

Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych

Joanna Haberko



Oficyna

a Wolters Kluwer business

monografie

**Cywilnoprawna
ochrona dziecka
poczętego
a stosowanie
procedur medycznych**

**Prawo jest na
naszej stronie!**

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych

Joanna Haberko



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2010

Stan prawny na 1 lutego 2010 r.

Wydawca:
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący:
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne:
Marcin Trepczyński

Skład, łamanie:
Andrzej Gudowski

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2010

ISBN 978-83-264-0387-3

ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek

01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00, (022) 535 82 00

31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	11
Wstęp	15
Rozdział I. Status prawny podmiotu chronionego	23
1. Uwagi wstępne	23
2. Sytuacja dziecka poczętego w polskim prawie	32
3. Status prawny dziecka poczętego <i>de lege lata</i>	43
3.1. Uwagi wstępne	43
3.2. Sytuacja dziecka poczętego w świetle Konstytucji RP	44
3.3. Zakres ochrony prawnokarnej udzielanej dziecku poczętemu	50
3.4. Sytuacja dziecka poczętego w prawie cywilnym	61
3.4.1. Uwagi wstępne	61
3.4.2. Problem zdolności prawnej dziecka poczętego	71
3.4.3. Podmiotowość dziecka poczętego w zakresie realizacji uprawnienia do ochrony życia i zdrowia w okresie prenatalnym	82
3.5. Postulaty <i>de lege ferenda</i> w zakresie zmian kodeksu cywilnego	90
3.6. Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu przed implantacją	95
4. Wnioski	109
Rozdział II. Rodzice a dziecko poczęte	111
1. Uwagi wstępne	111
2. Władza rodzicielska jako podstawa uprawnień rodziców w stosunku do dziecka	112
2.1. Przesłanki powstania władzy rodzicielskiej	112

2.1.1. Koncepcja tradycyjna przyjmująca urodzenie się dziecka jako podstawę nabycia władzy rodzicielskiej	112
2.1.2. Koncepcja przyjmująca poczęcie się dziecka jako podstawę nabycia pewnych atrybutów władzy rodzicielskiej	116
2.2. Uprawnienia rodziców w stosunku do ich nienarodzonego dziecka	127
2.2.1. Charakter uprawnień składających się na władzę rodzicielską w stosunku do dziecka poczętego	127
2.2.2. Przedstawicielstwo ustawowe dziecka poczętego	130
2.3. Uzasadnienie konieczności zmian	133
3. Atrybuty władzy rodzicielskiej przysługujące rodzicom w stosunku do nienarodzonego dziecka	140
3.1. Wykonywanie władzy rodzicielskiej w stosunku do dziecka poczętego	140
3.1.1. Uwagi wstępne	140
3.1.2. Zasady rządzące wykonywaniem władzy rodzicielskiej w stosunku do dziecka poczętego	146
3.2. Zasady reprezentacji dziecka poczętego	152
3.3. Osobiste starania i troska rodziców o dziecko poczęte	158
4. Dopuszczalność zastosowania instytucji władzy rodzicielskiej w stosunku do dziecka poczętego w wyniku zastosowania procedur medycznych polegających na zapłodnieniu pozaustrojowym	168
5. Wnioski	180
Rozdział III. Procedury medyczne w fazie życia płodowego	183
1. Uwagi wstępne	183
2. Zakres opieki przedporodowej w ciąży o prawidłowym przebiegu	187
2.1. Uwzględnienie interesu dziecka poczętego w ramach poradnictwa przedkonceptyjnego	187
2.2. Zakres badań przedurodzeniowych	190
2.3. Charakter badań ciążowych wykonywanych w trakcie ciąży o prawidłowym przebiegu	194
2.4. Zakres ciążowych badań diagnostycznych	197
2.5. Założenia projektu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie standardu opieki okołoporodowej	204

3. Interes dziecka poczętego poddawanej diagnostyce prenatalnej	206
3.1. Uwagi wstępne.....	206
3.2. Badania prenatalne.....	209
3.2.1. Badania nieinwazyjne.....	209
3.2.2. Badania inwazyjne	212
4. Zasady postępowania w razie podejrzenia wady płodu lub noworodka	218
4.1. Uwagi wstępne.....	218
4.2. Wady płodu i noworodka.....	219
4.2.1. Zagadnienia terminologiczne.....	219
4.2.2. Wady genetyczne.....	220
4.2.3. Wady rozwojowe	222
4.3. Interes dziecka poczętego w sytuacji stwierdzenia jego upośledzenia oraz nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu	224
5. Dopuszczalność zastosowania terapii płodu.....	226
5.1. Uwagi wstępne.....	226
5.2. Leczenie farmakologiczne	228
5.3. Leczenie operacyjne	229
6. Postępowanie medyczne wobec płodu powstałego w wyniku zastosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu.....	231
6.1. Uwagi wstępne.....	231
6.2. Powstanie zarodka.....	234
6.3. Rozwój zarodka, diagnostyka preimplantacyjna	235
6.4. Inżynieria genetyczna	241
6.5. Szczególnie zagadnienia związane z diagnostyką i terapią prenatalną po zastosowaniu technik wspomaganą medycznie prokreacji – wzmianka	250
7. Wnioski.....	255
Rozdział IV. Kompetencja do podejmowania decyzji i wyrażania zgody w zakresie procedur medycznych w fazie życia płodowego.....	257
1. Uwagi wstępne.....	257
2. Zasady ogólne podejmowania decyzji i wyrażania zgody w ramach diagnostyki i terapii.....	262

2.1. Prawo pacjenta do samostanowienia	262
2.2. Uwagi ogólne obejmujące obowiązek informacyjny poprzedzający wyrażenie zgody na podjęcie działań medycznych.....	269
2.3. Uwagi ogólne obejmujące charakter zgody pacjenta na podjęcie działań przez lekarza	277
2.4. Forma zgody pacjenta na podjęcie działań przez lekarza.....	284
2.5. Zasady ogólne w zakresie informacji o wynikach badań.....	290
2.6. Uwagi ogólne na temat obowiązku zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem	294
3. Zasady podejmowania decyzji i wyrażania zgody w zakresie opieki przedporodowej w ciąży o prawidłowym przebiegu.....	299
4. Zasady podejmowania decyzji i wyrażania zgody w ramach diagnostyki prenatalnej	305
4.1. Podejmowanie decyzji i wyrażanie zgody na przeprowadzenie badań nieinwazyjnych w ramach diagnostyki prenatalnej	305
4.2. Podejmowanie decyzji i wyrażanie zgody na przeprowadzenie badań inwazyjnych w ramach diagnostyki prenatalnej	311
5. Zasady podejmowania decyzji i wyrażania zgody w ramach procedur medycznych obejmujących terapię prenatalną.....	320
5.1. Uwagi wstępne.....	320
5.2. Leczenie farmakologiczne	322
5.2.1. Zasady podejmowania decyzji i wyrażania zgody na poddanie płodu leczeniu farmakologicznemu	322
5.2.2. Podejmowanie działań medycznych bez zgody w ramach farmakologicznej terapii przedurodzeniowej.....	326
5.3. Leczenie chirurgiczne	330
5.3.1. Zasady podejmowania decyzji i wyrażania zgody na poddanie płodu leczeniu chirurgicznemu.....	330
5.3.2. Podejmowanie zabiegów w ramach prenatalnej terapii chirurgicznej bez zgody	332
5.3.3. Eksperymentalny charakter chirurgii prenatalnej	336

6. Zasady podejmowania decyzji i wyrażania zgody w stosunku do dziecka poczętego po zastosowaniu technik wspomaganey medycznie prokreacji	344
6.1. Medycznie wspomaganą prokreacją – autonomia podmiotów-pacjentów	344
6.2. Krąg podmiotów objętych działaniami medycznymi	347
6.3. Zakres przedmiotowy i podmiotowy obowiązku informacyjnego	348
6.4. Wyrażenie zgody na zabiegi wspomaganey medycznie prokreacji.....	352
6.5. Postulaty <i>de lege ferenda</i> w zakresie uregulowania zasad poddania pacjentów wspomaganey medycznie prokreacji.....	356
7. Wnioski	360
Rozdział V. Interes dziecka poczętego a stan zdrowia matki.....	363
1. Uwagi wstępne	363
2. Problem konfliktu wartości: zdrowie matki a zdrowie i życie dziecka poczętego	369
3. Podejmowanie decyzji i wyrażanie zgody na zabiegi medyczne, których podmiotem jest kobieta ciężarna w związku z jej stanem zdrowia, w kontekście ochrony dziecka poczętego	379
3.1. Uwagi wstępne.....	379
3.2. Interes dziecka poczętego a realizacja obowiązku informacyjnego w ramach procedur medycznych, którym poddawana jest kobieta ciężarna	381
3.3. Interes dziecka poczętego a dopuszczalność stosowania instytucji przywileju terapeutycznego w stosunku do kobiety ciężarnej	387
3.4. Przesłanki podmiotowe wyrażenia zgody przez pacjentkę ciężarną.....	390
3.5. Forma zgody pacjentki ciężarnej.....	395
3.6. Interes dziecka poczętego a prawo odmowy zgody i sprzeciw pacjentki ciężarnej na podjęcie działań medycznych.....	397
3.7. Ochrona interesu dziecka poczętego wobec konieczności podjęcia czynności medycznych bez zgody pacjentki ciężarnej.....	407

4. Interes dziecka poczętego a podejmowanie decyzji i wyrażanie zgody w sytuacjach szczególnych w związku ze stanem zdrowia kobiety ciężarnej	410
4.1. Udział pacjentki ciężarnej w eksperymencie medycznym	410
4.1.1. Podejmowanie decyzji o udziale w eksperymencie medycznym kobiety ciężarnej.....	410
4.1.2. Wymóg formalny zgody na eksperyment medyczny przeprowadzany na pacjentce ciężarnej	415
4.2. Interes dziecka poczętego a dopuszczalność przerywania ciąży w sytuacji zagrożenia dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej	423
4.2.1. Interpretacja przesłanki zagrożenia dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej.....	423
4.2.2. Podejmowanie decyzji o przerwaniu ciąży w sytuacji zagrożenia dla życia lub zdrowia ciężarnej.....	430
4.2.3. Wymóg formalny zgody na przerwanie ciąży w sytuacji zagrożenia dla życia lub zdrowia ciężarnej.....	431
5. Sytuacja prawna ojca dziecka w związku z diagnostyką lub terapią kobiety ciężarnej	436
6. Wnioski	440
Uwagi końcowe	443
Wykaz powoływanych aktów.....	449
Wykaz orzecznictwa	455
Bibliografia	457

Wykaz skrótów

Źródła prawa

- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
- k.r.o. – ustawa z dnia 26 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- u.p.p. – ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 z późn. zm.)
- u.p.r. – ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.)
- u.r.p.d. – ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. Nr 6, poz. 69 z późn. zm.)
- u.z.l. – ustawa z dnia 15 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857 z późn. zm.)
- u.z.o.z. – ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 z późn. zm.)

Czasopisma

Am. J. Clin. Pathol.	– American Journal of Clinical Pathology
Am. J. Perinatology	– American Journal of Perinatology
Ann. Intern. Med.	– Annals of Internal Medicine
Clin. Obstet. Gynecol.	– Clinical Obstetrics and Gynecology
Dz. U.	– Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
Dz. U. Min. Zdrow.	– Dziennik Urzędowy Ministra Zdrowia
Eur. Rev. Med.	– European Review for Medical and Pharmacological Sciences
Fam. Med. Prim. Care Rev.	– Family Medicine and Primary Care Review
Fertil. Steril.	– Fertility and Sterility
Hastings Cent. Rep.	– Hastings Center Report
Hum. Reprod.	– Human Reproduction
Int. J. Technol. Assess. Health Care	– International Journal of Technology Assessment In Health Care
J. Assist. Reprod. Genet.	– Journal of Assisted Reproduction and Genetics
J. Med. Philos.	– Journal of Medicine and Philosophy
J. Obstet. Gynecol.	– Journal of Obstetrics and Gynecology
J. Pediat.	– Journal of Pediatrics
J. Reprod. Med.	– Journal of Reproductive Medicine
Klin. Pediatr. KPP	– Klinika Pediatria – Kwartalnik Prawa Prywatnego
N. Engl. J. Med.	– The New England Journal of Medicine
Nature Rev. Genet.	– Nature Reviews of Genetics
Nowa Med. NP	– Nowa Medycyna – Nowe Prawo
OPM	– Ogólnopolski Przegląd Medyczny
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPİKA	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażo- wych
OTK ZU	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

PiM	– Prawo i Medycyna
PiP	– Państwo i Prawo
Pol. dir	– Politica del diritto
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
Prz. Sejm.	– Przegląd Sejmowy
PS	– Przegląd Sądowy
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SC	– Studia Cywilistyczne
Stand. Med.	– Standardy Medyczne
St. Praw.	– Studia Prawnicze

Inne

AFP	– alfa fetoproteina
AID	– Artificial Isemination Donor
AIH	– Artificial Isemination Husband or Homologous
FIV-ET	– Fecondation In Vitro – Embryo Transfer
GIFT	– Gametes Intra Fallopian Transfer
HIV	– zespół nabytego braku odporności
ISCI	– Intra Cytoplasmic Sperm Injection
KTG	– kardiokografia
NFZ	– Narodowy Fundusz Zdrowia
PAPP-A	– osoczowe białko ciążowe A
PTG	– Polskie Towarzystwo Ginekologiczne
PTMP	– Polskie Towarzystwo Medycyny Perinatalnej
RP	– Rzeczpospolita Polska
suppl.	– suplement (wł.)
t.c.	– tydzień ciąży
USG	– ultrasonografia
VDRL	– Venereal Diseases Research Laboratory
WMP	– wspomagana medycznie prokreacja
wolne B-hCG	– wolna gonadotropina kosmówkowa (wolne B-hCG)
WZW	– wirusowe zapalenie wątroby
ZIFT	– Zygote intrafallopian transfer

