alkoholu występuje w Starym Testamencie, w Księdze Sędziów 13, 3 – 5, na co zwraca uwagę T. Jadczak-Szumiło, Specyfika funkcjonowania dzieci z FASD, s. 1, http://www.stowarzyszeniefidesetratio.pl/alkohol1.html. Nie chodzi o kontekst religijny owej konstatacji, lecz o ciekawy problem wpływu na religię zakazów wynikających z zasad zdrowia i higieny. To jednak wykracza poza ramy opracowania.

[18] K. L. Jones, D.W. Smith, Recognition of the fetal alcohol syndrome in early infancy, Lancet 1973/2, s. 999-1001.

[19] B. Kamińska, J. Wyrwas, *FAS – Alkoholowy Zespół Płodowy*, s. 1 – 3, http://www.stowarzyszeniefidesetratio.pl/ Presentations0/fas5.pdf.

[20] K. Okulicz-Kozaryn, J. Terlikowska. M. Borkowska, K. Brzózka, *FASD w Polsce. Skala problemu*, http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/16ca3bc940d9cf61c1257d50003663c8/$FILE/FASD%20w%20Polsce%20-%20skala%20problemu.pdf. Jest to opis badań w ramach programu „Alicja" Państwowej Agencji Rozwiązywania Problemów Alkoholowych.

[21] Nazwa FAS dotyczy ekspresji zespołu, w której zmiany morfologiczne są uchwytne.

późniejszym, ani też nie mogą zostać cofnięte. U dzieci występują zaburzenia neurologiczne polegające najczęściej na upośledzeniu umysłowym oraz na obniżeniu klasycznego ilorazu inteligencji. Nasilenie efektów może być jednak różne: od obniżenia ilorazu inteligencji oraz zaburzeń uwagi i zdolności do uczenia się, aż do wad serca, dysfunkcji mózgu i śmierci włącznie. Brak jest jednak pewności pojawienia się owych skutków. Otóż „prenatalne działanie alkoholu nie zawsze powoduje te pierwotne zaburzenia, podobnie jak zapalenie mózgu nie zawsze pozostawia postnatalne uszkodzenie mózgu. Ale kiedy tak się stanie, uszkodzenie utrzymuje się przez całe życie”[22].

Każda ilość alkoholu, działa toksycznie na rozwijające się w łonie matki dziecko. Im większa ilość alkoholu, tym większe jest ryzyko poważnych uszkodzeń. Do jednych z najczęściej rozpowszechnionych stereotypów należy stwierdzenie, iż jednorazowa, niewielka ilość alkoholu nie szkodzi dziecku. Nie jest to prawda, jednakowoż nie ma pewnych wyników badań co do stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia określonych wad. I tak z jednej strony „sprawność intelektualna niemowląt i dzieci jest mniej zaburzona przez kontakt z alkoholem, jeżeli ich matki przestały pić we wczesnej ciąży”[23]. Z drugiej jednak strony przyjmuje się, iż najwięcej cech klinicznych FAS przynosi picie alkoholu w okresie II trymestru ciąży (zwłaszcza między 10 a 20 tygodniem). Picie podczas pierwszego trymestru zaburza migrację i organizację komórek mózgowych a podczas trzeciego trymestru najbardziej narażony jest hipokamp[24].

Jeśli chodzi o epidemiologię, to z badań prowadzonych pod auspicjami PARPA wynika, iż u 0,4 % dzieci w Polsce występuje pełnoobjawowy FAS natomiast FASD u 2 % dzieci[25]. Wyniki te nie są jednak pewne, między innymi z powodu braku wiedzy diagnostycznej. Jeśli chodzi o liczbę narodzin dzieci z FAS, to szacuje się[26], że w Polsce takich wypadków jest około 900 rocznie i kilka razy więcej z innymi uszkodzeniami związanymi z piciem alkoholu przez kobietę w ciąży. W USA co roku rodzi się 5.000 dzieci z FAS, we Francji – 1.000. FAS występuje we wszystkich grupach rasowych i ekonomicznych, jest trzecią w kolejności przyczyną wad rozwojowych. Podkreślić też należy, iż nie wszystkie dzieci rodzące się z FAS lub FASD są dziećmi matek alkoholiczek. PARPA w swym sprawozdaniu za 2013 r. zauważa, iż nawet sporadyczne wypicie niewielkich ilości alkoholu może wywoływać

[22] M. Klecka, Objawy i wczesne rozpoznanie FAS, http://www.fas.edu.pl/nauka
[23] B. Kamińska, J. Wyrwas, FAS – Alkoholowy…, s. 4.
[24] T. Jadczak-Szumiło, Specyfika …, s. 8.
[25] M. Borkowska, Rozpowszechnienie FASD wśród dzieci w wieku szkolnym w Polsce, s. 2, http://kobieta-a-alkohol.pl/documents/BORKOWSKA.pdf
[26] Sprawozdanie PARPA za 2010 r., s. 81.

określony rodzaj uszkodzeń u rozwijającego się płodu[27]. Co więcej, w sprawozdaniu za rok 2010 znalazło się stwierdzenie, iż najczęściej alkohol w ciąży spożywają kobiety mające wyższe wykształcenie, mieszkające w miastach oraz matki rodzące swoje kolejne dzieci. Biorąc pod uwagę znaczenie OUN dla życia jako takiego oraz jego jakości, w świetle przedstawionych konsekwencji FAS, wydaje się to szczególnie istotnym problemem z indywidualnego i demograficznego punktu widzenia.

Ile kobiet w Polsce spożywa alkohol w okresie ciąży? Z corocznych sprawozdań PARP wynika, iż jest to grupa około 14 % matek. Dane te pozostają jednak w pewnej sprzeczności z wynikami badań przeprowadzonych w Instytucie Matki i Dziecka w Warszawie, polegających na przebadaniu próbek moczu[28]. Wynika z nich, iż co trzecia kobieta piła alkohol wiedząc o ciąży.

Jak zatem widać problem spożywania alkoholu przez kobiety w ciąży jest realny, ma istotny wymiar medyczny i statystyczny.

B.) Narkotyki

Pomimo tego, iż narkotyki należą do substancji ewidentnie szkodliwych, ich wpływ na dziecko w okresie prenatalnym jest mniej toksyczny niż alkoholu[29]. Zagadnienie to wymagałoby z pewnością pogłębionych badań, tym niemniej należy zauważyć, iż co do zasady zażywanie narkotyków przez kobietę w ciąży może prowadzić do niedotlenienia wewnątrzmacicznego. Narkotyki[30] z grupy opiatów mogą skutkować zgonem wewnątrzmacicznym i hipotrofią płodu, amfetamina przedwczesnym oddzieleniem łożyska, wadami rozwojowymi serca oraz rozszczepem wargi i podniebienia a kokaina liczne wady sercowo – naczyniowe, układu nerwowego , upośledzenie umysłowe i małomózgowie[31].

W mojej ocenie nie ma potrzeby w ramach niniejszego opracowania omawiania innych przypadków oddziaływania matki na dziecko poczęte. Należy skupić się na kwestii alkoholu i narkotyków, jako najbardziej istotnych społecznie i medycznie.

[27] Sprawozdania PARPA za 2013 r., s. 39. Jak już zostało wskazane chodzi o różne wady rozwojowe ale również mniejszą masę urodzeniową, długość ciała i niższą punktację Apgar.

[28] Marek Banach: Alkoholowy Zespół Płodu. Teoria, Diagnostyka, Praktyka, Kraków 2011.

[29] A. Linkowska, O FAS dla rodziców, s. 2, http://www.stowarzyszeniefidesetratio.pl/Presentations0/fas2.pdf.

[30] R. Dębski, Konsekwencje zdrowotne używania substancji psychoaktywnych przez kobiety w ciąży, http://www.gis.gov.pl/ckfinder/userfiles/files/PZ/Materia%C5%82y%20PZ/PREZENTACJA_PROF_ROMUALD%20D%C4%98BSKI.pdf

[31] Czynniki teratogenne, https://www.pum.edu.pl/__data/assets/file/0008/55718/Teratologia_II_WLA.pdf

IV. Wybór właściwego zespołu norm prawnych do rozstrzygnięcia kwestii ochrony prawnej nastiturusa.

W prawie polskim brak jest przepisów, które wprost i w sposób jednoznaczny rozstrzygałyby kwestię dopuszczalności ochrony dziecka poczętego przed skutkami ryzykowanych zachowań matki w okresie ciąży. Mam na myśli brak przepisów analogicznych do tych, które zostały wymienione w punkcie II, umożliwiających zastosowanie zabiegów medycznych pomimo braku woli albo wbrew woli pacjenta. Innymi słowy brak jest regulacji, która *expressis verbis* przewidywałaby przełamanie woli osoby zainteresowanej – to jest kobiety w ciąży szkodzącej dziecku oraz umożliwiałyby zastosowanie izolacji, środków przymusu bezpośredniego lub innych środków umożliwiających zaprzestanie negatywnego oddziaływania matki na nasciturusa.

Opinia ta jest również powszechna wśród praktyków a zwłaszcza sędziów sądów rodzinnych, którzy na co dzień stykają się z kwestiami zgody zastępczej w wypadku odmowy poddania się określonym zabiegom medycznym.

Powstaje jednak pytanie, czy w drodze wykładni możliwe jest ustalenie istnienia środków chroniących nasciturusa przed niektórymi ryzykownymi zachowaniami matki? Wymagałoby to rozważenia, czy taka wykładnia byłaby zgodna z gwarancjami konstytucyjnymi praw i wolności obywatelskich. Zagadnienie to jest zresztą nieobce sędziom z państw kręgu *common law,* pomimo zdecydowanie większej swobody orzeczniczej niż w krajach, w których obowiązuje system prawa stanowionego. W niektórych orzeczeniach sądów angielskich odmawiających rozszerzenia jurysdykcji sądu na sprawy dziecka poczętego, przebywającego w łonie matki, sędziowie odwoływali się do argumentu o konieczności oparcia tej szczególnej ingerencji w zachowania matki, na decyzji Parlamentu[32]. Stan prawny w Anglii jest odmienny niż w Polsce w szczególności w odniesieniu do sytuacji prawnej dziecka poczętego. Tym niemniej sposób rozumowania sądów jest podobny. Im dalej idąca ingerencja w podstawowe prawa i wolności, tym bardziej zasadne staje się poszukiwanie jej wyraźnych (a nie dorozumianych) podstaw.

W wypadku zagadnienia będącego przedmiotem niniejszego opracowania, celowe wydaje się odejście od argumentacji: wartości – normy wyższego rzędu (np. konstytucyjne) – normy ustawowe. Bardziej zasadne wydaje się podejście pragmatyczne i zbadanie, czy w obowiązującym prawie można znaleźć odpowiednią podstawę prawną.

[32] Sprawa Re F (in utero) z 1988 r. – podaję za N. Karczewska, Przymus interwencji…, s. 53. Z kolei w sprawie Re MB z 1997 r. sędziowie bezskutecznie poszukiwali podstaw ustawowych ochrony dziecka poczętego przed odmową interwencji medycznej przez matkę dziecka.

Zaproponowane podejście opiera się na następujących argumentach:

1. Problematyka kolizji praw matki i dziecka poczętego budzi emocje i zachodzi poważne niebezpieczeństwo pomieszania prawa, moralności oraz etyki. To, że w danej sprawie istnieje dylemat etyczny, nie czyni jeszcze z sądu - sądu moralności[33] - jak ujęła to angielska sędzia E. Butler-Sloss w sprawie Re MB z 1997 r.[34] dotyczącej kolizji ochrony płodu i autonomii matki na tle decyzji o odmowie o poddaniu się zabiegom medycznym.

Nadto w piśmiennictwie nie ma nawet zgody na temat tego, czy kwestia podmiotowości nasciturusa i początku życia ma wymiar prawny, czy też etyczny. I tak np. zdaniem M. Płatek „spór o początek i koniec życia jest sporem ideologicznym, a nie prawnym, i na gruncie prawa można go rozstrzygnąć jedynie arbitralnie"[35]. W daleko bardziej zniuansowanej wypowiedzi J. Kapelańska-Pręgowska zauważa, iż wprawdzie „definitywne rozstrzygnięcie sporu o status embrionu i płodu ludzkiego w dyskursie naukowym i filozoficznym jest w pluralistycznym społeczeństwie bardzo trudne, a być może nawet nieosiągalne"[36], to jednak na poziomie prawnym możliwe jest poszukiwanie przynajmniej wspólnego stanowiska w obrębie danego porządku prawnego[37]. Z kolei według M. Safjana, na gruncie spraw dotykających skomplikowanych kwestii bioetycznych, sędzia w procesie stosowania prawa (prawa a nie moralności) zmuszony jest odnosić się w realiach konkretnego przypadku do konfliktu wartości i zasad[38]. To jednak nie pozbawia danej kwestii jej prawnego charakteru.

2. Rozstrzygnięcie pewnych kwestii w konstytucji i tak nie przesądza określonych zagadnień. Problem tutaj omawiany występuje również w Irlandii[39], pomimo tego, że art. 40.3 Konstytucji Irlandi *expressis verbis* chroni prawo do życia dziecka – od momentu poczęcia. W tym samym przepisie mowa jest jednak o równoważnym prawie do życia matki. Nadanie rangi konstytucyjnej określonym wartościom nie przesądza zatem, czy w realiach konkretnego przypadku nie powinny one ustąpić innym wartościom.

[33] Zwrot „court of moral" jest zresztą charakterystyczny dla różnego rodzaju spraw związanych z nietypowymi sytuacjami medycznymi.

[34] 38 BMLR 175. W sprawie tej przyjęto bezwzględny prymat woli kobiety w ciąży w zakresie decydowania o odmowie na poddanie się zabiegowi lekarskiemu, nawet jeżeli skutkowałoby to śmiercią nienarodzonego dziecka.

[35] M. Płatek, Matka prawnie uregulowana – bioetyka i prawo do życia, w: L. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska – Kozłowska red., Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii, Warszawa 2013, s. 237.

[36] J. Kapelańska-Pręgowska, Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych, Warszawa 2011, s. 160.

[37] Tamże, s. 160. Całość interesującego i zniuansowanego wywodu na s. 160 – 189.

[38] M. Safjan, Wprowadzenie, w: M. Safjan red., Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami, Warszawa 2011, s. 15.

[39] K. Wade, Refusal of emergency caesarean section in Ireland: a relational approach, Medical Law Review, 2013, vol. 22, s. 7 i n., częściowo również G. Casey, Pregnant Woman and Unborn Child: Legal Adversaries?, Medico-legal Journal Of Ireland, 2002, v. 8, s. 75.

3. Ustalenie, iż norma konstytucyjna chroni określoną wartość, w wielu sytuacjach niewiele nam mówi o tym, jakie są rzeczywiste granice ochrony. TK wielokrotnie określał siebie jako ustawodawcę negatywnego, podkreślając jednocześnie, iż nie może ingerować w konstytucyjnie wyznaczony zakres swobody ustawodawcy. Jest zasadnicza różnica między określeniem tego, czego nie powinno być w ustawie a tym, co może się w niej znaleźć i co się niej znajduje.

Należy w tym miejscu odwołać się do dwóch orzeczeń TK ilustrujących problem rozmijania się deklarowanej ochrony prawnej dotyczącej prawa do życia oraz innych mniej oczywistych konsekwencji poglądu o prawie do życia nasciturusa. W pierwszym z nich, powszechnie cytowanym i znanym orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r.[40] dotyczącym statusu dziecka poczętego na tle dopuszczalności aborcji, TK zajął jednoznaczne stanowisko w zakresie podmiotowości prawnej nasciturusa. W uzasadnieniu podkreślono, iż nie ulega wątpliwości objęcie ochroną prawną „tak istotnych dóbr prawnych jak życie czy zdrowie nasciturusa". Z kolei w wyroku z 4 lipca 2006 r.[41], dotyczącym kwestii zgodności z Konstytucją pominięcia w ustawie antyalkoholowej najbliższych członków rodziny, jako podmiotów, które mogą zainicjować wszczęcie postępowania w przedmiocie przymusowego leczenia osoby uzależnionej, TK uznał, iż tego typu regulacja Konstytucji nie narusza prawa do sądu. W swym rozumowaniu TK podkreślił, iż choć członkowie rodziny mogą ponosić często dramatyczne życiowe konsekwencje uzależnienia osoby im najbliższej, to „jednakże odmowa (leczenia – dopisek KK) nie wpływa bezpośrednio na ich status prawny w taki sposób, by konieczne było jego określenie przez sąd". W swym rozumowaniu TK w ogóle nie odniósł się do sytuacji prawnej nasciturusa, choć przecież nie ulega wątpliwości, iż w sytuacji, w której alkoholizmem dotknięta jest kobieta w ciąży, kwestia jej ewentualnego przymusowego leczenia w sposób bezpośredni wpływa na sytuację dziecka poczętego, czyli na jego konstytucyjnie chronione dobro osobiste w postaci zdrowia. Czyż zatem zasadnie można mówić o tym, iż punktem wyjścia rozważań na tle interesującego nas zagadnienia powinna być norma konstytucyjna?

4. We współczesnym świecie istotne konsekwencje wywołuje zjawisko multicentryczności systemu prawa. W miejsce uporządkowanego systemu monocentrycznego, wchodzi konglomerat wzajemnie oddziałujących na siebie porządków prawnych, z własnymi

[40] Orzeczenie TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK 1997/2, poz. 19.
[41] Wyrok TK z 4.07.2006 r. (K 43/05), OTK-A 2006/7, poz. 78.

organami orzeczniczymi[42]. Należy zgodzić się z powyższym stwierdzeniem, podobnie jak i z wnioskiem, iż ustalenia walidacyjne, dotyczące wyboru źródeł prawa, stają się elementem wykładni prawa na równi z ustaleniami derywacyjno – klaryfikacyjnymi[43]. Organ stosujący prawo (przecież to właśnie rozumowanie organu stosującego prawo staramy się odtworzyć próbując odpowiedzieć na interesujące nas pytanie), dokonuje wyboru źródeł prawa, które mogą znaleźć zastosowanie w realiach danego zagadnienia prawnego. W ramach tego procesu, znaczenie ma nie tylko przepis ale i normy wywiedzione z orzecznictwa poszczególnych organów. Niejednokrotnie owe źródła prawa pozostają ze sobą w napięciu lub w szeroko rozumianym dyskursie.

Oprócz zatem wyboru przepisów ustawowych, konieczne będzie rozważenie, czy w grę wchodzi również obok regulacji konstytucyjnej, oddziałującej niewątpliwie na wykładnię ustawy także Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[44] oraz prawo Unii Europejskiej. To bowiem wpłynie na to, na ile rozstrzygnięcia poszczególnych organów mają znaczenie dla dalszych rozważań. Zarówno Konstytucja, ratyfikowane umowy międzynarodowe jak i prawo Unii Europejskiej oraz tzw. *soft law* oddziałuje na wykładnię krajowych ustaw.

A. Z uwagi na zakres opracowania nie sposób odnieść się do całości wyłaniających się na tym tle zagadnień. Tym niemniej wskazać należy, iż znaczenie dla naszych rozważań może mieć orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz) dotyczące art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[45] (prawo do życia) oraz art. 8 EKPC (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) – sprawy związane z ochroną dziecka poczętego / płodu, dopuszczalnością aborcji oraz statusu prawnego zarodków ludzkich. Z orzecznictwa ETPCz wynika, że konwencja pozostawia państwom – stronom pewną autonomię legislacyjną w omawianym zakresie.

ETPCz uznaje, iż w obszarach regulacji dotyczących tak delikatnych spraw Państwa-Strony winny posiadać pewien zakres swobody i konieczne jest wyważenie sprzecznych

[42] A. Kalisz, Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", 2007/4, s. 35.

[43] A. Kalisz, Multicentryczność …, s. 48.

[44] Zjawisko, w którym sądy krajowe związane są zarówno EKPC jak i prawem Unii Europejskiej, E. Łętowska określa jako podział kompetencji „*quoad usum*", równoznaczny z „obszarem „współgospodarowania" – E. Łętowska, Między Scyllą a Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem, „Europejski Przegląd Sądowy" nr 1/2005, s. 4.

[45] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r. (Dz. U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.), dalej jako EKPC.

interesów[46]. W wyroku ETPCz z 10.04.2007 r, skarga nr 6339/05 Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, stwierdzono, że „ustalenie od jakiego momentu prawo do życia przysługuje, mieści się w sferze autonomii legislacyjnej państw".

Nie da się zatem wywieść z EKPC, iż chroni ona prawo do życia od momentu poczęcia a dziecko nienarodzone traktowane jest na równi z dzieckiem urodzonym. Nie da się jednak również wywieść, iż ciąża jest wyłącznie prywatną sprawą matki w kontekście np. decyzji o aborcji[47].

B. Jeszcze prostsza wydawałaby się na pierwszy rzut oka kwestia prawa Unii Europejskiej, które wprost nie reguluje kwestii początku życia. Zgodnie z art. 168 ust. 5 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[48] wyłączona jest wszelka harmonizacja przepisów Państw Członkowskich UE m.in. w zakresie ochrony i poprawy zdrowia ludzkiego, przy czym w ramach kompetencji UE leży wprowadzanie środków zachęcających do ochrony zdrowia. W wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej jako ETS) z 5.10.2000 r.[49] przyjęto jednak, iż z przepisu tego nie wynika, „że środki harmonizujące przyjęte na podstawie innych postanowień traktatu nie mogą mieć żadnego wpływu na ochronę zdrowia ludzkiego". Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE) stara się pogodzić ograniczenia ogólnej kompetencji państw członkowskich w sprawach ochrony zdrowia oraz interesy nie mające oparcia w interesach wspólnotowych, odwołując się do „koncepcji „marginesu uznania" czy „autonomii legislacyjnej"[50]. Stanowisko to znalazło

[46] A) Wyrok ETPCz z 8.07.2004 r. (skarga nr 53924/00), Vo przeciwko Francji, „Przegląd Orzecznictwa Europejskiego Dotyczącego Spraw Karnych" nr 2/2004, s. 5. Orzeczenie to dotyczy prawa do życia w kontekście nieaborcyjnym. W sprawie chodziło o to, czy odmowa uznania przez Sąd Kasacyjny 20 tygodniowego płodu, który nie jest zdolny do samodzielnego życia, za osobę w myśl francuskich przepisów statuujących odpowiedzialność karną za nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka, narusza art. 2 EKPC. ETPCz uznał, iż nie doszło do naruszenia art. 2 EKPC. B) wyrok ETPCz z 27.06.2006 r. (skarga nr 26499/02), D. przeciwko Irlandii, LEX nr 599255. Wyrok dotyczył kwestii ewentualnego pogwałcenia przez Irlandię EKPC w związku z brakiem możliwości przeprowadzenia aborcji dwóch bliźniąt – jednego martwego a drugiego cierpiącego na śmiertelną, nieuleczalną chorobę. ETPCz uznał, iż skarżąca nie wyczerpała drogi krajowej dochodzenia swoich praw. C) Wyrok ETPCz z 6.10.2005 r. (skarga nr 1513/03), Draon przeciwko Francji, LEX nr 157767. W rozstrzygnięciu ETPCz uznał, iż doszło do naruszenia EKPC na skutek retroaktywnego wprowadzenia ustawowego zakazu dochodzenia przez dziecko i rodziców odszkodowania z tytułu szczególnych wydatków – kosztów utrzymania dziecka, co do którego nie przeprowadzono aborcji z uwagi na błędne niewykrycie wad genetycznych. Motywem rozstrzygnięcia było wsteczne działanie ustawy, przy czym nie zakwestionowano istoty regulacji, uznając, iż objęta jest ona szerokim marginesem swobody państw - stron.

[47] Raport Komisji z 12.07.1977 r. (skarga br 6959/75), w sprawie Brüggemann and Scheuten przeciwko Republice Federalnej Niemiec, opubl. w: M. Zubik, *Problem aborcji w dokumentach i orzecznictwie sądowym,* Warszawa 1997, s. 116.

[48] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47 ze zm.), dalej jako TFUE.

[49] C-376/98, RFN v. Parlament Europejski i Rada UE. Szerzej na temat linii orzeczniczej TSUE – L. Bosek w: M. Safjan red., *Prawo …,* s. 138-140 oraz 131-133.

[50] L. Bosek, w: M. Safjan, red., *Prawo* …, s. 132.

odzwierciedlenie m.in. w wyroku ETS z 1991 r. w sprawie Grogan[51], w którym uznano, iż zakazanie przez państwo członkowskie (w tym wypadku Irlandię) związkom studenckim rozpowszechniania informacji dotyczących nazw i siedzib klinik aborcyjnych w innym państwie członkowskim nie jest sprzeczne z prawem Wspólnoty, jeżeli kliniki te nie są zaangażowane w rozpowszechnianie takich informacji. To bowiem nie narusza zakazu ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług[52].

Pewne znaczenie dla omawianej problematyki ma również Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej[53], której Traktat Lizboński nadał prawny charakter. Tym niemniej na podstawie art. 2 Protokołu 7 do traktatu z Lizbony przyjęto, iż „jeśli dane postanowienie Karty odnosi się do krajowych praktyk i praw krajowych, ma ono zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa wyłącznie w zakresie, w jakim prawa i zasady zawarte w tym postanowieniu są uznawane przez prawo lub praktyki Polski lub Zjednoczonego Królestwa". Zgodnie z art. 1 Karty Godność człowieka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona. Z kolei art. 2 ust. 1 Karty stanowi, iż „Każdy ma prawo do życia".

Jak już jednak zostało wskazane, nie należy przeceniać znaczenia prawa Unii Europejskiej. Ostrożna postawa TSUE widoczna jest zwłaszcza na tle pytania prejudycjalnego sądu rumuńskiego w sprawie C-608/14[54].

C. Pozostałe Traktaty i Konwencje.

Większość autorów uważa, iż zarówno art. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka „wszyscy ludzie / istoty ludzkie (human beings) rodzą się wolni i równi w swej godności

[51] Wyrok ETS z 4.10.1991 r. (C-159/90), The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. V. Grogan i inni.

[52] Pomimo przewidzianego wprost zakazu harmonizacji, Irlandia – w związku zresztą z przytoczonym wyrokiem w sprawie Goran, doprowadziła do uzupełnienia traktatu z Maastricht o protokół dodatkowy nr 17, gwarantujący, iż „Żaden przepis w Traktacie o Unii Europejskiej, ani w Traktatach ustanawiających Wspólnoty Europejskie, ani w Traktatach czy Aktach modyfikujących lub uzupełniających te Traktaty, nie będzie miał wpływu na stosowanie przez Irlandię art. 40 ust. 3 pkt 3 Konstytucji Irlandii".

[53] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 14.12.2007 r. (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 391 ze zm.).

[54] Sąd rumuński zwrócił się w dniu 27.2.2015 r. do TSUE z pytaniem czy „ochrona socjalna, ochrona praw dziecka oraz zasady równego traktowania i niedyskryminacji gwarantowane w prawie Unii w art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej, art. 20 (dopisek KK - zasada równości wobec prawa) , art. 21 ust. 1 (dopisek KK – zakaz dyskryminacji – w tym również w zakresie urodzenia), art. 24 ust. 1 i 2 (ochrona praw dziecka), art. 34, art. 52 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, art. 3 ust. 1 lit. b) i art. 4 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego mogą być interpretowane w ten sposób, że sprzeciwiają się obowiązywaniu określonych przepisów krajowych, które ograniczają bez obiektywnego i racjonalnego powodu, kwotę dodatku na utrzymanie dziecka w zależności od daty urodzenia dziecka a nie w zależności daty poczęcia, jakkolwiek dziecko poczęte, jeśli urodzi się żywe i zdolne do życia, uważa się za żyjące". Postanowieniem z 7.05.2015 r. TSUE odmówił udzielenia odpowiedzi, uznając, iż zagadnienie przedstawione przez sąd rumuński nie jest regulowane prawem Unii Europejskiej.

i w swych prawach”[55], jak i art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia”, nie upoważnia do wniosku, iż ochroną wyżej wymienionych aktów objęty jest nasciturus. Przeważa stanowisko, zgodnie z którym rozstrzygnięcie kwestii początku ochrony życia pozostawiono wewnętrznym porządkom krajowym[56].

Podsumowując: przedstawiona argumentacja przemawia, w mojej ocenie, za koniecznością zwrócenia w pierwszym rzędzie uwagi na krajową regulację ustawową oraz skonfrontowanie jej z przepisami Konstytucji RP. Im wyższy zakres międzynarodowy regulacji, tym większa niechęć prawodawcy do uregulowania drażliwej kwestii początków ochrony życia oraz kolizji z interesami matki. Punktem wyjścia nie mogą być normy moralne. Celem niniejszego opracowania jest bowiem odpowiedź na pytanie o środki ochrony prawnej i możliwość rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, a nie kwestie moralności. Nie znaczy to jednak, iż wartości etyczne i moralne nie pełnią żadnej roli. Nie chodzi przecież o traktowanie prawa jako zespołu reguł o charakterze technicznym, których treść nie pozostaje w żadnym związku z normami moralnymi. Przynajmniej od czasów G. Radbrucha[57] wydaje się oczywiste dla każdego, iż ustawodawca nie ma nieskrępowanej swobody w stanowieniu prawa, pozwalającej oderwać mu się od określonych wartości[58]. Problem leży w niebezpieczeństwie pomieszania norm moralnych i prawnych i nadaniu tym pierwszym charakteru norm bezpośrednio i wymiennie z normami prawnymi wykorzystywanych w procesie stosowania prawa. Czym innym jest uznanie, iż określone wartości takie jak prawa człowieka, humanizm, godność i życie, zakotwiczone w normie prawnej o charakterze konstytucyjnym muszą być respektowane przez ustawodawcę zwykłego, a czym innym jest wyprowadzenie norm prawnych każdorazowo z normy moralnej. Tego ostatniego podejścia nie da się przekonująco uzasadnić w porządku prawnym opierającym się na konstytucyjnie opisanym katalogu źródeł prawa. Nadto stanowisko to opiera się na złudnym założeniu, iż

[55] Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10.12.1948 r. Polskie tłumaczenie: http://www.unesco.pl/fileadmin/ user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf. Na temat charakteru prawnego Deklaracji, która jest rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ – J. Symonides, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (po 60 latach od jej przyjęcia),„Państwo i Prawo”, z. 12/2008, s. 10 – 11.

[56] O. Nawrot, Nienarodzony na ławie oskarżonych, Toruń 2007, s. 209, J. Kapelańska-Pręgowska, Prawne…, s. 166 – 171.

[57] G. Radbruch, Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo, w: M. Szyszkowska (red.), Zarys filozofii prawa, 2000, s. 256-266.

[58] M. Pyziak-Szafnicka Co może ustawodawca?, wykład na inauguracji roku akademickiego 2015/2016 wygłoszony na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w dniu 3.10.2015 r.

można postawić znak równości między „prawem natury" a ideą sprawiedliwości i ochrony praw człowieka oraz humanizmu[59].

V. Zestawienie argumentacji dotyczącej odmowy zgody na zabieg medyczny (kolizja interesów matki i dziecka poczętego).

W tym miejscu należy odnieść się do podstawowych rodzajów argumentacji na rzecz lub przeciwko tezie o prymacie autonomii woli matki. W punkcie I opracowania został postawiony interesujący nas problem, zestawiony jednocześnie z zagadnieniem odmowy zgody matki na zabieg medyczny w okresie ciąży, podyktowany interesem dziecka poczętego. W punkcie II omówiono przypadki dopuszczalnego prawem dokonania zabiegu medycznego wbrew woli zainteresowanego. Zakończył się on konkluzją o wyczerpującym katalogu tego typu sytuacji, podyktowanych interesem publicznym. Wskazano w nim także na odmienny charakter prawny odmowy zgody na zabieg medyczny (sam w sobie nie jest bezprawna) w porównaniu do aktywnego podejmowania działań szkodzących dziecku poczętemu. W punkcie IV omówiono zaś kwestię sposobu wyboru ewentualnej podstawy prawnej środków chroniących dziecko poczęte przed niektórymi z niebezpiecznych zachowań matki w okresie ciąży. Przypomnijmy, iż problem ten jest istotny, gdyż w prawie polskim brak jest przepisów, które expressis verbis rozstrzygałyby tą kwestię. Zaproponowany został wówczas pogląd o konieczności zastosowania rozumowania, w którym kwestia wyboru podstawy prawnej umieszczona jest na liście zagadnień wykładni prawa i nie jest wobec tego zagadnienia wtórna. Wynika to z faktu, iż zarówno uregulowania konstytucyjne (nieco miej) jak i międzynarodowe oraz prawa Unii Europejskiej operują w tym zakresie dużym stopniem ogólności, co zresztą jest zabiegiem celowym. Umożliwia on przesunięcie regulacji zagadnienia w poszczególnych krajach, w sposób dostosowany do właściwości danego porządku oraz uwarunkowań kulturowych.

[59] Pogląd G. Radbrucha, wiążący zbrodnie nazistowskie ze skrajnym pozytywizmem prawniczym negującym prawo natury, poddawany jest niekiedy krytyce. W mojej ocenie coś jest na rzeczy w wypowiedzi M. Watlhera, iż w III Rzeszy istniało „własne, zorientowane wokół konkretnych porządków życiowych narodu «wspólnotowe» prawo naturalne" – M. Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im «Dritten Reich» wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, s. 343 w: red. W. Sellert, R. Dreier, Recht und Justiz im »Dritten Reich«, Frankfurt nad Menem 1989 (podaję w tłumaczeniu A. Gałamagi, Krytyka pozytywizmu prawniczego u Gustava Radbrucha, http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,9624/k,2 . Tego, iż u podstaw wielkiej zbrodni mogło leżeć właśnie zbrodnicze prawo natury w ogóle nie dostrzegał G. Radbruch. W mojej ocenie wskazuje na to posłużenie się przez G. Radbrucha cytowaną przez niego wypowiedzią narodowosocjalistycznego prawnika, iż „Sędzia jest wprawdzie w zasadzie związany ustawą , ale jego rola i godność nie pozwalają, by musiał stosować ustawy, które są oczywiście i rażąco sprzeczne z ideą prawa, *które są* (dopisek KK) normą która wprost obraża żyjące w narodzie poczucie prawa i bezprawia, narodową moralność", jako przykładu trafnego, wyprzedzającego swoje czasy, niemalże jasnowidzącego spostrzeżenia (G. Radbruch, Ustawa i prawo, „Ius et lex" nr 1/2002, przedruk, s. 163).

Wydaje się zatem właściwe, by przedstawić w dalszej kolejności typy argumentacji, dotyczące kolizji interesów dziecka poczętego i matki (pamiętając o różnicach między zgodą na zabieg a aktywnym działaniem szkodzącym) po to by dopiero na ich podstawie przejść do analizy uregulowań ustawowych.

1. Argumenty na rzecz autonomii woli matki:

a) Płód nie jest osobą. Prawa nie-osoby (płodu) nie mogą być ważniejsze niż prawa osoby (matki).

b) Nikt nie ma obowiązku poświecenia własnego ciała dla ratowania innego. Skoro taki obowiązek nie spoczywa na rodzicach względem dzieci narodzonych, to tym bardziej nie może spoczywać na matce względem płodu. To bowiem oznaczałoby, iż płód ma więcej praw niż narodzone dziecko.

c) Brak jest ustawowych podstaw do dokonywania ingerencji medycznej (zastosowania przymusu fizycznego) bez zgody matki. Autonomia jednostki jest zaś dobrem chronionym przez prawo. Obowiązek moralny matki wobec dziecka poczętego / płodu (niebędący obowiązkiem prawnym) nie może być ważniejszy niż uprawnienie mające źródło w prawie.

d) Ogólny interes Państwa w ochronie życia nie może naruszać interesu jednostki, polegającego na ochronie przed zmuszaniem do określonych zachowań, nawet jeśli są one obiektywnie uzasadnione. Byłoby to równie bezprawne jak przymusowa transplantacja.

Te argumenty prowadzą ostatecznie do wniosku, iż dokonanie zabiegu medycznego bez zgody matki celem ochrony dziecka poczętego / płodu naruszałoby jej autonomię woli oraz samostanowienie.

2. Argumenty na rzecz konieczności ochrony dziecka poczętego:

a) Dziecko poczęte jest człowiekiem – podmiotem prawa. Życie człowieka podlega prawnej ochronie od momentu poczęcia. Wyłączenia tej ochrony muszą być wyraźne i odnoszą skutek jedynie w tym zakresie, którego wprost dotyczą. I tak np. wyłączenie odpowiedzialności karnej matki dziecka za bezprawny zabieg przerwania ciąży (art. 152 § 1 i 3 k.k.) oraz spowodowanie uszkodzenia ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu (art. 157 a § 3 k.k.) nie uchyla przestępności tego typu zachowań.

b) Autonomia jednostki i prawo do stanowienia o sobie nie mogą być ważniejsze niż prawo do życia.

Te argumenty prowadzą do wniosku, iż pomimo konieczności ochrony życia ludzkiego od momentu narodzin, brak jest przepisów rangi ustawowej, umożliwiających dokonanie

zabiegu medycznego pomimo (albo) wbrew niewadliwej woli matki, celem ochrony dziecka poczętego.

VI. Krytyczna analiza argumentacji i jej zastosowanie do przypadków ryzykownych (aktywnych) działań matki, szkodzących dziecku poczętemu.

Przedstawiona w punkcie V argumentacja dotycząca dopuszczalności zabiegu medycznego nie może być w pełni zastosowana w odniesieniu do aktywnych działań szkodzących płodowi. Autonomia decydowania o tym, czy poddać się zabiegowi medycznemu podlega daleko szerszej ochronie niż wolność szkodliwego postępowania.

Poszukując odpowiedzi na główne, interesujące nas pytanie o to, czy prawo chroni nasciturusa przed ryzykowanymi zachowaniami matki, nie jest konieczne rozstrzygniecie kwestii podmiotowości prawnej. Wydaje się, iż w hipotetycznym porządku prawnym, w którym wprost uznano by nasciturusa za osobę, być może łatwiejsze byłoby rozwikłanie interesującego nas zagadnienia. Co nie oznacza, że tego typu regulacja nie stwarzałaby szeregu innych problemów (dotyczących np. zapłodnienia pozustrojowego). W istocie nie usuwałaby także pytania o początek bytu osoby. Ważniejsze jest jednak to, że myśl upatrująca w kwestii podmiotowości rozwiązania interesującego nas zagadnienia, usuwa z pola widzenia kwestię konfliktu wartości. Odwołajmy się do przykładu kary śmierci. W toku dyskusji na temat jej dopuszczalności nikt przecież nie negował faktu człowieczeństwa skazanego. Pytanie zasadnicze polegało na tym, czy zezwolenie państwu na pozbawienie życia człowieka nie narusza jednak podstawowych wartości wynikających z istoty człowieczeństwa. Inny przykład dotyczy kwestii dopuszczalności zabijania zwierząt. Z jednej strony postawiono wolność człowieka, z drugiej zaś ideę ochrony zwierząt. Do rozstrzygnięcia tego zagadnienia nie było konieczne wkroczenie na teren podmiotowości prawnej.

Do rozstrzygnięcia interesującej nas kwestii, nie jest niezbędne przesądzenie czy płód jest osobą. Istnieje szereg przepisów w kodeksie cywilnym oraz kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, chroniących interesy nasciturusa. Na ich tle możliwe jest formułowanie poglądów zarówno o warunkowej zdolności prawnej jak i poglądów o braku takiej zdolności. Spór na temat zakresu obowiązywania lub nieobowiązywania zasady *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur* to spór o pewną konstrukcję prawną. Sama formuła, zgodnie z którą nienarodzonego uznaje się w pewnych wypadkach za urodzonego – nie przesądza jeszcze kwestii podmiotowości. Równie dobrze można się w tym zakresie oprzeć na konstrukcji fikcji prawnej.

Dla rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia nie jest także niezbędne ustalenie statusu prawnego nasciturusa w kontekście konstrukcji praw podmiotowych oraz ochrony dóbr osobistych. Po pierwsze, prawo cywilne zna sytuacje, w których określony interes podlega ochronie, poprzez nałożenie na inną osobę obowiązku – bez sprecyzowania, czy mamy wówczas do czynienia z prawem podmiotowym. Przykładem jest polecenie przy darowiźnie (art. 893 k.c.) i testamencie (art. 982 k.c.). Część doktryny uznaje, iż w tym wypadku ustawodawca nie kreuje stosunku zobowiązaniowego[60]. Nie powstaje zatem żadne prawo podmiotowe, choć jest podmiot obowiązany do określonego zachowania oraz inny podmiot, który może żądać wykonania polecenia. Po drugie, pomimo powszechnie przyjmowanego poglądu o oparciu ochrony dóbr osobistych na konstrukcji praw podmiotowych, nadal rozważa się w pewnych sytuacjach zaprezentowaną przez B. Gawlika koncepcję instytucjonalnej ochrony dóbr osobistych. Zdaniem B. Gawlika istota ochrony dóbr osobistych nie polega na pozytywnym określeniu uprawnień danego podmiotu, lecz na „ochronie udzielonej „uprawnionemu" ze względu na obowiązywanie normy sankcjonowanej (zakaz bezprawnego naruszania dóbr osobistych)"[61]. Decydujące znaczenie ma zatem obowiązek a nie uprawnienie, które stanowi jedynie „refleks obowiązku osób trzecich poszanowania i nienaruszania wartości osobistych podmiotu uprawnionego"[62]. Na tym zresztą polega atrakcyjność tej koncepcji chociażby na gruncie prawa autorskiego, iż może stanowić dogodną podstawę do wyjaśnienia losu autorskich praw osobistych, pomimo śmierci podmiotu, któremu pierwotnie przysługiwały[63].

Orzecznictwo przyjmowało i nadal przyjmuje pogląd o konieczności traktowania nasciturusa – jak osoby (bez bliższego wyjaśniania tych kwestii, bądź też z wyjaśnieniami rozmaitymi) – tam, gdzie odmowa potraktowania go na równi z osobami już żyjącymi byłaby po prostu jawnie niesprawiedliwa. W wyroku SN z 4.04.1966 r.[64], przyjmując zresztą koncepcję podmiotowości prawnej, powołano się na zasadę równości. Z kolei w wyroku SN z 8.01.1965 r.[65], zakwestionowano istnienie zasady *nasciturus pro iam nato habetur quotiens*

[60] J. Kremis w: Kodeks cywilny. Komentarz, t. I, red. E. Gniewek, Warszawa 2004, s. 898, A. Kidyba, E. Niezbecka, Komentarz do art.982 Kodeksu cywilnego, LEX/el. 2015, uw. 2. Jest to oczywiście sporne, gdyż pogląd przeciwny głosi, iż powstaje zobowiązanie ale o charakterze naturalnym (postanowienie SN z 19.04.2002 r. (III CZP 19/02), LEX nr 74583).

[61] B. Gawlik, Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej", 1985/41, s. 131.

[62] Tamże.

[63] B. Gnela, Uwagi o specyfice autorskich dóbr osobistych oraz koncepcji ich ochrony (na przykładzie prawa do autorstwa utworu), „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny" z. 2/2015, s. 35 i n.

[64] Wyrok SN z 4.04.1966 r. (II PR139/66), OSNC nr 9/1966, poz. 158.

[65] Wyrok SN z 8.01.1965 r. (II CR 2/65), OSP nr 9/1967, poz. 220.

de commodis eius agitur, co nie przeszkodziło ustaleniu odpowiedzialności odszkodowawczej, za szkodę doznaną przed urodzeniem, jeśli tylko zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności takie jak szkoda, wina i związek przyczynowy. Podobnie przyjęto w wyroku SN z 7.10.1971 r.[66], uznając, że zawsze tam, gdzie istnieje realna potrzeba ochrony praw nasciturusa, powinno się odwoływać do analogii do przyjętych rozwiązań szczególnych, bez potrzeby odwoływania się do koncepcji ogólnej zdolności prawnej nasciturusa.

Argument o braku możliwości przysługiwania większej ilości praw nie – osobie jest zatem fałszywy i w toku dalszych rozważań można pominąć argumentację dotyczącą statusu podmiotowego nasciturusa (argumenty A).

Kluczowe jest za to ustalenie, czy na kobiecie ciężarnej spoczywa prawny obowiązek powstrzymywania się od działań bezpośrednio szkodzących dziecku poczętemu / płodowi. Odpowiedź na to pytanie powinna dokonywać się w kontekście konfliktu wartości oraz interesów: autonomii woli matki, jej wolności oraz ochrony życia nasciturusa.

VII: Podstawa prawna ochrony płodu przed ryzykowanymi zachowaniami matki.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku o konieczności badania w pierwszej kolejności regulacji ustawowych, celem ustalenia, czy istnieje przepis ustawy, który z jednej strony dotykałby kwestii ewentualnego obowiązku powstrzymania się matki przed aktywnymi działaniami szkodzącymi dziecku poczętemu a z drugiej strony umożliwiałby rozstrzyganie konfliktu wartości.

Moim zdaniem przedstawionym powyżej warunkom odpowiada art. 446^1 k.c. Przepis ten stanowi, iż z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem. Na niego wydaje się wskazywać argumentacja dotycząca konfliktu wartości oraz interesów. Reguluje on przecież szeroki typ relacji, także i te, które leżą na linii matka – dziecko. Z przepisu tego da się także wywieść obowiązek powstrzymywania się przed aktywnymi działaniami szkodzącymi dziecku. Art. 446^1 k.c. należy odczytywać w powiązaniu z art. 23 k.c. oraz art. 24 § 1 k.c., a zatem przepisami, które w sposób ogólny przewidują ochronę dóbr osobistych oraz dotyczą zarówno naruszeń jak i działań zagrażających naruszeniem określonych wartości niemajątkowych.

Przed podjęciem dalszych rozważań dodać należy, iż przepis art. 446^1 k.c. wydaje się być niedoceniany w Polsce, choć na przykład J. Haberko trafnie dostrzega w nim

[66] Wyrok SN z 7.10.1971 r. (III CRN 255/71), OSNC nr 3/1972, poz. 59.

aksjologiczne uzasadnienie dla ograniczenia autonomii woli matki[67]. Znaczenie tego przepisu widać jednak z pewnego oddalenia. Otóż można zaryzykować stwierdzenie, iż to właśnie brak odpowiednika tego typu regulacji w Anglii oraz większości porządków prawnych poszczególnych stanów w Stanach Zjednoczonych, przesądza o kierunku orzecznictwa stawiającym na pierwszym miejscu prymat autonomii woli matki w przypadkach odmowy zgody na zabieg medyczny ratujący życie dziecka poczętego. To właśnie tego typu regulację mógł mieć na myśli lord May w sprawie Re F (in utero) z 1988 r. wskazując, iż gdyby dziecko poczęte rzeczywiście miało być podmiotem postępowania sądowego, to kwestię tę może rozstrzygnąć jedynie Parlament a nie sądy[68]. Za takim sposobem rozumienia problemu ochrony dziecka poczętego w krajach kręgu *common law p*rzemawia chociażby to, iż pojawienie się odpowiednika art. 446^1 k.c. w kilku amerykańskich stanowych porządkach prawnych traktowane było jako przełom[69], rozwiązujący charakterystyczne dla *common law* trudności w uzasadnieniu odpowiedzialności odszkodowawczej za zdarzenia z okresu płodowego[70].

Art. 446^1 k.c. jest źródłem roszczeń odszkodowawczych. Nie określa on samodzielnie wszystkich przesłanek odpowiedzialności, te bowiem należy zawsze wiązać z odpowiednią podstawą prawną, jak np. art. 415 k.c. Z art. 446^1 k.c. wynika jednak przynajmniej jedna przesłanka odpowiedzialności, jaką jest bezprawność. Nie można bowiem – co do zasady – ponosić odpowiedzialności cywilnej za zachowania zgodne z prawem. Wprowadzenie art. 446^1 k.c. przecięło ostatecznie wątpliwości, czy np. w stosunkach rodzinnych można mówić o odpowiedzialności rodziców względem dziecka i na czym polega ewentualna bezprawność takiego zachowania[71].

Z art. 446^1 k.c. wynika także zakaz podejmowania działań szkodzących płodowi w okresie ciąży. Nie można bowiem przyjąć, iż prawo zezwala na zachowanie prowadzące do określonego skutku a jednocześnie zabrania sprowadzenia owego skutku. Zakaz wyrządzania szkody dziecku poczętemu w okresie ciąży należy jednocześnie powiązać z art. 23 k.c. Bez znaczenia jest to, iż art. 23 k.c. odwołuje się do pojęcia człowieka. Skoro naruszenie zdrowia – umożliwia dziecku po urodzeniu wystąpienie o naprawienie szkód doznanych przed

[67] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona …, s. 376.
[68] Podaję za: N. Karczewska, Przymus interwencji …, s. 53.
[69] J. Ammons, Texas' Prenatal Protection Act: Civil and Criminal Fetus Fatality Protection, "Texas Journal of Women & the Law"; 2012, vol. 21, s. 268.
[70] Na temat trudności z uzasadnieniu odpowiedzialności odszkodowawczej patrz G. Casey, Pregnant Woman and Unborn Child: Legal Adversaries?, „Medico-Legal Journal of Ireland", 2002/6, s. 77 – 78.
[71] M. Safjan, Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji, Warszawa 1990, s. 486

urodzeniem, to przecież przyjąć należy, iż zdrowie nasciturusa naruszane jest jeszcze przed narodzinami.

Nie ma żadnych podstaw by wyłączyć spod działania obowiązku polegającego na zakazie działań szkodzących wobec płodu, matkę dziecka. Gdyby dopuścić takie rozwiązanie to oznaczałoby, że śmierć dziecka przynosi matce dziecka więcej korzyści, niż doprowadzenie do jego urodzenia. Śmierć płodu umożliwiałaby uwolnienie się od odpowiedzialności. Żywe urodzenie pociągałoby za sobą odpowiedzialność odszkodowawczą.

Dopiero ten argument należy zderzyć z twierdzeniem, iż dziecku poczętemu / płodowi – nie może przysługiwać więcej praw niż dziecku urodzonemu. Zdanie to jest prawdziwe – w wypadku odmowy zgody matki na poddanie się zabiegowi lekarskiemu. Zostało już wskazane, że odmowa zgody na zabieg – sama z siebie nie jest bezprawna. Nie można przyjmować istnienia obowiązku prawnego matki dziecka naruszenia swojej integralności cielesnej dla dobra płodu.

Obowiązek taki można jednak skonstruować w odniesieniu do matki podejmującej aktywne działania wobec płodu a polegające na używaniu alkoholu bądź narkotyków. Tego typu zachowania są od razu bezprawne (w przeciwieństwie do odmowy zgody na zabieg). A jeśli tak to należy sobie zadać pytanie: które z rozumowań jest oczywiście niesprawiedliwe? Czy to, że śmierć dziecka jest źródłem zysku (zaoszczędzenia wydatków na odszkodowanie), czy też to, że na matce w okresie ciąży spoczywa w nielicznych sytuacjach większy obowiązek (obejmujący jedynie zakaz podejmowania niektórych typów bezprawnych działań) niż na matce dziecka urodzonego. W przypadku dziecka – po urodzeniu, nie sposób konstruować obowiązku „poświęcenia" jakiegoś dobra przez jego matkę, gdyż zawsze możliwe jest pełne wyręczenie rodziców chociażby przez instytucjonalne formy pieczy zastępczej. Przed urodzeniem – nie ma innej możliwości ochrony dziecka / płodu przed wpływem np. alkoholu niż powstrzymanie matki przed jego spożyciem. Jest to zresztą naruszenie wolności do czegoś (bardziej akceptowalne) niż wolności od czegoś (np. ingerencji medycznej bez zgody zainteresowanego).

W ten sposób omawianą kwestię należało przesunąć w kierunku wyważenia ochrony konstytucyjnie zakotwiczonych „interesów". Do takiego rozumowania odwołuje się zresztą ETPCz, konsekwentnie posługujący się terminem „płód" a nie „dziecko poczęte" a jednocześnie upatrujący istoty problemy właśnie w odpowiednim zestawieniu

przeciwstawnych interesów[72]. Powstaje pytanie, czy prawo do samostanowienia i autonomii jednostki, w zakresie prawa do złych zachowań może być ujmowane w tej samej płaszczyźnie co to samo prawo w aspekcie negatywnym (wolność od zachowań zmuszających do określonego zachowania.

Rozważmy to zagadnienie na gruncie stanu faktycznego będącego przedmiotem uwagi Sądu Okręgowego w Słupsku z 20.01.2015 roku[73] . Matka dziecka będąc w 38 tygodniu ciąży, spożywała przez 3 dni alkohol w znacznych ilościach. Jednocześnie zdawała sobie sprawę zarówno z możliwości porodu oraz negatywnego oddziaływania alkoholu na płód. Zdawała sobie również sprawę z możliwości uszkodzenia plodu i spowodowania choroby zagrażającej życiu dziecka po jego narodzinach. W konsekwencji, na skutek picia w ciągu, matka dziecka spowodowała u dziecka ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci choroby realnie zagrażającej życiu (ciężkie zespół abstynencyjny z bezdechem i drgawkami). Matka dziecka została uniewinniona od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. z uwagi na fakt, iż zdrowie człowieka podlega ochronie na gruncie art. 156 § 1 pkt 2 k.k. dopiero od momentu rozpoczęcia porodu, a w przypadku cesarskiego cięcia – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu. Słusznie odwołano się w rozpoznawanej sprawie do poglądu wyrażonego przez SN w wyroku z 26.10.2006 r.[74], z którego wynika również i to, że w okresie poprzedzającym rozpoczęcie akcji porodowej, płód nie podlega ochronie prawnokarnej na tych samych zasadach jak człowiek po urodzeniu.

Na tle tej sprawy powstaje pytanie – czy zdarzeniu temu można było zapobiec. To, że w grę nie wchodzi odpowiedzialność karna, nie ma znaczenia dla ustalenia obowiązków cywilnoprawnych. Aby możliwe było zapobieżenie owemu zdarzeniu, konieczne byłoby wykazanie, iż obowiązek matki dziecka od powstrzymania się od określonych działań, może zostać przymusowo wyegzekwowany.

VIII. Czy obowiązek cywilnoprawny matki dziecka powstrzymania się od działań szkodzących nasciturusowi może być przymusowo wyegzekwowany?

Odpowiedź na tak postawione pytanie jest co do zasady negatywna, ale wcale nie tak oczywista. Cóż bowiem z tego, że możliwe jest argumentowanie na rzecz istnienia obowiązku

[72] W wyroku ETPCz z 26.05.2011 r. (27617/04), wskazano, iż „prawa dochodzone w imieniu płodu i prawa matki są nierozerwalnie powiązane, margines uznania przyznany państwowej ochronie dzieci nienarodzonych z konieczności przekłada się na margines uznania przyznany Państwu w zakresie tego, jak zrównoważyć pozostające z nim kolizji prawa matki."

[73] Wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z 20.01.2015 r. (VI AKa 624/14), http://orzeczenia.slupsk.so.gov.pl.

[74] Wyrok SN z 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW nr 11/2006, poz. 97.

matki dziecka powstrzymywania się przed używaniem w okresie ciąży substancji bezpośrednio wpływających na życie i zdrowie dziecka poczętego, jeżeli brak przepisów, które jednoznacznie umożliwiałyby wyegzekwowanie owego obowiązku. Przepisy o postępowaniu egzekucyjnym zawarte w kodeksie postępowania cywilnego takiej możliwości nie przewidują.

To właśnie w postępowanie egzekucyjnym leży problem. Od strony postępowania rozpoznawczego sprawa wydaje się w miarę jednoznaczna. Podstawą powództwa, zmierzającego do ochrony dziecka w okresie prenatalnym przed ryzykownymi zachowaniami matki, polegającymi na spożywaniu alkoholu lub narkotyków jest art. 24 § 1 k.c. Istotą sprawy jest bowiem ochrona konstytucyjnie umocowanego prawa do życia, obejmującego również życie płodu ludzkiego[75]. Odwołajmy się do fragmentu uzasadnienia wyroku TK z 28.05.1997 r. Wskazano w nim, iż „nie ma żadnych powodów, dla których dziecko nie powinno być chronione przed umyślnymi działaniami jego matki (lub ojca za zgodą matki) powodującymi rozstrój zdrowia dziecka lub uszkodzenie ciała". Ze stwierdzeniem tym należy się zgodzić. Ocena bezprawności zachowania matki powinna zaś odbywać się przy uwzględnieniu wynikającego z art. 446^1 k.c. obowiązku niepodejmowania przez matkę aktywnych działań szkodzących dziecku (o czym była mowa w punkcie VII opracowania). Art.446^1 k.c. odsuwa w czasie (do momentu urodzenia się dziecka) możliwość podniesienia roszczeń odszkodowawczych. W tym zakresie stanowi *lex specialis* wobec art. 24 § 2 k.c. Interesujący nas przepis nie zawiera jednak takiego ograniczenia wobec roszczeń prewencyjnych, przewidzianych w art. 24 § 1 k.c. Innymi słowy możliwe jest żądanie działań skutkujących zagrożeniem naruszenia dobra osobistego w postaci życia lub zdrowia jeszcze przed narodzinami dziecka. Można również wskazać na art. 439 k.c., który jest podstawą prawną ogólnego roszczenia prewencyjnego, zmierzającego do usunięcia stanu zagrażającego wyrządzeniem szkody.

Dodać wreszcie należy, iż w toku procesu możliwe jest zarówno wyważenie interesów dziecka i matki, jak i zbadanie konkretnej sytuacji stron.

Omawianej konstrukcji nie stoi na przeszkodzie pytanie o podmiotowość prawną nasciturusa. Powództwo o ochronę dóbr osobistych może być bowiem wytoczone przez kuratora ustanowionego na podstawie art. 182 k.r.o.[76]. Wprawdzie geneza tego przepisu wiązana jest z ochroną interesów majątkowych, ale w samej treści przepisu nie ma żadnego ograniczenia wiążącego go jedynie z prawami majątkowymi. Kuratora ustanawia się bowiem

[75] Wyrok TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK nr 2/1997, poz.19.
[76] L. Bosek w: M. Safjan red., *Prawo*…, s. 45.

zgodnie z literalnie wyrażoną wolą ustawodawcy, dla strzeżenia praw – a nie jedynie praw majątkowych. Sformułowanie o przyszłych prawach powinno być odczytane jako konieczność uwzględnienia również aktualnych praw (w tym prawa do życia) zgodnie z rozumowaniem *a minori ad maius*. Ochrona pewnego stanu w przyszłości (stanu niepewnego jako, że dotyczącego przyszłości) oznacza przecież ochronę tego stanu w teraźniejszości, jeśli już stan ten wówczas istnieje. Skoro ustawodawca dostrzega konieczność ochrony przyszłych praw dziecka (prawo do życia po urodzeniu), to tym bardziej chroni prawo istniejące już w momencie wszczęcia postępowania. Innymi słowy: nie można chronić prawa do życia w okresie późniejszym, jeśli nie jest chronione to prawo w okresie wcześniejszym a jednocześnie los tego prawa nie zależy od urodzenia.

W tym miejscu dodać należy, iż formułowany niekiedy pogląd o warunkowej zdolności prawnej nasciturusa – pod warunkiem zawieszającym, iż dziecko urodzi się żywe jest adekwatny do praw majątkowych. Pozwala bowiem uniknąć komplikacji, związanych chociażby z koniecznością prowadzenia postępowania spadkowego w razie martwego urodzenia. Nie da się jednak utrzymać tej koncepcji na gruncie praw osobistych. Pozostawałoby to w sprzeczności z orzecznictwem TK, akcentującym, iż prawo do życia podlega ochronie od samego początku a nie jedynie w okresie po urodzeniu.

Odwołanie się do instrumentu przewidzianego w art. 182 k.r.o. ułatwia także pokonanie problemu kwestii reprezentacji dziecka. Nie jest konieczne wówczas rozstrzygnięcie, czy władza rodzicielska obejmująca także reprezentację nasciturusa może przysługiwać przed urodzeniem. Oceniając – w sposób ogólny – początek przysługiwania władzy rodzicielskiej, T. Sokołowski trafnie zauważa, iż pogląd o każdorazowej konieczności odwolywania się do instytucji kuratora w przypadku nasciturusa prowadzi do naruszenia prawa matki do decydowania także o jej własnej sytuacji zdrowotnej[77]. W ramach interesującego nas splotu zagadnień należy jednak zwrócić uwagę na konflikt interesów matki i dziecka poczętego. Nie jest możliwe by matka pozwała samą siebie w procesie o ochronę dóbr osobistych dziecka poczętego.

Jak zatem widać prawo cywilne dysponuje instrumentami ochrony dziecka poczętego przed ryzykownymi zachowaniami matki. Są one jednak w tym sensie puste, iż nie jest możliwa przymusowa realizacja orzeczenia nakazującego matce zaprzestanie używania alkoholu lub narkotyków w okresie ciąży. Nie chodzi nawet o kwestię czasu, który – biorąc pod uwagę specyfikę zagrożeń związanych z oddziaływaniem alkoholu na ośrodkowy układ

[77] T. Sokołowski, Komentarz do art.92 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, LEX/ el. 2013, uw. 2.

nerwowy dziecka – ma istotne znaczenie. Istniej bowiem możliwość wystąpienia o udzielenie zabezpieczenia dla roszczenia niepieniężnego w trybie art. 755 § 1 k.p.c.

Prawdziwym problemem jest to, jak miałoby być wykonane orzeczenie. Brak w postępowaniu egzekucyjnym przepisów umożliwiających np. przymusową hospitalizację matki dziecka w okresie ciąży, celem ochrony nasciturusa przed oddziaływaniem alkoholu. W grę nie wchodzą również przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, które po prostu nie przewidują takich sytuacji.

Wydaje się, iż konieczne jest w chwili obecnej podjęcie dyskusji na temat zmian w prawie, które umożliwiłyby realną ochronę prawa do życia i zdrowia nasciturusa. Wnioski wynikające z przytoczonych wcześniej badań PARPA oraz wiedzy medycznej są, mówiąc oględnie, mocno niepokojące. Rzecz w tym, iż tworząc odpowiednią regulację należałoby zadbać o to, by nie mogła być ona wykorzystywana w jakichkolwiek sytuacjach zaniedbań prenatalnych a jedynie w tych, które niosą ze sobą realne i poważne niebezpieczeństwo nieodwracalnych zmian zdrowotnych u dziecka. Konieczne byłoby wyważenie pozostających ze sobą w konflikcie dwóch wartości: wolności matki oraz prawa do życia i zdrowia nasciturusa.

Pomysły dotyczącego tego zagadnienia nie są nowością. Wspomnieć należy, zagubiony w odmętach polskiej legislacji, projekt nowelizacji art. 23 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, o którym informowała PARPA w sprawozdaniu za 2010 r.[78] Proponowano w nim dodanie nowego ust. 1a, na mocy którego możliwe byłoby przyjęcie do szpitala psychiatrycznego osoby nie wykazującej zaburzeń psychotycznych bez jej zgody, która na skutek uzależnienia od substancji psychoaktywnych znajduje się w stanie bezpośredniego zagrożenia życia lub życia i zdrowia innych osób. Mógłby on być podstawą do dyskusji na temat rozszerzenia zakresu ochrony również o dziecko poczęte, lecz nieurodzone. Pomogłoby to zmniejszyć rozdźwięk miedzy deklarowaną przez polskiego ustawodawcę ochroną interesów dziecka poczętego, jak chociażby w art. 2 ust. 1 w związku z art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy z 6.01.2010 r. o Rzeczniku Praw Dziecka[79] a jej rzeczywistym poziomem. Zagadnienia te wymagałyby z pewnością odrębnego opracowania. Chociażby skrótowo zasygnalizować jednak należy, iż najlepszym miejscem do wprowadzenia odpowiednich regulacji byłyby przepisy medyczne, dotyczące ochrony zdrowia a nie przepisy

[78] Sprawozdanie z wykonania ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi w okresie 1 stycznia – 31 grudnia 2010 r., s. 121, http://www.parpabip.pl/ userfiles/file/ sprawozdanie2010.pdf

[79] Ustawa z 6.01.2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, Dz. U. z 2016 r., poz. 2086 ze zm.

o postępowaniu egzekucyjnym w sprawach cywilnych, pomimo tego, że obowiązek niepodejmowania aktywnych działań szkodzących zakotwiczony jest w art. 446^1 k.c. Najpierw jednak należałoby rozważyć, czy w ogóle taka regulacja powinna się pojawić. W mojej ocenie tak, ale zasady demokratycznego państwa prawnego wymagają by w tak drażliwej kwestii uwzględnić głosy przeciwne.

IX. Zakończenie

Celem niniejszego opracowania było zasygnalizowanie istnienia istotnej społecznie kwestii. Dotyka ona szeregu problemów tak prawnej jak i filozoficznej natury. To właśnie z tego względu uważam za właściwe posługiwanie się terminologią możliwie jak najbardziej obojętną z aksjologicznego punktu widzenia[80]. Wyznaczenie granic ochrony życia i zdrowia nasciturusa w kontekście nieaborcyjnym, nie wymaga przesądzenia, czy należy odwoływać się do pojęcia osoby, czy też poprzestać na określeniu: płód. **Chodzi w tej sprawie o rozstrzygnięcie konfliktu określonych wartości i interesów**. Istotniejszy wydaje się argument, że **art. 446^1 k.c. nie może być wykładany w sposób prowadzący do wniosku o większej opłacalności martwego urodzenia, niż żywego urodzenia dziecka, dotkniętego wadami OUN i mogącego z tego tytułu pozwać matkę**. Byłoby to po prostu nielogiczne z czysto prawniczego punktu widzenia. Nadto szczególna sytuacja matki i dziecka w okresie prenatalnym – jedności dwojga – jak ujął to niemiecki TK w wyroku z 28.05.1993 r.[81] uzasadnia osłabienie niektórych aspektów wolności matki (wolność do złych zachowań) z uwagi na zdrowie i życie nasciturusa. Jest to konflikt innego rodzaju, niż ten który pojawia się na tle spraw o odmowę zgody na zabieg medyczny. W tym drugim przypadku chodzi bowiem o bardziej istotny aspekt samostanowienia – wolność od zabiegów medycznych. Nie można go zestawiać na jednym poziomie z wolnością do używek. Te dwa aspekty wolności mają po prostu inną wagę aksjologiczną. Owa szczególna sytuacja przemawia jednak także i za tym, by osoba ojca była w tego typu sprawach usunięta w cień. To nie ojciec jest w ciąży i to nie jego dotykałyby ewentualne ograniczenia[82].

W chwili obecnej, choć da się wywieść istnienie obowiązku matki powstrzymywania się przed pewnymi ryzykownymi zachowaniami w okresie ciąży, to jednak jego wymuszenie

[80] To zaś oznacza, iż zawsze tam gdzie mowa jest w tekście o dziecku poczętym, można je zastąpić terminem: płód lub nasciturus.

[81] Wyrok II Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN z 28.05.1993 r. (2 BvF 2/90, 4/92 i 5/92), w: M. Safjan, Prawo …, s. 366 – 370.

[82] Także i ten temat wymagałby odrębnego opracowania. Zastanawiając się nad ewentualną regulacją należy rozważyć wszystkie jej możliwe negatywne strony, w tym także wykorzystywanie postępowania sądowego w konfliktach między matką a ojcem.

jest praktycznie niemożliwe. Istnieją w prawie co najwyżej półśrodki, umożliwiające reakcję wtedy, kiedy organy stosujące prawo dojdą do przekonania o konieczności ich zastosowania. I tak np. dopuszczalne jest, w razie wystąpienia przesłanek z art. 23 lub 24 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, przyjęcia bez zgody pacjenta, prezentującego określone zachowania do szpitala, celem obserwacji na okres do 10 dni[83]. Jak wynika ze stanu faktycznego będącego przedmiotem uwagi Sądu Okręgowego w Słupsku w wyroku z 20 stycznia 2015 roku [84] a przedstawionego w punkcie VII niniejszego opracowania – w zależności od prezentowanych przez matkę dziecka objawów, możliwe było rozważenie zasadności zastosowania obserwacji. Alkoholizm sam z siebie nie uzasadnia zastosowania leczenia psychiatrycznego, ale często towarzyszą mu określone zaburzenia psychiczne. Nie jest możliwe zastosowanie wobec pacjentki umieszczonej w zakładzie psychiatrycznym na podstawie art. 24 leczenia bez jej zgody – ale ów pobyt do 10 dni, w realiach konkretnej sprawy umożliwiły ochronę dziecka przed szkodami, których doznało. Wymienione powyżej przepisy te nie przewidują jednak wprost możliwości poddania matki dziecka przymusowej hospitalizacji, celem ochrony dziecka poczętego / płodu przed skutkami zażywania substancji psychoaktywnych przez matkę. W występujących w praktyce sytuacjach, ochrona zdrowia płodu realizowana jest jedynie wówczas, gdy matka dziecka prezentuje zachowania autoagresywne a jednocześnie cierpi na zaburzenia psychiczne[85]. Jako iluzoryczną zaś należy ocenić ochronę, która mogłaby być ewentualnie wywiedziona z art. 24 w związku z art. 26 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu alkoholizmowi, z uwagi na długotrwałe procedury przewidziane ustawą.

Stan, w którym istnieje obowiązek, lecz nie może być wyegzekwowany, budzi poważne wątpliwości. Nie ma żadnej podstawy prawnej do odmowy nasciturusowi ochrony dobra osobistego w postaci życia lub zdrowia. To, że doznaje ona znaczących ograniczeń w kolizji z zasadą samostanowienia matki na tle spraw o odmowę podania się zabiegowi medycznemu, nie sprzeciwia się uznaniu, że ochrona nasciturusa uzyskuje pierwszeństwo przed bezprawnymi zachowaniami matki, wpływającymi negatywnie w sposób bezpośredni na płód – takimi jak spożywanie alkoholu i narkotyków. Trudność w wyważeniu poziomu ochrony, polega na tym by nie rozciągać zakazu podejmowania negatywnych działań na wszystkie zachowania wpływające negatywnie na płód, lecz jedynie na te, które są najbardziej

[83] Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy psychiatrycznej, 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.

[84] Patrz przypis 72.

[85] Przykłady tego typu sytuacji w: B. Kmieciak, Dylematy etyczno-prawne …, s. 244 i n.

oczywiste i potwierdzone medycznie. Trudno bowiem sobie wyobrazić możliwość przymusowego powstrzymania matki od palenia papierosów w okresie ciąży, choć działanie to jest szkodliwe dla płodu. Negatywne oddziaływanie nikotyny na dziecko poczęte nie przekreśla jednak jego życia. Oddziaływanie alkoholu – niestety tak.

Jakub M. Łukasiewicz[1]

Problem pokrewieństwa nasciturusa – głos w dyskusji

Prowadzenie dyskursu naukowego na temat pozycji prawnej *nasciturusa* od zawsze wpisywało się w nurt rozważań oscylujących wokół fundamentalnych kwestii światopoglądowych. Reakcje jakie wywołała niedawno uchwalona ustawa o leczeniu niepłodności[2] stanowi przykład scysji pomiędzy dwoma skrajnie odmiennymi ideologiami. Osią niezgody okazała się kwestia ustalenia początku istoty ludzkiej tj. czy jest nią chwila powstania zarodka ludzkiego[3], implantacji embrionu do organizmu kobiety-biorcy[4], osiągnięcia przez płód określonej fazy rozwoju, czy wreszcie narodzin dziecka. Pewną medialną formą uproszczenia tego zagadnienia jest pytanie, czy nienarodzone jeszcze dziecko jest osobą, czy też stanowi fragment ciała matki[5]. Oczywiście rozstrzygnięcie tego problemu

[1] Dr, Uniwersytet Rzeszowski.

[2] Ustawa z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. z 2015 r., poz.1087). Ustawa ta spotkała się z oporem kościoła [List Abpa A. Dzięgi, źródło; http://dswu.blogspot.com/2011/01/in-in-vitro]. Zgodnie z komunikatem z 31 marca 2015 roku wydanym przez Prezydium Episkopatu politycy, którzy konsekwentnie popierali projekt godziwy – jeśli poniósł on porażkę – mogą w zgodzie z sumieniem poprzeć projekt stanowiący mniejsze zło. W konsekwencji hierarchowie Kościoła podchodzą ze zrozumieniem do konieczności uchwalenia ustawy „*o in vitro*" lecz stawiają warunki m.in. że *in vitro* winno być dostępne wyłącznie dla małżeństw, a mrożenie embrionów zakazane. Źródło; http://wyborcza.pl/1,75478,18450431,katolickie-mity-o-in-vitro.html.

[3] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Warszawa 2010, s. 63, 109 oraz cytowana tam literatura.

[4] Zgodnie z takim poglądem „człowiek" istnieje od zagnieżdżenia się embrionu w macicy kobiety, natomiast zamrożony zarodek tzw. entitles to tzw. pre-embrion mieszczący się w kategorii„życie potencjalne". Wskazuje się przy tym przykład pre-embrionu, który w wyniku anomaliów zaczyna rozrastać się w nowotwór. Absurdem byłoby żądanie implantacji zakładając jego podmiotowość. Zob. http://www.ptb.org.pl/pdf/tarkowski_preimplantacja_1.pdf. Co do koncepcji ontologicznych (tradycyjnej, gradacyjnej, radykalnej i umiarkowanej) w zakresie statusu ludzkiego embrionu; J. Haberko, Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej, „Prawo i Medycyna" 2008/10, s.19 i n.

[5] Tak *nasciturusa* traktowało antyczne prawo rzymskie. Zob. T. Sokołowski w: Kodeks cywilny. Komentarz, A. Kidyba (red.), Warszawa 2009, s.55. *Nasciturus* z pewnością stanowi postać życia ludzkiego; T. Sokołowski, Cywilnoprawna ochrona człowieka przed jego narodzeniem w: Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej, Olsztyn 2002, s. 106–116; T. Sokołowski, Kodeks cywilny..., s. 55, T. Smyczyński, Pojęcie i status prawny dziecka poczętego, „Studia Prawnicze" 1989/4, s. 25; J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s. 63, 109. Zob. także; B. Chazan, Transplantacja komórek, tkanek i narządów w świetle obowiązującego prawa na tle rozwiązań przyjętych przez Radę Europy i ustawodawstwa innych krajów, „Palestra" 1998/5-6, s. 53; A. Breczko, Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu

nie będzie bezpośrednio przedmiotem moich badań, choć pośrednio kwestią tą będę się zajmował. Zakładając bowiem słuszność prezentowanego w literaturze poglądu o istnieniu pewnych atrybutów władzy rodzicielskiej wobec *nasciturusa* postaram się wykazać ich źródło. Podejmę więc próbę zakreślenia momentu od jakiego w świetle obowiązujących przepisów k.r.o. można mówić o powstaniu stosunku prawnego pokrewieństwa. Tak postawione założenie wynika z logicznej i utrwalonej w piśmiennictwie zależności; gdzie stosunek pokrewieństwa warunkuje powstanie władzy rodzicielskiej. Oczywiście wskazany problem badawczy wymaga postawienia pewnych założeń wstępnych – zakreślenia początków prawnych człowieczeństwa, zdolności prawnej czy też podmiotowości prawnej osoby ludzkiej. Rozmiary pracy nie pozwalają jednak na obszerną prezentację zagadnienia, dlatego też uwagi swoje ograniczę jedynie do tych poglądów, które sam uważam za słuszne z zastrzeżeniem, że będzie to refleksja poglądowa, w wielu aspektach dyskusyjna, stanowiąca tło do osadzenia głównej tezy publikacji. Dlatego też ustalenia wstępne będą mieć charakter wyrywkowy, konieczny jednak dla spójności wywodu i przejrzystości pracy.

I. Zagadnienia wstępne

W kontekście regulacji Kodeksu cywilnego treść art. 8 k.c.[6] wyraźne wskazuje, że każdy człowiek uzyskuje zdolność prawną z chwilą narodzenia. Przywołany przepis, wedle ustaleń piśmiennictwa, nie odmawia jednak *nasciturusowi* przymiotu człowieczeństwa[7]. Oznacza to, że o człowieku można mówić zarówno przed narodzinami, jak i w przypadku przyjścia na świat osoby martwej (z zastrzeżeniem, że wtedy jest to człowiek nieżywy)[8]. Taka interpretacja mieści się w granicach konstytucyjnej ochrony życia i zdrowia ludzkiego, gdzie w treści art. 38 i art. 68 ust. 1 Konstytucji próżno szukać precyzyjnego określenia punktu czasowego, od którego określona osoba staje się człowiekiem[9]. Bez wchodzenia w polemikę

biotechnomedycznego, Warszawa 2011, s. 407; M. Nowacka; Etyka a transplantacje, Warszawa 2003, s. 102 – 104.

[6] Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r., poz. 121).

[7] T. Sokołowski, Sytuacja prawna nasciturusa w art. 9 Projektu Kodeksu Cywilnego, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny" 2009/2, s. 186; O. Nawrot, Nienarodzony na ławie oskarżonych, Warszawa 2007, s. 318. Zob. uwagi L. Bosek, Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich, „Przegląd Sądowy" 2008/1, s.48 i n. Zob. uwagi na temat zmian w zakresie podmiotowości prawnej *nasciturusa* J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze sczezną wraz z nami, Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet, Wrocław 2016, s. 43 i n.

