

Krzysztof Kurosz¹

Środki ochrony nasciturusa przed ryzykowanymi zachowaniami matki w okresie ciąży²

I. Zakres opracowania.

Celem niniejszego opracowania jest postawienie pytania, czy dziecko poczęte / płód³ dysponuje środkami ochrony prawnej przed ryzykownymi zachowaniami matki (spożywanie alkoholu, narkotyków i innych substancji psychoaktywnych), które wywołują niekorzystne medycznie skutki dla płodu / dziecka poczętego. To właśnie tego typu sytuacje zdarzają się najczęściej. Odmienny typ kolizji interesów, występujący w przypadku odmowy matki udzielenia zgody na przeprowadzenie zabiegu lekarskiego ratującego życie lub zdrowie nasciturusa, w polskiej praktyce należy do rzadkości i zazwyczaj dotyczy hospitalizacji kobiet w ciąży w szpitalach psychiatrycznych⁴.

Pomimo dużego praktycznego znaczenia problematyki ewentualnej ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki, dyskusja tocząca się na gruncie polskiego prawa zajmuje się problematyką kolizji interesów matki oraz dziecka poczętego jedynie w kontekście odmowy matki dziecka na poddanie się zabiegom medycznym. Zarówno w literaturze polskiej⁵ jak i obcej⁶ zwycięża obecnie stanowisko, przyznające prymat

¹ Dr, Uniwersytet Łódzki.

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

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

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

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

autonomii matki. Dlatego też przyjmowany jest pogląd o związaniu lekarzy odmową zgody matki na przeprowadzenie zabiegu lekarskiego, nawet jeżeli miałby on służyć ratowaniu życia dziecka poczętego⁷. W piśmiennictwie polskim zwolennicy jak i przeciwnicy stanowiska o bezwzględny primacie woli matki⁸ zgadzają się z jednym – a mianowicie z tym, iż w chwili obecnej brak instrumentów prawnych, które umożliwiałyby ingerencję w ciało matki dla dobra płodu – bez jej zgody⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na każdy zabieg medyczny wymagana jest zgoda pacjenta, który ma prawo odmówić poddania się leczeniu. W pewnych szczególnych sytuacjach ujawnia się kolizja interesów pacjenta odmawiającego leczenia i innych podmiotów, których mogą dotyczyć konsekwencje braku leczenia. Przykładem jest odmowa poddania się zabiegowi lekarskiemu przez poszkodowanego, który dzięki interwencji medycznej doprowadziłby do zmniejszenia rozmiarów szkody. Odmowa zgody na zabieg medyczny sama w sobie nie jest traktowana jako bezprawna¹⁰.

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

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

Istotne dla dalszych rozważań jest to, że pomimo tego, że każdy ma prawo odmówić poddania się zabiegowi medycznemu¹¹, to jednak w pewnych szczególnych sytuacjach zgoda ta nie jest wymagana. Wyjątki od zasady dobrowolności poddania się zabiegom medycznym (leczeniu), podyktowane są różnymi względami (porządkiem publicznym i interesami innych osób¹².

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

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

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

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

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

III. Podstawa faktyczna zagadnienia.

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

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

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

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

toksyny jak alkohol w okresie ciąży jest na poziomie porównywalnym ze stężeniem glukokortykoidów w organizmie żołnierzy walczących na linii frontu”¹⁴. Mechanizm dziecięcej traumy rozwojowej może prowadzić do zmian w OUN, przeciążenia układu immunologicznego a w konsekwencji chorób, w tym psychosomatycznych a nawet śmierci, przy czym przyczyny śmierci mogą być różne¹⁵. Z dalszych wywodów autorki wynika, iż da się zauważyć faktyczny związek między śmiercią dziecka a podejmowaniem przez niego ryzykownych zachowań z uwagi na dysfunkcje psychiczne mające źródło w zdarzeniach z okresu prenatalnego.

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

Jak widać z przedstawionego wyliczenia tylko część przyczyn może mieć znaczenie. Nie mogą zostać uznane za znaczące dla rozwikłania interesujących nas zagadnień te czynniki, których przyczyną nie są zachowania matki. Poza sporem pozostaje bowiem to, że jeżeli źródłem zagrożenia dla życia i zdrowia nasciturusa są zachowania osób trzecich, to matce przysługuje roszczenie o zaniechanie tych działań (art. 24 § 1 kodeksu cywilnego¹⁶). Nie będą miały też znaczenia te zdarzenia, które nie przekraczają normalnego ryzyka dla dziecka poczętego, gdyż dotyczą np. złego odżywiania matki czy narażania się przez nią na stres. Istnieją również silne argumenty przeciwko rozważeniu dopuszczalności ochrony dziecka przed ryzykownymi zachowaniami matki w sferze kontaktów seksualnych, np. uprawianiem prostytutki w okresie ciąży z ryzykiem dla płodu. Tematyka ta jest niezwykle delikatna. Podkreślić należy, iż celem niniejszego opracowania nie jest rozważenie dopuszczalności wprowadzenia opresyjnego systemu kontroli nad macierzyństwem. Nie jest to ani możliwe ani potrzebne w społeczeństwie demokratycznym.