Wstęp

Medycyna w ostatnich latach przeżywa bardzo intensywny rozwój. Ogromne przemiany i postęp dają się zauważyć w szczególności w położnictwie. Pozwoliło to na powstanie nowej dziedziny wiedzy medycznej zwanej medycyną matczyno-płodową czy wyodrębnionej jej sekcji zwanej perinatologią¹. Medycyna matczyno-płodowa obejmuje swym zakresem wszystkie sytuacje kliniczne związane z pozyskaniem ciąży, jej trwaniem oraz zakończeniem przez urodzenie dziecka². Perinatologia zaś zajmuje się całokształtem sytuacji fizjologicznych i patologicznych mających miejsce w okresie okołoporodowym dotyczących zarówno ciężarnej kobiety, jak i płodu³. Rozwój wiedzy medycznej oraz stosowanie nowoczesnych technik badawczych i diagnostycznych pozwalają lekarzom nie tylko obserwować człowieka przed jego urodzeniem, ale także aktywnie wpływać na jego rozwój i stan zdrowia⁴. Przedstawiciele nauk medycznych nie mają wątpliwości, że na obecnym etapie rozwoju nauki płód może być przez nich traktowany jako pacjent. Oznacza to, że może i powinien on być diagnozowany i, w razie potrzeby oraz możliwości, także leczony jeszcze przed urodzeniem⁵. Wyodrębnia się szczegółową specjalizację zwaną medycyną

¹ J. Haberko, R. Kocyłowski, *Medyczne i prawne aspekty leczenia płodu* (w:) *Deboli e indifesi nella società multiculturale europea. Atti della VI Conferenza Internazionale dei Diritti dell'Uomo, Lecce, 29-30 Maggio 2006*, G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj (red.), Olsztyn-Bari 2008, s. 515 i n.; D.L. Dickerson, *Introduction: recent debates in maternal-fetal medicine – what are the ethical questions?* (w:) *Ethical Issues In Maternal-Fetal Medicine*, Cambridge 2002, s. 1.

² V. Harpwood, *Legal Issues In Obstetrics*, Dartmouth 1996, s. 29; G. Gambino, *Diagnosi Prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli-Roma 2003, s. 375.

³ J. Haberko, R. Kocyłowski, *Medyczne...*, s. 515; J. Mair, *Maternal/Foetal Conflict: Defined or Defused* (w:) *Contemporary Issues In Law, Medicine And Ethics*, S.A.M. McLean (red.), Dartmouth 1996, s. 79.

⁴ J. Haberko, R. Kocyłowski, *Medyczne...*, s. 515 i n.

⁵ O. Piccinni, *L'embrione come paziente e persona nel rispetto della vita nella procreazione assistita (Riflessioni di un ginecologo esperto di riproduzione della vita) – Comunicazione per il Convegno del 31 gennaio 2005 „Procreazione assistita: problemi e prospettive”*, M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna czło-*

plodową⁶. Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że poddając w jej ramach płód procedurom medycznym, oddziałuje się na ciężarną kobietę⁷.

Niniejsza praca ma na celu ukazanie całokształtu sytuacji cywilno-prawnej związanej z procedurami medycznymi obejmującymi diagnostykę i terapię płodu⁸. W tym kontekście opracowanie odnosi się także do specyfiki postępowania obejmującego procedury medyczne po zastosowaniu technik wspomaganej medycznie prokreacji⁹.

Wyjaśnienia wymaga na wstępie posługiwanie się w toku wywodu określeniami „płód” oraz „embrion”. Zabieg ten jest celowy i został podyktowany powszechnym i utrwalonym w naukach medycznych definiowaniem człowieka w fazie przedurodzeniowej za pomocą tych określeń. W niniejszej pracy nieposługiwanie się wyłącznie określeniem „dziecka poczętego” służyć ma dalej zapewnieniu czytelnego i spójnego wywodu, nawet jeśli określenie „embrion” nie ma legalnej definicji, a ustawodawca na gruncie prawa cywilnego posługuje się wyłącznie określeniem „dziecka poczętego” czy „dziecka nienarodzonego”¹⁰. W opracowaniu zostało przyjęte i było

wieka w okresie życia embrionalno-plodowego, *Zasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1997, nr 1; F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino 2001, s. 97; G. Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, *Rivista critica di diritto privato* 1998, s. 37; P. Zatti, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, *Rivista di diritto civile*, 1997, t. 1, s. 107 i n.; P. Zatti, *La tutela della vita prenatale: I limiti del diritto*, *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, t. 2, 2001, s. 149 i n.; I. Giannecchini, *Il punto di vista giuridico*, *Consenso al atto medico, caso 7 Paziente rifiuta il taglio cesareo per motivi culturali e religiosi* (w:) P. Funghi, F. Giunta (red.), *Medicina, bioetica e diritto*, Pisa 2005, s. 100–102; C. Caso, *Il feto un assistito non accreditato* (w:) *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*, E. Sgreccia, G.P. Calabrò (red.), Lungro di Cosenza 2002, s. 256–259; L.M. Scalise, *Il rapporto medico-paziente nell'era delle biotecnologie* (w:) *I diritti...*, s. 413–416; V. Lungagnani, *Biotechnologie. Norme e regolamenti*, Torino 2002, s. 33.

⁶ W literaturze zwraca się uwagę także na aspekt moralny wyodrębnienia specjalizacji medycznej, jaką jest medycyna płodowa. Rozwój technik diagnostycznych pozwolił na wykształcenie się także w świadomości społecznej koncepcji płodu jako pacjenta. Szerzej na ten temat M. Cascone, *Diakonia della Vita. Manuale di Bioetica*, Roma 2004, s. 165. Od 1984 r. działa towarzystwo naukowe „The Fetus as a Patient”, będące organizacyjnym reprezentantem medycyny płodowej.

⁷ J. Haberko, R. Kocylowski, *Medyczne...*, s. 515 i n.

⁸ Pojęciem procedury medycznej posłużono się w rozumieniu art. 5 pkt 42 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135), przyjmując, że jest to postępowanie diagnostyczne, lecznicze, pielęgnacyjne, profilaktyczne, rehabilitacyjne lub orzecznicze przy uwzględnieniu wskazań do jego przeprowadzenia, realizowane w warunkach określonej infrastruktury zdrowotnej przy zastosowaniu produktów leczniczych, wyrobów medycznych i środków pomocniczych.

⁹ Zamiennie stosowane będą określenia wspomaganej medycznie prokreacji i wspomaganego medycznie rozrodu.

¹⁰ M. Łączkowska, *The legal status of the unborn*, *Archives of Perinatal Medicine* 2006, nr 12(3), s. 13.

konsekwentnie realizowane założenie, w świetle którego, podobnie jak zrobił to ustawodawca, dopuszcza się posługiwanie określeniami „płód” i „embrion” w sytuacji, gdy mowa o zagadnieniach obejmujących kwestie medyczne i biomedyczne¹¹. Gdy zaś chodzi o status człowieka, jego podmiotowość i zdolność prawną przed urodzeniem, posłużono się pojęciem „dziecka poczętego”¹².

Jednocześnie, niezależnie od różnych możliwych terminów pozwalających na zdefiniowanie człowieka w fazie przedurodzeniowej (wprowadzających rozróżnienie pomiędzy płodem i embrionem), istotny dla prezentowanych rozważań pozostaje fakt, że stanowisko polskiego ustawodawcy nie jest dostatecznie jasno wyrażone, zwłaszcza w zakresie zapewnienia prawnej ochrony życia i zdrowia człowieka od momentu poczęcia w sytuacji, gdy do poczęcia doszło poza organizmem kobiety. W literaturze wprowadza się rozróżnienie produktu (efektu) zapłodnienia przyjmując, że z człowiekiem w fazie przedurodzeniowej możemy mieć do czynienia bądź dopiero od zagnieżdżenia (implantacji) do urodzenia (*product of conception from implantation to birth*) i wówczas w istocie problem statusu dziecka poczętego poza organizmem kobiety nie powstaje, bądź od samego spotkania komórek żeńskiej i męskiej niezależnie od miejsca, w którym to zapłodnienie następuje (*product from the moment of fertilization*), i wówczas status dziecka poczętego w wyniku zastosowania technik wspomaganą medycznie prokreacji nie jest tożsamy ze statusem dziecka poczętego w naturalny sposób (przynajmniej do momentu implantacji do

¹¹ K. Mularski zauważa, że w „polskim języku prawnym panuje chaos w zakresie wyrażen, których desygnatem jest człowiek (w biologicznym znaczeniu tego terminu na gruncie niekwestionowanej filogenetycznej koncepcji gatunku) przed chwilą urodzenia. Używane przez prawodawcę wyrażenia, np. „płód” czy „ciąża” z jednej strony a „dziecko” czy „dziecko nienarodzone” z drugiej, choć o takim samym (w uproszczeniu) zakresie, posiadają zupełnie inną konotację; swobodnie mówiąc niosą ze sobą zupełnie inne moralne skojarzenia czy wartości”. Autor ten w swojej pracy *Koncepcja „wrongful life” a integracja zewnątrzna prawoznaostwa* również konsekwentnie używa terminów „płód”, „nienarodzone dziecko”, argumentując, że oba te terminy są terminami języka prawnego, a ich „łączne używanie oddala zarzut przemycania perswazyjnej terminologii”. K. Mularski, *Koncepcja...*, niepublikowane, s. 1. Zob. też K. Mularski, *Próba analizy koncepcji „wrongful life”*, Studia Prawa Prywatnego 2008, nr 3, s. 109 i n.

¹² Np. ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.); ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 z późn. zm.). Cytując poglądy innych autorów zachowano określenie „nasciturusa”, o ile autorzy ci właśnie tym pojęciem się posługiwali w swoich pracach. Zob. ponadto na temat terminologii: J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, wersja elektroniczna: LEX nr 38/2009, s. 3.

organizmu matki)¹³. Polski ustawodawca zdaje się nie opowiadać wyraźnie po żadnej ze stron.

Rozwój nauk medycznych i indywidualne traktowanie płodu przez lekarzy niosą za sobą konieczność zmiany i przystosowania aktów prawnych obowiązujących w Polsce do możliwości, jakie daje lekarzom współczesna medycyna matczyno-płodowa i perinatologia. Owo ogólne stwierdzenie o potrzebie dostosowania, a nade wszystko wprowadzenia odpowiednich przepisów do systemu prawa kryje w sobie zarówno przyszłe wysiłki ustawodawcy, które zmierzałyby do uczynienia z polskiego systemu prawnego systemu odpowiadającego standardom europejskim, jak i wysiłki mające na celu ochronę zdrowia człowieka już w okresie prenatalnym. Nade wszystko zaś w interesie dziecka poczętego konieczne jest stworzenie jasnego i precyzyjnego systemu zasad obejmujących postępowanie medyczne. Niemniej ważne jest sprecyzowanie uprawnień osób zainteresowanych leczeniem płodu i o ile to możliwe – zestawienie tych uprawnień z atrybutami władzy rodzicielskiej.

Możliwości medycyny matczyno-płodowej z każdym rokiem są coraz większe, niestety kompleks przepisów zawierających normy obejmujące uprawnienie do diagnostyki i leczenia w okresie przedurodzeniowym długo ograniczony był do ogólnych zaleceń ochrony zdrowia kobiety w czasie ciąży, określał warunki dopuszczalności przerywania ciąży oraz wskazywał poprzez nieliczne przepisy, że człowiek ma w okresie prenatalnym warunkową zdolność prawną. Wydaje się więc, że dyskusja nad zagadnieniem diagnostyki i leczenia płodu, a w konsekwencji sformułowania postulatów *de lege ferenda*, by wprowadzić do systemu prawa cywilnego oraz w szczególności prawa rodzinnego szczegółowe rozwiązania w tej materii, jest zabiegiem jak najbardziej celowym.

Cywilnoprawną regulację dotyczącą uprawnienia do leczenia (czy szerzej bycia poddanym postępowaniu medycznemu o charakterze diagnostycznym i terapeutycznym) tworzą przepisy ogólne, które należałoby odnieść do kwestii podmiotowości dziecka poczętego i przysługujących mu praw, jak i unormowania szczegółowe w zakresie realizacji konkretnych uprawnień pacjenta w postępowaniu medycznym. Zamierzeniem autorki było stworzenie monograficznego opracowania zagadnienia diagnostyki i terapii płodu, jednak ograniczonego głównie do zagadnień cywilistycz-

¹³ A.S. Jaeger, *Laws surrounding reproductive technologies (w:) Family Building Through Egg and Sperm Donation, Medical, Legal And Ethical Issues*, pod red. M.M. Seibel, Boston–London–Singapore 1999, s. 118–119.

nych obejmujących proces podejmowania decyzji i wyrażania zgody na podjęcie konkretnych procedur medycznych w omawianym zakresie. Chociaż nie jest możliwe poprzestanie na analizie przepisów o wyłącznym cywilnoprawnym charakterze, to jednak poza opracowaniem znalazły się kwestie, które wprawdzie odnoszą się do człowieka w czasie jego życia prenatalnego, ale nie pozostają w bezpośrednim związku z uprawnieniem do poddania diagnostyce i leczeniu w tym okresie¹⁴.