[8] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s.64. Zob. także J. Mazurkiewicz, Ochrona dziecka poczętego w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Acta Univer.Wratislav*", I.,* Prawo no 82, Wrocław 1985; s. 103 i n. Zob. także uchwała SN z 30.10.1987 r., III PZP 36/87, OSN 1988/ 2-3, poz.23.

[9] Zob. A. Zoll, Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO, „Prawo i Medycyna" 2000/8, s. 8.

z poglądami przeciwnymi[10] należy także przyjąć, że z faktu człowieczeństwa można wysunąć wniosek posiadania przez *nasciturusa* podmiotowości prawnej o charakterze generalnym, której istnienie wynika z całokształtu przepisów obowiązującego systemu prawa. Nie można bowiem ujmować zdolności prawnej o której mowa w treści art. 8 k.c. na zasadach synonimiczności do pojęcia podmiotowości. Podmiotowość prawna przyznawana jest każdemu człowiekowi, zaś zdolność prawna może być uzależniona od etapu rozwoju. Czym innym jest bowiem zdolność prawna, która jest kwestią wtórną do podmiotowości, a czym innym jest sam przymiot podmiotowości[11]. Skoro ustawodawca dopuszcza w pewnych przypadkach zdolność prawną warunkową (pod warunkiem zawieszającym)[12], toteż świadczyć to musi o podmiotowości prawnej *nasciturusa* we wskazanym na potrzeby konkretnej regulacji prawnej zakresie. Chwila narodzin zaś oznacza definitywne nabycie zdolności prawnej, która od tego momentu staje się synonimem podmiotowości[13].

Z powyższą tezą wiązać się może inna wątpliwość, a mianowicie czy w zakresie władzy rodzicielskiej dopuszczalne jest twierdzenie, jakoby dziecko posiadało tzw. zdolność

[10] Brak zdolności prawnej *nasciturusa;* T. Smyczyński, Nasciturus jako dobro prawne w: S. Sołtysiński (red.) Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy), Poznań 1990, s. 71; S. Grzybowski, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 1987, s. 140. Za zdolnością prawną pod warunkiem zawieszającym – żywego urodzenia; A. Szpunar, Szkoda wyrządzona przed urodzeniem dziecka, „Studia Cywilistyczne" 1969, t.XIV, s. 378. Za zdolnością prawną pod warunkiem rozwiązującym martwego urodzenia; B. Walaszek, Nasciturus w prawie cywilnym, „Państwo i Prawo" 1956/7, s. 126 i n. Za pełną zdolność prawną; A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebińczyk, O rozszerzenie ochrony dóbr osobistych dziecka i macierzyństwa prenatalnego, „Nowe Prawo" 1988/10-12, s. 75.

[11] M. Pazdan w: System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 1, M. Safjan (red.), Warszawa 2007. Odrębną kwestią jest fakt, że *nasciturus* nie jest osobą określoną co do tożsamości. Uniemożliwia to udział *nasciturusa* w obrocie cywilno-prawnym np. w przypadku przyjęcia darowizny za pośrednictwem kuratora. Na tym etapie często nawet nie jest znana płeć dziecka. Zob. rozważania T. Smyczyński, Pojęcie i status prawny dziecka poczętego, „Studia Prawnicze" 1989/4, s.14. Z drugiej strony podkreśla się, że nienarodzony nie ma wprawdzie imienia, lecz ma nazwisko oraz pochodzenie od konkretnych rodziców, co pozwala na indywidualizacje. Wprawdzie trudno zakładać możliwość zobowiązania się w imieniu dziecka do określonych czynności, niemniej jednak jeżeli świadczenie miałoby przynieść korzyść nienarodzonemu, wówczas można dopuścić taką umowę. B. Kaczmarek, Prawa dziecka poczętego i ich ochrona w Polsce, „Przegląd Prawa i Administracji", Wrocław 2005, tom LXIX, s.134.

[12] S. Sadowska, Znaczenie art. 8 k.c. w świetle uregulowań ustaw „aborcyjnych", Konstytucji i aktów prawa międzynarodowego, „Prawo-Adnimistracja-Kościół" 2003/ 1-2, s. 27. Art. 8 § 2 k.c. stanowił, iż „zdolność prawną ma również dziecko poczęte, jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe. Przepis ten stanowił podstawę do przyznania *nasciturusowi* bezwzględnej zdolności prawnej w zakresie praw niemajątkowych oraz warunkowej zdolności prawnej w zakresie praw majątkowych. T. Sokołowski, Sytuacja prawna, s. 189, J. Mazurkiewicz, Zasada nasciturus pro iam nato habetur…w polskim prawie cywilnym, „Acta Univ.Wratislav", 1974/234, s. 105. Obecnie po wykreśleniu art. 8 § 2 k.c. warunkowa zdolność prawna w zakresie praw majątkowych wynika z przepisów szczególnych, zaś niemajątkowa zdolność prawna wynika z całokształtu obowiązujących przepisów prawa. J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s. 78. Projektowany art. 9 § 2 nowego Kodeksu cywilnego wyraża ogólną regułę, że „Dziecko poczęte uważa się za urodzone, gdy jest to dla niego korzystne; jednakże prawa majątkowe dziecko to nabywa, jeżeli urodzi się żywe". Wskazany przepis dotyczy sfery majątkowej jak i niemajątkowej z zastrzeżeniem zabezpieczenia praw majątkowych do narodzin dziecka. T. Sokołowski, *Sytuacja prawna*, s. 191.

[13] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s. 81, 88, 121. Przykładowo w art. 23 k.c. mowa jest o człowieku a nie osobie fizycznej. O. Nawrot, Nienarodzony, s. 318.

warunkową, a więc, czy mogłoby ono być podmiotem władzy rodzicielskiej. Przepis art. 92 k.r.o.[14] nie przewiduje *expressis verbis* żadnych wskazówek w tym względzie[15]. Dopuszczalność aborcji, instytucja kuratora do ochrony przyszłych praw dziecka nienarodzonego oraz brak aktu urodzenia określającego stan cywilny dziecka przemawiają według przeważającej części doktryny za brakiem możliwości objęcia *nasciturusa de lege lata* relacją pieczy rodzicielskiej[16]. Według innych autorów z wyliczonymi argumentami można dyskutować[17]. Przede wszystkim zgodnie z treścią art. 4a ustawy z 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[18] decyzja o dokonaniu aborcji nie jest przyznana matce, lecz ta (lub jej przedstawiciel ustawowy) wyraża jedynie na nią zgodę. Stąd też wyłączenie bezprawności przerwania ciąży wcale nie oznacza uprawnienia do przerwania ciąży; a tym samym nie mieści się w kategoriach wykonywania lub niewykonywania władzy rodzicielskiej. Jeżeli chodzi o *curator ventris* (z łac. kurator łona), to wskazuje się, że z treści art. 182 kro wcale nie wynika, jakoby kuratela do ochrony przyszłych praw dziecka nienarodzonego powstawała zawsze przy obawie naruszenia przyszłych jego praw. Jak się zdaje, stosując wykładnię językową, kuratela ta ma charakter subsydiarny – stosowany tylko w razie zaistnienia takiej konieczności[19]. Przyjęcie stanowiska przeciwnego razi sztucznością, gdyż wiadome jest, że to rodzic posiada najlepsze kompetencje do ochrony przyszłych praw dziecka nienarodzonego i omawiana konstrukcja nie powinna konkurować z pieczą rodzicielską. Nie zmienia tego fakt, że kuratela ta ustaje z chwilą narodzin dziecka, gdyż to jedynie oznacza brak podmiotu (dziecka poczętego), dla którego kuratela ta może być powołana[20]. I wreszcie wskazuje się także, że *de lege lata* nieprawdą jest, aby wobec nienarodzonego dziecka brak było pewności,

[14] Ustawa z 25.02.1964 r. kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2015 r., poz.2083).

[15] Początek władzy rodzicielskiej ustalany jest w drodze wykładni. T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2006, s. 120 i n.

[16] T. Smyczyński, Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2009, s. 213. Zob. także; J. Strzebińczyk, Prawo rodzinne, Zakamycze 2003, s. 284, tenże; w: Prawo rodzinne i opiekuńcze, tom 12, System Prawa Prywatnego, T. Smyczyński (red.), Warszawa 2011, s.244; J. Ignatowicz, M. Nazar, Prawo rodzinne, Warszawa 2006, s. 286–287.

[17] J. Mazurkiewicz, Ochrona dziecka poczętego w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Wrocław 1985, s.60 i n.; J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s. 121 i n. Zob. także J. Haberko, Dziecko poczęte jako najbliższy członek rodziny, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego" 2014, Acta Iuris Stetienensis 6, nr 821, s. 246 i n.

[18] Ustawa z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U.1993, Nr 17, poz.78).

[19]. W pracach nad zmianami k.c. taki kształt planuje się nadać tej instytucji. Zob. T. Sokołowski, Sytuacja prawna, s. 185–197. Zwraca się uwagę, że obecny art. 182 k.r.o. odnosi się jedynie do przyszłych praw, co nie jest właściwe. Przepis art. 182 k.r.o. powinien brzmieć; „Dla dziecka poczętego ustanawia się kuratora w razie przeszkody w wykonywaniu władzy rodzicielskiej, jeżeli jest to potrzebne dla strzeżenia praw dziecka". Z. Czarnik, J. Gajda, Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege ferenda i de lege lata), „Nowe Prawo." 1990/10-12, s. 115.

[20] J. Strzebińczyk, Prawo rodzinne, s. 284 i n.

co do jego pochodzenia. Wprawdzie stan cywilny dziecka nie jest ujawniony, nie zmienia to jednak faktu, że pochodzenie dziecka może być, i często jest, już na tym etapie znane. Zagadnienie to będzie przedmiotem rozważań w dalszym fragmencie pracy.

II. Relacja władzy rodzicielskiej do stosunku pokrewieństwa

W literaturze przedmiotu na trwałe zdołał się już chyba ugruntować pogląd zgłoszony przez J.Ignatowicza, zgodnie z którym władza rodzicielska jest stosunkiem zależnym od podstawowego dla niej stosunku pokrewieństwa. Zależność ta tworzy właściwie aksjomat, gdyż nikt jeszcze nie zdołał, ani nawet nie próbował stanowiska tego podważyć[21]. W związku z tym twierdzenie, że władza rodzicielska, lub pewne jej atrybuty, istnieją przed narodzinami dziecka oznacza konieczność wykazania, że w okresie tym istnieje pokrewieństwo prawne. Taki zabieg przy literalnej wykładni wielu przepisów k.r.o. nie wydaje się łatwy do zrealizowania. Za przykład wystarczy wskazać na przepis art. 61^9 kro, gdzie „matką dziecka jest kobieta, która je urodziła", co zdaje się przesądzać o tym, że pokrewieństwo prawne nawiązuje się dopiero z chwilą narodzin dziecka. W przypadku zaś ojca, w kontekście art. 3 a.s.c. zgodnie z którym „akta stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych (…)" daje się dostrzec prawidłowość, iż ojcem dziecka jest tylko ten mężczyzna, który (po narodzinach dziecka) figuruje w akcie urodzenia dziecka jako jego ojciec[22].

III. Macierzyństwo prawne przed narodzeniem dziecka

Wynikająca z treści art. 61^1 k.r.o. zasada czyniąca zadość łacińskiej paremii; *mater semper certa est* zdaje się przesądzać jednoznacznie, iż matką dziecka jest dopiera ta kobieta, która dziecko urodziła. Przywołany przepis wyraźnie odwołuje się do momentu narodzin, a jego wykładnia literalna nie pozostawia złudzeń. W kontekście tym powstaje jednak pytanie, czy wskazywanie faktu narodzin dziecka jako punktu granicznego warunkującego pokrewieństwo prawne jest uzasadnione, a ponadto czy *de lege lata* należy rozumieć je tak kategorycznie[23].

[21] J.M. Łukasiewicz, Kilka słów o stosunkach rodzinno-prawnych podstawowych, zależnych i oderwanych, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego" 2013/77, Prawo 12, s. 45 i n. tenże; Instytucje prawa rodzinnego, Warszawa 2013, s. 19; J. Ignatowicz, M. Nazar, Prawo rodzinne, Warszawa 2005, s. 42; S. Grzybowski, Prawo rodzinne, Warszawa 1980, s. 13.

[22] Ustawa z 28.11.2014 r. prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz.1741).

[23] Poza rozważaniami pozostaje zarodek w fazie przed-implantacyjnej, który w świetle ustawy o leczeniu niepłodności jest uprzedmiotowiony. Widać to nie tylko w przyjętej nomenklaturze, lecz także w sposobie w jaki dawcy zarodków mogą postępować z embrionami (kriokonserwacja, dawstwo embrionów zwane

Przede wszystkim w treści art. 73 § 1, 141, 142 i 143 k.r.o. mowa jest o „matce" dziecka, choć ustawodawca odnosi się do przypadków kobiety w ciąży. Dodatkowo pamiętać trzeba, że skoro ojciec dziecka może je uznać przed porodem, to macierzyństwo prawne wobec dziecka także musi istnieć przed porodem, skoro relacja matki z dzieckiem jest w prawie rodzinnym podstawowym punktem odniesienia. Ponadto z analizy obowiązującego systemu prawa (od konstytucyjnych gwarancji ochrony życia i zdrowia dziecka poczynając na przepisach rangi ustawowych kończąc) można się przekonać, że ciężarna kobieta zobowiązana jest do wykonywania pewnych atrybutów władzy rodzicielskiej, co mogłoby oznaczać, że macierzyństwo tworzy stan niezależny od porodu[24]. Równocześnie nie można twierdzić, że narodziny dziecka pozbawione są skutków prawnych. Jak się zdaje z chwilą narodzin dziecka następuje definitywna aktualizacja treści stosunku prawnego pokrewieństwa. Oznacza to, że od tego momentu powstają wynikające z pokrewieństwa prawa i obowiązki wobec dziecka m.in. w zakresie kontaktów[25]. Dodatkowo od tego momentu stosunek pokrewieństwa staje się źródłem innych stosunków rodzinno-prawnych tj. stosunku alimentacyjnego oraz stosunku władzy rodzicielskiej w pełnej rozciągłości. Narodziny dziecka mogą mieć także decydujące znaczenie przy określaniu macierzyństwa w przypadku rozbieżności między pokrewieństwem biologicznym a genetycznym.

„mikro.adopcją"). Zob. uwagi J. Haberko, Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności, „Forum Prawnicze" 2014/4 (24), s.10; J. Mazurkiewicz, Przysposobienie dziecka poczętego, Tygodnik Powszechny 1985/29, s. 7, tenże; Zanim pomysły nasze sczezną wraz z nami. O zapomnianych projektach reformy prawa rodzinnego," Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego" 2014/821, Acta Iuris Stetienensis *6*, s. 322 i n.; A. Stępkowski, Ekspertyza prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk nr 3245), Biuro analiz sejmowych, Warszawa 2015, s. 2, 9 i 11; E. Zielińska, Opinia na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk sejmowy nr 3245), Biuro analiz sejmowych, Warszawa 2015, źródło; sejm.gov.pl.

[24] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s.1 24 i n.,

[25] Nie znajduje uzasadnienia postulat tzw. więzi prenatalnej, która (podobnie jak stosunek pokrewieństwa z którego wynika władza rodzicielska) dawałaby źródło nowej instytucji pieczy prenatalnej. W przypadku *nasciturusa* wystarczy przyjąć pewne atrybuty władzy rodzicielskiej i nie jest potrzebne konstruowanie nowej instytucji. W przypadku zaś zarodka przed implantacją obecne uregulowania uprzedmiatawiają embrion, co przekreśla taką instytucję. Zob. także uwagi nt. podmiotowości embrionu przed implantacją M. Żelichowski, Zarządzenie sądu opiekuńczego w trybie art. 109 k.r.o. względem embrionów nadliczbowych, „Prawo i Medycyna" 2006/23, s. 83 i n. tenże; Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno-płodowego, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1997/1. Prawne rozróżnienie embrionu przed i po implantacji; J. Haberko, Status cywilnoprawny, s.19 i n. Zob. także; M. Safjan Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego, „Studia Prawnicze" 1988/3, s. 126 i 131; J. Ostojska, O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro, „Prawo i Medycyna" 2012/1, s. 88. Odrębną kwestią jest dopuszczalność medycznie wspomaganej prokreacji. Zob. uwagi; J. Haberko, K. Olszewski, Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro), „Prawo i Medycyna" 2008/1, s. 65 i n., tychże; Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów in vitro – polemika, „Medycyna i Prawo" 2008/2, s. 104 i n.; M. Łączkowska, Czy istnieje prawo do posiadania dziecka? w: H. Haberko, M. Łączkowska, Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji, Poznań 2005, s. 79. Samo ryzyko unicestwienia embrionu przy zapłodnieniu in vitro nakazuje określenie specjalnego statusu embrionu. M. Safjan, Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji, Warszawa 1990, s. 93.

W przypadku surogacji[26], sąd rozstrzyga bowiem o pokrewieństwie prawnym (w moim przekonaniu deklaratoryjnie)[27] na korzyść matki biologicznej dziecka. Oczywiście, jak już wskazano te wszystkie przykłady nie oznaczają wcale, aby przed narodzinami stosunek prawny pokrewieństwa nie występował. Jego więź daje się dostrzec, lecz w pewnym zakreślonym przez przepisy prawa zakresie. Przykładowo wynikająca z pokrewieństwa władza rodzicielska przejawia się w tym czasie jedynie poprzez pewne konieczne do ochrony życia i zdrowia dziecka atrybuty, a nie w całej swej rozciągłości. Matka dziecka dokonuje przecież określonych czynności faktycznych, poprzez właściwe odżywianie się, czy podjęcie badań diagnostyczno-prenatalnych, uprawniona jest do wyrażania zgody na uznanie dziecka, może występować o świadczenia alimentacyjne na rzecz nienarodzonego jeszcze dziecka oraz może podejmować wiele innych decyzji, których analiza przekracza ramy niniejszej publikacji. Reasumując uzasadniony wydaje się pogląd, iż narodziny dziecka nie warunkują powstania stosunku pokrewieństwa (w tym przypadku macierzyństwa), niemniej jednak mają w jego zakresie określony, i to niebagatelny, walor prawny. Oznacza to, że przepis art. 61^9 k.r.o. nie może być rozumiany nazbyt rygorystycznie; macierzyństwo winno trwać już od poczęcia dziecka, poród zaś powinien prowadzić do zmiany jakościowej, gdzie matka uzyskiwałaby pełną mozaikę wynikających z pokrewieństwa skutków, obowiązków i uprawnień.

IV. Ojcostwo prawne przed narodzinami dziecka

W literaturze przedmiotu z problemem ojcostwa wobec nienarodzonego jeszcze dziecka w ramach małżeństwa zmierzono się poprzez zaproponowany postulat, aby przepisowi wyrażonemu w treści art. 62 § 1 kro nadać następujące brzmienie; „Jeżeli dziecko było już poczęte w chwili zawarcia małżeństwa albo zostało poczęte w czasie jego trwania, domniemywa się, że pochodzi ono od męża matki. Domniemanie to upada, jeżeli dziecko nie urodzi się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia"[28]. O ile trudno podważać zasadność wskazanej idei w kontekście niniejszej

[26] W świetle art. 5 k.c. umowa o surogacje stanowi nadużycie prawa podmiotowego i jest nieważna.

[27] T. Syczyński w: System prawa prywatnego, tom 12, T. Smyczyński (red.), Warszawa 2011, s. 21 i n. Istnieją rozbieżności poglądów co do charakteru wyroku ustalającego macierzyństwo. Zob. uwagi H. Ciepła w: Prawo rodzinne. Meritum, G. Jędrejek (red.). Warszawa 2015, s. 528.

[28] J. Strzebińczyk, Sugestie zmian w obrębie polskiego prawa filiacyjnego (pod rozwagę ustawodawcy), „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego" 2014/821, Acta Iuris Stetienensis 6, s. 233; A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebinczyk, Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu prawnej ochrony macierzyństwa i dziecka poczętego, Słowo Powszechne z dn. 29–30– 31.07.1989, s. 8–9 oraz z dn. 16–17–18.06.1990, s. 9–11. O potrzebie roztoczenia pieczy nad nienarodzonym zob. także uwagi; J. Mazurkiewicz, Zanim pomysły nasze

publikacji, o tyle należałoby się zastanowić, czy *de lege lata* brak jest rzeczywiście podstaw prawnych, aby twierdzić, że obecne prawo neguje ojcostwo na etapie prenatalnym.

Przepis art. 62 § 1 k.r.o. w obecnym brzmieniu zdaje się nie pozostawiać żadnych złudzeń. Czytamy, że jeżeli „(…) dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa (…) domniemywa się, że pochodzi ono od męża matki*"*. Stosując reguły wykładni językowej wiadomo więc, że ojcostwo trwa od narodzin dziecka. Ten punkt czasowy zdaje się warunkować pokrewieństwo prawne. W piśmiennictwie trafnie zwraca się jednak uwagę, że w przypadku dziecka zrodzonego poza małżeństwem możliwe jest na mocy art. 75 § 1 k.r.o. skuteczne uznanie dziecka przez mężczyznę jeszcze przed porodem[29]. Czy w takim razie należy sądzić, że sytuacja dziecka pozamałżeńskiego jest korzystniejsza?[30] W odpowiedni wskazuje się, że takie ujęcie stanowi normę nie do przyjęcia i dlatego też zakładając postulat racjonalnego ustawodawcy należy przyjąć, że w obu przypadkach prawna więź pokrewieństwa tj. ojcostwa zaistnieje[31]. Poza zakresem rozważań pozostaje natomiast przypadek sądowego ustalenia ojcostwa, które może nastąpić dopiero po narodzinach dziecka, choć i w tym zakresie w literaturze pojawił się postulat, aby możliwe było wytoczenie powództwa jeszcze przed porodem[32].

Reasumując tę część rozważań uzasadnione wydaje się twierdzenie, że w przypadku męża matki oraz mężczyzny, który ojcostwo swe uznał stosunek prawny pokrewieństwa w relacji ojciec-*nasciturus* wydaje się ustalony. Trzeba przy tym dostrzec, że fakt narodzin dziecka nie jest prawnie obojętny. Narodziny oznaczają bowiem definitywną realizację treści pokrewieństwa poprzez wejście dziecka w całokształt relacji rodzinno-prawnych. Powstają więc określone prawa i obowiązki w zakresie kontaktów z dzieckiem, powstają stosunki rodzinno-prawne wynikające z pokrewieństwa takie jak stosunek alimentacyjny czy stosunek władzy rodzicielskiej w pełnej rozciągłości. Wcześniej, tj. na etapie ciąży, pokrewieństwo

sczezną wraz z nami. O zapomnianych projektach reformy prawa rodzinnego, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego" 2014/821, Acta Iuris Stetienensis 6, s. 341.

[29] Ustawodawca nie wskazuje w art. 75 § 1 k.r.o., czy skutki uznania związane są z warunkiem żywego urodzenia, czy też nie, co może wskazywać za tą drugą możliwością. Zob. J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s.79, B. Walaszek, Nasciturus w prawie cywilnym, „Państwo i Prawo" 1956/7,s.121. Odmiennie; J. Ignatowicz w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, B. Dobrzeński, J. Ignatowicz (red.), Warszawa 1975, s. 536; S. Chrempliński, Czy dziecko poczęte powinno być uznane za podmiot prawa?, „Nowe Prawo.". 1958/2, s. 83.

[30] H. Ciepła w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, K. Piasecki (red.), Warszawa 2006, s. 621 i n.

[31] Potwierdzeniem takiego stanowiska może być argument, iż nie należy odnosić statusu ojca lub matki jedynie do pewnych okresów życia dziecka. J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s. 137.

[32] A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebińczyk, O rozszerzenie ochrony dóbr osobistych, s. 80, tychże; O rozszerzenie ochrony prawnej kobiety ciężarnej i dziecka poczętego, „Ład" z dn. 23.08.1987, s. 3 i 25; tychże Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu prawnej ochrony macierzyństwa i dziecka poczętego, „Słowo Powszechne" z dn. 29–30–31.07.1989 oraz z dn. 16–17–18.06.1990, s. 9 i n.; J. Strzebińczyk, Sugestie zmian w obrębie polskiego prawa filiacyjnego (pod rozwagę ustawodawcy), Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2014/821, Acta Iuris Stetienensis 6, s. 239.

prawne w jakimś zakresie także istnieje[33]. Jest źródłem określonych praw i obowiązków, których wyliczenie w tym miejscu jest niemożliwe, gdyż wymagałoby szczegółowych badań przekraczających ramy niniejszej publikacji. Z całą jednak pewnością pokrewieństwo stanowi podstawę do określania powiązań filiacyjnych na gruncie prawa spadkowego, czy wreszcie jest źródłem koniecznych atrybutów władzy rodzicielskiej. Chodzi więc o to, że ojciec podejmując troskę o los nienarodzonego jeszcze dziecka działa w granicach ochrony życia i zdrowia swojego potomka[34]. Odrębną kwestią jest fakt, że realne wykonywanie atrybutów władzy rodzicielskiej przez ojca *de lege lata* zdaje się być iluzoryczne. I takie jest, szczególnie w przypadku konfliktów ojca z matką lub w stosunku do innych osób; osób trzecich. Chodzi bowiem o to, że w świetle regulacji ogólnie pojmowanego prawa medycznego prawa ojca nienarodzonego jeszcze dziecka są właściwie wyłączone. W przypadku zamiaru podjęcia jakichkolwiek decyzji, czy uzyskania jakichkolwiek informacji od placówek medycznych w przepisach mowa jest wyłącznie o „matce" dziecka. Dlatego też, niejednokrotnie prawna więź pokrewieństwa, *ad causam* traci swój walor prawny. Nie znaczy to jeszcze wcale, że realizacja postulatów *de lege ferenda* prowadzących do zmian we wskazanym zakresie coś by poprawiła. Konieczne jest rozstrzygnięcie; w jaki sposób ojciec mógłby swoje ojcostwo wykazywać wobec jednoznacznego, jakby się zdawało, brzmienia art. 3 prawa o a.s.c. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu „[a]kty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym*"*. W literaturze wskazuje się przy tym, że moc dowodowa aktu stanu cywilnego obejmuje nie tylko fakt urodzenia, małżeństwa oraz zgonu lecz także podstawowe dane w tym pochodzenie dziecka[35]. Oznacza to, że wykazanie ojcostwa przez męża matki lub mężczyznę, który ojcostwo uznał jest możliwe dopiero poprzez wykazanie aktu urodzenia dziecka na którym mężczyzna widnieje jako ojciec[36].

[33] Trudne jest wskazanie kryteriów, wedle których określone prawa i obowiązki wynikające z pokrewieństwa powstają przed narodzinami dziecka. Wydaje się, że co do zasady te prawa i obowiązki, które mają charakter niemajątkowy istnieją przed narodzinami dziecka, o ile ich wykonywanie zgodne jest z ich istotą. Trudno bowiem wyobrazić sobie prawo ojca do kontaktów z dzieckiem przed narodzinami dziecka, czy też wykonywanie tych atrybutów władzy rodzicielskiej, które wymagają określonego stopnia rozwoju dziecka jak np. wpajanie mu określonych zasad moralnych, czy postaw obywatelskich. W zakresie praw majątkowych natomiast granicę tę wyznacza jak się zdaje, treść przepisów szczególnych.

[34] J.Haberko wskazuje, że pośrednim wyrazem istnienia atrybutów władzy rodzicielskiej jest przepis art. 446^1 k.c. Jeżeli rodzice nie wykonują należycie swojej władzy rodzicielskiej poprzez zaniechanie koniecznego leczenia, czy reprezentacji w zakresie wyrażania zgody na interwencje medyczne, co doprowadza dziecko poczęte do szkody prenatalnej, wówczas powstaje możliwość wystąpieniem z roszczeniem o naprawienie szkód także przeciwko rodzicom. J.Haberko, Cywilnoprawna ochrona, s.1 81.

[35] A.Czajkowska, E.Pachniewska, Akta stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism, Warszawa 2005.

[36] Choć stanowisko takie jest pewnym uproszczeniem. Zob. uchwała SN z 15.01.1968 r., III CZP 85/67, OSNCP 1968/11, poz.179.

Mając na uwadze fakt, że akt urodzenia sporządza się dopiero po narodzinach dziecka, trudno określić, jak mężczyzna miałby udowadniać, lub uprawdopodabniać swój stosunek prawny pokrewieństwa, jeżeli przepisy prawa o aktach stanu cywilnego wyłączają możliwość dowodzenia ojcostwa w jakikolwiek inny sposób. Dalszą analizę przeprowadzę osobno dla ojca dziecka małżeńskiego oraz ojca dziecka pozamałżeńskiego.

a) W przypadku ojca pozamałżeńskiego dziecka, który ojcostwo swe uznał pomocna zdaje się być treść art. 63 ust. 10 prawa o a.s.c. zgodnie z którym; „[k]ierownik urzędu stanu cywilnego wydaje, na wniosek (…) ojca dziecka, pisemne zaświadczenie potwierdzające uznanie ojcostwa". W kontekście tym nasuwa się pytanie, czy wskazane zaświadczenie może stanowić dowód istnienia ojcostwa wbrew treści art. 3 a.s.c. Na wstępie wskazać należy, że rozpatrywany przypadek dowodzenia ojcostwa nienarodzonego dziecka nie do końca zdaje się odpowiadać *ratio legis* przepisowi art. 3 a.s.c. Trzeba bowiem zauważyć, że ustawodawca wprowadzając przepis art. 3 a.s.c. dążył do tego, aby rejestrowane w urzędzie stanu cywilnego zdarzenia (takie jak narodziny, zawarcie małżeństwa oraz śmierć), a także wynikające z tego konsekwencje prawne posiadały walor względnej pewności poprzez jednoznaczną moc dowodową akt w których zdarzenia te są ujawniane[37]. Trudno jednak rozciągać stosowanie omawianego przepisu do sytuacji, gdzie zdarzenie podlegające wpisowi jeszcze nie nastąpiło. Ponadto zaznaczyć wypada, że zasada wyłącznej mocy dowodowej nie jest pozbawiona wyjątków. Skoro w myśl art. 3 a.s.c. niezgodność akt stanu cywilnego z prawdą można udowodnić jedynie w postępowaniu sądowym, toteż należy stwierdzić, że prawomocne orzeczenia sądowe są także dowodem na istnienie określonego stanu cywilnego[38]. W kontekście tego należy zauważyć, że uznanie ojcostwa może nastąpić nie tylko przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego ale także na podstawie art.73 § 4 k.r.o. przed sądem rejonowym. Sąd przeprowadza ograniczone postępowanie dowodowe i wydaje z tego postępowania stosowny protokół. Wprawdzie brak jest orzeczenia sądu w przypadku skutecznego uznania ojcostwa, gdyż wydawany jest wyłącznie protokół, a orzeczenie takie jest wydawane w przypadku odmowy przyjęcia oświadczenia o uznaniu lub o wyrażeniu zgody na uznanie[39], niemniej jednak, jak się zdaje, wspomniany protokół o uznaniu stanowi pewnego rodzaju odpowiednik postanowienia rozstrzygającego i jako taki stanowić powinien dowód na istnienie ojcostwa. Na podobnych zasadach traktować należy protokół o uznaniu

[37] Wydaje się, że art. 3 a.s.c. dotyczy zdarzeń które nastąpiły a nie zostały zarejestrowane, lub zdarzeń które nie nastąpiły a zostały mimo tego zarejestrowane.

[38] Pogląd ten zdaje się potwierdzać treść art. 4 ust. 1 a.s.c. zgodnie z którym sądy obowiązane są przekazywać urzędom odpisy prawomocnych orzeczeń sądowych stanowiących podstawę sporządzenia akt stanu cywilnego lub mających wpływ na ich treść lub ważność.

[39] M. Lech-Chełmińska, V. Przybyła, Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Warszawa 2006, s. 219.

ojcostwa sporządzony przez kierownika urzędu stanu cywilnego, a także wydane na tej podstawie zaświadczenie o uznaniu. Dodatkowo wskazać należy, że skoro matka dziecka wykonuje pewne atrybuty władzy rodzicielskiej w okresie ciąży bez wydanego odpisu aktu urodzenia, toteż w świetle zasad równouprawnienia rodziców, postulatu racjonalności ustawodawcy, z powołaniem się jednocześnie na przepisy art. 93 § 1 oraz 97 § 1 k.r.o. możliwe jest dokonanie rekonstrukcji pozycji prawnej ojca dziecka na zasadzie *analogii iuris* do istniejącej *de lege lata* pozycji prawnej matki. W związku z tym możliwe byłoby twierdzenie, że ojciec dziecka powinien posiadać taki sam zakres atrybutów władzy rodzicielskiej jakie posiada matka dziecka z uwzględnieniem specyfiki wynikającej z ról społecznych jakie przyświecają osobie ojca oraz osobie matki. Przyjęte stanowisko przesądza jednocześnie o konieczności przyznania mocy dowodowej zaświadczeniu o uznaniu dziecka z jednoczesnym podkreśleniem koniecznej interwencji ustawodawcy poprzez uwzględnienie w przepisach szczególnych (w szczególności prawa medycznego) pozycji prawnej osoby ojca obok osoby matki.

b) Jeżeli chodzi o ojcostwo męża matki to samo posługiwanie się odpisem aktu małżeństwa powinno stanowić podstawę do przyjęcia domniemania ojcostwa pomimo braku aktu urodzenia dziecka. Taki sposób rozumowania wynika z wyroku SN z 3 lutego 1970 roku[40] zgodnie z którym domniemanie prawne przewidziane w treści art. 62 § 1 k.r.o. istnieje niezależnie od sporządzenia aktu urodzenia dziecka pod warunkiem, że ojciec dziecka posługuje się, jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu, odpisem aktu małżeństwa oraz że doszło do narodzin dziecka. Wprawdzie w interesującej nas sytuacji mowa jest o dziecku nienarodzonym, niemniej jednak trudno twierdzić, aby mąż matki dziecka mógł korzystać z domniemania pochodzenia małżeńskiego dopiero od narodzin dziecka, gdy tymczasem ustalenie pochodzenia ojcostwa w przypadku uznania dziecka pozamałżeńskiego byłoby możliwe jeszcze na etapie prenatalnym.

Wnioski

Założenia aksjologiczne prawa rodzinnego osadzone są na trzech podstawowych i najstarszych zarazem stosunkach rodzinno-prawnych; pokrewieństwie, małżeństwie oraz przysposobieniu. Fundamentalny charakter wskazanej triady przejawia się w tym, że w procesie ewolucji prawa filiacyjnego wszystkie inne stosunki rodzinno-prawne

[40] Wyrok SN z 3.02.1970, II CR 580/69, LEX nr 167363.

skonstruowane zostały jako wtórne[41]. Za przykład posłużyć może władza rodzicielska, która sprzężona została w taki sposób, że w stosunku pokrewieństwa (ewentualnie w adopcji) znajduje swą podstawę. Oczywiście takie ujęcie wyznacza określony sposób rozumowania. Przyjmując bowiem za słuszny pogląd, iż pewne atrybuty władzy rodzicielskiej powstają jeszcze przed narodzinami dziecka, trzeba jednocześnie twierdzić, że stosunek prawny pokrewieństwa z którego atrybuty te wynikają, w jakimś zakresie także istnieje. Jest to o tyle trudne, że ustawodawca wiąże z faktem narodzin dziecka wiele konsekwencji prawnych. Przyjmuje jakby milcząco, że pokrewieństwo istnieje dopiero od narodzin dziecka. Tymczasem należy założyć, że pokrewieństwo nawiązuje się z chwilą poczęcia dziecka, lecz moment narodzin w sposób definitywny aktualizuje treść kognacji[42]. Reasumując stwierdzić trzeba, że postulat przyznania pewnych atrybutów władzy rodzicielskiej jest wskazany, niemniej jednak wymaga spójności prawodawcy w zakresie sprzężenia stosunku pieczy rodzicielskiej ze stosunkiem pokrewieństwa a ponadto określenia realnych mechanizmów wykonywania tej pieczy poprzez dostosowanie przepisów prawa medycznego oraz przepisów prawa o aktach stanu cywilnego.

[41] We współczesnym k.r.o. od układu stosunek podstawowy (źródłowy) i stosunek od niego zależy powoli się odchodzi. Wskazać bowiem można przykłady stosunków „oderwanych". Jak można sądzić chęć odciążenia Państwa od konieczności wypłacania świadczeń socjalnych może prowadzić w przyszłości do popularności wskazanych stosunków, które nakładają obowiązek alimentacyjny na osoby fizyczne niespokrewnione lecz pozostające w określonej więzi prywatnej ze zobowiązanym. Zob. szerzej. J.M. Łukasiewicz, Kilka słów, s. 45.

[42] Przykładem odrzucenia występującego powyżej aksjomatu jest przepis art. 75 (1) k.r.o. W regulacji tej ustawodawca stworzył następującą konstrukcję prawną; kobieta żyjąca w konkubinacie i zamierzająca zajść w ciąże w wyniku skorzystania z procedury wspomaganej medycznie prokreacji polegającej na użyciu u niej cudzych komórek rozrodczych lub zarodka pochodzącego od anonimowego dawcy, czy też zarodka otrzymanego wskutek dawstwa zarodka (tzw. mikro adopcji) chce jednocześnie stworzyć sobie pewność, iż jej partner dziecko uzna. Mocą przytoczonego przepisu uznanie takie następuje przez konkubenta przed dokonaniem zabiegu medycznie wspomaganej prokreacji, które staje się skuteczne z chwilą narodzin. Jak wskazuje się w doktrynie takie unormowanie jest sprzeczne z podstawowymi założeniami prawa rodzinnego. Trudno bowiem mówić o typowej instytucji uznania, jaka istnieje w ramach prawa filiacyjnego, gdzie dochodzi do „uznania" dziecka, które jeszcze nie zostało poczęte, a tym samym brak jest ustalonego „macierzyństwa". J. Haberko, Uznanie ojcostwa w świetle projektowanego art. 75[1]k.r.o.,Metryka 2015/1, s.175 i n.; M. Gersdorf, Opinia o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności (druk sejmu RP VII kadencji nr 3245), Sąd Najwyższy Biuro Studiów i Analiz, Warszawa 2015, s. 15; T. Gardocka, Opinia o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności, Warszawa 2015, s. 5.

Rafał Łukasiewicz[1]

Dawstwo zarodków a przysposobienie – zagadnienia wybrane

1. Wstęp

Wyrazem realizacji funkcji adaptacyjnej państwa jest między innymi nadążanie przez ustawodawcę za zmianami w rozwoju technologicznym czy medycznym. Techniki wspomaganej medycznie prokreacji od dawna stanowią przedmiot rozważań doktryny[2]. Nie ulega wątpliwości, że tak istotny obszar działalności człowieka powinien znaleźć odzwierciedlenie w regulacji normatywnej. Po wielu latach debat politycznych i naukowych nastąpiło unormowanie prawne tzw. metody *in vitro* w ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności[3]. Już na wstępie należy zauważyć, że ustawodawca wprowadził swoiste rozróżnienie ochrony dziecka poczętego determinując jej zakres od tego czy zarodek znajduje się w macicy kobiety. Pełna ochrona została bowiem udzielona *nasciturusowi*, w przypadku, gdy poczęcie nastąpiło w organizmie kobiety, jak również w przypadkach, gdy dokonano implementacji zarodka *in vitro*. W przypadku natomiast, gdy zarodek nie został implementowany, nie udziela mu się ochrony przyznawanej dziecku poczętemu, ale nienarodzonemu[4]. Takie ujęcie pozwala na wprowadzenie do polskiego prawa instytucji

[1] Mgr, Uniwersytet Rzeszowski.

[2] W szczególności kluczowa jest problematyka statusu prawnego nasciturusa, a zwłaszcza zagadnienie zdolności prawnej. Por szerzej m.in.: J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Warszawa 2010, s. 23-110, M. Safjan, Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji, Warszawa 1990, s. 86-102; T. Smyczyński, Pojęcie i status prawny dziecka poczętego, „Studia Prawnicze" 1989/4, s. 3; T. Sokołowski, Cywilnoprawna ochrona człowieka przed jego narodzeniem, w: Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej, S. Pikulski (red.), Olsztyn 2002, s. 106-115; B. Walaszek, Nasciturus w prawie cywilnym, „Państwo i Prawo" 1956/7, s. 121-126; Z. Czernik, J. Gajda, Ochrona prawna dziecka poczętego In vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda), „Nowe Prawo" 1990/10-12, s. 104-118.

[3] Ustawa z dnia 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. 2015, poz. 1087), dalej: u.l.n.

[4] J. Haberko, Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej, „Przegląd Sądowy" 2008/10, s. 18, 28-29; Z. Czernik, J. Gajda, Ochrona…, s. 105., por.: M. Safjan, Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego, „Studia Prawnicze" 1988/3, s. 131.

dawstwa zarodka[5]. Konstrukcja ta występuje w szeregu ustawodawstw, choć można również wskazać na państwa, które wykluczają taką możliwość[6].

Analizując istotę każdej instytucji prawnej, należy przede wszystkim uwzględniać jej cel. Wydaje się, że ustawodawca polski regulując problematykę dawstwa zarodków nie dostrzegł daleko idących podobieństw z instytucją przysposobienia[7]. W tym miejscu należy postawić tezę, że dawstwo zarodka powinno być traktowane jak specyficzna postać instytucji przysposobienia, co wynika z funkcjonalnego powiązania tych dwóch konstrukcji prawnych[8]. Głównym celem przysposobienia jest bowiem nie tylko znalezienie odpowiedniego środowiska rodzinnego dla dziecka, które zostało go pozbawione, ale również stworzenie stosunku prawnego, który łączy osoby ze sobą niespokrewnione – przysposabiających oraz przysposobionego. Podobny cel służy instytucji dawstwa zarodka. Jak trafnie zauważa J. Haberko, przyjęta w ustawie o leczeniu niepłodności konstrukcja dawstwa zarodka służy tylko i wyłącznie interesowi kobiety, która nie może zajść w ciążę lub jej donosić, bez uwzględnienia tych aspektów, które są istotne z punktu widzenia realizacji zasady dobra dziecka urodzonego w wyniku zastosowania wspomaganej medycznie prokreacji[9]. Stąd uzasadnione wydaje się dokonanie analizy komparatystycznej dwóch instytucji – dawstwa zarodka oraz przysposobienia. Pomimo, że pod względem funkcjonalnym są one do siebie bardzo zbliżone, ustawodawca konstruuje je w oparciu o zupełnie odmienne rozwiązania normatywne. O ile w przypadku przysposobienia za pierwszorzędne uwzględnia się dobro dziecka i jego ochronę, o tyle w odniesieniu do dawstwa zarodków prymarne znaczenie uzyskuje interes kobiety (pary).

Poniższa prezentacja obejmować będzie porównanie tradycyjnych elementów instytucji przysposobienia oraz odniesienie ich do norm ustawy o leczeniu niepłodności. W pierwszej

[5] W niniejszej publikacji zamiennie będą używane terminy: dawstwo zarodka (język prawny) oraz dawstwo embrionów, adopcja zarodka, adopcja embrionu (język prawniczy).

[6] Zgodnie z niemiecką ustawą z dnia 13.12.1990 r. o ochronie zarodka (*Embryonenschutzgesetz*, BGBl. I S. 2746) zamrażanie embrionów jest co do zasady zakazane. Wprowadzony jest również rygorystyczny limit co do liczby embrionów nadliczbowych. Możliwe jest bowiem stworzenie jedynie trzech zarodków, przy czym konieczne jest ich wykorzystanie w jednym cyklu. Prawo niemieckie nie dopuszcza także dawstwa zarodków (adopcja embrionów). Szerzej: J. Ostojska, O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro, „Prawo i Medycyna" 2012/1, s. 88; A. Krasnowolski, A. Semenowicz, Analiza przepisów prawnych dotyczących zapłodnienia pozaustrojowego obowiązujących w wybranych państwach, Warszawa 2009, s. 23.

[7] Na ten temat już: J. Haberko, Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności, „Forum Prawnicze" 2014/4, s. 3-15.

[8] A. Stępkowski, Ekspertyza prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk nr 3245), s. 17, J. Haberko, Zagrożenia…, s. 7.

[9] Szerzej: J. Haberko, Zagrożenia…, s. 10-11; por: M. Łączkowska, Czy istnieje prawo do „posiadania" dziecka, w: Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji, J. Haberko, M. Łączkowska (red.), Poznań 2005, s. 70-79; M. Gałązka, Polskie prawo wobec zapłodnienia in vitro – dyskusja wciąż otwarta, Forum Prawnicze 2016 nr 3, s. 44; T. Smyczyński, Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganej prokreacji ludzkiej, w: Tamże, s. 104.

kolejności przedmiotem badań będą przesłanki, które stawia się względem osób chcących przysposobić dziecko oraz skorzystać z dawstwa zarodka. W dalszej kolejności poczynione zostaną uwagi względem kwestii proceduralnych. Krótkiej analizie poddana zostanie również konstrukcja uznania ojcostwa na mocy dodanego do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[10] art. 75^1. Na końcu poruszona zostanie kwestia tajemnicy przysposobienia oraz tajemnicy dawstwa zarodka. Niniejszy tekst nie ma na celu przeprowadzenia kompleksowej komparatystyki wskazanych wyżej instytucji, a jedynie wykazanie tych różnic, które zdają się być najbardziej interesujące.

2. Przesłanki przysposobienia a przesłanki dawstwa zarodka

Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje szereg przesłanek przysposobienia. Niektóre z nich są wspólne również dla dawstwa zarodków[11], inne z natury specyfiki obu instytucji wspólne być nie mogą[12]. Najwięcej natomiast uwagi należy poświęcić tym przesłankom, które wymagane są w przypadku przysposobienia, a pominięte lub inaczej skonstruowane zostały przez ustawodawcę przy prawnej regulacji problematyki dawstwa zarodków. Mowa tutaj o badaniu odpowiednich kwalifikacji osobistych przysposabiających (w tym uzyskania opinii kwalifikacyjnej oraz świadectwa ukończenia szkolenia w ośrodku adopcyjnym), odpowiedniej różnicy wieku między stronami stosunku przysposobienia oraz zgodzie rodzica dziecka oraz zgodzie małżonka.

Zarówno w przypadku przysposobienia dziecka, jak i dawstwa zarodka następuje oddanie pieczy nad dzieckiem osobom, które nie są z nim spokrewnione[13]. Odbywa się to zawsze z większym lub mniejszym udziałem kompetentnych organów państwowych. Z tego względu państwo przejmuje na siebie obowiązek stworzenia gwarancji służących temu, aby dziecko trafiło do odpowiedniej rodziny. O ile w odniesieniu do przysposobienia ustawodawca skrupulatnie uregulował instrumenty służące powyższym celom, o tyle trudno ich szukać w regulacji prawnej dawstwa zarodków, unormowanej w ustawie o leczeniu niepłodności. Nie wprowadzono tam bowiem wymogu odpowiednich kwalifikacji osobistych, uzasadniających przekonanie, że osoby adoptujące zarodek będą należycie wywiązywać się

[10] Ustawa z dnia 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. 2015, poz. 2082).

[11] Zarówno w odniesieniu do przysposobienia, jak i dawstwa zarodków wymaga się np.: pełnej zdolności do czynności prawnych od przyszłych rodziców dziecka (art. 114^1 k.r.o. oraz art. 36 ust. 1 pkt 7 u.l.n.).

[12] Niedorzeczne byłoby wymaganie od przysposabiających np.: ustalenia przez lekarza medycznej zasadności przekazania i zastosowania zarodka u biorczyni na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej (art. 36 ust 1 pkt 2 u.l.n.).

[13] Należy przy tym pamiętać, że niewykluczone jest przysposobienie przez osobę spokrewnioną z przysosobionym.

z obowiązków rodzicielskich (por. art. 114^1 § 1 *in principio* k.r.o.). A zatem nie jest wykluczone, że dzięki dawstwu zarodka, rodzicem dziecka zostanie osoba, która została pozbawiona władzy rodzicielskiej względem swoich dzieci, nie ma stałego źródła utrzymania, czy w końcu, co najbardziej niebezpieczne, była karana np.: za przestępstwo z art. 200 k.k.[14] Nie jest również wymagane uzyskanie opinii kwalifikacyjnej oraz świadectwa szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny.

Kolejną przesłanką przysposobienia jest wymóg odpowiedniej różnicy wieku między przysposobionym oraz przysposabiającym (art. 114^1 § 2 k.r.o.)[15] W odniesieniu do przysposabiania noworodka, przesłanka ta rozumiana jest w ten sposób, że rodzice adopcyjni nie mogą przekroczyć pewnego wieku np.: 40 lat[16]. Tego rodzaju ograniczenia pozwalają zapewnić małoletniemu odpowiednie środowisko rodzinne przynajmniej do czasu osiągnięcia pełnoletniości. Na krytykę zasługuje natomiast brak uwzględnienia powyższego wymogu w ustawie o leczeniu niepłodności[17] Skorzystać z dawstwa zarodka można bez żadnych ograniczeń dotyczących maksymalnego wieku. Może to doprowadzić do niewątpliwe sprzecznych z dobrem dziecka przypadków adopcji zarodka przez osoby w podeszłym wieku, które z dużą dozą prawdopodobieństwa nie będą w stanie wykonywać w pełnym zakresie powierzonych im nad dzieckiem obowiązków przez cały okres małoletności dziecka. Jak słusznie zauważa T. Gardocka, przynajmniej w odniesieniu do kobiety granica taka powinna wynosić około 48-50 lat[18].

Na gruncie instytucji przysposobienia wprowadzono wiele przesłanek, które można łącznie określić jako uwzględniające kwestie wolicjonalne. Analizując przepisy ustawy o leczeniu niepłodności dotyczące dawstwa zarodków należy zwrócić uwagę na dwie, wymagane przy przysposobieniu przesłanki – zgodę rodziców dziecka oraz zgodę małżonka. Zgodnie z art. 119 § 1 k.r.o. do przysposobienia jest potrzebna zgoda rodziców

[14] J. Haberko, *Zagrożenia…,* s. 11, 13., A.Stępkowski, *Ekspertyza…,* s. 3.

[15] Minimalna różnica wieku powinna wynosić około 18 lat. Postanowienie SN z 29.11.1972 r. (III CRN 284/72), LEX nr 7190, Postanowienie SN 18.11.2003 r. (II CK 199/02), LEX nr 602360; E. Holewińska-Łapińska w: *System prawa prywatnego*, T. Smyczyński (red.), t. XXII, Warszawa 2003, s. 479; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2012, s. 265; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 471. Odmienny pogląd głosił J. Winiarz, wskazując, że minimalna różnica wynosić powinna około 15 lat: J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1999, s. 226. Do tego rodzaju ograniczeń należy jednak podchodzić w sposób uwzględniający okoliczności całej sprawy: SN z 22.06.1972 r. (III CRN 133/72); OSP 1973/6 poz. 123, M. Wawiłowa, *Glosa do postanowienia SN z dnia 22 czerwca 1972 r., III CRN 133/72*, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych 1973/6 poz. 12.

[16] E. Holewińska-Łapińska w: *System...*, T. Smyczyński (red.), s. 477-448. Por: Z. Miczek, *Odpowiednia różnica wieku jako przesłanka przysposobienia*, „Przegląd Sądowy" 2007/10, s. 74-79.

[17] Szerzej: A. Grabiński, J. Haberko, *Dobro dziecka a stosowanie procedur in vitro w prawie francuskim i prawie polskim*, „Studia Prawnicze" 2011/1, s. 38; J. Haberko, *Zagrożenia dla instytucji przysposobienia…,* s. 9-10.

[18] Szerzej: T. Gardocka, *Opinia o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności*, s. 7, http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?DoSearchNewByIndex [dostęp: 29 października 2015 r.].

przysposabianego, chyba że zostali oni pozbawieni władzy rodzicielskiej lub są nieznani albo porozumienie z nimi napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody. W odniesieniu do zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie wprowadzono dwa rozwiązania, które służyć mają możliwości wykorzystaniu zarodków, co do których istnieje duże prawdopodobieństwo, że nie zostałyby wykorzystane przez osoby korzystające z powyższych rodzajów dawstwa. W przypadku śmierci obojga dawców zarodka albo, jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu (art. 21 ust. 3 pkt 2 u.l.n.) następuje z mocy prawa przekazanie embrionów do dawstwa zarodków[19]. Takie rozwiązanie nie budzi większych wątpliwości, bowiem stanowi analogiczne rozwiązanie do tego występującego w przypadku przysposobienia. Pewne wątpliwości budzić może treść art. 21 ust. 3 pkt 1 u.l.n., zgodnie z którym zarodek zostaje przekazany do dawstwa w przypadku: upływu określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż 20 lat, licząc od dnia, w którym zarodki zostały przekazane do banku komórek rozrodczych i zarodków w celu ich przechowywania. Podobna konstrukcja została użyta również na gruncie art. 97 pkt 1 u.l.n., zgodnie z którym zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy są przekazywane do dawstwa zarodka po upływie 20 lat od dnia wejścia w życie ustawy, chyba że wcześniej zostaną przekazane przez dawców zarodka do dawstwa zarodka.

Wprowadzenie terminowości zgody na dawstwo zarodka, polegającej na braku uwzględnienia woli dawców po upływie określonego terminu budzić może pewne wątpliwości. Konstrukcja taka pozwala na wykorzystanie zarodków, które długo pozostają niewykorzystane, a przez to zmniejsza się ich jakość[20]. Należy przy tym podnieść, że w odniesieniu do przysposobienia także wprowadzono swoisty instrument pozwalający uwolnić małoletnich od pozostawania w swoistym stanie zawieszenia. Mowa dzieciach, które przebywają w pieczy zastępczej ze względu na ograniczoną władzę rodzicielską rodziców. Przez wiele lat istniał niezadowalający stan rzeczy polegający na tym, że rodzice nie interesujący się dzieckiem nie byli pozbawiani władzy rodzicielskiej. Nie mogło ono zatem ani wrócić do swojej rodziny, ani być adoptowane, co skutkowało tym, że piecza zastępcza stawała się trwałym, a nie tymczasowym środowiskiem wychowawczym dla dziecka.

[19] Krytycznie o konstrukcji art. 21 ust. 1 pkt 2 u.l.n.: J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 152-153.

[20] Co do ryzyka wykorzystania zamrożonego zarodka po wielu latach: M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 228. Na temat ograniczeń w zakresie wykorzystania zamrożonych zarodków po upływie pewnego czasu w innych państwach: J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności* (druk 3245), s. 20.

Ustawodawca sukcesywnie wprowadzał kolejne instrumenty prawne, które miały zapobiec tej sytuacji (art. art. 111 § 1a k.r.o., art. 579^1 § 3 k.p.c.[21], art. art. 47 ust. 5 i 131 u.w.r.[22]). Na jak największą aprobatę zasługuje wprowadzony nowelą u.w.r. z 11 lipca 2014 r.[23] przepis art. 47 ust. 2 pkt 7 u.w.r., zgodnie z którym w przypadku nieprzekazania do sądu w terminie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej informacji, o której mowa w ust. 6, organizator rodzinnej pieczy zastępczej składa do właściwego sądu wniosek wraz z uzasadnieniem o wszczęcie z urzędu postępowania o wydanie zarządzeń wobec dziecka celem uregulowania jego sytuacji prawnej. Do wniosku organizator rodzinnej pieczy zastępczej dołącza w szczególności opinię gminy lub podmiotu prowadzącego pracę z rodziną i opinię koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej. Powyższy wniosek o wydanie przez sąd zarządzeń mających na celu uregulowanie sytuacji prawnej dziecka jest obowiązkiem organizatora rodzinnej pieczy zastępczej wtedy, gdy w ciągu 18 miesięcy nie nastąpiły okoliczności uzasadniające powrót małoletniego do rodziny. Zgodnie natomiast z art. 100 ust. 4a u.w.r. dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej w terminie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej składa do właściwego sądu wniosek wraz z uzasadnieniem o wszczęcie z urzędu postępowania o wydanie zarządzeń wobec dziecka celem zbadania zaistnienia warunków umożliwiających jego powrót do rodziny albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej. Do wniosku dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej dołącza opinię gminy lub podmiotu prowadzącego pracę z rodziną[24].

Jak więc widać, pod pewnymi względami stan niepewności dziecka przebywającego w pieczy zastępczej, które ze względu na sytuację faktyczną powinno być przysposobione oraz zarodka nieimplementowanego została rozwiązana przy pomocy podobnej konstrukcji terminowości pewnych uprawnień. W pierwszym przypadku mowa o odebraniu władzy rodzicielskiej, a tym samym prawa do wyrażenia zgody na przysposobienie, w drugim zaś przypadku, przekazanie *ex lege*, bez wymogu zgody, zarodka niewykorzystanego przez 20 lat. Rozwiązania te wydają się być trafne.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 3 u.l.n. przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka może nastąpić, jeżeli dawcy zarodka wyrazili, w formie pisemnej, zgodę na jego przekazanie. Brak tutaj odpowiednika art. 119^2 k.r.o., zgodnie z którym zgoda rodziców na przysposobienie dziecka nie może być wyrażona

[21] Ustawa z dnia 17.11.1964 Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2014, poz. 101 ze zm.).
[22] Ustawa z dnia 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. 2015, poz. 332).
[23] Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2014, poz. 1188.
[24] Szerzej: K. Tryniszewska, Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz, Warszawa 2015, s. 189, 304.

wcześniej niż po upływie sześciu tygodniu od jego urodzenia. Wydaje się, że w odniesieniu do dawstwa zarodka, mógłby zostać wprowadzony podobny termin, który liczyłby się od momentu utworzenia zarodka. Może bowiem okazać się, że osoby wyrażające zgodę w niedługim czasie po jej wyrażeniu będą jednak chcieli wykorzystać zarodek np.: na własne potrzeby. Samo umożliwienie wycofania zgody nie stanowi instrumentu wystarczającego, gdyż jest ono dopuszczalne jedynie do momentu rozpoczęcia u biorczyni procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której ma zostać zastosowany zarodek (22 pkt 1, 36 ust. 1 pkt 10, 36 ust. 4, 36 ust. 5 u.l.n.). Dlatego też, zgoda dawców zarodka powinna również być możliwa po upływie określonego ustawowo okresu karencji.

Już na wstępie rozważań o zgodzie małżonka (partnera) kobiety, do której macicy zostaje implementowany zarodek należy wskazać, że odmienny jest jej charakter od zgody małżonka wymaganej przez art. 116 k.r.o. W przypadku przysposobienia, zgoda małżonka osoby przysposabiającej ma jedynie na celu zaakceptowanie sytuacji, w której powstaje tzw. rodzina zrekonstruowana, a więc relacji ojczym (macocha) – pasierb. W przypadku natomiast dawstwa zarodków, zgoda małżonka lub osoby, z która kobieta pozostaje we wspólnym pożyciu ma w istocie charakter zgody na adopcję, tyle że nie dziecka już urodzonego, ale zarodka. Przysposobienie może być syngularne, gdy adopcji dokonuje osoba samotna lub pozostająca w konkubinacie albo wspólne, gdy adoptuje małżeństwo. Z dawstwa zarodka nie może skorzystać samotna kobieta, natomiast może skorzystać z niego para pozostająca we wspólnym pożyciu, która nie zawarła związku małżeńskiego. W szczególności wiele kontrowersji budzić powinno dopuszczenie skorzystania z dawstwa embrionu przez osoby, które nie zawarły związku małżeńskiego. Rodzi to pytanie o spójność przepisów ustawy o leczeniu niepłodności z przepisami Konstytucji RP oraz Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. W wielu bowiem miejscach ustawodawca wyraża zapatrywanie, zgodnie z którym to małżeństwo stanowi podstawową komórkę społeczną, zapewniającą dziecku optymalne środowisko rodzinne. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 u.l.n. dawstwo zarodka polega na przekazaniu zarodka w celu zastosowania go w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni, która nie jest dawcą żeńskich komórek rozrodczych i nie pozostaje w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z dawcą męskich komórek rozrodczych, z których zarodek ten powstał. Adopcja zarodka przez parę pozostającą we wspólnym pożyciu nie została przy tym poddana jakimkolwiek limitom, które występują na gruncie instytucji małżeństwa. Dlatego też, wydaje się, że nie ma formalnych przeciwwskazań, aby

rodzicami dziecka urodzonego dzięki dawstwu zarodka były osoby ze sobą spokrewnione lub spowinowacone, bowiem nikt, na żadnym etapie procedury tego nie weryfikuje.[25]

3. Procedura przysposobienia a procedura skorzystania z dawstwa zarodka

Przysposobienie odbywa się w szczególnej procedurze, która uwzględnia udział ośrodka adopcyjnego, sądu opiekuńczego oraz urzędu stanu cywilnego. Procedura dawstwa zarodka nie uwzględnia udziału dwóch pierwszych podmiotów, a zamiast nich pewne funkcje powierzono ośrodkom medycznie wspomaganej prokreacji. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 7 u.l.n. dawstwo zarodka jest dopuszczalne jeżeli biorczyni ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraziła, w formie pisemnej, zgodę na przyjęcie zarodków i na zastosowanie ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji; w przypadku gdy biorczyni pozostaje: a) w związku małżeńskim, zastosowanie zarodka następuje po wyrażeniu, w formie pisemnej, zgody przez męża, który został uprzednio szczegółowo, na piśmie, poinformowany o skutkach prawnych przyjęcia i zastosowania zarodków w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni, wynikających k.r.o., w szczególności o ojcostwie dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji; b) we wspólnym pożyciu, zastosowanie zarodka następuje po złożeniu przez mężczyznę oświadczenia zgodnie z art. 75^1 § 1 k.r.o. Procedura dawstwa zarodka opiera się zatem na zasadzie, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła oraz na instytucji uznania ojcostwa uregulowanej w k.r.o. oraz p.a.s.c.[26]

Posłużenie się konstrukcją uznania ojcostwa w przypadku dawstwa zarodka rodzi pytanie o to, czy ustawodawca jest w tej mierze konsekwentny. Zarówno w przypadku dawstwa zarodka, jak i przysposobienia chodzi bowiem o stworzenie relacji imitującej stosunek pokrewieństwa między osobami, których ona nie łączy, a jedyna różnica sprowadza się do tego, że w odniesieniu do dawstwa zarodka adoptowany jest zarodek, a nie już urodzone dziecko[27]. Ustawodawca sam zresztą nakłada na Kierownika USC obowiązek poinformowania o różnicy między uznaniem dziecka a jego przysposobieniem, co wskazuje na to, że instytucje te nie powinny być stosowane zamiennie (art. 63 ust. 2 pkt 8 p.a.s.c.)[28].

[25] A.Stępkowski, Ekspertyza…, s. 19.

[26] Ustawa z dnia 28.11.2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 1741).

[27] Opinia Biura Studiów i Analiz SN o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności (Druk sejmowy 3245), s. 15.

[28] Na marginesie należy wspomnieć, że zupełnie niedawno przedmiotem ożywionej debaty stał się przypadek byłego Rzecznika Praw Ofiar, który dzięki instytucji uznania oraz przepisów o przysposobieniu wewnątrzrodzinnym omijał procedury przysposobienia przed sądem oraz ośrodkiem adopcyjnym. Małżeństwo, które chciało przysposobić dziecko porozumiewało się z matką dziecka. Mąż kobiety uznawał nieswoje dziecko,

Z drugiej strony należy pamiętać, że na gruncie prawa polskiego kluczowe znaczenie dla ustalenia prawnej więzi pokrewieństwa ma nie tyle samo pokrewieństwo biologiczne, ale przepisy k.r.o. Stan cywilny dziecka jest w wielu przypadkach uzależniony od woli innych podmiotów[29]. Zarówno w przypadku przysposobienia, jak i np.: uznania ojcostwa decyduje wola przyszłych rodziców dziecka, która w przypadku przysposobienia wyrażona jest we wniosku o przysposobienie, a w przypadku uznania ojcostwa wynika z oświadczenia złożonego przed Kierownikiem USC, które przecież może nie być zgodne ze stanem faktycznym[30]. Dlatego być może posłużenie się konstrukcją uznania w przypadku dawstwa zarodka, tak blisko powiązanego funkcjonalnie z przysposobieniem (zwłaszcza całkowitym) jest akceptowalne, jednakże przy uwzględnieniu innych instrumentów, które zapewniałyby zarodkowi analogiczną ochronę, jak w przypadku przysposabianego. Niebezpieczny jest bowiem stan, w którym dawstwo embrionów staje się konkurencyjnym i zarazem atrakcyjniejszym sposobem osiągnięcia celów, które motywują ludzi do przysposobienia dziecka.

Ze względu na ograniczone ramy niniejszej publikacji nieco więcej uwagi poświęcone zostanie problematyce skorzystania z dawstwa zarodka przez osoby, które pozostają jedynie we wspólnym pożyciu, nie będąc związkiem małżeńskim. W przypadku małżeństwa problem ten rozwiązywany jest przy pomocy domniemania pochodzenia dziecka od męża matki. Treść przepisów art. 75^1 § 1 i 2 k.r.o. wskazuje na to, że ustawodawca w ramach instytucji dawstwa zarodka posłużył się konstrukcją zawieszonego i warunkowego uznania ojcostwa[31]. Na mocy art. 75^1 § 1 k.r.o. uznanie ojcostwa następuje z dniem urodzenia się dziecka także wtedy, gdy przed przeniesieniem do organizmu kobiety komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo zarodka powstałego z komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo z dawstwa zarodka mężczyzna oświadczy przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, że będzie ojcem dziecka, które urodzi się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji z zastosowaniem tych komórek albo tego zarodka, a kobieta ta potwierdzi jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia

a następnie jego żona występowała z wnioskiem o przysposobienie, na które zgodę wyrażała matka dziecka. W sprawie tej toczyło się postępowanie karne.

[29] A. Dyoniak, Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice – dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji, „Studia Prawnicze" 1993/2-3, s. 51-71.

[30] W doktrynie wciąż sporny jest charakter prawny uznania ojcostwa tj. traktowanie go jako oświadczenia woli lub oświadczenia wiedzy. Por. m.in. J. Ignatowicz, M. Nazar, Prawo…, s. 436-437; J. Strzebinczyk, Prawo rodzinne, Warszawa 2016, s. 228-229. Por. Wyrok SN z 19.04.2012 r. (IV CSK 459/11), LEX nr 1168733. Co do poprzedniego stanu prawnego m.in.: J. Gwiazdomorski, Uznanie dziecka, Warszawa 1976, s. 46; B. Walaszek, Uznanie dziecka w polskim prawie rodzinnym, Kraków 1958, s. 49.

[31] T. Gardocka, Opinia…, s. 5. J. Haberko, Uznanie ojcostwa w świetle projektowanego art. 75^1 K.r.o., „Metryka" 2015/1, s. 187, 189.

mężczyzny, że ojcem dziecka będzie ten mężczyzna. Natomiast zgodnie z art. 75^1 § 2 k.r.o. oświadczenia są skuteczne, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, o której mowa w § 1, w ciągu dwóch lat od dnia złożenia oświadczenia przez mężczyznę. Jak słusznie zauważa J. Haberko tego rodzaju konstrukcja prowadzi do sytuacji, w której następuje uznanie ojcostwa, pomimo, że nie zostało jeszcze ustalone macierzyństwo kobiety[32]. Co więcej, autorka wskazuje na to, że uznanie ojcostwa w przypadku określonym w art. 75^1 § 1 k.r.o. prowadzi do zupełnie odmiennych skutków, aniżeli uznanie ojcostwa na podstawie art. 75 § 1 k.r.o. Nie wiąże się ono z tym, że ojciec może podejmować prawnie relewantne działania względem dziecka poczętego, gdyż skutki uznania następują w tym przypadku dopiero z chwilą urodzenia dziecka (por. art. 75^1 § 2 k.r.o.)[33] Uznanie przez ojca dziecka, które ma się urodzić dzięki dawstwu zarodka, nie pełni zatem tej funkcji, jaką wiążę ustawodawca z uznaniem na podstawie art. 75 § 1 k.r.o., a jest jedynie warunkiem rozpoczęcia procedur dawstwa zarodka na podstawie ustawy o leczeniu niepłodności. Może to nawet podważać kategoryzowanie instytucji uregulowanej w art. 75^1 § 1 k.r.o. do instytucji uznania dziecka[34].

Jak już wyżej zasygnalizowano, procedura dawstwa zarodka została ukształtowana bez udziału ośrodka adopcyjnego oraz sądu opiekuńczego, natomiast proces odbywa się głównie w ośrodkach medycznie wspomaganej prokreacji. Procedura ta zostanie omówiona z punktu widzenia osób korzystających z dawstwa zarodka.

W pierwszej kolejności sprawdza się czy ze względów medycznych dawstwo zarodka wchodzi w rachubę. Medyczną zasadność przekazania i zastosowania zarodka u biorczyni ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej. Konieczne jest również stwierdzenie, na podstawie przeprowadzonego z biorczynią wywiadu medycznego oraz niezbędnych badań lekarskich, że stopień ryzyka jest akceptowalny (art. 36 ust. 1 pkt 3 lit. a). Biorczyni powinna również złożyć w formie pisemnej oświadczenie, że wszystkie informacje podane przez nią w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe i zgodne z jej najlepszą wiedzą. Na tym etapie weryfikuje się również podobieństwo osób, które wyraziły zgodę na przeniesienie zarodka z dawcami zarodka, na podstawie ich danych fenotypowych.

Oprócz powyższych czynności biorczyni zostaje w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowana przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania

[32] J. Haberko, Uznanie…, s .185.
[33] J. Haberko, Uznanie…, s .187; Taż, Cywilnoprawna…, s. 72-73, 125.
[34] Szerzej, J. Haberko, *Uznanie…*, s. 189.

wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jej danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zastosowaniem zarodków, dających się przewidzieć następstwach dla jej stanu zdrowia w przyszłości, środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych biorczyni oraz o zakresie i skutkach prawnych stosowania zarodków, w tym sytuacji prawnej dziecka, które urodzi się w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Należy umożliwić jej również zadawanie pytań co do powyższych spraw i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi. Dawczyni składa w formie pisemnej oświadczenie potwierdzające powyższe czynności.

Drugim etapem jest wyrażenie przez biorczynię w formie pisemnej zgody na przyjęcie zarodków i na zastosowanie ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. W przypadku, gdy biorczyni pozostaje w związku małżeńskim konieczna jest również zgoda męża w formie pisemnej wraz z poinformowaniem go o skutkach prawnych przyjęcia i zastosowania zarodków w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni, wynikających z przepisów. Natomiast jeżeli biorczyni pozostaje jedynie we wspólnym pożyciu z mężczyzną, zastosowanie zarodka następuje po złożeniu przez niego oświadczenia zgodnie z art. 75^1 § 1 k.r.o. Zastosowanie zarodka nastąpi w okresie 14 miesięcy od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w pkt 7 lit. b;

Procedura dawstwa zarodka jest niebywale skomplikowana i z natury rzeczy wieloetapowa. Już w poprzednio obowiązującym stanie prawnym istniały daleko idące wątpliwości co do charakteru prawnego zgody na tego rodzaju zabiegi[35]. Ustawa o leczeniu niepłodności wymaga uzyskania w procesie dawstwa zarodka kilku oświadczeń woli. Z jednej strony konieczne jest wyrażenie zgody na różnego rodzaju badania, które podejmowane są jeszcze przed właściwym wyrażeniem przez kobietę woli przeniesienia zarodka do jej organizmu oraz przed wyrażeniem zgody przez męża czy oświadczenia z art. 75^1 k.r.o. przez mężczyznę pozostającego z kobietą we wspólnym pożyciu. Procedura przed ośrodkiem medycznie wspomaganej prokreacji stanowi, w odniesieniu do dawstwa zarodka, odpowiednik postępowania przed ośrodkiem adopcyjnym i sądem opiekuńczym. Równocześnie jego działalność koncentruje się w zasadzie na uwzględnieniu jedynie względów medycznych oraz woli osób zaangażowanych w procedurę. W wielu aspektach pozostawia się natomiast dobro dziecka narodzonego wskutek przeniesienia zarodka do organizmu matki poza przedmiotem zainteresowania ośrodka wspomaganej medycznie

[35] J. Haberko, Kilka uwag na temat zgody na zabieg medyczny wyrażanej przez małżonka w trybie art. 68 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2010/1, s. 45-57; A. Dyoniak, Wpływ woli…, s. 59.

prokreacji. Do takiego podejścia należy odnieść się krytycznie, a analogie z procedurą przysposobienia powinny być jak najbardziej uwzględnione.

4. Tajemnica przysposobienia a tajemnica dawstwa zarodka

Zakres tajemnicy przysposobienia jest determinowany jego rodzajem. Dawstwo zarodka pod wieloma względami przypomina instytucję przysposobienia całkowitego. W regulacjach normatywnych obydwu instytucji widoczna jest daleko posunięta odmienność sytuacji funkcjonalnie do siebie zbliżonych. O ile w przypadku przysposobienia jest możliwe uzyskanie przez przysposobionego danych dotyczących rodziców naturalnych w zasadzie bez ich woli, a niekiedy nawet wiedzy, o tyle w dawstwie zarodków posłużono się instytucją podziału dostępu do danych na identyfikujące oraz nieidentyfikujące dawców zarodka. Niezależnie od oceny aktualnie obowiązujących w Polsce przepisów dotyczących tajemnicy przysposobienia[36] należałoby przyjąć tylko jedną ze wskazanych konstrukcji.

Zgodnie z 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. Oznacza to, że przysposobiony może poznać dane rodziców pozwalające mu na ich identyfikację. W odniesieniu do dawstwa zarodka posłużono się odmienną konstrukcją. Zgodnie z art. 38 ust. 2 w zw. z art. art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 u.l.n. osoba urodzona w wyniku dawstwa zarodka, ma prawo, po osiągnięciu pełnoletniości zapoznać się z informacjami dawców dotyczącymi roku i miejsca urodzenia dawców zarodka oraz informacjami na temat stanu zdrowia dawców zarodka: wyników badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddani byli kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka. Zakres danych udostępnianych dziecku urodzonemu wskutek zastosowania dawstwa zarodka oraz zakres danych udostępnianych przysposobionemu wykazuje daleko idącą niekonsekwencję ustawodawcy[37].

[36] Co konieczności wprowadzenia podziału na dane identyfikujące i nieidentyfikujące w odniesieniu do instytucji przysposobienia: R. Łukasiewicz, J. M. Łukasiewicz Tajemnica danych identyfikujących rodziców biologicznych przysposobionego w aspekcie porównawczo-prawnym [w druku]; R. Łukasiewicz, Rozwiązania amerykańskie jako źródło inspiracji dla polskiego prawa adopcyjnego [w druku]; Podobnie: J. Gajda, Tajemnica przysposobienia w polskim prawie cywilnym, Przemyśl- Rzeszów 2012, s. 248-249, 255, 279, 284.

[37] Choć należy przyznać, że zakres danych udostępnianych dziecku jest zagadnieniem nader kontrowersyjnym m.in. w orzecznictwie. Por. Wyrok ETPC z 13.02.2003 r., 42326/98, LEX nr 77473; Wyrok ETPC z 25.09.2012 r., 33783/09, LEX nr 1218091.

W szczególności krytycznie należy odnieść się do pojawiających się już wyrokach sądów państw europejskich przypadków udostępniania danych identyfikujących genetycznych rodziców dziecku poczętemu metodą inseminacji heterologicznej. W wyroku Wyższego Sądu Krajowego (OLG) w Hamm z dnia 6 lutego 2013 r.[38], stwierdzono, że osoby poczęte przez heterologiczną inseminację mają prawo do poznania genetycznego rodowodu oraz, że bez znaczenia pozostawać mają tutaj interesy innych podmiotów – dawcy spermy czy lekarza w nieujawnieniu informacji dawcy. Ujawnienie danych identyfikujących dawców zarodka rodzi jeszcze większe niebezpieczeństwo. Zarówno przy inseminacji heterologicznej, jak i przy dawstwie zarodka cały ich społeczny sens polega na anonimowości dawców[39]. Z drugiej jednak strony instytucja przysposobienia, która jak już wielokrotnie w niniejszej publikacji wskazano jest funkcjonalnie zbliżona do dawstwa zarodków zakłada możliwość udostępnienia danych rodziców biologicznych, pozwalających na ich odnalezienie. Pod tym względem ustawodawca powinien zbliżyć do siebie regulacje odnoszące się do dawstwa zarodków oraz przysposobienia (zwłaszcza całkowitego). Zagadnienie to stanowi przedmiot badań, których rezultaty zostaną przedstawione w odrębnej publikacji.