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

¹⁴ Tamże, s. 53.

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

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

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

A.) Alkohol

Wiedza na temat szkodliwego wpływu alkoholu na zdrowie płodu jest wynikiem szeregu badań klinicznych¹⁷. Po raz pierwszy alkoholowy zespół płodowy (Fetal Alcohol Syndrome – FAS, Płodowy Zespół Alkoholowy - PZA) został opisany przez K. Jonesa i D. Smitha w 1973 r. w czasopiśmie *Lancet*¹⁸. Od tego czasu, również w Europie przeprowadzono szereg badań na ten temat i wiedza medyczna wydaje się w tym zakresie udokumentowana oraz pogłębiona¹⁹.

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

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

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

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

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

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

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

Każda ilość alkoholu, działa toksycznie na rozwijające się w łonie matki dziecko. Im większa ilość alkoholu, tym większe jest ryzyko poważnych uszkodzeń. Do jednych z najczęściej rozpowszechnionych stereotypów należy stwierdzenie, iż jednorazowa, niewielka ilość alkoholu nie szkodzi dziecku. Nie jest to prawda, jednakowoż nie ma pewnych wyników badań co do stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia określonych wad. I tak z jednej strony „sprawność intelektualna niemowląt i dzieci jest mniej zaburzona przez kontakt z alkoholem, jeżeli ich matki przestały pić we wczesnej ciąży”²³. Z drugiej jednak strony przyjmuje się, iż najwięcej cech klinicznych FAS przynosi picie alkoholu w okresie II trymestru ciąży (zwłaszcza między 10 a 20 tygodniem). Picie podczas pierwszego trymestru zaburza migrację i organizację komórek mózgowych a podczas trzeciego trymestru najbardziej narażony jest hipokamp²⁴.

Jeśli chodzi o epidemiologię, to z badań prowadzonych pod auspicjami PARPA wynika, iż u 0,4 % dzieci w Polsce występuje pełnoobjawowy FAS natomiast FASD u 2 % dzieci²⁵. Wyniki te nie są jednak pewne, między innymi z powodu braku wiedzy diagnostycznej. Jeśli chodzi o liczbę narodzin dzieci z FAS, to szacuje się²⁶, że w Polsce takich wypadków jest około 900 rocznie i kilka razy więcej z innymi uszkodzeniami związanymi z piciem alkoholu przez kobietę w ciąży. W USA co roku rodzi się 5.000 dzieci z FAS, we Francji – 1.000. FAS występuje we wszystkich grupach rasowych i ekonomicznych, jest trzecią w kolejności przyczyną wad rozwojowych. Podkreślić też należy, iż nie wszystkie dzieci rodzące się z FAS lub FASD są dziećmi matek alkoholiczek. PARPA w swym sprawozdaniu za 2013 r. zauważa, iż nawet sporadyczne wypicie niewielkich ilości alkoholu może wywoływać

²² M. Klecka, Objawy i wczesne rozpoznanie FAS, <http://www.fas.edu.pl/nauka>

²³ B. Kamińska, J. Wyrwas, FAS – Alkoholowy..., s. 4.

²⁴ T. Jadczyk-Szumiło, Specyfika ..., s. 8.

²⁵ M. Borkowska, Rozpowszechnienie FASD wśród dzieci w wieku szkolnym w Polsce, s. 2, <http://kobieta-a-alkohol.pl/documents/BORKOWSKA.pdf>

²⁶ Sprawozdanie PARPA za 2010 r., s. 81.

określony rodzaj uszkodzeń u rozwijającego się płodu²⁷. Co więcej, w sprawozdaniu za rok 2010 znalazło się stwierdzenie, iż najczęściej alkohol w ciąży spożywają kobiety mające wyższe wykształcenie, mieszkające w miastach oraz matki rodzące swoje kolejne dzieci. Biorąc pod uwagę znaczenie OUN dla życia jako takiego oraz jego jakości, w świetle przedstawionych konsekwencji FAS, wydaje się to szczególnie istotnym problemem z indywidualnego i demograficznego punktu widzenia.

Ile kobiet w Polsce spożywa alkohol w okresie ciąży? Z corocznych sprawozdań PARP wynika, iż jest to grupa około 14 % matek. Dane te pozostają jednak w pewnej sprzeczności z wynikami badań przeprowadzonych w Instytucie Matki i Dziecka w Warszawie, polegających na przebadaniu próbek moczu²⁸. Wynika z nich, iż co trzecia kobieta piła alkohol wiedząc o ciąży.

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

B.) Narkotyki

Pomimo tego, iż narkotyki należą do substancji ewidentnie szkodliwych, ich wpływ na dziecko w okresie prenatalnym jest mniej toksyczny niż alkoholu²⁹. Zagadnienie to wymagałoby z pewnością pogłębionych badań, tym niemniej należy zauważyć, iż co do zasady zażywanie narkotyków przez kobietę w ciąży może prowadzić do niedotlenienia wewnątrzmacicznego. Narkotyki³⁰ z grupy opiatów mogą skutkować zgonem wewnątrzmacicznym i hipotrofią płodu, amfetamina przedwczesnym oddzieleniem łożyska, wadami rozwojowymi serca oraz rozszczepem wargi i podniebienia a kokaina liczne wady sercowo – naczyniowe, układu nerwowego, upośledzenie umysłowe i małowózgowie³¹.