Rozważania poczynione w opracowaniu oparto na założeniu, że polski system prawny przewiduje jako generalną zasadę prawo do życia i ochronę życia realizującą się zarówno w ograniczeniu dopuszczalności przerywania ciąży, jak i w uprawnieniu do bycia poddanym postępowaniu medycznemu już w okresie prenatalnym¹⁵. Jedną z podstawowych tez niniejszego opracowania przyznaje człowiekowi już w okresie życia płodowego uprawnienie do ochrony zdrowia poprzez, w pierwszej mierze, działania diagnostyczne, a następnie możliwość bycia poddanym leczeniu wewnątrzmacicznemu. Chociaż przedmiotem opracowania jest regulacja normatywna poświęcona przede wszystkim procesowi diagnostyki i leczenia jednego podmiotu, tzn. płodu, to jednak należy odnotować, że wraz z dopuszczalnością leczenia w okresie prenatalnym pojawiają się problemy związane z ochroną interesu prawnego osób zainteresowanych skutkami postępowania lekarza i – jak w przypadku kobiety ciężarnej – współuczestniczących w tym leczeniu. Ochrona interesu prawnego matki i ojca, jako osób zainteresowanych i współuczestniczących w leczeniu, stanowi drugą z zasadniczych tez prezentowanej pracy. Przyjęto bowiem, że choć płód może być diagnozowany i leczony przez lekarza, to jako pacjent nie jest on w obecnym stanie prawnym samodzielnym podmiotem działań medycznych¹⁶.

¹⁴ Mowa tu zwłaszcza o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w aspekcie karnoprawnym oraz o pochodzeniu dziecka poczętego w wyniku zastosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu.

¹⁵ M. Łączkowska, *The legal status...*, s. 13.

¹⁶ Brak samodzielności płodu poddawanego procedurom medycznym wyraża się w dwóch płaszczyznach: medycznej i prawnej. W aspekcie medycznym brak samodzielności płodu odnosi się do jego umiejscowienia, a zarazem miejsca (organizmu), w którym się on rozwija. Płód występuje z reguły (pomijając sytuacje poddania procedurom medycznym niezaimplantowanego zarodka pozyskanego w ramach medycznego wspomaganego rozrodu) wspólnie z matką. To właśnie organizm ciężarnej stanowi dla płodu naturalne miejsce rozwoju. W aspekcie prawnym brak samodzielności postrzegany jest jako niemożność autonomicznego podejmowania decyzji i wyrażania woli co do poddania proponowanym przez lekarza procedurom medycznym. Decyzje te, podobnie jak w przypadku pacjenta małoletniego, podejmuje inny podmiot (podmioty). Nie można jednak zapominać, że mamy do czynienia z odrębnym genetycznie od organizmu matki podmiotem. Dziecku poczętemu przyznaje się już w okresie prenatalnym pewną podmiotowość na gruncie obowiązującego prawa.

Wstępnie celowe wydaje się także przedstawienie tezy, że sytuacja prawna i status płodu w ramach procedur medycznych zależy od tego, w jaki sposób powstał zarodek, tzn. czy w wyniku zapłodnienia po fizycznym obcowaniu kobiety i mężczyzny, czy też jest efektem zastosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu, w szczególności zapłodnienia pozaustrojowego. Specyfika postępowania medycznego i szczególnie charakter procedur medycznych podejmowanych zarówno dla powstania embrionu, jak i w stosunku do niego skłaniają do formułowania szeregu tez szczegółowych, które nie znajdują potwierdzenia w sytuacji diagnostyki i terapii płodu powstałego w wyniku fizycznego obcowania kobiety i mężczyzny¹⁷.

Przedmiotem opracowania jest analiza interesu prawnego dziecka poczętego w ramach procesu medycznego obejmującego zarówno diagnostykę, jak i terapię przedurodzeniową. Skoncentrowano się na następujących zagadnieniach:

- analizie statusu i podmiotowości dziecka poczętego w związku z podejmowaniem decyzji o zastosowaniu badań przedurodzeniowych i prenatalnych, a także w związku z możliwością bycia poddanym procedurom terapeutycznym; uwzględniono sytuację embrionu powstałego w wyniku zastosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu i pozostającego poza organizmem kobiety,
- analizie dopuszczalności i charakteru badań przedurodzeniowych w ciąży o prawidłowym przebiegu oraz badań prenatalnych w ramach procedur medycznych składających się na diagnostykę płodu w przypadku ciąży podwyższonego ryzyka,
- analizie sytuacji prawnej matki i ojca oraz ochronie ich interesu prawnego wobec konieczności podjęcia diagnostyki i terapii ich nienarodzonego dziecka.

Monografii nadano strukturę pięciu rozdziałów. Rozdział pierwszy poświęcony został zagadnieniu sytuacji prawnej podmiotu podawanego medycznym procedurom przedurodzeniowym. Skoncentrowano się

Podmiotowości tej nie odbiera dziecku poczętemu ani fakt umiejscowienia w organizmie matki, ani też to, że cech przesądzających o pełnej samodzielności nabiera ono dopiero z momentem urodzenia. Gdy zaś chodzi o poddanie działaniom medycznym należy zauważyć, że płód stanowi obiekt zainteresowania lekarzy w zakresie, w jakim jest nim kobieta ciężarna. Artykuł 39 kodeksu etyki lekarskiej stanowi, że dziecko poczęte pozostaje dla lekarza równoprawnym – wspólnie z kobietą ciężarną – pacjentem.

¹⁷ M. Casini, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea*, Milano 2001, s. 10.

głównie na zagadnieniu podmiotowości i określeniu statusu beneficjenta działań lekarskich, nie odstępując od przyznanej dziecku poczętemu warunkowej (a niekiedy i bezwarunkowej) zdolności prawnej i niemożności samodzielnego przezeń podejmowania decyzji. W rozdziale drugim podjęto problem zakresu uprawnień rodziców w stosunku do dziecka poczętego. Rozważania oparto na atrybutach władzy rodzicielskiej przysługujących rodzicom w stosunku do ich nienarodzonego dziecka w zakresie realizacji uprawnienia do ochrony zdrowia ich dziecka. Rozdział trzeci poświęcony został zagadnieniu ukazania charakteru i dopuszczalności podejmowania działań medycznych w zakresie diagnostyki w ciąży o prawidłowym przebiegu oraz diagnostyki i terapii prenatalnej w ciąży podwyższonego ryzyka. Uwagę skoncentrowano głównie na zagadnieniu intensywności zabiegów medycznych oraz na problematyce ryzyka, którym są obciążone omawiane procedury zarówno dla dziecka poczętego, jak i jego matki. Dokonano tu także klasyfikacji procedur ze względu na krąg podmiotów poddawanych działaniom lekarza. Rozdział czwarty obejmuje zagadnienie podejmowania decyzji i wyrażania zgody na procedury diagnostyki i terapii płodu. Starano się wykazać, że uprawnienie do diagnostyki i leczenia już w fazie przedurodzeniowej nie ma stwarzać przywilejów po stronie nienarodzonego dziecka, np. w stosunku do matki, lecz prowadzić jedynie do zapewnienia należytej ochrony poprzez możliwość realizacji uprawnień, które z chwilą urodzenia realizowane będą już w ramach samodzielności pacjenta, jednak nadal poprzez działania reprezentujących dziecko rodziców. Przedstawiono propozycje uregulowania zakresu i sposobu wyrażania zgody na podjęcie działań lekarskich w ramach konkretnych procedur diagnostycznych i terapeutycznych.

Opracowanie zamyka problem uwzględnienia interesu dziecka poczętego w zakresie ochrony zdrowia w ramach procedur zdrowotnych, którym poddawana jest matka dziecka w związku z realizacją własnych uprawnień w zakresie ochrony zdrowia.

Analizy oparto na podstawie przepisów prawa cywilnego, a w szczególności rodzinnego, w niezbędnym zakresie uzupełnionych przez przepisy o charakterze administracyjnoprawnym oraz karnoprawnym. Wykorzystano również dorobek doktryny i orzecznictwa.

Analiza obowiązującego prawa stała się podstawą do zgłaszania licznych postulatów *de lege ferenda*.

Rozdział I

Status prawny podmiotu chronionego

1. Uwagi wstępne

W świetle art. 68 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia¹⁸. Na podstawie tego przepisu formułowane jest generalne uprawnienie do ochrony zdrowia obejmujące także uprawnienie do leczenia¹⁹. Obywatelom niezależnie od ich sytuacji materialnej państwo zapewnia równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze źródeł publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa m.in. ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.)²⁰.

¹⁸ Konstytucja RP – Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.). Szeroko na temat ochrony zdrowia M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Komentarz*, Kraków 2007, s. 31; D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2004, s. 256; A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004, s. 93; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002; J. Jończyk, *Ochrona zdrowia*, PiP 2007, z. 2, s. 3; T. Gardocka, *Niektóre zagadnienia ochrony zdrowia na tle Konwencji bioetycznej i polskiego prawa medycznego*, Medyczna Wokanda 2009, nr 1, s. 22–30.

¹⁹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego dalej jako TK z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98, gdzie stwierdza się, że z art. 68 ust. 1 Konstytucji należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia oraz obiektywny nakaz podejmowania przez władze publiczne takich działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa. Z kolei w orzeczeniu TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, Trybunał stwierdził, że treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest naturalnie jakiś abstrakcyjnie określony „stan zdrowia” poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności. Na ten temat także U. Drozdowicz, *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007, s. 80; A. Redelbach, *Prawo do korzystania z optymalnego stanu zdrowia*, *Prawa człowieka – model prawny* (w:) *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław 1991, s. 909; A. Kobińska, *Ograniczenie in vitro tylko dla małżeństwo*, *Prawo i Medycyna On Line* 2009, nr 1, artykuł dostępny na: www.prawoimedycyna.pl.

²⁰ M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2008, s. 59.

Ustawodawca przyznając generalne uprawnienie do ochrony zdrowia decyduje jednocześnie o sposobie realizacji tego uprawnienia w ramach możliwości finansowych państwa.

Przystępując do rozważań na temat ochrony zdrowia i jej realizacji w okresie prenatalnym wypada w pierwszej kolejności przywołać kilka definicji ustawowych obejmujących zagadnienie diagnostyki i terapii, a także szeroko rozumianej ochrony zdrowia, by następnie na ich podstawie ustalić, w jakim zakresie mogą one znaleźć zastosowanie w przypadku diagnostyki i leczenia płodu. Konieczne wydaje się także ustalenie, czy określeniem „każdy”, którego użyto w art. 68 ust. 1 ustawy zasadniczej objąć należy także płód, czy też określenie to odnosi się wyłącznie do człowieka już urodzonego. W udzieleniu odpowiedzi na powyższe pytania pomocne będzie dokonanie wykładni przepisów Konstytucji, ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.).

Analizę problemu wypada rozpocząć od art. 68 ust. 3 Konstytucji RP. Ustawodawca nakłada w tym przepisie na władze publiczne obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym oraz osobom w podeszłym wieku²¹. Mając świadomość, że cytowany przepis musi być komentowany w kontekście art. 68 ust. 2 Konstytucji, gdzie mowa jest o finansowaniu świadczeń, należy zauważyć, że grupą wyróżnioną, której zapewnia się szczególną opiekę zdrowotną, są kobiety ciężarne. Pozostawiając rozważania dotyczące finansowania tych świadczeń zdrowotnych, należy podkreślić, że kobieta ciężarna cieszy się szczególną uwagą ustawodawcy, gdy chodzi o ochronę jej zdrowia²². Nie sposób oczywiście poprzestać na językowej wykładni przepisu. Ustawodawcy nie chodziło, jak się wydaje, wyłącznie o zdrowie samej ciężarnej. Celowe jest przyjęcie, że szczególna uwaga ustawodawcy nie jest związana tylko i wyłącznie ze stanem zdrowia ciężarnej, ale podyktowana jest także ochroną stanu zdrowia płodu rozwijającego się w ciele kobiety. Ciężarna cieszy się bowiem szczególną opieką ustawodawcy nie ze względu na jej szczególne kwalifikacje

²¹ W. Skrzydło, *Konstytucja...*, wersja elektroniczna: LEX; Karta Praw Kobiety Rodzącej, dokument dostępny na stronie Rzecznika Praw Obywatelskich: www.rpo.gov.pl.

²² Zob. także P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 92; M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach...*, s. 31.

podmiotowe (jak w przypadku innych grup wymienionych w przepisie, tj. dzieci czy osób w podeszłym wieku), ale ze względu na swój stan fizjologiczny, jakim jest ciąża służąca i prowadząca, co do zasady, do urodzenia zdrowego dziecka.

Stanowisko to dodatkowo wzmacnia wykładnia art. 3 u.z.o.z.²³ W świetle tego przepisu świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania, w szczególności związane z: badaniem i poradą lekarską, leczeniem, badaniem i terapią psychologiczną, rehabilitacją leczniczą, **opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem, połogiem** oraz nad noworodkiem, opieką nad zdrowym dzieckiem, badaniem diagnostycznym, w tym z analityką medyczną, pielęgnacją chorych, pielęgnacją niepełnosprawnych i opieką nad nimi, opieką paliatywno-hospicyjną, orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia, zapobieganiem powstawaniu urazów i chorób poprzez działania profilaktyczne oraz szczepienia ochronne, czynnościami technicznymi z zakresu protetyki i ortodoncji, czynnościami z zakresu zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze. W cytowanym przepisie stanowisko ustawodawcy jest znacznie bardziej wyraźnie określone niż w samej Konstytucji. Wyraża on bowiem *expressis verbis*, że opieką medyczną (zdrowotną) obejmuje się nie tylko i wyłącznie samą ciężarną (ze względu wspomniany wyżej na stan fizjologiczny, w którym ona się znajduje), ale obejmuje się opieką ciężarną ze względu na płód²⁴. Co więcej, opieka ta – w postaci świadczeń zdrowotnych – dotyczy również płodu²⁵. W treści przepisu zwraca uwagę użyty przez ustawodawcę zaimiek „jej” w odniesieniu do płodu. Nie jest to rozwiązanie trafne. Użycie tego zaimka stanowi efekt przeoczenia czy skrótowego myślowego ustawodawcy i jak się wydaje zostało użyte w jego potocznym znaczeniu, w oderwaniu od instytucji prawa rzeczowego, choć w istocie może budzić wątpliwości co do przedmiotowego charakteru traktowania płodu²⁶. Nie można jed-

²³ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, s. 279; R. Tymiński, *Prawa pacjenta w zarysie czyli co warto wiedzieć idąc do lekarza*, Warszawa 2008, s. 7.