5. Wnioski

Jednym z podstawowych motywów korzystania z instytucji przysposobienia oraz dawstwa zarodka jest chęć zostania rodzicem dziecka. Niepożądane jest tworzenie instytucji prawnych, które pod względem funkcjonalnym prezentują daleko idące podobieństwa, pod względem zaś regulacji normatywnej znacząco się różnią. Negatywne implikacje takiego stanu rzeczy mogą być różnorodne. Przede wszystkim osoby, które rozważają możliwość przysposobienia dziecka już urodzonego albo skorzystania z dawstwa zarodka mogą wybrać drugie rozwiązanie, ze względu na zdecydowanie łagodniejsze wymogi. Nie weryfikuje się bowiem ich kwalifikacji osobistych, wieku czy innych aspektów branych pod uwagę na etapie postępowania adopcyjnego przed ośrodkiem adopcyjnym czy sądem. Dzieci urodzone dzięki skorzystaniu z dawstwa zarodka nie są zatem na etapie embrionalnym chronione na równi z dziećmi przysposabianymi. Powyższe różnice między procedurą przysposobienia i dawstwa zarodka rodzą to niebezpieczeństwo, że dzieci pozostające w pieczy zastępczej będą mniej chętnie przysposabiane, wobec bardziej atrakcyjnego dawstwa zarodka. Wniosek taki

[38] Wyrok Wyższego Sądu Krajowego (OLG) w Hamm (Westfalia, Niemcy) z dnia 6 lutego 2013 r., I-14U 7/12, https://openjur.de/u/599587.html [dostęp: 28 maja 2015 r.].

[39] Z. Radwański, Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasiennienia matki, „Studia Iuridica Silesiana" 1979/5, s. 180.

wypływa chociażby z tego, że najchętniej przysposabiane są dzieci w wieku niemowlęcym, a tych jest wciąż mniej niż osób, które chcą je przysposobić. Dawstwo zarodków doskonale wypełnia tę lukę, nie zapewniając jednak odpowiedniej ochrony zarodkowi. Kolejne różnice wiążą się z wykorzystaniem na potrzeby dawstwa zarodków instytucji uznania ojcostwa. W szczególności wiele uwag krytycznych można podnieść względem konstrukcji unormowanej w art. 75^1 § 1 k.r.o. Niekonsekwencje należy również przypisać ustawodawcy w przypadku odmiennego uregulowania zakresu tajemnicy przysposobienia (zwłaszcza całkowitego) oraz dawstwa zarodka.

Problematyka prawnego uregulowania instytucji dawstwa zarodków jest zagadnieniem stosunkowo nowym. Choć od wielu lat postulowano ukształtowanie przez ustawodawcę rozwiązań prawnych dotyczących metod medycznie wspomaganej prokreacji, dopiero niedawno zagadnienia te znalazły odzwierciedlenie w stosownym akcie normatywnym. Z pewnością jeszcze długo będzie trwać debata nad tym, czy ustawa o leczeniu niepłodności reguluje szereg spraw w sposób właściwy. Tak jest również w przypadku dawstwa zarodka, co zostało, w sposób jedynie sygnalizacyjny zaprezentowane w niniejszej publikacji.

Владимир Евгеньевич Макода[1]

Правовой статус зачатого, но еще не родившегося ребенка. Гражданско-правовой аспект

Сегодня, поднимая вопрос о правах человека на жизнь, нужно отметить, что целый ряд документов - как международных, так и украинских закрепляют эти права. К таким документам, можно отнести в частности: "Всеобщую декларацию прав человека" (10.12.1948, ст. 3), "Конвенцию о защите прав человека и основных свобод" (4.11.1950, ст. 21). Хотим отметить, что согласно статье 3 Конституции Украины человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью.

Поднимая вопрос о защите жизни ребенка, который еще не родился, прежде всего ,необходимо обратить внимание на норму Конституции Украины, которая в статье 27 закрепляет право человека на жизнь, провозглашая,что: "Каждый человек имеет неотъемлемое право на жизнь"[2]. При этом, обращаем внимание, что все законы и нормативные документы, которые принимаются на территории Украины не должны противоречить нормам, которые изложены в Конституции Украины.

В то же время, сегодняшняя правовая действительность, которая существует в Украине совсем другая. Так, Гражданский Кодекс Украины(далее ГК Украины) (который по отношению к Конституции должен "конкретизировать лишь ее нормы и закреплять их законами", таким образом обеспечивая нормальную работу юристам по их применению, отводя Конституции лишь декларативную роль) гарантирует право на жизнь уже не каждому человеку, а лишь "физическому лицу" (ч.1,2 ст.281 ГК

[1] Dr, doc., Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка, Україна (Kijowski Narodowy Uniwersytet im. Tarasa Szewczenki, Ukraina).

[2] Конституція України, (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141), http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/

Украины), определяя правоспособность физического лица, только с момента его рождения (ч.2 ст. 25 ГК Украины). Таким образом, ГК Украины изымает из-под действия(охраны) само право на жизнь людей, которые находятся в утробах своих матерей. Нет живого (родившегося) физического лица, нет никаких прав (кроме тех не больших прав, которые установлены Законом, в первую очередь наследственных прав). Та же ст. 281 ГК Украины ("Право на жизнь"), которая в ч. 1 и ч. 2 гарантирует физическому лицу право на жизнь, а также на то, что физическое лицо не может быть лишено жизни, в ч. 6 этой статьи, позволяет на искусственное прерывание беременности (правда, законодатель обозначил, что это возможно, если не превышен двенадцатимесячный срок беременности), тем самым внося противоречие и нивелируя таким образом применения ст. 27 Конституции Украины только к уже рожденным людям. Это противоречит ст. 22 Конституции Украины, которая гласит, что "при принятии новых законов... не допускается сужение содержания и объема существующих прав и свобод". Таким образом, все гарантированные Украинским государством права человека - включая предусмотренным законодательством права, на защиту интересов зачатого, но еще не родившегося ребенка (здесь имеется в виду имущественные и наследственные вопросы), могут быть нарушены.

Сегодня, когда в Украине идет война, а вместе с ней происходит спад экономики и инфляция « набирает» обороты, вряд ли кто-то будет лечить больного ребенка в чреве матери (разве ,что в случаи очень большого желания матери, но этого порой недостаточно, так как лечение нуждается у финансировании, а денег на это у большинства граждан Украины просто нет). В связи с этим можно сделать вывод, что если женщине законодательство позволяет "прервать беременность" в рамках правого поля, что в переводе на нормальный человеческий язык означает: возможность безнаказанно убить этого ребенка в утробе ее матери, то говорить о защите прав этого ребенка сегодня нет никаких правовых оснований у заинтересованных лиц. Спасти это положение возможно только путем внесений изменений в действующее законодательство Украины. Так же и защита имущественных и наследственных прав зачатого, но еще не родившегося ребенка находится под большим вопросом. Принимая во внимание, что после смерти мужа, жена может наследовать все его имущество. Значит, все нормы, которые позволяют и закрепляют законодательно "прерывание беременности", на самом деле позволяют убийство человека, а потому они, на наш взгляд являются преступными и подлежат запрету.

Принимая во внимание вышеизложенное, возникает необходимость о внесении изменений в украинском законодательстве, в частности в тех законодательных формулировках, которые непосредственно касаются права зачатого, но еще не родившегося ребенка, права на жизнь, потому что только такое право может быть основанием для всех других прав человека вообще. Если говорить конкретно, мы предлагаем изложить формулировку части 2 ст. 25 ГК Украины в такой редакции: "Гражданская правоспособность физического лица возникает в момент его зачатия". Соответственно, ч. 6 ст. 281 ГКУ, и все нормативные акты и приказы разных ведомств, , которые на нее опираются, потеряют силу. Как прецеденты можно принять во внимание инициативу Президента США Джорджа Буша об обеспечении статуса лица – внутриутробного плода (9.07.2001) и одобренного в Сенате США законопроекта, согласно которому причинение вреда ребенку, который еще не родился, считают таким же преступлением, как и преступление против обычного человека .

Исходя из динамики количества новорожденных детей в Украине вне брака, более 100 тыс. детей, которые появляются на свет в нашей стране почти обречены на жизнь в не полной семье(отсутствие отца). А общий естественный прирост населения со времен глубокого демографического кризиса, в значительной степени был обеспечен за счет матерей, которые решились воспитывать собственных детей самостоятельно! Основными причинами повышения уровня рожденных вне брака за последнее двадцатилетие несмотря на тяжелое социально-экономическое положение на наш взгляд является культурный, нравственный уровень развития молодежи, распространенность гражданских браков ,(не желание создания семьи - с одной стороны, а с другой - желание и естественное влечение женщин к материнству на фоне довольно распространенной равнодушия к этому чувству (отцовства) у мужчин.

В современном обществе все большей социальной вес набирают так называемые в народе «гражданские браки», то есть отношения между мужчиной и женщиной, которые проживают вместе без официальной регистрации брака. Закон определяет такие отношения мужчины и женщины как «фактические брачные отношения» или «семья».

В соответствии со статьей 3 Семейного кодекса Украины семью составляют лица, которые совместно проживают, связаны общим бытом, имеют взаимные права и обязанности. А в соответствии со статьей 21 Семейного кодекса Украины браком является семейный союз женщины и мужчины, зарегистрированный в государственном органе регистрации(записи) актов гражданского состояния (далее РАГС). Проживание

одной семьей женщины и мужчины без брака не является основанием для возникновения у них прав и обязанностей супругов.

Следует подчеркнуть, что супругами являются только лица, состоящие в зарегистрированном браке. Мужчина и женщина, которые находятся в фактических брачных отношениях (гражданском браке), считаются только семьей, но не имеют статуса «супругов».

Некоторые проблемы возникают при определении происхождения ребенка, родители которого не состоят между собой в зарегистрированном браке. Так, статьей 52 Конституции Украины и статьей 142 Семейного кодекса Украины определено, что дети равны в своих правах независимо от происхождения, а также имеют равные права и обязанности в отношении родителей независимо от того, находились ли их родители в браке между собой. В то же время, говоря о наследственных правах этого ребенка, нужно отметить, ребенок всегда, при любых обстоятельствах, является наследником первой очереди.

Следовательно, от того, рожден ребенок в браке или вне его будет зависеть только порядок регистрации рождения этого ребенка в государственном органе регистрации актов гражданского состояния. Если ребенок был рожден в зарегистрированном браке этот вопрос решается гораздо проще, так как жена записывается матерью, а мужчина – отцом ребенка.

Но, в случае «фактического брака», происхождение ребенка от матери определяется на основании документа учреждения здравоохранения о рождении ею ребенка, а происхождение ребенка от отца может определяется: по заявлению матери и отца ребенка; по заявлению мужчины, который считает себя отцом ребенка; по решению суда.

По данным Министерства иностранных дел Украины, по состоянию на 1 января 2014 года в Украине проживает 90 772 ребенка-сироты и детей, лишенных родительской опеки. Количество детей, которых усыновляют иностранцы ежегодно уменьшается: 2005 год - иностранными гражданами усыновлено 2 110 детей, 2012 год – 806 детей, 2013 год - 674 ребенка. К концу 2014 года ожидается несколько более 500 межгосударственных усыновлений и это будет самый низкий показатель за всю историю межгосударственного усыновления в Украине, по состоянию на 30 декабря 2014 года в Украине было усыновлено 2 101 ребенка-сироты и ребенка, лишенного родительской опеки.

По состоянию на 30 декабря 2014 года в Украине было усыновлено 2 101 ребенка-сироты и ребенка, лишенного родительской опеки.

Об этом сообщает пресс-служба Министерства социальной политики Украины.

Из них граждане Украины усыновили 1582 ребенка, а иностранцы – 519 детей. К этой статистики входят данные из всех областей и Крыма и Севастополя, правда, из этих регионов министерство предоставляет данные только за первые два месяца прошлого года.

Несмотря на проведение в Донбассе антитеррористической операции (АТО), в течение 2014 года у Донецкой области было усыновлено 238 детей-сирот и детей, лишенных родительской опеки (украинцами – 192, иностранцами - 46), в Луганской – 64 (украинцами - 53, иностранцами – 11).

На контролируемой Украиной территории Донбасса за 8 месяцев 2015 детьми-сиротами стали 729 детей в Донецкой области и 161 ребенок в Луганской.

Сколько детей стало сиротами на неконтролируемых территориях – точной информации нет[3].

Семейный кодекс Украины устанавливает следующие гарантии для беременных, в частности:

– в случае беременности невесты, рождения ею ребенка, а также если есть непосредственная угроза для жизни невесты или жениха, брак регистрируется в день представления соответствующего заявления или в любой другой день по желанию жениха и невесты на протяжении одного месяца; – беременной жене должны быть созданы в семье условия для сохранения ее здоровья и рождения здорового ребенка;

– жена имеет право на содержание и материальную помощь от мужа во время беременности. Право на содержание беременная жена, а также жена, с которой проживает ребенок, имеет независимо от того, работает ли она, и независимо от материального положения отца ребенка, при условии, что этот отец может оказывать материальную помощь. Обязательства отца ребенка, а также порядок предоставления содержания (материальная помощь, алименты) для ребенка и его матери установлен Главой 15 Семейного кодекса Украины. Алименты, присужденные жене во время беременности, уплачиваются после рождения ребенка без дополнительного решения суда. Право на содержание беременная жена, а также жена, с которой проживает

[3] Анализ отдельных положений Европейской конвенции об усыновлении при рассмотрении судами дел об усыновлении, Стоянова Т.А., (http://yaizakon.com.ua/nauka/item/903-analiz-vplivu-okremikh-polozhen-evropejskoji-konventsiji-pro-usinovlennya-pri-rozglyadi-sudami-sprav-pro-usinovlennya.

ребенок, имеет и в случае расторжения брака. Право жены на содержание прекращается в случае прекращения беременности, рождения ребенка мертвым или если ребенок передан на воспитание другому лицу, а также в случае смерти ребенка;

– иск о расторжении брака не может быть предъявлен в течение беременности жены и в течение одного года после рождения ребенка, кроме случаев, когда один из супругов совершил противоправное поведение, которое содержит признаки преступления, относительно второго супруга или ребенка. Муж, жена имеют право предъявить иск о расторжении брака во время беременности жены, если отцовство зачатого ребенка признано другим лицом.

Уголовный кодекс Украины определяет, что:

– общественные работы, исправительные работы, арест, ограничение свободы, не назначаются беременным женщинам. Пожизненное лишение свободы не применяется к лицам, совершившим преступления в состоянии беременности во время совершения преступления или на момент вынесения приговора;

– при назначении наказания одной из обстоятельств, которое смягчает, признается совершение преступления женщиной в состоянии беременности; – при назначении наказания обстоятельством, которое его усугубляет, признается совершение преступления в отношении женщины, если обвиняемому было известно о ее беременности.

В Главе 12 Кодекса Законов о Труде Украины от 10.12.1971года (с изменениями на 10.10.2015 года) установлен порядок работы и отдыха беременных женщин.

Так, по просьбе беременной женщины, собственник или уполномоченный им орган обязан установить для нее неполный рабочий день или неполную рабочую неделю. Оплата труда в этих случаях происходит пропорционально отработанному времени в зависимости от произведенной продукции. Беременные женщины, согласно медицинскому заключению, переводятся на другую работу, более легкую и исключающую воздействие неблагоприятных производственных факторов, с сохранением среднего заработка, который она получала на прежней работе.

До решения вопроса о предоставлении беременной женщине в соответствии с медицинским заключением другой работы, более легкой и исключающей воздействие неблагоприятных производственных факторов, она подлежит освобождению от работы с сохранением среднего заработка за все пропущенные в этот период рабочие дни.

Собственник или уполномоченный им орган должен в случае необходимости выдавать беременным женщинам и женщинам, имеющим детей в возрасте до

четырнадцати лет или детей-инвалидов, путевки в санатории и дома отдыха бесплатно или на льготных условиях, а также оказывать им материальную помощь.

На основании медицинского заключения женщинам предоставляется оплачиваемый отпуск в связи с беременностью и родами продолжительностью 70 календарных дней до родов и 56 (в случае рождения двух и более детей и в случае осложнения родов – 70) календарных дней после родов, начиная со дня родов.

По желанию женщины ей предоставляется отпуск по уходу за ребенком до достижения им трехлетнего возраста с выплатой за эти периоды пособия согласно законодательству.

Предприятия, учреждения и организации за счет собственных средств могут предоставлять женщинам частично оплачиваемый отпуск и отпуск без сохранения заработной платы по уходу за ребенком большей продолжительности.

Отпуск по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет не предоставляется, если ребенок находится на государственном содержании.

В случае, если ребенок нуждается в домашнем уходе, женщине в обязательном порядке предоставляется отпуск без сохранения заработной платы продолжительностью, определенной в медицинском заключении, но не более чем до достижения ребенком шестилетнего возраста. При этом, согласно ст.181КЗоТ Украины, отпуск по уходу за ребенком до достижения им трехлетнего возраста и отпуск без сохранения заработной платы зачисляются как в общий, так и в непрерывный стаж работы и в стаж работы по специальности. Время отпусков в стаж работы, дающий право на ежегодный отпуск, не засчитывается.

Согласно ст.184 КЗоТ Украины увольнение женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет (до шести лет - ст.179 КЗоТ Украины), одиноких матерей при наличии ребенка в возрасте до 14 лет или ребенка-инвалида по инициативе собственника или уполномоченного им органа не допускается, кроме случаев полной ликвидации предприятия, когда допускается увольнение с обязательным трудоустройством[4].

Так же, хочу отметить, что 05.11.2015 года Верховный Совет Украины принял в первом чтении новый Трудовой кодекс. Одним из изменений в нем, является норма, которая запрещает Работодателю устанавливать для беременной женщины, испытательный срок при приеме ее на работу. Также, заслуживает на внимание новая норма, согласно которой, мужчины и женщины с равным опытом работы

[4] Кодекс Законов о труде Украины,/http://meget.kiev.ua/kodeks/kzot/

и аналогичными обязанностями должны получать одинаковые зарплаты. Сейчас этот вопрос не регламентируется.

Среди стран Евросоюза средняя продолжительность отпусков по беременности и родам, а также по уходу за ребенком составляет 44 недели, средняя продолжительность оплачиваемого отпуска - 36 недель. Некоторые страны предоставляют оплачиваемый отпуск для отца ребенка: Австрия (6 месяцев), Бельгия (3 дня), Дания (10 дней), Испания (2 дня) .В США до 1993 года не существовало отпуска по беременности и родам как законного права женщины. По своему усмотрению компания, где работает женщина, могла предоставить две-три недели оплачиваемого отпуска. Впоследствии под натиском общества, был подписан закон, который предоставляет женщине право не работать четыре недели после родов.

Также обращаем внимание, что с 1 января 2010 года вступил в силу Закон «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины по вопросам социальной защиты многодетных семей». Этим законом внедрен комплекс норм, направленный на усиление государственной поддержки многодетным семьям. В частности многодетным семьям предоставляется право на получение во внеочередном порядке квартир, 50% скидки платы за пользование жилищно-коммунальными услугами, детям - бесплатное получение лекарств по рецептам врачей, предоставление льготных путевок в санатории Украины, проезд транспортом общего пользования, обучение в высших учебных заведениях, родителям-дополнительные отпуска и надбавки к пенсии.

Указом Президиума Верховного Совета СССР от 5 августа 1954 уголовная ответственность беременных за совершение аборта отменено. Указом от 23 ноября 1955 «Об отмене запрещения абортов» установлено уголовная ответственность только для лиц (включая врачей), которые делают аборт вне больниц или другими лечебными учреждениями. Наказание усиливается в случае, когда аборт сделан в антисанитарных условиях или лицом без надлежащего медицинского образования.

Результатами проведения операции искусственного аборта обычно становятся заболевания матери и плода:

– смерть плода в утробе матери;

– угроза жизни матери за ее состояние или неправильное протекания беременности (например, внематочная беременность);

– нарушения внутриутробного развития;

– необходимость проведения медицинских процедур матери (например, трансплантация органов или химиотерапия в случае выявления злокачественных опухолей).

Если желание осуществить аборт вызвано нежелательной беременностью, окончательное решение о применении искусственного аборта остается за родителями зачатого ребенка.

Одной из главных задач уголовного права Украины является охрана жизни и здоровья человека. Аборт (лат. Abortus - выкидыш) - искусственное прерывание беременности. Аборт может быть самопроизвольным (выкидыш) и медицинским (прямое вмешательство - хирургическое или медикаментозное).

Уголовный кодекс Украины предусматривает ответственность за два вида аборта:

– За проведение аборта лицом, не имеющим высшего медицинского образования (ч.1 ст.134 УК). Субъектами этого преступления признаются лица, которые не имеют высшего медицинского образования (медсестры, акушерки, фельдшеры и другие лица, имеющие среднее медицинское образование), независимо от того, где они провели аборт, а также лица, которые вообще не имеют никакой медицинской образования;

– За квалифицированный аборт (ч.2 ст.134 УК).

Незаконный аборт признается квалифицированным, если его проведение повлекло длительной расстройство здоровья, бесплодие или смерть потерпевшей[5].

В Украине официально в год делают 250000 абортов. Страна уже вошла в пятерку государств, лидирующих по количеству прерываний беременности. Специалисты отмечают массовость этого явления. Несмотря на некоторое постепенное снижение, из года в год в Украине все равно фиксируют 200-250 тысяч случаев искусственного прерывания беременности - по официальной статистике.

Неофициально общественные организации заявляют о 30000000 абортов за годы независимости. Для сравнения, в соседней Польше за эти же годы было сделано лишь 82 000 абортов, что в 365 раз меньше, чем в Украине. Такая тенденция привела к тому, что за годы независимости из 52 миллионов Украинская осталось только 46 миллионов.

Наиболее действенными способами борьбы с абортами является просветительская образовательная и религиозная работа для предупреждения нежелательной беременности, возможных последствий для здоровья и эмоционального состояния

[5] Уголовный кодекс Украины,/ http://meget.kiev.ua/kodeks/ugolovniy-kodeks/

женщин, которые все же решатся на такой шаг, а также материальная помощь при рождении ребенка.

Согласно данным Минздрава, в 2013 году зафиксировано 91 877 абортов, а в 2014 – 70 694 таких операций.

В Украине уже были попытки подать в Верховный Совет Украины законопроект о запрете абортов. Так, два года назад подобный законопроект подавала группа депутатов-свободовцев (законопроект №2646-1). Они предлагали полностью запретить искусственное прерывание беременности за исключением трех случаев: если беременность несет прямую угрозу жизни беременной женщины; если присутствуют медицинские показания к патологии плода, несовместимой с жизнью после рождения ребенка; или если доказаны факты зачатия ребенка в результате изнасилования. Медиков за проведение абортов предполагалось наказывать лишением свободы на срок от 3 до 7 лет. Но он так и не был принят.

Полный запрет на аборты существует в Афганистане, Анголе, Бангладеш, Венесуэле, Гватемале, Гондурасе, Египте, Индонезии, Ираке, Иране, Ирландии, Йемене, Колумбии, Ливане, Ливии, Мавритании, Мали, Непале, Никарагуа, ОАЭ, Омане, Парагвае, Папуа-Новой Гвинеи, Сальвадоре, Сирии, Чили, на Филиппинах.

В Алжире, Аргентине, Боливии, Бразилии, Гане, Израиле, Кении, Коста-Рике, Марокко, Мексике, Нигерии, Пакистане, Перу, Польши, Уругвае разрешены аборты только при угрозе жизни и здоровью женщины, то есть только по медицинским показаниям.

Несмотря на то, что в Украине разрешены аборты "по желанию" на ранних стадиях беременности, их количество из года в год снижается благодаря просветительским мероприятиям и распространению контрацептивов. По информации журнала „Фокус“, который ссылался на данные Минздрава, ежегодно около 200–250 тыс. украинских женщин, принимают решение искусственно прервать беременность. Доля женщин, у которых беременность заканчивается абортом, в Украине составляет не менее 20%, в Восточной Европе этот показатель – 14%, а в Западной Европе – 3%[6].

Сегодня в Украине много говорят о защите прав детей. Правительство делает много в этом направлении, но этого недостаточно. Так, Кабинетом Министров Украины принято Распоряжение № 1140-Р от 19.11.2014 года «Об утверждении плана мероприятий по выполнению в 2014 году Общегосударственной программы

[6] Статья: В Украине сократилось количество абортов./ http://www.unian.net/politics/872216-minzdrav-v-ukraine-sokratilos-kolichestvo-abortov.html

„Национальный план действий по реализации Конвенции ООН о правах ребенка“ на период до 2016 года». Но к большому сожалению в этой программе идет речь только об улучшении защиты прав уже родившихся детей и нет ни одного пункта в котором бы говорилось о защите прав еще не рожденных детей, а также беременных женщин. Это еще раз подтверждает тот факт, что законодательство Украины охраняет права детей только с момента их рождения.

Также, в Украине принята и реализовывается Государственная программа «Репродуктивное здоровья нации на период до 2015 года. Целью этой программы было предупреждение нежелательной беременности и абортов путем проведения информационно-разьяснительной работы среди населения, в первую очередь молодежи и обеспечением современными средствами предотвращения нежелательной беременности[7].

Хотелось бы отметить, что Законом Украины «О предотвращении финансовой катастрофы и создания предпосылок для экономического роста в Украине» от 10.04.2014г. принята норма, согласно которой с 01.07.2014 года, помощь при рождении ребенка выплачивается в размере, который не будет зависеть от того, какой по счету ребенок в семье – первый, второй или третий, как это было до этого времени. Помощь при рождении ребенка назначается в размере 41 280 гривень (на момент 11.11.2015г. это приблизительно составляет 1685$ США). Выплата помощи осуществляется одноразово в сумме 10 320 гривен, остальная сумма помощи выплачивается на протяжении следующих 36 месяцев равными частями по 860 грн .(35$ США) в месяц в порядке, установленном Кабинетом Министров Украины. Этих выплат сегодня недостаточно для нормального воспитания детей, а также для стимулирования и заинтересованности в рождении ребенка его матерью.

Верховная Рада 5 ноября 2015 года, приняла за основу законопроект № 3171 о внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс относительно установления факта рождения или смерти на временно оккупированной территории.

Законопроектом предлагается установить сокращенные сроки рассмотрения категории дел об установлении факта рождения или смерти лица в отношении лиц, проживающих на временно оккупированной территории Украины. Напомним, что временно оккупированные территории определены ВР – это АРК и отдельные районы Донецкой и Луганской областей.

[7] Обоснование системы профилактики нежелательной беременности., Дисертация,2010, Горбенко А.В.\ http://www.uiph.kiev.ua/dawnload/k_gorbenko.pdf)

Учитывая то, что свидетельство о рождении/смерти лицо, которое проживает на временно оккупированной территории Украины, может получить только от легитимных органов власти, предложено предусмотреть, что законный представитель (например, в случае рождения ребенка - любой из родителей) имеет право выехать на территорию, которая контролируется Украиной, и обратиться в суд с заявлением об установлении факта рождения/смерти.

Рассмотрение дела будет происходить в течение 24 часов со дня поступления соответствующего заявления в суд. Также устанавливается возможность выдачи заявителю копии судебного решения безотлагательно в случае, если он присутствовал во время объявления решения. В противном случае суд направляет решение в орган госрегистрации актов гражданского состояния по месту принятия решения для государственной регистрации рождения или смерти. Проектом также предлагается предусмотреть возможность немедленного исполнения решения суда по делам об установлении факта рождения или смерти лица на временно оккупированной территории Украины.Таким образом украинская власть придерживается позиции о непризнании каких-либо документов, которые выдают оккупационные органы власти. В то же время, такой подход обеспечит возможность для украинских граждан получить легитимные украинские документ.

В заключении хотелось бы отметить, для того, чтобы надлежаще защищать права еще не рожденного ребенка, необходимо не только внести изменения в законодательные акты Украины, улучшить социальные стандарты и льготы беременным женщинам, но и повысить до такого уровня выплаты финансовой помощи в связи с рождением ребенка, чтобы они соответствовали уровню жизни населения и у родителей ребенка не возникало финансовых проблем связанных с воспитанием и нормальной жизнью родившегося ребенка.

Сергей Юрьевич Морозов[1]

Проблемы обеспечения гарантии прав нерожденного ребенка в Российской Федерации

В Российской Федерации вопросы, связанные с гарантиями прав нерожденного ребенка, затрагиваются по большей части в связи с потенциальным наследованием нерожденными гражданами, очередностью их призвания к наследованию и возможной правоспособностью. Первыми на данные проблемы обратили еще юристы древнего Рима. Известно изречение римского юриста Тертуллиана, сделанное на рубеже II – III веков: «Тот, кто будет человеком, – уже человек». Как отмечал Н.Л. Дювернуа, российская доктрина опирается на воззрения римских юристов, согласно которым, «embryo, какова бы ни была степень зрелости плода, не может быть рассматриваем как отдельно правоспособный субъект. Однако, предшествующее отделению от матери зародышное состояние человека, эвентуально, не есть безразличное для цивильного права»[2]. Между тем, правовые взгляды подвержены изменениям, в том числе, под влиянием концепции полной правоспособности nasciturusa, которую отстаивает, например, профессор Я. Мазуркевич[3].

В настоящее время редакция ст. 1166 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая называется «Охрана интересов ребенка при разделе наследства», устанавливает, что при наличии зачатого, но еще не родившегося наследника раздел наследства может быть осуществлен только после рождения такого наследника. Поскольку на момент открытия наследства неизвестно, родится ли ребенок живым, до

[1] Prof. dr hab., Ульяновский государственный университет, Российская Федерация (Uljanowski Uniwersytet Państwowy, Federacja Rosyjska).

[2] Дювернуа Н.Л., Чтения по гражданскому праву. С.-Петербург, Типография М.М. Стасюлевича, 1902.

[3] A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebinczyk, O rozszerzeniu ochrony dóbr osobistych dziecka i macierzyństwa prenatalnego, „Nowe Prawo" 1988, nr 10-12, s. 75 i n.

момента его рождения приостанавливаются как выдача свидетельства о праве на наследство. Эта норма более прогрессивна по сравнению с положениями Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., который предусматривал более ослабленную защиту насцитуруса: наследники в таких случаях вправе были производить раздел наследства и до рождения этого ребенка, но лишь при условии выдела причитающейся ему доли (ч. 2 ст. 559 ГК РСФСР)[4]. Однако российское наследственное законодательство требует совершенствования.

В научной литературе уже высказывались предложения о признании наследниками детей наследодателя, зачатых после его смерти в течение шести месяцев. Условием такого признания является факт доказанности воли наследодателя. Хотя наследование насцитрусами традиционно для романо-германского права, однако не распространяется на детей, зачатых при жизни отца. Русский ученый И.М. Тютрюмов еще в 1905 году отмечал, что «для права наследования требуется, по крайней мере, зачатие наследника при жизни наследодателя»[5]. Применительно к сегодняшнему дню Е. М. Журавлева справедливо отмечает, что «на практике лица, желающие выступить законными представителями ребенка и воспользоваться имеющимся генетическим материалом умершего, сталкиваются с проблемами неурегулированности данного вопроса в законодательстве, которое в качестве насцитуруса признает только детей, зачатых при жизни наследодателя»[6]. Кроме того, предлагается признать насцитрусом ребенка, выношенного суррогатной матерью, в случае смерти до его рождения одного или обоих генетических родителей независимо от согласия суррогатной матери на запись генетических родителей в качестве отца и матери ребенка[7].

Вместе с тем круг проблем, связанных с гарантиями прав нерожденного ребенка, гораздо шире. Развитие репродуктивных технологий и биомедицинских исследований ставят перед учеными все новые правовые проблемы. С одной стороны результаты таких исследований приводят к положительному результату - появлению нового субъекта права. С другой стороны новые биотехнологии наряду с позитивными

[4] См.: Наследственное право: Постатейный комментарий к разделу V Гражданского кодекса Российской Федерации / Е.Р. Аминов, И.А. Андреев, И.Л. Арсентьев и др.; под общ. ред. М.А. Димитриева // СПС КонсультантПлюс. 2012.

[5] Гражданское уложение: Проект ред. комиссии 1905 г. Цит. по: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Сост. И.М. Тютрюмов. М., 2004. Кн.2.

[6] См.: Журавлева Е.М., Статус насцитруса в гражданском праве Российской Федерации: Автореферат дисс. … канд. юрид. наук. М., 2014. С. 9.

[7] Там же.

тенденциями могут наносить вред нерожденному человеку, превращая его в объект различных манипуляций.

В частности, множество проблем возникает в связи с процессом создания искусственной матки, который может иметь глобальные последствия. Электронная «матка» уже создана Токийскими специалистами в целях проведения искусственного оплодотворения и помощи в развитии зародышей на ранних стадиях – до того момента, как они будут перенесены в организм настоящей или суррогатной матери или заморожены. Команда японских ученых под руководством профессора Теруо Фуджи (Teruo Fujii) разработала устройство, всего 2 мм в диаметре, в которое могут поместиться до 20 яйцеклеток. Искусственная матка производит клетки эндометрия матки – слизистой оболочки, к которой крепится зародыш, получая питание. «Мы обеспечиваем зародышам комфортные условия, имитируя ту среду, в которой он существует в человеческом организме», – цитирует слова Фуджи журнал New Scientist[8].

Данные разработки могут повлечь за собой серьезные правовые последствия. Так, например, депутатами Государственной Думы Российской Федерации разработан законопроект о внесение изменений в Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан». Предполагается, что прервать беременность можно будет только по медицинским или социальным показателям. Аналогичная норма уже содержится в ст. 7 закона, Итальянской Республики от 22 мая 1978 г. № 194 «О социальной защите материнства и о добровольном прерывании беременности». Как справедливо отмечают Г.Б. Романовский и О.В. Романовская: «При создании искусственной матки данная норма приобретет «новое звучание» : плод может быть спасен в любом случае и вне зависимости от срока беременности. Во-вторых, распространенность технологии повлечет за собой изменение общей модели поведения при беременности. Женщина, желая продолжить карьеру, может после зачатия плода перенести его в искусственную капсулу и спокойно наблюдать за его развитием, не отрываясь от профессиональной жизни»[9].

В некоторых странах эмбрион все чаще становится предметом спора. «Разводящиеся пары не могут прийти к соглашению относительно того, каким образом будут использоваться криоконсервированные в ходе лечения гаметы или эмбрионы,

[8] http://nlo-mir.ru/chudesa-nauki/15721-v-japonii-sozdana-jelektronnaja-matka.html

[9] Романовский Г. Б., Романовская О. В., Насцитурус в семейно-правовых отношениях и современная биомедицина // Семейное и жилищное право. 2013. № 6.

в связи с чем обращаются в суд»[10]. В деле Roche v. Roche & ors (Ирландия) 2009) суд исходил из факта наличия либо отсутствия согласия супругов по поводу дальнейшей судьбы эмбриона[11]. В деле Kass v. Kass (США, 1998)[12] рассматривался спор по поводу судьбы эмбриона, полученного в ходе программы лечения от бесплодия. Намерение сторон относительно судьбы эмбриона было выражено в подписанном совместном заявлении, в котором заявители установили, что в случае развода эмбрион может использовать клиника для научных исследований. Несмотря на то, что супруга после развода передумала и требовала имплантации ей эмбриона, суд постановил, что она не имеет на это право и должна действовать в соответствии с первоначальным намерением. Аналогичная ситуация рассматривалась в деле Roman v. Roman (США, 2006) с той лишь разницей, что письменное согласие супругов предполагало уничтожение эмбриона в случае развода. Однако в процессе раздела имущества между супругами возник спор о праве на эмбрион, как на вещь. В этом случае суд, вынося решение, также исходил из намерения сторон[13].

В деле Nachmani v. Nachmani (Израиль, 1995) судьи исходили из концепции наименьшего вреда: вред, который мог бы быть причинен женщине абсолютным отказом в самореализации через материнство, был бы гораздо более серьезным, чем эмоциональный и экономический вред, причиненный мужчине при «навязывании» ему ребенка против его воли[14].

Возникают споры о праве на хранение замороженного эмбриона, в связи с чем отдельными авторами предлагается модификация норм о договоре хранения. В качестве проблемы отмечается, что эмбрионы не находятся на вечном хранении даже при консервации. Так, французское законодательство предусматривает 5-летний срок хранения, после чего происходит их уничтожение[15]. Как пишет Ж. Судо, «метод, призванный дать жизнь, в конце концов, вызывает смерть»[16].

[10] Кириченко К.А., Споры о правах на репродуктивный материал: Анализ судебной практики. Вестник НГУ. Серия: Право. 2010. Том 6, выпуск 1. С. 70.

[11] Roche v. Roche & ors: 2009) IESC 82. URL: http://www.courts.ie/Judgments.nsf/Webpages/HomePage.

[12] Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174 (N. Y.,1998). URL: http://www.law.cornell.edu/nyc tap/I 98_0049.htm

[13] Roman v. Roman, 193 S.W.3d 40 (Tex. App.-Hous. (1 Dist.) 2006). URL: http://www.1stcoa.courts.state.tx.us/opinions/HTMLopinion.asp?OpinionID=82705

[14] Dorner D., Jurisprudence in the Age of Biotechnology: An Israeli Case Analysis // Annals New York Academy of Science. 2000, №. 913. P. 188–197.

[15] Айкумбеков Н.Р., Уголовно-правовое регулирование экстрокорпорального оплодотворения в Казахстане // Вестник КРСУ. 2007. Том7. №10. С. 75.

[16] Судо Ж., От оплодотворения in vitro до клонирования// Романовский Г.Б. Гносеология права на жизнь. – СПб., 2003. С. 214.

Следует обратить внимание и на вопросы Христианской биоэтики, выступающей в защиту насцитруса. «Биотехнологическая культура, которая все увереннее завладевает обществом, отравляя его, не отступит перед истиной, но нагруженная предрассудками и жадная до выгоды продолжит обманывать и обольщать»[17].

Предлагается ввести изменения в Семейный кодекс Российской Федерации и в законодательство об охране здоровья граждан, касающиеся правовых гарантий надлежащего отношения к человеческому эмбриону. Такие изменения должны постулировать уважение достоинства каждого члена семьи (как рожденного, так и зачатого, но не рожденного). Изменения в отечественном законодательстве должны также затрагивать вопросы возможности усыновления (удочерения) насцитруса. За образец в данном конкретном случае можно взять французское законодательство[18].

[17] Серра А., Достоинство человеческого эмбриона // Лексикон. Дискуссионные темы и неоднозначные термины в сфере семьи, жизни и этики. Папский совет по делам семьи. М., 2009. С. 244.

[18] Де ля Рошеброшар Э., Во Франции за 30 лет с помощью ЭКО родилось 200 000 детей // Population et societes. 2008. № 451. URL: http://www. demoscope. ru/weekly/2009/0365/analit03.php.

Piotr Mostowik[1]

Kwestia zastosowania prywatnoprawnych umów międzynarodowych w sprawach nasciturusa

1. Uwagi wprowadzające

Sprawy rodzinne, z istoty skoncentrowane wokół dziecka i jego rodziców, są zasadniczo domeną regulacji prawnych o genezie krajowej. Jednak w treści kilku międzynarodowych konwencji sporządzonych w II poł. XX w. odniesiono się do rodziny, w tym statusu prawnego dziecka.[2] Ponieważ, referowane niżej, przepisy o genezie międzynarodowej mówią wyraźnie o szeregu sprawach dziecka, rodzi się pytanie, czy ich zakres przedmiotowy (a za tym – danej umowy międzynarodowej) obejmuje też sprawy nascitursa. Precyzyjniej trzeba wskazać, że kwestia rozumienia pojęcia „dziecko" na tle tych przepisów dotyczy wyznaczenia podmiotowego aspektu przedmiotowego zakresu zastosowania danej regulacji o genezie międzynarodowej[3]. Już na wstępie trzeba podkreślić, że odpowiedź na powyższe pytanie nie jest jednolita na gruncie obowiązujących w Polsce umów międzynarodowych, a ponadto, że węższe lub szersze rozumienie dziecka rodzi odrębne konsekwencje w obszarze rodzinnego prawa materialnego oraz na gruncie międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego.

W części z umów międzynarodowych wyrażone są jedynie ogólne polityczne deklaracje pozbawione charakteru normatywnego. Z innych wynika obowiązek państwa dostosowania (harmonizacji) prawa krajowego do wzorcowych postanowień konwencyjnych (np.

[1] Dr hab., Uniwersytet Jagielloński.

[2] Na temat pojęć „międzynarodowe prawo rodzinne" i „europejskie prawo rodzinne" – zob. P. Mostowik, Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym, Kraków 2014, s. 29-31 i 40-42.

[3] Natomiast przedmiotowy aspekt zakresu przedmiotowego byłby wyznaczony odpowiedzią np. na pytanie, czy dane reguły dotyczą spraw osoby dziecka, czy też tylko jego majątku. Osobne zagadnienie stanowi natomiast podmiotowy zakres obowiązywania danej konwencji międzynarodowej, czyli krąg państw, które przystąpiły do konwencji (zasięg geograficzny jej obowiązywania).

powstałych pod auspicjami Rady Europy). Niewiele jest przykładów ujednolicania prawa rodzinnego w skali międzypaństwowej, które wynikałoby z bezpośredniego stosowania w różnych państwach tych samych przepisów konwencyjnych. Zbliżenie ustawodawstw poszczególnych państw zostało spowodowane w szczególności ich przystąpieniem do umów międzynarodowych dotyczących szerszej problematyki nazywanej ochroną praw człowieka[4]. Przykładem takiego konsensu w sakli międzynarodowej jest konwencja ONZ o ochronie praw dziecka z 1989 r.[5] Taki skutek ujednolicenia prawa w państwach konwencyjnych może wynikać z postanowień tych innych umów międzynarodowych powstałych pod auspicjami ONZ, które są na tyle konkretne, że możliwe jest ich stosowanie bez doprecyzowania w prawie wewnętrznym[6].

Dalsza harmonizacja lub ujednolicenie materialnego prawa rodzinnego w skali światowej wydaje się w najbliższym czasie mało prawdopodobna. Żadna z organizacji międzynarodowych o zasięgu nie przygotowała takiej umowy międzynarodowej. Obszarem, w którym uzyskanie daleko idącego międzynarodowego konsensusu, wydawało się jeszcze przed kilkunastu laty bardzo prawdopodobne, była problematyka nazywana „ochroną dziecka". Kontynuowanie tego procesu może być utrudnione z uwagi na zaistniałe w ostatnich latach różnice w założeniach leżących u podstaw całego systemu prawa rodzinnego, w tym odrzucenie w niektórych państwach dotychczasowych podstaw prawa rodzinnego, tj. rezygnacji z, opartego na naturze (przyrodzie), traktowania rodzicielstwa jako sumy macierzyństwa i ojcostwa, jak też zakwestionowania postrzegania adopcji jako instytucji imitującej naturę[7].

[4] E. Czyż, Prawa dziecka, Warszawa 2002, s. 7 podkreśla, że prawa człowieka wyrażają też prawa dziecka, z tym że z niektórych korzysta ono w miarę dojrzewania, a w międzyczasie w jego praw dochodzą rodzice albo opiekunowie prawni.

[5] Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

[6] Przykładem materialnoprawnych regulacji jednolicie obowiązujących międzypaństwowo, są francusko-niemieckie zasady umownego małżeńskiego ustroju majątkowego, zawarte konwencji z dnia 4.2.2010 r. Bywają one wskazywane jako wzorzec ewentualnych przyszłych działań legislacyjncyh innych państw europejskich. Zob. E. Becker, Ein europäischer Güterstand? Der deutsch-französische Wahlgüterstand, European Forum 2011 April, s. 103-118.

[7] A. Dyer, Case Law and Co-Operation as the Building Blocks for Protection of International Families, [w:] Families across Frontiers, red. N. Lowe, G. Douglas, Hague–London–Boston 1996, s. 27 podkreśla, że Stany Zjednoczone przez dwa wieki swojej historii nie zawarły żadnej umowy międzynarodowej dotyczącej spraw rodzinnych. Niezrealizowanym w praktyce przykładem omawianej idei w Europie jest projekt polsko-czechosłowackiego kodeksu rodzinnego z 1949 r. - zob. S. Szer, Współpraca polsko-czechosłowacka w zakresie kodyfikacji prawa rodzinnego (próba oceny), [w:] Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego, red. W. Osuchowski, M. Sośniak, B. Walaszek, Warszawa-Kraków 1964, s. 355-364.

2. Konwencje sporządzone pod auspicjami Organizacji Narodów Zjednoczonych

Dorobek Organizacji Narodów Zjednoczonych stanowi w istocie kontynuację działań prowadzonych pod auspicjami Ligii Narodów. Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom podjął w 1924 r. uchwałę, zwaną Genewską Deklaracją Praw Dziecka, która przyjęta została przez Ligę Narodów na posiedzeniu dnia 26.9.1924 r.[8] W aktach normatywnych deklarujących prawa człowieka przewidziano ogólnie, że rodzinę – a więc też status prawny matki i ojca oraz dziecka - poddaje się ochronie. Obejmuje ona również zapobieganie zbytniej ingerencji państwa i arbitralnym działaniom władzy, przez co rozumieć należy też skutki stanowienia prawa[9]. W art. 1 Karty Narodów Zjednoczonych z dnia 24.10.1945 r.[10] zadeklarowano, iż ONZ będzie ośrodkiem uzgadniającym działalność międzynarodową, zmierzającą do osiągnięcia wspólnych celów, m.in. rozwijanie między narodami stosunków opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samoistnienia narodów, jak również popieranie i zachęcanie do poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich ludzi. W dniu 20.11.1959 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło deklarację praw dziecka, wzywając do ich uznania przez poszczególne państwa. W preambule podkreślono, iż wymienione w powszechnej deklaracji prawa człowieka, w tym jego godność i wartość, odnoszą się do każdego człowieka. Potrzebę dodatkowych deklaracji dotyczących dziecka uzasadniono specyfiką jego niedojrzałości fizycznej i umysłowej, która powoduje, że „wymaga ono szczególnej opieki i troski, a także odpowiedniej opieki prawnej zarówno przed urodzeniem, jak i po urodzeniu”[11].

[8] Zob. komunikat pt. Eglantyna Jebb i Deklaracja Genewska, „Dzieci w Europie” 2010/17, s. 42-43.

[9] M. Kowalski, Prawa i obowiązki rodziców a ingerencja władz publicznych w kontekście uregulowań Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, [w:] O prawach człowieka w podwójną rocznicę Paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej, red. T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 226-227 podkreśla, że zgodnie z art. 8 konwencji rzymskiej z 1950 r. podstawowym prawem jest ochrona człowieka, w tym dziecka, przed arbitralnym działaniem władz. Obowiązek negatywny państwa nieingerowania w życie rodzinne podkreślają A. Michalska, J. Sandorski, Rodzina jako podmiot międzynarodowo chronionych praw człowieka. Traktaty generalne, [w:] tamże, s. 93-123.

[10] Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

[11] Dla problematyki poruszanej w niniejszej pracy znaczenie mają zasady nr 2, 3, 6, 7 i 10. Zasada nr 2 stanowi, że dziecko korzysta ze szczególnej ochrony, prawo krajowe i inne środki mają mu stwarzać stworzą mu wszelkie możliwości i ułatwienia dla zdrowego i normalnego rozwoju (fizycznego, umysłowego, moralnego, duchowego i społecznego) w warunkach wolności i godności, a wydawane w tym celu ustawy powinny mieć na względzie przede wszystkim dobro dziecka. W zasadzie nr 3 zadeklarowano, że z chwilą przyjścia na świat dziecko ma prawo do nazwiska i obywatelstwa. Takie ograniczenie czasowe nie wynika z wyłączenia spod ochrony dzieci przed urodzeniem, a związane jest z istotą obywatelstwa i nazwiska. W preambule do omawianej deklaracji wyraźnie napisano, że szczególna opieka i troska oraz odpowiednia opieka prawna przysługuje dziecku „zarówno przed urodzeniem, jak i po urodzeniu”. Szczególne znaczenie dla kwestii wzajemnych praw i obowiązków rodziców i dziecka składających się na władzę rodzicielską mają zasady nr 6,7 i 9. W zasadzie nr 6 podkreślono, że dziecko do harmonijnego rozwoju swej osobowości potrzebuje miłości i zrozumienia, powinno ono rosnąć pod ochroną i odpowiedzialnością rodziców (chyba że nie ma takiej możliwości), w atmosferze życzliwości oraz bezpieczeństwa moralnego i materialnego. Podkreślono też, że w pierwszych

W międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych, otwartym do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. przewidziano poddanie rodziny i dzieci szczególnej ochronie ze strony państwa[12]. W art. 23 ust. 1 podkreślono, że rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa. Natomiast międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r.[13] ogólnie przewiduje w art. 10 obowiązek państwa udzielenia pomocy rodzinie, szczególnie przy jej zakładaniu i przy wychowywaniu dzieci, oraz obowiązek opieki nad matką w okresie przed i po urodzeniu dziecka[14]. Znacznie bardziej szczegółowe standardy dotyczące pozycji prawnej dziecka oraz rodziców przewiduje konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r.[15], która zostanie dokładniej omówiona w dalszej części. Wspomnieć można, że aktywność ONZ dotyczyła też praktycznej kwestii dochodzenia środków utrzymania dziecka w sytuacji międzynarodowej, czyli międzynarodowego postępowania cywilnego. Dnia 20.6.1956 r. w Nowym Jorku sporządzono konwencję o dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych za granicą[16].

latach życia nie powinno się oddzielać dziecka od matki. Natomiast dzieci niemające rodziny bądź dostatecznych środków utrzymania, powinny zostać otoczone szczególną opieką przez społeczeństwo i władze państwowe. Dodatkowo zalecono udzielanie pomocy w utrzymaniu dzieci, w tym finansowej i państwowej, rodzinom wielodzietnym. W zasadzie nr 7 stwierdzono też, że dziecko powinno otrzymać takie wychowanie i edukację, które podnoszą jego kulturę ogólną i umożliwiają rozwinięcie zdolności, wyrobienie zdrowego rozsądku oraz poczucia odpowiedzialności moralnej i społecznej. Zadeklarowano też, że dobro dziecka powinno być czynnikiem kierującym osobami odpowiedzialnymi za wychowanie dziecka i kierowanie nim i jednocześnie podkreślono, że odpowiedzialność za wychowanie dziecka leży przede wszystkim na rodzicach. W zasadzie nr 9 nakazano ochronę dziecka przed wszelkiego rodzaju zaniedbaniem, okrucieństwem i wyzyskiem. Wyraźnie zakazano: handlu dziećmi w każdej formie, przyjmowania dzieci do pracy zarobkowej przed osiągnięciem odpowiedniego wieku oraz zmuszania dziecka do wykonywania czynności, które by wpływały szkodliwie na jego rozwój fizyczny, umysłowy lub moralny. W ostatniej zasadzie nr 10 nakazano ochronę dziecka przed „praktykami, które mogą prowadzić do rasowej, religijnej lub innej dyskryminacji", wychowywanie go w duchu zrozumienia innych, tolerancji, przyjaźni między narodami, pokoju i powszechnego braterstwa jak też wpajanie dziecku przekonania, że powinno ono poświęcić swoją energię i swoje uzdolnienia dla dobra bliźnich.

[12] Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

[13] Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

[14] Tę ostatnią myśl wyraża też, powstała pod auspicjami Międzynarodowej Organizacji Pracy, konwencja nr 103 dotycząca ochrony macierzyństwa, przyjęta w Genewie dnia 28.6.1952 r., Dz. U. 1976 r. Nr 16, poz. 99.

[15] Dz. U. 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm. Zob. M. Balcerek, Międzynarodowa ochrona dziecka, Warszawa 1988; A. Łopatka, Konwencja Praw Dziecka w Polsce, [w:] Prawa dziecka, deklaracje i rzeczywistość, red. J. Bińczycka, wyd II, Kraków 1999, s. 23-33, L. Wiśniewski, Geneza Konwencji o Prawach Dziecka i stosunek jej norm do innych aktów prawa międzynarodowego, [w:] Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 11-12, M. Działyńska, Pochodzenie dziecka od rodziców, [w:] tamże, s. 135-147, A. Łopatka, Dziecko - jego prawa człowieka, Warszawa 2000, s. 10 i n.

[16] Dz. U. z 1961 r. Nr 17, poz. 87.

3. Konwencje sporządzone pod auspicjami Rady Europy

Niektóre postanowienia umów międzynarodowych regulujących ochronę praw człowieka, powstałych pod auspicjami Rady Europy, dotyczą spraw rodzinnych. Układające się państwa mają zgodnie z art. 1 europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r.[17] obowiązek zapewnienia każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, praw i wolności określonych w rozdziale I tej konwencji. Zgodnie z art. 2 ust. 1 chronione jest prawo każdego człowieka do życia i nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego, skazującego za przestępstwo. W świetle art. 8 konwencji każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, a ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa (tj. w prywatność rodziny, korespondencji i mieszkania) jest niedopuszczalna, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie[18]. Ta organizacja międzynarodowa doprowadziła też do sporządzenia kilku konwencji, które dotyczą wyłącznie tych spraw. Najczęściej przybierają one postać reguł modelowych, na których powinno się wzorować ustawodawstwo krajowe, a tym samym powinna nastąpić harmonizacja prawa w skali międzypaństwowej[19]. Na ich tle nie przewidziano jednak kompetencji międzynarodowego trybunału do dokonywania wykładni. Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu 15.10.1975 r., zobowiązuje uczestniczące w niej państwa m.in. do zawarcia w prawie krajowym możliwości ustalenia pochodzenia dziecka pozamałżeńskiego[20]. Konwencja skutkuje też obowiązkiem ojca i matki utrzymania dziecka pozamałżeńskiego w zakresie nieodbiegającym takiemu obowiązkowi względem dziecka małżeńskiego, jak też dziedziczenie na równi z dziećmi pochodzącymi z małżeństwa. Dnia 20.5.1980 r. została sporządzona w Luksemburgu europejska konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad nim[21]. Natomiast celem europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci, sporządzonej w Strasburgu dnia 25.1.1996 r.[22], jest promowanie praw procesowych dzieci oraz ułatwienie ich wykonywania[23].

[17] Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

[18] Koniecznych z uwagi na bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

[19] Tj. każda z umawiających się stron przyjmuje obowiązek podjęcia działań zapewniających zgodność prawa wewnętrznego z postanowieniami konwencji. Zob. J. Pirrung, Sorgerechts- und Adoptionsübereinkommen der Haager Konferenz und des Europarats, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1993/1-2, s. 132-142.

[20] Dz. U. z 1999 r. Nr 79, poz. 888.

[21] Dz. U. z 1996 r. Nr 31, poz. 134.

[22] Dz. U. 2000 r. Nr 107, poz. 1128.

Można też odnotować, że sprawami rodzinnymi zajmowano się w ramach prac roboczych Rady Europy. Na przykład dnia 28.2.1984 r. sporządzono rekomendację nr 84(4) w sprawie władzy rodzicielskiej, która opisuje kilka postulowanych reguł dotyczących stosunków między rodzicami i dzieckiem[24]. Na marginesie trzeba odnotować, że pod auspicjami Rady Europy sporządzono w dniu 15.5.2003 r. konwencję dotyczącą kontaktów rodziców i innych osób z dziećmi[25]. Konwencja ta nie została ratyfikowana przez Polskę, mimo że Sejm – przełamując weto prezydenckie – wyraził na nią zgodę w 2009 r.[26]

4. Brak kompetencji Unii Europejskiej w zakresie materialnego prawa rodzinnego

Unii Europejskiej nie przysługują kompetencje w obszarze materialnego (merytorycznego) prawa rodzinnego[27]. W świetle, wyrażonej w art. 5 TUE zasady wykonywania przez Unię kompetencji przyznanych (powierzonych): „Zgodnie z zasadą przyznania Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez Państwa Członkowskie w Traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów. Wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich”[28]. Faktycznie interesowi

[23] Przez zapewnienie, że dzieci, osobiście bądź za pośrednictwem innych osób, będą informowane i uprawnione do uczestniczenia w dotyczących ich postępowaniach sądowych (w przedmiocie istotnych spraw osoby dziecka w razie braku porozumienia między rodzicami, jak też przysposobienia i opieki).

[24] Zob. W. Stojanowska, Komentarz do Rekomendacji Nr R(84)4, [w:] Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze. Tom I. Prawo Rodzinne, red. M. Safjan, Warszawa 1994, s. 217-232. Zob. też Council of Europe, The Rights of the child. A European Perspective, Strasbourg 1996, Bellamy C., Foreword, [w:] The Child as citizen. Parliamentary Assembly, Strasbourg 1996, Council of Europe, Eliminating corporal punishment: a human rights imperative for Europe's children, Strasbourg 2005, R. Guðbrandsson, Rights of children at risk and in care, Strasbourg 2006, M. Daly, Parenting in contemporary Europe: a positive approach, Strasbourg 2007 i Council of Europe, Eradicating violence against children - Council of Europe Actions, Strasbourg 2008.

[25] Jest ona niekiedy zwana konwencją wileńską z 2002 r., co nie jest precyzyjne, ponieważ finalnie została sporządzona w Strasburgu w 2003 r. Tłumaczenie dostępne jest na internetowych stronach Senatu: ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/021/895.pdf

[26] Ustawa z dnia 23 kwietnia 2009 r. o ratyfikacji Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, sporządzonej w Strasburgu w dniu 15.5.2003 r., Dz. U. Nr 68, poz. 576.

[27] Co podkreślają: W. Pintens, Familie und Familienrecht in der europäischen Verfassung, [w:] Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, red. S. Hofer, D. Klippel, U. Walter, Bielefeld 2005, s. 1210-1213, R. Baratta, Short Remarks on EC Competence in Matters of Family Law, [w:] The external Dimension of EC Private International Law In Family and Succession Matters, red. A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar, Milan 2008, s. 189-194, R. Lamont, Evaluating European Values: the EU's Approach to European Private International Law, Journal of Private International Law 2009/3, s. 371-371, K. Boele-Woelki, Zwischen Konvergenz Und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2009/2, s. 242-266.

[28] Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30. C. Mik, Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym, [w:] Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały krajowej konferencji naukowej. Toruń, 22-23 X 1998 r., red. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 138 podkreśla, że prawo wspólnotowe jest zorientowane funkcjonalnie, tj. nie odpowiada systematyce prawa krajowego, i istnieje o tyle, o ile ma upoważnienie w traktatach. Zob. też P. Wiśniewski, Rodzina w prawie pierwotnym Unii Europejskiej - stan obecny, perspektywy i postulowane kierunki rozwoju, [w:] Prawo rodzinne w dobie przemian, red. P. Kasprzyk, P. Wiśniewski, Lublin 2009, s. 81-98.

rodziny służyć mogą natomiast niektóre rozwiązania spoza prawa prywatnego, np. zawarte w – powiązanej ze swobodą przemieszczania się oraz podejmowania pracy i działalności gospodarczej – dyrektywie Rady 2003/86/WE z dnia 22.9.2003 r. w sprawie łączenia rodzin[29]. Stanu prawnego w sygnalizowanej kwestii nie zmieniła Karta praw podstawowych. W jej art. 24 zadeklarowano prawo dziecka do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla jego dobra[30]. Zgodnie z art. 51 „Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa unijnego poza granice kompetencji powierzonych Unii ani nie ustanawia jej nowych kompetencji bądź zadań ani zadań określonych w traktatach" (ust. 2), zakres jej oddziaływania dotyczy instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii oraz państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo unijne (ust. 1). Prawo unijne nie obejmuje i – z uwagi na powyższe zasady traktatowe – nie może obejmować szeregu spraw rodziny i dziecka, w tym zagadnień normowanych w kodeksach rodzinnych państw członkowskich. Tym samym treść normatywna i zakres zastosowania niektórych przepisów Karty jest znacznie węższy niż zakres podobnie brzmiących przepisów (*de facto* wzorców) konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.

Osobnym zjawiskiem są doktrynalne rozważania zakorzenione w systemach prawa rodzinnego różnych państw, które służą celom porównawczym. Niekiedy ich celem jest zidentyfikowanie „wspólnego mianownika" ustaw krajowych, co mogłoby wytyczać pole do potencjalnego kompromisu i ewentualnej harmonizacji lub ujednolicenia prawa w przyszłości. Na przykład grupa badawcza nazwana Komisją Europejskiego Prawa Rodzinnego (*Commission on European Family Law*, CEFL) w ostatnich latach opublikowała szereg opasłych zestawień porównawczych na temat praw państw unijnych oraz propozycje wzorcowych zasad niektórych zagadnień prawa rodzinnego[31]. Charakterystyczną cechą tych proponowanych zasad jest brak przyjęcia, że przez rodziców (naturalnych i adopcyjnych) należy rozumieć kobietę i mężczyznę (co w powiązaniu z ustawodawstami kilku państw europejskich oznacza *de facto* oznacza odrzucenie takiego rozumienia też ze skutkiem

[29] Wydanie Specjalne Dz. Urz. UE, Rdz. 19, T. 6, s. 224 ze zm. Rozproszone w aktach prawa wtórnego reguły dotyczące przepływu pracowników, które mają zapewnić jedność rodziny, omawia C. Mik, *Ochrona* rodziny w europejskim prawie wspólnotowym, [w:] Prawa rodziny – prawa w rodzinie…, s. 146.

[30] Dz. Urz UE C z 2010 r. Nr 83, s. 389.

[31] Tj. „europejskie zasady" dotyczące rozwodu, obowiązku alimentacyjnego między byłymi małżonkami oraz dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej. Zob. K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Antwerpen-Oxford 2007. Podobne zasady zostały ostatnio zredagowane przez naukowców skupionych wokół Harvard Law School – zob. Key Principles for Children and Transitional Justice. Involvement of Children and Consideration of Children's Rights in Truth, Justice and Reconciliation Processes Outcome of Children and Transitional Justice Conference, [w:] Children and Transitional Justice. Truth-Telling, Accountability and Reconciliation, red. S. Parmar, M.J. Roseman, S. Siegrist, T. Sowa, Cambridge 2010, s. 404-417.

w innych państwach). Brak też w tych proponowanych zasadach stwierdzenia, iż zasadą prawną i pożądanym modelem w praktyce jest sprawowanie władzy rodzicielskiej przez matkę, która urodziła dziecko, oraz mężczyznę, będącego jego ojcem. Zaprezentowano w nich natomiast założenie, że pojęcie rodzicielstwa oraz władzy rodzicielskiej są „gender-neutral". Ponieważ rodzina (w tym macierzyństwo i ojcostwo), a za tym prawo rodzinne, z natury nie są „odpłciowione", przyjęcie takiego założenia wywołuje zasadnicze wątpliwości. Twórcy tych zasad prezentują przy tym postulat harmonizacji praw rodzinnych w państwach unijnych, która ma nastąpić drogą przejęcia rozwiązań określonych państw[32]. Brak przy tym przekonującego wytłumaczenia, dlaczego akurat nowinki prawa w kilku państwach miałyby być wzorcem dla innych państw europejskich, a nie odwrotnie. Na marginesie można zauważyć, że niekiedy opracowania, w których wyjaśnia się potrzebę podejmowania działań na płaszczyźnie ponadpaństwowej, powielają stereotypy, a nie oddają faktów[33].

Unii Europejskiej przysługuje natmiast kompetencja do stanowienia prawa prywatnego międzynarodowego, tj. prawa kolizyjnego i przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego („współpracy sądowej w sprawach cywilnych").[34]

5. Pojęcie dziecka na tle materialnoprawnej konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r.

Konwencja ONZ o prawach dziecka z 1989 r., która została sporządzona z inicjatywy Polski[35], okazała się sukcesem na arenie międzynarodowej. Przystąpiło do niej bowiem około 200 państw[36]. Konwencja wyznacza minimalne standardy prawa, w tym materialnego prawa prywatnego, konwencja skutkuje harmonizacją prawa w umawiających się państwach, z tym że część z nich złożyła do konwencji zastrzeżenia[37]. Brak przy tym wyznaczenia sądu, który władny byłby jej postanowienia jednolicie interpretować. W preambule wyrażono

[32] Zob. M. Antokolskaia, K. Boele-Woelki, Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-Setting and Straggling Behind at the Same Time, Electronic Journal of Comparative Law, vol 6.4, s. 72-73.

[33] Np. w publikacji autorstwa Rady Europy pt. Eliminating corporal punishment: a human rights imperative for Europe's children, Strasbourg 2005, s. 139-141 napisano, że w Polsce bicie dzieci „jest zabronione, ale badania wskazują, że jest szeroko używane i akceptowane".

[34] Odnośnie do norm kolizyjnych w sprawach dotyczących dziecka zob - A. Mączyński, Międzynarodowe prawo rodzicielskie w ustawodawstwach państw europejskich, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1992/1-4, s. 115-146.

[35] L. Wiśniewski, Geneza Konwencji o Prawach Dziecka i stosunek jej norm do innych aktów prawa międzynarodowego, [w:] Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 13 opisuje polską inicjatywę w 1978 r. zmierzającą do zorganizowania prac Komisji Praw Człowieka ONZ nad kompleksową konwencją dotyczącą praw dziecka na bazie projektów przygotowanych przez polskich prawników.

[36] Zob. www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm#N6

[37] Zob. oświadczenie rządowe z 30.9.1991 r., Dz. U. 1991 r. Nr 120, poz. 527.

przekonanie, że „rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci", powinna – dla wypełniania swych obowiązków w społeczeństwie w pełnym zakresie – zostać w umawiających się państwach otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem[38]. Zgodnie z art. 7 ust. 1 niezwłocznie po urodzeniu dziecka ma zostać sporządzony jego akt urodzenia, a ponadto będzie ono miało prawo do imienia i obywatelstwa. Dziecko ma ponadto prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką, chyba że byłoby to niemożliwe. Art. 8. nakłada na państwa obowiązek podejmowania działań mających na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, oraz niedopuszczania do bezprawnych ingerencji. W wypadku, w którym dziecko zostało bezprawnie pozbawione elementów swojej tożsamości, państwa powinny okazać odpowiednią pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia tożsamości. Konwencja wyraża też zasadę, że prawo do osobistej styczności przysługuje w odniesieniu do obojga rodziców. Zgodnie z art. 9 ust. 3 „dziecko ma prawo do utrzymywania regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców z wyjątkiem przypadków, gdy jest to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka". W istocie szersze – bo dotyczące całej rodziny - znaczenie ma art. 16, który stanowi, że żadne dziecko nie będzie podlegało arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego i rodzinnego, a ponadto, iż ma ono prawo do ochrony prawnej przeciwko tego rodzaju ingerencji. Ponadto w świetle art. 12 dziecko powinno mieć prawo do ich swobodnego wyrażania własnych poglądów (w tym celu możliwość wypowiadania się w każdym dotyczącym go postępowaniu sądowym i administracyjnym, „bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego"), o ile jest zdolne do kształtowania swych własnych poglądów.

W preambule konwencji ONZ z 1989 r. podkreślono – za Deklaracją Praw Dziecka – 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". Tym samym, słowami „dziecko przed urodzeniem", odniesiono się w tym istotnym akcie normatywnym do statusu prawnego nasciturusa. Z preambuły konwencji wyraźnie wynika, że dziecko przed urodzeniem, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej. Dla rozstrzygnięcia kwestii

[38] Powtórzono też w niej, za deklaracją ONZ z 1959 r., że, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, dziecko wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu. Zaakcentowano też konieczność brania pod uwagę „w należyty sposób znaczenia tradycji i wartości kulturowych każdego państwa dla ochrony i harmonijnego rozwoju dziecka".

zakresu przedmiotowego zastosowania konwencji ONZ z 1989 r. podstawowe znaczenie ma art. 1 konwencji. Zgodnie z tym przepisem „w rozumieniu niniejszej konwencji »dziecko« oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność. Na gruncie tej konwencji powstałej pod auspicjami ONZ, w przeciwieństwie do części umów międzynarodowych sporządzanych w II poł. XX w., zakres przedmiotowy zastosowania nie został więc ograniczony do spraw dziecka po jego urodzeniu. Ponadto, co podkreśla T. Smyczyński, nie ma wątpliwości, iż nasciturus jest istotą ludzką, bowiem ponieważ chodzi o człowieka, który oczekuje urodzenia[39]. Stąd w sprawach nasciturusa znaczenie mają zasadnicze ogólne postanowienia konwencji, w tym niektóre zasygnalizowane wyżej, które z istoty mogą odnosić się do jego położenia. Fundamentalne znaczenie ma przy tym art. 6 konwencji. Zgodnie z tym postanowieniem „Państwa-Strony uznają, że każde dziecko ma niezbywalne prawo do życia". Mając na względzie, zasygnalizowane wyżej, rozumienie dziecka przewidziane w preambule i art. 1 konwencji ONZ z 1989 r., trzeba podkreślić, że – statuowane w art. 6 tej konwencji - prawo do życia obejmuje również dziecko przed urodzeniem. Dodatkowo trzeba mieć na względzie, co celnie podkreśla M. Piechowiak, że z faktu, iż Francja złożyła modyfikujące zastrzeżenie do art. 6 konwencji ONZ z 1989 r., trzeba wywodzić – zgodnie z art. 21 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.[40] – że nastąpiła modyfikacja konwencji jedynie dla państwa, które je wniosło[41]. Trzeba przy tym podkreślić, że logiczną przesłanką faktu wniesienia tego zastrzeżenia było przyjęcie, że z art. 6 konwencji wynika, że w pozostałych, prawie dwustu umawiających się państwach, z omawianej konwencji wynika prawo nasciturusa do życia.

Mimo zreferowanego wyżej brzmienia konwencji ONZ z 1989 r., w piśmiennictwie pojawiają się głosy kwestionujące to, że sprawy nasciturusa mieszczą się w zakresie przedmiotowym konwencji ONZ z 1989 r., albo mocno akcentujące rzekomą nieoczywistość takiego rozwiązania, mimo omówionego wyżej brzmienia konwencji. W doktrynie niekiedy zbyt mocno akcentuje się, że: „wiele kontrowersji wzbudził fakt, że Konwencja nie rozstrzyga kwestii dolnej granicy życia ludzkiego, a jednocześnie w Preambule odnosi się do Deklaracji

[39] T. Smyczyński, Pojęcie dziecka i jego podmiotowość, [w:] Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 40.

[40] Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu 23.5.1969 r., Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

[41] Stolica Apostolska i Argentyna złożyły natomiast typowe oświadczenia niemodyfikujące. Zob. M. Piechowiak, Status dziecka poczętego. Czy konwencja o prawach dziecka jest neutralna w sprawie prawa do życia nienarodzonych?, [w:] Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia…, s. 256. Zob. też L. J. LeBlanc, Reservations to the Convention on the Rights of the Child: A macroscopic view of state practice, International Journal of Children's Rights 1996/4 s. 378.

Praw Dziecka z dnia 20 listopada 1959 r., mówiąc o konieczności zapewnienia dziecku właściwej ochrony prawnej, zarówno przed urodzeniem, jak i po nim"[42]. Mając na względzie wyraźne brzmienie powyższych postanowień konwencji, trudno chyba uznać za wątpliwe objęcie zakresem zastosowania omawianej konwencji spraw nasiturusa. Jednocześnie w doktrynie zawsze zauważa się, że w preambule jest wyraźnie mowa o „konieczności zapewnienia dziecku właściwej ochrony prawnej, zarówno przed urodzeniem, jak i po nim". W piśmiennictwie pojawiły się też głosy, które służą bagatelizowaniu znaczenia preambuły, z którymi trudno się zgodzić[43]. Trudno zrozumieć, dlaczego akurat preambuła tej umowy międzynarodowej miałaby nie mieć znaczenia dla wykładni postanowień konwencyjnych. Oczywiście preambuła nie ma tej samej rangi jak zasadnicza część konwencji, ale nie można ignorować jej wyraźnego brzmienia, mówiącego też o dziecku „przed urodzeniem". Nie przekonuje też twierdzenie mówiące, że wobec braku wpisania słów „dziecko poczęte" do art. 6 konwencji, statuującego prawo do życia, należy to postanowienie odnosić tylko do dzieci po urodzeniu. Pojęcie dziecka, którego użyto w art. 6 konwencji, zostało bowiem zdefiniowane w art. 1, który jednocześnie wyznacza jej przedmiotowy zakres zastosowania. Również spostrzeżenie, że większość przepisów konwencji z natury rzeczy odnosi tylko do dziecka urodzonego, nie może być argumentem za wyłączeniem spraw nasciturusa z zakresu zastosowania tej części konwencji, która nadaje się do zastosowania do spraw dziecka przed urodzeniem. Nasciturus na tle prawa materialnego może zostać obdarowany bądź być spadkobiercą. Może też drogą czynności dokonanej przed jego urodzeniem zostać uznany, tj. czynność ta rodzi prawną relację rodzicielstwa między dzieckiem a uznającym ojcem. Nasciturus też jest chroniony przed deliktem i szkodą np. rozwiązaniami podobnymi do art. 446[1] k.c., przewidującego możliwość żądania z chwilą urodzenia naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem dziecka. Dla nasciturusa ustanawia się kuratora (kurator łona, łac. *curator ventris*), jeżeli jest to potrzebne do strzeżenia przyszłych praw dziecka, o ile ochrona tych praw nie jest możliwa przez rodziców. Wydaje się, że obszarem działania kuratora mogłoby być też żądanie zapobieżenia szkody, zagrażającej dziecku przed urodzeniem, skoro później możliwe jest dochodzenie odszkodowania. Do takich spraw mogę mieć zastosowanie postanowienia konwencyjne dotyczące *prima facie* wyłącznie dziecka urodzonego. Stąd nie przekonuje powyższy pogląd mówiący, że konwencja właściwie nadaje się do zastosowania w sprawach dziecka po urodzeniu. Skutkiem zastosowania konwencji

[42] Tak J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 84-88.

[43] Tak, jak się wydaje, E. Zielińska, Opinia w sprawie projektu zmiany art. 38 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (druk sejmowy nr 993), Warszawa 2007, s. 7-11.

może być też ewentualnie ekspektatywa praw do rejestracji, imienia i nazwiska oraz do obywatelstwa. Art. 6, co najistotniejsze, mówi wyraźnie o prawie do życia. W art. 24 konwencji przewidziano prawo dziecka do możliwie najlepszego stanu zdrowia, co w wypadku medycznej opieki prenatalnej powinno z istoty obejmować jednocześnie jego matkę. Nieuzasanione byłaby przy tym taka interpretacja przepisów, też konstytucyjnych i o genezie międzynarodowej, mówiących o szczególnym prawie przyszłej matki dziecka do opieki zdrowotnej, która prowadziłaby do przyjęcia, że opieka medyczna nad ciężarną matką miałaby obejmować dokonywanie tzw. aborcji niechciango już dziecka (podobnie jak absurdalne jest nazywanie tej ostatniej prawem reprodukcyjnym, mimo że prowadzi do zabicia nasciturusa, czyli działa antyreprodukcyjnie).

Na marginesie można zauważyć, że w doktrynie pojawia się też ogólne podejście negatywne mówiące, że wykładnia przeciwna zastosowaniu konwencji (w tym postanowień statuujących prawo do życia) do nasciturusa „znajduje (…) potwierdzenie w *travaux preparatoires*”[44]. Jego potwierdzenie na tle dokumentów opisujących prace przygotowawcze i legislacyjne nie jest oczywiste, a przede wszystkim - pierwszoplanowe znaczenie mają omówione postanowienia konwencji przyjęte w jej finalnej wersji. W doktrynie tymczasem jednocześnie pomija się wyraźne brzmienie powyższych postanowień przyjętych w konwencji w 1989 r., których znaczenie jest istotniejsze niż wątpliwości wynikające z dokumentów oddających przebieg wcześniejszych prac legislacyjnych.

Podsumowując, wyraźne brzmienie konwencji ONZ z 1989 r. powoduje, że nie da się, nawet stosując najbardziej wysublimowane metody interpretacji preambuły i art. 1 konwencji, wywieść z jej postanowień, że sprawy nasciturusa miałyby nie mieścić się w zakresie przedmiotowym tej umowy międzynarodowej. Oczywiście zastosowanie znajdą nie wszystkie postanowienia konwencyjne (w tym odnoszące się do edukacji lub pracy dziecka)[45], a te, które nadają się do zastosowania w tych sprawach (np. zakaz handlu dziećmi). Gdyby twórcy konwencji zamierzali ograniczyć zakres zastosowania jej postanowień do spraw dziecka po jego urodzeniu, z pewnością skorzystaliby z, używanej w innych umowach międzynarodowych, formuły mówiącej o wyłączeniu spraw nasciturusa (wyrażanej np. słowami: „konwencję stosuje się do dziecka od jego urodzenia”), czego jednak nie uczynili. Co więcej, regulacja konwencyjna ma w świetle preambuły na celu m.in. ochronę prawną

[44] J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 85, przyp. 162.

[45] Nie do końca żarując, możnaby rozważać uwzględnianie w stosunku do nasiturusa nawet prawa do uczestnictwa w wydarzeniach sportowych i wspierania reprezentacji krajowej za granicą, co obrazuje zdjęcie z piłkarskich mistrzostw Europy w 2016 r. („Fan inside”). Zob. www.gazetawroclawska.pl/wiadomosci/g/fan-inside-slynna-fanka-euro-2016-pochodzi-z-wroclawia-zobacz,10108618,18878410/

nasciturusa, a art. 6 konwencji statuuje jego prawo do życia. Stąd w pełni uprawnione jest twierdzenie, że konwencja ONZ z 1989 r. „jest podstawą dla wykładni ku obronie życia dziecka poczętego"[46].

6. Pojęcie dziecka na tle konwencji haskich i rozporządzeń unijnych z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego

Na tle umów międzynarodowych sporządzonych pod auspicjami Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego oraz rozporządzeń Unii Europejskiej z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego status dziecka jest definiowany różnie. Tym samym odmienny jest zakres zastosowania norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych wynikających z tych aktów normatywnych. W obecnym stanie prawnym podstawowe znaczenie w sprawach dziecka mają konwencja haska z 1996 r.[47] i protokół haski z 2007 r.[48], jak też rozporządzenie unijne nr 2201/2003[49]. Przedmiotem dalszych uwag będą zawarte w nich definicje, istotne odmienności regulowanej materii i ich skutki.