²⁴ Zob. art. 27 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm).

²⁵ Zob. K. Wojtczak, *Prawo dziecka do ochrony zdrowia* (w:) *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, praca zbior. pod red. T. Smoczyńskiego, Poznań 1999, s. 315.

²⁶ Zob. M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?* (w:) *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, pod red. J. Haberko, M. Łączkowskiej, Poznań 2005, s. 70.

nak wykluczyć, że ustawodawca, posługując się określeniem „jej płodu” w odniesieniu do kobiety ciężarnej, chciał podkreślić fakt niesamodzielnego charakteru działań medycznych udzielanych w postaci świadczeń zdrowotnych, którym poddany może być płód²⁷.

Przechodząc do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy człowiek w czasie swego życia płodowego korzysta z ochrony zdrowia przewidzianej w art. 68 Konstytucji, konieczne jest przyjęcie założenia, że świadczenia zdrowotne, którym jest poddawana kobieta ciężarna oraz płód stanowią właśnie egzemplifikację uprawnienia do ochrony zdrowia. Ustawodawca w art. 68 ust. 1 Konstytucji sformułował ogólny przepis, który po stronie każdego człowieka (obywatela) stwarza prawo podmiotowe do ochrony zdrowia²⁸. Ustawodawca nie przesądza, czy adresatem normy, a zarazem podmiotem, którego sytuacja, gdy chodzi o uprawnienie do ochrony zdrowia, jest w świetle tego przepisu kształtowana, jest także płód. A. Zoll uważa, i trudno nie zgodzić się z tym poglądem, że przepis art. 68 ust. 1 Konstytucji powinien być interpretowany wyłącznie w związku z art. 38 Konstytucji²⁹. W świetle drugiego z powołanych przepisów: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Autor twierdzi, że normą z art. 38 Konstytucji obejmować będzie się zarówno obywatele polskich, jak i cudzoziemców, a także „wszystkie istoty ludzkie od

²⁷ Zagadnienie to było przedmiotem moich wypowiedzi, stanowić będzie także przedmiot wywodu w dalszej części niniejszego opracowania. Zob. J. Haberko, *Prawne aspekty zgody ciężarnej kobiety na leczenie*, RPEiS 2007, z. 2, s. 93–107. Zob. także stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, gdzie stwierdza się, wprawdzie na podstawie przepisów konstytucyjnych już nie obowiązujących, niemniej jednak teza zachowuje swoją aktualność pod rządami obowiązującej Konstytucji RP, że „regulacją, na podstawie której można uznać życie dziecka poczętego za wartość konstytucyjną, jest także art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych, wskazujący na obowiązek ochrony macierzyństwa i rodziny. Zasadny jest pogląd, iż ochrona macierzyństwa nie może oznaczać wyłącznie ochrony interesów kobiety ciężarnej i matki. Użycie przez przepisy konstytucyjne określenia rzeczownikowego wskazuje na określoną relację pomiędzy kobietą a dzieckiem, w tym dzieckiem dopiero poczętym. Całość tej relacji na mocy art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych ma charakter wartości konstytucyjnej, obejmując tym samym życie płodu, bez którego relacja macierzyństwa zostałaby przerwana. Ochrona (...) macierzyństwa nie może być rozumiana jako ochrona realizowana wyłącznie z punktu widzenia interesów matki/kobiety ciężarnej”.

²⁸ A. Ostrzyżek, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle art. 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, PiM 2005, nr 21, s. 71; M. Śliwka, *Prawa pacjenta...*, s. 24; W. Terlecka, *Wolność pacjenta a sumienie lekarza (w): Prawa pacjenta a postawa lekarza*, pod red. K. Gibińskiego, Kraków 1996, s. 52.

²⁹ A. Zoll, *Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO*, PiM 2000, nr 8, s. 8; także B. Młodziejowski, *Kryminalistyczne i sądowo-medyczne aspekty prawa do życia – problematyka aborcyjna (w): red. O. Cabaj i in., Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie*, t. 1, Olsztyn–Bari 2007, s. 196–201; D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 218.

chwili poczęcia aż do śmierci³⁰. Podzielając pogląd reprezentowany przez A. Zolla na postawione na wstępie pytanie o to, czy płód jest adresatem normy z art. 68 ust. 1 Konstytucji, udzielić należy odpowiedzi twierdzącej. Podstawą przyjęcia powyższej tezy jako trafnej jest także dodatkowo stanowisko ustawodawcy wyrażone w art. 1 i art. 2 pkt 1 u.p.r.

Ustawodawca decyduje bowiem, że prawo do życia w fazie prenatalnej podlega ochronie i jednocześnie nakłada na organy administracji rządowej i samorządu terytorialnego obowiązek zapewnienia opieki medycznej kobietom w ciąży w szczególności przez opiekę prenatalną nad płodem i samą ciężarną³¹. Z kolei art. 2 ust. 2a u.p.r. nakłada na odpowiednie organy obowiązek stworzenia możliwości przeprowadzenia badań prenatalnych w sytuacji nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu płodu. Choć do zagadnienia przyjdzie powrócić w toku dalszych rozważań, w tym miejscu celowe jest poczynienie wzmianki, że podjęcie właśnie takich działań i przeprowadzenie badań służyć będzie dalszej diagnostyce oraz leczeniu i to już w okresie prenatalnym, bez potrzeby oczekiwania na urodzenie się człowieka. Językowa wykładnia przepisu pozwala dalej przyjąć, że ustawodawcy nakładającemu obowiązki chodziło zarówno o możliwość leczenia chorób u już urodzonych dzieci, jak i możliwość podjęcia leczenia jeszcze w okresie prenatalnym.

Stąd płyną dalsze wnioski, że zapewnienie opieki prenatalnej nad płodem służyć ma w pierwszej kolejności ochronie życia w okresie prenatalnym (płodowym), ale także ochronie zdrowia płodu, i to jeszcze przed urodzeniem. Nieuleczalne choroby zagrażające życiu płodu odnosić należy do sytuacji życia prenatalnego człowieka. Wystąpienie tego rodzaju schorzeń powinno skutkować medyczną opieką prenatalną, która będzie realizowana poprzez udzielanie świadczeń zdrowotnych obejmujących działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia

³⁰ A. Zoll, *Problemy służby zdrowia...*, s. 8; A. Ostrzyżek, *Prawo...*, s. 71; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 450.

³¹ Zob. stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, w sprawie zasady ochrony życia ludzkiego jako wartości konstytucyjnej stwierdził: „Z uwagi na funkcję macierzyństwa, konstytucyjna ochrona tej wartości nie jest podejmowana wyłącznie w interesie matki. Równorzędnym podmiotem tej ochrony musi być płód i jego prawidłowy rozwój. Obejmuje to w sposób oczywisty ochronę zdrowia dziecka poczętego i zakaz powodowania rozstroju zdrowia czy uszkodzenia ciała płodu”. Zob. także V. David, *La tutela giuridica dell'embrione umano. Legislazione italiana ed europea*, Istituto Siciliano di Bioetica, Acireale 1999, *passim.*; G. Conso, A. Saccucci, *Codice dei diritti umani. Nazioni Unite-Consiglio d'Europa*, Padova 2001, *passim.*; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime nozioni)*, Pol. dir. 1991, nr 3, s. 343 i n.; G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto*. Saggi, Torino 1993, s. 39.

oraz na stosowaniu innych działań medycznych wynikających z procesu leczenia, w szczególności związanych z: badaniem i poradą lekarską, leczeniem oraz opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem, położeniem oraz już po urodzeniu – nad noworodkiem. Oczywiście w sytuacji świadczeń obejmujących zachowanie, ratowanie, przywracanie i poprawę zdrowia płodu należy mieć na uwadze swoisty charakter tych działań medycznych wynikających z faktu, że oddziaływanie na płód odbywa się często pośrednio przez organizm matki. Oznacza to, że czynności podejmowane dla ratowania zdrowia płodu obejmować będą także organizm kobiety, a jednocześnie w sytuacji odwrotnej, tj. podjęcia działań zmierzających do poprawy zdrowia kobiety, świadczenia zdrowotne udzielane matce nie pozostaną obojętne dla zdrowia płodu³².

Reasumując poczynione wyżej rozważania wstępne, celowym jest przywołanie jeszcze stanowiska Trybunału Konstytucyjnego z orzeczenia z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19. Stanowisko to stanowić będzie punkt oparcia dla prezentowanych w niniejszym opracowaniu tez. W powołanym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny stwierdził bowiem, że: „konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia dziecka poczętego wywodzić należy przede wszystkim z konstytucyjnej wartości życia ludzkiego, także w fazie prenatalnej. Ochrona życia ludzkiego nie może być rozumiana wyłącznie, jako ochrona minimum funkcji biologicznych niezbędnych do egzystencji, ale jako gwarancje prawidłowego rozwoju, a także uzyskania i zachowania normalnej kondycji psychofizycznej, właściwej dla danego wieku rozwojowego (etapu życia). Bez względu na to, jak wiele czynników uzna się za istotne z punktu widzenia owej kondycji, nie ulega wątpliwości, iż obejmuje ona pewien optymalny, z punktu widzenia procesów życiowych, stan organizmu danej osoby, zarówno w aspekcie funkcji fizjologicznych, jak i psychicznych. Stan taki można utożsamić z pojęciem zdrowia psychofizycznego. Konstytucyjne gwarancje ochrony ludzkiego życia muszą więc w sposób konieczny obejmować także ochronę zdrowia; przepisy stanowiące podstawę tych gwarancji stanowią więc równocześnie podstawę do wnioskowania konstytucyjnego obowiązku ochrony zdrowia, bez względu na stopień rozwoju fizycznego, emocjonalnego, intelektualnego czy społecznego. Ponieważ życie ludzkie stanowi wartość

³² Zob. C.M. Manzoni, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, La Nuova giurisprudenza civile commentata 2002, t. 2, s. 119 i n.; F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino 2001, s. 97; P. Zatti, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, La Nuova giurisprudenza civile commentata 2001, t. 2, s. 149 i n.

konstytucyjną także w fazie prenatalnej, wszelka próba podmiotowego ograniczenia ochrony prawnej zdrowia w tej fazie musiałaby wykazać się niearbitralnym kryterium uzasadniającym takie zróżnicowanie”. Stanowisko, w myśl którego zdrowie ludzkie powinno podlegać ochronie prawnej także w fazie prenatalnej, znajduje – jak podniósł Trybunał Konstytucyjny – bezpośrednie potwierdzenie w Konwencji o prawach dziecka³³. Przywołany przez Trybunał Konstytucyjny art. 24 ust. 1 Konwencji stwierdza, że państwa-strony uznają prawo dziecka do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia, a art. 24 ust. 2 – iż państwa-strony będą starały się zapewnić pełne urzeczywistnienie tego prawa, a w szczególności będą podejmowały właściwe środki w celu zapewnienia matkom właściwej opieki prenatalnej i postnatalnej. Jednocześnie należy zauważyć, że w preambule do Konwencji stwierdza się, iż wszelkie działania dorosłych dotyczące dzieci powinny mieć na względzie przede wszystkim ich dobro, a jednocześnie troska i stosowna ochrona prawna należy się dziecku jeszcze przed urodzeniem³⁴. Bez względu więc – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – na brzmienie akapitu 10 preambuły do Konwencji, w świetle którego pojęcie dziecka użyte w Konwencji powinno obejmować także dziecko przed urodzeniem, przywołana powyżej treść art. 24 Konwencji zawiera bezpośrednią wskazówkę, że prawo do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia obejmuje swym zakresem także dziecko poczęte. Przyjęcie jako trafnego powyższego założenia daje podstawy do egzekwowania zobowiązania do zapewnienia matkom opieki prenatalnej. Zobowiązanie to nie zostało bowiem wprowadzone ze względu na interes samej kobiety ciężarnej, ale – jak wyraźnie stanowi to art. 24 ust. 2 – aby zapewnić pełne urzeczywistnienie prawa dziecka poczętego do ochrony zdrowia³⁵. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, i nie sposób nie podzielić tego stanowiska także w kontekście poczynionych uwag w świetle obowiązującego prawa polskiego, że w rozwiązaniach zakładających opiekę prenatalną ciężarnej chodzi w gruncie rzeczy o stworzenie gwarancji dla dziecka poczętego do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia³⁶.

³³ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526). T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 213.

³⁴ Zob. szerzej na ten temat T. Smyczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganey prokreacji ludzkiej* (w:) *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, pod red. J. Haberko, M. Łączkowskiej, Poznań 2005, s. 92–109.

³⁵ K. Wojtczak, *Prawo...*, s. 315.

³⁶ Teza 4 orzeczenia TK, K 26/96.

Na zakończenie uwag wprowadzających celowe wydaje się przywołanie nowego rozwiązania, które *expressis verbis* formułuje uprawnienie do otrzymania świadczeń zdrowotnych w ramach stanowiących przedmiot analizy procedur medycznych, jednak wyłącznie po stronie kobiety ciężarnej. Artykuł 7 ust. 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta³⁷ stanowi bowiem, że pacjentka ma prawo do uzyskania świadczeń zdrowotnych związanych z porodem³⁸. W ostatecznej wersji projektu ustawy autor projektu przyznaje uprawnienie do otrzymania świadczeń zdrowotnych pacjentce. Jednocześnie celowe wydaje się zasygnalizowanie, że wedle wcześniejszej wersji projektu omawianej ustawy o prawach pacjenta rozpatrywany tu przepis brzmiał następująco: „Pacjent ma prawo do uzyskania świadczeń zdrowotnych w sytuacji porodu”. Autor projektu we wcześniejszej jego wersji nie precyzował, kto w sytuacji porodu pozostaje pacjentem. Pewną wskazówką interpretacyjną przy określeniu zakresu podmiotowego świadczeń udzielanych w sytuacji porodu mógł jednak stanowić przepis art. 3 ust. 1 pkt 2 wówczas jeszcze projektu u.p.p., zawierający definicję legalną pacjenta. W świetle tego przepisu pacjentem była osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny³⁹. Wydaje się, że wobec doświadczenia życiowego i zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, której standardy określono także dla sytuacji ratowania życia i zdrowia płodu/novorodka w trakcie porodu, celowym byłoby przyjęcie, że pacjentem pozostawała zarówno kobieta ciężarna, jak i dziecko poczęte, które w wyniku przeprowadzonego porodu miało szansę urodzić się żywe i zdrowe. Od rozwiązania tego odstąpiono ostatecznie i ostatnia wersja projektu ustawy, jak i sama ustawa o prawach pacjenta przyjmują, że świadczenia udzielane w trakcie porodu przysługują bezpośrednio i wyłącznie pacjentce⁴⁰.

³⁷ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 z późn. zm.).

³⁸ Prace Sejmu RP VI kadencji: druki sejmowe nr 283 oraz 763 – dostępne na stronie: www.sejm.gov.pl.

³⁹ Pojęcie pacjenta szeroko analizuje J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 10 i n.

⁴⁰ M. Śliwka (w.): *Ustawa o Prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, pod red. M. Nesterowicza, Warszawa 2009, s. 60–61 analizuje, czy udzielenie świadczeń zdrowotnych pacjentce w czasie porodu następuje z pominięciem procedur kolejnościowych, oraz czy świadczenia te mieszczą się w zakresie procedur natychmiastowego udzielenia ze względu na stan zagrożenia

Mając na uwadze powyższe rozważania i przechodząc do podjęcia próby zdefiniowania pozycji prawnej podmiotu współpoddawanego działaniom lekarskim, nie sposób tracić z pola widzenia faktu, że określenie tego statusu, a zarazem pozycji podmiotu będącego głównym beneficjentem świadczeń w ramach medycznych procedur przedurodzeniowych o charakterze diagnostycznym bądź leczniczym w polskim systemie prawnym nie stanowi łatwego zadania, przeciwnie – status ten jest efektem pewnego kompromisu wypracowanego zarówno przez ustawodawcę, doktrynę, jak i orzecznictwo⁴¹.

Nie ulega wątpliwości, że mowa jest tu o pojmowanym z różnych punktów widzenia i od strony różnych gałęzi prawa statusie dziecka poczętego, którego to jednak statusu nie sposób dalej rozpatrywać w oderwaniu od ochrony, której ustawodawca udziela człowiekowi w fazie rozwoju płodowego ani też wyłącznie na podstawie przepisów prawa cywilnego. O ile bowiem te, wywodząc swe źródło jeszcze z prawa rzymskiego, przyjmują, że dziecko poczęte ma tzw. warunkową zdolność prawną, której definitywne nabycie uzależnione jest od żywego urodzenia, o tyle kompleksowo ujęta sytuacja dziecka poczętego, obejmująca jego uprawnienie do ochrony życia i zdrowia, a zatem także do diagnostyki i leczenia w ramach procedur przedurodzeniowych, nie może być rozpatrywana w oderwaniu od przepisów innych gałęzi prawa, w szczególności prawa konstytucyjnego, karnego oraz prawa regulującego zasady wykonywania zawodu lekarza.

Określenie sytuacji prawnej dziecka poczętego komplikuje to, że ustawodawca nie zachowuje jednolitej terminologii w przepisach prawa cywilnego, w tym rodzinnego oraz prawa karnego. Ponadto sprawę dodatkowo komplikuje fakt, że dopuszczając możliwość przerwania ciąży nie posługuje się w ogóle określeniem dziecko poczęte, a przedmiotem ochrony zdaje się czynić wyłącznie ciążę. Status prawny dziecka poczętego i zakres nadawanej mu ochrony prawnej, w tym również odnoszącej się do prawa do życia i ochrony zdrowia, uzależniony pozostaje w dużej mierze od kształtu i zakresu przepisów dopuszczających przerwanie ciąży.

Nie sposób pominąć w prezentowanym wywodzie faktu, że zakres przyznawanej dziecku poczętemu ochrony prawnej nie był niezmienny

życia lub zdrowia; zob. także A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 55.

⁴¹ O możliwych modelach ochrony prawnej dziecka poczętego: A. Loiodice, *Il protagonista della vita (l'embrione) nell'incertezza delle discipline giuridiche: profili costituzionali* (w:) A. Tarantino (red.), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano 1997, s. 125.

i kształtował się w zależności od szeregu czynników, w tym także politycznych, jak również faktu, że w zależności od tych czynników kształtował się zakres dopuszczalnych badań przedurodzeniowych⁴².

2. Sytuacja dziecka poczętego w polskim prawie

Polski ustawodawca przyjmuje jako generalną zasadę, że życie ludzkie jest dobrem o charakterze fundamentalnym, nakłada też na państwo obowiązek troski o życie i zdrowie człowieka. W art. 1 u.p.r. w pierwotnym brzmieniu tej ustawy wprowadzono zasadę, w świetle której „każda istota ludzka miała od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia”, co więcej ustawodawca założył, że życie i zdrowie dziecka od chwili poczęcia miało pozostawać pod ochroną prawa. Prezentowane stanowisko ustawodawcy już w pierwszym odruchu nasuwa czytelnikowi następujące refleksje, które zresztą były przedmiotem rozważań przez cały czas obowiązywania ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, niezależnie od późniejszych zmian w przepisach kodeksu karnego. Mianowicie, w art. 1 określającym obowiązki państwa w zakresie troski o życie i zdrowie obywateli pojawiło się określenie „życie ludzkie jako fundamentalne dobro człowieka” oraz „każda istota ludzka od chwili poczęcia”, jednocześnie jednak w tytule ustawy mowa była o ochronie płodu i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Dlatego pojawia się pytanie: czy „płód” i jego ochrona, o których mowa w tytule ustawy, to ten sam podmiot, co „każda istota ludzka”, o której mowa w art. 1 u.p.r.?

⁴²Prace nad projektem ustawy regulującej warunki i dopuszczalność przeprowadzania badań przedurodzeniowych, a także przerywania ciąży w ostatnich dziesięcioleciach toczyły się z przerwami od początku transformacji systemu prawnego państwa. W 1990 roku zapoczątkowano prace parlamentarne nad ustawą o ochronie prawnej dziecka poczętego. Pierwszy projekt przewidywał generalny zakaz aborcji. Rygorystyczne stanowisko wypracowane podczas prac Senatu przewidujące całkowity zakaz dokonywania przerywania ciąży mogłoby jedynie być złagodzone w myśl autorów projektu dopuszczalnością przerywania ciąży w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia matki bądź wskazaniami prawnymi. Wkrótce pojawił się kolejny projekt ustawy z marca 1991 r., zakładający poszerzenie przyjmowanych także we wcześniejszym projekcie wskazań medycznych i prawnych o wskazania eugeniczne i socjalne oraz istotne powody osobiste kobiety ciężarnej. Oba projekty nie doczekały się jednak ustawowego urzeczywistnienia. Nie oznaczało to jednak końca dyskusji i prawnej refleksji ustawodawcy nad sytuacją prawną dziecka poczętego, nawet jeśli o sytuacji tej dyskutowano w kontekście dopuszczalności przerywania ciąży. Fakt uchwalenia ustawy o planowaniu rodziny z 1993 roku stanowić będzie przedmiot dalszych rozważań. Prace nad projektem ustawy szczegółowo omawia zaś K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin 2001, s. 127 i n.

Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie miałaby być pozytywna, pojawia się natychmiast pytanie: dlaczego zatem ustawodawca zdecydował się na takie rozwiązanie terminologiczne, tym bardziej, że w samej ustawie na takim nie poprzestał? Konsekwentnie zmieniając ówczesnie obowiązujący kodeks karny, wprowadził do niego art. 23b § 1, który stanowił, „**dziecko poczęte** (podkreśl. – J.H.) nie może być przedmiotem działań innych niż te, które służą ochronie jego lub jego matki”⁴³.

Trafnie zauważa w tym miejscu O. Nawrot, że wszelkie działania podejmowane w stosunku do dziecka poczętego musiały mieć na celu ochronę prawidłowego rozwoju tego dziecka i nie powodować jakiegokolwiek zagrożenia dla życia lub zdrowia nienarodzonego⁴⁴.

Brak konsekwencji ustawodawcy zdaje się być jedynie pozorny. Ustawodawca, pomimo że odnosząc się do statusu i ochrony tego samego podmiotu posługuje się różnymi określeniami, czyni to w miarę konsekwentnie, a sam dobór słownictwa podyktowany jest ugruntowanym w języku powszechnym użyciem poszczególnych określeń. Co więcej, ustawodawca zapewnia ochronę dziecku poczętemu także przez to, że jedynie wyjątkowo dopuszcza przypadki działań, które mogłyby narużyć integralność fizyczną i psychiczną rozwijającego się dziecka. Dopuszczalność przeprowadzenia badań przedurodzeniowych zostaje jednak uzależniona od szeregu czynników. Jak się wydaje, takie stanowisko ustawodawcy służyć ma ochronie życia. Ustawodawca wychodzi z założenia, że potwierdzenie diagnozy związanej bądź z obciążeniem genetycznym, bądź chorobą genetyczną czy uszkodzeniem płodu mogłoby skutkować przerwaniem ciąży⁴⁵. Jako generalną zaś zasadę przyjął on ochronę życia dziecka poczętego.

⁴³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.).

⁴⁴ Znalazło to oczywiście wyraz w regulacji dopuszczalności przeprowadzenia badań prenatalnych, gdzie jednak znów niekonsekwentnie posłużono się określeniem podmiotu podlegającego ochronie. W świetle komentowanego przepisu badania takie mogły być przeprowadzone, gdy: 1) dziecko poczęte należało do rodziny obciążonej genetycznie, 2) istniało podejrzenie występowania choroby genetycznej możliwej do wyleczenia, zalecenia bądź ograniczenia jej skutków w okresie płodowym, 3) istniało podejrzenie ciężkiego uszkodzenia płodu. O. Nawrot, *Nienarodzony na ławie oskarżonych*, Toruń 2007, s. 282; K. Wiak, *Prawna ochrona dziecka poczętego w Polsce – przemiany i aktualny stan prawny*, artykuł dostępny na stronie: www.srk.opoka.org.pl/srk/srk_pliki/dokumenty/ochronadzpocz.htm.

⁴⁵ Ówczesny pogląd polskiego ustawodawcy zdaje się znajdować potwierdzenie w pracach niektórych przedstawicieli nauki, którzy przyjmują, że z dopuszczalnością badań prenatalnych wiąże się ryzyko złamania przynajmniej czterech fundamentalnych zasad. Zasady te należy wiązać z przyznaniem człowiekowi i nadprzyrodzonym prawem do życia. Pojawia się bowiem niebezpieczeństwo odmowy człowiekowi, u którego w wyniku badań prenatalnych stwierdzi się wady, prawa do życia

Szeroki zakres ochrony przyznanej dziecku poczętemu wprowadzony ustawą o planowaniu rodziny z 1993 r. został uzupełniony nowymi przepisami w kodeksie karnym. Polegały one na wprowadzeniu sankcji dla osoby powodującej śmierć oraz uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu⁴⁶.

Pierwszy z wprowadzonych nowelizacją przepisów – art. 149a k.k. z 1969 r. stanowił, że podlega karze pozbawienia wolności do lat 2 osoba, która powoduje śmierć dziecka poczętego. Wprowadzał zatem karalność przerwania ciąży. Czyn określany był jako śmierć dziecka poczętego. Karalność przerwania ciąży została wyłączona w stosunku do określonej grupy osób, do której ustawodawca zaliczył matkę (kobietę ciężarną) oraz lekarza dokonującego przerwania ciąży w sytuacjach określonych w ustawie⁴⁷.

Wyłączenie karalności przerwania ciąży zostało decyzją ustawodawcy ograniczone do następujących sytuacji:

- po pierwsze, gdy ciąża stanowiła zagrożenie dla życia lub poważne zagrożenie dla zdrowia matki,
- po drugie, gdy śmierć dziecka poczętego nastąpiła wskutek działań podjętych dla ratowania życia matki albo dla przeciwdziałania poważnemu uszczerbkowi na zdrowiu matki,
- po trzecie, badania prenatalne wskazywały na ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu,
- i wreszcie, gdy zachodziło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego⁴⁸.