Na marginesie można zauważyć, że również koniec statusu dziecka jest na tle poszczególnych umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych wyznaczany w różny sposób. Waha się między 16 a 21 rokiem życia. Wyłączenie zastosowania do osób, które ukończyły 16 lat, również stanowić będzie ograniczenie aspektu podmiotowego przedmiotowego zakresu zastosowania w sprawach pewnej kategorii dzieci[50].

Konwencja haska z 1996 r. ma zastosowanie do spraw dzieci począwszy od ich urodzenia. W świetle art. 2 „konwencję stosuje się do dzieci od momentu ich narodzin do

[46] Tak T. Smyczyński, Pojęcie dziecka i jego podmiotowość, [w:] Konwencja o prawach dziecka - analiza i wykładnia…, s. 41. Podobnie M. Kozakiewicz, „Dziecko" w ujęciu Konwencji, [w:] Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie. Materiały z konferencji naukowej, zorganizowanej w gmachu Sejmu RP w dniach 19-20 marca 1991 r., red. A. Łopatka, Warszawa 1991, s. 9.

[47] Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzona w Hadze 19.10.1996 r., Dz. U. z 2010 r. Nr 172, poz. 115.

[48] Protokół haski z 23.11.2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych, Dz.Urz. UE L 2009 r. Nr 331, s. 17.

[49] Rozporządzenie nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, Wyd. Spec. Dz. Urz. UE Rdz. 19 t. 6 s. 243, sprost.: Dz. Urz. UE L 2009 r. Nr 347, s. 32.

[50] Na tle umów międzynarodowych wyróżnić przy tym można różne metody definiowania omawianego zakresu zastosowania. Niektóre konwencje operują dokładnym określeniem wieku, np. 18 roku życia. Na tle innych nie zdefiniowano materialnie statusu dziecka, ale kolizyjnie wskazano prawa krajowe rozstrzygające tę kwestię (tj. ujednolicono w państwach konwencyjnych regułę kolizyjną stosowanej w tym celu wyznaczenia materialnej definicji). Na przykład zgodnie z art. 12 konwencji haskiej z 1961 r. status małoletniego powinien kumulatywnie wynikać z jego prawa ojczystego i prawa państwa stałego pobytu. Umowy międzynarodowe lub rozporządzenia unijne mogą też milczeć na omawiany temat (np. rozporządzenie unijne 2201/2003), o czym w dalszej części.

momentu osiągnięcia przez nie wieku 18 lat". Takie rozwiązanie różni się od przyjętych w innych – sygnalizowanych niżej – aktach normatywnych. Reguły konwencyjne nie są stosowane w odniesieniu do spraw dotyczących dziecka nienarodzonego (jak też młodzieży powyżej 18 roku życia, mimo że w niektórych państwach władza rodzicielska może trwać np. do 21 roku życia). Ponieważ konwencja z 1996 r. nie reguluje tego zakresu, nie zostaje wyparte norm dotychczas stosowanych, najczęściej o genezie międzynarodowej. Dla określenia jurysdykcji w tych sprawach znajdują więc zastosowanie normy pozakonwencyjne, o czym niżej.[51]

P. Lagarde w raporcie wyjaśniającym do konwencji haskiej z 1996 r. podkreślił, że konwencyjna definicja dziecka obejmuje dziecko po urodzeniu, a nie po jego poczęciu, mimo że w trakcie prac legislacyjnych zgłaszane były takie postulaty, uzasadniane potrzebą ochrony majątku nasciturusa (np. przez Stowarzyszenie Notariatu Łacińskiego). Autor wyjaśnia, że każde państwo konwencyjne może w sprawach nasciturusa podejmować środki ochrony na podstawie własnego prawa (przez co trzeba też rozumieć reguły jurysdykcyjne), które będą uznawane przez inne państwa na podstawie obowiązujących w nich zasad[52].

W rozporządzeniu unijnym 2201/2003 – w przeciwieństwie do konwencji haskiej z 1996 r., będącej wzorcem w trakcie prac legislacyjnych nad nim, nie zawarto definicji dziecka[53]. Brak więc w tym akcie normatywnym wyraźnej regulacji omawianego podmiotowego aspektu przedmiotowego zakresu zastosowania. Określenie statutu dziecka jest jednak niezbędne do wyznaczenia zakresu zastosowania norm jurysdykcyjnych, w tym w sprawach nasciturusa. Wobec braku unormowania na poziomie międzynarodowym, dla ustalenia tego zakresu trzeba sięgnąć do prawa właściwego, wyznaczonego normami kolizyjnymi państwa sądu, czyli potencjalnie każdego z umawiających się państw. Zastosowanie powinna znaleźć norma wyznaczająca statut zdolności dziecka, przez którą

[51] Reguły międzynarodowego postępowania cywilnego i normy kolizyjne zostały w każdym państwie najpierw skodyfikowane w przepisach o genezie krajowej. W toku rozwoju prawa prywatnego międzynarodowego i postępowania cywilnego część z nich została wyparta przez reguły o genezie międzynarodowej. Priorytet nad rozwiązaniami kodeksowymi w obecnym stanie prawnym mają, po pierwsze, rozwiązania rozporządzenia unijnego 2201/2003. Po drugie, wyprzedzają je normy jurysdykcyjne konwencji z 1996 r. (stosowanej w tych sytuacjach, w których sama nie została ona wyparta przez to rozporządzenie unijne). Po trzecie, taki skutek może mieć stosowanie umów dwustronnych, które nie zostały wyparte przez rozporządzenie unijne 2201/2003 ani przez konwencję z 1996 r.

[52] Zob. P. Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, [w:] Hague Conference on Private International Law, Proceedings of the Eighteenth Session, 30 September to 10 October 1996, T. II, Protection of children, Hague 1998, s. 543.

[53] W trakcie prac legislacyjnych celowo odstąpiono od definicji końca statusu dziecka za pomocą kryterium wieku. Zob. Komisja UE, Praktyczny Przewodnik dotyczący stosowania nowego II rozporządzenia brukselskiego, Bruksela 2005, s. 9. Brak przesłanek potwierdzających podobną ocenę motywów postępowania prawodawcy odnośnie do rezygnacji z ograniczenia definicji statusu dziecka za pomocą momentu jego urodzenia.

rozumieć trzeba też nabycie zdolności prawnej oraz pełnej zdolności do czynności prawnych, oddziałujące nie tylko na relacje z rodzicami. Zgodnie z art. 11 ust. 1 p.p.m. dla zdolności właściwe jest prawo państwa, którego dziecko jest obywatelem. W doktrynie podkreśla się, że taki sposób postępowania zapewnia stosowanie rozporządzenia unijnego 2201/2003 w sytuacjach, w których zgodnie z prawem właściwym z perspektywy orzekającego sądu rozpoznawanie kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej nie jest bezpodstawne. Niektórzy przedstawiciele doktryny proponują wypracowanie w nauce i orzecznictwie materialnej definicji dziecka na potrzeby zastosowania rozporządzenia w państwach unijnych, np. obejmującej osoby od urodzenia do 18 roku życia. Podkreśla się, że prowadziłoby to do jednolitości stosowania rozporządzenia oraz unikania negatywnego konfliktu jurysdykcji.[54] Wydaje się, że przeciw temu ostatniemu rozwiązaniu przemawia okoliczność, że prawodawca unijny nie skorzystał z możliwości wprowadzenia takiej definicji, mimo że był świadomy jej obowiązywania na tle – będącej dla niego wzorcem – konwencji z 1996 r. Natomiast możliwość wystąpienia konfliktu jurysdykcji (ocenionego z perspektywy ponadpaństwowej), wskazana jako argument za powyższym podejściem, jest chyba mało prawdopodobna, niezależnie od przyjęcia takiej propozycji bądź jej odrzucenia.

Z milczenia rozporządzenia unijnego 2201/2003 na temat rozumienia Ne jego tle dziecka, kórego sprawy są nim regulowane, interpretuje się w podobny sposób, jaki wynika z, omówionego wyżej, literalnego brzmienia konwencji haskiej z 1996 r. Na uzasadnienie takiego podejścia przywołuje się obserwację o inspirowaniu się prawodawcy unijnego tą konwencją.[55] Można by jednak równie dobrze twierdzić, że w rozporządzeniu celowo nie zawarto postanowienia podobnego do zawartego we wzorcowej konwencji haskiej z 1996 r., mimo świadomości jego istnienia. Takie celowe pominięcie rozwiązania zawartego w konwencji haskiej z 1996 r., przewidującego wyłączenie spraw nasciturusa z zakresu jej zastosowania, może zostać odczytane jako wyraz woli ustawodawcy unijnego wprowadzenia odmiennego, szerszego ujęcia zakresu przedmiotowego rozporządzenia unijnego 2201/2003. Prowadzi to do wniosku o włączeniu do jego zakresu zastosowania spraw dziecka przed urodzeniem. Ewentualnym wnioskiem byłoby przyjęcie braku regulacji omawanej kwestii w samym rozporządzeniu i pozostawienie jej do rozstrzygnięcia prawu każdego państwa członkowskiego.

[54] Poglądy doktryny dokładnie przedstawia K. Weitz, Jurysdykcja krajowa w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej w prawie wspólnotowym, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2007/1, s. 117–118.

[55] Zob. W. Pintens, [w:] Brussels II bis Regulation, red. U. Magnus, Munich 2012, s. 76.

Trzeba mieć na uwadze, że rezultatem odpowiedzi negatywnych na pytania o zastosowania obu powyższych aktów normatywnym jest jedynie brak zastosowania norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych o genezie międzynarodowej w sprawach nasciturusa. W doktrynie jako przykład takiej sprawy podawane jest postępowanie sądowe wszczęte przez ojca celem przyznania mu pieczy nad nienarodzonym dzieckiem[56]. Brak ten rodzi pytanie o sposób rozstrzygnięcia takich spraw wobec braku regulacji na poziomie ponadpaństwowym, w szczególności kwestię dalszego stosowania regulacji o genezie krajowej. Odpowiedź na postawione pytanie powinny udzielić bowiem odpowiednie normy z ustawodawstwa o niższej randze, w szczególności prawa o genezie krajowej. W Polsce prowadzić to będzie do ogólnej odpowiedzi, że zastosowanie znajdą przepisy części IV k.p.c. oraz rozdziału 12 p.p.m.[57] W ustawie prawo prywatne międzynarodowe brak jest jednak szczegółowych przepisów odnoszących się tylko do naciturusa, jak też brak jest w ogóle przepisów dotyczących stosunków między rodzicami i dzieckiem. Ustawodawca założył bowiem, że nie są one potrzebne po wejściu w życie konwencji haskiej z 1996 r. Zastosowanie jakichś norm kolizyjnych jest jednak konieczne dla wskazania prawa właściwego dla konkretnej sprawy. Wydaje się, że w sprawach nascitura należy przyjąć odpowiednie stosowanie norm kolizyjnych zawartych w konwencji z 1996 r., mimo powyższej ograniczonej definicji spraw dziecka. Oznacza to poszerzenie zakresu jej zastosowania, co skutkuje jednak nie na płaszczyźnie międzynarodowej, ale wyłącznie w Polsce. Skutkiem takiego ujęcia będzie stosowanie w sprawach nasciturusa przepisów konwencyjnych tak, jakby miały charakter (rangę) prawa krajowego.[58] W praktyce w większości wypadków oznaczać będzie to uwzględnianie jako łączników wyznaczających prawo właściwe okoliczności dotyczących ciężarnej matki, tj. w szczególności jej zwykłego pobytu, ewentualnie obywatelstwa. Wobec obecnego braku regulacji ustawowej inny sposób wypełnienia luki, spowodowanej wyraźnym wyłączeniem konwencyjnym i brakiem przepisów krajowych, nie byłby w istocie możliwy.

[56] Tak N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, The New Brussels II Regulation. A Supplement to International Movement of Children, Bristol 2005, s. 17, przyp. 2.

[57] J. Ciszewski, [w:] Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część trzecia. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego, red. T. Ereciński, wyd. IV, Warszawa 2012, s. 70, podkreśla, że w sprawie o ustanowienie kuratora dla dziecka poczętego ustalenie właściwości miejscowej następuje na podstawie kryteriów dotyczących matki, ale dla ustalenia jurysdykcji należy brać pod uwagę obywatelstwo, które nabędzie dziecko po urodzeniu. Orzecznictwo niemieckie akcentujące wykorzystanie okoliczności dotyczących matki omawia J. Kropholler, Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes und das Aufenthaltsbestimmungsrecht, [w:] Festschrift für Erik Jayme, red. H.-P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, C. Kohler, R. Hausmann, München 2004, s. 472-473.

[58] Odnośnie do rozciągnięcia reguł konwencyjnych przez ustawodawcę krajowego – zob. M. Czepelak, Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego, Warszawa 2008, s. 152.

Warto przy tym ogólnie zauważyć, że wyraźne wyłączenie przez ustawodawcę międzynarodowego spraw naciturusa z zakresu zastosowania norm międzynarodowego prawa prywatnego (kolizyjnych) i postępowania cywilnego (w szczególności jurysdykcyjnych) rodzi nieco inne skutki niż podobne wyłączenie na tle konwencji międzynarodowych przewidujących regulację materialnoprawną. Skutki te mogą być przy tym niespodziewane dla inspiratorów ograniczonego zakresu zastosowania regulacji konwencyjnej. Można nawet stwierdzić, że prawodawca międzynarodowy definiując dziecko jako osobę po urodzeniu albo jako osobę do 16 roku życia wywołuje specyficzne problemy, które nie występowałyby, gdyby nie przyjmował takiego zredukowanego rozumienia. Ponieważ w takim ograniczonym ujęciu zastosowania postanowień konwencyjnych nie następuje w sprawach nasciturusa wyparcie stosowania prawa o genezie krajowej, w praktyce koegzystują dwa systemy norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych o różnej genezie, tj. dla części spraw dziecka – system wynikający z konwencji międzynarodowej (lub rozporządzenia unijnego), a dla spraw nasciturusa (jak też części spraw młodzieży) – system wynikający z przepisów o genezie krajowej. Trzeba przy tym zaznaczyć, że jeżeli zamiarem prawodawcy międzynarodowego było wyrażenie, drogą wyłączenia nasciturusa z pojęcia dziecka, poglądu o braku podmiotowości dziecka przez urodzeniem, to obszar przepisów z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego nie nadaje się do wyrażania takiego konceptu. Rolą norm jurysdykcyjnych jest bowiem określenie którego państwa sądy są kompetentne do rozpoznania sprawy (w tym sprawy, zgodnie z żądaniem powoda lub wnioskodawcy, dotyczącej dziecka przez urodzeniem), a zadaniem norm kolizyjnych jest wskazanie które prawo materialne (prawo którego państwa) będzie miało zastosowanie. Obie kategorie norm stanowią więc w systemie prawnym płaszczyznę pośrednią, a nie bezpośrednią, na której to merytorycznie owy zamiar mógłby być realizowany. Przykładem takiej sprawy mogłaby być interwencja władz publicznych dla dobra osoby dziecka albo jego przyszłego majątku, np. otrzymanego spadku. W istocie podobną sprawą byłoby żądanie matki, by ojciec dziecka łożył np. na leczenie nasciturusa w łonie matki. Niezależnie od materialnej regulacji takich żądań i podmiotowości nasciturusa w prawie prywatnym różnych państw oraz kwestii legitymacji procesowej w takich sytuacjach występuje bowiem wcześniej potrzeba zbadania jurysdykcji oraz ustalenia właściwości prawa, a w tym celu konieczność zastosowania norm o genezie międzynarodowej lub krajowej w sprawie nasciturusa.

Inne ujęcie zakresu zastosowania reguł kolizyjnych ujednoliconych w skali międzypaństwowej wynika z protokołu haskiego z 2007 r. Zgodnie z art. 1 ust. 1 „protokół określa prawo właściwe dla zobowiązań alimentacyjnych wynikających ze stosunków

rodzinnych, pokrewieństwa, (…), w tym zobowiązań alimentacyjnych wobec dziecka niezależnie od stanu cywilnego rodziców.". Nie ulega więc wątpliwości, że normy kolizyjne wynikające z tej umowy międzynarodowej mają zastosowanie do spraw nasciturusa. Zakres zastosowania protokołu jest przy tym szerszy niż zakres spraw, które podlegały art. 21 ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r.[59] Zgodnie z tym przepisem „roszczenia matki przeciwko ojcu dziecka nie pochodzącego z małżeństwa, związane z poczęciem i urodzeniem się dziecka", podlegały prawu ojczystemu matki.

Prawodawca haski wyraził przy tym łączniki kolizyjne, które dotyczą ogólnie podmiotu uprawnionego do alimentacji (najpierwszym planie – zwykły pobyt). W wypadku ciężarnej kobiety i nasciturusa *de facto* w dużej mierze alimentacja działa na rzecz obu podmiotów na raz (np. wyżywienie bądź pomoc medyczna, jak też potrzeby mieszkaniowe), stąd praktycznego znaczenia nie ma odpowiedź na pytanie, czy łącznik zwykłego pobytu dotyczy matki, czy dziecka przed urodzeniem. W sprawach, które dotyczyłyby tylko nasciturusa, rozwiązaniem może być zastępcze wzięcie pod uwagę okoliczności dotyczącej matki. Podobnie można postąpić odnośnie do łączników obywatelstwa, miejsca zamieszkania i przebywania. Można by również – co nie wpłynie na inną jurysdykcję lub właściwość prawa – bronić tezy, że te okoliczności faktyczne w istocie dotyczą samego dziecka przed urodzeniem. Również obywatelstwo matki można by traktować jako cechę *in spe* dziecka, tj. prognozę jego obywatelstwa.

7. Uwagi końcowe

Na marginesie można zauważyć, że zagadnienia filiacyjne, w tym pochodzenie dziecka od określonej matki i ojca (macierzyństwo i ojcostwo), nie są regulowane w umowach międzynarodowych ani rozporządzeniach unijnych z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego. Stąd nie były one przedmiotem uwag dotyczących rozumienia spraw dziecka na tle przepisów o genezie międzynarodowej. Warto jednak wskazać, że zgodnie z art. 55 p.p.m. ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka podlegają prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia, a korygujące znaczenie może mieć prawo dziecka z chwili ustalenia pochodzenia. Natomiast uznanie dziecka podlega jego prawu ojczystemu z chwili uznania, z tym że korygująco może zadziałać prawo ojczyste z chwili urodzenia. Zgodnie jednak z art. 55 ust. 4 p.p.m. „uznanie dziecka poczętego lecz nienarodzonego podlega prawu ojczystemu matki z chwili uznania". Ustawa zawiera więc

[59] Ustawa z dnia 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm.

przepis, który bezpośrednio dotyczy wyłącznie sprawy nasciturusa (a nie szerszej grupy dzieci), a jako łącznik kolizyjny, wskazujący prawo właściwe dla takiej sprawy, przyjęto w nim okoliczność związaną z matką dziecka.

Podsumowując powyższe zasadnicze rozważania, warto podkreślić, że zakres przedmiotowy regulacji o genezie międzynarodowej (tj. umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych, które normują zagadnienia prywatnoprawne), może obejmować też sprawy nasciturusa, ale nie musi. Szczególnie doniosłe znaczenie ma objęcie jego spraw unormowaniem wynikającym z części postanowień konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r.

Odpowiedź na pytanie rozumienie pojęcia dziecka na tle umowy międzynarodowej rodzi odrębne konsekwencje w zakresie rodzinnego prawa materialnego oraz międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego. Wyłączenie spraw dziecka przed urodzeniem z zakresu zastosowania konwencji haskiej z 1996 r. i – w razie przyjęcia takiej wykładni, co nie jest oczywiste – z rozporządzenia unijnego 2201/2003 rodzi niepożądane w praktyce skutki. Konieczne staje się wówczas zastosowanie w sprawach nasciturusa reguł jurysdykcyjnych i kolizyjnych wynikających z przepisów o genezie krajowej. Mogą one różnić się od regulacji konwencyjnych, co skutkować będzie nieuzasadnionym różnym traktowaniem spraw poszczególnych kategorii dzieci. Ponadto wyinterpretywanie takich reguł może być utrudnione, ponieważ ustawodawca krajowy, zauważając zasadnicze wyparcie przez przyjmowane prawodawstwo międzynarodowe unormowania krajowego w szerokiem zakresie spraw dziecka, może zaniechać ich wyraźnej regulacji w przepisach krajowych również odnośnie do spraw nasciturusa (tj. nie zauważając, że potrzeba takiej szczątkowej regulacji występuje nadal z powodu ograniczonego zakresu zastosowania przyjętych norm konwencyjnych). Wydaje się, że wówczas najrozsądniejszym rozwiązaniem jest, sygnalizowane wyżej, odpowiednie zastosowanie norm konwencyjnych ze skutkiem wewnątrzkrajowym.

Dla klarowości i jednolitości systemu prawnego byłoby jednak najlepiej, gdyby przy redagowaniu umów międzynarodowych dotyczących spraw dziecka nie wyłączano z zakresu ich zastosowania spraw nasciturusa. Takie nieograniczone ujęcie należy postulować na przyszłość, w szczególności organizacjom międzynarodowym, pod których auspicjami opracowywane są projekty konwencji, jak też reprezentantom państw członkowskich uczestniczącym w tych pracach.

Grażyna Nauka[1]

Aquis Communautaire na temat embrionu ludzkiego (zarodka, *nasciturusa*) a regulacje krajowe[2]

Wprowadzenie

Acquis communautaire, inaczej porządek prawny Unii Europejskiej, oznacza zbiór zasad prawnych Wspólnot Europejskich. W tym kontekście pamiętać należy o doniosłym znaczeniu roli Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu Pierwszej Instancji (*acquis jurisprudentiel*), które czuwają nad „poszanowaniem prawa w wykładni i stosowaniu traktatu"[3]. Pośród kompetencji Trybunału ważnym zadaniem jest orzekanie w trybie prejudycjalnym, m.in. o wykładni traktatu, ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje Wspólnoty[4], a w sytuacji orzekania w składzie Wielkiej Izby (tj. aktualnie 15 sędziów) orzeczenia te mają charakter zasad prawa UE[5] niewyrażonego wprost w aktach prawnych Unii Europejskiej. System prawa unijnego, obejmujący prawo UE pierwotne (traktaty) i wtórne (przede wszystkim rozporządzenia i dyrektywy)[6], powinien spełniać

[1] Radca prawny, Warszawa.

[2] Analizowana poniżej tematyka była częściowo prezentowana, w nieco węższym zakresie: G. Nauka, Aquis communautaire w odniesieniu do badań DNA, pojęcia „embrion ludzki" i „element wyizolowany z ciała ludzkiego" a nasciturus, „Przegląd Sądowy" 2016/3, s. 98-121.

[3] Art. 220 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w: Traktaty: o Unii Europejskiej, ustanawiający Wspólnotę Europejską, EUROATOM, Akcesyjny, Karta Praw Podstawowych, Statutu Trybunału Sprawiedliwości, Bielsko-Biała 2004.

[4] Art. 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, *ibidem.*

[5] W zakresie zasad prawnych na gruncie prawa krajowego por.: G. Nauka, Zasady prawa a zasada ograniczonego zaufania w ruchu drogowym, „Paragraf na drodze" 2008/6, s. 10-11, 15-17, 24-25 oraz przede wszystkim przywołaną tam publikację monograficzną: S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1974. Wielokrotnie w praktyce polskiej stosowania i stanowienia prawa, zasady prawne wyinterpretowane przez SN, z biegiem czasu uznawane były przez ustawodawcę i statuowane w przepisach prawa jako zasady prawa. Poniżej prezentowane orzeczenia TSUE wytyczają pewną konsekwentną, klarowną linię orzeczniczą.

[6] W tych obszarach i zakresie, które są objęte przepisami traktatów oraz rozporządzeń unijnych, wydawanych na podstawie przepisów traktatów UE, podlegających bezpośredniemu stosowaniu w państwach członkowskich UE, nawet przed prawem wewnętrznym kodeksów lub wymagające implementacji, jak

wymogi zupełności i spójności regulacji prawnych. Prawem obowiązującym w UE jest również krajowe prawo poszczególnych państw UE, obowiązujące suwerennie na terytorium danego państwa, w które nie ingeruje prawodawstwo UE, np. w kwestiach prawno-rodzinnych[7].

Sądy unijne dbają o zapewnienie spójności prawa[8] unijnego, realizującego wartości leżące u podstaw utworzenia UE, w celu zagwarantowania jak najbardziej możliwej harmonizacji (ujednolicenia) przepisów, ich rozumienia i stosowania w państwach członkowskich. Wyrazem tego dążenia są nie tylko przepisy poszczególnych aktów prawnych, ale przede wszystkim motywy[9] objaśniające powody ustanowienia danych aktów prawnych oraz w razie wątpliwości i problemów stosowania prawa na styku regulacji krajowych z prawem unijnym – orzecznictwo TSUE[10].

1. Zarys problemu na tle *ustawy o leczeniu niepłodności*

25 czerwca 2015 r. została uchwalona *ustawa o leczeniu niepłodności*[11], zwana dalej „u.l.n.", która weszła w życie 1 listopada .2015 r. Natomiast kilka dni wcześniej, bowiem

w przypadku dyrektyw. O dyrektywach będzie mowa poniżej. W związku z traktatami UE, por. także przepisy dotyczące źródeł prawa, w szczególności art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i art. 91 ust. 1-3 Konstytucji RP z 02.04.1997 r., Dz. U Nr 78, poz. 483 ze zm.

[7] W tym względzie mam na myśli krajowe materialne i proceduralne regulacje prawne UE, które są różnie ukształtowane w poszczególnych państwach członkowskich jako ściśle powiązane z historią, kulturą i ewolucją społeczną w danym kraju. Pomimo, że mówi się, iż celem Unii Europejskiej jest stworzenie wspólnych przepisów prawa rodzinnego, to jednak chodzi o stworzenie takiej wspólnej regulacji europejskiej, aby obywatele Europy nie napotykali na utrudnienia w wykonywaniu swoich praw, w tym wynikajacych z orzeczeń sądów krajowych, z tego, że mieszkają w różnych państwach Unii Europejskiej lub przenieśli się do innego państwa.Na uwagę zasługuje również orzeczenie ETPCz z 10.01.2017 r.w sprawie Babiarz przeciwko Polsce (skarga nr 1955/10), z którego wynika, że także ETPCz jest ostrożny w sytuacji możliwości ingerencji w prawo krajowe dotyczące kwestii rodzinno-prawnych. Ta sprawa dotyczyła prawa do rozwodu (dostępna w j. angielskim na: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-170344"]}).

[8] Również do tego celu powinny dążyć sądy krajowe i wielokrotnie tak jest dzięki orzecznictwu Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, bowiem „Prawo (czy konstytucja) jest tym, o czym sądy mówią, że tym jest" – H.L.A. Hart, Pojęcie prawa, Warszawa 1998, s. 193, *loc. cit.* w: B. Czech, Z rozważań nad orzecznictwem sądów dotyczącym Prawa o aktach stanu cywilnego. Wypowiedź na Konferencji 70 lat USC, „Metryka" 2016/2, s. 62.

[9] To jest immamentnie powiązane z treścią dyrektywy uzasadnienie jej wydania. Uzasadnienie to objaśnia relacje danego aktu prawnego do innych aktów UE, lub tych, którymi Unia jest związana, oraz wskazuje wartości leżące u podstaw istnienia UE, które ma realizować i chronić. Rozporządzenia UE również poprzedzone są uzasadnieniem wyjaśniającym motywy decyzji legislacyjnych.

[10] Który orzekając w trybie prejudycjalnym dokonuje wykładni prawa na podstawie art. 104 i wykładni wcześniej wydanego wyroku, co do jego znaczenia lub skutków na podstawie art. 158 Regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z dnia 25 września 2012 r. (Dz.U. L 265 z 29.9.2012; sprostowanie Dz.U. L 173 z dnia 30 czerwca 2016, s. 108) w brzmieniu zmienionym w dniu 18 czerwca 2013 r. (Dz.U. L 173 z 26.6.2013, s. 65) i w dniu 19 lipca 2016 r. (Dz.U. L 217 z 12.8.2016, s. 69); tekst skonsolidowany dostępny na: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pl.pdf.

[11] Dz. U. z 2015 r. poz. 1087.

11 czerwca 2015 r. TSUE wydał przeciwko Polsce wyrok[12], dotyczący kwestii implementacji dyrektyw unijnych, m.in. właściwych dla procesu *in vitro*, regulowanego w polskiej *ustawie o leczeniu niepłodności*. Jak można przeczytać w uzasadnieniu do projektu u.l.n.[13], jej celem jest ochrona zdrowia rozrodczego oraz stworzenie warunków dla stosowania metod leczenia niepłodności w sposób chroniący prawa osób dotkniętych niepłodnością oraz dzieci urodzonych w wyniku stosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji. Można też przeczytać, że „tylko jedno z przedmiotowych pojęć" (tj. komórek rozrodczych i zarodków) zostało zdefiniowane w przepisach dyrektyw unijnych, dlatego do ustawy została wprowadzona definicja pojęcia „zarodek".

W uzasadnieniu do projektu ustawy podaje się, że definicja zarodka została wprowadzona wyłącznie na potrzeby właściwej interpretacji i stosowania przepisów ustawy, a zatem w oderwaniu od ujęcia systemowego. Twierdzi przy tym, że definicja zarodka „ma charakter **definicji biologicznej** (podkreślenie: GN) i w tym kontekście została opisana w sposób możliwie najbardziej przejrzysty i jednoznaczny. Celem zastosowania takiej definicji było wykluczenie możliwości wielorakiej interpretacji tego pojęcia, co mogłoby w efekcie prowadzić do zawężającego stosowania przepisów projektowanej ustawy, a tym samym do zmniejszenia wynikającej z niej ochrony zarodka". Nie wyjaśniono jednak, czym jest „definicja biologiczna" w kontekście definicji legalnej (prawnej), czy może jest to nowa kategoria definicji prawnych (ustanowionych przez ustawodawcę w przepisie prawa), czy jest tożsama z definicją uwzględniającą najnowsze osiągnięcia badań naukowych odnoszących się do zarodka, wprowadzoną przez TSUE, czy jest tylko definicją intuicyjną. Nie określono w końcu relacji definicji biologicznej do legalnej (prawnej lub jurydycznej – w rozumieniu: „pochodzącej z wykładni sadowej") definicji europejskiej uchwalonej przez TSUE w składzie Wielkiej Izby, a opartej na osiągnięciach i dowodach naukowych, o czym poniżej. Mówiąc o tekstach prawnych należy używać pojęć języka prawniczego i prawnego, którym posługuje się tekst prawny albo doktryna porządkująca i uwzględniająca najnowszą wiedzę naukową na dany temat. W art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. ustawodawca formułuje definicję legalną – zarodka – który ma oznaczać „grupę komórek powstałą wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy". W przypisie 1 u.l.n. wskazuje się, wbrew wnioskom płynącym z wyroku C-29/14, że ustawa ta wdraża

[12] W sprawie zainicjowanej przez Komisję Europejską, C-29/14, EU:C:2015:379. O jego treści wspomnę w dalszej części publikacji.

[13] Http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3245.

dyrektywy UE, w tym: *2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich*[14] oraz *2012/39/UE Komisji z 26.11.2012 r. zmieniającej dyrektywę 2006/17/WE w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących badania tkanek i komórek ludzkich w zakresie dotyczącym komórek rozrodczych i zarodków*[15].

Z motywu nr 7[16] dyrektywy 2004/23/WE wynika, że ma ona zastosowanie do tkanek i komórek, w tym produktów krwiotwórczych, krwi pępkowej i komórek macierzystych szpiku kostnego, komórek rozrodczych (komórki jajowe, sperma), tkanek i komórek płodu oraz dorosłych i zarodkowych komórek macierzystych. Z motywu nr 6 wynika, że obejmuje tkanki i komórki przeznaczone do stosowania w wytwarzaniu produktów przemysłowych, w tym urządzeń medycznych, wyłącznie jeśli chodzi o oddawanie, pobieranie i testowanie. Natomiast przetwarzanie, konserwowanie, przechowywanie i dystrybucja podlegają innemu ustawodawstwu wspólnotowemu. Zastosowanie może mieć również *dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 06.11.2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi*. Ponadto motyw nr 22 stanowi, że „Niniejsza dyrektywa respektuje prawa podstawowe i przestrzega zasad uwzględnionych w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz uznaje za właściwą Konwencję o ochronie praw człowieka i godności jednostki ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologicznych i medycznych: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie. **Ani Karta, ani Konwencja nie zawiera niebudzącego wątpliwości przepisu dotyczącego harmonizacji ani nie zabrania Państwom Członkowskim stosowania bardziej rygorystycznych wymogów w ustawodawstwie krajowym**" (podkreślenie: GN).

Dyrektywa 2004/23/WE, w art. 3 lit. a, wprowadza m.in. definicję „**komórki**", która oznacza „pojedyncze komórki ludzkie lub zbiór komórek ludzkich niezwiązanych żadnego rodzaju tkanką łączną". Natomiast dyrektywa 2006/17/WE[17], w zakresie niezmienionym dyrektywą Komisji 2012/39/UE, w art. 1 lit. a, definiuje „**komórki rozrodcze**", które oznaczają **wszystkie tkanki i komórki przeznaczone do zastosowania w celu wspomaganego rozrodu**. Natomiast *Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka*

[14] Dz. Urz. UE L 102 z 7.04.2004 r.
[15] Dz. Urz. UE L 327 z 27.11.2012 r.
[16] Zob. przyp. 6.
[17] Z 08.02.2006 r. wprowadzająca w życie dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących dawstwa, pobierania i badania tkanek i komórek ludzkich (Dz. Urz. UE L 38 z 9.02.2006 r.).

i biomedycynie[18], szeroko powoływana w uzasadnieniu projektu ustawy[19], używa pojęcia „**istoty ludzkiej**" („Artykuł 2 – Prymat istoty ludzkiej. Interes i dobro osoby ludzkiej przeważa nad wyłącznym interesem społeczeństwa lub nauki"), reguluje kwestie „**genomu ludzkiego**" w rozdziale IV oraz w art. 18, zatytułowanym „**Badania na embrionach *in vitro***"[20] stanowi, że „**Jeżeli prawo zezwala na przeprowadzanie badań na embrionach in vitro, powinno ono zapewnić odpowiednią ochronę tym embrionom**" (ust. 1), oraz że „**Tworzenie embrionów ludzkich dla celów naukowych jest zabronione**" (ust. 2) (podkreślenie: GN).

Szkoda, że polski ustawodawca w u.l.n. zdaje się pomijać ochronę embrionów i nie dostrzega regulacji prawnych Unii Europejskiej, zakazujących testowania na embrionach, natomiast dopuszczających selekcję dawców komórek rozrodczych i wskazujących wymagane badania laboratoryjne[21]. W uzasadnieniu projektu u.l.n. stwierdzono jedynie, iż „Projekt ustawy jest również zgodny z postanowieniami Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie (…) poprzez wprowadzenie do ustawodawstwa polskiego zakazu tworzenia chimer i hybryd oraz zakazu klonowania człowieka, ograniczenia możliwości ingerowania w genom ludzki, doboru płci, jak również innych cech dziecka", a więc odniósł się tylko do jednego problemu[22] związanego z tworzeniem embrionów ludzkich, ale nie ich ochroną. Nie zmienia tego także stwierdzenie (w dalszej części uzasadnienia), że zakresem regulacji objęte są „zasady ochrony zarodka i komórek rozrodczych w odniesieniu do ich zastosowania w biologii i medycynie w związku z leczeniem niepłodności".

Stanowiska ogólnie zbieżne z treścią uzasadnienia projektu zawarte zostały w dwóch z pięciu opinii Biura Analiz Sejmowych[23]. Wskazać należy, że w opinii Marka Chmaja stwierdzono m.in., iż projekt ustawy wdraża do polskiego systemu prawnego regulacje unijne,

[18] Zwana w literaturze „Europejską Konwencją Bioetyczną", sporządzona w Oviedo 04.04.1997 r. Polska nie jest jeszcze stroną tej Konwencji, choć już ją podpisała w 1999 r. – potrzebna jest jeszcze ratyfikacja. Zob. treść Konwencji i protokołów dodatkowych w: Międzynarodowe standardy bioetyczne. Dokumenty i orzecznictwo, Tadeusz Jasudowicz, Jakub Czepek, Julia Kapelańska-Pręgowska, Warszawa 2014.

[19] Https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/230033/katalog/230084#230084.

[20] A zatem posługuje się pojęciem „embrionu" co do zasady.

[21] W dyrektywie 2006/17/WE. Na temat praktyki *in vitro* w Polsce: internetowa relacja konferencji pn. W kręgu nauki. Trudna ciąża – od lęku do nadziei, Warszawa 2016: http://www.salvetv.pl/.

[22] Uregulowanego w europejskim prawie patentowym, o czym będzie dalej, które zdaje się mieć mało wspólnego z leczeniem niepłodności, będąc w zainteresowaniu badań naukowych i ewentualnym wykorzystaniu przemysłowym.

[23] Opinie do druku sejmowego nr 3245 na: http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3245.

co stoi w opozycji do wyżej wspomnianego wyroku TSUE w sprawie C-29/14 *Komisja przeciwko Polsce*[24].

W tym miejscu konieczne staje się wskazanie, że w znaczeniu synonimicznym, czy słownikowym, a także w języku potocznym i specjalistycznym (medycznym) pojęcie „embrion" jest uznawane za tożsame z pojęciem „zarodka". Słowo „embrion" pochodzi z języka greckiego i oznacza właśnie zarodek[25].

Wobec wyżej wspomnianego skomplikowania regulacyjnego[26] i wynikających z niego różnic pojęciowych, istotne znaczenie i rolę może mieć orzecznictwo sądu krajowego, stojące przed dylematem wyboru między ustawą, Konwencją bioetyczną a dyrektywami[27] w celu ustalenia właściwego znaczenia pojęć: embrion, zarodek, istota ludzka, dziecko poczęte (*nasciturus* – pojęcie używane w materiałach piśmienniczych od czasu prawa rzymskiego).

2. Linia orzecznicza TSUE dotycząca pojęcia „embrionu ludzkiego"

Analizując ewaluację orzecznictwa TSUE w przedmiocie badań DNA, pojęcia „embrionu ludzkiego" i elementu wyizolowanego z ciała ludzkiego, zauważyć należy konsekwentną drogę zmierzającą do przeciwdziałania pokusom nadużyć dotyczących – lakonicznie ujmując – embrionu i ciała ludzkiego, ich przedmiotowego traktowania, a zatem do ich ochrony. Problem ochrony embrionu w UE pojawił się na gruncie tylko pozornie innej

[24] Por. opinie Jana Lipskiego, Teresy Gardockiej i Aleksandra Stępkowskiego do druku sejmowego nr 3245.

[25] Używanie różnych pojęć prawnych przez polskiego ustawodawcę a odnoszących się do tej samej lub podobnej materii (zbliżonej poprzez: odesłanie w motywach dyrektyw, wskazanych w niniejszym artykule, do tych samych wartości i przez powiązanie charakteru regulacji, których łącznikiem jest cel ochrony godności ludzkiej) zdaje się zaciemniać istotę regulacji ochronnych. Zob. np. J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009; L. Bosek, M. Królikowski, Współczesne wyzwania bioetyczne, Warszawa 2010; A. Wnukiewicz-Kozłowska, Zdolność patentowa embrionu ludzkiego w kontekście orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 października 2011 r. w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace, „Przegląd Sejmowy" 2012/4(111); J. Ostojska, O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro. Praca konkursowa nadesłana na II edycję Konkursu na najlepszy esej poruszający tematykę prawa medycznego, „Prawo i Medycyna" 2012/46.

[26] Chodzi o to, że zastosowanie mają powyżej wskazane akty różnej rangi i oddziaływania na prawo krajowe.

[27] Stanowienie dyrektyw uległo rozwojowi i ich przepisy mogą mieć charakter zupełny, niedający Państwom możliwości przyjęcia innej regulacji, niż w niej przyjęte. Por.: K. Wójtowicz, Istota i źródła prawa wspólnotowego; konsekwencje dla prawa krajowego, w: Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym, redaktor naukowy M. Kruk, Warszawa 1997; W. Czapliński, Akty prawne wspólnot europejskich w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, w: ibidem; Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo. Tom I. Prawo instytucjonalne pod redakcją Władysława Czaplińskiego, Rudolfa Ostrihansky, Przemysława Saganka, Anny Wyrozumskiej, Warszawa 1997; Z. Knypl, Wprowadzenie do prawa europejskiego, Warszawa 1997, s. 49.; J. Sozański, Prawa człowieka w systemach prawnych Wspólnot i Unii Europejskiej, Warszawa 2008; J. Galster, C. Mik, Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu, Toruń 1998; C. Mik, Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki, Warszawa 2000 oraz inne publikacje dot. prawa UE.

sprawy (naukowego czy przemysłowego jego wykorzystania) od tej regulowanej polską *ustawą o leczeniu niepłodności*.

1. Wyrokiem *Królestwo Niderlandów przeciwko PE i Radzie* z 09.10.2001 r. (C-377/98[28]), dotyczącym stwierdzenia nieważności *dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 06.07.1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych* (zwanej dalej „dyrektywą 98/44" lub „dyrektywą patentową")[29], TSUE zapoczątkował dalsze wyjaśnienie pojęć zawartych w dyrektywie 98/44, co doprowadziło do przyjęcia przez TSUE uniwersalnej i obowiązującej w porządku prawnym UE definicji „embrionu ludzkiego".

W wyżej wymienionej sprawie C-377/98 nie pierwszy raz powtórzone zostało sformułowane przez Trybunał stanowisko, że jeśli różnice wynikają z (ewentualnie) niespójnej wykładni pojęć użytych w międzynarodowych instrumentach prawnych, których stronami są państwa członkowskie UE, to co do zasady nic nie stoi na przeszkodzie wydaniu dyrektywy jako środka do zapewnienia wykładni podobnych pojęć, wspólnej dla państw członkowskich. Zbliżanie ustawodawstw państw członkowskich nie stanowi zatem celu incydentalnego lub pomocniczego dyrektywy, lecz odpowiada samej jej istocie. Margines tzw. swobody, pozostawiony państwom członkowskim dla wykonania dyrektywy, nie jest dyskrecjonalny, ponieważ **dyrektywa ogranicza pojęcia w niej użyte**. Zatem **prawodawca wspólnotowy dostarcza wskazówek dla korzystania z tych pojęć**. Dyrektywy nie można uznać za sprzeczną z zasadą pewności prawa z tego powodu, że odsyła w zakresie sposobów jej wykonania do pojęć znanych w prawie państw członkowskich, precyzując ich treść oraz granice, a przez to uwzględnia specyfikę poruszanej materii. Do kompetencji TSUE, w ramach kontroli zgodności aktów instytucji z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, należy czuwanie nad poszanowaniem prawa podstawowego do godności ludzkiej i integralności osoby. **Należyte poszanowanie godności ludzkiej gwarantuje art. 5 ust. 1 dyrektywy, który zakazuje wykorzystywania ciała ludzkiego, w różnych jego stadiach formowania się i rozwoju, w sposób przedmiotowy.** Zatem ani ciało ludzkie, ani jego części, zgodnie z wyrokiem TSUE, nie mają same z siebie zdolności patentowej.

Dodatkowo art. 6 dyrektywy 98/44 wyłącza z kwestii zdolności patentowej sposoby klonowania ludzi, modyfikacji tożsamości genetycznej linii zarodkowej człowieka, wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych, a także

[28] ECLI:EU:C:2001:523.
[29] Dz. Urz. UE L 213 z 30.07.1998 r.

wykluczona jest możliwość udzielenia patentu na sposoby, których wykorzystanie narusza godność człowieka.

2. Z kolei rozpoznając skargę *Komisji Europejskiej przeciwko Republice Włoskiej*[30] Trybunał podkreślił, że stan prawny wynikający z krajowych środków dokonujących transpozycji musi być dostatecznie precyzyjny i jasny, aby zainteresowani mieli możliwość poznania zakresu swoich praw i obowiązków, gdyż to umożliwia w większym stopniu osiągnięcie celów dyrektywy. „W szczególności istnienie ogólnych zasad prawa konstytucyjnego lub administracyjnego może spowodować, że transpozycja za pomocą szczególnych środków ustawowych lub wykonawczych stanie się zbędna, jednak pod warunkiem, że zasady te rzeczywiście zapewniają pełne zastosowanie przepisów dyrektywy przez krajową administrację oraz że w przypadku, gdy sporny przepis dyrektywy ma na celu przyznanie praw obywatelom, stan prawny wynikający z tych zasad jest dostatecznie precyzyjny i jasny, a uprawnieni mają możliwość rozeznania się we wszystkich przysługujących im prawach i w razie potrzeby powołania się na nie przed sądem krajowym" (podkreślenie: GN).

Trybunał podkreślił, że motyw nr 40 dyrektywy patentowej uzasadnia, iż możliwość udzielenia patentu na sposoby klonowania ludzi musi być wyraźnie wyłączona, ponieważ w tej sprawie istnieje zgoda we Wspólnocie. Wykluczając zdolność patentową sposobów i zastosowań wymienionych w art. 6 ust. 2 dyrektywy patentowej jednocześnie **przepis ten zmierza do przyznania wyraźnego prawa w tym zakresie, jego pewności**.

3. W sprawie *Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV* (C-34/10)[31], mającej za przedmiot wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez *Bundesgerichtshof* (Federalny Sąd Najwyższy RFN), TSUE wydał wyrok dotyczący wykładni art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44 (Marek Safjan – sprawozdawca). Wniosek został złożony w ramach wszczętego przez Greenpeace eV postępowania o unieważnienie patentu O. Brüstle, który dotyczył progenitorowych komórek nerwowych, sposobów ich wytwarzania z embrionalnych komórek macierzystych, jak również ich wykorzystania do celów terapeutycznych wad układu nerwowego.

W specyfikacji patentowej podano, iż transplantacja komórek mózgowych do układu nerwowego stanowi obiecującą metodę leczenia licznych chorób neurologicznych, a także że istnieją już pierwsze zastosowania kliniczne, w szczególności u pacjentów dotkniętych chorobą Parkinsona. Transplantacja komórek progenitorowych zdolnych do dalszego rozwoju

[30] Wyrok z 16.06.2005 r., C-456/03, ECLI:EU:C:2005:388.
[31] Wyrok w składzie Wielkiej Izby TSUE z 18.10.2011 r., ECLI:EU:C:2011:669.

niezbędna jest zatem do leczenia wad układu nerwowego a ten rodzaj komórek występuje podczas fazy rozwoju tkanek mózgowych embrionów ludzkich. Patent ten dotyczył wytwarzania praktycznie nieograniczonej ilości komórek progenitorowych, posiadających cechy neuronalne lub glejowe, pozyskiwanych z embrionalnych komórek macierzystych. *Bundespatentgericht* (Federalny Sąd Patentowy) uznał rozpatrywany patent za nieważny, ponieważ dotyczy on komórek progenitorowych pozyskanych z ludzkich embrionalnych komórek macierzystych oraz metod wytwarzania tych komórek. Niemiecki Federalny Sąd Patentowy - zważywszy na to, że art. 6 ust. 2 dyrektywy 98/44 nie pozostawia państwom członkowskim żadnego zakresu uznania co do braku zdolności patentowej wyliczonych w nim sposobów i zastosowań[32], zwłaszcza do definicji embrionu, choć nieuściślonej – uznał, że nie można uważać za wyraz pozostawienia państwom członkowskim zadań uszczegółowienia art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy. Dlatego zwrócił się do TSUE o wykładnię pojęcia „embrionu", bowiem może ona być jedynie europejska i jednolita.

Rzecznik Generalny TSUE[33] w przedstawionej Trybunałowi opinii zaznaczył, że *Bundesgerichtshof*, zwracając się do Trybunału w rzeczywistości zadał fundamentalne pytanie o to, co należy rozumieć pod pojęciem embrionu ludzkiego, nawet jeżeli odpowiedź na nie powinna być udzielona wyłącznie w kontekście dyrektywy 98/44, czyli do celów wynalazków biotechnologicznych[34]. Podkreślił również, że cel harmonizacji na warunkach ustanowionych przez dyrektywę 98/44 „uwzględnia względy etyczne w taki sposób, by uniknąć sytuacji, w której gospodarcze funkcjonowanie rynku stwarzałoby konkurencję za cenę poświęcenia wartości na których opiera się Unia. (…) Unia jest nie tylko rynkiem, który należy regulować, lecz również opiera się na wartościach, które należy wprowadzać w życie. **Zasada godności ludzkiej została uznana przez Trybunał za ogólną zasadę prawa, nawet przed zapisaniem jej w art. 2 Traktatu UE jako wartości, na której opiera się Unia**"[35] (podkreślenie: GN). Podniósł także, że rozwiązanie problemu prawnego, które będzie możliwe do zaakceptowania przez wszystkie państwa członkowskie, może powstać tylko na podstawie analizy prawnej przeprowadzonej w oparciu o informacje, które są obiektywne i wynikają z nauki. „**Za obiektywną informację również należy uznać milczenie nauki lub niemożność wykazania przez nią czegoś**". Chociaż Rzecznik w pkt 48 i 49 swojej opinii podkreślił, że zaproponowane przez niego rozwiązanie będzie miało znaczenie wyłącznie

[32] Zob. wyroki z 09.10.2001 r. w sprawie C-377/98 Niderlandy przeciwko Parlamentowi i Radzie, ECLI:EU:C:2001:523 oraz z 16.06.2005 r. w sprawie C-456/03 *Komisja przeciwko Włochom*.

[33] Yves Bot, francuski prawnik, doktor nauk prawnych, prokurator.

[34] Opinia Rzecznika Generalnego dostępna jest w polskim tłumaczeniu na stronie Internetowej CURIA, w części odnoszącej się do omawianego wyroku, ECLI:EU:C:2011:138.

[35] Konstytucja RP stanowi natomiast o przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka w art. 30.

w momencie jego przyjęcia, ponieważ postęp wiedzy naukowej może doprowadzić do jego zmiany w przyszłości oraz, że definicję prawną należy umiejscowić w ramach rozpatrywanej dyrektywy technicznej, a także z definicji tej nie należy wywodzić skutków prawnych dla innych dziedzin, „które chociaż dotyczą życia ludzkiego, to jednakowoż mają inny kontekst oraz przede wszystkim wykraczają poza zakres prawa Unii”[36]. Wskazując na problem aborcji Rzecznik wyraził pogląd, że nie godzi się porównywać kwestii ewentualnego wykorzystania embrionów do celów przemysłowych lub handlowych z prawem krajowym, którego celem jest znalezienie rozwiązań w trudnych sytuacjach indywidualnych. Jednakże określenie przez TSUE rozumienia pojęcia „embrion ludzki” ma znacznie większe znaczenie, niż się zdaje *prima facie*.

Rzecznik podniósł, że dyrektywa, dzięki rozważnie użytych w niej terminów prowadzi nie do zdefiniowania życia, ale ciała ludzkiego, ponieważ właśnie **ciału ludzkiemu w różnych stadiach formowania się i rozwoju dyrektywa 98/44 zapewnia ochronę**[37]. Ponadto zaakcentował, że chociaż współczesna nauka potrafi dostarczyć rzeczowej wiedzy na temat procesów biologicznych, zachodzących od poczęcia do narodzin, to nie jest ona jeszcze w stanie odpowiedzieć na pytanie, od jakiego momentu można mówić o początkach „osoby ludzkiej”[38], gdyż niemożliwe jest wskazanie momentu, w którym pojawia się życie, czego przyczyną może być to, że nie jesteśmy w stanie go zdefiniować[39]. Jednak nauka uczy nas, że rozwój od chwili poczęcia rozpoczyna się od kilku komórek, istniejących w swoim początkowym stanie wyłącznie przez kilka dni (komórki totiopotentne), których charakterystyczną cechą jest to, że **każda z nich ma zdolność rozwinięcia się w pełną istotę ludzką**, dlatego już te komórki należy uznać za embriony z punktu widzenia prawa, niezależnie czy przed, czy po ich zagnieżdżeniu się[40]. Rzecznik wskazał także, że nie

[36] Wypowiedź Rzecznika Generalnego dotyczyła przywołania na rozprawie wyroków w sprawach aborcji.

[37] Opinia Rzecznika Generalnego, pkt 72-75.

[38] Rzecznik „dotknął” jednak trudnego problemu terminologicznego przy odróżnianiu „osoby”, „człowieka”, „istoty ludzkiej”, bowiem krzyżują się tu płaszczyzny: biologiczna, psychologiczna, filozoficzna, prawna. Problem ten podniósł również B. Czech: „Zauważyć też trzeba, że w polskim języku prawnym panuje chaos w zakresie wyrażeń, których desygnatem jest człowiek w biologicznym znaczeniu tego terminu na gruncie niekwestionowanej filogenetycznej koncepcji gatunku przed chwilą urodzenia („płód”, „embrion”, „dziecko poczęte”, „dziecko nienarodzone”) ” – B. Czech, Wykładnia prawa i niezawisłość sędziowska a zdrowy rozsądek (zagadnienia wybrane), w: Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego. Tom 2. pod red. Jacka Gudowskiego i Karola Weitza, Warszawa 2011, s. 2742-2743 oraz B. Czech, Z rozważań nad postępowaniem i orzecznictwem w sprawach rodzinnych (niezawisłość sędziowska, sprawy o rozwód, sprawy opiekuńcze małoletnich, sędziowie rodzinni, dobro dziecka, opinie biegłych, „Rodzina i Prawo” 2012/20-21, s. 18-20 i cytowane w tych publikacjach dzieła.

[39] Opinia Rzecznika Generalnego, pkt 79-81; zob. także P. Łącki, Ludzkie embriony i godność człowieka w świetle prawa patentowego. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 października 2011 r. w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace, „Przegląd Sejmowy” 2012/4(111).

[40] Rozważać już należy zarówno naturalne środowisko kobiety, czy sztuczną macicę, jako miejsce zagnieżdżenia się i rozwoju (w 2002 r. zespół badaczy z Cornell University w Wielkiej Brytanii poinformował,

dostrzega powodów, dla których należałoby odmówić kwalifikacji prawnej embrionu w przypadkach zapłodnienia *in vitro*, a z drugiej strony dodał niejasno: „chyba że są one przeprowadzane w celu umożliwienia parze posiadania dziecka"[41]. Nie wydaje się zatem właściwe pominięcie przez polskiego projektodawcę u.l.n. zarówno tych rozważań Rzecznika, jak i niżej cytowanej definicji prawnej embrionu (zarodka), przyjętej przez TSUE w 2011 r. i 2014 r. w składzie Wielkiej Izby.

W sprawie Brüstle[42] TSUE określił, że **względy jednolitego stosowania prawa Unii oraz zasady równości wskazują na to, że treści przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia swego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii autonomiczną i jednolitą wykładnię**. Brak jednolitej definicji pojęcia embrionu ludzkiego mógłby stanowić zagrożenie, że twórcy pewnych wynalazków biotechnologicznych występowaliby z wnioskiem o ich opatentowanie w państwach członkowskich, w których przyjętoby najwęższą - czyli najdalej zezwalającą – koncepcję pojęcia embrionu ludzkiego. Dlatego ustalenie znaczenia i zakresu pojęć, których definicji prawo Unii nie zawiera, powinno być dokonywane zwłaszcza z uwzględnieniem kontekstu, w którym są one używane oraz celów uregulowania. Z kontekstu i celu dyrektywy wynika zaś, że prawodawca Unii zamierzał wykluczyć jakąkolwiek możliwość udzielenia patentu w sytuacji, **w której szacunek przynależny godności ludzkiej mógłby zostać naruszony, dlatego pojęcie „embrion ludzki" zgodnie z art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy patentowej trzeba rozumieć szeroko**. Uściślił także, że celem dyrektywy nie jest regulacja wykorzystywania embrionów ludzkich w ramach badań naukowych. Jednakże, nawet jeśli cel badań naukowych należy odróżnić od celów przemysłowych lub handlowych, to wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów badań, które miałyby stanowić przedmiot wniosku patentowego, nie może być oddzielone od samego patentu i praw z nim związanych. Dlatego trzeba wyłączyć ze zdolności patentowej wynalazek zakładający **pobranie komórki macierzystej z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, wiążący się ze zniszczeniem tego embrionu (zarodka)**. Okoliczność, że do tego zniszczenia dochodzi na etapie dużo wcześniejszym od tego, który jest przedmiotem samego wynalazku, jak w wypadku wytwarzania embrionalnych komórek macierzystych z linii komórek macierzystych, której

że po raz pierwszy w historii udało się stworzyć sztuczną błonę śluzową macicy. Podobne sygnały dotarły również z Japonii, gdzie pracowano nad macicą wykonaną ze sztucznego tworzywa, wypełnioną płynem owodniowym utrzymywanym w temperaturze ciała: http://www.poradnikzdrowie.pl/ciaza-i-macierzynstwo/leczenie-nieplodnosci/Nowoczesne-metody-leczenia-nieplodnosci-terazniejszosc-i-przyszlosc_35722.html?page=1&).

[41] Opinia Rzecznika Generalnego, pkt 84-88.

[42] C-34/10.

samo utworzenie oznaczało zniszczenie embrionów ludzkich, pozostaje w tym względzie bez znaczenia. Pozostawienie poza zakresem wyłączenia ze zdolności patentowej zastrzeżonej wiedzy technicznej z tego względu, że nie wspomina ona o wykorzystywaniu embrionów ludzkich, wiążącym się z ich wcześniejszym zniszczeniem, powodowałoby w rezultacie pozbawienie skuteczności (*effet utile*) rozpatrywanego przepisu, co umożliwiałoby obejście jego zastosowania poprzez zręczne zredagowanie zastrzeżenia[43].

Ostatecznie TSUE w sprawie Brüstle zdefiniował pojęcie „embrionu ludzkiego" (zarodka) określając, że jest nim „**każda ludzka komórka jajowa począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy**". Do sądu krajowego należy zaś ustalenie, **w świetle rozwoju nauki**, czy komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi „embrion ludzki" w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44. Ponadto wyłączenie wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych, o którym mowa w art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44, ze zdolności patentowej dotyczy również wykorzystywania do celów badań naukowych, bowiem przedmiotem patentu może być jedynie wykorzystywanie do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które jest **stosowane do embrionu ludzkiego i jest dla niego użyteczne, a nie z wykorzystaniem embrionu**. Zatem art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44 wyłącza zdolność patentową wynalazku, gdyż wiedza techniczna będąca przedmiotem wniosku patentowego wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich lub ich użycia jako materiału wyjściowego, bez względu na stadium rozwoju, w którym do tego dochodzi, a nawet gdy opis zastrzeżonej wiedzy technicznej nie wspomina o wykorzystywaniu embrionów ludzkich.

4. Zasada prawa UE *w sprawie Brüstle* została potwierdzona, z wyjątkiem wskazanym poniżej, w kolejnym wyroku w TSUE w składzie Wielkiej Izby z 18.12.2014 r. w sprawie *International Stem Cell Corporation przeciwko Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (C-364/13[44] - M. Safjan – sprawozdawca). Trybunał powtórzył, że wyrażenie **„embrion ludzki" należy uznać za autonomiczne pojęcie prawa Unii**, które podlega jednolitej wykładni na jej obszarze[45], o ile organizm ten może „zapoczątkować proces

[43] Por. regulacje ustawy o leczeniu niepłodności, np. art. 21, 22, 36 i inne oraz analizę dokonaną przez M. Szałajko, Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki, „Rodzina i Prawo" 2014/28.

[44] ECLI:EU:C:2014:2451.

[45] Zob. wyrok Brüstle.

rozwoju jednostki ludzkiej". W konsekwencji, w sytuacji gdy niezapłodniona ludzka komórka jajowa nie spełnia przesłanki wrodzonej zdolności rozwinięcia się w jednostkę ludzką, sama okoliczność, iż organizm ten rozpoczyna proces rozwoju, nie jest wystarczająca do uznania go za „embrion ludzki"[46]. Ponadto w sprawie w postępowaniu głównym zmieniono wnioski o rejestrację, aby wykluczyć ewentualność zastosowania dodatkowych manipulacji genetycznych, dlatego TSUE mógł stwierdzić, że „niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która w drodze partenogenezy została pobudzona do podziału i rozwoju, nie stanowi «embrionu ludzkiego» w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w świetle aktualnej wiedzy naukowej nie ma ona jako taka wrodzonej zdolności rozwinięcia się w jednostkę ludzką, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego".

3. Wyrok TSUE przeciwko Polsce

11.06.2015 r. w sprawie *Komisji Europejskiej przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej* (C-29/14[47]) TSUE wydał wyrok, w którym stwierdził, że Polska nie objęła zakresem stosowania prawa krajowego „komórek rozrodczych, tkanek płodowych i tkanek zarodkowych", stanowiących transpozycję dyrektyw 2004/23/WE, 2006/17/WE oraz 2006/86/WE, czym uchybiła zobowiązaniom ciążącym na państwie, wynikającym z treści:

1) art. 31 dyrektywy 2004/23/WE;

2) art. 3 lit. b, art. 4 ust. 2, art. 7 dyrektywy 2006/17/WE oraz przede wszystkim załącznika III do tej dyrektywy, który jest zatytułowany „Kryteria selekcji dawców komórek rozrodczych i wymagane badania laboratoryjne, o których mowa w art. 3 lit. b i art. 4 ust. 2";

3) art. 11 dyrektywy 2006/86/WE.

Naruszenia wymienione w pkt 1 i 3 dotyczą obowiązku i terminu transpozycji przepisów dyrektyw do porządku krajowego. Jednak naruszenie przepisów wskazanych w pkt 2 pozostaje nadal aktualne i stanowi nie tylko uchybienie terminowi na implementację czy technicznym normom prawa UE, lecz także *de facto* jest naruszeniem materialnym, w którego ocenie szczególne znaczenie odgrywają motywy dyrektywy 2006/17/WE oraz treść załącznika III, określającego jakie choroby są przenoszone przez komórki rozrodcze do embrionu lub do ciała biorczyni tych komórek rozrodczych.

Z powyższych dyrektyw wynika, że chronią one zdrowie przyszłego dziecka również w stadium rozwoju embrionalnego oraz kobiety w czasie ciąży, a także godność zarodka, przez

[46] Zob.: T. Pietrzykowski, Glosa do wyroku z 18.12.2014 r., C-364/13, „Państwo i Prawo" 2015/9, s. 129-134.

[47] EU:C:2015:379.

wyeliminowanie przeniesienia na niego choroby determinującej jego zniszczenie. Niewątpliwie z dyrektywy 2006/17/WE i zmieniającej ją dyrektywy 2012/39/WE wynika, że badania tkanek i komórek ludzkich, w tym przeznaczonych do wspomagania rozrodu mają być przeprowadzone przed zastosowaniem metody sztucznej prokreacji, tj. na dawcy („na surowicy lub osoczu krwi dawcy"), komórkach rozrodczych i tych komórkach przed utworzeniem zarodka (embrionu) w celu zapobieżenia przenoszeniu zakażenia biologicznego i chorób zakaźnych, przekazywanych przez tkanki i komórki ludzkie przeznaczone do zastosowania u ludzi. Badanie tkanek i komórek oraz zastosowanie procedur ich pobierania ma być zgodne z zasadami, procesami ustanawianymi i odpowiednio aktualizowanymi według najlepszej dostępnej wiedzy naukowej, co wynika z motywów dyrektywy 2006/17/WE[48].

Zgodnie z przepisem z art. 228 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską[49]: „Jeśli Trybunał Sprawiedliwości stwierdza, że Państwo Członkowskie uchybiło jednemu ze zobowiązań, które na nim ciążą na mocy niniejszego Traktatu, Państwo to jest zobowiązane podjąć środki, które zapewnią wykonywanie wyroku Trybunału Sprawiedliwości".

4. Stanowisko nauki prawa

Wyroki TSUE w sprawie C-34/10 i C-364/13, a zwłaszcza zdefiniowanie pojęcia „embrion ludzki", wywołały dyskusję wśród przedstawicieli nauki prawa.

1. Tade Matthias Spranger w glosie do wyroku w sprawie Brüstle[50] podniósł, że Trybunał trzyma się raz obranego kierunku i stwierdza, iż zgodnie z przedmiotem dyrektywy celem prawodawcy unijnego jest wyłączenie jakiejkolwiek zdolności patentowej wówczas, gdy patent może dotyczyć poszanowania godności człowieka. W jego ocenie ani brzmienie dyrektywy, ani jej *ratio legis* nie wymagają szerokiego rozumienia pojęcia embrionu ludzkiego. Przy czym jest zdania, że wąskie rozumienie pojęcia embrionu ludzkiego - jak się wydaje z lektury glosy - pomijające niezapłodnioną komórkę jajową, do której wszczepiono jądro komórkowe z dojrzałych komórek ludzkich, w wyniku czego

[48] Zob. motywy 2, 3 i 6, a także 5 dopuszczające mniej rygorystyczne wymagania w odniesieniu do dawstwa partnerskiego.

[49] W: Traktaty: o Unii…, *s. 193*.

[50] T.M. Spranger, Case C-34/10, Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V., Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 October 2011, Universiteit Leiden, „Common Market Law Review" 2012/49/3.

powstaje – jak się wydaje - chimera, lub których podział i dalszy rozwój zostały wywołane w drodze partenogenezy, w żaden sposób nie prowadzi do zmniejszenia jego ochrony[51].

2. Weronika Wiśniewska na początku glosy[52] podniosła, że waga „przedmiotowego rozstrzygnięcia Trybunału jest znaczna, gdyż przez szeroką interpretację (…) ograniczeniu uległ przedmiotowy zakres jej (dyrektywy – przypis GN) zastosowania.". Jest ona jednak zdania, że stanowisko Trybunału w kontekście definicji embrionu jest „nieprawidłowe. (…) lakoniczne, niespójne i wybiórczo uargumentowane". Następnie Autorka przystąpiła do enumeratywnego wskazania argumentów przemawiających za przyjętą oceną. Zauważyć należy, że te argumenty stanowią zarzuty, wyliczenie czego - zdaniem Autorki – Trybunał nie uczynił w uzasadnieniu wyroku. Ponadto podnosi, że dyrektywa 98/44 uzupełnia krajowe porządki prawne a orzeczeniem tym Trybunał narzucił w całej Unii interpretację pojęcia „embrion ludzki", związanego z jednym z przykładowych wyjątków od zdolności patentowej.

W. Wiśniewska słusznie jednak zwraca uwagę na szerszy kontekst ogłoszenia przez TSUE definicji embrionu ludzkiego[53]. Zauważa zasadnie[54], że uchwalenie dyrektywy 98/44 jest tylko jedną z prawnych dróg propagowania działalności badawczej, nakierowanej na opracowanie produktów leczniczych opartych na materiale biologicznym i wdrażania terapii tymi produktami. Jednak powołując się na *rozporządzenie (WE) nr 1394/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.11.2007 r. w sprawie produktów leczniczych terapii zaawansowanej i zmieniające dyrektywę 2001/83/WE* oraz *rozporządzenie (WE) nr 726/2004*[55], pomija treść motywu nr 7.: „Uregulowania prawne dotyczące produktów leczniczych terapii zaawansowanej na poziomie Wspólnoty nie powinny kolidować z decyzjami państw członkowskich o zezwoleniu na wykorzystywanie konkretnych rodzajów komórek ludzkich, takich jak zarodkowe komórki macierzyste czy komórki zwierzęce. Nie powinny one także wpływać na stosowanie ustawodawstwa krajowego zakazującego lub ograniczającego sprzedaż, dostarczanie lub stosowanie produktów leczniczych zawierających

[51] Por. w tym względzie: T. Pietrzykowski, Glosa…, s. 131.

[52] W. Wiśniewska, Glosa do wyroku TS z dnia 18 października 2011 r., C-34/10, dostępna w Lex/El, zapowiedź glosy na: http://www.produkty.lex.pl/prawo-europejskie/komunikaty/91-nowociwaktualizacjilistopad2014.

[53] Zob. art. 23 ust. 3, a także art. 25 ust. 1 i art. 28 u.l.n., stanowiący o niedopuszczalności niszczenia zarodków, choć nie odwołujący się do omawianych wyroków i dyrektyw, ale dotyczący kwestii bardzo podobnych z uwagi na istotę pojęcia „zarodka" (embrionu) oraz uznania możliwości jego rozwoju w istotę ludzką.

[54] Bowiem, jak wynika z wyroku C-364/14, wynalazki uzyskane w inny sposób, niż przez niszczenie embrionu, mogą mieć zdolność patentową i być przedmiotem obrotu przemysłowego i handlowego.

[55] Dz. Urz. UE L 324 z 10.12.2007 r.

takie komórki, składających się z nich lub sporządzonych na ich bazie”[56], a także motyw nr 8.: „Niniejsze rozporządzenie nie narusza praw podstawowych i jest zgodne z zasadami uznanymi w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej, także uwzględnia Konwencję Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie”.

Na postanowienia *Karty praw podstawowych* powołuje się TSUE w wielu wyrokach, w tym w powyższych. Zważyć także należy na postanowienia *Konwencji bioetycznej*[57], których Wspólnota Europejska jest stroną, a także Państwa członkowskie Rady Europy[58]. *Konwencja Bioetyczna* stanowi tymczasem w rozdziale V pt. „Badania naukowe”, że badania naukowe w dziedzinie biologii i medycyny prowadzone są w sposób swobodny, jednakże z zastrzeżeniem postanowień niniejszej konwencji i innych przepisów zapewniających ochronę istoty ludzkiej (artykuł 15 [Postanowienia ogólne]). Dalej szczegółowo precyzuje, że jeżeli prawo zezwala na przeprowadzanie badań na embrionach *in vitro*, powinno ono zapewnić odpowiednią ochronę tym embrionom, ale tworzenie embrionów ludzkich dla celów naukowych jest zabronione (artykuł 18 [Badania na embrionach *in vitro*])[59].

[56] Por. art. 57 u.l.n., dot. jednak obrotu komórkami rozrodczymi i zarodkami (wywozu i przywozu poza terytorium RP).

[57] Z preambuły Konwencji: „Państwa członkowskie Rady Europy, inne Państwa i Wspólnota Europejska, sygnatariusze niniejszej konwencji uwzględniając Powszechną Deklarację Praw Człowieka (…); uwzględniając Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (…); uwzględniając Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (…) uwzględniając Konwencję o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych (…); uwzględniając również Konwencję praw dziecka (…); uznając, że celem Rady Europy jest osiąganie większej jedności jej członków oraz że jedną z metod, dzięki którym można ten cel osiągnąć, jest przestrzeganie i rozwój praw człowieka i podstawowych wolności; świadome szybkiego postępu w biologii i medycynie; przekonane o konieczności poszanowania osoby ludzkiej, zarówno jako jednostki, jak i przedstawiciela gatunku ludzkiego oraz uznając znaczenie zapewnienia godności jednostce ludzkiej; świadome, że niewłaściwe wykorzystanie biologii i medycyny może zagrażać godności ludzkiej; potwierdzając, że postęp w biologii i medycynie należy wykorzystywać dla dobra obecnych i przyszłych pokoleń; podkreślając potrzebę współpracy międzynarodowej, tak aby cała ludzkość mogła skorzystać z osiągnięć biologii i medycyny; uznając znaczenie promowania dyskusji publicznej na temat problemów wynikających z zastosowania biologii i medycyny, a także możliwych rozwiązań tych problemów; (…) uwzględniając dorobek Zgromadzenia Parlamentarnego w tej dziedzinie, w tym Zalecenie 1160 (1991) w sprawie opracowania Konwencji bioetycznej; w zamiarze stworzenia koniecznych środków gwarantujących godność ludzką i podstawowe prawa i wolności człowieka w dziedzinie zastosowań biologii i medycyny”. Konwencja obowiązuje od 01.12.1999 r., tylko w 19. państwach UE i być może instytucje UE poprzez odwołanie się do niej w motywie rozporządzenia (WE) nr 1394/2007 podejmują działanie dyscyplinujące te pozostałe państwa, zważywszy na bezpośredni skutek rozporządzeń UE w porządkach krajowych.

[58] Do której Polska przystąpiła 26.11.1991 r. oraz jest członkiem strasburskiej Rady Europy. Niestety Polska tylko podpisała Konwencję bioetyczną w 1999 r. ale jej jeszcze nie ratyfikowała, co - w związku z brzmieniem art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1-2 Konstytucji RP - znacznie obniża rangę przepisów tej Konwencji. Na wagę regulacji bioetycznych zwróciła uwagę również Rzecznik Praw Obywatelskich Irena Lipowicz w wystąpieniu do Prezesa Rady Ministrów Donalda Tuska z 07.08.2012 r., RPO-577511-I/08/KMŁ. Treść pisma RPO dostępna jest na: http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2008/01/577511/1662753.pdf

[59] Por. także: Rozdział IV. Ludzki genom., w Konwencji bioetycznej.

3. Jędrzej Maśnicki[60], analizując wyrok C-34/10 w kontekście argumentacji użytej w uzasadnieniu TSUE i przez Rzecznika Generalnego, podkreślił, że „nie jest zadaniem TS interpretacja najnowszych wyników badań, tylko interpretacja prawa, a ta została w opinii rzecznika oparta na zasadzie godności". Przywołał także ustalenia Roberta Alexy'ego, który stwierdził, że normy wyrażające godność są zarówno zasadami, jak i regułami, wśród których zasada godności ma pierwszeństwo przed zasadami przeciwstawnymi i ma bezwzględne pierwszeństwo zastosowania przed innymi regułami. Przyjęciu takiej kwalifikacji służy jej dookreślenie w *Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej* jako „nienaruszalnej".

Autor krytycznie odniósł się do zastrzeżenia Rzecznika Generalnego, odnośnie wypowiedzi, że postęp wiedzy technicznej może doprowadzić do zmiany stanowiska TSUE. J. Maśnicki uznał, że należy to traktować, jako ucieczkę od jednoznacznego rozstrzygnięcia filozoficznego statusu pojęcia godności, obecnego w aktach prawa UE. Efektem wyroku C-34/10 jest określenie granic rozwoju biomedycyny. Wyrokiem tym postawiono barierę dla dalszego rozwoju komercyjnego wykorzystania badań nad macierzystymi komórkami embrionalnymi, uznając, że stanowią potencjał do stania się istotą ludzką, co jest wystarczającą przeszkodą na drodze do ich przemysłowego zniszczenia. Wyeliminowano tym samym możliwość instrumentalnego traktowanie osoby ludzkiej i umożliwiono integralne rozumienie życia człowieka we wszystkich fazach jego rozwoju.

4. Natomiast Mariusz Muzalewski[61] stwierdził, że chociaż Trybunał nie przesądził „osobowego statusu embrionu", to jednak dał sygnał, że „pytanie o ten status jest trafniejsze niż dyskusja o embrionie jedynie jako *ciele ludzkim*, któremu przysługuje godność". Godność ludzka w glosowanym wyroku to przede wszystkim dyrektywa interpretacyjna, nakazująca określone przez TSUE rozumienie embrionów i uwzględnienie wszystkich przypadków, w których zostaje zapoczątkowany proces rozwoju jednostki ludzkiej. Natomiast przyjęcie przez Trybunał jednego kryterium ochrony prawnej embrionu, tj. możliwości rozwoju istoty ludzkiej do oceny wszystkich przypadków, kiedy jest to możliwe, oraz nieuchronności zniszczenia embrionów dla oceny odmowy zdolności patentowej powoduje, że rozstrzygnięcie to jest spójne. Okoliczność ta nie może nigdy zejść z pola uwagi interpretatora i niezależnie od tego, w jakiej dziedzinie prawa dokonuje wykładni, bowiem dobrem jest życie ludzkie. Taki standard ochrony został także wyznaczony przez Trybunał

[60] J. Maśnicki, Godność człowieka w świetle orzeczenia Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV (C-34/10), „Zeszyty Prawnicze" 2013/13.4, s. 193-210.

[61] M. Muzalewski, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 18.10.2011 r. w sprawie Brüstle, C-34/10, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2012/2, s. 183-212.

Konstytucyjny RP, orzekający w pełnym składzie w wyroku z 28.05.1997 r. (K. 26/96)[62]. Dlatego też należy mieć nadzieję, że praktyczne znaczenie wyroku C-34/10 nie ograniczy się do wąskiego zakresu zdolności patentowej wynalazków biotechnologicznych i będzie rzutowało na przyszłe orzeczenia TSUE, przede wszystkim jednak na krajowe orzecznictwo w innych sprawach, a zwłaszcza w zakresie zagwarantowania bezpieczeństwa zdrowotnego poprzez wprowadzenie reglamentacji prawnej i kontroli obrotu komórkami rozrodczymi, ochrony *in vitro*, czyli w zakresie regulacji tzw. dyrektyw tkankowych[63].