Nowy art. 156a k.k. z 1969 r. wprowadzał odpowiedzialność karną, w postaci zagrożenia karą ograniczenia wolności do lat dwóch, w stosunku

i prawa do urodzenia. Dalej, godząc się na swoistą niespójność systemową, dopuszcza się dokonanie aborcji (co więcej, czyniąc jej uprawnieniem) w wyniku stwierdzenia wad u płodu, co w naturalny sposób narusza zasadę równości, prawo do ochrony integralności fizycznej i psychicznej oraz godzi w podmiotowość człowieka, którego dyskryminuje się ze względu na stwierdzone defekty natury fizycznej bądź genetycznej. Szerzej na ten temat G. Gambino, *Diagnosi prenatale...*, s. 378.

⁴⁶ K. Wiak, *Prawna ochrona...*

⁴⁷ W. Lang, *The Legal Status of the Human Foetus* (w:) D. Evans, (red.), *Conceiving the Embryo, Ethics, Law and Practice in Human Embryology*, Hague–London–Boston 1996, s. 253.

⁴⁸ Surowszą odpowiedzialność wprowadzał ustawodawca w stosunku do osób, które spowodowały śmierć dziecka poczętego przez zastosowanie przemocy wobec ciężarnej albo działające bez jej zgody, podobnie jak osoby, które groźbą bezprawną albo podstępem doprowadziły matkę dziecka poczętego do pozbawienia go życia.

do osoby, która spowodowała uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu⁴⁹.

Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży wprowadziła zmiany również do kodeksu cywilnego⁵⁰. O ile zmiany w prawie karnym dotyczyły jedynie rozszerzenia prawnej ochrony przyznanej dziecku poczętemu i wprowadzenia karalności spowodowania śmierci tego dziecka, o tyle zmiany w prawie cywilnym objęły zarówno prawną ochronę życia i zdrowia, jak i wpłynęły na zakres zdolności prawnej dziecka poczętego.

Pierwsza ze zmian dotyczyła ochrony integralności fizycznej i prawa do ochrony zdrowia i życia w okresie rozwoju płodowego. Pozycję nienarodzonego dziecka wzmocnił ustawodawca wprowadzeniem do kodeksu cywilnego art. 446¹, w świetle którego z chwilą urodzenia dziecko mogło żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem, i to od momentu poczęcia. Druga ze zmian wiązała się zaś z nadaniem dziecku poczętemu bezwarunkowej zdolności prawnej w zakresie praw niemajątkowych. Nastąpiło to poprzez nowelizację art. 8 k.c. i nadanie dotychczasowemu brzmieniu przepisu kształtu jednostki redakcyjnej oznaczonej § 1 oraz dodanie § 2, w którym określona została warunkowa zdolność prawna dziecka poczętego w zakresie praw i obowiązków o charakterze majątkowym. Warunkowość uzyskania praw i obowiązków o charakterze majątkowym przejawiała się w tym, że nabycie następowało wraz ze ziszczeniem się warunku w postaci żywego urodzenia⁵¹.

Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w kształcie nadanym jej przez ustawodawcę w 1993 roku wprowadziła daleko idącą i stosunkowo szeroką ochronę prawną dziecka poczętego. Była to jednak regulacja obciążona pewnymi wadami objawiającymi się przede wszystkim wątpliwościami interpretacyjnymi oraz uproszczeniami. Wzmiankowano wyżej, że ustawodawca posłużył się niejednolitą terminologią zarówno w tytule ustawy, jak i w konsekwentnie wprowadzonych do kodeksu karnego przepisach art. 23b, art. 149a § 1 oraz art. 156 § 1 k.k. z 1969 r. Wątpliwości w tym zakresie – jak zauważa się w literaturze przedmiotu – są podstawowe i dotyczą konsekwencji niejasności terminologicznych. Nie jest mianowicie jasne, czy

⁴⁹ K. Wiak, *Ochrona...*, s. 130 i n.; K. Wiak, *Prawna ochrona...*

⁵⁰ T. Sokołowski (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 54.

⁵¹ M. Pazdan (w:) M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 938.

nazwą „płód” objąć można również „dziecko poczęte”. Czy są to te same podmioty, którym ustawodawca zapewnia ochronę, czy też nie. Po drugie, czy przedmiotem ochrony w przepisach kodeksu karnego jest życie nienarodzonej istoty ludzkiej, czy też dziecko poczęte i jego życie traktowane muszą być jako dobro *sui generis*⁵².

Ustawodawca nie udzielał jasnej odpowiedzi na postawione pytania, nie rozstrzygał też definitywnie innych wątpliwości. A te rodziły się w związku z przyjęciem daleko posuniętego zakresu ochrony istoty ludzkiej. Pojawiała się bowiem wątpliwość, którą analizuje O. Nawrot: skoro nadaje się ochronę istocie ludzkiej od momentu poczęcia, to czy nie należałoby w takim razie pociągać do odpowiedzialności karnej osób, które zajmując się medycznym wspomaganiem ludzkiego rozrodu i stosując techniki polegające na zapłodnieniu pozaustrojowym narażają na „śmierć” embriony nadliczbowe? Podobnie, równie rygorystyczne stanowisko wiązałoby się z zakwestionowaniem dopuszczalności stosowania środków antykoncepcyjnych o charakterze wczesnoporonnym⁵³. I wreszcie wątpliwość w żaden sposób nieznaną logicznego uzasadnienia i, co ważniejsze, nierozwiązana przez ustawodawcę w sposób definitywny, a mianowicie polegająca na wyłączeniu odpowiedzialności karnej matki w sytuacji zamachów na istotę ludzką rozwijającą się w jej ciele⁵⁴.

Wątpliwości interpretacyjne skłoniły ustawodawcę do zmiany stanowiska i zawężenia ochrony przyznanej człowiekowi w fazie prenatalnej. Wynikiem tego była nowelizacja ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży dokonana w 1996 r.⁵⁵ Wprowadziła ona istotne zmiany już w samym modelu ochro-

⁵² O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 284.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ K. Wiak, *Ochrona...*, s. 130 i n.; O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 284.

⁵⁵ Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w kształcie, jaki otrzymała w 1993 r., zyskała zarówno zwolenników, jak i przeciwników. Silna pozycja dziecka poczętego w zakresie prawa do życia, zakres udzielanej mu ochrony przewidziany tak w prawie cywilnym, jak i karnym, oraz potwierdzenie zdolności prawnej na gruncie prawa cywilnego wywołały ożywioną dyskusję, której zwieńczeniem było wniesienie do Sejmu projektu ustawy zakładającej liberalizację przepisów dotyczących przerywania ciąży, a tym samym zmieniających pozycję dziecka poczętego i zakres przyznawanej mu ochrony. Prace nad zmianami ustawy trwały od złożenia projektu w grudniu 1993 r., przez uchwalenie ustawy 11 czerwca 1994 r., o losie której przesądziło weto prezydenta (Prezydent L. Wałęsa odmówił podpisania ustawy powołując argument, że wejście w życie ustawy w zmienionym kształcie doprowadziłoby do niespójności norm prawa karnego. W sytuacji, która mogłaby powstać w wyniku zmiany, prawo do życia musiałoby wedle argumentacji Prezydenta ustąpić prawu do wygodnego życia kobiety), aż do ponownej nowelizacji po wniesieniu projektu w grudniu 1995 r. i uchwaleniu ustawy w dniu

ny dziecka poczętego. Ochrona ta stała się nieporównywalnie mniejsza. Odtąd państwo miało za zadanie gwarantować poszanowanie prawa do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu potomstwa oraz zapewniać prawo dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa, a także gwarantować środki umożliwiające korzystanie z tego prawa.

Oktawian Nawrot zauważa w tym miejscu, że już zmiana preambuły w ustawie decyduje o przeniesieniu środka ciężkości, gdy chodzi o zakres ochrony przyznawanej dziecku poczętemu, co więcej, rodzi skutek tego rodzaju, że konieczne jest także dokonanie zmiany w treści przepisu art. 1 u.p.r.⁵⁶ Przepis w nowym brzmieniu nie nakładał już na państwo obowiązku ochrony życia ludzkiego od momentu poczęcia aż do śmierci, a jedynie zapewniał o ochronie, w tym również w fazie prenatalnej, jednak – co istotne – w granicach przewidzianych w ustawie. Pojawiła się również kolejna zmiana w zakresie stosowanej terminologii. O ile pierwotnie państwo zapewniało opiekę medyczną nad dzieckiem poczętym i jego matką, o tyle zmienione przepisy zakładały opiekę prenatalną nad płodem oraz opiekę medyczną nad kobietą w ciąży⁵⁷.

Zakres ochrony udzielanej dziecku poczętemu zostaje ponadto doprecyzowany w sposób negatywny poprzez wskazanie sytuacji, w których tej ochrony nie udziela się, co więcej, kiedy możliwe jest dokonanie przerwania ciąży. Ustawodawca wprowadził do u.p.r. nowe przepisy art. 4a i 4b, które charakteryzowały sytuacje legalnego przerwania ciąży⁵⁸.

30 sierpnia 1996 r. Warto zauważyć, że ostateczny kształt ustawy nie odpowiadał pierwotnemu tekstowi projektu i w trakcie prac w komisjach uległ on daleko posuniętej modyfikacji. O szczegółach pisze O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 287; K. Wiak, *Prawna ochrona...*; M. Casini, *Bioetica e diritti umani*, Roma 2007, s. 51. Ustawa 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 (Dz. U. Nr 139, poz. 646).

⁵⁶ O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 286.

⁵⁷ O szczegółach i konsekwencjach w sferze prawa tak przeprowadzonego zabiegu: K. Wiak, *Ochrona...*, s. 149.

⁵⁸ Aborcji w świetle art. 4a u.p.r. w znowelizowanym brzmieniu mógł dokonać lekarz, jeżeli: 1) ciąża stanowiła zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, 3) zachodziło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, 4) kobieta ciężarna znajdowała się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej. Taki kształt warunków obejmujących dopuszczalność przerwania ciąży musi jednak zostać uzupełniony pewnym doprecyzowaniem, którego dokonał ustawodawca. Dodatkową przesłanką, wpływającą na możliwość dokonania przerwania ciąży bądź też wyłączającą taką możliwość, był stan rozwoju płodu bądź czas trwania ciąży. Nie ulega wątpliwości, że chodzi tu o prenatalny wiek dziecka poczętego. Ustawodawca, zmieniając optykę legislacyjną i odchodząc od zapewnienia szerokiej ochrony, zdecydował się na pomijanie

Minimalizacja ochrony zapewnionej dziecku poczętemu poprzez liberalizację ustawy dotknęła również prawo karne. Dla zachowania spójności systemowej konieczne okazało się bowiem usunięcie pewnych przepisów regulujących zakres dopuszczalnych badań prenatalnych⁵⁹, odpowiedzialność za spowodowanie śmierci dziecka poczętego⁶⁰ oraz odpowiedzialność za uszkodzenia prenatalne⁶¹. Zmiany w zakresie prawa karnego objęły także dodanie pewnych przepisów do kodeksu karnego, by wspomnieć tu o nowym art. 152a k.k. z 1969 r. przewidującym odpowiedzialność karną w stosunku do osoby, która stosując przemoc wobec kobiety ciężarnej albo w inny sposób doprowadza bez jej zgody do przerwania ciąży, albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do przerwania ciąży. Ustawodawca przewidywał zagrożenie w tej sytuacji od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności. Kwalifikowaną postacią przestępstwa stanowił czyn opisany wyżej, w sytuacji gdy płód osiągnął zdolność do samodzielnego życia poza organizmem ciężarnej; wówczas zagrożenie karą pozbawienia wolności wynosić miało od 2 do 10 lat.

Artykuł 157 § 2 k.k. wprowadzał dalsze kwalifikowane postaci przestępstw polegających na przerwaniu ciąży: jeżeli w wyniku działań sprawcy w sytuacjach opisanych wyżej dochodziło do śmierci kobiety ciężarnej, okres pozbawienia wolności nie mógł być krótszy niż 2 lata. I wreszcie zgodnie z art. 152b k.k. z 1969 r. wprowadzono zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 2 w sytuacji przerwania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej,

w uchwalanych przez siebie przepisach określić, które by wskazywały na fakt, iż płód jest dzieckiem poczętem, a stan kobiety objawiający się ciążą w istocie prowadzi do urodzenia dziecka. Przerwanie ciąży było bowiem możliwe w każdym czasie jedynie w pierwszym z warunków zakładających dopuszczalność dokonania aborcji, czyli w sytuacji zagrożenia życia bądź zdrowia kobiety ciężarnej. W pozostałych przypadkach dopuszczalność przerwania ciąży dookreślona została terminem końcowym. W sytuacji, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, termin ten określony został (mało precyzyjnie) jako chwila osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia. W pozostałych dwóch przypadkach przerwanie ciąży dopuszczalne było do upływu terminu 12 tygodni, licząc od początku ciąży. O ile w przypadku wyznaczenia terminu 12 tygodni sprawa wydaje się być w miarę klarowna, gdy przyjmowało się powszechnie stosowane medyczne kryterium obliczania czasu trwania ciąży poczynając od pierwszego dnia ostatniego normalnego krwawienia miesięcznego, o tyle określenie możliwości dokonania zabiegu poprzez zastosowanie klauzuli generalnej nieosiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia mogło budzić wątpliwości. Stosowanie tego kryterium wiązało się bowiem z koniecznością daleko posuniętej uznaniowości.

⁵⁹ Skreślono art. 23b k.k. z 1969 r., którego treść, podobnie jak przepisów art. 149a i art. 156a k.k. z 1969 r., powołano w toku rozważań.

⁶⁰ Skreślono art. 149a k.k. z 1969 r.

⁶¹ Skreślono art. 156a k.k. z 1969 r.

ale wbrew przepisom ustawy⁶². Jeżeli jednak w ostatnim wskazanym przypadku płód osiągnął zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, to wówczas kara pozbawienia wolności wynosić miała od roku do 8 lat⁶³.

Zmiany wprowadzone do u.p.r. objęły swoim zakresem także kodeks cywilny, a co za tym idzie, odbiły się na sytuacji cywilnoprawnej dziecka poczętego. Ponownie zmianie uległa treść art. 8 k.c. oraz art. 446¹ k.c. Nowelizacja wprowadzona do kodeksu cywilnego skutkowałą zmianą w zakresie ochrony przyznanej dziecku poczętemu oraz zmianą w kształcie przepisu regulującego zdolność prawną tego podmiotu. Ustawodawca zdecydował się bowiem wykreślić wprowadzoną w 1993 roku zmianę polegającą na określeniu warunkowej zdolności prawnej dziecka poczętego w zakresie stosunków majątkowych. Wykreślenie § 2 z art. 8 k.c. i nadanie treści art. 8 k.c. pierwotnego brzmienia nie zmieniło jednak w sposób istotny – wedle dominującego stanowiska doktryny – zakresu i charakteru zdolności prawnej dziecka poczętego w odniesieniu do jego praw majątkowych⁶⁴. Istotnej zmianie uległ natomiast art. 446¹ k.c. Do cytowanego przepisu dodano zdanie, w myśl którego dziecko nie mogło dochodzić roszczeń z tytułu szkód doznanych przed urodzeniem w stosunku do matki.

Nowelizacja ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży ponownie spotkała się z krytyką. Zarzucono jej, że nie realizuje i, co więcej, narusza wyrażoną w Konstytucji zasadę demokratycznego państwa prawnego⁶⁵. Podnoszono, że system prawny nie może negować przyrodzonych praw człowieka, za jakie uznaje się powszechnie prawo do życia.

Wypada podzielić w tym miejscu pogląd wyrażony w literaturze, a zgłoszony pierwotnie w formie zastrzeżenia przez grupę senatorów, że w znowelizowanej postaci ustawy ustawodawca świadomie pozbawił dziecko poczęte statusu człowieka, a ponadto uchylił jego ochronę w fazie prenatalnej zarówno w prawie cywilnym, jak i karnym, naruszając przy tym przepisy obowiązującej Konstytucji⁶⁶.

⁶² O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 288 i n.

⁶³ K. Wiak, *Ochrona...*, s. 157 i n.

⁶⁴ T. Sokołowski, *Cywilnoprawna ochrona człowieka przed jego narodzeniem* (w:) *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, Olsztyn 2002, s. 106–116; Z. Monkiewicz, *O konsekwencjach prawnych skreślenia art. 8 § 2 kodeksu cywilnego* (w:) *Biuletyn BSE. Ekspertyzy i opinie prawne* 1996, s. 51.

⁶⁵ O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 290.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 291.

Z punktu widzenia ochrony interesu dziecka poczętego z najcięższymi zarzutami musiała się jednak spotkać dopuszczalność przerwania ciąży w sytuacji przewidzianej w art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r. w nowym brzmieniu, tzn. w przypadku ciężkich warunków życiowych lub trudnej sytuacji osobistej kobiety ciężarnej. Dopuszczalności przerwania ciąży w takiej sytuacji zarzucono naruszenie zasady sprawiedliwości społecznej wyrażonej w utrzymanych w mocy przepisach Konstytucji⁶⁷. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że mogącą powstać sytuację ciąży pojawiającej się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej samej kobiety ciężarnej rozwiązywano kierując się wyłącznie interesem kobiety, nie zaś interesem dziecka poczętego. Priorytet nadano zatem w nowelizacji interesom kobiety. Co więcej, interesy te oznaczać mogły nawet wygodne życie bez niezamierzonej ciąży w sytuacji, która nie była dla samej kobiety korzystna. Tak interpretowany interes kobiety stawiano wyżej niż interes prawny dziecka poczętego przejawiający się w prawie tego ostatniego do życia⁶⁸.

Przepisom ustawy w znowelizowanej postaci zarzucono także dyskryminację dziecka poczętego przez to, że odmawiano mu prawa do życia oraz nie przyznawano zdolności prawnej. Taka sytuacja prowadziła rzecz jasna do pewnych wątpliwości i niespójności. Musiało mianowicie pojawić się pytanie, czy należy w ogóle przyznać uprawnienie do decydowania przez kobietę o możliwości dokonania przerwania ciąży, jeżeli znajdowała się ona w ciężkich warunkach osobistych lub trudnej sytuacji życiowej, gdy jednocześnie zapewniało się ochronę macierzyństwa. Wyrażona w art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych zasada ochrony macierzyństwa doznawała więc w możliwości podjęcia przez kobietę decyzji o przerwaniu ciąży istotnego pogwałcenia.

Przedstawione zarzuty stały się podstawą do skierowania wniosku do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zbadania zgodności dokonanej nowelizacji u.p.r. z pozostałymi w mocy przepisami konstytucyjnymi⁶⁹. Przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego było ustalenie, czy, a je-

⁶⁷ Zob. przepisy konstytucyjne pozostawione w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426 z późn. zm.).

⁶⁸ K. Wiak, *Prawna ochrona...*

⁶⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego szczegółowo omawiam wspólnie z M. Casini w artykule: J. Haberko, M. Casini, *Lo status del concepito nell'ordinamento giuridico polacco*, *Medicina e Morale* 2008, nr 8, s. 997–1012.

zeli tak, to: w jakim zakresie przepisy polskiego prawa konstytucyjnego chronią życie i zdrowie nienarodzonego człowieka⁷⁰.

W orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 roku (K 26/96) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 roku o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw w zakresie, w jakim uzależnia on ochronę życia w fazie prenatalnej od decyzji ustawodawcy zwykłego był niezgodny z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy przez to, że naruszał konstytucyjne gwarancje ochrony życia ludzkiego w każdej fazie jego rozwoju⁷¹.

Podobnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w sprawie konstytucyjności art. 1 pkt 5 ustawy nowelizującej u.p.r. z 1996 r. w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r. Trybunał podniósł, że przepis ten jest niezgodny z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy przez to, że „legalizuje przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługuje się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego”⁷². Za niekonstytucyjne ze względu na naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego oraz ograniczenie zasady równości uznane zostało także pozbawienie dziecka poczętego możliwości dochodzenia swych roszczeń wobec matki za szkody doznane w okresie prenatalnym⁷³. Trybunał Konstytucyjny uznał także niekonstytucyjny charakter art. 3 pkt 1 oraz pkt 4 ustawy nowelizującej u.p.r. przez to, że pierwszy z wymienionych przepisów naruszył gwarancje konstytucyjne odnoszące

⁷⁰ Polskie prawo konstytucyjne nie zawierało bowiem wyrażonej *expressis verbis* w przepisach konstytucyjnych zasady ochrony życia, niemniej jednak nie mogło to oznaczać w opinii Trybunału, iżby życiu ludzkiemu i jego ochronie nie przyznać miana wartości konstytucyjnej. Zauważa się w literaturze, że zasada, o której mowa, mogła być na gruncie przepisów konstytucyjnych obowiązujących w chwili orzekania przez Trybunał Konstytucyjny wywiedziona z art. 1 przepisów konstytucyjnych pozostających w mocy, gdzie mowa była o tym, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Zob. O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 290; K. Wiak, *Prawna ochrona...*

⁷¹ Zob. przepisy konstytucyjne pozostawione w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426 z późn. zm.).

⁷² Teza 3 orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19.

⁷³ Teza 5 ww. orzeczenia TK.

się do ochrony zdrowia dziecka poczętego i jego niezakłóconego rozwoju, drugi zaś ograniczył prawną ochronę zdrowia dziecka poczętego do tego stopnia, że pozostałe środki prawne nie spełniają wymogów dostatecznej ochrony tej wartości konstytucyjnej.

W orzeczeniu będącym przedmiotem zainteresowania w zakresie uprawnień dziecka poczętego stwierdzono również ponad wszelką wątpliwość, że „wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego, jakim jest ludzkie życie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak było bowiem – w opinii Trybunału Konstytucyjnego – dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”⁷⁴.

Niezwykle interesującą analizę orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. przeprowadził T. Sokołowski⁷⁵. Zauważył on, że Trybunał wskazał na konieczność ochrony pewnych dóbr związanych z *nasciturusem*. Podkreślił także celowość konstytucyjnej ochrony dziecka poczętego, która nie powinna budzić wątpliwości. Jednocześnie autor doszukał się pewnej niekonsekwencji i uproszczeń w uzasadnieniu stanowiska Trybunału Konstytucyjnego. Mimo, że Trybunał wskazał na istnienie takich dóbr, jak życie i zdrowie dziecka poczętego, jako na wartości konstytucyjnie chronione, to jednak nie podniósł, iż istnienie dobra prawnie chronionego z reguły determinuje istnienie podmiotu interesu prawnego⁷⁶. T. Sokołowski przyjął, że w uzasadnieniu orzeczenia nastąpił pewien przeskok kategoryalny. Analizie poddano bowiem, na podstawie milczącego założenia, życie i zdrowie, a nie sam podmiot czyli *nascitura*. Stanowisku autora nie sposób nie przyznać racji. Istota ustawy o planowaniu rodziny z 1993 roku przejawiała się nie w uznaniu celowości ochrony pewnego dobra, ale w określeniu zakresu tej ochrony, który pozostawał sporny. Przyjęto, że *nasciturus* jest podmiotem prawa, a zatem przysługują mu pewne prawa

⁷⁴ W niniejszym opracowaniu odstąpiono od omówienia uzasadnienia do orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96. Tezy orzeczenia, jak i uzasadnienie stanowią jednak przedmiot analizy w innych miejscach pracy. Czytelnika chcącego zapoznać się z treścią orzeczenia odesłać należy do tekstu orzeczenia, jak również licznych opracowań na ten temat, wśród których wskazać należy: O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 290–295; K. Wiak, *Ochrona...*, s. 226; A. Krajewska, *Informacja genetyczna a zakres autonomii jednostki w europejskiej przestrzeni prawnej*, Wrocław 2008, s. 237; T. Sokołowski (w:) *Kodeks cywilny...*, s. 59 i n.; J. Haberko, M. Casini, *Lo status...*, s. 997–1012.

⁷⁵ T. Sokołowski (w:) *Kodeks...*, s. 60–61.

⁷⁶ *Ibidem*.

podmiotowe, za pomocą których realizowana miała być konstytucyjna ochrona pewnych dóbr. Nowelizacja u.p.r. z 1996 roku wprowadziła rozdział w zakresie ochrony podmiotu od dobra chronionego, pozostawiając wyłącznie owo dobro chronione jako pewien stan rzeczy⁷⁷. Zagadnienie to będzie przedmiotem dalszych analiz.

3. Status prawny dziecka poczętego *de lege lata*

3.1. Uwagi wstępne

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego nie zamknęło ostatecznie dyskusji na temat statusu dziecka poczętego w polskim prawie. Co więcej, samo orzeczenie i fakt jego obowiązywania już po wejściu w życie nowej Konstytucji były przez niektórych, wprawdzie nielicznych, przedstawicieli nauki kwestionowane⁷⁸.

Na wstępie rozważań na temat obecnego statusu prawnego dziecka poczętego w polskim systemie prawnym celowe wydaje się postawienie tezy, że status ten w zakresie podmiotowości, prawa do życia i ochrony zdrowia oraz zdolności prawnej zdaje się być uzależniony od sposobu, w jaki powstał zarodek. Chociaż ustawodawca na gruncie polskiego prawa nie wprowadza rozróżnienia w zakresie sytuacji prawnej dziecka

⁷⁷ *Ibidem*, s. 61–62.

⁷⁸ Pojawiło się bowiem pytanie: czy w istocie orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego straciło swoją aktualność? Jest faktem niezaprzeczalnym, że Trybunał Konstytucyjny badając zgodność przepisów u.p.r., odniósł je do tzw. małej konstytucji, której obowiązywanie zakończyło się wraz z wejściem w życie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Podnoszono, że skoro Trybunał Konstytucyjny orzekł o zgodności przepisów znowelizowanej ustawy na podstawie przepisów konstytucyjnych, które już nie obowiązują, to nie sposób na tej podstawie przyjąć, iż przepisy te są niezgodne z obowiązującą konstytucją. Niemniej jednak zarzut ten wydaje się być stosunkowo łatwo podważalny, skoro sama Konstytucja w art. 241 ust. 5 stanowi, że sprawy będące przedmiotem postępowania ustawodawczego albo przed Trybunałem Konstytucyjnym bądź Trybunałem Stanu, a rozpoczęte przed wejściem w życie Konstytucji, są prowadzone zgodnie z przepisami konstytucyjnymi obowiązującymi w dniu rozpoczęcia sprawy. Nie może to oznaczać oczywiście, że wszelkie sprawy będące przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym pod rządami małej konstytucji tracą swoje znaczenie tylko dlatego, że stanowiły one przedmiot rozważania Trybunału w oparciu o konstytucję, która już nie obowiązuje. Zob. I. Jaruga-Nowacka z powołaniem się na stanowisko J. Woleńskiego, stenogram ze 110 posiedzenia Sejmu RP w dniu 24 czerwca 1997 r.; J. Woleński, *Głosa do orzeczenia TK z 28.05.1997 r.*, PiP 1998, z. 1, s. 88–98; A. Zoll, *Stanowisko Prezesa TK w odpowiedzi na zarzuty J. Woleńskiego*, Gazeta Wyborcza 3.12.1997 r., powołane za K. Wiak, *Ochrona...*, s. 226; także T. Sokołowski (w:) *Kodeks...*, s. 54–55.

poczętego w sposób naturalny oraz powstałego w wyniku zastosowania technik wspomaganey medycznie prokreacji, to jednak – jak się wydaje – całokształt sytuacji dziecka poczętego (embrionu) uzależniony jest od tego, czy został on implantowany do ciała kobiety, jeśli do zapłodnienia doszło poza fizycznym obcowaniem kobiety i mężczyzny. Sytuacja dziecka poczętego w wyniku fizycznego obcowania kobiety i mężczyzny oraz poczętego w wyniku zastosowania inseminacji, ale z zapłodnieniem mającym miejsce w ciele kobiety, jest faktycznie inna niż podmiotu poczętego w wyniku zastosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu, ale pozostającego poza organizmem kobiety przynajmniej do momentu implantacji⁷⁹.