5. Tomasz Pietrzykowski[64] podniósł, że choć bezpośrednie znaczenie prawne wyroków TSUE odnosi się do zdolności patentowej wynalazków biotechnologicznych, związanych z pozyskiwaniem komórek macierzystych, to jednak dotyczą głębszego sporu etyczno-prawnego, stanowiąc pośrednio „fundamentalne pytania o kryteria i granice szczególnej ochrony prawnej opartej na wartości godności istoty ludzkiej w kontekście rozwoju biotechnologii". W ocenie T. Pietrzykowskiego, w glosowanym wyroku TSUE powtórzył to, co orzekł w sprawie Brüstle, wbrew sygnalizacji Rzecznika Generalnego Y. Bota, sugerującego przyjęcie definicji embrionu tylko na potrzeby dyrektyw patentowych. Trybunał stwierdził, że wyrażenie **„embrion ludzki" należy uznać za autonomiczne pojęcie prawa Unii**, które podlega jednolitej wykładni na jej obszarze, i nic więcej, ani mniej. Sformułowanie takie jest znamienne, bowiem jako „autonomiczne pojęcie prawa Unii", które ma podlegać jednolitej wykładni na obszarze Unii, wyraża wolę jurydycznego prawodawcy Unii Europejskiej ochrony prawnej embrionu, jako jednolitego pojęcia prawnego, podyktowaną wiedzą naukową z zakresu genetyki na temat początków indywidualnej istoty ludzkiej oraz realizacji wartości unijnych opartych na ochronie godności istoty ludzkiej. Należy zauważyć, że tymi dwoma wyrokami TSUE przyznał embrionowi podmiotowość prawną na terytorium Unii, a jego kryterium – jak podkreśla T. Pietrzykowski – stanowi „«wrodzona» zdolność do rozwinięcia się w jednostkę ludzką".

Wobec przyjęcia, że embrion jest autonomicznym pojęciem Unii, wyposażonym w podmiotowość prawną, któremu należy się ochrona prawna, powstaje ciekawa konstelacja między regulacjami prawnymi instytucji Wspólnoty UE a Rady Europy i kompetencjami orzeczniczo-prawotwórczych TSUE z jednej strony oraz Europejskiego Trybunału Praw

[62] Wyrok ten miał walor wyroku ustalającego powszechnie obowiązującą wykładnię ustaw w chwili orzekania, tracąc ten przymiot z dniem wejścia w życie aktualnie obowiązującej Konstytucji RP. Zob. także: Prawo wobec biomedycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami, pod redakcją Marka Safjana, Warszawa 2011.

[63] M. Muzalewski, Wyrok Trybunału… Zob. dyrektywy powołane w Projekcie ustawy o leczeniu niepłodności, dostępnym na: https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/230033; por. wyżej przywołane dyrektywy z wyroków TSUE, przepisy ustawy – Prawo własności przemysłowej.

[64] T. Pietrzykowski, Glosa do wyroku z 18.12.2014 r., C-364/13, „Państwo i Prawo" 2015/9, s. 129-134.

Człowieka i jego rzeczywistej możliwości ingerencji w orzecznictwo TSUE. Przyszłość pokaże, jaki wpływ może mieć omawiane orzecznictwo TSUE w sporach przed ETPCz, co może stanowić wyzwanie dla prawników.

6. Włodzimierz Bendza[65] przedstawił genezę pojmowania i definiowania zdolności prawnej *nasciturusa* w oparciu o poglądy doktryny prawa polskiego oraz orzecznictwo polskich sądów powszechnych oraz administracyjnych, Trybunału Konstytucyjnego, i decyzje legislatora. Zauważył, że tylko w krótkim czasie w latach 90. ubiegłego wieku sytuacja prawna dziecka poczętego była uregulowana w art. 8 § 2 Kodeksu cywilnego, który wyraźnie statuował podmiotowość prawną dziecka poczętego, uzależniając realizację praw majątkowych od żywego urodzenia. Jednak, pomimo że z zaprezentowanych wyroków sądów wynika, iż judykatura zmierzała do ochrony praw *nasciturusa*, np. w ramach odpowiedzialności za szkody wyrządzone dziecku w okresie prenatalnym, to nie jest możliwa realizacja przez dziecko poczęte roszczenia odszkodowawczego w oderwaniu od „dogmatycznie" pojętej zdolności prawnej, bowiem można tylko rozważać ekspektatywę roszczenia. Autor pozytywnie ocenia kierunek zmian proponowanych w art. 9 projektu części ogólnej Kodeksu cywilnego, dostrzegając, że sama Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego zauważa problemy związane z przyjęciem definicji, iż „Dziecko poczęte uważa się na urodzone gdy jest to dla niego korzystne, przy czym prawa majątkowe nabywa, jeżeli urodzi się żywe". W. Bendza konkluduje, powołując się na poglądy literatury prawniczej, że brak zdolności prawnej dziecka poczętego nie powinien zamykać rozważań jego ochrony także na płaszczyźnie cywilistycznej[66].

7. Adam Sobota[67] zwrócił uwagę, że rozważaniom na temat pozycji dziecka poczętego lecz nienarodzonego w postępowaniu cywilnym nie towarzyszy kompleksowa analiza procesowa. Słusznie zauważył, że normy postępowania cywilnego stanowią instrument mający na celu osiąganie stanów pożądanych przez prawo materialne. Pozostawiając na uboczu fakt, że w cywilnych przepisach materialnych brak jest przepisu statuującego zdolność prawną *nasciturusa*, podnieść należy, że przepisy Kodeksu postępowania cywilnego stanowią o „zdolności sądowej"[68] (do bycia stroną w procesie) w art. 64 k.p.c. i „zdolności

[65] W. Bendza, Zdolność prawna nasciturusa – ze szczególnym uwzględnieniem kwestii odszkodowawczych, „Przegląd Legislacyjny" 2016/3(97), s. 23-42.

[66] *Ibidem*, s. 41. Zob. K. Kurosz, Środki ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki w okresie ciąży. *Część 1*, „Metryka" 2016/2, s. 71-75 – Autor przedstawia analizę z punktu widzenia prawa medycznego.

[67] A. Sobota, Nasciturus jako strona postępowania cywilnego, „Rejent" 2016/4(300), s. 52-61.

[68] Posiada ją każda osoba fizyczna od chwili urodzenia do śmierci i pojęcie to jest zbliżone do rozumienia „zdolności prawnej" (art. 8 § 1 k.c.).

procesowej"[69] w art. 65 k.p.c. Jak wskazał Autor, również na gruncie procedury cywilnej trwają spory naukowe, ale co do zasady panuje zgoda, że w pewnych sytuacjach *nasciturus* ma zdolność sądową[70]. Pojawiają się jednak problemy praktyczne, związane ze wskazaniem *nasciturusa* jako strony postępowania przed sądem w kontekście wymogów art. 126 § 1 pkt 1 k.p.c. Jak przypomina A. Sobota, z korelacji przepisów materialnych z procesowymi wynika zasada, iż brak zdolności do czynności prawnych implikuje brak zdolności procesowej, której *nasciturus* nie ma. Dalej wskazuje, że art. 66 k.p.c. rozwiązuje problem braku zdolności procesowej osoby fizycznej, dając możliwość podejmowania czynności przed sądem w jej imieniu przez przedstawiciela ustawowego, ale *nasciturus* nie ma przedstawiciela ustawowego ustanowionego *ex lege*, jak w sytuacji dziecka urodzonego[71]. Dlatego, dla strzeżenia przyszłych praw nienarodzonego dziecka, konieczne jest ustanowienie przez sąd kuratora z art. 182 k.r.o. (*curator ventris*)[72]. A. Sobota, w celu oznaczenia *nasciturusa* jako strony, proponuje zastosowania fikcji faktycznej, przez wykorzystanie i wskazanie w pismach procesowych danych matki, wykorzystując zasadę *mater sempter certa est*. Wskazać należy, jak się wydaje, że konieczne byłoby wprowadzenie legalnej fikcji prawnej dla *nasciturusa*, podobnej do rozwiązania przyjętego w art. 61^9 k.r.o. i uregulowanie spraw jego dotyczących odrębnie, żeby nie powstawał konflikt prawny związany z realizacją władzy rodzicielskiej, która nie dotyczy dziecka poczętego.

8. Monika Płatek[73] zasygnalizowała nieadekwatność regulacji tytułu *ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży* w stosunku do dalszej zawartości tej ustawy, wskazując na błędne sprowadzanie ochrony płodu do kwestii aborcji[74], bowiem – w rzeczy samej – reprodukcyjne prawa człowieka nie ograniczają się do problemu aborcji. Na uwagę zasługuje głos dotyczący źle pojętego dyskursu, przerzuconego do nośnika internetowego, który nie musi korygować mylnych sądów, lecz może je wzmacniać, prowadząc nawet do radykalizacji poglądów

[69] Zgodnie z poglądami nauki prawa, jest ona skorelowana ze zdolnością do czynności prawnych z prawa materialnego.

[70] Por. literaturę powołaną w przypisie 6, A. Sobota, *Nasciturus*…, s. 54.

[71] W naturalnym środowisku rodzinnym dziecko urodzone i nie posiadające zdolności do czynności prawnych reprezentuje, bez wchodzenia w szczegóły, każdy rodzic lub oboje wspólnie, a w braku ich albo sporu może być ustanowiona opieka prawna dla strzeżenia praw i interesów dziecka.

[72] Zob. wskazane przez A. Sobotę czynności tego kuratora w: *Nasciturus*…, s. 56-57. W kontekście zdolności sądowej Autor zauważa problemy praktyczne, np. związane z wypełnieniem obowiązków określonych w art. 126 k.p.c., nie rozważając problemu związanego z oznaczeniem strony procesowej.

[73] M. Płatek. Projekt zmiany ustawy o planowaniu rodziny – rzecz pozornie tylko o aborcji (1), „Prawo i Medycyna" 2016/2 (63, vol. 18), s. 71-92.

[74] Ibidem, s. 72-73.

szerzenia na szeroką skalę, zamiast prawdy, fałszu[75]. Faktycznie w *ustawie o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży* występuje pomieszanie kwestii ochrony płodu z prawem do aborcji, prawem do zdrowia, życia, kontrolowania własnej płodności i autonomii kobiet, ponieważ *de facto* reguluje tylko warunki i sposób przerywania ciąży. M. Płatek pośrednio sugeruje brak definicji płodu i wyraźnego powiązania regulacji *ustawy o planowaniu rodziny* z tzw. ustawami medycznymi, w których gestii pozostaje kwestia leczenia w ogólności, w tym ochrony płodu, trudnych ciąży i niepłodności.

5. *Nasciturus*

W zakresie powyżej przedstawionej problematyki ochrony embrionu oraz istoty ludzkiej, nie można pominąć krajowej regulacji prawnej odnoszącej się do *nasciturusa*.

Nasciturusem (łac. mający się urodzić), jako pojęciem używanym w literaturze prawniczej i odnoszącym się do prawa rzymskiego[76], jest dziecko poczęte, lecz nieurodzone, które na podstawie przepisów ustawy uzyskuje warunkową zdolność prawną, tzn. ma zdolność prawną, jednak prawa i obowiązki majątkowe uzyskuje pod warunkiem, że urodzi się żywe. W prawie rzymskim przyjęto fikcję prawną, na mocy której *nasciturus*, mimo iż nie był traktowany jako osobna osoba, z chwilą narodzenia nabywał wszelkie korzyści z mocą wsteczną, tj. z chwilą poczęcia. Dla ochrony praw *nasciturusa* może być ustanowiony kurator[77] (*curator ventris* – art. 182 k.r.o.: „Dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nieurodzonego, ustanawia się kuratora, jeżeli jest to potrzebne do strzeżenia **przyszłych praw dziecka**. Kuratela ustaje z chwilą urodzenia się dziecka.” – podkreślenie GN).

Ustawa z 07.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[78], zmieniała art. 8 k.c. dodając § 2 w brzmieniu: „Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”, a zatem dziecko poczęte stawało się podmiotem prawa w sensie normatywnym i – co do zasady (zgodnie z pierwszą częścią zdania) – było wyposażone w zdolność prawną. Druga część zdania (po średniku) odnosiła się

[75] *Ibidem*, s. 77.
[76] Np. W. Bojarski, Prawo rzymskie, Toruń 1994.
[77] Zob.: T. Sokołowski, Sytuacja prawna nasciturusa w art. 9 projektu kodeksu cywilnego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009/2, s. 185-197.
[78] Dz. U. Nr 17, poz. 78.

do praw i zobowiązań majątkowych, ale nowelizacja tej ustawy w 1996 r.[79] skreśliła cały przepis § 2 w art. 8 k.c., bez uwzględnienia kontekstu gramatycznego i logicznego formułowania zdań z użyciem średnika, którego zastosowanie implikuje odczytywanie takiego zdania jako odrębnego, stanowiącego nową szczególną normę w odniesieniu do konkretnych praw, w tym przypadku majątkowych i zobowiązaniowych, w powiązaniu z istotą „zdolności prawnej" jako takiej, a zatem normatywnego uznania podmiotowości prawnej.

Istnieje szereg przepisów szczegółowych, które mają chronić interesy człowieka, ze względu na zdarzenia, jakie miały miejsce w okresie jego życia prenatalnego: art. 927 § 2 w zw. z art. 972 k.c. – odnoszących się do spadku, art. 446^1 k.c. – dotyczący dochodzenia odszkodowania za szkody doznane przed urodzeniem, art. 75 k.r.o., który wyraźnie dopuszcza uznanie dziecka jeszcze nieurodzonego, powołania kuratora *nasciturusa* (*curator ventris*) w art. 182 k.r.o. dla strzeżenia przyszłych praw podmiotowych dziecka, którego rola kończy się z chwilą urodzenia się dziecka, przechodząc na rzecz rodziców, ewentualnie inne podmioty, w tym zinstytucjonalizowane, zobowiązane do strzeżenia i ochrony praw dziecka. Również judykatura (SN, TK) uznała nabycie praw (roszczeń) przez człowieka w następstwie zdarzeń z okresu jego życia prenatalnego[80]. Trudno jednak jest się dopatrzeć rzeczywistej gwarancji ochrony praw podmiotowych *nasciturusa* w porządku krajowym, z braku uznania jego podmiotowości prawa (zdolności prawnej) co do zasady. Dodatkowo ustawodawca, w art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n., definiuje zarodek wyłącznie jako „grupę komórek powstałą wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy" z pominięciem faktu, że pojęcie zarodka (embrionu) zostało ustalone w wyżej przywołanych wyrokach TSUE, niezależnie od metody połączenia, czy sposobu pobudzenia jego rozwoju, a także może w niedalekiej przyszłości – miejsca

[79] Ustawa z 30.08.1996 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)

[80] Przede wszystkim orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w pełnym składzie z 28.05.1997 r., K 26/96, za: Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami pod redakcją Marka Safjana, Warszawa 2011: „(…) Przyrodzony charakter prawa danego prawa lub wolności nie jest bowiem zależny od woli ustawodawcy, a w związku z tym nie można cechy tej znieść aktem ustawowym (derogować). Nie należy bowiem w kompetencjach ustawodawcy przyznawanie, bądź znoszenie prawa do życia jako wartości konstytucyjnej (…)"; „Podmiotowość prawna przynależna jest każdemu człowiekowi. Zdolność prawna w zakresie prawa cywilnego może być natomiast uzależniona od etapu rozwoju życia ludzkiego. W żaden więc sposób, nie można odczytywać tej decyzji w kontekście całkowitego pozbawienia *nasciturusa* zdolności prawnej w całym zakresie prawa cywilnego, czy systemu prawa.". Zob. także Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, pod redakcją prof. Andrzeja Wróbla, Warszawa 2012.

zagnieżdżenia i warunków rozwoju, nie wspominając o wnioskach wynikających z nauki genetyki dotyczących powstania zindywidualizowanego kodu genetycznego.

Zgodnie przyjmuje się w doktrynie prawa, że prawa majątkowe i zobowiązaniowe nie mogą być wykonywane, a jedynie zabezpieczone w oczekiwaniu na żywe urodzenie dziecka. Chodzi o warunek nie w ścisłym tego słowa znaczeniu (art. 89 k.c.), lecz o tzw. *conditio iuris*, czyli status warunkowej zdolności prawnej *nasciturusa* nie jest wyjątkiem od ogólnej zasady w art. 8 k.c. ale szczególnym jej przypadkiem, chroniącym interesy podmiotu związane z oczekiwaniem, że prawo podmiotowe w pełnym zakresie i definitywnie w przyszłości nabędzie. Tymczasem z orzeczeń Wielkiej Izby TSUE (C-34/10 i C-364/13) wynika, że ze względu na godność istoty ludzkiej[81] i możliwość rozwinięcia się embrionu (zarodka) w istotę ludzką (prowadzącą do narodzenia człowieka bez oceny stanu psychofizycznego[82]), embrion zasługuje na ochronę prawną, bycie podmiotem prawa, którego prawa ma chronić zachowany w k.r.o. *curator ventris*. Z braku przyznania podmiotowości prawnej *nasciturusowi* (embrionowi, zarodkowi, dziecku poczętemu) zarówno instytucja tego kuratora, jak zawieszone, lecz wymienione w przepisach szczególnych prawa majątkowe, ale także jego „ochrona" ustanowiona np. w art. 23 u.l.n. zdają się być iluzoryczne. Dlatego, pomimo że w obowiązującym prawie polskim pojęciem doktrynalnym „*nasciturusa*" posługuje się prawo cywilne w przepisach szczególnych a nie części ogólnej, nie należy zapominać o sytuacji dziecka poczętego, ale nienarodzonego (*nasciturusa*), niezależnie od fazy jego rozwoju, z poszanowaniem wyjątków ustanowionych w szczególnych regulacjach ważących interes matki i dziecka poczętego. Fakt, że regulacja ustawowa wiąże zdolność prawną z urodzeniem, lecz tylko w kontekście praw majątkowych i zobowiązaniowych a nie osobowych, nie oznacza, że prawu obojętna może być sytuacja *nasciturusa*.

Stanowiska wyrażone w nauce prawa na temat pozycji prawnej dziecka poczętego, ale nienarodzonego, są ciągle podzielone. Niektórzy twierdzą, że takiemu dziecku przysługuje warunkowa zdolność do czynności prawnych, inni, że przepisy zabezpieczają tylko jego przyszłe interesy, ale z linii orzeczniczej przyjętej przez TSUE oraz motywów dyrektyw i rozporządzeń organów UE odwołujących się do istoty godności, a także z wyżej

[81] Według zaś Europejskiej konwencji bioetycznej: „godność i tożsamość istoty ludzkiej" (art. 1).

[82] Zob. także: Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne, redakcja naukowa Tadeusz Smyczyński, Poznań 1996, w tym m.in. rozdziały autorstwa tegoż: Pojęcie i status prawny ludzkiej istoty poczętej oraz Naciturus w świetle ustawodawstwa o przerywaniu ciąży; Prawo naturalne – Natura prawa, redakcja Piotr Dardziński, ks. Franciszek Longchamps de Bérie, Kszysztof Szczucki, Warszawa 2011; A. Stępkowski, Problem „istoty" prawa podstawowego w perspektywie klasycznych teorii prawa podmiotowego, „Zeszytu Prawnicze" 2013/13.4, s. 115-126.

powołanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego wynika, że pojęcie embrionu (zarodek, dziecko poczęte) ma jedno, istotne znaczenie, określające zapoczątkowanie rozwoju istoty ludzkiej, która nie jest rzeczą w rozumieniu prawa cywilnego[83].

* * *

Zdolność prawną *nasciturusa* regulował art. 8 § 2 k.c., dodany przez art. 6 pkt. 1 lit. b ustawy z 07.01.1993 r. i następnie uchylony ustawą z 30.08.1996 r. Przepis ten jednoznacznie statuował zasadę, że zdolność prawną (bycia podmiotem prawa a nie rzeczą) ma również dziecko poczęte ale nienarodzone co do zasady, w pierwszej części zdania do znaku interpunkcyjnego średnika. Jak się wydaje na gruncie tej regulacji można było przyjmować, że *nasciturus* może wytoczyć np. powództwo o ochronę dóbr osobistych za pośrednictwem kuratora z k.r.o., czy innych podmiotów, którym ustawodawca przyznałby prawo reprezentacji w celu ochrony jego praw co do zasady.

Część przedstawicieli nauki prawa[84] prezentuje pogląd, że dziecko poczęte nie ma zdolności prawnej (nie jest podmiotem prawa) co do zasady, jak i w formie warunkowej na gruncie aktualnie obowiązującego prawa krajowego. Wykładnia celowościowa prowadzi także do wniosku, że ustawodawca nie chce przyznać warunkowej zdolności prawnej. Gdyby tak było, to art. 8 § 2 k.c. nie zostałby skreślony w całości. R. Majda prawidłowo także zauważa problem, iż wszystkie reguły dotyczące statusu prawnego *nasciturusa* należy konsekwentnie stosować do wszystkich dzieci poczętych, ale nienarodzonych. Problem jawi się już w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ochroną embrionów (zarodków, a więc także *nasciturusa*, bowiem dotyczących bytu początkującego powstanie istoty ludzkiej). Mając na uwadze opinie genetyków, dotyczące zapoczątkowania zindywidualizowanej istoty ludzkiej przez powstanie unikatowego kodu genetycznego, oparte na empirycznych dowodach naukowych[85], krajowe prawo cywilne będzie musiało uwzględnić ten fakt empirycznie

[83] Zob. także treść art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ustawy z 06.01.2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz. U. z 2000 r. Nr 6, poz. 69, ze zm.): „Art. 2. 1. W rozumieniu ustawy dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności".

[84] R. Majda, Komentarz do art. 8 Kodeksu cywilnego, w: Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz pod redakcją Małgorzaty Pyziak-Szafnickiej, Warszawa 2009; tenże w: Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz pod redakcją Małgorzaty Pyziak-Szafnickiej, Pawła Księżak, Warszawa 2014; J. Haberko, Udostępnianie i publikowanie wizerunku nasciturusa, noworodka i małego dziecka w świetle zasady dobra dziecka, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2013/3 i literatura tam powołana; W. Bendza, Zdolność prawna…, s. 31 – por. także w tym względzie poglądy prezentowane przez J. Mazurkiewicza, w publikacjach powołanych w przypisach nr 26, 36 i 67.

[85] Jesienią 2016 r. w TVP Info wypowiadał się na temat osiągnięć badań naukowych w kraju i na świecie oraz w kwestii oceny początku istnienia istoty ludzkiej właśnie profesor z dziedziny genetyki; zob. także w tym względzie: N.M. Ford, Kiedy powstałem? Problem początku jednostki ludzkiej w historii, filozofii i w nauce, Warszawa 1995; Abrocja i problem osoby, w: P. Vardy, P. Grosch, Etyka. Poglądy i problemy, Poznań 1995, s. 143-152.

dowiedziony. Jak wcześniej podniesiono, TSUE uwzględnił osiągnięcia nauki, dlatego przyjął autonomiczną definicję embrionu na terytorium Unii Europejskiej (zatem niezależną, wolną co najmniej od wpływów ideologicznych i zewnętrznych, poza uwzględnieniem wyników badań empirycznych oraz praktyczną realizacją przyjętych w UE wartości). Niemniej w porządku krajowym nadal toczone są dysputy ideologiczne, przenoszone na ulice[86], zamiast merytorycznych z udziałem przedstawicieli różnych dyscyplin nauk (np. genetyków, prawników, filozofów, etyków), dotyczących istoty problemu, w tym przybliżających i objaśniających m.in. stanowisko TSUE. Dlatego w braku rozstrzygnięcia legislacyjnego, nawet pomimo stanowiska wyrażonego w wyżej powołanym wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1997 r. (K 26/96)[87], problem definitywnego rozstrzygnięcia podmiotowości *nasciturusa* aktualnie pozostawiony jest orzecznictwu, które albo samo podejmie próbę ustalenia normy, albo zwróci się do TSUE o rozstrzygnięcie możliwych innych, podobnych zagadnień w ramach pytania prejudycjalnego[88], które mogą się pojawić na kanwie okoliczności sprawy, pozornie różnej – ale jednak co najmniej zbliżonej poprzez odwoływanie się w motywach innych regulacji UE do wartości, jaką jest „godność istoty ludzkiej" – od dotychczasowych orzeczeń TSUE w zakresie patentów biomedycznych.

W świetle omówionych wyroków TSUE wydaje się natomiast, że dziwny i nieuprawniony jest pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 23.09.2009 r. Sądu Okręgowego w Katowicach (II C 286/08[89]), że „[…] rozstrzygnięcie kwestii początku istnienia istoty ludzkiej […] wymyka się ocenom naukowym i wszelkim obiektywnym odniesieniom, a pozostaje w domenie wiary, przekonań i sposobu interpretowania faktów podawanych przez naukowców"[90]. O ile jednak cytowane orzeczenie Sądu Okręgowego można tłumaczyć wieloma argumentami, to nie jest ono konstatacją opartą na wiedzy i dowodach naukowych. Tym bardziej trudno zgodzić się ze stwierdzeniem Sądu

[86] W postaci tzw. czarnych protestów grup społecznych opowiadających się za aborcją i jej przeciwników -organizacji *pro life*.

[87] Wydanego po uchyleniu przez ustawodawcę § 2 art. 8 k.c.

[88] Orzeczeniem TSUE w sprawie 29/68 Milchkontor z 24.06.1969 r. wskazano, że „wyrok wydany przez ETS na podstawie art. 177 (obecnie 234 TWE) jest prawnie wiążący dla sądu, który zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym". Sądy państw członkowskich rozważając podobne sprawy nie powinny przyjmować odmiennej interpretacji prawa wspólnotowego, niż wskazana w orzeczeniu TSUE.

[89] Niepubl.

[90] Zob. na ten temat: B. Czech, Wykładnia prawa i niezawisłość sędziowska a zdrowy rozsądek (zagadnienia wybrane), w: Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego. Tom 2. pod red. Jacka Gudowskiego i Karola Weitza, Warszawa 2011, s. 2742-2743 oraz Tegoż, Z rozważań nad postępowaniem i orzecznictwem w sprawach rodzinnych (niezawisłość sędziowska, sprawy o rozwód, sprawy opiekuńcze małoletnich, sędziowie rodzinni, dobro dziecka, opinie biegłych, „Rodzina i Prawo" 2012/20-21, s. 18-20, a także G. Nauka, Doktrynalne podstawy i prawne uwarunkowania ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej – perspektywa międzynarodowa (Warszawa, dnia 24-25 września 2012 r.), „Rodzina i Prawo" 2012/23; N.M. Ford, Kiedy powstałem?…

Najwyższego w wyroku z 13.05.2015 r. (III CSK 286/14)[91], że „Nie jest też rzeczą Sądu Najwyższego rozstrzyganie od kiedy można dziecku na tym etapie rozwoju przypisać cechę człowieczeństwa, nie jest to bowiem problem prawny, lecz medyczny i filozoficzny". Twierdzenie takie przeczy ustaleniom dokonanym przez TSUE, opartym na osiągnięciach badań naukowych i obowiązującym wszystkie sądy krajowe UE do dokonywania ustaleń na podstawie dowodów naukowych. Wyraźnego podkreślenia wymaga fakt, że ustalenia dotyczą empirycznych dowodów naukowych, a wnioski z nich nie powinny być dowolnie interpretowane, albo oddalane przez powoływanie się, że nie jest to sprawa (rzecz) sądu, lecz powinny podlegać racjonalizacji intelektualnej, a nie emocjonalnej.

T. Pietrzykowski podniósł[92], że decyzje sędziowskie podejmowane w drodze interpretacji przepisów ustaw, konstytucji czy umów międzynarodowych niejako okazjonalnie dotyczą jakiegoś szczegółowego i technicznego zagadnienia prawnego, np. zależnego od fundamentalnego zagadnienia etycznego, podczas gdy „przedmiotem spraw Brüstle i ISCO są w końcu kwestie interpretacji przepisów patentowych, a nie decydowanie o człowieczeństwie". T. Pietrzykowski wyraził zaniepokojenie jakoby tym, że występuje proces spychania decyzji etycznych na sędziów – zarówno na poziomie krajowym, jak i europejskim. Zważyć jednak należy, że sędziowie nie są tylko powołani do interpretacji przepisów prawa, lecz w procesie sądzenia do ustalania faktów w oparciu o przedstawione dowody, dokonywania subsumpcji, co czasem może powodować odkodowanie normy prawnej z przepisów lub zdefiniowanie pojęcia prawnego, zwłaszcza gdy jest nieostre i niejednoznaczne, sądzenia opartego jednak na dowodach, w wyniku czego sądy niejako przejmują kompetencje władzy ustawodawczej[93]. Rzeczywiście, jeśli przechodzimy do badania wyjaśniania i uzasadniania sądów, może istnieć konieczność wyjścia poza granice *stricte* prawnicze[94]. Jednakże, mając na uwadze kategorię nauki prawa, „Jednym z najbardziej istotnych zadań każdej nauki, która zajmuje się życiem kulturowym człowieka, jest bowiem pomoc w zrozumieniu «idei», o które (rzeczywiście lub pozornie) walczono i które dzisiaj są

[91] Lex nr 1781848.

[92] W wyżej powołanej glosie opublikowanej w „Państwie i Prawie".

[93] Zob. także R. M. Małajny, Trzy teorie podzielonej władzy, Warszawa 2001, w odniesieniu do relacji władz konstytucyjnych oraz por. wzajemne wpływy i powiązania władz ustawodawczej, sądowej a także wykonawczej w świetle polskiej Konstytucji. Nie jest jednak możliwe rozwinięcie tego tematu w niniejszej publikacji, bowiem wymagałoby to jeszcze szerszego uzasadnienia. Dlatego muszę ograniczyć się tylko do sygnalizacji pewnych aspektów.

[94] Zob.: I. Kant, O władzy sądzenia jako władzy „a priori" prawodawczej, w: Krytyka władzy sądzenia, Warszawa 1986, s. 24-26, 51-56.

przedmiotem zmagań. Postępowanie takie nie przekracza granic nauki, której zamysłem jest «intelektualne uporządkowanie empirycznej rzeczywistości» (…)[95].

Niezależnie od przedstawionych powyżej tematów, widać się, że linia orzecznicza Sądu Najwyższego nie jest konsekwentna, bowiem z uzasadnienia wyroku z 26.11.2014 r. (III CSK 307/13)[96] wynika, że „prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie" z 07.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[97]. W sprzeczności z ustaloną przez TSUE definicją embrionu (zarodka) pozostaje ustalenie SN w wyroku z 09.03.2012 r. (I CSK 282/11)[98], dotyczące „zdolności do życia poza organizmem matki", którą sąd definiuje (co powiela się w kolejnych orzeczeniach SN) jako „(…) taki stopień rozwoju dziecka, który po odłączeniu go od ciała matki daje szansę przeżycia". Niestety przywołane wcześniej orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1997 r. (K 26/96), będące wykładnią ustaw, stanowi dziś – na mocy ust. 3 art. 239 Konstytucji RP – jedynie materiał poglądowy, który został tylko przywołany, ale do tej pory nierozważony w orzecznictwie SN.

Zgodny jest pogląd, że wyroki prejudycjalne TSUE stwierdzające nieważność aktu prawa wspólnotowego wywołują skutek *erga omnes*. Nie znajduję żadnej argumentacji przeciwko odmiennemu skutkowi w stosunku do wyroku interpretacyjnego TSUE, w którym dokonuje on wykładni prawa UE (dyrektywy), formułując definicję legalną pojęcia prawnego użytego w akcie prawa wspólnotowego[99]. Ponadto, mając na uwadze, że przyjęta przez TSUE definicja „embrionu" została oparta na najnowszej, światowej wiedzy naukowej z zakresu

[95] M. Weber, „Obiektywność" poznania społeczno-naukowego i społeczno-politycznego, w: Racjonalność, władza, odczarowanie, Poznań 2011, s. 135. „Życiem kulturowym" dla Maxa Webera - przedstawiciela socjologii rozumiejącej i racjonalizmu, prawnika, ekonomisty, polityka i profesora - jest życie człowieka w uwarunkowaniach społecznych, prawnych, ekonomicznych, politycznych, wyrosłych na gruncie jednej z panujących na danym obszarze religii – np. obszarze Okcydentu w przypadku Europy Zachodniej.

[96] Lex nr 1656220.

[97] Dz. U. Nr 17, poz. 78 ze zm.

[98] „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna" 2014/11/130; „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2012/11/106; „Biuletyn Sądu Najwyższego" 2012/7/10; „Monitor Prawniczy" 2013/1/44; „Rejent" 2012/12/161 – teza wyroku: „Dziecko, które urodziło się martwe może być uznane za «zmarłego» w rozumieniu art. 446 § 4 k.c." i glosa aprobująca J. Nawracały i J. Lewickiej, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2012/2/185, opublikowane w: „Biuletyn Sądu Najwyższego. Izba Cywilna" 2013/6/22: „kluczowe znaczenie ma to, czy można mówić w danym przypadku o śmierci człowieka, natomiast bez znaczenia pozostaje okoliczność uzyskania lub nie zdolności prawnej przez zmarłego. Zaaprobowali stanowisko Sądu Najwyższego, że od chwili poczęcia dziecko nienarodzone może być traktowane przez rodziców jako ich dziecko, które już mają. (…) krytycznie odnieśli się do poglądu, że dziecko takie nie jest osobą poszkodowaną w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, oraz do poglądu uzależniającego zasadność omawianych roszczeń od tego, czy dziecko było już zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki". Por. także glosy: K. Bączyk-Rozwadowskiej, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2012/11/106 oraz M. Nesterowicza, „Przegląd Sądowy" 2013/1/108.

[99] M. Taborowski, Skutki wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdzającego nieważność dyrektywy, zob.: http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/komisje/2014/kpcpp/materialy/skutki_wyroku_tsue_mtaborowski-3.pdf, stan na 28.03.2015 r.

początków powstania i rozwoju istoty ludzkiej, racjonalnym jest odniesienie się do niej przy tworzeniu prawa krajowego oraz uznanie i przyjęcie takiego samego stanowiska. Jeśli natomiast embrionowi (zarodkowi) miałoby być nadane inne znaczenie, co uczynił polski ustawodawca, to powoduje nie tylko dysonans zakłócający spójność i jednoznaczność prawa UE, ale również pozostawanie w sprzeczności co do wartości (zasad) podlegających ochronie prawnej.

Zakończę ten artykuł cytatem: „Tam, gdzie istnieją wątpliwości, nawet za cenę błędu lepiej stanąć po stronie życia i przyjąć stanowisko mniej egoistyczne”[100].

[100] Abrocja i problem osoby, w: P. Vardy, P. Grosch, Etyka. Poglądy i problemy, Poznań 1995, s. 154.

Андрей Алексеевич Новиков[1]

Охрана прав отца зачатого ребенка в российском гражданском праве

Защита прав зачатого ребенка и его матери представляется вполне обоснованной и логичной. Но можно ли говорить о наличии прав или законных интересов у отца зачатого, но ещё не родившегося ребенка? Какие проблемы возникают и могут возникнуть в связи с реализацией этих прав?

Конституция Российской Федерации говорит лишь о государственной поддержке отцовства (п. 2 ст. 7 Конституции РФ). Государство берет под защиту только материнство, детство и семью, но не отцовство (п. 1 ст. 38 Конституции РФ). Это положение противоречит другому конституционному принципу – мужчины и женщины имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации (п. 3 ст. 19 Конституции РФ). Равенство прав у родителей признается только в отношении заботы и воспитания детей (п. 2 ст. 38 Конституции РФ). Как мы увидим в дальнейшем, конституционный принцип равенства мужчины и женщины в отношении их родительских прав постоянно нарушается и законодателем, и судебной практикой, неоправданно ограничивает права мужчины и отца.

Семейный кодекс РФ провозглашает принцип равенства супругов в семье, согласно которому вопросы материнства, отцовства, воспитания, образования детей и другие вопросы жизни семьи решаются супругами совместно (п. 2 ст. 31 СК РФ). Сразу обращает на себя внимание отсутствие упоминания о зачатом, но ещё не родившемся ребенке, и то, что равенство в отношении указанных вопросов, в том числе материнства и отцовства, предполагается только между супругами, а не родителями ребенка. Отсюда проистекает вывод, что если граждане не состоят в законном браке, то

[1] Dr, doc., Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация (Sankt-Petersburski Uniwersytet Państwowy, Federacja Rosyjska).

их права не являются равными.

В отношении прав родившегося внебрачного ребенка закон специально восполняет эту неясность указанием на то, что дети имеют такие же права и обязанности по отношению к родителям и их родственникам, какие имеют дети, родившиеся от лиц, состоящих в браке между собой (ст. 53 СК РФ). Однако в отношении прав родителей, не состоящих в браке, их равенство судебной практикой выводится из общих принципов семейного законодательства. В частности из общего положения о том, что права и обязанности родителей и детей основываются на происхождении детей (ст. 47 СК РФ).

Относительно зачатого, но ещё не родившегося ребенка, в российском праве существует несколько законоположений. В одни из них прямо указывается зачатый, но ещё не родившийся ребенок – ст. 1116, 1160 ГК РФ. Эти нормы касаются охраны законных интересов «зачатого, но ещё не родившегося наследника». Закон даже не называет ребенка в эмбриональной стадии его развития «ребенком», предпочитает говорить о «наследнике».

Какие же права имеет собственно отец в отношении зачатого ребенка?

В соответствии с современным российским позитивным правом отец зачатого ребенка наделен следующими правами:

1. Право установления происхождения ребенка. По общему правилу, если отец и мать ребенка не состояли в браке, то родители ребенка после его рождения могут подать в орган записи актов гражданского состояния совместное заявление, где они подтверждают факт рождения ребенка от заявителей.

Права отца в отношении зачатого ребенка содержатся в следующей норме закона: «При наличии обстоятельств, дающих основания предполагать, что подача совместного заявления об установлении отцовства может оказаться после рождения ребенка невозможной или затруднительной, родители будущего ребенка, не состоящие между собой в браке, вправе подать такое заявление в орган записи актов гражданского состояния во время беременности матери. Запись о родителях ребенка производится после рождения ребенка» (п. 3 ст. 48 СК РФ).

Обращает на себя внимание, что реализация этого права отца зачатого ребенка возможна только с согласия матери путем подачи совместного заявления. Заявление одного отца не породит соответствующих правовых последствий. С другой стороны после подачи совместного заявления родителями зачатого ребенка любой из них до рождения ребенка может отозвать поданное заявление (ст. 50, Федеральный закон от

15.11.1997 N 143-ФЗ (ред. от 31.12.2014) «Об актах гражданского состояния»).

До рождения ребенка у отца нет возможности в судебном или в каком-либо ином юрисдикционном порядке установить свое отцовство, если не будет на то согласие матери зачатого ребенка.

2. Право признавать себя отцом зачатого ребенка можно вывести из возможности установления судом после смерти мужчины факта, что он при жизни признавал себя отцом ребенка, хотя и не подавал соответствующего заявления в органы ЗАГС (ст. 51 СК РФ). То есть возможно признание отцовства ребенка иными способами: в устной или письменной форме (перепиской с матерью ребенка или другими лицами, подавал заявления в детский сад или школу и т. п.), указывая на свое отцовство, совершал действия, на основании которых можно предположить об отцовстве данного лица (совершал платежи за детский сад или внеклассные занятия).

Представим себе, что мужчина вел себя как отец зачатого, но ещё не родившегося ребенка, например, прямо говорил, что ждет ребенка, и, что эта женщина беременна от него. Если мужчина умер до рождения ребенка, то можно ли будет в судебном порядке установить факт признания им отцовства? Мы думаем, что по аналогии закона ст. 51 СК РФ суд может признать ребенка наследником умершего лица, которое при жизни признавало свое отцовство даже в отношении зачатого, но ещё не родившегося ребенка.

3. Право опровергать презумпцию отцовства в отношении ребенка своей супруги предоставляется супругу только после произведения соответствующей записи в книге записей рождения в судебном порядке (п. 1 ст. 52 СК РФ). Даже если совершенно очевидно, что жена беременна не от своего супруга, например, в период зачатия муж-моряк находился в плавании, у мужчины нет права воспрепятствовать внесению записи с его именем в книгу записей рождения ребенка.

К тому же в период беременности жена имеет право требовать предоставления ей алиментов в судебном порядке (п. 2 ст. 89 СК РФ) и с точки зрения норм действующего права оспаривание отцовства неродившегося ребенка не допускается. Не поможет и расторжение брака, поскольку до рождения ребенка даже бывшая беременная жена имеет право на получение алиментов от бывшего мужа (п. 1 ст. 90 СК РФ). Однако если впоследствии будет доказано, что супруг не является отцом ребенка, полученные женой алименты можно будет вернуть, так как получатель алиментов сообщил ложные сведения (п. 2 ст. 116 СК РФ).

Позиция российских судов по этому вопросу подверглась сомнению в 2005 г. В деле *Znamenskaya v. Russia* N 77785/01. Представители Российской Федерации признали, что отказ национальных судов рассматривать заявление заявителя не имел никаких правовых оснований, т. е. подтверждается право родителей зачатого ребенка опровергать презумпцию отцовства супруга ещё до его рождения. Однако Постановление Европейского суда по правам человека вряд ли может повлиять на позицию российских судов общей юрисдикции в этом вопросе. Скорее всего, суды по-прежнему будут рассматривать дела только после рождения ребенка.

4. Согласие отца на искусственное оплодотворение жены или другой женщины приводит к тому, что он впоследствии не сможет оспаривать отцовство, ссылаясь на то обстоятельство, что не он является биологическим отцом ребенка.

Каких-либо прав на зачатого суррогатной матерью ребенка до его рождения у отца не имеется. У него лишь есть обязанности исполнять договор суррогатного материнства – надлежащим образом содержать суррогатную мать, обеспечить все необходимые условия для нормального вынашивания плода.

Суррогатная мать самостоятельно принимает решение о прерывании беременности, без согласия биологических родителей зачатого ребенка. Для неё наступают только гражданско-правовые последствия за неисполнение договора суррогатного материнства.

5. Может ли одинокий мужчина, не состоящий в браке, прибегнуть к методу суррогатного материнства?

В действовавшей до принятия Федерального закона от 21.11.2011 N 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» статье 35 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. N 5487-1 говорилось, что каждая совершеннолетняя женщина детородного возраста имеет право на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона.

Судебная практика положительно решала этот вопрос, признавая право одиноко мужчины на реализацию своего права на отцовство с помощью суррогатного материнства.

Наиболее важными прецедентами были решения Бабушкинского районного суда Москвы от 4 августа 2010 г. и Смольнинского районного суда Санкт-Петербурга от 12 марта 2011 г. В последнем случае у отца-одиночки родилось даже два ребенка.

В настоящее время подобное право прямо признается только за одинокой женщиной - «Мужчина и женщина, как состоящие, так и не состоящие в браке, имеют

право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии обоюдного информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство.

Одинокая женщина также имеет право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии ее информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство (п. 3 ст. 55 Федерального закона от 21.11.2011 N 323-ФЗ (ред. от 13.07.2015, с изм. от 30.09.2015) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

Подобное правило предлагается и другим государствам – членам Союза Независимых Государств в п. 2-3 ст. 12 «Модельного закона об охране репродуктивных прав и репродуктивного здоровья граждан» (Принят в г. Санкт-Петербурге 28.11.2014 Постановлением 41-21 на 41-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ) – «Мужчина и женщина как состоящие, так и не состоящие в браке, имеют право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии медицинских показаний и при отсутствии противопоказаний для применения данных технологий при условии их обоюдного письменного информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство с использованием таких технологий… Одинокая женщина имеет право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии ее информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство и соблюдении требований, установленных в пункте 2 настоящей статьи».

Относительно одинокого мужчины следует признать наличие квалифицированного умолчания законодателя. Теперь одинокий мужчина, т. е. если он не состоит в браке и не имеет сожительницы, ограничен в своем праве на отцовство.

6. Совершенно логичным нам представляется лишения биологического отца-донора, чей материал был использован для искусственного оплодотворения, каких-либо прав как в отношении зачатого этим методом ребенка, так и уже родившегося. С точки зрения закона никакой правовой связи у донора и ребенка не возникает.

Нормы ст. 49 Семейного кодекса РФ об установлении отцовства в судебном порядке в случае зачатия ребенка с помощью донорского материала не применяются. Донора нельзя признать отцом ребенка в юридическом смысле, хотя он, несомненно, является биологическим отцом ребенка. Попытки признать мужчину-донора субъектом семейных правоотношений не увенчались успехом.

7. Беременность матери ребенка вопреки воле отца может произойти не только в случае вступления с ним в половую связь. Женщина может оплодотворить себя материалом, который мужчина передал для оплодотворения в искусственных условиях яйцеклетки своей жены или передал материал на сохранение.

Он не является донором в смысле ст. 55 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», поэтому для него наступают все правовые последствия, связанные с биологическим родством с ребенком – уплата алиментов, обязанности воспитания ребенка и т. п. Никаких административно-правовых, уголовно-правовых или гражданско-правовых последствий для такой недобросовестной матери не наступают. К ней могут быть применены только меры ответственности за нарушения трудовой дисциплины и своих трудовых обязанностей.

8. В российском праве искусственное прерывание беременности проводится по воле беременной женщины. Она самостоятельно принимает решение о прерывании беременности. Аборт может быть произведен без согласия отца и даже вопреки его воле, в том числе и мужа. Прерывание беременности может причинить отцу зачатого ребенка сильные нравственные страдания. Открытым остается вопрос: может ли отец требовать денежного возмещения причиненного ему морального вреда?

* * *

Ochrona praw ojca dziecka poczętego w rosyjskim prawie cywilnym

Ochrona praw dziecka poczętego oraz jego matki wydaje się w zupełności uzasadniona oraz logiczna. Jednocześnie czy można mówić o istnieniu praw i interesów ustawowych ojca poczętego, ale jeszcze nienarodzonego dziecka? Jakie problemy powstają i mogą powstać w związku z realizacją tych praw?

Konstytucja Federacji Rosyjskiej mówi tylko o państwowym wsparciu ojcostwa (pkt 2 art. 7 Konstytucji Federacji Rosyjskiej). Państwo bierze pod ochronę macierzyństwo, dzieciństwo i rodzinę, ale nie ojcostwo (pkt 1 art. 38 Konstytucji Federacji Rosyjskiej). Ta norma jest sprzeczna z inną zasadą konstytucyjną – mężczyźni i kobiety mają równe prawa i swobody oraz równe możliwości ich realizacji (pkt 3 art. 19 Konstytucji Federacji Rosyjskiej). Równość praw rodziców uznaje się tylko w stosunku do troski i wychowywania dzieci (pkt 2 art. 38 Konstytucji Federacji Rosyjskiej). Jak zobaczymy dalej, zasada konstytucyjna równości mężczyzny i kobiety dotycząca ich praw rodzicielskich ciągle jest naruszana przez ustawodawcę i praktykę sądową – bezpodstawnie ogranicza się prawa

mężczyzny i ojca.

Kodeks rodzinny Federacji Rosyjskiej głosi zasadę równości małżonków w rodzinie, zgodnie z którą kwestie macierzyństwa, ojcostwa, wychowania, edukacji dzieci oraz inne sprawy dotyczące życia rodziny rozstrzygane są wspólnie przez małżonków (pkt 2 art. 31 Kodeksu Rodzinnego Federacji Rosyjskiej). Od razu zwraca uwagę pominięcie poczętego, ale jeszcze nienarodzonego dziecka oraz to, że równość w stosunku do wskazanych kwestii, zwłaszcza macierzyństwa i ojcostwa, dotyczy tylko małżonków, nie zaś rodziców dziecka. Stąd powstaje wniosek, iż jeśli rodzice nie znajdują się w legalnym związku małżeńskim, to ich prawa i obowiązki nie są równe.

W odniesieniu do praw urodzonego nieślubnego dziecka ustawa specjalna usuwa wątpliwość poprzez wskazówkę, że dzieci mają takie same prawa i obowiązki wobec rodziców oraz ich krewnych, jak dzieci mające za rodziców osoby będące w związku małżeńskim (art. 53 Kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej). Jednak w odniesieniu do praw rodziców niebędących w związku małżeńskim, ich równość wyprowadza się w orzecznictwie z ogólnych zasad ustawodawstwa rodzinnego. Zwłaszcza z ogólnego postanowienia o tym, że prawa i obowiązki rodziców i dzieci bazują na pochodzeniu dzieci (art. 47 Kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej).

Odnośnie do poczętego, ale jeszcze nieurodzonego dziecka, w prawie rosyjskim istnieje kilka postanowień ustawodawstwa. W niektórych wprost wskazuje się poczęte, ale jeszcze nienarodzone dziecko – art. 1116, 1160 Kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej. Takie normy dotyczą ochrony ustawowych interesów „poczętego, ale jeszcze nieurodzonego spadkobiercy". Ustawa nawet nie nazywa dziecka w embrionalnym stanie jego rozwoju „dzieckiem", preferując nazwę „spadkobierca".

Jakie prawa ma właściwie ojciec wobec dziecka poczętego?

Zgodnie ze współczesnym rosyjskim prawem pozytywnym ojciec poczętego dziecka otrzymał następujące prawa:

1. Prawo do ustalenia pochodzenia dziecka. Zgodnie z ogólną regułą, jeśli ojciec i matka dziecka nie przebywali w związku małżeńskim, to rodzice dziecka po jego narodzeniu mogą złożyć do organu rejestracji aktów stanu cywilnego wspólny wniosek, w którym potwierdzają fakt pochodzenia (narodzin) dziecka od wnioskodawców.

Prawa ojca w odniesieniu do dziecka poczętego zawiera następująca norma ustawy: „W razie istnienia okoliczności, dających podstawy przewidywać, że wniesienie wspólnego wniosku o ustalenie ojcostwa może okazać się po urodzinach dziecka niemożliwe bądź utrudnione, rodzice przyszłego dziecka, niebędący w związku małżeńskim, mają prawo

złożyć taki wniosek do organu rejestracji aktów stanu cywilnego podczas ciąży matki. Wpisu o rodzicach dokonuje się po urodzeniu dziecka" (pkt 3 art. 48 Kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej).

Zwraca uwagę to, że realizacja takiego prawa ojca dziecka poczętego jest możliwa tylko za zgodą matki poprzez wniesienie wspólnego wniosku. Wniosek samego ojca nie zrodzi odpowiednich skutków prawnych. Z innej strony, po wniesieniu wspólnego wniosku przez rodziców dziecka poczętego, każdy z nich przed urodzinami dziecka może odwołać złożony wniosek (art. 50 Ustawy Federalnej z 15.11.1997 r., N 143-FZ (red. Z 31.12.2014 r.) „O aktach stanu cywilnego").

Przed urodzeniem dziecka ojciec nie ma możliwości na drodze sądowej czy w inny doniosły prawnie sposób, ustalić swoje ojcostwo, jeśli nie będzie na to zgody matki dziecka poczętego.

2. Prawo do uznania za ojca można wyprowadzić z możliwości ustalenia przez sąd po śmierci mężczyzny faktu, że za życia uznawał on siebie za ojca dziecka, chociaż nie wniósł odpowiedniego wniosku do organów RASC (art. 51 KR FR). Zatem możliwe jest uznanie ojcostwa w inny sposób: w formie ustnej lub pisemnej (poprzez korespondencję z matką dziecka czy innymi osobami, złożenie wniosku do przedszkola czy szkoły itd.), wskazując swoje ojcostwo, poprzez dokonanie czynów, na podstawie których można przypuszczać o ojcostwie danej osoby (dokonywanie płatności za przedszkole czy zajęcia pozaklasowe).

Wyobraźmy sobie, że mężczyzna zachowywał się jak ojciec poczętego, ale jeszcze nieurodzonego dziecka, na przykład wprost mówił, że oczekuje dziecka, oraz że ta kobieta jest z nim w ciąży. Jeśli mężczyzna zmarł przed narodzinami dziecka, to czy można na drodze sądowej ustalić fakt uznania przez niego ojcostwa? Zdaniem Autora, stosując analogię z art. 51 Kodeksu Rodzinnego FR, sąd powinien uznać dziecko za spadkobiercę zmarłej osoby, która za życia uznawała swoje ojcostwo nawet w stosunku do poczętego, ale jeszcze nienarodzonego dziecka.

3. Prawo do obalenia domniemania ojcostwa w stosunku do dziecka swojej małżonki ma małżonek tylko po dokonaniu odpowiedniego wpisu w księdze rejestracji urodzin na drodze sądowej (pkt 1 art. 52 KR FR). Nawet jeśli jest zupełnie oczywiste, że żona zaszła w ciążę nie ze swoim mężem, na przykład podczas okresu poczęcia mąż znajdował się w oddaleniu (np. na statku płynącym po Oceanie Spokojnym), to mężczyzna nie ma prawa przeszkodzić w dokonaniu wpisu pod jego nazwiskiem do księgi rejestracji narodzin dziecka.

Ponadto w okresie ciąży żona ma prawo żądać nadania jej alimentów na drodze sądowej (pkt 2 art. 89 KR FR) i z punktu widzenia norm obowiązującego prawa podważanie ojcostwa

wobec nieurodzonego dziecka nie jest dopuszczalne. Nie pomoże rozwiedzenie związku małżeńskiego, ponieważ przed urodzinami dziecka nawet była ciężarna żona ma prawo do otrzymywania alimentów od byłego męża (pkt 1 art. 90 KR FR). Jednak jeśli później zostanie udowodnione, że małżonek nie jest ojcem dziecka, otrzymane przez żonę alimenty będzie można odzyskać, ponieważ osoba, która je otrzymała, podała fałszywe dane (pkt 2 art. 116 KR FR).

Stanowisko rosyjskich sądów w tej kwestii zostało poddane w wątpliwość w 2005 r. w sprawie *Znamenskaya v. Russia* N 77785/01. Przedstawiciele Federacji Rosyjskiej uznali, że odmowa rozpatrywania przez sądy narodowe wniosku wnioskodawcy nie miała żadnych podstaw prawnych, czyli potwierdza się prawo rodziców dziecka poczętego do obalenia domniemania ojcostwa małżonka jeszcze przed narodzinami. Jednak postanowienie Sądu Europejskiego Praw Człowieka raczej nie może wpłynąć na stanowisko powszechnych sądów rosyjskich w tej kwestii. Prawdopodobnie sądy, tak jak wcześniej, będą rozpatrywać sprawy dopiero po narodzinach dziecka.

4. Zgoda ojca na sztuczne zapłodnienie żony czy innej kobiety doprowadza do tego, że później nie może on podważać swojego ojcostwa, powołując się na okoliczność, że nie jest ojcem biologicznym dziecka.

Ojciec nie ma jakichkolwiek praw do dziecka poczętego przez matkę-surogatkę. Ma on tylko obowiązek wykonania umowy macierzyństwa zastępczego – utrzymywania w sposób odpowiedni matki-surogatki, stworzenia wszystkich niezbędnych warunków do normalnego donoszenia płodu.

Matka-surogatka samodzielnie podejmuje decyzje o przerwaniu ciąży, bez zgody biologicznych rodziców dziecka poczętego. Ponosi ona tylko cywilnoprawne skutki za niewykonanie umowy macierzyństwa zastępczego.

5. Czy samotny mężczyzna, nieprzebywający w związku małżeńskim, może skorzystać z metody macierzyństwa zastępczego?

W obowiązującym do uchwalenia ustawy federalnej z 21.11.2011 r., N 323-FZ „O podstawach ochrony zdrowia obywateli w Federacji Rosyjskiej" artykule 35 Podstaw ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej o ochronie zdrowia obywateli od 22 lipca 1993 r. 5487-1 mówiło się, że każda pełnoletnia kobieta w wieku rozrodczym ma prawo do sztucznego zapłodnienia i implantacji zarodka.

Praktyka sądowa pozytywnie odpowiadała na to pytanie, uznając prawo samotnego mężczyzny do realizacji swojego prawa do ojcostwa za pomocą macierzyństwa zastępczego.

Najważniejszymi precedensami były orzeczenia Babuszkinskiego Sądu Rejonowego

Moskwy z 4 sierpnia 2010 r. oraz Smolninskiego Sądu Rejonowego Petersburga z 12 marca 2011 r. W tym ostatnim przypadku samotnemu mężczyźnie urodziło się nawet dwoje dzieci.

Obecnie podobne prawo uznaje się wprost tylko w odniesieniu do samotnej kobiety – „Mężczyzna i kobieta, tak przebywający, jak i nieprzebywający w związku małżeńskim, mają prawo do stosowania pomocniczych technologii reprodukcyjnych w razie istnienia wzajemnej zgody (po wcześniejszym zasięgnięciu informacji) na ingerencję medyczną.

Samotna kobieta również ma prawo do stosowania pomocniczych technologii reprodukcyjnych w razie jej dobrowolnej zgody (po wcześniejszym zasięgnięciu informacji) na ingerencję medyczną" (pkt 3 art. 55 ustawy federalnej od 21.11.2011 r., N 323-FZ (red. Z 13.07.2015 r. ze zm. z 30.09.2015 r.) „O podstawach ochrony zdrowia obywateli w Federacji Rosyjskiej").

Podobną regułę proponuje się i innym państwom – członkom Wspólnoty Niepodległych Państw w pkt 2-3 art. 12 „Ustawy modelowej o ochronie praw reprodukcyjnych i zdrowia reprodukcyjnego obywateli" (został uchwalony w Petersburgu 28.11.2014 r. w Postanowieniu 41-21 na 41. plenarnym posiedzeniu Międzyparlamentarnego Zrzeszenia państw-uczestników WNP) – „Mężczyzna i kobieta, zarówno przebywający, jak i nieprzebywający w związku małżeńskim, mają prawo do stosowania pomocniczych technologii reprodukcyjnych w razie zaistnienia wskazań medycznych i przy braku przeciwwskazań do stosowania danych technologii pod warunkiem wspólnej pisemnej dobrowolnej zgody (po wcześniejszym zasięgnięciu informacji) na ingerencje medyczne z wykorzystaniem tych technologii […]. Samotna kobieta ma prawo do stosowania pomocniczych technologii reprodukcyjnych w razie jej dobrowolnej zgody (po wcześniejszym otrzymaniu informacji) na medyczne ingerencje i dotrzymanie wymogów, ustalonych w pkt 2 tego artykułu".

Odnośnie do samotnego mężczyzny należy uznać istnienie kwalifikowanego milczenia ustawodawcy. Teraz samotny mężczyzna, czyli niebędący w związku małżeńskim i niemający partnerki, jest ograniczony w swoich prawach do ojcostwa.

6. Zupełnie logiczne wydaje się pozbawienie biologicznego ojca-dawcy, którego biologiczny materiał został wykorzystany do sztucznego zapłodnienia, jakichkolwiek praw w stosunku do dziecka poczętego tą metodą, jak i do już narodzonego dziecka. Z punktu widzenia ustawy żaden związek prawny pomiędzy dawcą a dzieckiem nie powstaje.

Normy art. 49 Kodeksu Rodzinnego, dotyczące ustalenia ojcostwa na drodze sądowej w razie poczęcia dziecka za pomocą materiału dawcy, nie są stosowane. Dawcy nie można uznać za ojca dziecka w sensie prawnym, chociaż jest on bez wątpienia jego ojcem biologicznym. Próby uznania mężczyzny-dawcy za podmiot stosunków rodzinnych nie

powiodły się.

7. Ciąża matki dziecka może powstać wbrew woli ojca nie tylko w razie odbycia z nim stosunku seksualnego. Kobieta może zapłodnić się sama za pomocą nasienia, które mężczyzna przekazał w celu zapłodnienia komórki jajowej swojej żony w sztucznych warunkach lub przekazał materiał w celu przechowania.

Nie jest on dawcą w rozumieniu art. 55 ustawy federalnej „O podstawach ochrony zdrowia obywateli Federacji Rosyjskiej", zatem powstają względem niego wszystkie skutki prawne związane z biologicznym pokrewieństwem z dzieckiem – płacenie alimentów, obowiązek wychowania dziecka itd. Żadne skutki administracyjnoprawne, karnoprawne czy cywilnoprawne dla takiej matki nie następują. Wobec takiej kobiety może być zastosowana tylko odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny pracy oraz swoich obowiązków pracowniczych.

8. W rosyjskim prawie sztuczne przerwanie ciąży odbywa się na życzenie ciężarnej kobiety. Samodzielnie podejmuje ona decyzję o przerwaniu ciąży. Aborcja może być przeprowadzona bez zgody ojca, także męża, a nawet wbrew jego woli. Przerwanie ciąży może przysporzyć ojcu dziecka poczętego silnych cierpień moralnych. Otwarte pozostaje pytanie, czy ojciec może żądać kompensacji za wyrządzoną mu krzywdę?

Agnieszka Paluszczak[1]

Nie tędy panie i panowie badacze! O zapomnianej bibliografii prac Jacka Mazurkiewicza poświęconych ochronie dziecka poczętego i jego matki

Dorobek piśmienniczy Jacka Mazurkiewicza dotyczący między innymi ochrony praw dziecka poczętego i jego matki zaczął powstawać już w latach 70. ubiegłego wieku. Był i jest największym poświęconym tej tematyce w Polsce.

Pierwszy jego prawniczy artykuł został opublikowany w 1973 r., rok po zakończeniu studiów prawniczych. Był opracowaniem wymownym. W tamtych czasach w praktyce nieograniczonej możliwości dokonywania zalegalizowanej aborcji konfrontował on ideę ochrony dziecka poczętego z dopuszczalnością tak zwanego przerywania ciąży.

Także z innego, niespodziewanego powodu debiut ten okazał się szczególnym. Ówczesny asystent stażysta w Instytucie Prawa Cywilnego został pisemnie poinformowany przez redakcję „Palestry", że w wyniku interwencji Głównego Urzędu Kontroli Prasy, Publikacji i Widowisk, artykuł został ocenzurowany i opublikowany ze zmianami. Takie interwencje miały miejsce także później, w kolejnych publikacjach tego autora, nie tylko w artykule „Wołanie o zasadę" ogłoszonym w „Tygodniku Powszechnym" oraz „Matka Polka pójdzie na «zabieg»", który ukazał się w „Nowym Życiu". Tyle, że w tych ostatnich publikacjach ślad interwencji cenzury został zachowany na zawsze: odnalazłam tam miejsca oznaczone czterokrotnymi myślnikami wziętym w kwadratowe nawiasy, po których wskazano miejsce publikacji podstawy prawnej cenzurowania[2]. Paradoksalne, że potyczki J. Mazurkiewicza z cenzurą nie skoczyły się dotąd. Bo choć państwowej cenzury już nie ma istnieje inna, niekiedy nader skuteczna, o czym rozmawialiśmy podczas seminarium

[1] Mgr, Opole.

[2] Na przykład w artykule Zasiłek ciążowy…, s. 2, ślady dwukrotnej interwencji cenzury są następujące: „[– – – –] [Ustawa z dn. 31 VII 1981, O kontroli publikacji i widowisk, art. 2, pkt. 6 (Dz.U. nr 20, poz. 99. zm.: 1983 Dz.U. nr 44, poz. 204)]" (pisownia oryginalna).

magisterskiego, w którym przez dwa lata uczestniczyłam, nie tylko rozważając konsekwencje działalności systemu Echelon dla praktyki realizacji konstytucyjnej gwarancji ochrony tajemnicy komunikowania się[3].

Znaczna część publikacji J. Mazurkiewicza dotyczy prawnych aspektów prenatalnych stosunków filiacyjnych, przede wszystkim ojcostwa. Ich autor poszedł tropem wcześniejszych badań prof. Bronisława Walaszka z Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz dr Stanisława Chrempińskiego, adwokata z Puszczykowa. W ogólności stoi on na stanowisku skuteczności tych stosunków jeszcze przed narodzeniem się dziecka. Zabiega też o dopuszczalność sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa, a przynajmniej wszczęcia takiego postępowania jeszcze przed jego narodzeniem.

Wielokrotnie nawiązywał do zagadnienia adopcji prenatalnej. Przedstawiał ważne argumenty za nią przemawiające, analizował i opiniował zarzuty podnoszone przeciw tej propozycji *de lege ferenda*, opracowywał, niekiedy wspólnie z dr. Andrzejem Ciskiem i dr. Jerzym Strzebinczykiem z naszego Uniwersytetu, zróżnicowane warianty tej adopcji, przychylając się do rozwiązania dopuszczającego jedynie możliwość wszczęcia, za zgodą rodziców dziecka, postępowania adopcyjnego jeszcze przed jego narodzeniem.

Badał też problematykę prawno-alimentacyjną odnoszącą się do dziecka poczętego i jego matki. Także tu proponował zmiany prawne, które dalej, mimo upływu kilkudziesięciu lat, czekają na rozważenie, a w jednym przypadku na stanowczą reakcję Trybunału Konstytucyjnego. Obszerne studium prawno-historyczne o kurateli *ventris nomine* było i pozostało jedynym w piśmiennictwie naszym omówieniem tej instytucji, która stanowiła też punkt odniesienia do analiz dotyczących przedstawicieli ustawowych nasciturusa.

Na gruncie prawa cywilnego J. Mazurkiewicz wielokrotnie analizował zagadnienia dotyczące zdolności prawnej dziecka poczętego, ochrony jego dóbr osobistych, w tym dziedzictwa genetycznego i godnych narodzin, roszczeń odszkodowawczych w związku ze zdarzeniami w okresie prenatalnym, na pograniczy prawa cywilnego oraz prawa lokalowego, problematykę ochrony prawa do mieszkania, zajmując się tym także poza sferą prawa prywatnego; ponadto umową darowizny na rzecz dziecka poczętego oraz szczegółowymi prenatalnymi zagadnieniami prawa spadkowego.

[3] Zob. w szczególności M. Andreasik, D. Karkut, J. Mazurkiewicz, B. Mierzwiński, M. Popielas, K. Trzeciak, M. Zaporowska, Z. Zaporowska, Orwell w realu, czyli o systemie Echelon z perspektywy polskiego prawa, Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały nr 2/2014, s. 55 i n. oraz J. Mazurkiewicz, O uprzedmiotowieniu autorów, wszechwładzy wydawców i nędzy prawa autorskiego. Prawo autorskie w czasach restauracji kapitalizmu w Polsce, RPEIS z. 2/2015 s. 259 i n.

Nie brakuje wśród jego publikacji opracowań odnoszących się do statusu nasciturusa na gruncie procedury cywilnej oraz prawa prywatnego międzynarodowego.

Jest oczywiste, dlaczego znaczna część przywoływanych w załączonej bibliografii publikacji J. Mazurkiewicza dotyczyła uprawnień i statusu kobiety ciężarnej. I to nie tylko na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, gdzie w szczególności odnosiła się do ochrony matki dziecka poczętego przed dolegliwymi konsekwencjami postępowań prowadzonych wówczas, gdy jest ona w ciąży.

Pokaźna część przedstawianych przeze mnie prac dotyczy prawa pracy oraz prawa zabezpieczenia społecznego. Jacek Mazurkiewicz zajmował się w nich prawem do pracy kobiety ciężarnej, ochroną stosunku pracy ciężarnej pracownicy, ochroną przed pracami uciążliwymi, szkodliwymi lub stanowiącymi zagrożenie, w godzinach nadliczbowych, w porze nocnej, poza stałym miejscem pracy, urlopem macierzyńskim. Przedstawił w Polsce pomysł i wielokrotnie wracał do problematyki zasiłku ciążowego. Analizował szczegółowe problemy dotyczące pomocy socjalnej dla matek ciężarnych, w tym mieszkaniowej, psychologicznej i prawnej.

Na gruncie prawa karnego, procedury karnej, prawa wykroczeń materialnego i procesowego oraz prawa penitencjarnego analizował i przedstawiał propozycje *de lege ferenda* odnoszące się do prawnokarnej ochrony kobiety ciężarnej przed dyskryminacją, dopuszczalność pozbawiania wolności tej kobiety, przesłankami odraczania i przerywania orzeczonych wobec nich kar, praw uwięzionej kobiety w ciąży oraz jej narodzonego już dziecka.

Niemało miejsca poświęcił ochronie ciężarnych uczennic. Odnosił się również do prawnych unormowań dotyczących aborcji, zabiegając o jej zakaz. Inne postanowienia dotyczące dziecka poczętego rozważał na gruncie ustawy o rzeczniku praw dziecka.

W ostatnich latach wspólnie z Barbarą Bernfeld podjął odosobnione do niedawna w Polsce studia nad prawnymi aspektami alkoholowego zespołu płodowego (*Fetal Alcohol Syndrome;* FAS).

Pokaźną część, przede wszystkim współautorskich publikacji, poświęcił projektom reformy polskiego prawa dotyczącego dzieci i kobiet, w których znacząca część odnosi się do dzieci poczętych i ciężarnych matek.

* * *

Dokonałam najogólniejszej charakterystyki tematyki publikacji oraz przedstawiam bibliografię prac J. Mazurkiewicza dotyczących sytuacji prawnej dziecka poczętego oraz jego matki z dwóch powodów.

Po pierwsze: chcę zachować pamięć o tym dorobku i ułatwić innym badaczom jego odszukanie.

Po drugie: chcę krytycznie spojrzeć nie tylko na warsztat niemałego grona badaczy prawnych aspektów problematyki prenatalnej, pomijając jednoznaczne oceny ich etyki naukowej.

Los twórczości J. Mazurkiewicza nie jest mi obojętny. W olbrzymim i nieustannie powiększającym się piśmiennictwie prawniczym coraz rzadziej sięga się do owoców pracy starszych badaczy. Także wybitnych, choć przecież nie tylko ich badania zasługują na rozważenie i niekiedy uwzględnienie. Jest to doniosłe, trudne do przecenienia negatywne zjawisko występujące we współczesnej polskiej nauce prawa. Źle rokujące kondycji tej nauki, nie tylko jej wartości, ale i etyce badawczej wielorako zagrożonej na początku XXI wieku.

Wskazane publikacje są nierzadko pierwszymi w polskim piśmiennictwie prawniczym opracowaniami określonych kwestii dotyczących dziecka poczętego i jego matki, często są jednymi z nielicznych opracowań tej problematyki, zawierają nierzadko oryginalne propozycje *de lege ferenda*.

Lecz we współczesnej polskiej literaturze prawniczej publikacje B. Walaszka. S. Chrempinskiego i J. Mazurkiewicza są przywoływane incydentalnie. A jeśli się zdarza, to polega często na bezwartościowych, bo ogólnikowych odesłaniach w przypisach, chyba głównie dla budowania przeświadczenia o rzekomej erudycji piszącego. Omówienia ich poglądów prawie nie zdarzają się.

W ten sposób nie wolno i nie można uprawiać działalności badawczej. Kto nie zna dorobku poprzedników, nie nawiązuje doń i nie ukazuje jego dobrych i złych stron, w istocie nie prowadzi działalności badawczej, choć może publikować artykuły i książki, uzyskiwać granty, zdobywać stopnie i tytuły naukowe.

Bibliografia prac J. Mazurkiewicza odnoszących się do problematyki prawnej dziecka poczętego oraz kobiety ciężarnej

Bernfeld B., Mazurkiewicz J., „Za młody, by pić". Naruszanie prawa do życia lub zdrowia dziecka przez pijące alkohol kobiety ciężarne, Wrocław 2016,

http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/77815/ Brenfeld_B_Mazurkiewicz_J_Za_mlody_by_pic_Naruszenie_prawa_do_zycia_lub_zdr owia_dziecka_przez_pijace_alkohol_kobiety_ciezarne.pdf

Bernfeld B., Mazurkiewicz J., Zaporowska M., Zaporowska Z., Wiązanka urodzinowa dla Profesora Jacka Sobczaka (Pięć prawniczych miniatur), [w:] J. W. Adamowski, T. Wallas, K. Kakareko (red.), Między Klio a Themis. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Sobczakowi, Warszawa 2016, praca zbiorowa.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Dajmy szansę tym dzieciom…, GP 1988, nr 11.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., O pełną ochronę interesów dziecka. Pod rozwagę legislatora, GP 1988, nr 3.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., O rozszerzenie ochrony dóbr osobistych dziecka i macierzyństwa prenatalnego, NP 1988, nr 10/12,

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., O rozszerzenie ochrony prawnej kobiety ciężarnej i dziecka poczętego. Propozycje opracowane przez Komisję Projektów Legislacyjnych TKOPD we Wrocławiu, „Ład" 1987, nr 14.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., O zmiany w prawie rodzinnym w celu wzmocnienia ochrony dobra dziecka, NP 1990, nr 10/12.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Propozycje zmian legislacyjnych, SOS-Dziecko! III Materiały Informacyjne KOPD, Warszawa 1989.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Senat, Biuro Studiów i Analiz Kancelarii Senatu, Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy „Kodeks rodzinny i opiekuńczy", Warszawa, kwiecień 1996 (M-425).

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Wrocławski projekt karnoprawnej ochrony dziecka poczętego i jego matki, Sprawozdania Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Wrocław 1992, t. 47, seria A.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu ochrony dziecka poczętego i jego matki, Integracje 1990, nr 14.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu ochrony dziecka poczętego i jego matki, Sł.Pow. 1990, nr 116.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu ochrony macierzyństwa i dziecka poczętego, Prawo, t. XXXVI.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu ochrony macierzyństwa i dziecka poczętego, Sprawozdania Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Wrocław 1989–1990, t. 44–45, seria A.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Wrocławski projekt rozszerzenia prawnej ochrony macierzyństwa i dziecka poczętego, Sł.Pow. 1989, nr 148.

Cisek A., Mazurkiewicz J., Strzebinczyk J., Wrocławski projekt rozszerzenia prawnej ochrony macierzyństwa i dziecka poczętego, ZPR1990, nr 1–2.

Mazurkiewicz J., Abyście mogli pomóc. Z myślą o dziecku i rodzinie, Rz 1993, nr 233.

Mazurkiewicz J., Adopcja zamiast aborcji, [w:] J. Frąckowiak, E. Gniewek, A. Śmieja (red.), Prace prawnicze ofiarowane prof. J. Kosikowi, Wrocław 1990.

Mazurkiewicz J., Alimenty przed narodzeniem dziecka, Pom. 1991, nr 12–13.

Mazurkiewicz J., Amnestia dla ciężarnych, PiŻ 1987, nr 28.

Mazurkiewicz J., Asysta, „Ład" 1989, nr 12.

Mazurkiewicz J., Brzemienna matka szuka mieszkania, „Ład" 1988, nr 8.

Mazurkiewicz J., Brzemienna matka szuka pracy, „Ład" 1987, nr 21.

Mazurkiewicz J., Ciężarne uczennice, „Gazeta Szkolna" 1991, nr 13.

Mazurkiewicz J., Ciężarne uczennice, Pom. 1992, nr 14.

Mazurkiewicz J., Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego, ChwŚ 1986, nr 8/9.

Mazurkiewicz J., Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego, [w:] J. W. Gałkowski, J. Gula (red.), W imieniu dziecka poczętego, Rzym – Lublin 1988.

Mazurkiewicz J., Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego, [w:] J. W. Gałkowski, J. Gula (red.), W imieniu dziecka poczętego, Rzym – Lublin 1991.

Mazurkiewicz J., Czego prawnicy mogą się nauczyć od pana Kaźmierczyka z Gdańska? O potrzebie dopuszczalności ustalania stosunków filiacyjnych post mortem, [w:] J. Mazurkiewicz (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy po nowelizacji, Wrocław 2010.

Mazurkiewicz J., Czytając ciążowe rozporządzenie, Pom. 1994, nr 2.

Mazurkiewicz J., Dopuszczalność sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego, RPEiS 1974, z. 4.

Mazurkiewicz J., Dopuszczalność uznania dziecka poczętego w prawie polskim, AUW Prawo, t. XLV.

Mazurkiewicz J., Glosa do uchw. pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z dn. 30 listopada 1987, III PZP 36/87, PiP 1989, z. 1.

Mazurkiewicz J., Glosa do wyr. SN z 22 maja 1985, IIPR 8/85, PiZS 1987, nr 3.

Mazurkiewicz J., Instrukcja nr 11/81, „Ład" 1988, nr 34.

Mazurkiewicz J., Kodeks rodzinny i opiekuńczy po nowelizacji. Konferencja naukowa, Wrocław, 11 grudnia 2009 r., Rej. 2010, nr 3.

Mazurkiewicz J., Komu wolno szkodzić bezkarnie. Nasciturus. Cywilnoprawna podmiotowość dziecka poczętego, Rz 1997, nr 122.

Mazurkiewicz J., Krsna zatrzymał się w Betlejem, „Kurier Nama Hatta" 1996, nr 2.

Mazurkiewicz J., Kuratela ventris nomine na ziemiach polskich w XIX i XX wieku, CPH t. XXVIII, z. 2.

Mazurkiewicz J., Macierzyństwo – dziecko – wychowanie, ZPR 1986, nr 4–5.

Mazurkiewicz J., Matka Polka pójdzie na „zabieg?", „Nowe Życie" 1989, nr 2.

Mazurkiewicz J., Miejsce dla ciężarnej, Pom. 1991, nr 12–13.

Mazurkiewicz J., Moim zdaniem, Pom. 1993, nr 3.

Mazurkiewicz J., Narodzeni nie kochają nienarodzonych, TP 1985, nr 3.

Mazurkiewicz J., Nasciturus, „Ład" 1982, nr 36.

Mazurkiewicz J., Nasciturus w prawie cywilnym i karnym, Pal. 1973, nr 11.

Mazurkiewicz J., Niedostatek miłości i program minimum, Sł.Pow. 1991, nr 178.

Mazurkiewicz J., Niestety... polityka. Recenzja pracy M. Schoyansa pt. Aborcja i polityka, „Ethos" 1992, nr 18–19.

Mazurkiewicz J., O amnestii dla skazanych kobiet ciężarnych, TP 1986, nr 28.

Mazurkiewicz J., O fundację ochrony macierzyństwa, TP 1987, nr 2.

Mazurkiewicz J., O ochronę ciężarnej, „Odrodzenie" 1987, nr 4.

Mazurkiewicz J., O ochronę praw i życia dziecka poczętego, PPiA t. XXVII.

Mazurkiewicz J., O solidarność z dzieckiem poczętym i jego matką, „Życie Katolickie" 1990, nr 7–8.

Mazurkiewicz J., Ochrona dziecka poczętego w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Wrocław 1985.

Mazurkiewicz J., Ochrona dziecka poczętego w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, NP 1976, nr 2.

Mazurkiewicz J., Ochrona dziecka poczętego na tle polskiego prawa cywilnego i karnego, Zeszyty Naukowe PAX 1974, nr 5.

Mazurkiewicz J., Ochrona, której nie ma, Rz 1996, nr 197.

Mazurkiewicz J., Ochrona prenatalnego macierzyństwa. Podstawy prawne, Pom. 1991, nr 1.

Mazurkiewicz J., Posłanie do władz RP, „Nasz Dziennik" 1999, nr 89.

Mazurkiewicz J., Prawny aspekt ochrony macierzyństwa, [w:] Raport działania na rzecz dziecka poczętego i jego rodziny, Warszawa 1993, praca zbiorowa.

Mazurkiewicz J., Prawo do miłości, „Trzeźwymi bądźcie!" 1992, nr 9–10.

Mazurkiewicz J., Problematyka prawna zatrudniania skazanych kobiet ciężarnych i karmiących, PPiA t. XIII.

Mazurkiewicz J., Przedstawiciel ustawowy dziecka poczętego, PiP 1988, z. 1.

Mazurkiewicz J., Przyczynek do historii sowieckiego prawa rodzinnego, Sprawozdanie Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Wrocław 1994, t. 49 seria A.

Mazurkiewicz J., Przysposobienie dziecka poczętego, TP 1985, nr 9.

Mazurkiewicz J., Recenzja pracy A. M. Nieczajewej pt. Prawowaja ochrana dietstwa w SSSR, PiP 1989, z. 11.

Mazurkiewicz J., Recenzja pracy E. G. Azarowej pt. Probliemy rawnoprawija żienszczziny i mużczziny w socialnom obiespieczienii w SSSR, PPiA t. XXX.

Mazurkiewicz J., Refleksje (nieodpowiedzialnego) prawnika, „Ład" 1983, nr 4.

Mazurkiewicz J., Rodzinne do remontu! Czyli o potrzebie wielkiej reformy prawa rodzinnego, [w:] P. Stec, M. Załucki (red.), 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, Warszawa 2015.

Mazurkiewicz J., Słowo wstępne, [w:] J. Mazurkiewicz (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy po nowelizacji, Wrocław 2010.

Mazurkiewicz J., Spoglądając na vulnerable persons nie tylko z perspektywy polskiego prawa, [w:] O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej – wybrane problemy bioprawa, Gdańsk 2015.

Mazurkiewicz J., Stare oraz nowe propozycje rozszerzenia prawnej ochrony kobiety ciężarnej i dziecka poczętego, ZPR 1986, nr 4–5.

Mazurkiewicz J., To dziecko jeszcze żyje!, ZPR 1991, nr 3.

Mazurkiewicz J., Trzy zadania, „Gwiazda Morza" 1993, nr 22.

Mazurkiewicz J., Uwagi o ustaleniu i zaprzeczeniu ojcostwa małżeńskiego przed urodzeniem dziecka, PPiA t. VIII.

Mazurkiewicz J., Uznanie dziecka poczętego, Pom. 1996, nr 30.

Mazurkiewicz J., Uznanie dziecka poczętego, SP 1975, z. 4.

Mazurkiewicz J., W służbie dobru, [w:] B. Czech (red.), Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa: materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 11 i 12 czerwca 1991 r. w Katowicach, Katowice 1992.

Mazurkiewicz J., Wołanie o zasadę, TP 1983, nr 38.

Mazurkiewicz J., Wrocławski projekt rozszerzenia prenatalnego macierzyństwa w polskim prawie małżeńskim, [w:] B. Czech (red.), Małżeństwo w prawie świeckim i w prawie kanonicznym, Katowice 1996.

Mazurkiewicz J., Wrocławski projekt ustawy o rozszerzeniu ochrony dóbr osobistych i innych praw dziecka oraz jego rodziców, AUW Prawo, t. XXXVI.

Mazurkiewicz J., Wrocławskie projekty rozszerzenia prawnej ochrony dziecka, [w:] J. Bińczycka (red.), Prawa dziecka. Deklaracje i rzeczywistość, Warszawa 1993.

Mazurkiewicz J., Wypowiedzi w dyskusji, [w:] T. Styczeń SDS (red.), Jan Paweł II „Familiaris consortio". Tekst i komentarze, Lublin 1987.

Mazurkiewicz J., Wypowiedzi w dyskusji wokół ochrony dziecka poczętego (Dyskusja z senatorami 2 lutego 1991), „Ethos" 1991, nr 13.

Mazurkiewicz J., Wypowiedzi w dyskusji wokół prawnej ochrony dziecka poczętego (Dyskusja z 2 lutego 1991 r.), [w:] Nienarodzony miarą demokracji, Lublin 1991, praca zbiorowa.

Mazurkiewicz J., Zadania stojące przed polskim prawem w świetle karty praw rodziny, „Rodzina Katolicka" 1985, nr 1.

Mazurkiewicz J., Zadania stojące przed polskim prawem w świetle Karty Praw Rodziny, [w:] T. Styczeń SDS (red.), Jan Paweł II. Familiaris consortio. Tekst i komentarze, Lublin 1987.

Mazurkiewicz J., „Zanim pomysły nasze sczezną wraz z nami". O zapomnianych projektach reformy prawa rodzinnego, [w:] M. Andrzejewski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach, „Acta Iuris Stetinensis" t. 6, Szczecin 2014.

Mazurkiewicz J., Zanim pomysły nasze sczezną wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet, Wrocław 2016, ss. 417, monografia, podrozdział w części VI Varia zatytułowany: „Za młody, by pić". Naruszanie prawa do życia lub zdrowia dziecka przez pijące alkohol kobiety ciężarne napisany wspólnie z B. Bernfeld, także: http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/80223

Mazurkiewicz J., Zasada „nasciturus pro iam nato habetur" w polskim prawie cywilnym, PPiA t. V.

Mazurkiewicz J., Zasiłek ciążowy, TP 1986, nr 3.

Mazurkiewicz J., Zasiłki ciążowe po zmianach, Rz 1994, nr 96.

Mazurkiewicz J., Zaufanie czy zaświadczenie, Rz 1996, nr 194.

Mazurkiewicz J., Zło w prawniczych rękawiczkach. Recenzja pracy E. Zielińskiej pt. Oceny prawnokarne przerywania ciąży, „Ethos" 1989, nr 5.

Mazurkiewicz J., Niedworok J., Matka za więziennym murem, „Gazeta Prawnicza" 1989, nr 11.

Mazurkiewicz J., Niedworok J., Ochrona macierzyństwa w polskim prawie penitencjarnym, PiP 1975, z. 10.

Mazurkiewicz J., Piechota S., Czy wolno urodzić się w domu, „Ład" 1987, nr 26.

Mazurkiewicz J., Piechota S., Fiskus ściąga już od niemowlaka, PiŻ 1989, nr 9.

Mazurkiewicz J., Szymański A., Wosicki P., List otwarty do Rzecznika Praw Obywatelskich RP prof. Tadeusza Zielińskiego, „Niedziela" 1992, nr 29.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Adopcja prenatalna, Rz 1995, nr 202.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Brzemienna dyskryminacja, Rz 1995, nr 265.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Ciąża ciąży nierówna, Rz 1998, nr 106.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Ciąża na grupowym zwolnieniu, Rz 1994, nr 264,

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Ciężarna na bruk, Rz 1995, nr 225.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Ciężarna w okresie próbnym, Rz 1996, nr 232.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Czy istnieje areszt za długi?, Rz 1995, nr 198.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Czy Pani senator jest pro-life?, Rz 1995, nr 137.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Eksmisja czy harakiri, Rz 1997, nr 134.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Kazus pani Webb a prawo polskie, Rz 1994, nr 231.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Obowiązywała instrukcja, Rz 1995, nr 58.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Obrona bezbronnych, Rz 1995, nr 299.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Ochrona praw matek karmiących, Rz 1996, nr 193.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Postęp o sto jeden gramów, Rz 1994, nr 260.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Próbowanie ciąży, Rz 1995, nr 258.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Rozwód z brzuchem, Rz 1995, nr 230.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Sytuacja prawna dziecka w publikacjach prawnych J. Zaporowskiej i J. Mazurkiewicza, Biuro Studiów i Analiz Kancelarii Senatu, kwiecień 1996.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Ustalenie ojcostwa przed narodzeniem dziecka, Rz 1995, nr 235.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Wykaz mało kobiecy, Rz 1997, nr 189.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Zastrzeżenie do zastrzeżenia, Rz 1995, nr 276.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Zdumiewający zwyczaj depenalizacji, Rz 1995, nr 287.

Zaporowska J., Mazurkiewicz J., Niedworok J., Ciąża pod kluczem, Rz 1995, nr 195.

Łukasz B. Pilarz[1]

Ochrona dziecka poczętego a eksperyment medyczny – co trzeba jeszcze poprawić?

1. Zagadnienia wprowadzające

W doktrynie prawa istnieje wiele definicji eksperymentu medycznego. Jak zauważa A. Wnukiewicz-Kozłowska[2] historycznie pierwszym dokumentem traktującym o eksperymentach na ludziach był kodeks norymberski z 1949 r.[3], nie znajdziemy jednak w nim definicji eksperymentu medycznego. Kolejnym chronologicznie aktem prawnym o zasięgu międzynarodowym jest Deklaracja Helsińska przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Światowej Organizacji Zdrowia (WHO)[4]. W punkcie 6 można przeczytać: „Podstawowym celem badania medycznego z udziałem człowieka jest podniesienie poziomu postępowania profilaktycznego, diagnostycznego i terapeutycznego oraz zrozumienie etiologii i patogenezy schorzenia"[5]. Niewątpliwie jednak najważniejszym z tych dokumentów jest Konwencja bioetyczna[6]. Odwołując się do semantyki języka potocznego przyjąć należy, że eksperyment

[1] Mgr, lek., Uniwersytet Śląski w Katowicach oraz Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach.

[2] A. Wniukiewicz-Kozłowska, Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim, Warszawa 2004, s. 135.

[3] Kodeks norymberski – kodeks etyczny sformułowany w 1947 roku przez aliancki Trybunał Wojskowy, w którym podano 10 zasad dopuszczalności doświadczeń na ludziach

[4] Deklaracja Helsińska przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Światowej Organizacji Zdrowia, zbiór zasad dotyczących prowadzenia badań klinicznych na człowieku, opracowanych przez Światowe Towarzystwo Medyczne. Tekst z 1948 r. dostępny na stronie: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1816102/pdf/brmedj02559-0071.pdf (dostęp: 13.12.2016 r.)

[5] Zob. J. Zaremba, Aspekty etyczne badań nad leczniczym zastosowaniem komórek macierzystych pochodzenia embrionalnego, „Prawo i Medycyna" 2001/9, s. 80 oraz M. Zembala, Zasady pobierania i przeszczepiania narządów i tkanek do transplantacji w ujęciu Konwencji Bioetycznej, „Kardiochirurgia i Torakochirurgia Polska" 2009/ 6, s. 56.

[6] Konwencja bioetyczna – Konwencja o ochronie prawa człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996r., 4 kwietnia 1997 roku z inicjatywy Rady Europy uchwalona została w Oviedo Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny - inaczej Konwencja o Prawach Człowieka

to próba, zwłaszcza przeprowadzana po raz pierwszy realizacji nowatorskiego pomysłu, inaczej celowe wywołanie jakiegoś zjawiska (lub jego zmiany) w sztucznych, zwykle laboratoryjnych, warunkach w celu zbadania i wyjaśnienia jego przebiegu[7]. W eksperymencie nie chodzi o podejmowanie standardowych czynności, lecz o pionierskie podejście do danej kwestii, z zastosowaniem nowatorskich metod[8].

Celem pracy jest wskazanie błędów logicznych i semantycznych, jakich dokonał ustawodawca w zakresie unormowania sytuacji kobiety ciężarnej i dziecka w okresie prenatalnym w polskim systemie prawa, jeżeli chodzi o możliwość przeprowadzenia eksperymentu. W szczególności należy wskazać na brak spójności w zakresie uregulowań kodeksu karnego[9] oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty[10]. Ustawa chroni szczególnie kobiety ciężarne i dzieci w okresie prenatalnym[11]. Niniejszy szkic dotyczy przede wszystkim problematyki udziału w eksperymencie leczniczym kobiety ciężarnej, co wymaga szczególnie wnikliwej oceny ryzyka dla matki i dziecka poczętego (ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty[12] tak wspomina przy eksperymencie leczniczym – kwalifikowana ocena zagrożenia dla matki i dziecka). Kobiety ciężarne i karmiące mogą uczestniczyć wyłącznie w eksperymencie badawczym związanym z niskim ryzykiem. Dzieci poczęte, osoby pozbawione wolności nie mogą uczestniczyć w eksperymentach badawczych. Czy możliwa jest zatem sytuacja, w której kobieta może uczestniczyć w eksperymencie badawczym, a dziecko poczęte nie może? Zauważyć można wyraźny brak spójności pomiędzy znaczeniem semantycznym pojęć eksperyment leczniczy, a eksperyment badawczy[13].

Struktura niniejszego artykułu przedstawia się w następujący sposób. Jako pierwsze pragnę omówić zagadnienia wprowadzające do pozycji prawnej *nasciturusa*, ze szczególnym uwzględnieniem stanowiska prawa międzynarodowego, następnie przejdę do problematyki

i Biomedycynie (Europejska Konwencja Bioetyczna). Zob. tekst konwencji wraz protokołami dodatkowymi dostępny na stronie: http://conventions.coe.int/Treaty.html (dostęp na dzień: 25.09.2016), dalej jako Konwencja.

[7] Zob. Słownik języka polskiego, tom I, (red.) M. Szymczak, Warszawa 1978, s. 525.

[8] Zob. szerzej: P. Daniluk, Eksperyment medyczny w świetle przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, „Przegląd Urologiczny" 2009/6, s. 58.

[9] Ustawa z 6.06.1997 r., Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553), dalej jako k.k.

[10] Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2011r. Nr 277, poz. 1634), dalej jako u.z.l.

[11] L. Bosek, Ochrona embrionów w prawie międzynarodowym i europejskim, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2007/3, s. 65.

[12] Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634), dalej jako u.z.l.

[13] Zob. J. Luty, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie polskim, w: Ochrona praw dzieci, (red.) Woźniak K., Jakieła A., Lublin 2014, s. 38; A. Ostryżek, Prawo do ochrony zdrowia w świetle art. 68 konstytucji RP z 2.04.1997 r., „Prawo i Medycyna" 2005/21, s. 71 oraz L. Bosek, Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich, „Przegląd Sejmowy" 2008/1, s. 41.

eksperymentu medycznego. Tutaj pojawia się również zasadniczy cel artykułu, jakim jest próba wskazania niespójności w zakresie działań ustawodawcy na polu regulacji tej materii. Te rozważania chciałbym nakreślić w perspektywie różnic systemowych pomiędzy ustawą karną, a ustawą o zawodach lekarza i lekarza dentysty. W trzeciej części przestawię problemy w związku ze stykiem eksperymentu medycznego, a stanem wyższej konieczności. W czwartej części przedstawię prawne rozwiązania w Polsce w postaci uwag *de lege lata* i *de lege ferenda*. Artykuł zakończą wnioski końcowe.

2. Pozycja prawna nasciturusa

Nasciturus to termin wywodzący się już z czasów rzymskich. Oznacza dziecko poczęte, a nienarodzone. Sięgając pamięcią do korzeni prawodawstwa rzymskiego, nasciturusowi przyznawano częściową podmiotowość prawną, czyniąc jednocześnie, jako warunek *sine qua non* przedłużenia jego praw, jego żywe urodzenie[14]. Dziecko poczęte, a nienarodzone było nazywane w różnoraki sposób[15]. Szkoły w rożny sposób interpretowały znamiona żywego narodzenia się dziecka. Sabinianie uważali, że taką oznaką jest krzyk dziecka, z kolei Prokulianie uważali za nie wyraźnie zauważalne ruchy dziecka. Tak, czy inaczej sposób, w jaki Rzymianie określili podmiotowość *nasciturusa* został inkorporowany do kontynentalnego systemu prawa cywilnego państw Europy i funkcjonuje po dziś dzień, również w polskim systemie prawa cywilnego. Funkcjonowanie tej fikcji prawnej wprowadził do obrotu prawnego w starożytnym Rzymie Justynian. Obecnie prawna ochrona dziecka nienarodzonego, a poczętego wyrażona jest przede wszystkim w prawie międzynarodowym[16]. Wymienić tutaj należy chociażby liczne akty prawa międzynarodowego dotyczące ochrony praw człowieka w tym Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.[17] oraz Konwencję o prawach dziecka z 1989 r.[18] Ta ostatnia gwarantuje w art. 24 ust. 2 lit. d opiekę matce w fazie prenatalnej i postnatalnej. Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dziecka[19] taką ochronę również przyznaje. Jak wskazano w Deklaracji

[14] P. Niczyporuk, Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim, Białystok 2009, s.55, a także J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny, Warszawa 1986, s. 121 oraz W. Litewski, Rzymskie prawo prywatne, Warszawa 1999, s. 114

[15] Zob. P. Malinowskim i A. Siemion różne określenia jako uterus, venter, partus, conceptus.

[16] M.C. Bassoiuni, International Recognition of Victims' Rights, „Human Rights Law Review" 2006/6, s. 208-209 oraz B. Gronkowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, Prawa człowieka i ich ochrona, Toruń 2010, s. 60.

[17] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 i 285).

[18] Konwencja o prawach dziecka z 1989 r. (Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526).

[19] Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dziecka sporządzona w Strasburgu w dniu 25.01.1996 r. (Dz. U. z 2000 r., Nr 107, poz. 1128).

Praw Dziecka – 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"[20].

W polskim systemie prawa ochrona zostaje przyznana *nasciturusowi* już w konstytucji. W polskim porządku prawnym należy się odwołać przede wszystkim do art. 38 Konstytucji RP[21] oraz ustawy kodeks cywilny[22]. Jak zauważa słusznie A. Zoll art. 38 Konstytucji RP odnosi się do „wszystkich istot ludzkich od chwili poczęcia, aż do śmierci"[23]. Należy go zawsze rozważać, w związku z treścią art. 68 ust. 1 Konstytucji[24]. Art. 8 k.c. stanowi, że każdy człowiek od chwili narodzenia ma zdolność prawną. Zdolność ta przysługuje osobie fizycznej od momentu urodzenia, trwając nieprzerwanie aż do śmierci. Do 1996 r., jak przytacza P. Malinowski i A. Siemion, art. 8 § 2 k.c. brzmiał: „zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe"[25]. Przepis ten dodano w związku z brzmieniem ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[26]. Inne przepisy, na które warto zwrócić uwagę to art. 446^1 k.c. na podstawie, którego przyznano *nasciturusowi* prawo dochodzenia szkód wyrządzonych mu przed urodzeniem, co jest niezwykle ważne w kontekście możliwości dochodzenia roszczeń w związku z prowadzeniem eksperymentów jeszcze w fazie prenatalnej[27]. Jak zauważa P. Malinowski chodzi tutaj przede wszystkim o przyznanie jedynie warunkowej zdolności prawnej w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej w związku z ewentualnie wyrządzoną szkodą w okresie prenatalnym[28]. Z kolei art. 927 § 2 k.c. wprowadza fikcję prawną, na podstawie której

[20] O prawnej ochronie dziecka patrz również szerzej: A. Krawczyk-Sawicka, Prawa dziecka i ich ochrona w świetle Konstytucji RP z 1997 roku (w:) Ochrona praw dzieci, Woźniak K., Jakieła A. (red.), Lublin 2014, s. 54 oraz A. Sikorska, Prawnokarna ochrona dziecka. O czynach karalnych o charakterze seksualnym (w:) Ochrona praw dzieci, Woźniak K., Jakieła A. (red.), Lublin 2014, s. 44.

[21] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. z 1991 r., nr 119, poz. 515 i 516).

[22] Ustawa z 23.05.1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej jako k.c.

[23] A. Zoll, Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO, „Prawo i Medycyna", 2000/ 8, s. 8.

[24] Każdy ma prawo do ochrony zdrowia, a zatem również dziecko poczęte, a jeszcze nienarodzone.

[25] Zob. A. Siemion, P. Malinowski, Pozycja nasciturusa w ukraińskim i polskim prawie cywilnym, w: Prawo ukraińskie- wybrane zagadnienia, (red.) Bartnik M., Bilecki M., Nikołajew J., Lublin 2013, s. 76.

[26] Ustawa z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78).

[27] Eksperyment w każdym wypadku, jeżeli jest przeprowadzony legalnie, nie posiada na ogol cech bezprawności, a zatem wykluczona jest tym samym możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. Jak zauważa A. Breczko dotyczy to przede wszystkim szkody prekoncepcyjnej (preconceptiones injuries), która dotyka podmiotu jeszcze niepoczętego (concipiendus). Pojawiają się również kwestie dotyczące odpowiedzialności cywilnej dziecka w przypadku poczęcia dziecka nieplanowanego (wrongful coenception), urodzenia niechcianego upośledzonego dziecka (wrongful birth) oraz dziecka które nie powinno się narodzić (wrongful life). Zob. A. Breczko, Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego, Warszawa 2008, s. 122.

[28] Zob. A. Siemion, P. Malinowski, Pozycja nasciturusa w ukraińskim i polskim…, s. 127.

przyjmuje się, że w chwili otwarcia spadku dziecko już poczęte, może być spadkobiercą pod warunkiem, że urodzi się żywe. Jak wskazuje z kolei J. Luty „możność nabycia praw i obowiązków przyznana została tylko człowiekowi urodzonemu, natomiast każdemu człowiekowi przysługuje prawna podmiotowość”[29]. R. Majda zaś zauważa, że w związku z brzmieniem art. 8 k.c. „urodzonemu człowiekowi przyznać należy taką cechę, dzięki której człowiek ten, jako podmiot prawa będzie mógł być traktowany co najmniej, jako bierny uczestnik obrotu”[30]. Kodeks rodzinny i opiekuńczy[31] również zawiera przepisy bezpośrednio odnoszące się do sytuacji prawnej *nasciturusa*. Są to art. 75 k.r.o. (możliwość uznania ojcostwa), art. 142 k.r.o. (żądanie matki do wyłożenia odpowiedniej sumy pieniężnej na koszty utrzymania noworodka przez męża, który jest ojcem dziecka) i art. 182 k.r.o. (ustanowienie kuratora dla *nasciturusa*)[32]. Można przetoczyć w tym zakresie bogaty dorobek orzecznictwa ustalającego dodatkowe reguły ochrony dziecka poczętego, a jeszcze nienarodzonego[33].

3. Wątpliwości zgłaszane co do spójności przepisów o eksperymencie

Warunek naruszenia normy sankcjonowanej musi stanowić, przynajmniej zagrożenie dla dobra prawnego. Druga sprawa ogniskuje się na fakcie, że nie każde zagrożenie dobra może być objęte zakazem. Dobro prawne, dlatego jest dobrem prawnym, że jest pewnym elementem obrotu prawnego. Zawsze jest ono narażone na jakiś uszczerbek z tego właśnie faktu, że nasze zachowania (działania lub zaniechania) stanowią potencjalne zagrożenie[34]. Następnie ustawa karna stanowi, że eksperyment jest niedopuszczalny bez zgody należycie poinformowanego uczestnika. Ponadto kodeks karny zapewnia możliwość odstąpienia od eksperymentu na każdym jego etapie. W projektach kodeksu karnego pojawiały się

[29] J. Luty, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie polskim, w: ochrona praw dzieci, (red.) Woźniak K., Jakieła A., Lublin 2014, s. 54.

[30] R. Majda, Komentarz do art. 8 kodeksu cywilnego, w: Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, M. Pyzik-Szafnicka (red.), Warszawa 2009, LEX 35/2009.

[31] Ustawa z 26.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U., Nr 78, poz. 59).

[32] Patrz szerzej w tym zakresie również: J. Kondratiewa-Bryik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2013, s. 215.

[33] Zob. wyrok SN z 4.04.1966 r., (II PR 139/66), OSNC 1966/ 9, poz. 158, wyrok NSA z 28.11.1985 r., (III SA 1183/85), OSP 1987/2, poz. 28, wyrok SN z 7.10.1971 r., (III CRN 255/71), OSN 1972/3, poz. 59.

[34] Autor przytacza komentarz A. Zolla: „Nawet jeżeli jedziemy samochodem zgodnie z regułami w ruchu drogowym, zawsze stwarzamy pewne potencjalne zagrożenie, większe potencjalnie niżby szliśmy pieszo. Już sam fakt prowadzenia pojazdu mechanicznego jest jakimś zagrożeniem. Norma prawna nie brzmi w ten sposób: bezwzględnie nie wolno ci narazić na niebezpieczeństwo dobra prawnego. Nie wolno jedynie przekroczyć pewnego stopnia tolerancji potencjalnego zagrożenia, jakie niesie ze sobą dane działanie lub zaniechanie. Te granice tolerancji wyznaczają przede wszystkim nasze doświadczenie życiowe (nie można przekroczyć pewnego stopnia tolerancji)”. Zob. A. Zoll, Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO, „Prawo i Medycyna” 2000/8, s. 8.

propozycje warunków eksperymentu medycznego, dokładne wykluczenia oraz podmioty, które nie mogły stać się uczestnikami eksperymentu (kobieta w ciąży, więźniowie, żołnierze, płód, dziecko w okresie prenatalnym). Ustawodawca zdecydował, że materia ta w charakterze *lex specialis* będzie uregulowana w u.z.l.[35]. Rozdział 4 u.z.l. poświęcony jest eksperymentowi medycznemu, określając jego zasady i warunki przeprowadzania. Powstaje pytanie, czy istnieje spójność pomiędzy przepisami kodeksu karnego a przepisami *lex specialis* u.z.l.?[36]

Po trzecie u.z.l. stanowi, że eksperyment może być eksperymentem leczniczym lub badawczym, przy czym art. 21 u.z.l. definiuje eksperyment, jako wypróbowanie nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod celem osiągniecia korzyści dla zdrowia osoby leczonej, przy czym skuteczność pozostałych dostępnych metod nie jest wystarczająca[37]. Stan wiedzy musi nam dawać podstawy jej potencjalnej skuteczności. Nie ma natomiast żadnych wykluczeń przy eksperymencie leczniczym (tylko w stosunku do kobiety ciężarnej – wtedy należy brać pod uwagę dobro dziecka)[38]. Eksperyment badawczy ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej, gdzie ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w wyraźnej dysproporcji w stosunku do potencjalnie uzyskanych korzyści. Jeżeli uczestnikiem jest człowiek chory, to działanie eksperymentatora nie jest ukierunkowane na wyleczenie, gdyż wtedy mamy do czynienia z eksperymentem leczniczym. Czy takie rozwiązania są poprawne w obecnym stanie?

W końcu po czwarte, powyższe rozważania należy przedstawić w świetle prawa międzynarodowego, w szczególności w kontekście przepisów Konwencji bioetycznej z Oviedo[39]. Konwencja stwierdza, że dobro istoty ludzkiej nie może być poświęcone na rzecz dobra społecznego lub na rzecz dobra nauki. Polska Konwencję ratyfikowała, lecz do dzisiaj jej nie popisała, a co za tym idzie, do tej pory nie ma tej zasady w obowiązującym polskim porządku prawnym. Pozostaje zatem zadać pytanie, jakie znaczenie mają regulacje prawa międzynarodowego dla ewentualnej przyszłej zmiany przepisów?

[35] M. Dercz, T. Rek, Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz, Warszawa 2014, s. 181 oraz M. Dercz, (red.), H. Izdebski, T. Rek, Prawo publiczne ochrony zdrowia, Warszawa 2013, s. 45.

[36] Por. T. Sokołowski, Sytuacja prawna nasciturusa w art. 9 Projektu kodeksu cywilnego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2009/2, s. 66 oraz A. Dyoniak, Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1994/3, s. 49.

[37] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, LEX 114901.

Podobnie również M. Machinek, Autonomia pacjenta versus autonomia lekarza. Dylematy moralne w kontekście roszczeń pacjenta w sytuacji zagrożenia życia, „Prawo i Medycyna" 2008/2, s. 89.

[38] J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona…, LEX 114901.

[39] O podmiotowości prawnej wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny, który w orzeczeniu z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK 1997/2, poz. 19, stwierdził, że na sytuację prawną dziecka składa się podmiotowość dziecka poczętego od momentu poczęcia, jak i zdolność prawna w fazie prenatalnej.

4. Nasciturus a eksperyment medyczny

Jak stanowi art. 25 ust. 3 u.z.l., eksperyment jest dopuszczalny po łącznym spełnieniu dwóch przesłanek: spodziewane korzyści z realizacji projektu mają bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego[40], a ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów[41]. Eksperyment nie jest dopuszczalny, gdy istnieje możliwość jego przeprowadzenia o porównywalnej efektywności z udziałem osoby posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych. Istotną sprawą jest przede wszystkim określenie kręgu podmiotów (małoletni, art. 10 § 1 k.c., art. 97 k.r.o.[42]). Eksperyment badawczy na kobietach ciężarnych (art. 26 ust. 2 u.z.l.) jest dozwolony, natomiast eksperyment badawczy na dzieciach poczętych (art. 26 ust. 3 u.z.l.) – niedozwolony. Po pierwsze udział w eksperymencie leczniczym kobiety ciężarnej wymaga szczególnie wnikliwej oceny ryzyka dla matki i dziecka poczętego (u.z.l. wspomina tak przy eksperymencie leczniczym – jest to tzw. kwalifikowana ocena zagrożenia dla matki i dziecka)[43]. Kobiety ciężarne i karmiące mogą uczestniczyć wyłącznie w eksperymencie badawczym związanym z niskim ryzykiem. Pozostaje w tym miejscu wątpliwość, jak określić stopień ryzyka i jakimi metodami, biorąc pod uwagę możliwości współczesnej medycyny prenatalnej. Dzieci poczęte nie mogą uczestniczyć w eksperymentach badawczych. Czy możliwa jest zatem sytuacja, w której kobieta może uczestniczyć w eksperymencie badawczym, a dziecko poczęte nie może? Zauważa się wyraźny brak spójności pomiędzy znaczeniem semantycznym pojęć eksperyment leczniczy, a eksperyment badawczy. Ustawa karna stanowi ponadto, że eksperyment jest niedopuszczalny bez zgody należycie poinformowanego uczestnika. Ponadto zapewnia możliwość odstąpienia od eksperymentu na każdym jego etapie. Jak zatem dziecko poczęte może wyrazić na nie zgodę? W projekcie kodeksu karnego pojawiały się propozycje warunków eksperymentu medycznego, dokładne wykluczenia oraz podmioty, które nie mogły być uczestnikiem eksperymentu (kobieta w ciąży, więźniowie, żołnierze, płód). Przed jego uchwaleniem ustawodawca zdecydował, że materia ta w charakterze *lex specialis* będzie uregulowana w u.z.l. Rozdział 4 u.z.l. poświęcony jest eksperymentowi medycznemu, określając jego zasady i warunki

[40] M. Dercz, T. Rek, Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz, Warszawa 2014, s. 181 oraz tenże, (red.), H. Izdebski, T. Rek, Prawo publiczne ochrony zdrowia, Warszawa 2013, s. 33.

[41] T. Brzeziński, Etyka lekarska, Warszawa 2002 oraz P. Daniluk, Cel leczniczy w świetle poglądów prawa doktryny, „Prawo i Medycyna" 2005/2, s. 43.

[42] Zob. A. Wniukiewicz-Kozłowska, Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim, Warszawa 2004, s. 123 oraz J. Zaremba, Aspekty etyczne badań nad leczniczym zastosowaniem komórek macierzystych pochodzenia embrionalnego, „Prawo i Medycyna" 2001/9, s. 80.

[43] K. Wiak, Prawna ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym, Lublin 2001, s. 127.

przeprowadzania. Czy istnieje spójność pomiędzy przepisami kodeksu karnego a przepisami *lex specialis* u.z.l.?

Następnie należy zwrócić uwagę na fakt, że u.z.l. stanowi, że eksperyment może być eksperymentem leczniczym lub badawczym, przy czym art. 21 definiuje eksperyment, jako wypróbowanie nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod, celem osiągnięcia korzyści dla zdrowia osoby leczonej, przy czym skuteczność pozostałych dostępnych metod nie jest wystarczająca. Stan wiedzy musi nam dawać podstawy jej potencjalnej skuteczności[44]. Nie ma natomiast żadnych wykluczeń przy eksperymencie leczniczym (tylko w stosunku do kobiety ciężarnej – w tym wypadku należy brać pod uwagę przede wszystkim „dobro dziecka"). Należy pamiętać, że eksperyment badawczy ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej, gdzie ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w wyraźnej dysproporcji w stosunku do potencjalnie uzyskanych korzyści[45]. Jeżeli uczestnikiem jest człowiek chory, to działanie eksperymentatora nie jest ukierunkowane na wyleczenie, gdyż wtedy mamy do czynienia z eksperymentem leczniczym[46]. Czy takie rozwiązania są poprawne w obecnym stanie? Należy zauważyć, że informacja uzyskana w związku z eksperymentem medycznym może być wykorzystana do celów naukowych bez zgody osoby poddanej temu eksperymentowi, jednakże w sposób uniemożliwiający identyfikację tej osoby (art. 28 u.z.l). Ponadto obowiązek przerwania eksperymentu leczniczego powstaje, jeżeli w czasie jego trwania wystąpi zagrożenie dla zdrowia chorego przewyższające spodziewane dla niego korzyści (art. 27 ust. 2 u.z.l.), zaś eksperymentu badawczego - jeżeli nastąpi nieprzewidziane zagrożenie dla zdrowia lub życia osoby w nim uczestniczącej (art. 27 ust. 3 u.z.l.).

Na samym końcu należy jeszcze raz odwołać się do ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, która w sposób szczególny podkreśla prawo do życia, podlegające ochronie w fazie prenatalnej. Z tego zaś wynikają obowiązki w zakresie jego ochrony, ciążące na organach administracji rządowej oraz samorządowej w zakresie sprawowania i zabezpieczenia opieki medycznej, socjalnej i prawnej[47]. Ponadto w związku z brzmieniem art. 446^1 k.c. dziecko z chwilą urodzenia może żądać naprawienia szkód prenatalnych. Roszczenia dziecka z tytułu doznanych szkód mogą

[44] Zob. A. Siemion, P. Malinowski, Pozycja nasciturusa w ukraińskim i polskim prawie cywilnym, w: Prawo ukraińskie - wybrane zagadnienia, (red.) Bartnik M., Bilecki M., Nikołajew J., Lublin 2013, s. 56

[45] L. Bosek, Ochrona embrionów w prawie międzynarodowym i europejskim, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2007/3, s. 65, zob. także M. Safjan, Prawo polskie a Europejska konwencja bioetyczna, „Prawo i Medycyna" 2000/5, s. 55.

[46] K. Wiak, Prawna ochrona dziecka poczętego…, s. 127.

[47] Zob. szerzej w tym zakresie J. Luty, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie polskim, w: ochrona praw dzieci, (red.) Woźniak K., Jakieła A., Lublin 2014, s. 56.

być również kierowane przeciwko matce. Potwierdza to również stanowisko Sądu Najwyższego[48].

5. Eksperyment a przepisy kodeksu karnego

Eksperyment medyczny został wprowadzony do polskiego prawa stosunkowo późno. W okresie międzywojennym w kodeksie Makarewicza z 1932 r. [49] ustawodawca w ogóle nie wspominał o eksperymencie, z kolei w kodeksie karnym z 1969 r.[50], przepis art. 217 dotyczył tylko i wyłącznie eksperymentu gospodarczego. Jednak ówczesna doktryna oparła na tym przepisie także warunki eksperymentu medycznego, jednakże z dodaniem pozaustawowej okoliczności usprawiedliwiającej. W 1984 r. zmieniono kodeks karny i wprowadzono do niego art. 23a, w którym określono dopuszczalne ryzyko dotyczące również eksperymentu medycznego, podając warunki legalności takiego eksperymentu. W kodeksie karnym z 1997 r. na szereg pytań trudno do tej pory udzielić jasnej i jednoznacznej odpowiedzi. Mamy chociażby art. 27 § 1 k.k., który stanowi, że nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu przeprowadzenia eksperymentu poznawczego, technicznego, jeżeli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie poznawcze, medyczne lub gospodarcze, a oczekiwania jej są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy. Są tutaj podane znamiona kontratypu, zachowania naruszającego reguły postępowania z dobrem prawnym. Eksperyment medyczny został wymieniony obok eksperymentu poznawczego, co pokazuje po raz kolejny niespójność w zastosowaniu przez polskiego ustawodawcę tych określeń.

Można powiedzieć, że każdy eksperyment ma charakter eksperymentu poznawczego – w końcu po to go przeprowadzamy, aby coś poznać. Z drugiej strony musimy wyraźnie oddzielić problem eksperymentu od stanu wyższej konieczności. Te dwa stany są do siebie zbliżone, ale nie tożsame. Eksperyment medyczny wiąże się z dopuszczalnym ryzykiem, czyli zagrożeniem stworzonym naszym zachowaniem. Taka sytuacja zdaniem A. Zolla, wyraźnie wchodzi w sprzeczność z zasadą podziału władzy z art. 10 Konstytucji RP. Określony przepis prawny bowiem, takiej reguły sam nie może stworzyć. Dopuszczalne ryzyko, dopuszczalne zagrożenie jakiegoś dobra prawnego naszym zachowaniem, może zostać określone wyłącznie przez ustawę. Na tym polega każdy eksperyment, medyczny, badawczy, ekonomiczny w różnych dziedzinach życia[51].

[48] Wyrok SN z dnia 8 stycznia 1965 r., (II CR 2/65).
[49] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 60, poz. 571).
[50] Ustawa z 19.04.1969 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 13, poz. 94).
[51] A. Zoll, Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO, „Prawo i Medycyna" nr 8/2000, s. 8.

Jak wygląda w tym świetle charakter prawny eksperymentu medycznego? Czy mamy tutaj do czynienia z pierwotną, czy też wtórną legalnością czynu? Aby nie było żadnych wątpliwości zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege*, muszą zostać wyraźnie w ustawie określone okoliczności wyłączające bezprawność, (innymi słowy każdy czyn zabroniony musi być wyraźnie określony w ustawie, nie muszą zaś być w ustawie określone kontratypy). Te ostatnie mogą również posiadać charakter pozaustawowy. Obecnie po wprowadzeniu Konstytucji RP z 1997 r. (art. 10 konstytucji RP - zasada podziału władzy), pogląd został zmieniony. Jakie to ma znaczenie dla pozaustawowego określenia okoliczności wyłączających bezprawność czynu? A mianowicie ma to zasadnicze znaczenie. Określa, bowiem pozaustawową okoliczność wyłączająca bezprawność czynu. To oznacza, że sędzia przyjmuje jakąś sytuację, która tej okoliczności nie przewidział ustawodawca. Mamy w związku z tym do czynienia z kreowaniem prawa przez sędziego. To będzie z kolei skutkowało kosztem pokrzywdzonego. W tym wypadku chodzi o zachowanie praw i wolności w konflikcie z dobrem pokrzywdzonego. Eksperyment medyczny wiąże się z dopuszczalnym ryzykiem, czyli zagrożeniem stworzonym naszym zachowaniem. Taka sytuacja wyraźnie wchodzi w sprzeczność z zasadą podziału władzy z art. 10 konstytucji RP. Określony przepis prawny, takiej reguły sam nie może stworzyć. Dopuszczalne ryzyko lub zagrożenie jakiegoś dobra prawnego naszym zachowaniem musi w tym wypadku wchodzić w grę. Na tym polega każdy eksperyment medyczny, badawczy, czy ekonomiczny w różnych dziedzinach życia. W tym kontekście, w punktu widzenia prawa karnego będzie nas interesować, czy dochodzi do zniszczenia dobra prawnego, czy mamy do czynienia z postępowaniem niezgodnym z regułami. W tym kontekście raz jeszcze warto przytoczyć postanowienia Konwencji bioetycznej. Art. 16 Konwencji podaje następujące warunki dopuszczalności przeprowadzenia takowych badań: po pierwsze brak metody o porównywalnej skuteczności, alternatywnej do badań na ludziach, po drugie ryzyko podejmowane przez osobę poddaną badaniom jest proporcjonalne do potencjalnych korzyści wynikających z tych badań, po trzecie projekt badań został zatwierdzony przez właściwą instytucję w wyniku niezależnej oceny jego wartości naukowej, w tym wagi celu badań i po przeprowadzeniu wszechstronnej oceny, co do jego dopuszczalności pod względem etycznym, po czwarte osoba poddawana badaniom jest informowana o swoich prawach oraz o ochronie gwarantowanej jej w przepisach prawa, wreszcie po piąte wymagana zgoda, o której mowa w art. 5 konwencji, powinna być wyrażona w sposób wyraźny i dotyczyć konkretnego badania oraz powinna być

udokumentowana[52]. Ponadto art. 5 Konwencji stanowi, iż „nie można przeprowadzić interwencji medycznej bez swobodnej i świadomej zgody osoby jej poddanej. Przed dokonaniem interwencji osoba jej poddana otrzyma odpowiednie informacje o celu i naturze interwencji, jak również jej konsekwencjach i ryzyku. Osoba poddana interwencji może w każdej chwili swobodnie wycofać zgodę". Z brzmienia tego artykułu można wywieść, że cechą osoby w myśl Konwencji jest świadomość i zdolność podejmowania decyzji. Cechy te w sposób naturalny kojarzą się z postnatalnym okresem życia, a tym samym można uznać, że konwencja nie chroni praw i wolności nienarodzonych[53].

Wracając do polskich regulacji zgodnie z art. 25 ust. 2 u.z.l., udział małoletniego w eksperymencie medycznym jest dopuszczalny tylko za pisemną zgodą jego przedstawiciela ustawowego. Przy czym, jeżeli małoletni ukończył 16 lat lub nie ukończył tego wieku i jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie, wówczas konieczna jest także jego pisemna zgoda. W wypadku udziału małoletniego w eksperymencie badawczym zostały przewidziane szczególne obostrzenia. Mianowicie, może w nim uczestniczyć jedynie wówczas, jeżeli spodziewane korzyści mają bezpośrednie znaczenie dla jego zdrowia, a ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów. Eksperyment badawczy z udziałem małoletniego jest jednak wykluczony, gdy istnieje możliwość przeprowadzenia takiego eksperymentu o porównywalnej efektywności z udziałem osoby posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych (art. 25 u.z.l.)[54]. Udział małoletniego w eksperymencie medycznym (a więc wg definicji z art. 21 chodzi o esperyment leczniczy i badawczy) jest dopuszczalny tylko za pisemną zgodą jego przedstawiciela, jeżeli małoletni ukończył 16 lat z rozeznaniem jest również osobą decydującą, ale ust. 3 zaczyna całą tą konstrukcje burzyć. Udział małoletniego w eksperymencie badawczym jest dopuszczalny, gdy jego korzyści mają bezpośrednie znaczenie dla zdrowia badanego.

[52] Zob. O. Nawrot, Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej, „Prawo i Medycyna" nr 14/2004, s. 44.

[53] Jak zauważa O. Nawrot: „Stan wielości a zarazem różnorodności regulacji prawnych dotyczących newralgicznych kwestii ochrony życia ludzkiego na najwcześniejszych stadiach jego rozwoju prenatalnego prowadzić bowiem może do omijania istniejących w różnych krajach ograniczeń prawnych, chociażby poprzez transfer technologii czy migrację uczonych. W związku z tymi zagrożeniami podjęto w konwencji, wspomnianą wyżej, bardzo istotną a jednocześnie ambitną próbę określenia wspólnego fundamentu aksjologicznego dla regulacji prawnych dotykających w sposób bezpośredni problematyki życia ludzkiego i de facto odpowiedzi na pytanie o jego wartość, godność osoby ludzkiej a także samą istotę człowieczeństwa'. Zob. O. Nawrot, Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej, „Prawo i Medycyna" nr 14/2004, s. 65.

[54] P. Daniluk, Eksperyment medyczny w świetle przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, „Przegląd Urologiczny" nr 6/ 2009, s. 58.

6. Uwagi końcowe i wnioski

Warto się ostatecznie zastanowić nad postulatami *de lege ferenda*, które najlepiej wyprowadzić w drodze porównania z normami innych państw. Za przykład niech posłuży chociażby praktyka prawne jednego tylko państwa ze względu na ramy tego artykułu, jakim będzie Hiszpania. Tamtejszy kodeks karny[55], który w art. 157 wprost wprowadza przesłanki uszkodzenia płodu[56], w tym również spowodowane manipulacjami podczas eksperymentu medycznego, bez różnicowania, które w tym miejscu wydaje się być zbędne[57].

Wypracowanie takich modeli ochrony prawnej nasciturusa wynika przede wszystkim z kręgu kultury prawnej, do której Polska należy, w której *nasciturus* jest objęty szczególną ochroną. Ma to wymierne skutki, chociażby w sferze prawa cywilnego jego ochrony w kontekście błędów w procesie leczenia, prowadzenia ciąży, ale przede wszystkim w przypadku prowadzenia eksperymentów. Jak wskazano w Deklaracji Praw Dziecka – 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". Z uwagi na fakt, iż dziecku poczętemu przyznaje się szeroko rozumianą podmiotowość prawną, łączy się to z przyznaniem mu godności należnej wszystkim istotom ludzkim, a zatem już sam tylko fakt człowieczeństwa decyduje o przyznaniu ochrony. Ochrona ta pozostaje przez cały czas okresu prenatalnego niezależna od ochrony kobiety ciężarnej.

Nadszedł najwyższy czas na poprawki, aby ustawodawca przemyślał wprowadzenie nowych założeń aksjologicznych. Trzeba się zdecydować, czy idziemy w kierunku daleko idącej swobody w dopuszczalności eksperymentu medycznego bez rozróżniania na leczniczy czy badawczy, czy jednak wprowadzamy pewne ograniczenia? Oba rozwiązania mają swoje racjonalne uzasadnienia.

[55] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (hiszpański kodeks karny).

[56] Art 157 El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

[57] Zob. również szerzej w tym zakresie Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, modificada por la Disposición Final 3ª del Código Penal, y por Ley 45/2003, de 21 de noviembre oraz Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus células, tejidos u órganos. La Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, dispuso, en relación con la Ley 42/1988, de 28 de diciembre.

Евгений Александрович Рябоконь[1]

Зачатый ребенок как потенциальный субъект отношений, возникающих при наследственном правопреемстве

Категория субъекта правоотношений является одним из фундаментальных в законодательстве и юридической науке. Правоотношения традиционно понимаются как урегулированные нормами правом общественные отношения, участники которых наделяются правами и обязанностями. Поэтому неотъемлемым свойством каждого субъекта правоотношений является наделение его правами и (или) обязанностями, реализуя (выполняя) которые он и достигает целей, поставленных при вступлении в правоотношения.

Признаком любого субъекта правоотношений является реальное его существование на момент их возникновения, изменения или прекращения, в целом – на момент наступления фактов, имеющих юридическое значение. Такое существование может проявляться в нахождении в живых физического лица, наличии государственной регистрации юридического лица, международной организации, соответствии определенного политико-территориального образования признакам государства и т.п. Вместе с тем в некоторых случаях возникает потребность в законодательном обеспечении будущих прав потенциальных участников правоотношений – прав, перспективное существование которых во многом зависит от эффективности таких превентивных мер. Одними из таких не существующих на сегодняшний день субъектов, будущие права которых подлежат правовой охране, являются зачатые, но еще не рожденные физические лица.

[1] Dr, doc, Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка, Україна (Kijowski Narodowy Uniwersytet im. Tarasa Szewczenki, Ukraina).

Особенности охраны интересов зачатого, но не рожденного ребенка, – вопрос, который довольно живо обсуждается в цивилистической литературе (Е. В.Кохановская, Л.Д. Любич, З.В. Ромовская, Р.А. Стефанчук, С.А. Слободян и др.). Центральным вопросом, вокруг которого ведутся споры, является вопрос о том, наделяется ли зачатый ребенок правоспособностью (гражданской правоспособностью) с момента самого зачатия или с момента рождения, как и другие субъекты гражданских правоотношений.

Целью данной статьи является исследование сущности охраняемых законом интересов ребенка, зачатого при жизни наследодателя (правопредшественника) и родившегося живым после его смерти, определение особенностей его правового статуса как правопреемника после рождения, выявление пробелов в его законодательном регулировании и высказывание предложений по их устранению.

Общие положения о месте института зачатого ребенка в системе правовых понятий. Действующее законодательство Украины не содержит определения зачатого ребенка. Вместе с тем в нормативных актах содержатся понятия эмбриона (эмбриона человека), которым является «зародыш человека на стадии развития до восьми недель» (ст. 2 Закона Украины «О запрете репродуктивного клонирования человека» от 14 декабря 2004 г. № 2231-IV[2]), и плода, которым считается «внутриутробный продукт зачатия, начиная с полного 12-й недели беременности (с 84-х суток от первого дня последнего нормального менструального цикла) до изгнания/извлечения из организма матери» (Приказ Министерства охраны здоровья Украины «Об утверждении Инструкции по определению критериев перинатального периода, живорождения и мертворождения, Порядка регистрации живорожденных и мертворожденных» от 29 марта 2006 г. № 179[3]). В юридической литературе неродившегося ребенка предлагается понимать, как «человеческий индивидуум с момента зачатия (оплодотворения яйцеклетки сперматозоидом) до момента рождения»[4].

Поскольку нынешним участником правоотношений зачатый, но нерожденный ребенок, быть, естественно, не может, источники права, в том числе и международно-правовые, акцентируют внимание на определении правового статуса живого,

[2] Про заборону репродуктивного клонування людини. Закон України від 14 грудня 2004 р. № 2231-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. - № 5. – С. 111.

[3] Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, Порядок реєстрації живонароджених і мертвонароджених. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29 березня 2006 р. № 179 // Офіційний вісник України. – 2006. - № 15. – Ст. 1150.

[4] Любич Л.Д. Правовий статус ненародженої дитини у правовідносинах щодо реалізації репродуктивних прав людини // Адміністративне право і процес. – 2015.- № 2. – С. 265.

родившегося ребенка как субъекта правоотношений. Ст. 1 Конвенции ООН «О правах ребенка» от 20 ноября 1989 г.[5], ратифицированная Украиной 27 февраля 1991 г., определяет, что ребенком является «каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применяемому к данному лицу, оно не достигает совершеннолетия ранее». Установив граничный предел, когда ребенок утрачивает соответствующий особый правовой статус, Конвенция в то же время прямо не определила какой-либо привязки к моменту начала жизни ребенка, оставив его интерпретацию на усмотрение внутренних законодательств. Характерно, что подавляющее большинство государств из числа присоединившихся к Конвенции сделали оговорку, указав на то, что Конвенция применяется к человеческому существу с момента рождения[6].

В преамбуле Декларации прав ребенка, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1959 г.[7], отмечалась необходимость специальной охраны и заботы над ребенком, включая надлежащую правовую защиту как до, так и после рождения. Однако толкование данного положения вряд ли убеждает в том, что она связывает правовой статус ребенка с моментом зачатия, а не с моментом рождения. Скорее здесь речь идет о так называемой «условной правоспособности» ребенка, которая превращается в «реальную правоспособность» только если ребенок родится живым. До этого момента можно утверждать о существовании правовых рычагов, которые охраняют и защищают права матери будущего ребенка, частью организма которой он является, и о потенциальных правах (интересах) зачатого ребенка, которые получат правовое признание лишь в случае рождения живым.

Ссылки в отдельных международных актах на якобы существование «правового статуса (защиты) зачатого ребенка» не следует воспринимать буквально, делая из этого вывод о возникновении права на жизнь с момента зачатия. Известный исследователь института личных неимущественных прав физического лица Р.А. Стефанчук при освещении положений ст. 4 Американской конвенции о правах человека от 22 ноября

[5] Конвенція ООН «Про права дитини» від 20 листопада 1989 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. - № 1. – Ст. 205.

[6] Le Blanc L.J. The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights. University of Nebraska Press-Lincoln, 1995. – P. 72-73.

[7] Декларація прав дитини, схвалена Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1959 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_384.

1969 г.[8], согласно которой «каждый имеет право на уважение его жизни. Это право защищается законом и, как правило, с момента зачатия», справедливо замечает, что данная норма не устанавливает момента возникновения права на жизнь, а скорее говорит об уважении к жизни, что является разными правовыми категориями[9]. Поддерживает такие взгляды и Е.В. Кохановская, уточняя, что «уместно вести речь об уважении к жизни зачатого ребенка, учитывая современные тенденции исследований в области генетики и проблемы, связанные с трансплантацией органов, клонированием и т.д.»[10].

Четкую позицию относительно непризнания прав за неродженным ребенком занял и Европейский Суд по правам человека, отметив в деле Во (Vo) против Франции, в частности, следующее: «...при отсутствии определенного правового статуса еще не рожденного ребенка... принимая во внимание обстоятельства дела, жизнь плода тесно связана с жизнью его матери, и его защита осуществляется путем защиты матери» (§ 86 постановления Европейского суда по правам человека по делу Во (Vo) против Франции 2004 г.)[11]. Положения ст. 2 и других статей Конвенции о правах ребенка в части «уважения и обеспечения государствами-участниками всех прав за каждым ребенком» в основном понимаются как нормы, касающиеся только рожденных лиц, которые не могут распространяться на ребенка, находящегося в утробе матери. В частности, и в практике Европейской комиссии по правам человека, рассматривавшей жалобы на нарушения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод до 1998 г., и в решениях Европейского Суда господствует позиция относительно правового преимущества решения матери о проведении искусственного прерывания беременности над эвентуальными правами нерожденного ребенка, при условии, что внутреннее законодательство конкретного государства не запрещает проведение аборта

[8] Американская конвенция о правах человека от 22 ноября 1969 года // Международные акты о правах человека: Сборник документов / Сост. В.А. Карташкин, Е.А. Лукашева. – М.: НОРМА, 2002. – С. 867-886.

[9] Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я.М. Шевченко. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – С. 280.

[10] Кохановська О.В. Цивільно-правові норми у сфері трансплантології // Еколого-правові проблеми у сфері трансплантології: Навчальний посібник / Балюк Г.І., Ковальчук Т.Г., Козьяков І.М., Кохановська О.В., Погрібний О.О.; за заг. ред. Г.І. Балюк. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2011. – С. 48.

[11] Постановление Европейского Суда по правам человека от 08 июля 2004 г. по делу Во (Vo) против Франции: Жалоба № 53924/00 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.lawmix.ru/abrolaw/5792.

при данных обстоятельствах[12]. Не высказывается возражений против подобного подхода и среди специалистов-интерпретаторов Конвенции[13].

Не существует оснований для утверждения о существовании правового статуса нерожденного ребенка и из анализа внутреннего законодательства Украины. Ч. 1 ст. 6 Семейного кодекса (СК) Украины регламентирует, что правовой статус ребенка имеет лицо до достижения им совершеннолетия. Учитывая то, что Гражданский кодекс (ГК) Украины связывает возникновение гражданской правоспособности с рождением человека, – фактом, с наступлением которого человек становится физическим лицом и приобретает возможность иметь не запрещенные законом гражданские права и обязанности (абзац первый ч. 2 ст. 25), равно как и приобретать и реализовывать их в лице законных представителей (ст. ст. 30, 31 ГК Украины), очевидным является вывод **о наделении ребенка правовым статусом лишь с момента рождения**.

Следует подчеркнуть, что ребенок признается субъектом гражданских правоотношений независимо от того промежутка времени, в течение которого он является живым. Последующая смерть новорожденного ребенка, наступившая вскоре после рождения, не может нивелировать факт рождения и перечеркнуть обусловленные им правовые последствия. Реализация этих положений прослеживается при оформлении актов гражданского состояния. Согласно пункта 28 подраздела 1 раздела III Правил государственной регистрации актов гражданского состояния в Украине, действующих в редакции Приказа Министерства юстиции Украины от 24 декабря 2010 г. № 3307/5[14], в тех случаях, когда смерть ребенка наступила на первой неделе жизни (даже если он прожил хотя бы несколько минут), составляются две записи: о рождении и о смерти и выдается свидетельство о смерти и выписка из Государственного реестра актов гражданского состояния граждан о государственной регистрации рождения с указанием, что ребенок умер. Основанием для регистрации рождения является медицинское свидетельство о рождении, а для регистрации смерти – врачебное свидетельство о перинатальной смерти.

[12] Puppinc G., de la Hougue C., Popescu A. Written observations submitted to the European Court of human rights in the case Anita Kruzmane against Latvia no. 33011/08. Strasbourg: the EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE. – 2012. – P. 6-7.

[13] Червяцова А.О. Право на життя та заборона катувань у рішеннях Європейського суду з прав людини: аналіз судової практики за статтею 2 і 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: Навчальний посібник / А.О. Червяцова. – Х.: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2012. – С. 21-23.

[14] Про внесення змін до наказу Міністерства юстиції України від 18.10.2000 № 52/5 «Про затвердження Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні». Наказ Міністерства юстиції України від 24 грудня 2010 № 3307/5 // Офіційний вісник України. – 2010. - № 101. – Ст. 3649.

Указанные положения дают возможность заинтересованным лицам (прежде всего, родителям ребенка) требовать юридической фиксации фактов рождения и смерти ребенка независимо от продолжительности жизни такого ребенка. Единственным условием возникновения правоспособности ребенка признается факт рождения его живым.

На этом фоне странным выглядит ссылка в Законе Украины «Об охране детства»[15] на то, что каждый ребенок имеет право на жизнь с момента определения его живорожденным и жизнеспособным по критериям Всемирной организации здравоохранения» (ч. 1 ст. 6 Закона). Между тем, в иных отечественных законодательных актах указание на требование о жизнеспособности новорожденного ребенка, как основание приобретения им прав и обязанностей, не содержится. Наоборот, приведенная императивная норма ст. 25 ГК Украины, признающая правоспособным каждого человека с момента его рождения, имеет практическое воплощение в виде возможности фиксации этого факта даже в случаях, когда ребенок оказался нежизнеспособным. Именно критерий живорожденности, а не жизнеспособности лица, учитывается правом как момент возникновения правоспособности, с которым связывается появление человека как биологического существа, что подтверждается содержанием Инструкции по определению критериев перинатального периода, живорожденности и мертворожденности, Порядка регистрации живорожденных и мертворожденных.

Отметим, что в зарубежном законодательстве иногда встречаются требования относительно жизнеспособности родившегося ребенка. Так, ст. 725 Французского гражданского кодекса (ФГК)[16] условием наследования наряду с физическим существованием наследника на момент открытия наследства называет также факт зачатия, если ребенок родится жизнеспособным. Восприятие подобного правового опыта представляется нежелательным из-за того, что оговорка законодателем зависимости возникновения правоспособности ребенка от определенного количества времени, которое он должен прожить с момента рождения, создаст правовой вакуум, оставив без регулирования определение правового статуса ребенка в течение определенного периода и непременно породит проблемы, вызванные, в частности,

[15] Про охорону дитинства. Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.

[16] Французский гражданский кодекс: Учебно-практический комментарий / Авт. и пер. Ю. Гонгало, А. Грядов, К. Криеф-Семитко и др. – М.: Проспект, 2008. – 742 с.

формальной невозможностью привлечения виновного лица к ответственности за правонарушения против новорожденного ребенка.

Вместе с тем, подобные нормы в зарубежном праве – скорее исключение, чем общее правило, поэтому явным преувеличением является утверждение одного из соавторов учебника «Гражданское и торговое право капиталистических государств», Е.А. Васильева, о том, что «требование жизнеспособности ребенка прямо зафиксировано в гражданских кодексах всех стран, которые изучаются»[17]. Обоснование авторской позиции осуществляется с помощью ссылки на ст. 31 Гражданского кодекса (ГК) Швейцарии, устанавливающей, что до своего рождения ребенок правоспособен только при условии, что родился живым, и на ст. 30 Гражданского кодекса (ГК) Италии, по которой жизнеспособным признается ребенок, проживший хотя бы сутки после своего рождения. Использование ГК Швейцарии[18] представляется неубедительным, поскольку приведенной нормой скорее подтверждается концепция условной гражданской правоспособности, нежели утверждается требование жизнеспособности. Не подтверждает, а, наоборот, опровергает вывод о тенденциозности приобретения ребенком правоспособности при условии его жизнеспособности в зарубежным правовым системах и ссылка на ГК Италии,[19] которая неточна, поскольку вопросы момента возникновения правоспособности регулируются не ст. 30, а ст. 1, по которой правоспособности возникает непосредственно с момента рождения ребенка.

Несмотря на наличие правовых оснований признания правоспособности за рожденным, а не за зачатым ребенком, в научной литературе широкую поддержку получила эмбриональная концепция, сторонники которой обосновывают необходимость признания зародыша (плода) субъектом правоотношений положениями биологической науки[20], которой доказано формирование нервной, дыхательной

[17] Васильев Е.А. Физические лица // Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев, В.В. Зайцева, А.А. Костин, Р.Л. Нарышкина, Ю.И. Свядосц, А.И. Яфаев / Отв. ред. Е.А. Васильев. - 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 1993. – С. 65.

[18] Swiss Civil Code of 10 December 1907 [електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html#a31.

[19] Codice Civile Italiano (approvato con Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 262) [електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile.

[20] Беседкина Н.И. Конституционно-правовая защита прав неродившегося ребенка в Российской Федерации. Дисс. … к.ю.н.: 12.00.02: конституционное право; муниципальное право. – М., 2005. – С. 67; Бойко І. Ідентичність і статус ембріона у сучасних біотичних дискусіях // Наукові записки Національного університету «Острозька академія». – Серія «Філософія». – 2011. – Вип. 8. – С. 226; Майфат А.В. «Суррогатное материнство» и иные формы репродуктивной деятельности в новом Семейном кодексе Российской Федерации // Юридический мир. – 2000. – № 2. – С. 29; Селихова О.Г. Конституционно-

системы, сердечно-сосудистой системы, системы кровообращения, внутренних органов и основных элементов внешнего облика будущего человека именно во время нахождения в организме матери, а также религиозными соображениями[21], объясняющими зарождение жизни человека появлением души эмбриона в теле будущей матери.

Не ставя под сомнение справедливость рассуждений с точки зрения медицинских и теологических исследований, следует акцентировать внимание на том, что предметом подобных дискуссий должно стать не только рассмотрение признаков зачатого ребенка с точки зрения естественных наук или религиозных убеждений, но и института зачатого ребенка как правовой категории, который может наделяться правоспособностью, как неотъемлемым признаком субъекта права. Поэтому в специальных работах сторонников эмбриональной теории должны были бы приводиться соответствующие юридические аргументы, свидетельствующие как о наличии определенных правовых предпосылок, так и о целесообразности признания за нерожденным ребенком отдельных прав или правового статуса в целом.

Обобщение трудов авторов, поддерживающих эмбриональную концепцию, свидетельствует о том, что правовая аргументация представленных ими заключений имеет значительные резервы. Некоторые из них, категорически утверждая о появлении права на жизнь с момента зачатия, не приводят обоснования собственной позиции[22], другие ссылаются на якобы наличие предпосылок для переноса момента возникновения правоспособности ребенка (в аспекте отдельных прав) с момента рождения на более ранний момент в зарубежном законодательстве[23] или в судебных прецедентах, по которым «человеческая жизнь начинается с момента зачатия, а зачатый ребенок не признается объектом права собственности»[24], третьи выводят наличие правоспособности зачатого ребенка из буквального толкования норм, которые

правовые формы осуществления права индивидов на свободу и личную неприкосновенность. Дисс. … к.ю.н.: 12.00.02: конституционное право; муниципальное право. – Екатеринбург, 2002. – С. 73.

[21] Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту). – С. 276-277.

[22] Ромовська З.В. Особисті немайнові права фізичних осіб // Українське право. – 1997. – Число 1. – С. 50.

[23] Лоренц Д.В., Шотт Е.К. Правоспособность наституруса: наследственно-правовой аспект // Наследственное право. - 2015. - № 3. – С. 25-26; Тарусина Н.Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия «Гуманитарные науки». – 2011. - № 1. – С. 54-56; Тарусина Н.Н., Исаева Е.А., Миролюбова О.Г., Сочнева О.И. Ребенок как субъект права: актуальные цивилистические аспекты: монография. – Ярославль: Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова, 2013. – С. 45.

[24] Пестрикова А.А. Наследственные права и правовой статус эмбриона // Наследственное право. – 2009. - № 4. – С. 21.

называют последнего «лицом»[25], «направлены на охрану его интересов, а следовательно, и субъективных гражданских прав»[26].

Комплексность исследуемой проблематики, обусловленность ее морально-этическими, религиозными, биологическими и другими факторами приводят к отстаиванию эмбриональной концепции аргументами эмоционального характера, которые по сути не содержат в себе юридической составляющей. Так, Л.Д. Любич пишет: «По нашему мнению, момент возникновения жизни (зачатия) и момент возникновения права на жизнь, а также других личных неимущественных прав (права на уважение достоинства, право на защиту жизни и здоровья) должны совпадать. Отсюда нерожденный ребенок обладает правоспособностью с момента зачатия, а соответственно должен быть признан человеческим лицом, субъектом права, то есть физическим лицом в гражданско-правовых и семейно-правовых отношениях»[27]. Откровенная слабость такого объяснения с точки зрения канонов ведения юридической дискуссии не помешала автору сформулировать достаточно смелый вывод о включении в структуру гражданско-правового статуса нерожденного ребенка следующих элементов: а) гражданской правоспособности с момента зачатия; б) личных неимущественных и имущественных прав – на жизнь, на охрану жизни, на личную неприкосновенность, на охрану здоровья, на наследование, на уважение своего достоинства, на имя, на содержание, на социальную защиту и тому подобное; в) гражданской недееспособности и потребности в личном попечении матери и отца; г) непосредственной и опосредованной (через мать) охраны прав и интересов неродившегося ребенка[28].

Несоответствие между спорностью обоснования и весомостью вывода о признании зачатого ребенка субъектом правоотношений наблюдается и в других работах. Следует подчеркнуть и существующую несогласованность между названием и текстом многих трудов, содержание которых зачастую не подтверждает, а, наоборот, опровергает мнение о признании эмбриона носителем прав и обязанностей[29].

---

[25] Беседкина Н.И. Права неродившегося ребенка // Государство и право. – 2006. - № 4. – С.– 60.

[26] Пунда О.О. Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини: Монографія. – Хмельницький-Київ: Видавництво Сергія Пантюка, 2005. – С. 57.

[27] Любич Л.Д. Правовий статус ненародженої дитини у правовідносинах щодо реалізації репродуктивних прав людини. – С. 265-266.

[28] Любич Л.Д. Правовий статус ненародженої дитини у правовідносинах щодо реалізації репродуктивних прав людини. – С. 270.

[29] Бахмуткина К.Ю. Понятие правового статуса наследника как субъекта наследственного права и субъекта наследственного правоотношения // Наследственное право. – 2007. - № 2. – 5. – С. 6; Головащук А.П. Цивільно-правові аспекти статусу ембріона людини при застосуванні програм допоміжних

Недостаточно убедительной представляется также аргументация, о том, что закон, регламентируя охрану интересов зачатого ребенка, тем самым de jure закрепляет за ним субъективные права. В современной доктрине категория интереса в ее соотношении с субъективным гражданским правом рассматривается лишь как предпосылка возникновения, развития и прекращения субъективного права, а последнее – как средство реализации интереса. «Путем реализации субъективных прав интересы воплощаются в правоотношениях, урегулированных нормами частного права», – пишет И.В. Венедиктова[30]. Мысль о том, что интерес – категория, связанная, однако не тождественная субъективному гражданскому праву, утвердилась как среди представителей общей теории гражданского права[31], так и у авторов-исследователей отдельных его подотраслей[32]. Следовательно, отождествление субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов является упрощенным подходом и вряд ли может быть положено в основу вывода о наделении зачатого ребенка правами, на что обращается внимание в юридической литературе[33].

Вместе с тем интерес является родственным с субъективным правом в том, что наряду с ним является самостоятельным объектом правовой защиты, что подчеркивает и Конституционный Суд Украины в решении от 1 декабря 2004 г.[34] Поэтому норма абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины относительно охраны интересов нерожденного ребенка, по сути, является таким же преувеличением, как и гипотетическое наделение его субъективными правами. Как права, так и интересы не могут существовать отдельно от лица – субъекта правоотношений. Следовательно, словосочетание «охраняются интересы зачатого, но еще не рожденного ребенка» в контексте данной нормы следует понимать не как закрепление интересов за зачатым ребенком, а как

репродуктивних технологій // Часопис Київського університету права. – 2013. - № 1. – С. 192-195; Куліш А., Фащук Т. Право ненародженої дитини на життя // Юридичний журнал. – 2012. - № 5. – С. 87-90; Митрякова Е.С. Эмбрион как субъект правоотношений // Вестник Тюменского государственного университета. – 2006. - № 6. – С. 16-19; Слободян С.А. О начале существования физического лица (в контексте прав наследования зачатых лиц) // Наследственное право. – 2009. - № 1. – С. 9-12.

[30] Венедиктова И.В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве: монография / И.В. Венедиктова. – Х: Точка, 2012. – С. 117.

[31] Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Интерес в гражданском праве. – изд. 2-е, стереотип. – М.: Статут, 2001. – С. 241.

[32] Остапюк Н.И. Нотариальная защита прав граждан на имущество, переходящее в порядке наследования. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 138.

[33] Спасибо-Фатєєва І.В. Поняття фізичної особи. Цивільна правоздатність фізичної особи // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців.). – Т. 2: Фізична особа / І.В. Спасибо-Фатєєва. – Х.: Страйд., 2009. – С. 22.

[34] Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України від 01 грудня 2004 р. // Офіційний вісник України. – 2004. - № 50. – Ст. 3288.

установление лишь гипотетической возможности правового регулирования **потенциальных, будущих интересов ребенка**, возникающих с момента рождения наряду с субъективными правами. В связи с изложенным было бы целесообразно уточнить редакцию нормы абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины путем указания на охрану будущих прав (интересов) нерожденного ребенка.

Анализ судебной практики убеждает в преимущественном применении судами понятия «интересов» зачатого, но не рожденного ребенка. Довольно часто «интересы зачатого ребенка» берутся судом за основу в решениях об удовлетворении заявлений о предоставлении права на брак лицам, не достигшим брачного возраста[35]. Отдельные решения, в которых встречается утверждение о «правах зачатого ребенка»[36], не должны восприниматься буквально, поскольку из их содержания не наблюдается признания судом правосубъектности зачатого ребенка, а использование такой формулировки должно восприниматься лишь как неудачный текстуальный прием.

Определенный фундамент современных воззрений относительно правоспособности зачатого ребенка был заложен в римском праве. Если сначала существовал запрет назначения наследниками так называемых «incertae personae», т.е. лиц, которые не являются вполне определенными, то под влиянием потребностей оборота он ослабляется, а затем исчезает вообще. В Дигестах Юстиниана[37] содержится общий принцип, который основывается на юридической фикции признания субъектом

[35] Рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 11 липня 2012 р. – Справа № 2218/12873/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/28023396; рішення Великоновосілківського районного суду Донецької області від 04 липня 2013 р. – Справа № 220/948/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/32179427; рішення Волноваського районного суду Донецької області від 23 вересня 2013 р. – Справа № 221/4311/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33622698; рішення Київського районного суду м. Одеси від 05 листопада 2013 р. – Справа № 520/13479/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/35211577; рішення Малиновського районного суду м. Одеси від 14 листопада 2013 р. – Справа № 521/17534/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/35819468; рішення Волноваського районного суду Донецької області від 14 квітня 2014 р. – Справа № 221/1022/14-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/38248690; рішення Кобеляцького районного суду Полтавської області від 24 квітня 2014 р. – Провадження № 2-о/532/55/2014 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/38558688; рішення Романівського районного суду Житомирської області від 15 вересня 2015 р. – Справа № 290/868/15-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/50299696.

[36] Рішення Новоушицького районного суду Хмельницької області від 17 вересня 2012 р. – Справа № 2212/1270/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/25994666.

[37] Дигесты Юстиниана [электронный ресурс]. Режим доступа: http://digestaiust.narod.ru.

права зачатого, но еще не рожденного ребенка, сформулированный Павлом: «тот, кто находится во чреве, охраняется так, будто он находится среди людей, в случае, если дело идет о выгоде самого плода, однако до его рождения никому другому никакой выгоды не принадлежит» (D. 1.5.7). В процессе интерпретации норм Дигест глосаторами и постглосаторами указанный фрагмент был лаконизирован со следующей формулировкой: «тот, кто должен родиться, рассматривается как уже рожденный, поскольку дело идет о его выгодах». В сфере наследования указанный принцип нашел свое проявление в признании зачатого ребенка (postum'a) наследственным правопреемником отца, умершего во время беременности матери ребенка (D. 38.16.3.9).

Практическая реализация таких взглядов осуществлялась при внедрении института bonorum posessio ventris nomine, в соответствии с которым нерожденный наследник мог быть введен претором во владение наследственным имуществом. От имени эвентуального наследника выступала его будущая мать, которая могла требовать от отца зачатого ребенка выплаты алиментов даже до момента его рождения[38].

Сказанное, тем не менее, не позволяет утверждать о наделении в римском праве нерожденного лица правоспособностью (caput); напротив, содержание приведенных источников свидетельствует о реальном появление прав у субъекта только с момента его рождения. Как отмечает С.А. Слободян, «в таком случае право на наследование оставалось в замороженном состоянии до рождения наследника, поскольку невозможно заранее предсказать, родится ли ребенок живым или мертвым, и соответственно определить, начал он свое существование как физическое лицо или нет, возможно только после родов»[39].

На сегодняшний день не существует ни теоретического обоснования, ни практической необходимости для наделения несуществующего пока субъекта – будущего ребенка – правовым (гражданско-правовым) статусом. Наоборот, подобное правонаделение непременно породило бы проблемы в применении правовых норм, существенно осложнив реализацию субъективных прав участников. Так, искусственное прерывание беременности вполне могло бы толковаться как лишение жизни другого человека (убийство) и влечь за собой уголовную ответственность; родители еще не родившегося ребенка рассматривались бы как его законные

[38] Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. – Изд-е 6-е. – К.: Советская типография, 1919. – С. 271.

[39] Слободян С.А. О начале существования физического лица (в контексте прав наследования зачатых лиц) // Наследственное право. – 2009. - № 1. – С. 12.

представители и могли бы заключать сделки от его имени; для пересечения границы беременной замужней женщине требовалось бы согласие мужа о «вывозе» нерожденного ребенка и тому подобное. Поэтому вряд ли существуют убедительные основания присоединиться к выводу тех исследователей, которые отстаивают необходимость введения в законодательство понятия «потенциального насцитуруса» (nasciturus) с наделением его особым правовым статусом. «Потенциальность», по мнению автора такого предложения, обуславливается неизвестностью на протяжении определенного времени, родится ли человек живым, то есть станет ли субъектом права[40]. Введение понятия потенциального насцитуруса в научный оборот и законодательство существенно усложнит понимание и без того непростой категории зачатого ребенка и приведет к размыванию понятия насцитуруса, который в любом случае является потенциальным субъектом правоотношений.

Вывод о невозможности закрепления отдельных гражданских прав за ненародженным лицом не может быть поставлен под сомнение даже с учетом содержания единичных судебных решений, в которых содержится ссылка на якобы возникновения прав заинтересованного лица еще до ее рождения. Так, по материалам дела родители заявительницы в 1949 г. были принудительно высланы на спецпоселение в Хабаровский край, РСФСР. Основываясь на том, что в день выселения (13 декабря 1949 года) мать заявительницы была беременной, а сама заявительница родилась уже на спецпоселении и подверглась политическим репрессиям, а также заболела хронической болезнью, суд установил юридические факты принудительного выселения заявительницы, применение против нее политических репрессий и факт заболевания, начиная с 13 декабря 1949 года[41], то есть еще до рождения заявительницы.

Принятие такого решения, тем не менее, de jure не может повлечь за собой никаких правовых последствий ранее момента рождения заявительницы, поскольку специальное законодательство не устанавливает и не может устанавливать приобретение лицом правового статуса политически репрессированного, либо права на пенсию до самого возникновения правосубъектности, то есть до рождения. Привязка момента возникновения перечисленных в решении юридических фактов к моменту

[40] Журавлева Е.М. Статус насцитуруса в гражданском праве Российской Федерации. Автореф. дисс… к.ю.н. 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право. - М., 2014. – С. 10.