Sytuację dziecka poczętego można przedstawić za pomocą schematu 1.1.

3.2. Sytuacja dziecka poczętego w świetle Konstytucji RP

W świetle art. 38 Konstytucji RP „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Trafnie podnosi się w literaturze, że przepis ten określa podmiotowe granice życia, jednak nie wyznacza w sposób precyzyjny, komu owa ochrona jest zapewniona, tzn. kto jest człowiekiem⁸⁰. Podzielam stanowisko, że fakt, iż Konstytucja RP nie określa w sposób precyzyjny, kto jest człowiekiem, nie oznacza, że nie wiadomo komu tej ochrony należy udzielić⁸¹. Człowiekiem jest bowiem każda istota urodzona przez kobietę, której rodzicami są ludzie: kobieta i mężczyzna, a którą charakteryzuje swoisty ludzki genotyp⁸². Powołane w toku wywodu stanowisko Trybunału Konstytucyjnego nie pozostawia

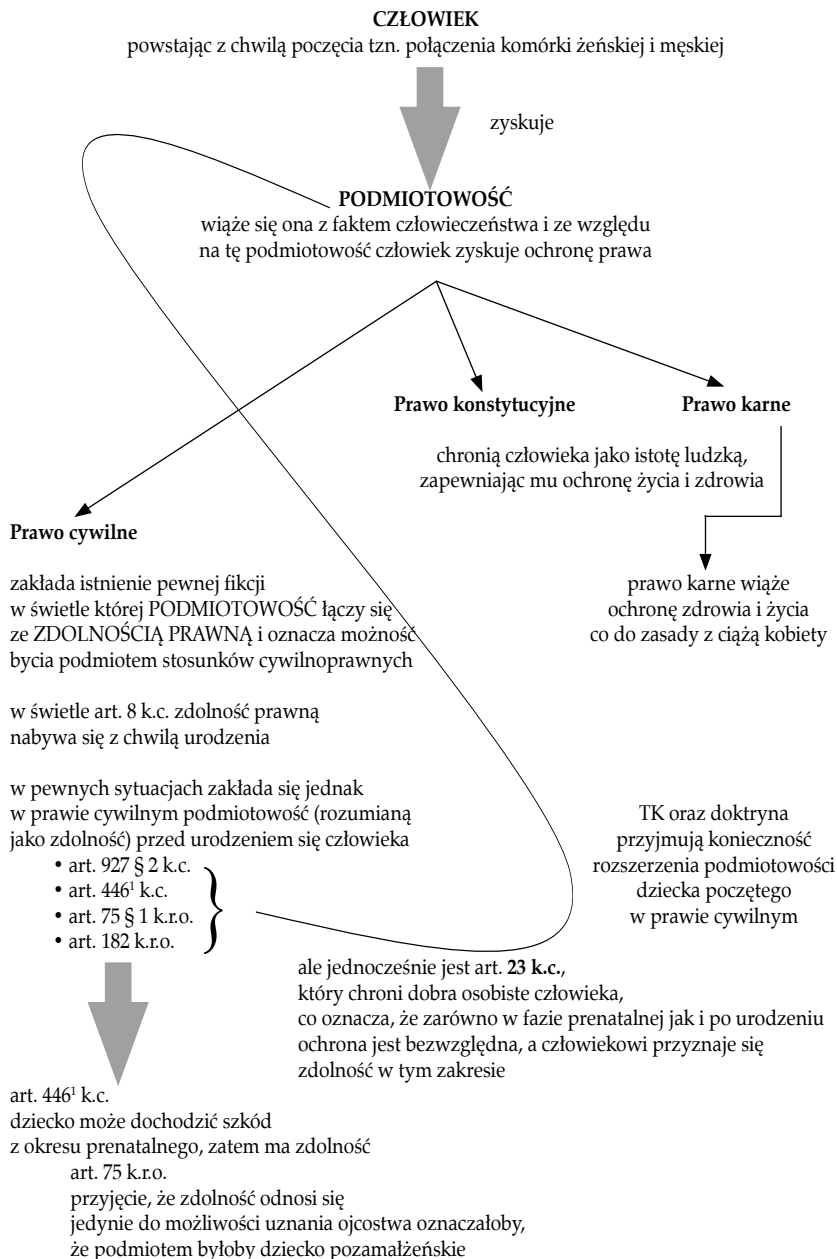
⁷⁹ M. Machinek, *Implantacja jako kryterium o moralnym statusie embrionu* (w:) *Prawo do życia a jakość...*, s. 301–310; E. Passaro, *La vita e la salute della persona: recenti orientamenti legislativi e giurisprudenziali nel diritto civile italiano* (w:) *Prawo do życia a jakość...*, s. 459; zob. także L.K. Paprzycki, *Istota ludzka – zagadnienia graniczne w prawie karnym*, Medyczna Wokanda 2009, nr 1, s. 13.

⁸⁰ O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 295; L. K. Paprzycki, *Granice prawnokarnej ochrony życia i zdrowia człowieka na tle uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 (I KZP 18/06)*, PiM 2007, nr 28, s. 53; P. Tuleja (w:) *Prawo konstytucyjne*, praca zbior. pod red. P. Sarneckiego, Warszawa 2005, s. 111; R. Grabowski, *Prawo do ochrony życia w polskim prawie konstytucyjnym*, Rzeszów 2006, s. 211.

⁸¹ W. Lang, *The Legal Status...* (w:) *Conceiving the Embryo...*, s. 256.

⁸² Z. Radwański, *Prawo...*, s. 148; T. Sokołowski (w:) *Kodeks cywilny...*, s. 51; M. Drobnik, *Prawo do urodzenia w świetle regulacji prawa do życia w uniwersalnym oraz europejskim systemie ochrony praw człowieka* (w:) *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 5, pod red. B. Guzika, N. Buchowskiej, P. Wilińskiego, Poznań 2008, s. 93 oraz literatura tam powołana.

Schemat 1.1.



żadnych wątpliwości, że człowiekiem jest się także pomimo braku spełnienia przesłanki urodzenia. Oznacza to, że w chwili urodzenia nie nabywa się statusu człowieka, a jedynie w sposób definitywny pewną zdolność określaną jako zdolność prawna⁸³.

Pomijając w tym miejscu rozważania na temat proponowanych i niewprowadzonych ostatecznie zmian w treści art. 38 Konstytucji RP poprzez dodanie słów „od momentu poczęcia”, należy zadać pytanie, czy w istocie wobec niewprowadzenia zmian do Konstytucji w chwili obecnej i w obecnym kształcie prawnym ochrona prawna przyznana jest człowiekowi od chwili poczęcia⁸⁴. Można stwierdzić na wstępie, że możliwe są dwie interpretacje. Prezentuje je w swoich rozważaniach K. Szczucki⁸⁵. Twierdzi on m.in., że art. 30 i art. 38 Konstytucji mogą być w istocie interpretowane jako uniemożliwiające wprowadzenie rozwiązań prawnych dopuszczających przerywanie ciąży. Niemniej jednak te same przepisy – zdaniem autora – mogą być przez skrajnych zwolenników legalizacji aborcji dokonywanej na życzenie kobiety, podstawą do twierdzeń, że płód nie jest człowiekiem, a jedynie częścią ciała kobiety. Takie stanowisko daje podstawę do odrzucenia tezy, że płód mieści się w zakresie unormowania art. 30 i 38 Konstytucji. Przyjęcie tej konstrukcji oznaczałoby dalej, że kobieta może dysponować swoim ciałem, a zatem ma również „prawo do aborcji”⁸⁶. Autor zauważa dalej, że „przeciwnicy legalizacji przerywania ciąży twierdzą, że o człowieku możemy już mówić od momentu poczęcia. Oznacza to, że art. 38 Konstytucji zapewnia człowiekowi prawną ochronę życia, co wyklucza możliwość legalizacji aborcji bez względu na okoliczności taki zabieg uzasadniające”. Przyjęcie tej koncepcji nakazuje uznać, że życie ludzkie jest procesem, który zaczyna się w momencie poczęcia, a kończy śmiercią. Narodziny są tylko jednym z etapów życia człowie-

⁸³ Zob. C. Casini, *Verso il riconoscimento della soggettività del concepito?*, *Girisprudenza costituzionale* 1997, nr 1, s. 293–312; M. Casini, *Diritti dell'uomo, la bioetica e l'embrione umano*, *Medicina e Morale* 2003, nr 1 s. 67–110; M. Casini, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea. Le decisioni delle Corti Costituzionali e degli organi sovranazionali di giustizia*, Padova 2001.

⁸⁴ F. Longchamps de Bérier zauważa, że „prawo do życia znalazło w art. 38 Konstytucji potwierdzenie, ale nie ostateczne wyjaśnienie”, zob. F. Longchamps de Bérier, *Za początek życia można uznać tylko dwa momenty: poczęcie albo urodzenie*, *Rzeczpospolita* z 9.01.2007 r.; także L.K. Paprzycki, *Istota ludzka...*, s. 9.

⁸⁵ K. Szczucki, *Zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety jako przesłanki dopuszczające przerwanie ciąży. Analiza stanu prawnego* (w: *Lege Artis – Problemy Prawa Medycznego*, praca zbior. pod red. J. Haberko, R. D. Kocyłowskiego, B. Pawelczyka, Poznań 2008, s. 102–112.

⁸⁶ Poglądu tego nie podziela stanowczo Autorka opracowania.

ka⁸⁷. Podkreśla się również, że płód ma ludzki kod genetyczny, a zatem należy do gatunku ludzkiego⁸⁸.

Ciekawe stanowisko w tym zakresie prezentuje także O. Nawrot⁸⁹. Podjęcie polemiki będzie możliwe po przedstawieniu stanowiska tego autora. Zauważa on wprawdzie bardzo trafnie, że art. 38 Konstytucji RP musi być odczytany w odniesieniu do preambuły samej Konstytucji, a tam pojawia się odniesienie do Boga będącego źródłem prawdy, sprawiedliwości dobra i piękna, ale także odwołanie do tych samych wprawdzie wartości uniwersalnych, ale wywodzonych już z innych źródeł. To oznacza dalej, że jeśliby odczytywać przepisy Konstytucji zgodnie z wartościami prezentowanymi przez chrześcijaństwo przez odwołanie do Boga, to należy niezaprzeczalnie przyjąć, że prawo do życia i jego ochrona przysługuje każdemu człowiekowi już od chwili poczęcia, zatem konsekwentnie art. 38 Konstytucji gwarantuje prawną ochronę życia już od tego momentu i, co więcej, niezależnie od sposobu, w jaki do poczęcia doszło. Pojawia się jednak pewna wątpliwość w takim rozumowaniu, mianowicie jak trafnie zauważa autor przywołując preambułę Konstytucji RP, nie jest wyłączną sytuacją, iżby ktoś owe uniwersalne wartości wywodził jedynie z wiary chrześcijańskiej. Preambuła stanowi bowiem wyrażnie: „jak i nie podzielający tej wiary, a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł”. Wobec takiego sformułowania pojawia się pytanie, które słusznie stawia O. Nawrot, mianowicie: czy można mówić o pewnych uniwersalnych wartościach właściwych dla całego narodu i, co najważniejsze, czy do tych wartości zaliczyć należy ochronę życia już w fazie prenatalnej? Czy wartości reprezentowane przez tych przedstawicieli narodu, którzy podzielają wiarę chrześcijańską, są zatem wartościami ogólnoludzkimi i czy osoby niepodzielające wiary chrześcijańskiej skłonne są uznać za własną wartość, jaką stanowi ochrona życia w fazie prenatalnej? Autor stawia wprawdzie trafną – jak się wydaje – tezę, że skoro na „gruncie antropologii chrześcijańskiej można ustalić zakres podmiotowy art. 38 Konstytucji, a ustalenia te, wchodząc w skład uniwersalnych wartości, pokrywają się z ustaleniami, które muszą być dokonane na gruncie światopoglądów niereligijnych, wówczas należy uznać, że życie człowieka chronione jest w Rzeczypospolitej Polskiej od poczęcia”⁹⁰.

⁸⁷ K. Szczucki, *Zagrożenie dla życia...*, s. 103.

⁸⁸ T. Smyczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (w:) Przed pierwszym czytaniem*, Wydawnictwo Biura Analiz Sejmowych 2007, nr 3, s. 17 i n.

⁸⁹ O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 279.

⁹⁰ O. Nawrot, *Nienarodzony...*, s. 297; H. Bzdak, *Prawo dziecka do życia i godnego wychowania – uwarunkowania, prawne, religijne i społeczne*, Szczecin 2000, s. 177-178.