[41] Рішення Жидачівського районного суду Львівської області від 27 грудня 2013 р. – Справа № 443/1355/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/36740722.

зачатия, а не к моменту рождения лица является юридическим нонсенсом, а решение суда принято с грубым нарушением норм материального права.

Охрана интересов зачатого ребенка как потенциального правопреемника наследодателя. Исследуемая норма абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины является общей и сама по себе не устанавливает юридических фактов, наступление которых трансформировало бы интересы зачатого ребенка в реально существующие права. Потенциально она рассчитана на неограниченные случаи применения. Вместе с тем анализ действующего законодательства Украины свидетельствует о достаточно узкой плоскости ее реализации, проявляющейся лишь в сфере недоговорных обязательств и наследственного правопреемства. В недоговорных обязательствах охрана интересов зачатого ребенка находит свое выражение в норме ч. 4 ст. 1200 ГК Украины, которой факты зачатия ребенка при жизни кормильца и рождение его живым после его смерти признаются основанием для изменения размера возмещения вреда, причиненного смертью кормильца. Однако преимущественно гарантии потенциальных прав зачатого ребенка воплощаются в наследственном законодательстве, которое не позволяет наследникам осуществлять раздел наследства, а нотариусу – выдавать свидетельство о праве на наследство до рождения ребенка. Указанные ограничения применяются в отношении охраны прав зачатого ребенка, независимо от того, является он наследником по завещанию или по закону (ч. 2 ст. 1298 ГК Украины). Других норм, в которых воплощался бы принцип охраны будущих прав нерожденного ребенка, отечественный закон не предусматривает, в отличие от законодательств зарубежных государств, где могут закрепляться и другие формы потенциального участия ребенка в гражданском обороте, в частности, при заключении договоров в пользу зачатого ребенка (в первую очередь, дарения), заключаемого под условием рождения ребенка живым (например, по ст. 906 ФГК).

Наследником в понимании абзаца второго ч. 2 ст. 25, ч. 1 ст. 1222 ГК Украины признается только тот человек, который был зачат при жизни наследодателя. Если зачатие, обусловленное применением репродуктивных технологий криоконсервации половых клеток, эмбрионов, имело место после открытия наследства, право на наследование у такого ребенка не возникает, даже несмотря на наличие намерения наследодателя составить завещание в пользу зачатого в будущем ребенка. Если завещание с таким распоряжением было составлено (нотариально удостоверено и зарегистрировано в Наследственном реестре), оно должно быть признано недействительным, причем не на основании специальной нормы ст. 1257, из-за

отсутствия нарушений, регламентированных ею в качестве оснований недействительности (ничтожности) завещания, а по ч. 1 ст. 203 ГК Украины, которая среди общих условий действительности сделки называет непротиворечие содержания сделки ГК, иным актам гражданского законодательства.

Правовых предпосылок присоединиться к противоположной позиции на сегодняшний день не существует. Считаем, что не существует и каких бы то ни было убедительных аргументов для предоставления права на наследования лицам, зачатым после открытия наследства, поскольку принятие такой нормы[42] обязательно породит многочисленные недоразумения в правоприменении, в частности, вопрос определения времени открытия наследства и срока для принятия наследства рожденным ребенком и оставит неопределенным правовой режим наследства до рождения ребенка, которое может никогда и не произойти.

Отметим изменение подходов законодателя относительно понимания места института зачатого ребенка среди круга наследников. Если ГК УССР[43] в ст. 527 среди наследников, наряду с лицами, живыми ко времени открытия наследства, называл только детей умершего лица, которые были зачаты при его жизни и родившиеся после его смерти (так называемых postumi), ГК Украины указанное ограничение снял, наделив правом на наследование как по завещанию, так и по закону nasciturusi вообще, т. е. любых лиц, зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства (ч. 1 ст. 1222). Такая новелла соответствует современным тенденциям по расширению круга наследников по закону и должна обязательно учитываться при толковании соответствующих норм наследственного законодательства.

Прежде всего, следует обратить внимание на то, что в ст. ст. 1261-1265 ГК Украины, определяющих очереди наследников по закону, о зачатом ребенке наследодателя, родившемся после его смерти, как о наследнике первой очереди, указывается только в ст. 1261. Вместе с тем не исключаются случаи призвания к наследованию и некоторых других родственников наследодателя, зачатых при его жизни и родившихся после открытия наследства (братьев, сестер, племянников и т.д.).

Зачатый ребенок может быть наследником по завещанию и (или) по закону в любых модификациях данных видов наследования. Так, нет оснований для

[42] Малкин О.Ю. Лица, призываемые к наследованию по закону // Наследственное право. – 2014. – № 4. – С. 20.

[43] Цивільний кодекс Української РСР (втратив чинність). Затверджений Законом Української РСР від 18 липня 1963 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1963. - №30. – Ст. 463.

ограничения его (естественно, при условии живорождения) в праве наследования по обязательной доле (ст. 1241 ГК Украины), по завещанию с условием (ст. 1242 ГК Украины), по правилам наследственной трансмиссии (ст. 1276 ГК Украины), или в порядке подназначения (ст. 1244 ГК Украины). Главное, чтобы ребенок был зачат и имел потенциальную способность быть наследником. Поэтому назначение в завещании наследником ребенка на случай «отпадения» первого назначенного наследника (подназначение) является невозможным, если на момент составления завещания отсутствуют доказательства зачатия такого ребенка. Противоположное правило, предусматривающее возможность подназначения в завещании ребенка, который еще не зачат, установленное § 2101 Германского гражданского уложения (ГГУ)[44], не является пригодным для его воспроизведения в украинском законодательстве.

Во-вторых, в контексте наделения перспективным правовым статусом любого насцитуруса следует рассматривать и нормы института наследования по праву представления (ст. 1266 ГК Украины). Наследование по праву представления является специальной разновидностью наследования по закону; поэтому признание наследниками по праву представления детей, зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства, вполне согласуется с правилом ч. 1 ст. 1222 ГК Украины. В конкретных ситуациях наследниками по праву представления могут быть внуки наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если тот из их родителей, который имел бы право на наследование, умер до открытия наследства; правнуки наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если их дед или бабка, которые имели бы право на наследование, умерли до открытия наследства; племянники наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если их мать или отец, которые имели бы право на наследование (сестра, брат наследодателя) умерли до открытия наследства; двоюродные братья и сестры наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если их мать или отец, которые имели бы право на наследование (тетя, дядя наследодателя) умерли до открытия наследства.

В-третьих, юридический факт зачатия ребенка должно учитываться также при признании наследства выморочным (ст. 1277 ГК Украины).

[44] Германское Гражданское уложение 1896 г. // Германское право. Часть 1. Гражданское уложение / Перев. А.А. Лизунова, Н.Б. Шеленковой, Н.Г. Елисеева. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – 552 с.

Основания выморочности, приведенные в ст. 1277 ГК Украины, могут быть обобщены с помощью единого понятия «отсутствия наследников», возникающего вследствие их физического отсутствия на момент открытия наследства, отстранения их от права на наследование, непринятия или отказа от принятия наследства. Наличие у суда при рассмотрении вопроса выморочности доказательств зачатия ребенка, являющегося потенциальным наследником на время открытия наследства, исключает возможность удовлетворения заявления органа местного самоуправления. Если суд выясняет, что такой ребенок не родился или родился мертвым, то факт его зачатия юридического значения не имеет, поскольку не считается актом гражданского состояния[45], и не является препятствием для признания наследства выморочным.

Будучи отнесенными к числу наследников, лица, зачатые при жизни наследодателя, но не родившиеся к моменту его смерти, не определяются законом как отказополучатели. Вместе с тем немало авторов убеждены в том, что завещатель может установить легат в пользу лица, зачатого при его жизни и родившегося после его смерти[46]. Вероятно, указанные авторы приходят к такому выводу, применяя аналогию между статусом отказополучателя и наследника. Однако возможность назначения зачатого ребенка наследником, закрепленная в ч. 1 ст. 1222 ГК Украины, не может автоматически порождать аналогичной возможности и в отношении отказополучателя. Отказополучатель – наследник, ведь он является сингулярним правопреемником наследодателя в отношении заранее определенного права (прав), поэтому аналогия в данном случае не усматривается корректной. Не случайно ч. 4 ст. 1238 ГК Украины связывает момент возникновения права требования отказополучателя со временем открытия наследства. Эта норма не может быть реализована в случае назначения легатарием зачатого ребенка, если только он не родится в один день с открытием наследства. Кроме того, если бы наследодатель действительно мог обязать наследника легатом в пользу зачатого ребенка, это непременно нашло бы продолжение

[45] С учетом изложенного следует воспринимать и вывод о то, что «если ребенок родиться мертвым, то все права, предусмотренные законом для будущего человека, аннулируются» (Шкрум Т.С. Загальні положення про фізичну особу // Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 1 / Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнєцова, - К.: Юстініан, 2005. – 680 с. – С. 34-64. – С. 36.). Об аннулировании прав в данном случае утверждать не совсем корректно, поскольку закон предусматривает лишь гипотетическую возможность их возникновения, которая как раз и опровергается фактом мертворождения.

[46] Баранник Н.М., Синельник А.П. Наследство. Наследники. Наследование: Учебно-практическое пособие / Н. М. Баранник, А.П. Синельник. – Х. : Эспада, 2004. – С. 192; ; Спасибо-Фатєєва І.В., Чуйкова В.Ю. Поняття заповідального відказу // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, міністерства юстиції, науковців, фахівців.). – Т. 12: Спадкове право / За ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої / І.В. Спасибо-Фатєєва, В.Ю. Чуйкова. – Х.: ФО-П Колісник А.А., 2009. – С. 188.

в других нормах, призванных гарантировать осуществление прав такого лица. Так, будущие правовые интересы насцитуруса-наследника гарантированы установленным законодательно запретом осуществлять раздел наследства и выдавать свидетельство о праве на наследство до рождения ребенка. Относительно же насцитуруса как потенциального отказополучателя законодательство не содержит ни одной нормы, что может означать только отсутствие у него соответствующего потенциального статуса. Да и сама потребность в предоставлении завещателю права назначать отказополучателем зачатого ребенка вряд ли существует, ведь в немногочисленных случаях совершения легата этим лицом назначается, преимущественно, тот, кого с завещателем связывают семейные, родственные, товарищеские отношения, то есть лицо, чьи привычки, характер, потребности и т.д. хорошо известны завещателю.

Нормами ч. 1 ст. 1222, ст. 1261 и ч. 3 ст. 1298 ГК Украины исчерпывается правовое регулирование особенностей охраны будущих интересов зачатого ребенка в наследственных правоотношениях. Во всех остальных вопросах следует исходить из общих принципов наследственного законодательства, учитывая необходимость защиты прав потенциально нового субъекта правоотношений.

Для зачатого ребенка законом не установлено особенностей в отношении **срока и способов принятия наследства**. Это является определенным пробелом, поскольку не позволяет учесть все возможные интересы будущего наследника. Если ребенок родится живым, на него распространяется срок для принятия наследства, установленный ст. 1270 ГК Украины и исчисляемый, начиная со времени открытия наследства. Вместе с тем вполне возможны случаи, когда ребенок, зачатый при жизни наследодателя, будет рожден после истечения срока для принятия наследства. Например, ребенок наследодателя, зачатый незадолго до наступления его смерти, родился за пределами шестимесячного срока, установленного законом для наследников первой очереди (ч. 1 ст. 1270 ГК Украины). По смыслу ч. 2 ст. 122 Семейного кодекса (СК) Украины относительно такого ребенка существует презумпция отцовства умершего лица, если ребенок родился до истечения десяти месяцев со дня наступления его смерти.

Отсутствие специальных правил, устанавливающих превентивно-охранительные меры в отношении зачатого ребенка, приводит к тому, что в указанных случаях его правовой статус будет аналогичным статусу других наследников, пропустивших срок для принятия наследства. Для реализации прав новорожденных наследников их законные представители смогут принять наследство или по согласию всех других наследников, или путем подачи иска о предоставлении дополнительного срока для

принятия наследства (ч. 2, 3 ст. 1272 ГК Украины). Решение данной проблемы требует внесения соответствующих изменений в ст. 1270 ГК Украины, часть третью которой предлагается изложить в следующей редакции: **«3. В случае, когда наследником является ребенок, зачатый при жизни наследодателя, но не родившийся к моменту открытия наследства, срок для принятия наследства устанавливается согласно правил, изложенных в частях первой и второй настоящей статьи. Если срок для принятия наследства для такого ребенка на момент его рождения закончился, или является меньшим, чем три месяца, он продлевается до трех месяцев»**. Внедрение такой новеллы даст возможность наследникам, родившимся после открытия наследства, принять его вовремя или без применения к ним правовых последствий истечения законных сроков, не изменяя при этом императивной нормы об открытии наследства, которая должна оставаться незыблемой. Даже в случае рождения ребенка-наследника после истечения срока, установленного для принятия им наследства, такой срок для него будет восстановлен, а наследство к этому времени не утрачивается, поскольку соблюдение прав насцитуруса обеспечивается действием нормы ч. 3 ст. 1298 ГК Украины, парализующей права иных наследников в отношении раздела наследства и оформления свидетельства. Важность расширения временных рамок принятия наследства такими наследниками дополнительно обуславливается тем, что заявление о принятии наследства может быть подано законными представителями ребенка нотариусу только после регистрации ребенка и представления свидетельства о рождении.

На зачатого ребенка распространяется и действие общей нормы ч. 4 ст. 1268 ГК Украины, устанавливающей автоматическое принятие наследства малолетними и несовершеннолетними детьми. Учитывая постоянное усложнение гражданского оборота и вызванные этим случаи включения в состав наследства большого количества долгов (пассива), у законных представителей ребенка может возникнуть потребность в заявлении отказа от принятия наследства. На сегодняшний день реализация такого права может быть осложненной, если ребенок родился незадолго до завершения срока для принятия наследства и законный представитель не успевает подать заявление об отказе, или вообще невозможной, если ребенок родится после истечения этого срока, а дополнительный срок для принятия наследства определяется судебным решением, поскольку в последнем случае наследник может либо принять наследство, либо не принять его, однако лишен права отказа. Такие пробелы являются лишним свидетельством полезности предложенных изменений, ведь при условии их внедрения

у законного представителя будет достаточно времени для защиты прав рожденного ребенка путем отказа от принятия наследства, переобремененного долгами.

Следует также учитывать, что анализируемая норма условием действительности сделки об отказе от принятия наследства называет предварительное согласие органов опеки и попечительства, получение которого также требует определенного времени. Согласно абзаца первого пункта 67 Порядка осуществления органами опеки и попечительства деятельности, связанной с защитой прав ребенка[47], разрешение на совершение сделок относительно недвижимого имущества, право собственности на которое или право пользования которым имеет ребенок, предоставляется только после проведения проверки необходимых документов в течение одного месяца со дня поступления заявления на совершение сделок. Кроме того, Порядком установлен десятидневный срок для рассмотрения поданных документов и выяснения наличия или отсутствия обстоятельств, которые могут быть основанием для отказа в предоставлении разрешения на совершение сделок. Учитывая отсутствие в Порядке сроков для совершения иных сделок, затрагивающих имущественное положение ребенка, в том числе и относительно сроков предоставления согласия на отказ от принятия наследства, открывшегося на имя ребенка, указанные сроки целесообразно распространять и на другие сделки. Поэтому родители или другие законные представители ребенка могут получить разрешение органов опеки и попечительства на отказ от принятия наследства в течение сорока дней с момента обращения за получением соответствующего разрешения.

Представление заявления о принятии наследства законными представителями от имени ребенка должно осуществляться лишь при условии наделения его правоспособностью, то есть после рождения такого субъекта. Случаи заявления о принятии наследства до рождения ребенка, известные судебной практике[48], безусловно, не могут рассматриваться как законное основание приобретения ребенком статуса правопреемника наследодателя.

Лицо, зачатое при жизни наследодателя, может быть назначено **наследником в завещании** (ч. 1 ст. 1222 ГК Украины). Обобщение практики совершения

[47] Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 р. № 866 «Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини» // Офіційний вісник України. – 2008. - № 76. – Ст. 2561.

[48] Рішення Ленінського районного суду м. Запоріжжя від 10 грудня 2014 р. – Справа № 334/8509/14-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/42098858.

нотариальных действий по удостоверению завещаний свидетельствует о том, что назначение наследником зачатого ребенка имеет место достаточно нечасто. Связывается это с тем, что нотариальное законодательство требует четкой идентификации всех сторон сделки и лиц, являющихся приобретателями имущественных прав от сделки, в том числе и потенциальных наследников, которая достигается с помощью указания фамилии, имени и отчества участников, даты рождения, гражданства, в определенных случаях – места рождения и семейных (родственных) связей с наследодателем и т.п. В случае составления завещания в пользу несуществующего пока что субъекта, имя которому будет предоставлено только с момента рождения, полная его идентификация, естественно, невозможна. Можно предположить, что в таких завещаниях формулировки распоряжений должны привязываться к факту зачатия, пребывания ребенка в утробе матери. Примерно распоряжение в пользу зачатого, но не родившегося на момент составления завещания наследника, должно выглядеть следующим образом: «Назначаю своим наследником ребенка, зачатого от такой-то женщины (родителей)». При этом необходимым условием унаследования имущества родившимся ребенком будет считаться соответствие информации о ее матери или матери и отце в свидетельстве о рождении и в завещании.

При удостоверении завещания нотариус не вправе требовать от завещателя, матери или отца будущего ребенка, родственников или других лиц подтверждения факта зачатия. В то же время, если зачатый ребенок, назначенный наследником в завещании, родился после открытия наследства, нотариусу должны быть представлены доказательства зачатия ребенка на время составления и удостоверения завещания. Как правило, такими доказательствами являются справки, выданные родильными домами[49], врачами женской консультации, выписки из индивидуальной карты беременной и роженицы.

На наш взгляд, нотариальное законодательство должно развиваться по пути смягчения требований к содержанию завещания в пользу зачатого ребенка. Учитывая отсутствие специального нормативного регулирования порядка удостоверения таких завещаний, предлагаем дополнить Порядок совершения нотариальных действий

[49] Рішення Кременчуцького районного суду Полтавської області від 14 серпня 2013 р. – Справа № 536/280/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua /Review/33027716.

нотариусами Украины[50] подпунктом 1.12 пункта 1 главы 3 раздела II следующего содержания: **«Наследником по завещанию может быть назначено лицо, зачатое при жизни наследодателя. В тексте такого завещания должна быть указана мать или родители будущего ребенка. При удостоверении завещания запрещается требовать доказательства зачатия ребенка.»**. Закрепление даже таких кратких требований к тексту завещаний в пользу насцитурусов будет иметь полезный эффект и, бесспорно, будет способствовать увеличению количества завещаний, составленных в пользу зачатых детей.

Если завещание было составлено в пользу зачатого ребенка, который родился при жизни завещателя, то есть до открытия наследства, такое завещание не порождает права на наследование, поскольку на время открытия наследства наследником является уже не зачатый, а рожденный ребенок – субъект правоотношений, призвание которого к наследованию по завещанию может состояться лишь при условии внесения изменений в завещательные распоряжения в части назначенного наследника.

Проведенное исследование особенностей охраны интересов (прав) зачатого ребенка, как потенциального правопреемника в наследственных отношениях, дает возможность сформулировать следующие выводы:

1) анализ источников международного права, обязательных для Украины, практики Европейского Суда по правам человека и внутреннего законодательства Украины дает убедительные основания утверждать о наделении ребенка правовым статусом лишь с момента рождения. При этом ребенок признается субъектом гражданских правоотношений независимо от того промежутка времени, в течение которого он является живым. Последующая смерть новорожденного ребенка, наступившая вскоре после рождения, не может нивелировать факт рождения и перечеркнуть обусловленные им правовые последствия.

Условием приобретения гражданской правоспособности является юридический факт рождения ребенка живым (критерий живорожденности). Критерий жизнеспособности не учитывается украинским законодательством как основание возникновения гражданской правоспособности физического лица и наделение его субъективными гражданскими правами;

2) положения абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины, которыми устанавливается «охрана интересов зачатого, но не рожденного ребенка в случаях, предусмотренных

[50] Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. - № 17. – Ст. 632.

законом», должно пониматься не как закрепление интересов за зачатым ребенком, а как установление лишь гипотетической возможности правового регулирования потенциальных, будущих интересов ребенка, возникающих с момента рождения наряду с субъективными правами;

3) рассмотрение особенностей перспективного правового статуса зачатого ребенка в наследственных правоотношениях – фактически единственной сфере гражданско-правового регулирования, в которой воплощаются предписания абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины – дает возможность сделать общий вывод относительно способности зачатого ребенка быть наследником по завещанию и (или) по закону в любых модификациях данных видов наследования. Такой ребенок, при условии его живорождения, может выступать наследником по обязательной доле (ст. 1241 ГК Украины), по завещанию с условием (ст. 1242 ГК Украины), по правилам наследственной трансмиссии (ст. 1276 ГК Украины) или в порядке подназначения (ст. 1244 ГК Украины). Данное лицо признается наследником по праву представления (ст. 1266 ГК Украины); юридический факт зачатия ребенка должен учитываться также при признании наследства выморочным (ст. 1277 ГК Украины);

4) отсутствие в законодательстве Украины особенностей в отношении срока принятия наследства обуславливает применение нормы ст. 1270 ГК Украины, устанавливающей общий срок в шесть месяцев и связывающей начало его исчисления со временем открытия наследства. В конкретных случаях это приводит к тому, что ребенок, зачатый при жизни наследодателя, рождается уже после истечения срока для принятия наследства и автоматически пропускает срок для принятия наследства.

Решение данной проблемы требует внесения соответствующих изменений в ст. 1270 ГК Украины, часть третью которой предлагается изложить в следующей редакции: «3. В случае, когда наследником является ребенок, зачатый при жизни наследодателя, но не родившийся к моменту открытия наследства, срок для принятия наследства устанавливается согласно правил, изложенных в частях первой и второй настоящей статьи. Если срок для принятия наследства для такого ребенка на момент его рождения закончился, или является меньшим, чем три месяца, он продлевается до трех месяцев». Внедрение такой новеллы даст возможность наследникам, родившимся после открытия наследства, принять его вовремя или без применения к ним правовых последствий истечения законных сроков, не изменяя при этом императивной нормы об открытии наследства, которая должна оставаться незыблемой, а также даст

возможность законным представителям ребенка отказаться (при необходимости) от принятия наследства, переобремененного долгами;

5) составление завещаний в пользу зачатого ребенка не является распространенной практикой в Украине. Связывается это с тем, что нотариальное законодательство требует четкой идентификации всех сторон сделки и лиц, являющихся приобретателями имущественных прав от сделки, в том числе и потенциальных наследников, которая достигается, прежде всего, посредством указания фамилии, имени и отчества участников, что невозможно в отношении зачатого ребенка.

На наш взгляд, нотариальное законодательство должно развиваться по пути смягчения требований к содержанию завещания в пользу зачатого ребенка. Можно предположить, что в таких завещаниях формулировки распоряжений должны привязываться к факту зачатия, пребывания ребенка в утробе матери. Учитывая отсутствие специального нормативного регулирования порядка удостоверения таких завещаний, предлагаем дополнить Порядок совершения нотариальных действий нотариусами Украины подпунктом 1.12 пункта 1 главы 3 раздела II следующего содержания: «Наследником по завещанию может быть назначено лицо, зачатое при жизни наследодателя. В тексте такого завещания должна быть указана мать или родители будущего ребенка. При удостоверении завещания запрещается требовать доказательства зачатия ребенка.». Закрепление даже таких кратких требований к тексту завещаний в пользу насцитурусов будет иметь полезный эффект и, бесспорно, будет способствовать увеличению количества завещаний, составленных в пользу зачатых детей.

Алла Аркадьевна Серебрякова[1]

Алиментные обязанности супругов и бывших супругов

Супруги добровольно материально поддерживают друг друга, но в случае, если этого по тем или иным причинам не происходит, они могут заключить соглашение об уплате алиментов на свое содержание. Если и такого компромисса не удается достигнуть – закон встает на защиту наименее защищенного участника семейных отношений, позволяя такому супругу предъявить в судебном порядке требование о взыскании алиментов к супругу, обладающему необходимыми для этого средствами.

Право предъявить такое требование имеют:

– нетрудоспособный нуждающийся супруг;

– жена в период беременности и в течение трех лет со дня рождения общего ребенка;

– нуждающийся супруг, осуществляющий уход за общим ребенком-инвалидом до достижения ребенком возраста восемнадцати лет или за общим ребенком - инвалидом с детства I группы.

Данные положения закреплены в статье 89 Семейного кодекса Российской Федерации[2] «Обязанности супругов по взаимному содержанию».

Право на получение алиментов имеется и у бывших супругов на основании статьи 90 СК РФ, то есть и после расторжения брака. Право требовать предоставления алиментов в судебном порядке от бывшего супруга, обладающего необходимыми для этого средствами, имеется:

[1] Dr, doc., Балтийский Федеральный Университет имени Иммануила Канта, Калининград, Российская Федерация; (Bałtycki Federalny Uniwersytet imienia Immanuela Kanta, Kaliningrad, Federacja Rosyjska).

[2] Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015)// Собрание законодательства РФ, 01.01.1996, N 1, ст. 16 (СК РФ).

– у нетрудоспособного нуждающегося бывшего супруга, ставшего нетрудоспособным до расторжения брака или в течение года с момента расторжения брака;

– у бывшей жены в период беременности и в течение трех лет со дня рождения общего ребенка;

– у нуждающегося бывшего супруга, осуществляющего уход за общим ребенком-инвалидом до достижения ребенком возраста восемнадцати лет или за общим ребенком - инвалидом с детства I группы;

– у нуждающегося бывшего супруга, достигшего пенсионного возраста не позднее чем через пять лет с момента расторжения брака, если супруги состояли в браке длительное время.

Таким образом, мы можем видеть, что категории субъектов, которые имеют право на получение алиментов, как в браке, так и после его расторжения, практически полностью совпадают. Вместе с тем, абсолютно совпадают лишь две категории лиц – это такие категории, как нуждающийся супруг, осуществляющий уход за общим ребенком-инвалидом до достижения ребенком возраста восемнадцати лет или за общим ребенком – инвалидом с детства I группы. И вторая категория – жена, или бывшая жена в период беременности и в течение трех лет со дня рождения общего ребенка.

Следует обратить внимание, что законодатель выделяет ряд общих условий для наличия оснований возможного взыскания алиментов супругами и бывшими супругами. Первое условие – обладание необходимыми средствами для выплаты алиментов. Что значит – обладать необходимыми средствами? Вопрос о том, обладает ли супруг или бывший супруг, к которому обращаются с требованием о взыскании алиментов, необходимыми средствами решается каждый раз судом индивидуально для каждого конкретного случая. При этом суд должен обращать внимание на то, что после выплаты алиментов у супруга-плательщика должно остаться достаточно средств для удовлетворения его собственных нужд. Более высокая заработная плата или иной доход супруга-потенциального плательщика алиментов по сравнению с доходом супруга, требующего выплаты алиментов, не должен являться для суда безусловным основанием к взысканию алиментов. Не имеет правового значения совместно или раздельно проживают супруги или бывшие супруги, во всяком случае, в законе об этом не говориться. Какие признаки могут служить ориентирами обладания необходимыми средствами? Прежде всего, по нашему мнению, – это уровень дохода. В Российской

Федерации имеется ряд оснований, ориентируясь на которые, можно сопоставить уровень дохода.

Во-первых – это минимальный размер оплаты труда (МРОТ). Минимальный размер оплаты труда применяется для регулирования оплаты труда и определения размеров пособий по временной нетрудоспособности, по беременности и родам, а также для иных целей обязательного социального страхования. Применение минимального размера оплаты труда для других целей не допускается[3]. Таким образом, в силу прямого запрета законодателя, недопустимо ориентироваться на МРОТ в вопросах алиментирования.

Во-вторых – прожиточный минимум. Прожиточный минимум - стоимостная оценка потребительской корзины, а также обязательные платежи и сборы. Потребительская корзина – необходимые для сохранения здоровья человека и обеспечения его жизнедеятельности минимальный набор продуктов питания, а также непродовольственные товары и услуги, стоимость которых определяется в соотношении со стоимостью минимального набора продуктов питания. Семья или одиноко проживающий гражданин, среднедушевой доход которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в соответствующем субъекте Российской Федерации, считаются малоимущими и имеют право на получение социальной поддержки[4]. Лицо, у которого после взыскания алиментов останется средств менее прожиточного минимума на него самого и на каждого из лиц, которых он по закону обязан содержать, должно признаваться не имеющим необходимых средств для уплаты алиментов[5] – такая позиция высказывалась в юридической литературе.

В-третьих, это – размер средней заработной платы в Российской Федерации. Законодатель ориентирует нас на размер средней заработной платы, например, для исчислена задолженности по алиментам. Это правило действует в случае, если плательщик алиментов не имеет заработка.

Другим условием удовлетворения требования о взыскании средств на содержание супруга или бывшего супруга является нуждаемость в материальной помощи.

[3] Федеральный закон от 19.06.2000 N 82-ФЗ (ред. от 14.12.2015) О минимальном размере оплаты труда // Собрание законодательства РФ, 26.06.2000, N 26, ст. 2729.

[4] Федеральный закон от 24.10.1997 N 134-ФЗ(ред. от 03.12.2012) О прожиточном минимуме в Российской Федерации// Собрание законодательства РФ", 27.10.1997, N 43, ст. 4904.

[5] См. напр. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный) / З.А. Ахметьянова, Е.Ю. Ковалькова, О.Н. Низамиева и др.; отв. ред. О.Н. Низамиева // СПС "КонсультантПлюс" (автор - О.Н. Низамиева).

Обычно, нуждающимся признается лицо, не имеющее достаточно средств для удовлетворения своих повседневных нужд (в пище, в одежде и т.п.). Во всяком случае, не может быть признан нуждающимся тот, кто получает пенсию, содержание от детей, доходы от своего имущества (например, подсобного хозяйства, сдачи жилья в наем), достаточные, чтобы обеспечить прожиточный минимум. Не может быть признан нуждающимся и супруг, имеющий значительные сбережения (например, вклад в банке), поскольку эти средства могут быть использованы для удовлетворения своих нужд.

По нашему мнению, наиболее подходящим ориентиром как для определения обладания необходимыми средствами, так и для определения нуждаемости, может быть прожиточный минимум. То есть, нуждаемость будет иметь место, если доход нуждающегося супруга будет менее величины прожиточного минимума, либо равен прожиточному минимуму, при этом необходимые расходы превышают поступающий доход. Обладание необходимыми средствами можно констатировать, если супруг обладает доходом, например, в три прожиточных минимума, ежемесячно, и необходимые расходы не превышают поступающий доход. Как нуждаемость, так и обладание необходимыми средствами, являются оценочными понятиями. Дать соответствующую оценку бывает непросто, поэтому и суды нередко допускают ошибки. Так, в апелляционной инстанции было отменено решение суда первой инстанции о взыскании алиментов на содержание бывшего супруга.

Из материалов дела усматривается, что Д. и В. состояли в браке с 12.10.1974 г. по 10.05.2011 г. В период брака в сентябре 2005 года истец заболел онкологическим заболеванием, с 22 февраля 2006 года признан инвалидом второй группы, с 1 марта 2010 года инвалидность установлена бессрочно.

Разрешая спор в части взыскания с Д. алиментов в пользу В., суд пришел к выводу об удовлетворении исковых требований и взыскал с ответчика алименты с индексацией.

При этом суд исходил из того, что инвалидность истцу установлена во время брака с ответчицей, истец нуждается в алиментах, так как наличие у него заболевания, в результате которого ему бессрочно присвоена вторая группа инвалидности, является достаточным основанием предполагать, что он нуждается в расходах, связанных с поддержанием здоровья.

Судебная коллегия нашла данные выводы не основанными на законе, как

следствие, решение суда подлежащим отмене по следующим основаниям[6].

Мотивы, изложенные в решении, свидетельствуют о том, что судом в большей степени выяснялись вопросы, связанные с наличием у истца права требования от ответчика алиментов на свое содержание, его нетрудоспособность, материальное и семейное положение.

Вместе с тем, судом недостаточно исследованы обстоятельства, свидетельствующие о том, что ответчица обладает необходимыми средствами для уплаты алиментов на содержание бывшего супруга.

Разрешая спор, суд не учел, что СК РФ содержит в качестве прямого условия для получения алиментов одним супругом от другого указание на материальную возможность последнего их платить. Это означает, что уплата алиментов обязанным лицом не должна приводить к существенному снижению уровня его благосостояния, примерным критерием которого является прожиточный минимум.

Закон не связывает уплату алиментов одним супругом другому с трудоспособностью и возрастом обязанного лица. Из этого следует, что к уплате алиментов может быть привлечен и нетрудоспособный супруг, но, разумеется, если он обладает необходимыми для того средствами.

Из дела видно, что истец В. получает пенсию по старости, а также ежемесячную денежную выплату, как индивидуальный предприниматель имеет разрешение до 2016 года на перевозку пассажиров, проживает с сожительницей. Ответчица Д. – пенсионерка с 2008 года, не работает, с 01.02.2015 г. получает пенсию, имеет заболевания, проживает одна в квартире, принадлежащей ей и истцу в равных долях.

Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 22.04.2010 N 546-О-О[7], разъяснял, что в силу норм Семейного кодекса РФ обязанность по уплате алиментов на содержание бывшего супруга может быть возложена судом только на лиц, обладающих для этого необходимыми средствами.

По мнению суда апелляционной инстанции, наличие у Д. необходимых денежных средств для предоставления истцу алиментов, документально не подтверждено.

С учетом изложенного, судебная коллегия отменила решение суда в части

[6] Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 07.07.2015 N 33-6707/2015: Решение: В удовлетворении требования отказано в части взыскания алиментов, поскольку наличие у ответчицы необходимых денежных средств для предоставления истцу алиментов документально не подтверждено // СПС Консультант плюс. Документ опубликован не был.

[7] Определение Конституционного Суда РФ от 22.04.2010 N 546-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Брежнева Олега Николаевича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 90 и статьей 91 Семейного кодекса Российской Федерации"// СПС Консультант плюс. Документ опубликован не был.

взыскания алиментов ввиду допущенных судом нарушений норм материального права, и вынесла новое решение об отказе в иске о взыскании с Д. алиментов в пользу В.

Таким образом, следует учитывать наличие всех оснований для взыскания алиментов в совокупности, как характеризующих ситуацию или статус лица, к которому предъявляются требования об уплате алиментов (наличие необходимых для этого средств), так и статус лица, требующего взыскания алиментов при наличии прочих материальных оснований (например, нуждаемость, в сравнительно-правовом аспекте фактов является оценочным понятием).

Поскольку еще одно условие для взыскания алиментов упоминается как минимум дважды в статьях 89 и 90 СК РФ, следует внести ясность в понимание данного понятия – нетрудоспособность.

К нетрудоспособным, например, при определении наследственных прав относятся:

несовершеннолетние лица (пункт 1 статьи 21 ГК РФ);

граждане, достигшие возраста, дающего право на установление трудовой пенсии по старости (пункт 1 статьи 7 Федерального закона от 17 декабря 2001 года N 173-ФЗ „О трудовых пенсиях в Российской Федерации“)[8] вне зависимости от назначения им пенсии по старости.

граждане, признанные в установленном порядке инвалидами I, II или III группы (вне зависимости от назначения им пенсии по инвалидности)[9].

Полагаем, что с учетом действия в настоящее время Федерального закона „О страховых пенсиях“, следует уточнить, что право на страховую пенсию по старости имеют мужчины, достигшие возраста 60 лет, и женщины, достигшие возраста 55 лет[10]. Такие же категории лиц могут быть отнесены к категории нетрудоспособных и по семейному законодательству. Вместе с тем, законодатель различает такие категории как «нетрудоспособный нуждающийся супруг», «нетрудоспособный нуждающийся бывший супруг», и «нуждающийся бывший супруг, достигший пенсионного возраста». Из чего можно сделать вывод, что речь идет о разных категориях граждан.

[8] Федеральный закон от 17.12.2001 N 173-ФЗ (ред. от 28.12.2013, с изм. от 19.11.2015) О трудовых пенсиях в Российской Федерации – данный документ не применяется с 01.01.2015 г. в соответствии с ФЗ от 28.12.2013 г. № 400-ФЗ.

[9] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 N 9 О судебной практике по делам о наследовании// Бюллетень Верховного Суда РФ, N 7, июль, 2012.

[10] Федеральный закон от 28.12.2013 N 400-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О страховых пенсиях"// Российская газета, N 6, 15.01.2014 (прил. 1 - 4).

И нетрудоспособность, и достижение пенсионного возраста могут совпадать по времени, но могут и не совпадать.

Обращает на себя внимание и присутствие пресекательного срока для бывших супругов, а именно нетрудоспособность должна наступить еще до расторжения брака или в течение года с момента расторжения брака. По пенсионному возрасту установлен другой срок – бывший супруг, достигший пенсионного возраста, получает право требовать алименты, если он достиг пенсионного возраста не позднее чем через пять лет с момента расторжения брака, если супруги состояли в браке длительное время.

Также следует обратить внимание на достаточно объективный подход законодателя к другим характеристикам категорий лиц, имеющих право требовать в судебном порядке взыскания алиментов. Например, супруг, или бывший супруг, осуществляющий уход за общим ребенком-инвалидом до достижения ребенком возраста восемнадцати лет или за общим ребенком - инвалидом с детства I группы. Как объективный критерий здесь устанавливается уход за общим ребенком-инвалидом. Судебная практика в отношении данной категории лиц идет по пути принятия за ориентир ухода за общим ребенком-инвалидом, а например, не изменившегося материального положения плательщика алиментов. Так, например, по одному из дел установлено, что решением мирового судьи судебного участка N 26 района Царицыно г. Москвы с Т. в пользу П. взысканы алименты на содержание супруга со всех видов заработка и иных доходов, ежемесячно, бессрочно.

Согласно представленной истцом копии трудовой книжки, трудовой договор между ним и работодателем на основании п. 1 ст. 77 ТК РФ прекращен по соглашению сторон. Из справки ГУ N 8 Управления N 2 ПФР следует, что Т. состоит на учете и получает пенсию по старости. Также установлено, что в феврале текущего года П. достигла пенсионного возраста и ей была установлена пенсия по старости. От брака стороны имеют несовершеннолетнего сына П.А., являющегося инвалидом третьей группы, который проживает совместно с П.

Отказывая в удовлетворении иска, мировой судья, руководствуясь ст. 92 СК РФ, оценив представленные сторонами доказательства в их совокупности, с учетом материального и семейного положения сторон, пришел к обоснованному выводу, что отсутствуют основания, предусмотренные законом для освобождения от уплаты алиментов по содержанию другого супруга, требования о снижении алиментов

в соответствии со ст. 119 СК РФ, истец не заявлял[11].

Требовать взыскания алиментов в судебном порядке может жена и бывшая жена, если она является беременной, и если беременность наступила до расторжения брака, а также в течение трех лет со дня рождения общего ребенка, то есть и после расторжения брака, на основании статьи 90 СК РФ. Алименты взыскиваются в твердой денежной сумме, подлежащей оплате ежемесячно. Здесь, бывает, суды допускают ошибки и путают различные основания для взыскания алиментов, с учетом закрепленной в законе возможности освобождение супруга от обязанности по содержанию другого супруга или ограничение этой обязанности сроком (ст. 92 СК РФ).

Таким образом, закрепленная алиментная обязанность супруга по содержанию беременной жены, а также беременной жены в период после расторжения брака, не допускает освобождения супруга от обязанности по содержанию другого супруга. Лишь в исключительных случаях может последовать освобождение от исполнения такой алиментной обязанности - в случае непродолжительности пребывания супругов в браке, а также в случае недостойного поведения в семье супруга, требующего выплаты алиментов. И непродолжительность пребывания в браке, и недостойное поведение в семье – понятия оценочные. Как недостойное поведение, которое может служить основанием к отказу во взыскании алиментов, в частности, может рассматриваться злоупотребление истцом спиртными напитками или наркотическими средствами, жестокое отношение к членам семьи, иное аморальное поведение в семье (бывшей семье).

При рассмотрении дел данной категории необходимо учитывать, когда имели место факты недостойного поведения в семье, характер, тяжесть и последствия их совершения, а также дальнейшее поведение истца.

И хотя в юридической литературе высказываются различные точки зрения, по нашему мнению решение по конкретному делу будет зависеть от конкретно складывающейся ситуации. Таким образом, мы убедились, сколь велико присутствие оценочных характеристик в нормах рассматриваемых статей. В связи с чем, при разрешении конкретного спора может быть широко применено обоснованное судебное усмотрение. С целью недопущения произвола, не лишним было бы истолковать рассмотренные оценочные категории с точки зрения судебной практики.

[11] Определение Московского городского суда от 28.04.2014 N 4г/5-4541/2014 Основания, предусмотренного законом, для освобождения от уплаты алиментов по содержанию другого супруга, не имелось, требования о снижении алиментов в соответствии со ст. 119 СК РФ истец не заявлял // СПС Консультант плюс. Документ опубликован не был.

Устанавливая наличие у супруга – плательщика алиментов необходимых для этого средств, а так же размер алиментов, подлежащих уплате, суд руководствуется не только материальным и семейным положением супругов, но учитывает и иные заслуживающие внимания интересы сторон. Вновь мы сталкиваемся с оценочным понятием «иные, заслуживающие внимания интересы сторон». Это – например, нетрудоспособность членов семьи, которым по закону сторона обязана доставлять содержание, наступление инвалидности либо наличие заболевания, препятствующего продолжению прежней работы, и другие обстоятельства[12].

Право супруга на получение алиментов от другого супруга утрачивается, если отпали условия, послужившие основанием для их получения: если разведенный супруг вступил в брак, или прекратилась нуждаемость в алиментах, или восстановилась трудоспособность.

Подводя краткий итог рассмотренному вопросу, стоит, на наш взгляд подчеркнуть, что алиментная сфера является социально-ориентированной сферой. От правильности нормативного закрепления положений об алиментах, от качества механизмов их взыскания зависит обеспечение прав и законных интересов взыскателей и плательщиков алиментов. Сегодня ряд положений алиментного законодательства, в частности между супругами и бывшими супругами, требует реформирования, с целью их конкретизации.

[12] См., например: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. N 9 "О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов"// Бюллетень Верховного Суда РФ, N 1, 1997.

Magdalena Sitek[1]

Prawa nasciturusa przeciwko prawu kobiety do aborcji. Konflikt między aksjologią a przepisami prawa

1. Wprowadzenie

W doniesieniach medialnych oraz w licznych wypowiedziach polityków krajowych i zagranicznych coraz wyraźniej rysuje się konflikt wartości pomiędzy prawem do życia nasciturusa a wolnością kobiety do decydowania o samej sobie, w tym o urodzeniu dziecka czy też dokonania jego aborcji. Wokół tego konfliktu powstają różne organizacje społeczne czy też organizowane są manifestacje promujące aborcję lub walczące w obronie życia nasciturusa. Przedstawiciele jednych i drugich dążą do zmian ustawodawczych w tym zakresie.

Konflikt pomiędzy wartościami, prawem kobiety do aborcji i prawem nasciturusa do życia od samego poczęcia uwidacznia się również w warstwie semantycznej. W publicznej debacie nie stosuje się już popularnych określeń lat 80. XX w. takich jak „stan błogosławiony", „dziecko nienarodzone" czy „poczęcie dziecka". Stosowanie takich określeń może być poczytywane za przejaw zacofania, nienaukowości czy fundamentalizmu religijnego. Mówi się natomiast o embrionie, gamecie, zarodku czy zygocie. Zmiana nazewnictwa na określenie nasciturusa oraz wyodrębnienie poszczególnych stadiów jego rozwoju niewątpliwe powiązane są z postępem naukowym, zwłaszcza z postępującą specjalizacją jaka ma miejsce w naukach biologicznych i medycznych[2]. Naukowcy zajmują się wyłącznie tylko jakimś niewielkim okresem rozwoju nasciturusa, formułując twierdzenia w oderwaniu od oglądu całości procesu jego rozwoju. Brak koordynacji pomiędzy wynikami badań prowadzi do rozbieżnych wniosków w dyskusji nad człowieczeństwem nasciturusa.

[1] Dr hab., prof. nadzw., Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej w Józefowie.

[2] Zob. J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Łódź 2010, LEX/el. 2010.

Zmiana stosowanej terminologii pozwala na wygaszenie lub odwrócenie uwagi od emocji jaka w sposób naturalny rodzi się pomiędzy rodzicami, zwłaszcza matką a dzieckiem i to już w okresie prenatalnym. Nowa frazeologia pozwala też na zamianę społecznej oceny aborcji z negatywnej na przynajmniej moralnie obojętną. W dalszej kolejności zmiany te mają duży wpływ na ustawodawstwo i orzecznictwo, a przede wszystkim na doktrynę prawniczą.

W pracy użyty został termin *nasciturus*, wraz z jego spolszczonymi wersjami, pochodzący z języka łacińskiego, który jednak paradoksalnie nie był stosowany w tekstach prawa rzymskiego. Wydaje się, że termin ten jest najbardziej neutralny dla dwóch przeciwnych sobie poglądów, tj. negujących człowieczeństwo nasciturusa lub też kategorycznie optujących za bezwarunkowym uznaniem jego człowieczeństwa. Dla dalszych rozważań konieczne jest też odrzucenie myślenia kategoriami poprawności politycznej, współcześnie coraz bardziej dominującej w mediach, polityce, ale też i w nauce.

Przedmiotem opracowania jest ukazanie ram konfliktu pomiędzy fundamentalnymi wartościami, tj. prawem nasciturusa do życia i prawem kobiety do wolności, w tym do decydowania o sobie samej. Elementy tego konfliktu zostaną ukazane z perspektywy doktryny prawniczej, ale także przepisów prawa rzymskiego, polskiego i międzynarodowego. Celem opracowania jest szukanie odpowiedzi na podstawowe pytanie o granice tego konfliktu. Pytanie to jest o tyle zasadne, że jego wyjaśnienie wymaga również uwzględnienia współczesnej ekonomizacji praw człowieka.

2. Prawa nasciturusa a prawa kobiety w świetle przepisów prawa rzymskiego

Współczesnych sposobów wnioskowania o relacji jaka zachodzi między nascitutursem a matką, nie można bezpośrednio przenosić do świata pojęć antycznego prawa rzymskiego. Zgodnie z zasadą *nasciturus pro iam nato habetur, si de eius comodo agitur*[3] przyjmowano fikcję prawną, uważając że nasciturus już się urodził. Takie rozwiązanie było dyktowane względami praktycznymi, zwłaszcza koniecznością ochrony praw majątkowych dziecka[4]. Dlatego dla antycznych Rzymian nie istniała kwestia, czy też nie prowadzono dyskusji prawno-doktrynalnej nad człowieczeństwem nasciturusa. Twierdzenie to potwierdza

[3] Paul. l. sing. de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur (D.1.5.7): „Quae liberis damnatorum conceduntur. Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit."

[4] M. Garrido García, Sobre los verdaderos límites de la ficción en el Derecho Romano, „Anuario de historia del derecho español" 27/1957, s. 305-342. W świecie antycznym aborcję dostrzegano i oceniano w innych kategoriach aniżeli jest to współcześnie.

powszechnie przytaczany, ale niestety błędnie interpretowany, poniższy fragment autorstwa Ulpiana, późnoklasycznego prawnika rzymskiego.

Ulp. 24 ad ed. (D. 25.4.1.1): „Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. Extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit".

Kluczowym przesłaniem powyższego tekstu jest zdanie … *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, które można przetłumaczyć w następujący sposób: *albowiem dziecko, zanim się narodzi jest częścią matki czy też jej łona*[5]. W oderwaniu od kontekstu można przyjąć tę wypowiedz jako filozoficzne sformułowanie wtrącone do tekstu prawnego w celu usprawiedliwienia określonego rozwiązania prawnego. Tak też ten tekst interpretuje M. Stol, który pisze, że według Rzymian nasciturus był częścią ciała matki[6]. Tymczasem jest to błędna interpretacja, możliwa jedynie w oderwaniu od jej kontekstu. Na to zwracali uwagę już wcześniej liczni romaniści, wśród których należy wymienić m.in. W. Waldsteina[7] i P. Niczyporuka[8].

Wypowiedz Ulpiana musi być analizowana z perspektywy całej wypowiedzi późnoklasycznego prawnika, przy jednoczesnym uwzględnieniu jej pierwotnego usytuowania oraz kontekstu, w którym ta wypowiedź została umieszczona przez justyniańskich kompilatorów.

Tekst Ulpiana pochodzi z 25 księgi komentarza do edyktu pretora miejskiego. Ulpian skomentował fragment edyktu, który znajdowała się w cz. 1 pod rubryką 21, zatytułowaną „De liberis et de uentre", czyli „O dziecku i o potomnym". Sam Ulpian przedmiotowy fragment komentarza zatytułował „De inspiciendo ventre custodiendoque partu", czyli „O zbadaniu kobiety ciężarnej i ochronie dziecka poczętego". Zresztą tak samo też Kompilatorzy Justyniańscy zatytułowali tytuł, w którym znalazł się analizowany przez nas

[5] Tłumaczenie podaję, za T. Palmirski (red.), Digesta Iustitniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład, t. IV, Kraków 2014, s. 409.

[6] Zob. M. Stol, F.A.M. Wiggermann, Birth in Babylonia and the Bible: its Mediterranean setting, Groningen 2000, s. 45.

[7] W. Waldstein, Zur Rechtsstellung ungeborener Kinder, „Kirche und Staat", w: von H. Schambeck (red.), Festschrift für F. Eckert zum 65. Geburtstag, Berlin 1976, s. 477–513.

[8] P. Niczyporuk, Rozważania Wolfganga Waldsteina o dziecku poczętym, w: B. Sitek, K. Naumowicz, K. Zaworska (red.), Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim, Olsztyn 2012, s. 384 n.

tekst Ulpiana. Przedstawiona w wielkim skrócie kolokacja tekstu pokazuje, że głównym przedmiotem zainteresowania pretora, Ulpiana i kompilatorów było określenie relacji faktycznej i prawnej między nasciturusem a matką.

Dalszego wyjaśnienia przedmiotowej wypowiedzi Ulpiana należy szukać w przyczynach powstania cytowanego fragmentu D. 25.4.1.1. Jest to fragmenty reskryptu cesarzy Marka Aureliusza i Lucjusza Werusa. Reskrypt ten został wydany dla konkretnego stanu faktycznego, który wymagał rozwiązania prawnego. Mianowicie, pewna kobieta się rozwodziła, a z zachowanego tekstu nie wynika, czy rozwód był w trakcie procedury, czy też spór powstał bezpośrednio po rozwodzie. Bezsporne było to, że żona opuściła już wspólny dom. Istotę sporu stanowiło twierdzenie męża co do tego, że jego żona jest z nim w ciąży, pomimo, że publicznie negowania ten fakt. Na okoliczność potwierdzenia ciąży, ów mąż zwrócił się do pretora miejskiego o imieniu Valerius Priscianus, aby ten sporną kwestię rozstrzygnął na jego korzyść i ustanowił dla dziecka nienarodzonego opiekuna (curator ventris)[9]. Był to nowy stan faktyczny wcześniej nie stosowany w prawie rzymskim, stąd pretor zwrócił się z *supplicatio* (z prośbą) do cesarza, aby ten wskazał sposób rozstrzygnięcia owej kwestii.

Cesarze w swoim hipotetycznym wyroku[10], stosując analogię w prawie, odnieśli się do wcześniejszej uchwały senatu, pochodzącej z okresu przed panowaniiem Hadriana (senatus consultum Plancianum), a dotyczącej uznania dziecka przez ojca – „senatus consultum de liberis agnoscendis". Stwierdzili, że w przedstawionym im stanie faktycznym nie można zastosować analogii do instytucji uznania dziecka, bowiem może być ona zastosowana dopiero po jego urodzeniu. A zatem, instytucja uznania dziecka – „agnoscere liberum", nie może znaleźć zastosowania w tym przypadku, bowiem dziecko dopóki się nie urodzi jest częścią matki. W tym właśnie kontekście i tylko dla konkretnego przypadku zostało użyte stwierdzenie, że nasciturus jest częścią kobiety. Nie można zatem z wypowiedzi Ulpiana wyprowadzać wniosków co do statusu prawnego czy ontologicznego nasciturusa. Byłyby one zbyt daleko idące i nie odpowiadające rzymskiemu myśleniu o dziecku poczętym

[9] Zob. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Prawo rzymskie. Instytucje, Warszawa 1986, s. 123.

[10] Reskrypt to jeden z rodzajów konstytucji cesarskich. Wydawany był w celu rozstrzygnięcia precedensowej sprawy. Sędzia lub pretor w prośbie skierowanej do cesarza opisywał stan faktyczny i prosił o jego rozstrzygnięcie. W reskrypcie powtarzany był stan faktyczny, dla którego przygotowywano hipotetyczne rozstrzygnięcie. Jego podstawą było domniemanie, że stan faktyczny opisany w prośbie był prawdziwy. Sędzia otrzymawszy reskrypt sprawdzał, czy stan faktyczny zgadza się ze stanem opisanym w reskrypcie. Jeśli się zgadzał to aplikował cesarskie rozwiązanie, jeśli nie, to oddalał powództwo. Chociaż reskrypty były to rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, to jednak w praktyce stawały się normami generalnymi. Takiej praktyki zakazał Konstantyn Wielki. Zob. s.v. Constitutiones principium, [w:] Wielka Encyklopedia Prawa, t. I, Warszawa 2014, s. 140-141.

a nienarodzonym. W powyższym duchu tekst ten interpretuje wielu romanistów[11], chociaż są też i zdania przeciwne[12].

Punktem centralnym reskryptu Marka Aureliusza jest rozwiązanie dalszych kwestii wynikających z relacji nasciturusa do kobiety i odwrotnie. Fakt, że nasciturus w tym przypadku został określony jako część kobiety, nie oznaczało, że była ona wyłączną dysponentką jego losu. Cesarz bowiem uznał prawo domniemanego ojca do wyjaśnienia jego ojcostwa i nakazał przeprowadzić „insepctio ventris", czyli badania o charakterze medycznym przez trzy położne wskazane przez pretora. Badanie było przeprowadzane stosownie do wiedzy medycznej tamtych czasów, w celu stwierdzenia stanu faktycznego, co do istnienia lub nieistnienia ciąży.

„Insepctio ventris" nie była nową instytucja, bowiem była ona już regulowana w „edictum de inspiciendo ventre custodiendoque partu"[13]. „Divi Fratres" następnie instytucję tę normatywnie rozwinęli w reskrypcie[14]. Jednak dla przedmiotu tego opracowaniu kwestia ta nie ma większego znaczenia. Ważne jest to, czy kobieta musiała poddać się badaniu? Odpowiedz na to pytanie znajdujemy w kolejnym fragmencie autorstwa Ulpiana.

Ulp. 24 ad ed. (D. 25.4.1.7): „Quid ergo, si inspici se non patiatur vel ad domum non veniat? Aeque praetoris auctoritas interveniet".

Według Ulpiana, w przypadku, gdy kobieta nie zechciałby poddać się badaniu medycznemu, pretor mógł zastosować odpowiednie środki prawne celem przymuszenia jej do poddania się badaniu. Kierując się współczesnymi kategoriami myślowymi, można zapytać się o to, czy pretor mógł nakazać badanie wbrew woli kobiety? Według Ulpiana w tym przypadku wola kobiety nie może mieć silniejszej pozycji niż wola domniemanego ojca dziecka. Stąd pretor mógł przymusić kobietę do poddania się stosownemu badaniu medycznemu.

Przymuszenie kobiety do poddania się badaniu medycznemu nie mogło jednak mieć na celu jej zniesławienia czy też obrazy godności kobiety.

[11] Zob. P. Niczyporuk, Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim, Białystok 2009, s. 64 i 65; A. Ingoglia, A proposito dell'influenza delle fonti cristiane primitive sulla condizione giuridica del 'nasciturus', w: R. Bartolino, S. Gherro, I. Musselli (red.), Diritto canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio, Venezia 1991, s. 260–269.

[12] Według. M. Kasera dopiero z urodzeniem człowiek nabywa zdolności prawnej. W okresie prenatalnym według niego Rzymianie przyjmowali fikcje prawną, polegającą na tym, że już się urodził. Na tej podstawie można było na rzecz nasciturusa dokonywać zapisów czy ustanowić dla niego opiekuna. Zob. M. Kaser, Das Römische Privatrecht, München 1960, s. 236.

[13] Zob. O. Lenel, Das Edictum Perpetuum, Leipzig 1927, dodruk 3 wydania, Aalen 1985, s. 312-313.

[14] Zob. P. Niczyporuk, Rzymskie regulacje prawne związane z ochroną dziecka poczętego, „Miscellanea Historico–Iuridica" 2009/8, s. 27-40.

Ulp. 24 ad ed. (D. 25.4.1.8): „Si omnes vel plures renuntiaverint praegnatem non esse, an mulier possit iniuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto agere eam iniuriarum posse, sic tamen, si iniuriae faciendae causa id maritus desideravit: ceterum si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est vel ipsa eum illexerat ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingebat, aequissimum erit ignosci marito".

Według Ulpiana, gdyby na skutek badań medycznych okazało się, że kobieta nie była w ciąży, a żądanie męża było nieuzasadnione, lub wniesione w celu jej znieważenia (*iniuria*), wówczas kobieta mogła wystąpić ze skargą przeciwko mężowi lub byłemu mężowi na podstawie „actio iniuriarium", czyli z powództwem o zniewagę. Skazanie na podstawie takiego powództwa ściągało na męża infamię powodującą liczne ograniczenia w prawie publicznym i prywatnym[15].

Jak w takim razie wyjaśnić ostatecznie relacje między nasciturusem a kobietą, potencjalną matką w antycznym Rzymie? W prawie rzymskim nie podejmowano próby określenia statusu prawnoczłowieczego nasciturusa. Dążono za to do praktycznego zrównoważenia interesów kobiety, ojca dziecka i samego nasciturusa nie uprzedmiotowiając żadnej ze stron zarysowanego powyżej konfliktu.

3. Prawa nasciturusa a prawa kobiety w świetle przepisów polskiego

W świetle prawa polskiego dość trudno jest szukać przepisów, które bezpośrednio dotyczyłby lub wyjaśniałby relację między nasciturusem a kobietą. Stąd konieczne jest przeprowadzenie analizy przepisów prawa pod kątem poszukania tych związków[16]. W pierwszej kolejności należy spojrzeć przez pryzmat zapisów konstytucyjnych oraz aksjologii konstytucyjnej, a następnie przez pryzmat zapasów ustawowych.

Gdy chodzi o Konstytucję RP z 1997 r. to podstawowym zapisem jest art. 18, według którego Rzeczpospolita Polska roztacza opiekę nad małżeństwem, rodziną i właśnie macierzyństwem oraz rodzicielstwem. Z treści tego artykułu trudno jednak jest postawić tezę o tym, że ustawodawca zagwarantował nim prawną ochronę życia. Ochrona macierzyństwa raczej odnosi się do wsparcia kobiety, która zdecydowała się na urodzenie dziecka, a także uznanie praw ojca do dziecka[17]. Ponadto, ochronie podlega związek kobiety i jej więzów z dzieckiem w okresie ciąży i bezpośrednio po porodzie. Stąd też, w powiązaniu z art. 68 § 3

[15] Zob. B. Sitek, Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich, Olsztyn 2003, s. 150.
[16] Zob. O. Nawrot, Istota ludzka czy osoba – status nasciturusa na gruncie europejskiej konwencji bioetycznej, „Prawo i Medycyna" 2004/1, s. 86-99.
[17] Zob. B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. 2. Warszawa 2012, s. 150.

Konstytucji RP kobieta w ciąży oraz do sześciu miesięcy po porodzie ma zagwarantowaną nieodpłatną opiekę medyczną.

Konstytucja RP w art. 38, dotyczącym ochrony życia, nie precyzuje w sposób wyraźny tej ochrony wobec nasciturusa, a więc dziecka przed jego urodzeniem. Pozostawiając tym samym tę kwestię do rozstrzygnięcia w ustawach i orzecznictwie, stosownie do aktualnych realiów oraz poglądów głoszonych i akceptowanych przez społeczeństwo. Zatem w Konstytucji RP nie ma zapisanej ochrony życia od poczęcia do naturalnej śmierci[18]. Stąd, mimo że w art. 1 ustawy 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), postanowiono, że: „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie", to w art. 4a tego samego aktu prawnego dopuszcza w określonych przypadkach przeprowadzenie aborcji. Może to mieć miejsce w przypadku prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu, nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu nasciturusa, lub gdy ciąża jest skutkiem gwałtu. Aborcji można dokonać również do czasu, gdy nasciturus nie osiągnie samodzielnego życia.

W kodeksie cywilnym nie występuje termin nasciturus, za to na jego określenie używa się terminu dziecko poczęte. Termin ten występował w art. 8 § 2 k.c., który brzmiał: „Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe". Przepis ten został uchylony ustawą z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1996 r. nr 139, poz. 646).

Pomimo uchylenia art. 8 § 2 k.c. zwrot „dziecko poczęte" występuje w innych przepisach prawa cywilnego. I tak, w art. art. 927 § 2 k.c. ustawodawca postanowił, że dziecko poczęte może być spadkobiercą, jeśli urodzi się żywe. Analogicznie można wskazać na przepis art. 972 k.c. dotyczący ustanowienia zapisu na rzecz dziecka poczętego.

Z kolei w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym w art. 75 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2015 r. poz. 2082) – dalej k.r.o., przyjęto możliwość uznania ojcostwa dziecka poczętego jeszcze przed jego urodzeniem. Na podstawie art. 142 k.r.o. w przypadku, gdy ojcostwo dziecka zostało uwiarygodnione, a jego ojcem nie jest mąż matki, matka może żądać, aby ów mężczyzna jeszcze przed urodzeniem się dziecka wyłożył pewną sumę pieniędzy na utrzymanie dziecka przez pierwsze trzy miesiące po urodzeniu. Zaś

[18] Zob. B. Banaszak, Konstytucja…, s. 38 i 38; O. Szczypiński, Uznanie dziecka poczętego i jego ochrona, na stronie: http://www.pedkat.pl/images/czasopisma/po7/05.pdf (dostęp 26.9.2015).

w art. 182 k.r.o. ustawodawca postanowił, że dla dziecka poczętego, a nieurodzonego można ustanowić kuratora, celem strzeżenia jego praw przyszłych. W tych wszystkich przypadkach konieczne jest, aby dziecko urodziło się żywe [19].

Przytoczone powyżej przepisy prawne dotyczące statutu nasciturusa w świetle przepisów prawa polskiego nie dają jednoznacznej odpowiedzi na temat jego relacji z matką. Na pierwszym miejscu jawi się nie tyle kwestia tego, czy nasciturus jest częścią kobiety, czy nie, lecz kwestia granic decydowania kobiety o sobie samej. Jak pamiętamy w prawie rzymskim, w tę sferę wolności kobiety w związku z ciążą mógł wkroczyć pretor ze swoją władzą, jeśli były ku temu podstawy prawne i faktyczne. Również obecnie wolność osobista kobiety może być ograniczona legalnie, tj. tylko na podstawie decyzji organów do tego ustawowo uprawnionych, czyli policji, prokuratury czy sądu.

W art. 31 ust. 1 Konstytucji RP postanowiono, że wolność człowieka podlega ochronie prawnej. Ust. 2 powyższego artykułu stanowi, że każdy jest obowiązany szanować wolność i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Zgodnie z ust. 3. ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Zaś w art. 41 Konstytucji RP zagwarantowano nietykalność osobistą[20]. Dzisiaj zatem trudno jest sobie wyobrazić, aby jakikolwiek organ nakazał kobiecie w ciąży poddać się badaniom na okoliczność potwierdzenia lub zanegowania faktu istnienia ciąży.

Tak szeroko rozumiana wolność kobiety musi jednak rodzić pytania o jej granice, zwłaszcza w perspektywie dyskusyjnego, czy nierozstrzygniętego statusu nasciturusa. Ustawodawca nie neguje prawnej ochrony niezależnie od stadium jego rozwoju. Z drugiej jednak strony poszerzeniu ulega wolność kobiety, nie tylko do aborcji w określonych ustawą przypadkach, ale również do odszkodowania za tzw. „złe urodzenie" czy po angielsku „wrongful life". Ma to miejsce wówczas, gdy lekarze nie przeprowadzą badań prenatalnych lub też gdy nie zgodzą się na dokonanie aborcji, w sytuacji, gdy płód jest zdeformowany.

[19] Dyskusję tę dość szeroko przedstawia T. Sokołowski, Sytuacja prawna nasciturusa w art. 9 Projektu Kodeksu Cywilnego, RPSiE 2009/2, s. 185-197.

[20] Zob. E. Żywucka-Kozłowska, K. Juszka, Przeszukanie osoby a prawo do poszanowania godności, w: B. Sitek i inni (red.), Wykorzystywanie człowieka w XX i XXI wieku, Olsztyn 2012, s. 214-215.

Odszkodowanie jest nie tyle zadośćuczynieniem za ewentualne trudności z utrzymaniem takiego dziecka, co za brak możliwości podjęcia decyzji przez kobietę[21].

W ten sposób, na gruncie prawa polskiego dochodzi do konfliktu pomiędzy wartościami takimi jak prawo do życia a prawo do wolności i prywatności. Z jednej strony jest prawo nasciturusa do życia, z drugiej zaś są prawo kobiety, potencjalnej matki. Ten konflikt interesów czy praw nie został przez ustawodawcę jednoznacznie rozstrzygnięty. Wskazania do aborcji ugruntowują jednak silniejszą pozycję kobiety w stosunku do dziecka.

4. Prawa nasciturusa a prawa kobiety w świetle przepisów prawa międzynarodowego

Analiza przepisów prawa międzynarodowego utworzonych bezpośrednio po II wojnie światowej, zwłaszcza w art. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, wskazuje na to, że wówczas nie istniał żaden konflikt pomiędzy prawem do życia a wolnością w wymiarze indywidualnym. Prawną ochronę życia człowieka nie dzielono na okres prenatalny i po urodzeniu. Najważniejszą wartością było prawo do życia, co zresztą wynikało z dramaturgii II wojny światowej. Sytuacja prawna zaczęła się zmieniać wraz z nowymi nurtami filozoficznymi, zwłaszcza skrajnie liberalnymi czy libertyńskimi, które zaczęły silnie akcentować autonomię kobiety w zakresie decydowania o sobie samej, a w konsekwencji również o nasciturusie[22].

Kwestia uznaniowości człowieczeństwa nasciturusa stała się przedmiotem dysput filozoficznych czy teologicznych dopiero na początku lat pięćdziesiątych XX wieku. W 1955 r. aborcję dopuszczono w ZSSR, w 1967 r. w Wielkiej Brytanii, w 1974 r. we Francji. W Polsce aborcję wprowadzono ustawą z 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1956 r. Nr 12, poz. 61). Te zmiany aksjologii i przepisów prawnych powiązane były też z powstaniem w USA przemysłu aborcyjnego oraz z potrzebą ograniczenia rosnących odszkodowań za szkody wyrządzone na dzieciach nienarodzonych, co uwidoczniło się w orzecznictwie sądów krajowych i międzynarodowych[23]. Dodatkowo rozpoczęły się badania prenatalne, dla których jednym z celów była eliminacja płodów

[21] Zob. T. Justyński, Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej, Kraków 2003, s. 53 i 54.

[22] Fragment ten pochodzi z mojej publikacji M. Sitek, Prawa (potrzeby) człowieka w ponowoczesności. Publikacja ta ukaże się drukiem w 2016 r.

[23] Zob. B. Młodziejowski, Kryminalistyczne i sądowo-medyczne aspekty prawa do życia – problematyka aborcyjna, w: B. Sitek (red.), Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie, t. 1, Olsztyn-Bari 2007, s. 196-200.

chorych czy zniekształconych[24], co w domyśle miało pomniejszać koszty społeczne utrzymania i pielęgnacji takich osób.

Od przynajmniej dwóch dekad akcentowana jest coraz mocniej wolność jednostki. W Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 w art. 1 stwierdzono, że *ludzie rodzą się i pozostają wolni*. Zaś w art. 3 Deklaracji stwierdzono, że *każda osoba ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego*. Z kolei w art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. stwierdzono, że *każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego.* Powiązano w tym przypadku wolność z poczuciem bezpieczeństwa jednostki. W art. 6 Karty Praw Podstawowych z 2000 r. stwierdzono, że *każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego*. W art. 15 tejże Karty z 2000 r. wprowadzono zasady dotyczące wolności wyboru stylu życia, zawodu i prawa do podejmowania pracy[25].

Obecnie w Unii Europejskiej dysputuje się nad przyjęciem Strategii Unii Europejskiej w zakresie równości kobiet i mężczyzn na lata 2015-2020. Za uchwaleniem stosownej rezolucji najbardziej pracują eurodeputowani pochodzący ze Francji. Celem tej strategii jest doprowadzenie do zmiany zapisu art. 168 TFUE w zakresie funkcjonowania i realizowania polityki zdrowotnej w zakresie praw reprodukcyjnych, seksualnych i aborcji. Zmiana ta pozwoliłaby na upowszechnienie prawa kobiet do aborcji, czyniąc je prawem obowiązującym wszystkie państwa członkowskie. Za tymi zmianami stoją radykalne ugrupowania feministyczne[26]. W tej właśnie debacie nad relacjami zachodzącymi między kobietą a dzieckiem nienarodzonym została zachwiana proporcja uprawnień na korzyść kobiety. Tym czasem już Rzymianie zwracali uwagę na to, że osoby trzecie, np. ojciec dziecka, mogą mieć interes prawny w stosunku do nasciturusa i tym samym mogą podjąć działania niedopuszczające do dokonania aborcji.

Podobnie zatem jak w prawie polskim, tak i w prawie międzynarodowym, w tym Unii Europejskiej bardzo silna jest ochrona praw kobiety, jej prawa do wolności, decydowania o sobie, w tym do przeprowadzenia aborcji z pominięciem interesu prawnego osób trzecich, jak np. nasciturusa, ojca dziecka, dziadków czy dalszej rodziny.

[24] Podstawowym jednak celem badań prenatalnych jest diagnozowanie chorób i możliwości ich eliminacji już w tym wczesnym okresie. Fragment ten pochodzi z mojej publikacji M. Sitek, Prawa (potrzeby) człowieka w ponowoczesności, Warszawa 2016.

[25] Zob. L. Grzonka, Prawo do swobodnego wyboru zawodu, w: G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj (red.), Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej, Olsztyn-Bari 2008, s. 582-583.

[26] Zob. Aborcja powszechnym aktem prawnym w Unii Europejskiej? Tego chce rząd francuski, na stronie: http://www.pch24.pl/aborcja-powszechnym-prawem-w-unii-europejskiej--tego-chce-francuski-rzad,35050,i.html (dostęp 26.9.2015).

5. Prawa nasciturusa a prawa kobiety w świetle poglądów doktryny[27]

Problematyka aborcji bezpośrednio związana jest z dwoma a nawet trzema prawami podstawowymi, tj. prawem do życia, prawem kobiety do decydowania o sobie pojmowane jako dobro osobiste oraz prawem do informacji o stanie zdrowia nasciturusa (prawo do badań prenatalnych). Wobec coraz silniej akcentowanego indywidualizmu, niekiedy skrajnie akcentującego istotne znaczenie jednostki, wyraźnie rysuje się konflikt nie tylko między indywidualizmem a kolektywizmem, ale również pomiędzy samymi jednostkami[28]. Ponadto, konflikt ten jest silnie powiązany z procesem ekonomizacji praw człowieka oraz „unaukowienia" poglądów popierających aborcję.

Ostatecznie kwestia prawa nasciturusa do życia podzieliła doktrynę prawną na zwolenników ochrony życia dziecka poczętego (zwolennikami tej koncepcji są głównie katolicy i niektóre inne ugrupowania chrześcijańskie) i na zwolenników prawa kobiety do aborcji (głównie liberałowie i skrajna lewica), według których człowiekiem staje się dopiero dziecko urodzone[29]. Ta kwestia z kolei powiązana jest z rozwojem nauk medycznych, zwłaszcza anatomii. Od pewnego już czasu wielu naukowców, w tym lekarzy, zastanawia się nad tym, w którym momencie można mówić o istocie ludzkiej. Z kolei dla katolików zaś takie postawienie tej kwestii jest uznawane za ingerencję w prawo natury, czy nawet w prawo boskie.

Dla przeciwników aborcji *nasciturus* jest człowiekiem *in statu nascendi,* habitualnie posiadający wszystkie cechy człowieka dorosłego. Jest bytem niezależnym od kobiety, która co najwyżej jest powiernikiem daru jakim jest życie. Wielokrotnie o potrzebie ochrony życia nasciturusa mówił św. Jan Paweł II. Dziecko w okresie prenatalnym wymaga ochrony prawnej, ale też wsparcia socjalnego ze strony państwa, społeczeństwa i rodziców. Integralność człowieka zakłada zresztą konieczność ochrony człowieka od poczęcia aż do naturalnej śmierci. Z kolei zwolennicy aborcji przyjmują, że nasciturus staje się człowiekiem dopiero z chwilą urodzenia. Dziecko jest zatem częścią kobiety – *pars viscerum matris*. Stąd to kobieta sama może decydować o sobie i losie dziecka. Może samodzielnie podejmować decyzję o urodzeniu lub o przeprowadzeniu ewentualnej aborcji.

Prawo kobiety do przeprowadzenia aborcji jest usprawiedliwiane różnymi argumentami, m.in. potrzebą ochrony zdrowia kobiety, prawem do godnego poziomu jej życia

[27] Fragment ten pochodzi z mojej publikacji M. Sitek, Prawa (potrzeby) człowieka w ponowoczesności, Warszawa 2016.

[28] Zob. P. Zamelski, Równowaga praw…, s. 90-91.

[29] Zob. R. Sztychmiler, Ochrona prawa do życia dziecka poczętego, w: B. Sitek(red.), Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie, t. 1, Olsztyn-Bari 2007, s. 281-288.

czy w końcu wolnością wyborów. Stąd prawo do aborcji stało się prawem silniej chronionym niż prawo dziecka nienarodzonego do życia. Aborcja obecnie w niektórych krajach jest dopuszczana tylko w określonych przypadkach[30] np. w Polsce, lub też bez ograniczeń, np. w Hiszpanii[31].

6. Podsumowanie

Konflikt wartości jaki rodzi się pomiędzy prawami nasciturusa a matką, narasta w tzw. kulturze zachodniej. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać w skrajnie rozbudzonym indywidualizmie, hołdowaniu prawom jednostki. W konsekwencji budowane i promowane są teorie usprawiedliwiające potrzebę samorealizacji, robienia kariery, i dalej pełnej dyspozycyjności dla realizowanych zadań tak w sferze publicznej, jak i prywatnej.

W tej perspektywie kwestia nasciturusa schodzi coraz bardziej na plan dalszy, co uwidacznia się w słabszej jego ochronie prawnej. Wzmacniana jest za to ochrona kobiety i jej wolności do decydowania o sobie samej. W tym celu wykorzystywane są nie tylko przepisy prawa krajowego czy międzynarodowego, w tym unijnego, ale również przepisy historyczne, pochodzące z prawa rzymskiego, dokonując jednocześnie ich reinterpretacji w duchu współczesnych doktryn.

Konflikt wartości pomiędzy nasciturusem a kobietą rozgrywa się pomiędzy prawem do życia a prawem kobiety do pełnej wolności, w tym do decydowania o urodzeniu lub aborcji nasciturusa. Natężenie tego konfliktu ma swoje źródło głównie w fakcie, że oba te prawa są chronione w oderwaniu od siebie. Sprzyja temu zjawisko ekonomizacji praw człowieka. Dlatego jako wniosek de lege ferenda należy wnioskować podjęcie dyskusji nad chronią prawa do życia nasciturusa wespół ze słusznym prawem kobiety do decydowania o osobie samej. Odrzucenie koncepcji poprawności politycznej, pozwoli spotkać się przedstawicielom przeciwnych opcji i poszukiwać rozwiązań, które doprowadzą do pełnej synergii praw nasciturusa i praw kobiety. Być może drogą do tego byłby rzymski pragmatyzm.

[30] O ochronie życia poczętego w prawie konstytucyjnym Włoch zob. M. Carducci, Diritto alla vita e sfera pubblica costituzionale, w: B. Sitek, Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie, t. 1, Olsztyn-Bari 2007, s. 328-339.

[31] O ewolucji polskiego ustawodawstwa dotyczącego aborcji zob. I. Jacyno, J. Juchniewicz, Ewolucja unormowań prawnych w zakresie dopuszczalności przerwania ciąży w Polsce powojennej, w: B. Sitek (red.), Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie, t. 1, Olsztyn-Bari 2007, s. 396-403.

Maria Zaporowska[1] Zofia Zaporowska[2] Jacek Mazurkiewicz[3]

Zanim zajmą się tym znawcy
Świat prenatalny w krzywym zwierciadle języka

Marii Łopatkowej[4]

Dawno temu jeden z nas zadumał[5] się nad tym jak nazywana jest w polszczyźnie prenatalna rzeczywistość. Potem urodziłyśmy się mu my. I dziś – idąc tamtym tropem – wspólnie przypominamy, może niekiedy rozwijamy, ów badawczy wątek, ze świadomością naszej niekompetencji, lecz w obliczu wyzwania, którego chyba nie podejmują znawcy. I „przy nadziei", że nasza prowokacja, choćby się dla nas źle skończyć miała, przyniesie korzyść nie przede wszystkim nauce.

„Spodziewam się dziecka"

Spodziewać się mogę tego tylko, czego jeszcze nie ma, czego jeszcze nie doświadczam, przynajmniej „w spodziewanym" stopniu, bez względu na to, czy tego pragnę (np. „spodziewam się najgorszego"). Nie sposób spodziewać się tego, kto lub co jest.

[1] Mgr, Wrocław.
[2] Mgr, Wrocław.
[3] Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Wrocławski.
[4] Wybitnej obrończyni dzieci, przez całe swoje dorosłe życie oddanej im działaczce społecznej, wiejskiej nauczycielce, doktorowi nauk pedagogicznych, pisarce, posłance, senatorowi, bliskiej nam osobie.
[5] Wywołała ją lektura artykułu W. Fijałkowskiego pt. Naturalny rytm płodności w okresie ciąży, Twoje Dziecko nr 12/1976, s. 10, także zawarta w nim zachęta, aby posługiwać się niezmistyfikowanymi określeniami. „Dlaczego? – bo z czasem zaczynamy myśleć tak, jak mówimy. Aby myśleć o czymś prawidłowo, starajmy się prawidłowo to nazywać".

A przecież wyrażenie „spodziewam się dziecka" używane jest w odniesieniu do sytuacji, gdy kobieta jest w ciąży[6]. I to chyba nigdy wtedy, gdy swym macierzyństwem jest przygnębiona, lecz przeciwnie: gdy jest „przy nadziei"[7].

Jest owo określenie paradoksalne. Źródłem (powodem, przyczyną) jego jest bowiem konstatacja ciąży, czyli także poczęcia dziecka, a przesłaniem jest myśl, iż ciężarna jeszcze dziecka „nie ma" (bo dopiero się go spodziewa).

W ten sposób, naszym zdaniem absurdalnie, choć nieświadomie, deprecjonowany jest egzystencjalny status nienarodzonego dziecka.

Ten i podobne mu wyrażenia tworzą językową, intelektualną i emocjonalną otoczkę, bo przecież nie otulinę, dla zakłamywania prenatalnej egzystencji poczętego już człowieka.

Jakże odmienne jest to określenie od również przyjaznego prenatalnemu macierzyństwu wyrażenia dziś znanemu chyba wyłącznie z lektur starych powieści, np. H. Sienkiewicza. Bo w wyrażeniu „poczuła się matką"[8] dostrzegamy nie tylko racjonalny i odpowiedzialny akcent, ale i ciepły ton.

„Przyszła matka"

Posługują się tym określeniem zarówno dziennikarze (np. piszący o konsekwencjach palenia papierosów przez kobiety w ciąży), przedsiębiorcy oferujący towary i usługi dla ciężarnych mam, rzadko kiedy same ciężarne (np. zwracając się do redakcji czasopism z pytaniami dotyczącymi ciąży).

[6] Zob. np. Małgorzata O., List do Redakcji „Kobiety i Życia" poprzedzający wywiad z K. Bożkową pt. Test z kropli krwi, KiŻ nr 42/1978, s. 20 oraz Henryka, List do Redakcji „Przyjaciółki", Przyj. nr 30/1979, s. 13.

[7] To piękne, prawie zapomniane dziś określenie. Powściągliwe wobec niektórych innych afirmujących wartość prenatalnego życia i macierzyństwa. Tu nieprzypadkowe wspomnienie: Gdy dawno temu Jacek założył nieistniejącą już Fundację, która we Wrocławiu i w Miękini prowadziła pierwsze na powojennym Dolnym Śląsku schroniska dla bezdomnych kobiet ciężarnych, nazwał je schroniskami matek ciężarnych. Włodzimierz Fijałkowski przyjaźnie „oprotestował" tę nazwę wskazując mu, że „ciężar" kojarzony jest z trudem oraz pytając, dlaczego nie zostały nazwane schroniskami matek w stanie błogosławionym. I usłyszał: «Ciężar również jest darem Bożym. Trzeba go zaakceptować nie tylko w takiej sytuacji. Zresztą: ciężary różne są. Jest przecież i „słodki ciężar". Ale najważniejsze Włodku to, że żadna z szukających u nas schronienia kobiet stanu swego za błogosławiony nie uważa. Nie mogłem skazywać ich przed naciśnięciem klamki do schroniska na – za przeproszeniem – semantyczne wątpliwości». Ten sam profesor zwrócił Jackowi uwagę na oczywistą różnicę między „dzieckiem nienarodzonym" i „dzieckiem poczętym". To pierwsze eksponuje cechę, której dziecko przez narodzeniem nie posiada (jest wiec w swoisty sposób negatywne), drugie, oznaczając to samo dziecko, wskazuję na cechę, którą dziecko to już posiada (czyli jest, w powyższym rozumieniu, pozytywne). Oczywiście, że W. Fijałkowski miał rację. Bronił potem Jacek tego pozytywnego terminu wyjaśniając zdziwionej, przemiłej tłumaczce streszczenia rosyjskiego jego pracy doktorskiej, żądanie zamiany przyjętego przez nią *неродившийся ребенок* na *зачатый ребенок. Nota bene:* „dziecko poczęte" jest wyrażeniem właściwym, nie szkodzi, iż nie tak dosadnym jak: „*nasciturus*", czyli „mający się urodzić".

[8] O tym, że to określenie ulubione przez H. Sienkiewicza wspominał J. Parandowski, Eros na Olimpie, Warszawa 1978, s. 42 i 122.

Kontekst, w którym używany jest ten termin, jest oczywisty. Nikt z posługujących się nim nie ma bowiem wątpliwości, iż odnosi go do kobiety będącej w ciąży, niekiedy towarzyszy mu troska o zdrowie poczętego dziecka.

A jednocześnie wyrażenie to dobitnie sugeruje, że ciężarna kobieta nie jest (jeszcze) matką dziecka znajdującego się przecież w jej macicy.

Nie przeceniamy mistyfikującego charakteru tego określenia. Ale wpisuje się ono w szerszy trend określeń odnoszących się do prenatalnego macierzyństwa oraz prenatalnego życia, które nie oddają istoty tego stanu[9], przeciwnie osłabiają wymowę tego, czego nie sposób kwestionować przynajmniej w wymiarze biologicznym: ciężarna kobieta jest matką swego noszonego w macicy dziecka, więc ten, nienarodzony jeszcze człowiek, już wtedy jest jej dzieckiem.

Wymowne, że prawodawca kształtujący w PRL, w czasach w praktyce nieograniczonego prawa do aborcji, przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, nazywał matkę nienarodzonego dziecka, tak jak matkę każdego dziecka, po prostu: matką, a nie przyszłą matką[10].

„Przyszedł na świat"

Także to określenie należy do tych, które zakłamują prenatalną egzystencję. Więcej: deprecjonują jej istnienie. Nie sugerują bowiem, ale jednoznacznie, choć paradoksalnie zakładają prenatalny „nieświat". Zarówno wtedy, gdyby traktować go jako niebyt, jak i wtedy, gdyby przyjąć, że jest czymś (przestrzenią?) spoza świata.

Jeśli musimy odrzucić interpretację o przychodzeniu dziecka na świat „zza światów", pozornie usprawiedliwioną jest wykładnia, iż „przychodzenie na świat" oparte jest na czytelnym, choć nieformułowanym *expressis verbis* założeniu, iż dopiero narodziny są chwilą zaistnienia, czyli pojawienia się na świecie.

Bez względu na to, jakie są językowe korzenie tego określenia, paradoksalnie nie jest jednak tak, że używane współcześnie jasno wyraża ono myśl, iż przed narodzinami narodzony

[9] Istnienie dziecka poczętego jest prawie nieobecne lub w ogóle nieobecne w najczęstszym określeniu: „ciężarna", także rzadkich: „brzemienna", czy: „w odmiennym stanie" i chyba dziś już nieużywanym wyrażeniu: „w poważnym stanie". Są one odległe i od obecnego w „Zdrowaś Maryjo" określenia „owoc", nie mówiąc już o jakże rzadkim współcześnie: „nosić dziecko pod sercem". Zastanawiające jest to, że wyrażenia wskazujące na ciążę u zwierząt eksponują prenatalną egzystencję nienarodzonego zwierzęcia: „cielna", „źrebna", „prośna", „kotna", „szczenna". Być może wynika to stąd, że określenia ta wskazują na oczekiwaną wartość przede wszystkim gospodarczą, choć stosowane są nie tylko do ciężarnych zwierząt gospodarskich i domowych, ale również dzikich.

[10] Artykuł 77 § 2 k.r.o. w pierwotnej postaci stanowił bowiem, że do „uznania dziecka poczętego potrzebna jest zgoda matki". Dziś ten wymowny dla nas przepis już nie obowiązuje, ale z istniejącej regulacji nie wynika nic innego (por. art. 73 § 1 w zw. z art. 75 § 1 k.r.o.).

nie istnieje. Bowiem inaczej, ale i podobnie jak „przychodzenie na coś" (np. plac, manifestację, spotkanie) wymaga wcześniejszej egzystencji przychodzącego, także roztrząsane tu „przychodzenie na świat" zakłada chyba prenatalne istnienie przychodzącego: tyle, że istniejącego gdzieś „tam" skąd dopiero przychodzi na świat[11]. Inaczej mówiąc: „przyjście na świat" jest przyjściem ze „stamtąd niebędącego światem".

Ta ostatnia interpretacja wydaje się usprawiedliwiona oczywistą konstatacją, że chyba nigdy nie budziło wątpliwości prenatalne „przebywanie" nienarodzonego w różnorako nazywanym wnętrzu (np. *in utero,* w „żywocie") jego matki, czyli jednak „na świecie". Nie tylko tuż przed rozważanym tu „przyjściem na świat", ale najczęściej już pod koniec drugiego i w trzecim trymestrze ciąży nie wymagało to refleksji, lecz było nieuchronnym najczęściej spostrzeżeniem.

To mogłoby uzasadniać opinię, iż nie podważając w sformułowaniu „przyszedł na świat" prenatalnego istnienia człowieka wyrażano przeświadczenie co najmniej o tym, że dopiero to, na co przychodzi narodzony, jest światem. Dlatego „przyjście na świat" wyraża ideę deprecjonującą prenatalny „nieświat" (czy choćby prenatalny „inny świat"), jeśli dopiero „przyjście na świat" jest chwilą zaistnienia (na świecie).

To zaś jest dostatecznym podglebiem mentalnym, w tym oczywiście językowym, do zapewne nieuświadamianego deprecjonowania prenatalnej egzystencji. Oczywiście odległą, nawet bardzo, także tej konsekwencji, o której wzmianka dalej, a która traktuje prenatalne zabójstwo jako nie tylko „nie zabójstwo", ale po prostu „nic", nie sposób bowiem zabić tego, kogo nie ma[12].

Tym, którzy chcieliby odnieść się do tych uwag z sarkazmem, trzeba przypomnieć „przychodzenie na świat" obecne także w prawie. Na przykład w art. 9 k.c., gdzie ustawodawca postanowił, że w „razie urodzenia się dziecka domniemywa się, że przyszło ono na świat żywe". Jeśli bowiem odrzucić absurdalne przypuszczenie, iż ustawodawca zakłada powstanie życia w chwili narodzin, należy przyjąć, że zakłada „przedświatowe" życie urodzonego dziecka i nie wyklucza jego „przedświatowej" śmierci.

[11] Przypuszczamy, że oryginalny, duński tytułu głośnej niegdyś i mądrej książeczki W. Breinholsta był inny niż jej wielokrotnych polskich edycji: „Jak cało i zdrowo przyszedłem na świat". Zastanowił nas ów tytuł dlatego, że utwór ten opisujący wyłącznie życie przed narodzeniem, jest jego realistyczną i pełną fascynacji apologią. Nie opisuje pourodzeniowego świata, ale właśnie przedurodzeniowy świat, na którym jego główny bohater i zarazem narrator jest.

[12] Nie osłabia wymowy tej sugestii równie oczywista obserwacja, że „przychodzenie" z „przychodzenia na świat" jest przenośnią. Właściwym byłoby tu inne, chyba nieistniejące określenie. Nie sposób dziś uznać za nie nawet najogólniejszy wyraz: „wyjście" (nie mówiąc już o nieuprawnionych, choć nieprzypadkowych: „wypłynięcie", „wyślizgnięcie", „wyparcie" etc.), w przypadku cesarskiego porodu jest to bowiem: „wyjęcie". Ale to kwestia oczywiście poboczna dla podjętych przez nas rozważań o sformułowaniu „przyszedł na świat" („przyszła na świat", „przyszło na świat").

Zastanawiające jest, jak dalece owo historycznie (a może przede wszystkim prehistorycznie) być może usprawiedliwione, lecz współcześnie paradoksalne „przyjście na świat" wywodzi się z prawie zawsze racjonalnego „ujrzeć (wyjść na?) światło"[13].

Zadziwiające jest też posługiwanie się tym określeniem w odniesieniu do narodzin Jezusa[14]. Poza dla większości może nie tylko polskich chrześcijan tradycyjnym „Bóg się rodzi!" znana jest bowiem – i to nierzadka (około 574 tys. wyników w wyszukiwarce *google*) – fraza „Chrystus przyszedł na świat" i frazy podobne. Choć wystarczy otworzyć Biblię, by mieć pewność, że nie tylko Jan, ale także Mesjasz, przyszedł na świat zanim się narodził[15].

„Wada wrodzona"

Za wadę wrodzoną uważa się taką, która jest uwarunkowana genetycznie albo jest konsekwencją wpływu czynników zewnętrznych w okresie prenatalnym. Ujawniana niegdyś dopiero w chwili narodzin, nie jest, poza stosunkowo rzadkimi przypadkami, taką, która powstaje w chwili narodzin. Stąd ma prawo zastanawiać określanie jako np. wrodzonych wad rozwojowych układ nerwowego m.in. bezmózgowia, małogłowia, rozszczepu czaszki lub kręgosłupa[16]. Określanie tych wad jako dysmorfii nie jest tak czytelne jak możliwe (ale chyba w polszczyźnie nieznane) określenie ich wadami prenatalnymi (czyli takimi, które powstały w okresie prenatalnym, włączając te, który powstały do chwili zakończenia narodzin[17]).

Może nam się tylko wydaje, że „wady wrodzone" dziwią jedynie nas?[18]

[13] Por. w Starym Testamencie, Hi 3, 16: „Nie żyłbym jak płód poroniony, jak dziecię, co światła nie znało" (Biblia Tysiąclecia – Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu, http://www.biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=433), zaś w Nowym Testamencie – mimo innej natury i funkcji „światłości", J 1, 9: „Była światłość prawdziwa, która oświeca każdego człowieka, gdy na świat przychodzi" (Biblia…, http://biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=340). *Nota bene:* w różnych latach widzieliśmy na polskiej kwaterze wojennej na ormiańskim cmentarzu w irańskim Isfahanie mogiłę, na której znajduje się tylko taki napis: „S.† P. NIE WIDZIAŁO ŚWIATŁA DZIENNEGO R.i.P." Oczywistą była dla nas sugestia, że to miejsce pochówku martwo narodzonego dziecka, właśnie tak opisanego jak czytamy w Hi 3, 16.

[14] Zob. np. H. Gulbinowicz, [Życzenia], Solidarność Dolnośląska nr 14/1980, s. 1.

[15] ŁK 1, 39-45: „W tym czasie Maryja wybrała się i poszła z pośpiechem w góry do pewnego miasta w [pokoleniu] Judy. Weszła do domu Zachariasza i pozdrowiła Elżbietę. Gdy Elżbieta usłyszała pozdrowienie Maryi, poruszyło się dzieciątko w jej łonie, a Duch Święty napełnił Elżbietę. Wydała ona okrzyk i powiedziała: «Błogosławiona jesteś między niewiastami i błogosławiony jest owoc Twojego łona. A skądże mi to, że Matka mojego Pana przychodzi do mnie? Oto, skoro głos Twego pozdrowienia zabrzmiał w moich uszach, poruszyło się z radości dzieciątko w moim łonie. Błogosławiona jesteś, któraś uwierzyła, że spełnią się słowa powiedziane Ci od Pana»" (Biblia…, http://www.biblia.deon.pl/rozdzial.php?id=316).

[16] Zob. np. Wady wrodzone, https://pl.wikipedia.org/wiki/Wady_wrodzone

[17] Choć te, które nastąpiły podczas porodu zapewne można byłoby określić jako „natalne" (nie „okołonatalne").

[18] Zob. np. I. Balukiewicz, Choroby skóry u noworodków i niemowląt, Twoje Dziecko nr 1/1976, s. 5 („niektóre dzieci **rodzą się z wrodzonymi** ubytkami skóry […]", podkr. nasze); J. Zaremba, Porada genetyczna, Twoje Dziecko nr 12/1977, s. 7 („w niektórych przypadkach, jeżeli podejrzewamy, że **płód dotknięty** może być nieprawidłowością chromosomalną albo niektórymi **wrodzonymi defektami** metabolicznymi, w 14-16 tygodniu ciąży jesteśmy w stanie wykonać amniopunkcję […]"; „**na podstawie tego badania** można określić z dużą

Nie tylko „rodzona kochanka”

Chyba nikogo nie zastanawia „ojciec rodzony”, choć w odróżnieniu od „matki rodzonej” jego rola w narodzinach dziecka była w europejskiej kulturze żadną i nieznaczną jest najczęściej do dzisiaj. Ten językowy nawyk, wbrew pozorom nieusprawiedliwiony także w konfrontacji z „ojcem przybranym”, również ma chyba archaiczną tradycję. To oczywiste, że zadomowiony jest też w literaturze pięknej, np. od J. P. de Montalbána[19] do A. Czechowa[20], Z. Nałkowskiej[21] i S. Mrożka[22]. Choć niekiedy pisarze szli dalej. Poza „rodzoną” ciotką[23] i wujem[24] przeczytaliśmy o „rodzonej babce” w „Białym statku” Cz. Ajtmatowa[25], o „babie rodzonej” w „Ptasim gościńcu” H. Auderskiej[26], a w „Ziemi obiecanej” W. St. Reymonta nawet o „rodzonej kochance”![27]. Po takim językowym treningu ze spokojem jeden z nas czytał w nieistniejącym już dzienniku notatkę pt. „Piroman od urodzenia”[28].

Dopiero „przyrodzona godność”

W preambule Konstytucji RP ustawodawca wzywa wszystkich, „którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali […], aby czynili to, dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka […]”[29]. Takie same lub podobne sformułowania znajdują się w wielu innych, znanych aktach prawnych, choćby w preambule Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka[30] (przyrodzona godność), pkt VII aktu końcowego

---

dokładnością nie tylko długość trwania ciąży, lecz także wykryć niektóre postacie **wad wrodzonych**”; podkr. nasze).

[19] Kochankowie z Avili [w:] Dawna nowela hiszpańska, Warszawa 1978, s. 306.

[20] Syrena [w:] tenże, Opowiadania wybrane, t. I, Warszawa 1979, s. 202.

[21] Granica, Warszawa 1968, s. 353.

[22] Szczęśliwe wydarzenie [w:] tenże, Wybór dramatów i opowiadań, Kraków 1978, s. 192.

[23] S. Szenic, Cmentarz powązkowski 1790-1859, Warszawa 1979, s. 46 (określenie użyte przez K. W. Wójcickiego).

[24] Granica…, s. 355.

[25] [W:] tenże, Żegnaj Gulsary. Biały statek, Warszawa 1977, s. 184.

[26] Warszawa 1979, s. 91 i 217.

[27] T. I, Warszawa 1977, s. 295.

[28] Dziennik Ludowy nr 281/1980, wyd. Zachodnie B, s. 8. O urodzonym lotniku, wrodzonym wstręcie do wojskowości, wrodzonym zamiłowaniu do mechaniki, wrodzonym optymizmie, wrodzonym polocie, wrodzonej życzliwości, wrodzonym uroku osobistym, wrodzonej energii, wrodzonym darze opowiadania, wrodzonym dobrym guście, wrodzonej wspaniałomyślności, wrodzonych predyspozycjach, także podłości będącej cechą wrodzoną zob. chyba nawet przesadną dokumentację w J. Mazurkiewicz, Ochrona dziecka poczętego w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Wrocław 1985, s. 81-82. Nie sposób zbagatelizować tej zadziwiającej często maniery, jeśli nawet W. Kopaliński pisał o przyrodzonym aparacie krytycznym (Przedmowa [w:] A. Słonimski, Kroniki tygodniowe, Warszawa 1956, s. 9).

[29] Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

[30] http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html

Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie[31] (przyrodzona godność), art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[32] (przyrodzone prawo do życia), czy preambule konwencji o prawach dziecka[33] (wrodzona godność).

Tak dalece oswoiliśmy się z tymi sformułowaniami, że chyba tylko nas prowokują one do zadumy nad tym, dlaczego godność człowieka, nie mówiąc już o jego prawie do życia, ma być dopiero „przyrodzona"?

„Przerwanie ciąży"

Na tym tle nic dziwnego, że określenie oznaczające celowe uśmiercenie dziecka poczętego jest takie, by – choć to powinno się wydawać niemożliwe – osłabić, stępić, w gruncie rzeczy nieudolnie zakłamać istotę tego, czym zabójstwo dziecka poczętego jest. Stąd wyrażenie będące uznanym eufemizmem, ulegitymizowanym w ustawodawstwie[34], jakim jest „przerwanie ciąży". Jedyna to chyba oficjalna aplikacja rzeczownika „przerwanie" odnosząca się do unicestwienia ludzkiego życia, w języku potocznym nadzwyczaj rzadka (nie tylko w porównaniu do „skrócić życie") w odniesieniu do postnatalnego zabójstwa czy samobójstwa.

Chyba kolejnym etapem ukrywania istoty tego, czym „przerywanie ciąży" jest, stała się spolszczona „aborcja", jakże odmienna od dosadnego „spędzenia płodu"[35] czy znanego nam z rozmowy ze starą kobietą z roztoczańskiej wsi powszechnego niegdyś nie tylko tam „zepsucia dziecka".

Nowomowa stara i nowa

Mordujący w noc św. Bartłomieja hugenotów chyba nie mieli „z tym" językowych problemów, jeśli nie mieli żadnych skrupułów. Nieszczęśników, których dopadli wyrzucali przez okno zapewne nie zawsze wiedząc, że dokonują „defenestracji"[36].

[31] Przekład polski Aktu, https://pl.wikipedia.org/wiki/Akt_ko%C5%84cowy_Konferencji_Bezpiecze%C5%84stwa_i_Wsp%C3%B3%C5%82pracy_w_Europie

[32] Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167 (załącznik).

[33] Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

[34] Zob. np. ustawę z 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.).

[35] Zob. np. art. 231-232 i 234 kodeksu karnego z 1932 r. (Dz.U. Nr 60, poz. 571). „Spędzenie płodu" ma bowiem, mimo wszystko, charakter personalistyczny, w niczym nieporównywalny z uprzedmiotowioną, nie tylko potoczną, „skrobanką".

[36] Jak wiadomo nie byli oni prekursorami tego sposobu mordowania, zob. np. Defenestracja (czynność), https://pl.wikipedia.org/wiki/Defenestracja_(czynno%C5%9B%C4%87)

Uczeni medycy opisując np. w „Endokrynologii Polskiej" swe prace badawcze informują czytelników o wynikach badania próbek pobranych po „dekapitacji" gryzoni wierni zaimportowanej, układnej, choć przecież starej konwencji, której nie przystoi nazywać obcięcia głowy po imieniu.

Poprawni słudzy mediów nie ustają w przekonywaniu o najwyższym autorytecie „społeczności międzynarodowej", do której – tego już nie wyjaśniają – nie należą dwa najludniejsze państwa świata oraz państwo na świecie największe, także największe państwo Ameryki Południowej i żadne z państw Afryki.

Politykom z ust nie schodzi wyraz demokracja i chyba nigdy nie towarzyszy im genialna naszym zdaniem opinia prof. Artura Ławniczka, odważnie wypowiedziana podczas jego kolokwium habilitacyjnego, iż „demokracją jest to, co się tak nazywa".

Post scriptum

Jerzy Falenciak, równie bliski trojgu autorów tego, co czytasz, profesor naszego Uniwersytetu, powiedział dawno temu: „Kobieta z miasta mówi: Urodziłam Dorotkę. Kobieta ze wsi mówi: Dorotka mi się urodziła". Nie tylko od wybitnego polskiego położnika Włodzimierza Fijałkowskiego, profesora Akademii Medycznej w Łodzi, wiemy, że ta druga ma rację. Nie tylko nie jest egotyczna, ale wierna elementarnej wiedzy położniczej. Powodem, inicjatorem i sprawcą porodu jest bowiem ten, który się rodzi. Jego mama może mu w tym tylko pomóc.

Addenda

Daniel Karkut[1]

O „rodzeniu się prawa" w wirtualnych światach gier komputerowych. Rzecz o zakresie obowiązywania prawa w grach komputerowych

Zamieszczenie w tej monografii artykułu podejmującego problematykę prawa w wirtualnych światach gier komputerowych może zadziwiać, a nawet wydawać się Czytelnikowi niedorzeczne. Prezentowana monografia dotyczy przecież sytuacji prawnej *nasciturusa*, będącej przedmiotem rozległych i pluridyscyplinarnych rozważań prowadzonych w pozostałych zawartych w niej artykułach, stanowiąc konsekwentną nie tylko na poziomie intelektualnych wywodów realizację idei ochrony życia poczętego i dziecka nienarodzonego. Aczkolwiek analizowana w tej książce problematyka tylko pozornie nie daje się odnieść do zagadnienia, któremu poświęcam niniejszy artykuł. W celu rozwiania wszelkich, w pełni uzasadnionych wątpliwości co do wyboru tego tematu, poniżej zostało nakreślonych kilka zdań wyjaśnienia.

Przez dziesięciolecia wirtualne światy gier komputerowych w aspekcie ich funkcjonowania pozostawały poza sferą oddziaływania regulacji prawa powszechnie obowiązującego w świecie rzeczywistym, co było ściśle związane z postrzeganiem gier komputerowych wyłącznie w kategoriach zapewniania graczom niczym niezmąconej rozrywki, w której na próżno było doszukiwać się jakichkolwiek elementów o zabarwieniu *sui generis* komercyjnym. W ramach różnorodnych w swej strukturze i w kontekście zasad uczestnictwa gier komputerowych rozwijały się wirtualne społeczności, które poddawano jedynie regulacjom *stricte* wewnętrznym o treści determinowanej przez twórców czy też właścicieli danego wirtualnego świata, stanowiących *de facto* wyłączne źródło praw i obowiązków użytkowników, jak również podstawę oceny wszelkich zachowań, zdarzeń i zjawisk mających miejsce w środowisku gry. Z biegiem lat rozwój w dziedzinie wirtualnej

[1] Dr, Wrocław.

rzeczywistości panującej w grach komputerowych zaczął nabierać szybszego tempa, w rezultacie prowadząc do wykształcania się w obrębie wirtualnych światów prawidłowości zbliżających je do świata rzeczywistego. Wówczas status – można by rzec – okołonormatywny gier komputerowych przypominał status *nasciturusa*, bowiem na aktualności zyskała kwestia obowiązywania oraz stosowania prawa powszechnie obowiązującego w wirtualnych światach[2]. Innymi słowy, tak jak *nasciturus* jest tym, który ma się urodzić, tak prawo powszechnie obowiązujące w odniesieniu do wirtualnych światów gier miało się na ich płaszczyźnie i w związku z nimi narodzić i z upływem czasu tak się chyba właśnie stało. Choć pragnę zaryzykować twierdzenie, że prawo powszechnie obowiązujące wciąż rodzi się w wirtualnych światach sukcesywnie wraz z pojawianiem się nowych zjawisk społecznych, kulturowych, gospodarczych itp. w przestrzeni gier cyfrowych, zatem proces jego rodzenia się jest ciągły.

Celem przedkładanego artykułu jest przybliżenie problematyki obecności prawa powszechnie obowiązującego w relacjach łączących graczy w trakcie rozgrywki prowadzonej w wirtualnych światach, niekiedy także w ich wzajemnych stosunkach istniejących już w świecie rzeczywistym (zewnętrznym wobec wirtualnego świata gry), lecz powstałych w związku z uczestnictwem w grze komputerowej, czasami nawet z udziałem osób trzecich.

* * *

Rozwiązania problemu dopuszczalnej ingerencji prawa powszechnie obowiązującego w stosunki panujące w wirtualnych światach między ich uczestnikami zwykle poszukuje się w koncepcji „magicznego kręgu" (ang. *magic circle*)[3]. Termin ten został wprowadzony przez J. Huizingę w 1938 r., który w swojej książce zatytułowanej *Homo ludens*[4] tłumaczył, że

[2] Zagadnienie obowiązywania i stosowania prawa powszechnie obowiązującego w wirtualnych światach gier komputerowych było już przedmiotem zainteresowania polskiej nauki prawa. Warto tutaj przytoczyć w szczególności: J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności intelektualnej w wirtualnych światach, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego" 2009, z. 105, s. 92-95; A. Olszewski, Konstrukcja prawna umowy sprzedaży wirtualnych przedmiotów w świetle prawa polskiego, „Transformacje Prawa Prywatnego" 2011/4, s. 71-74; P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego kręgu". Zakres obowiązywania prawa w grach MMORPG, w: Prawo w wirtualnych światach, K. Grzybczyk (red.), Warszawa 2013, s. 56-65; M. Skwarzyński, Prawa człowieka a „własność" wirtualna, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 204 (w ostatniej z wymienionych publikacji sformułowano tezę, że „prawa człowieka znajdują zastosowanie w światach wirtualnych"). Ciekawe refleksje znajdziemy w: K. Szpyt, Obrót dobrami wirtualnymi w grach komputerowych. Studium cywilnoprawne, Kraków 2016, maszynopis, s. 121-128; serdeczne podziękowania należą się Autorowi za udostępnienie mi maszynopisu będącego jego rozprawą doktorską przygotowaną pod kierunkiem naukowym prof. nadzw. dr. hab. M. Załuckiego.

[3] Zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności..., s. 92-93; A. Olszewski, Konstrukcja prawna..., s. 71; P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego..., s. 57-59; K. Szpyt, Obrót dobrami..., s. 121-128 (znamienny jest tytuł nadany przez K. Szpyta jednostce redakcyjnej poświęconej koncepcji „magicznego kręgu": „Koncepcja «magicznego kręgu» - autonomiczne prawo światów wirtualnych czy nowy kontratyp pozaustawowy?").

[4] Zob. J. Huizinga, Homo ludens, Boston 1971, s. 10.

„Wszystkie działania w grze mają początek wewnątrz określonego, fizycznie lub abstrakcyjnie, wyraźnie lub w sposób dorozumiany, pola gry. Nie ma formalnych różnic pomiędzy grą a rytuałem, tak więc «miejsca święte» nie mogą być odróżnione od pola gry. Stadion, stolik do gry, magiczny krąg, świątynia, scena, ekran, kort tenisowy czy sąd…wszystkie te miejsca są polami gry (…). Wszystkie są tymczasowymi światami w zwykłym świecie przeznaczonymi do wykonywania określonych czynności"[5]. Niekiedy zjawisko to określa się mianem „bariery pomiędzy światem wirtualnym a realnym"[6]. Aplikację pojęcia „magicznego kręgu" na grunt wirtualnych światów gier komputerowych po raz pierwszy zaproponowali K. Salen i E. Zimmerman w pracy zatytułowanej *Rules of Play: Game Design Fundamentals*[7]. Autorzy zauważają, że „magiczny krąg to jeden z przykładów pól gry Huizingi, termin ten został (przez niego) użyty jako synonim idei specjalnego miejsca w czasie i przestrzeni tworzonej przez grę. W najprostszym rozumieniu, magiczny krąg gry to miejsce, gdzie toczy się gra. Granie oznacza wejście w magiczny krąg albo stworzenie magicznego kręgu wraz z rozpoczęciem gry"[8].

Magiczny krąg odnosi się więc do relacji między światem rzeczywistym a wirtualnym światem gry komputerowej[9]. Pole gry jest zamkniętą przestrzenią, odseparowaną od rzeczywistości[10]. Magiczny krąg stanowi tarczę osłaniającą grę – świat fikcyjny od świata realnego[11]. Z tego też powodu pole gry powinno być obojętne z punktu widzenia prawa

[5] Przytoczone wyjaśnienie istoty pojęcia „magicznego kręgu" jest wynikiem tłumaczenia z języka angielskiego na polski sporządzonego przez J. Zimmer-Czekaja, które zamieścił On w powoływanej już w tym artykule publikacji pt. Prawa własności intelektualnej w wirtualnych światach (s. 92). Zob. także: A. Olszewski, Konstrukcja prawna…, s. 71, na której to stronie Autor wskazuje, że zgodnie z koncepcją „magicznego kręgu" świat gry wyłączony jest ze świata rzeczywistego, natomiast oświadczenia woli złożone „w grze" nie są skuteczne w realnym świecie, po czym A. Olszewski odsyła do wyjaśnienia tej koncepcji w świetle prawa polskiego dokonanego przez J. Zimmer-Czekaja (zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności…, s. 92-95).

[6] Zob. K. Szpyt, Obrót dobrami…, s. 122, choć wypada tu sięgnąć do obcojęzycznych publikacji, w których zawarto oryginalne sformułowania – Y-S. Tseng, Governing Virtual Worlds: Interration 2.0, „Washington University Journal of Law & Policy" 2011, vol. 35, s. 560 („The magic circle divides «play spaces» and reality; it is a barrier between the virtual world and the real world") oraz M. Risch, Virtual Rule of Law, „West Virgina Law Review" 2009, vol. 112, s. 46 („The magic circle is a term of art that describes the barrier between in-world activities and real-world activities").

[7] Zob. K. Salen, E. Zimmerman, Rules of Play: Game Design Fundamentals, Cambridge 2003, s. 95.

[8] Zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności…, s. 93 (podobnie jest to propozycja tłumaczenia sporządzonego przez J. Zimmer-Czekaja w oparciu o treści zamieszczone w: K. Salen, E. Zimmerman, Rules of..., s. 95; J. Zimmer-Czekaj nie przełożył już z języka angielskiego na polski dalszej części tej myśli godnej przywołania: „The magic circle of a game might have a physical component, like the board of a board game or the playing field of an athletic contest. But many games have no physical boundaries-arm wrestling, for example, doesn't require much in the way of special spaces or material. The game simply begins when one or more players decide to play").

[9] Zob. P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego…, s. 58. Autorki świat rzeczywisty opisują w kategoriach świata zewnętrznego (zob. także: wprowadzenie do niniejszego artykułu, akapit 3) wobec gry, w ramach której funkcjonuje wirtualny świat jako świat wewnętrzny w stosunku do świata rzeczywistego.

[10] *Ibidem*, s. 58.

[11] Zob. E. Castronova, Synthetic Worlds: The Business and Culture of Online Games, Chicago 2005, s. 147.

powszechnie obowiązującego[12]. Inaczej mówiąc, założeniem konstrukcyjnym pojęcia „magicznego kręgu" jest konstatacja o prawnej indyferentności wszelkich zachowań (głównie przybierających postać działań) podejmowanych w obrębie wirtualnego świata gry przez jego uczestników (czyli graczy), co *de facto* sprowadza się do niemożności poddawania ich ocenie dokonywanej na podstawie i w granicach prawa powszechnie obowiązującego (cywilnego, karnego etc.). Przeciwne stanowisko narażałoby uczestników gry komputerowej na prawną odpowiedzialność finansową i osobistą[13].

W rodzimym piśmiennictwie prawniczym został wypowiedziany – w moim przekonaniu opierający się na dość dużym uproszczeniu – pogląd, że nie tylko prawo karne, dzięki zastosowaniu pojęcia kontratypu pozaustawowego, lecz także prawo cywilne w zasadzie nie ingeruje w stosunki istniejące między graczami[14]. Zgodnie z przedstawionym zapatrywaniem brakuje podstaw do przyjęcia wynikającej z art. 415 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[15] odpowiedzialności deliktowej sprawcy podczas oceny zachowań mieszczących się w ramach legalnej gry, a więc podjętych w zgodzie z obowiązującymi w jej wirtualnym świecie zasadami[16]. Trudno bowiem mówić

[12] Zob. P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego..., s. 58.

[13] Zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności..., s. 93. Autor „magiczny krąg" – który chroni konwencjonalne zachowania uskuteczniane podczas szeroko rozumianej gry przed prawną ingerencją ze świata zewnętrznego – przyrównuje do wykształconego przez polską naukę prawa karnego pojęcia kontratypu pozaustawowego, działaniem „magicznego kręgu" obejmując takie przejawy ludzkiej aktywności, jak zawody sportowe, *prima aprilis* czy śmigus-dyngus.

[14] *Ibidem*, s. 93.

[15] Dz.U z 2016 r. poz. 380 ze zm., dalej: „k.c.".

[16] Zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności..., s. 93. Podstawę prawną do udziału w grze jej uczestnicy czerpią z umowy licencyjnej zawieranej z producentem gry czy też operatorem serwera gry, niekiedy jej dystrybutorem, choć nic nie stoi na przeszkodzie, aby wszystkie te funkcje były skupione w rękach jednego podmiotu. Specyficzny jest charakter wspomnianej umowy, bo oprócz udzielenia użytkownikowi gry z reguły odpłatnej, niewyłącznej, odwołalnej i niepodlegającej sublicencjonowaniu licencji na korzystanie z oprogramowania gry, konstytuuje dostęp do serwera, na którym zlokalizowana jest dana gra komputerowa, będąc w istocie umową o świadczenie usług. Wreszcie przedmiotowa umowa – co do zasady – pełni także rolę regulaminu gry, w którym ustanowiony jest konglomerat zasad wiążących użytkownika w trakcie prowadzonej rozgrywki; do bezwzględnego przestrzegania zasad zobowiązuje się we wskazanej umowie przystępujący do udziału w grze użytkownik. Na temat umów licencyjnych tzw. użytkowników końcowych zob. C.J. Cifrino, Virtual Property, Virtual Rights: Why Contract Law, Not Property Law, Must be the Governing Paradigm in the Law of Virtual Worlds, „Boston College Law Review" 2014, vol. 55, s. 243-245; N. DaCunha, Virtual Property, Real Concerns, „Akron Intellectual Property Journal" 2010, vol. 4, s. 45-47; J.A.T. Fairfield, Mixed Reality: How the Laws of Virtual Worlds Govern Everyday Life, „Berkeley Technology Law Journal" 2012, vol. 27, s. 85-93; K. Hunt, This Land Is Not Your Land: Second Life, CopyBot, and the Looming Question of Virtual Property Rights, „Texas Review of Entertainment & Sports Law" 2007, vol. 9, s. 150-152; A.B. Steinberg, For Sale – One Level 5 Barbarian for 94,800 Won: The International Effects of Virtual Property and the Legality of Its Ownership, „Georgia Journal of International & Comparative Law" 2009, vol. 37, s. 395-398; R. Kennedy, Law in Virtual Worlds, „Journal of Internet Law" 2009, vol. 12, s. 6; K. Weckström, Chasing One's Tail: Virtual Objects as Intangible Assets, Intangible Property or Intellectual Property? „Journal of Internet Law" 2012, vol. 16, s. 5; M. Lesiewicz, Licencja jako konstytucja świata wirtualnego. Treść umów licencyjnych, w: Prawo w wirtualnych światach, K. Grzybczyk (red.), Warszawa 2013, s. 68-79 (zob. w szczególności s. 76); W. Cebulski, A. Gątarz, Problematyka umów licencyjnych w grach MMORPG w świetle przepisów prawa polskiego, w: Prawo w wirtualnych światach, K. Grzybczyk (red.), Warszawa 2013, s. 89-94; K. Szpyt,

o uruchomieniu mechanizmu odpowiedzialności prawnej w przypadku czynu nienaruszającego norm prawa powszechnie obowiązującego[17]. Podobnie w zakresie odpowiedzialności kontraktowej stwierdzono wyłączenie zastosowania dotyczących jej unormowań poprzez odmówienie oświadczeniom woli złożonym w ramach i w związku z grą skuteczności cywilnoprawnej, za czym rzekomo miałyby przemawiać ogólne zasady teorii oświadczeń woli[18]. Jak zostanie wykazane w dalszej części tego artykułu zaprezentowany pogląd zachowuje aktualność jedynie w odniesieniu do tych wszystkich zachowań, zdarzeń i zjawisk, które swym zasięgiem ograniczają się tylko do wirtualnych przestrzeni gier cyfrowych, nie wykraczając swymi ramami poza „magiczny krąg". Dlatego też kwestia ta wymaga rozwinięcia w szczególności w aspekcie zachowań (często przyjmujących postać transakcji) wychodzących poza wirtualny świat i wkraczających na grunt świata realnego.

Rozstrzygające kwestię dopuszczalności prawnego wartościowania określonych zachowań graczy w obrębie wirtualnych światów gier komputerowych może okazać się skonstruowane przez A. Olszewskiego[19] kryterium realności przynajmniej jednego świadczenia, na którym warto się w tym miejscu skoncentrować. Zgodnie ze wspomnianym kryterium przedmiotem prawnej oceny powinny być zachowania graczy, które – mimo pozostawania w związku z daną grą oraz prawidłowościami zachodzącymi w jej wirtualnym świecie – wywierają bezpośrednie oddziaływanie na świat rzeczywisty. Zatem ocenie dokonywanej przez pryzmat prawa powszechnie obowiązującego podlega jedynie ta czynność, w wyniku której dochodzi do „połączenia" wirtualnego świata gry z realnym światem, czyli przełamania (czy też „zerwania") „magicznego kręgu" stanowiącego – jak już wcześniej zostało wyjaśnione – zaporę dla odnoszenia regulacji prawa powszechnie obowiązującego do zachowań, zdarzeń i zjawisk zaistniałych na gruncie wirtualnych

Własność wirtualna – cywilnoprawna rewolucja czy ewolucja? w: Wokół rekodyfikacji prawa cywilnego, P. Stec, M. Załucki (red.), Kraków 2015, s. 236, przyp. 29; D. Karkut, Własność wirtualna. Pojęcie. Obrót. Ochrona, Wrocław 2016, maszynopis, s. 23-26 (rozprawa doktorska przygotowana pod kierunkiem naukowym dr. hab. J. Mazurkiewicza, prof. nadzw. UWr, obroniona na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w listopadzie 2016 r.).

[17] Zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności…, s. 93.

[18] *Ibidem*, s. 93. Z drugiej jednak strony, art. 413 k.c. – jak zauważa J. Zimmer-Czekaj – wyklucza możliwość dochodzenia roszczeń wynikających z gry czy zakładu. Wprawdzie kodeks cywilny nadaje roszczeniom powstałym w rezultacie gry charakter zobowiązania niezupełnego, które w przypadku wykonania traktuje się jako świadczenie należne, to – zdaniem Autora – jedynie potwierdza to obecność zasad „magicznego kręgu" w kontekście ewentualnego zastosowania prawa powszechnie obowiązującego do wirtualnych światów gier komputerowych.

[19] Zob. A. Olszewski, Konstrukcja prawna…, s. 71-74. Do przedstawionej przez A. Olszewskiego propozycji rozwiązania problemu obowiązywania i przede wszystkim stosowania prawa powszechnie obowiązującego do transakcji realizowanych w wirtualnych światach z aprobatą odnosi się K. Szpyt w: K. Szpyt, Obrót dobrami…, s. 126-127.

środowisk gier komputerowych. Przykładowo, jak zauważa K. Szpyt[20], sytuacją taką będzie „zbycie"[21] wirtualnego samochodu za realne pieniądze, z kolei A. Olszewski tytułem egzemplifikacji podaje okoliczność „nabycia"[22] przez gracza od twórcy gry wirtualnych pieniędzy w zamian za realną gotówkę[23], jak również „nabycia" przez użytkownika gry dodatkowych elementów wyposażenia przypisanej do niego wirtualnej postaci z posłużeniem się prawdziwymi pieniędzmi jako środkiem płatniczym, co w przypadku wielu gier jest przecież praktykowane[24]. Natomiast do odmiennego wniosku musi skłaniać sytuacja, w której gracz „nabywa" konkretny wirtualny przedmiot za wirtualne złoto, bądź też „zbywając" pozostające w jego dyspozycji dobro wirtualne doprowadza do powiększenia zasobności swojego wirtualnego portfela. Wówczas „magiczny krąg" gry nie ulega „zerwaniu", bowiem takie transakcje nie wykraczają poza wirtualny świat gry, dlatego też będą one oceniane wyłącznie na gruncie zasad obowiązujących w danej grze[25].

[20] Zob. K. Szpyt, Obrót dobrami..., s. 126.

[21] Bezpieczniej słowo „zbycie" – w odniesieniu do transakcji dokonywanych w wirtualnych światach lub w związku z takimi światami – zapisywać w cudzysłowiu, choć takiej praktyki nie znajdziemy u K. Szpyta (K Szpyt, Obrót dobrami…, s. 126). Złożoną i nader skomplikowaną ma bowiem naturę zagadnienie charakteru prawnego umowy, w drodze której następuje „przeniesienie" (prawa do) konta w grze komputerowej czy też pojedynczego dobra wirtualnego (wirtualnej postaci, wirtualnego przedmiotu) – w tym zakresie zob. K. Szpyt, Umowa „sprzedaży" dobra wirtualnego oraz konta na serwerze gry, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 216-233; I. Matusiak, Gra komputerowa jako przedmiot prawa autorskiego, Warszawa 2013, s. 282; J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności…, s. 94.

[22] Uwaga sformułowana w przypisie poprzedzającym zachowuje aktualność także w kwestii słowa „nabycie" użytego w powyżej zakreślonym kontekście.

[23] Zob. A. Olszewski, Konstrukcja prawna…, s. 72.

[24] Zob. rik (PAP), Zatrzymano sprawcę kradzieży wirtualnego rycerza, http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,10024606,Zatrzymano_sprawce_kradziezy_wirtualnego_rycerza.html [dostęp: 15.03.2016 r.]; artykuł pt. Do więzienia za wirtualną kradzież. W Polsce*!* http://www.chip.pl/news/wydarzenia/prawo-i-polityka/2011/07/kradziez-postaci-w-grze-mmo-skonczyla-sie-wyrokiem-sadowym [dostęp: 16.03.2016 r.]. Opisano sytuację 20-letniego mieszkańca Płocka, który – będąc uczestnikiem gry *Tibia* – za kilkaset złotych „sprzedał" innemu graczowi wirtualną postać rycerza, następnie bezprawnie ponownie przejął nad nią kontrolę. Sprawca dobrowolnie poddał się karze pięciu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres trzech lat i karze grzywny. Zobowiązał się także do naprawienia szkody wyrządzonej graczowi-nabywcy wirtualnego rycerza poprzez dokonanie na jego rzecz zwrotu „skradzionego" rycerza oraz zwrotu pieniędzy, które – co nas szczególnie w tym kontekście interesuje – poszkodowany zainwestował w wyposażenie wirtualnej postaci w czasie po zrealizowaniu transakcji jej „sprzedaży" na jednym z portali aukcyjnych. Zob. także: P. Czauderna, Ukradł jego cały majątek i dostał rok w zawieszeniu. Na ile można sobie pozwolić w internecie, http://natemat.pl/12149,ukradl-jego-caly-majatek-i-dostal-rok-w-zawieszeniu-na-ile-mozna-sobie-pozwolic-w-internecie [dostęp: 16.03.2016 r.]. Autor przywołał przypadek mieszkańca gminy Dobra koło Limanowej, który na komisariacie policji w Tymbarku zgłosił fakt utraty należącej do niego wirtualnej postaci (rycerz). Wartość utraconej postaci gracz oszacował na 1 500 polskich złotych na podstawie poniesionych przez siebie kosztów na zakup dodatkowych elementów uzbrojenia rycerza (lepsze pancerze i broń). Sprawca zaboru wirtualnej postaci poszukiwany był przez pół roku, ostatecznie został ustalony – okazał się nim być 16-letni mieszkaniec Pomorza. Ustalenie sprawcy nie rozwiązało jednak wszystkich problemów, bowiem wciąż poszukiwano przedmiotu czynu przestępnego – wirtualnego rycerza. Na początku udało się namierzyć jedynie część jego wyposażenia (por. J Sidorowicz, Realna kara za kradzież wirtualnej postaci z gry, http://krakow.wyborcza.pl/krakow/1,35798,10417368,Realna_kara_za_kradziez_wirtualnej_postaci_z_gry.html [dostęp: 16.03.2016 r.]).

[25] Zob. A. Olszewski, Konstrukcja prawna…, s. 72 oraz K. Szpyt, Obrót dobrami..., s. 126. Gdyby jednak zawartość wypracowywanego przez gracza w toku gry wirtualnego portfela podlegała następnie wymianie na

W przekonaniu K. Szpyta konieczność zastosowania prawa powszechnie obowiązującego zachodzi nie tylko w przypadku tych wszystkich czynności, które faktycznie wychodzą poza ramy wirtualnego świata gry, lecz również tych, które docelowo i finalnie mają wywołać efekt przełamania „magicznego kręgu" gry (na przykład, w razie podjęcia prób obejścia przepisów dotyczących gier hazardowych – wprawdzie wygrane wypłacane są w czysto wirtualnych pieniądzach, jednak gracz ostatecznie wymienia je na prawdziwe pieniądze)[26]. W istocie trudno się nie zgodzić z przedstawionym zapatrywaniem, w którym wyrażający je Autor powołuje się na celną uwagę poczynioną przez A. Olszewskiego, że „nie można bowiem patrzeć na opisaną sytuację jedynie jak na prostą sumę poszczególnych zachowań, z których część byłaby czynnościami prawnymi, a część zachowaniami występującymi wyłącznie w konwencji gry. Na zachowania podmiotów uczestniczących w grze należy spojrzeć całościowo, mając na uwadze przyświecający im **cel gospodarczy** [pogrub. – D.K.]. Dlatego w omawianym zakresie zachowanie w grze trzeba postrzegać za tak dalece sprzężone z czynnościami prawnymi wychodzącymi poza świat gry, że stanowią one łącznie jedno świadczenie"[27]. Aczkolwiek rekomendowałbym podchodzenie do zacytowanej propozycji w zakresie prawnego wartościowania zachowań popełnionych w wirtualnym świecie gry z dużą ostrożnością i niekiedy dystansem, ponieważ w przeciwnym razie nawet w odniesieniu do *stricte* wirtualnych transakcji (w swoim charakterze niewykraczających poza środowisko danej gry komputerowej) moglibyśmy stosować regulacje prawa powszechnie obowiązującego, taki zabieg uzasadniając powoływaniem się na rzekomy „cel gospodarczy" przyświecający stronom na przyszłość, w czym upatruję zagrożenie dla pewności prawa, jako że gracze nigdy nie mogliby być do końca pewni, czy ich zachowanie podjęte w „magicznym kręgu" nie stanie się później przedmiotem prawnej oceny[28].

W literaturze amerykańskiej rozstrzygnięcie problemu dopuszczalności stosowania prawa powszechnie obowiązującego do wirtualnych światów gier komputerowych uzależniono od uprzedniego ustalenia, czy wewnętrzny świat gry, z którym mamy do czynienia w konkretnym przypadku jest całkowicie samowystarczalny czy też jest to

prawdziwe pieniądze, należałoby skonstatować zastosowanie prawa powszechnie obowiązującego i już w świetle stosownych jego unormowań oceniać taki przypadek. Nie jest to uwaga pozbawiona praktycznej doniosłości, jeśli weźmie się pod uwagę, że *Linden Labs*, producent gry o nazwie *Second Life*, umożliwił wymianę *LindenDollarów* – wirtualnej waluty na prawdziwe dolary amerykańskie, co odbywa się za pośrednictwem specjalnego, do tego przeznaczonego serwisu internetowego *LindenX* (zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności…, s. 91. Autor słusznie wskazuje, że spowodowało to możliwość zarabiania realnych pieniędzy w trakcie gry i na skutek uczestnictwa w niej, a także wzmocniło przekonanie o realnej wartości ekonomicznej wirtualnych dóbr).

[26] Zob. K. Szpyt, Obrót dobrami…, s. 126.

[27] Zob. A. Olszewski, Konstrukcja prawna…, s. 73.

[28] *Ibidem*, s. 72.

wewnętrzny świat cechujący się niedookreślonością[29]. W pierwszej sytuacji granice świata gry szczelnie oddzielają go od jakiejkolwiek ingerencji pochodzącej ze świata rzeczywistego, natomiast w drugim przypadku świat gry ma charakter otwarty, co oznacza, że świat rzeczywisty jako świat do gry zewnętrzny ma do niego dostęp i może wywierać mniej lub bardziej bezpośredni wpływ na jego funkcjonowanie[30]. Na tej podstawie wyróżniono trzy grupy gier, odpowiednio nazwane: *rule*, *play* i *culture*[31]. Wymienione typy gier różnią się między sobą stopniem „szczelności" świata wewnętrznego, czyli szczegółowością zakreślenia granic gry i jej kontaktu ze światem zewnętrznym[32]. Nie wdając się w bardziej szczegółowe kwestie z tym związane, najogólniej rzecz biorąc trzeba stwierdzić, że w grach typu *rule* granice świata wewnętrznego są bardzo wyraźne, gra stanowi zamknięty system, zaś wewnętrzne regulacje wydają się być wyczerpujące i regulować wszelkie aspekty wirtualnego świata pojawiające się czy mogące potencjalnie się pojawić w trakcie rozgrywki; w grach typu *play* dopuszcza się możliwość zachodzenia interakcji między wirtualnym światem gry a światem rzeczywistym, lecz w ograniczonym zakresie, bowiem jedynie wtedy, gdy reguły gry nie obejmują swoją regulacją pewnych ważnych kwestii z nią sprzężonych lub z niej wynikających; gry typu *culture* wykazują najmniejszy stopień „sformalizowania", z czym wiąże się dopuszczenie w najszerszym dotychczas zakresie ingerencji świata realnego w przebieg takiej gry i zasady w niej obowiązujące[33]. Logiczna jest konkluzja o stosowaniu w ostatnim z wyszczególnionych typów gier prawa powszechnie obowiązującego niejako na porządku dziennym, a w grach typu *play* możliwości takiej *a priori* wykluczyć nie można.

Poważne wątpliwości budzi konstatacja, że skoro regulacje regulaminowe w grach typu *rule* są wyczerpujące, to brak jest miejsca na uzupełnienie ich przez prawo powszechnie obowiązujące[34]. W pełni podzielam tutaj uwagę polemiczną K. Szpyta, iż fakt, że dana umowa licencyjna uprawniająca do udziału w grze zawiera dokładną ocenę wszelkich działań

[29] Zob. K. Salen, E. Zimmerman, Rules of…, s. 100-106.
[30] Zob. P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego…, s. 59.
[31] Zob. K. Salen, E. Zimmerman, Rules of…, s. 100-106.
[32] Zob. P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego..., s. 60.
[33] *Ibidem*, s. 60. Wypada tu sięgnąć do oryginalnych sformułowań: „Games considered as **RULES** are closed systems. Considering games as formal systems means considering them as systems of rules prior to the actual involvement of players. Considered as **PLAY**, games can be either closed systems or open systems. Framed as the experience of play, it is possible to restrict our focus and look at just those play behaviors that are intrinsic to the game, ignoring all others. At the same time, players bring a great deal in from the outside world: their expectations, their likes and dislikes, social relationships, and so on. In this sense, it is impossible to ignore the fact that games are open, a reflection of the players who play them. Considered as **CULTURE**, games are extremely open systems. In this case, the internal functioning of the game is not emphasized; instead, as a cultural system the focus is on the way that the game exchanges meaning with culture at large. In considering the cultural aspects of professional Football-political debates over Native American team mascots, for example- the system of the game is opened up to expose the way that it interfaces with society as a whole" (zob. K. Salen, E. Zimmerman, *Rules of...*, s. 100).
[34] Zob. P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego…, s. 60.

podejmowanych w obrębie wirtualnego świata gry komputerowej nie prowadzi jeszcze do wniosku o prawnej indyferentności zachowań graczy[35]. Niedopuszczalne jest przecież wyłączanie za pomocą samych postanowień umownych obowiązywania przepisów prawa powszechnego, wszak żaden akt wewnętrzny (żadna czynność prawna) nie funkcjonuje w próżni i w oderwaniu od stosownych unormowań składających się na porządek prawny obowiązujący w świecie realnym. Trywializmem jest w tym momencie stwierdzenie, że każda umowa podlega ocenie z punktu widzenia jej zgodności z odpowiednimi regulacjami prawa powszechnego, zaś umowa licencyjna stanowiąca podstawę uczestnictwa w grach mających globalny zasięg odziaływania – regulacjami prawa wskazanego jako właściwe za pomocą miarodajnych reguł kolizyjnoprawnych[36].

Doniosłe znaczenie z perspektywy będącej przedmiotem tego opracowania problematyki należy przypisać funkcjonującemu w literaturze dotyczącej wirtualnych światów gier komputerowych[37] ich podziałowi na te opierające się na konwencji fantasy (tzw. *sword and sorcery*[38]) oraz te polegające na kreacji świata mającego odwzorowywać (symulować) rzeczywistość, której to najlepszym przykładem jest wspomniana już gra o nazwie *Second Life*[39]. Zwrócono uwagę, że w grach z założenia symulujących rzeczywistość zasady funkcjonowania w nich winny być zbliżone do reguł obowiązujących nas w życiu codziennym w świecie realnym[40]. W takich przypadkach nie tylko zasadne, ale i zdecydowanie łatwiejsze jest stosowanie regulacji prawa powszechnie obowiązującego, gdyż ewentualne naruszenia prawa popełniane są co prawda w świecie wirtualnym, ale prawidłowościami w nim występującymi odbijającym świat realny, co powoduje, że można je traktować tak, jakby wydarzyły się w świecie realnym[41]. Choć wydaje mi się, że wszystko zależeć będzie od przyjętej w danej wirtualnej społeczności konwencji, można by rzec, *quasi*-społecznej czy też *sui generis* społecznej uznającej ewentualną skuteczność prawa powszechnie obowiązującego w wirtualnym świecie we wzajemnych stosunkach między jego uczestnikami, bo o ile w transakcjach dokonywanych w środowisku konkretnej gry nie będą

[35] Zob. K. Szpyt, Obrót dobrami…, s. 127.

[36] Najczęściej w wyniku wyboru prawa dokonanego w samej umowie. Zob. np. **Entropia Universe End User License Agreement**: „14.2. GOVERNING LAW. **This Agreement is to be governed by, construed and enforced according to the laws of Sweden** [pogrub. – D.K.]. You agree that any future dispute that might arise between You and MindArk is to be governed by the laws of Sweden, without regards to any principles of conflicts of laws and the United Nations convention on contracts for the International Sale of Goods." (http://legal.entropiauniverse.com/legal/eula.xml, stan na 5 maja 2011 r. [dostęp: 21.01.2017 r.]).

[37] Zob. np. C. Bradley, A.M. Froomkin, Virtual Worlds, Real Rules, „New York Law School Law Review" 2004, vol. 49, s. 121-134.

[38] Np. World of Warcraft, Entropia Universe, Diablo, Star Wars: Galaxies.

[39] Zob. P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego…, s. 61.

[40] *Ibidem*, s. 61.

[41] *Ibidem*, s. 61.

wchodziły w rachubę prawdziwe pieniądze, o tyle kwestia automatycznego stosowania prawa powszechnie obowiązującego – jak zostało wykazane wcześniej – nie będzie przedstawiała się jednoznacznie.

Inaczej trzeba oceniać analogiczne zachowania (czyny) popełnione w wirtualnym świecie opartym o konwencję fantastyki. Światy gier typu *sword and sorcery* swoimi „realiami" i zasadami w nich obowiązującymi często w niczym nie przypominają świata rzeczywistego, dlatego też nie można mówić np. o przestępstwie kradzieży w odniesieniu do wirtualnego bohatera, który według nadanej mu w zgodzie z fabułą gry charakterystyki jest złodziejem czy łotrzykiem[42]. Podobnie oceny prawnokarne nie powinny mieć miejsca we wszelkiego rodzaju grach, w których motywem przewodnim jest funkcjonowanie gangów, określanych przez polskiego ustawodawcę zorganizowanymi grupami albo związkami przestępczymi[43]. Gdyby stosować bezpośrednio regulacje prawa powszechnie obowiązującego sankcjonujące w świecie realnym pewne zachowania, to uczestnicy wskazanych gier musieliby każdorazowo ponosić odpowiedzialność karną i to już za sam akt przystąpienia do udziału w rozgrywce[44]. Nie można przecież tracić z pola widzenia podstawowej i pierwotnie dla gry komputerowej (i nie tylko takiej gry) założonej funkcji ludycznej, czyli nastawionej na dostarczanie jej uczestnikom rozrywki.

* * *

Faktem jest, że wirtualne światy gier komputerowych już dawno przestały być postrzegane jedynie w kategoriach przeważnie nieambitnej rozrywki dla dzieci i młodzieży, stając się płaszczyzną do podejmowania i prowadzenia działalności społecznej, kulturalnej

[42] *Ibidem*, s. 61.

[43] Zob. J. Zimmer-Czekaj, Prawa własności…, s. 94-95. Autor jako przykład tego, jak wiele zależy od konwencji gry wskazuje na sprawę oszustwa bankowego w świecie gry *EVE Online*. Konwencja tej gry nastawiona jest na rywalizację pomiędzy graczami, nie na wspólne pokonywanie zagrożeń. Gracze mogą okradać się wzajemnie z surowców, niszczyć wirtualne majątki lub oszukiwać w kontaktach handlowych. W „magicznym kręgu" *EVE Online* dopuszczone są więc zachowania penalizowane w świecie rzeczywistym. Fakt ten został wykorzystany przez osobę posługującą się awatarem o imieniu Cally, który założył Eve Investment Bank i przyjmował w grze depozyty wyrażone w wirtualnej walucie tej gry – Inter Stellar Kredits (ISK) w zamian za określony procent. Dziewięcioprocentowy zysk z depozytów, jaki oferował był na tyle wysoki, że część spośród graczy kupowała ISK za realne pieniądze w celu osiągnięcia jak najbardziej rzeczywistego zysku. W okresie swojej działalności Cally zgromadził setki milionów ISK, o rynkowej wartości 125.000 dolarów. Po 9 miesiącach uciekł z pieniędzmi swoich klientów, ogłaszając, że jest „piratem" i jego celem było dopuszczenie się oszustwa na klientach banku. Właściciele gry odmówili zablokowania konta osobie sterującej Cally'ym, tłumacząc, że oszustwa i defraudacje są elementem wpisanym w konwencję gry EVE Online. Twórcy gry podjęli jedynie działania uniemożliwiające użytkownikowi Cally'ego wymianę zdefraudowanych kwot wyrażonych w wirtualnej walucie na zewnętrznych rynkach na prawdziwe pieniądze. Nie wiadomo również, aby tą sprawą zajęły się jakiekolwiek organy ścigania w świecie rzeczywistym.

[44] Zob. P. Gabor, P. Leszczyńska, Pojęcie „magicznego…, s. 61.

i gospodarczej[45]. W ostatnich latach daje się zaobserwować wzrost zainteresowania grami komputerowymi pod kątem dokonywania przez graczy transakcji mających za przedmiot wszelkiego rodzaju dobra wirtualne, których ceny, począwszy od wirtualnych mieczy, poprzez czołgi, a na stacjach kosmicznych skończywszy, wahają się w przedziale od kilku do kilkuset, a nawet setek tysięcy dolarów amerykańskich (USD)[46]. Tego typu transakcje, *de facto* wpisujące się w pewien szerszy kontekst społeczno-gospodarczy związany z przenikaniem się wirtualnych światów gier komputerowych ze światem rzeczywistym, które należy traktować jako wciąż postępujący proces, nie mogą pozostawać poza zasięgiem oddziaływania regulacji prawnych. Trzeba mieć jednak świadomość tego, że – ograniczając odniesienia do polskiego porządku normatywnego – obecnie nierzadko chodzi o próby stosowania do zachowań, zdarzeń i zjawisk zaistniałych w wirtualnych światach unormowań powstałych dekady przed pojawieniem się Internetu, gier cyfrowych (w aktualnym kształcie) i innych dobrodziejstw nowoczesnego świata[47], co w istocie sprowadza się do każdorazowego dostosowywania rozwiązań i instrumentów przewidzianych we wspomnianych unormowaniach z punktu widzenia permanentnych wyzwań szeroko rozumianej nowoczesności.

Niemniej jednak na gruncie wirtualnych światów gier komputerowych, spełniających szereg innych funkcji niż tylko rozrywkowa, wyłania się konglomerat różnorodnych

[45] Zob. K. Szpyt, Obrót dobrami…, s. 436.

[46] *Ibidem*, s. 436. W internecie aż roi się od przykładów realnej wartości ekonomicznej dóbr wirtualnych. W tym miejscu warto ograniczyć się do następujących: a) monokl w *Eve Online* nabyty za 60 USD, b) diament w *Team Fortress 2* nabyty za 100 USD, c) smocza szabla w *Legend of Mir 3* nabyta za 650 USD, d) kusza w *Diablo 3* nabyta za 3 500 USD, e) płonąca czapka w *Team Fortress 2* nabyta za 5 000 USD, f) tarcza w *Tibia* warta ok. 7 000 USD, g) postać nocnego elfa w *World of Warcraft* nabyta za 9 000 USD, h) miecz do zabijania smoków w *Age of Wulin* nabyty za 16 000 USD, i) nóż w *Counter Strike: Global Offensive* nabyty za 24 000 USD, j) kurier w *Dota 2* nabyty za 38 000 USD, k) jajko w *Entropia Universe* nabyte za 70 000 USD, l) księżyc w *Entropia Universe* nabyty za 150 000 USD, ł) stacja kosmiczna w *Entropia Universe* nabyta za 330 000 USD, m) część planety, na której urządzono kurort w *Entropia Universe* nabyta za 635 000 USD (dane pochodzą z następujących stron internetowych: A. Wawrzyński, *Miecz za 50 tysięcy?* NAJDROŻSZE przedmioty w grach, https://www.youtube.com/watch?v=WGneJzl-NWw [dostęp: 22.01.2017 r.]; Paweł, *TOP 7* Najdrożej sprzedanych przedmiotów w grach komputerowych, http://www.videotesty.pl/artykul/419/TOP-7Najdrozej-Sprzedanych-Przedmiotow-W-Grach-Komputerowych/ [dostęp: 22.01.2017 r.]; T. Stachurski, Prawdopodobnie najdroższy przedmiot z Dota 2 ma już nowego właściciela, http://gamezilla.komputerswiat.pl/newsy/2013/45/prawdopodobnie-najdrozszy-przedmiot-z-dota-2-ma-juznowego-wlasciciela [dostęp: 22.01.2017 r.]).

[47] Odnosząc tę uwagę chociażby do polskiego prawa cywilnego, pragnę zauważyć, że sam Kodeks cywilny jest ustawą pochodzącą z 1964 r., na której ówczesny (i w istotnej mierze także aktualny) kształt niemały wpływ wywarły kodyfikacje prawa cywilnego z lat 30. ubiegłego wieku. W tym kontekście zob. P. Machnikowski, Prawo zobowiązań w 2025 roku. Nowe technologie, nowe wyzwania, w: Współczesne problemy prawa zobowiązań, A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska (red.), Warszawa 2015, s. 379 (Autor we wprowadzeniu do przytoczonego artykułu zauważa, że współczesny polski system prawa zobowiązań ukształtował się w swoim zasadniczym zrębie na przełomie XIX i XX wieku, ponieważ treść powstałych głównie w tym okresie kodyfikacji cywilnych państw Europy Zachodniej najsilniej wpłynęła nie tylko na kształt polskiego Kodeksu zobowiązań z 27 października 1933 r., lecz także – za jego pośrednictwem – na kształt I i III księgi obecnie obowiązującego Kodeksu cywilnego).

problemów natury prawnej w zakresie niemalże wszystkich gałęzi prawa. Rozważania prawnych aspektów uczestnictwa w grach cyfrowych można z powodzeniem sytuować w obszarze prawa karnego[48] („kradzież" wirtualnych przedmiotów[49], wyłudzanie lub kradzież danych osobowych, wirtualna pornografia dziecięca, propagowanie rasizmu i nawoływanie do nienawiści na tle rasowym, zniszczenie „wirtualnego mienia", zniesławienie w wirtualnym świecie, pranie pieniędzy etc.), handlowego i gospodarczego (lokowanie produktów w grach komputerowych[50], reklama w grach komputerowych[51], ochrona praw konsumentów[52], zwalczanie nieuczciwej konkurencji[53], gromadzenie i wykorzystywanie danych osobowych graczy[54]), podatkowego (opodatkowanie obrotu dobrami wirtualnymi ze światów gier komputerowych[55]), humanitarnego[56], sportowego (prawne aspekty funkcjonowania e-sportu[57], doping w e-sporcie[58], umowy zawierane z e-sportowcami[59] etc.), prywatnego międzynarodowego (prawo właściwe dla sporów wynikłych w związku z wykonywaniem

[48] Z polskiej literatury prawniczej zob. np. J. Kulesza, J. Kulesza, Gra „Second Life" – wirtualny świat, realne przestępstwa? „Prokuratura i Prawo" 2009/3, s. 23-39; J. Kulesza, Prawnokarna ochrona wirtualnej własności? w: Prawo w wirtualnych światach, K. Grzybczyk (red.), Warszawa 2013, s. 297-311; tenże, Prawo karne w wirtualnych światach, „Państwo i Prawo" 2014/5, s. 45-59; D. Jagiełło, Przestępstwa popełnione w świecie wirtualnym (tzw. virtual crime) a problemy wynikające z przyjęcia odpowiedniej kwalifikacji prawnej oraz możliwości dowodzenia ich znamion, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 76-87; R. Mikołajczyk, Ochrona wirtualnych obiektów w prawie karnym, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 160-164; tenże, Ochrona wirtualnych obiektów w prawie karnym, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2015/1, s. 61-62.

[49] Zob. przypis 24.

[50] Zob. M. Hałuszczak, Product placement w grach komputerowych, w: Prawo w wirtualnych światach, K. Grzybczyk (red.), Warszawa 2013, s. 257-285; K. Grzybczyk, Reklama i lokowanie produktu w grach komputerowych, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 53-75.

[51] Zob. T. Cichocki, Reklamy przenikają do gier, http://www.pcworld.pl/news/81439/Reklamy.przenikaja.do.gier.html [dostęp: 26.01.2017 r.].

[52] Zob. Z. Rajchemba, Rynek produktów wirtualnych a ochrona zbiorowych interesów konsumentów, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 165-174; K. Lichoń, Cyfrowy aspekt rozwoju rynku w ujęciu internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich (ODR), „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 121-141.

[53] Zob. K. Grzybczyk, Nieuczciwa konkurencja a gry komputerowe, w: Prawo w wirtualnych światach, K. Grzybczyk (red.), Warszawa 2013, s. 246-256.

[54] Zob. A. Auleytner, Dane osobowe w grach MMOG i innych grach online. Aktualne problemy, w: Prawo w wirtualnych światach, K. Grzybczyk (red.), Warszawa 2013, s. 312-332; J. Byrski, L. Sytniewski, Dane osobowe w grach komputerowych, w: Ochrona gry komputerowej. Aktualne wyzwania prawne, E. Traple (red.), Warszawa 2015, s. 187-203.

[55] Zob. np. P. Waglowski, Wizja realnych podatków wirtualnych światów, http://prawo.vagla.pl/node/6762 [dostęp: 26.01.2017 r.]; J. Mazurkiewicz, Zastaw na prawach do wizerunku, latającego dywanu, a nawet ducha wpływowej dziewczyny. Mrzonka czy przyszłość? w: Współczesne tendencje w dziedzinie zabezpieczenia wierzytelności, T. Sokołowski (red.), Poznań 2013, s. 143.

[56] Zob. A. Bloch, Łamanie prawa humanitarnego w grach komputerowych, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 22-30.

[57] Zob. P. Głowacka, D. Fajdek, Aspekty społeczne i prawne e-sportu w Polsce oraz wybranych krajach, w: Problemy prawne na styku sportu i medycyny, T. Gardocka, D. Jagiełło (red.), Warszawa 2015, s. 188-201; K. Kania, Gry komputerowe: sport elektroniczny – tak czy nie? http://prawosportowe.pl/gry-komputerowe-sport-elektroniczny-tak-czy-nie.html [dostęp: 26.01.2017 r.]; D. Fajdek, Klany, teamy, gildie – wartość oznaczeń i ich ochrona prawna, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 31-52.

[58] Zob. 9kier, e-doping, „CD Action" 2015/10, s. 78-79.

[59] Zob. np. M. Broda, Kontrakty zawodnicze w E-Sporcie, http://prawosportowe.pl/kontrakty-zawodnicze-w-e-sporcie.html [dostęp: 26.01.2017 r.].

umów licencyjnych użytkowników końcowych[60]), jak również – co wręcz oczywiste – prawa cywilnego (m.in. w odniesieniu do zagadnienia dziedziczenia dóbr wirtualnych, w tym konta gry komputerowej[61], potencjalnych naruszeń dóbr osobistych dokonywanych w wirtualnych światach gier komputerowych[62], dopuszczalności ustanowienia zastawu na prawie do wirtualnej postaci[63] oraz hipoteki na wirtualnej nieruchomości ze środowiska gry cyfrowej[64], a także egzekucji z dóbr wirtualnych[65]).

Powyższe wyliczenie nie obejmuje wszystkich możliwych komplikacji prawnych mogących pojawić się w wirtualnych światach lub w związku z takimi światami, pominięto bowiem nie mniej doniosłe wątki autorskoprawne czy szerzej – mieszące się w ramach prawa własności intelektualnej. Zresztą można zaryzykować tezę, że sformułowanie katalogu (z natury swej będącego zamkniętą przestrzenią) problemów i zagadnień prawnych dotyczących wirtualnych światów gier komputerowych nie pozostaje w sferze intelektualnych możliwości, jeżeli weźmie się pod uwagę, że stale powstają nowe gry komputerowe, wciąż rozwija się domena wirtualnej rzeczywistości, w rezultacie czego w przyszłości staną się aktualne dzisiaj jeszcze nieistniejące problemy i zagadnienia prawne. W tym więc sensie prawo powszechnie obowiązujące nadal rodzi się w kontekście wirtualnych światów.

[60] Zob. np. D. Karkut, Własność wirtualna..., s. 159-190.

[61] Zob. M. Załucki, „Facebook", „Twitter", „My Space"… wirtualny świat serwisów społecznościowych mortis causa. Zarys problematyki, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 234-247; tenże, Śmierć a dane w systemach teleinformatycznych – przyczynek do dyskusji, w: Media elektroniczne. Współczesne problemy prawne, K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Warszawa 2016, s. 164-175; P. Szulewski, Śmierć 2.0 – problematyka dóbr cyfrowych post mortem, w: Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane, J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkut (red.), Wrocław 2015, s. 731-749; D. Karkut, Dziedziczenie konta w grze komputerowej? Przyczynek do rozważań, referat wygłoszony na ogólnopolskiej konferencji naukowej pt. Vademecum spadkowe – kto dziedziczy całość, a kto połowę? (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 24-25 maja 2014 r.); D. Karkut, Własność wirtualna..., s. 103-112.

[62] X. Konarski, Ochrona prywatności w świecie wirtualnym, referat wygłoszony na ogólnopolskiej konferencji naukowej pt. Wirtualne światy z perspektywy prawa polskiego, unijnego i międzynarodowego (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 23 maja 2014 r.), http://www.nowemedia.org.pl/joomla/index.php/component/k2/item/851-wirtualne-swiatycbke [dostęp: 26.01.2017 r.]; M. Rożnowska, (Nie)rzeczywiste(?) naruszenie dobra osobistego w „wirtualnej rzeczywistości" fabularnej gry komputerowej, „Wrocławskie Studia Sądowe" 2014/4, s. 175-203; D. Karkut, Naruszenie kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej (?), w: Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane, J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkut (red.), Wrocław 2015, s. 416-427.

[63] Zob. J. Mazurkiewicz, Zastaw na…, s. 136.

[64] D. Karkut, Hipoteka na wirtualnej nieruchomości z gry komputerowej? Uwagi de lege ferenda, referat wygłoszony na ogólnopolskiej konferencji naukowej pt. Prawa światów alternatywnych, niezależnych i utopijnych (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 13-14 maja 2016 r.).

[65] Zob. K. Szpyt, Egzekucja z prawa do konta na serwerze gry komputerowej i zgromadzonych na nim dóbr wirtualnych. Zarys problematyki, w: Egzekucja z majątku spadkowego. Ograniczona i nieograniczona odpowiedzialność za długi spadkowe, M. Załucki (red.), Warszawa 2016, s. 280-297.

ISBN 978-83-944487-3-8