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

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

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

²⁹ A. Linkowska, O FAS dla rodziców, s. 2,

<http://www.stowarzyszeniefidesetratio.pl/Presentations0/fas2.pdf>.

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

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

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

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

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

Powstaje jednak pytanie, czy w drodze wykładni możliwe jest ustalenie istnienia środków chroniących naciurusa przed niektórymi ryzykownymi zachowaniami matki? Wymagałoby to rozważenia, czy taka wykładnia byłaby zgodna z gwarancjami konstytucyjnymi praw i wolności obywatelskich. Zagadnienie to jest zresztą nieobce sędziom z państw kręgu *common law*, pomimo zdecydowanie większej swobody orzeczniczej niż w krajach, w których obowiązuje system prawa stanowionego. W niektórych orzeczeniach sądów angielskich odmawiających rozszerzenia jurysdykcji sądu na sprawy dziecka poczętego, przebywającego w łonie matki, sędziowie odwoływali się do argumentu o konieczności oparcia tej szczególnej ingerencji w zachowania matki, na decyzji Parlamentu³². Stan prawny w Anglii jest odmienny niż w Polsce w szczególności w odniesieniu do sytuacji prawnej dziecka poczętego. Tym niemniej sposób rozumowania sądów jest podobny. Im dalej idąca ingerencja w podstawowe prawa i wolności, tym bardziej zasadne staje się poszukiwanie jej wyraźnych (a nie dorozumianych) podstaw.

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

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

Zaproponowane podejście opiera się na następujących argumentach:

1. Problematyka kolizji praw matki i dziecka poczętego budzi emocje i zachodzi poważne niebezpieczeństwo pomieszenia prawa, moralności oraz etyki. To, że w danej sprawie istnieje dylemat etyczny, nie czyni jeszcze z sądu - sądu moralności³³ - jak ujęła to angielska sędzia E. Butler-Sloss w sprawie *Re MB* z 1997 r.³⁴ dotyczącej kolizji ochrony płodu i autonomii matki na tle decyzji o odmowie o poddaniu się zabiegom medycznym.

Nadto w piśmiennictwie nie ma nawet zgody na temat tego, czy kwestia podmiotowości nasciturusa i początku życia ma wymiar prawny, czy też etyczny. I tak np. zdaniem M. Płatek „spór o początek i koniec życia jest sporem ideologicznym, a nie prawnym, i na gruncie prawa można go rozstrzygnąć jedynie arbitralnie”³⁵. W daleko bardziej zniuansowanej wypowiedzi J. Kapelańska-Pręgowska zauważa, iż wprowadzie „definitywne rozstrzygnięcie sporu o status embrionu i płodu ludzkiego w dyskursie naukowym i filozoficznym jest w pluralistycznym społeczeństwie bardzo trudne, a być może nawet nieosiągalne”³⁶, to jednak na poziomie prawnym możliwe jest poszukiwanie przynajmniej wspólnego stanowiska w obrębie danego porządku prawnego³⁷. Z kolei według M. Safjana, na gruncie spraw dotyczących skomplikowanych kwestii bioetycznych, sędzia w procesie stosowania prawa (prawa a nie moralności) zmuszony jest odnosić się w realiach konkretnego przypadku do konfliktu wartości i zasad³⁸. To jednak nie pozbawia danej kwestii jej prawnego charakteru.

2. Rozstrzygnięcie pewnych kwestii w konstytucji i tak nie przesądza określonych zagadnień. Problem tutaj omawiany występuje również w Irlandii³⁹, pomimo tego, że art. 40.3 Konstytucji Irlandii *expressis verbis* chroni prawo do życia dziecka – od momentu poczęcia. W tym samym przepisie mowa jest jednak o równoważnym prawie do życia matki. Nadanie rangi konstytucyjnej określonym wartościom nie przesądza zatem, czy w realiach konkretnego przypadku nie powinny one ustąpić innym wartościom.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ Orzeczenie TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK 1997/2, poz. 19.

⁴¹ Wyrok TK z 4.07.2006 r. (K 43/05), OTK-A 2006/7, poz. 78.

organami orzecznictwymi⁴². Należy zgodzić się z powyższym stwierdzeniem, podobnie jak i z wnioskiem, iż ustalenia walidacyjne, dotyczące wyboru źródeł prawa, stają się elementem wykładni prawa na równi z ustaleniami derywacyjno – klaryfikacyjnymi⁴³. Organ stosujący prawo (przecież to właśnie rozumowanie organu stosującego prawo staramy się odtworzyć próbując odpowiedzieć na interesujące nas pytanie), dokonuje wyboru źródeł prawa, które mogą znaleźć zastosowanie w realiach danego zagadnienia prawnego. W ramach tego procesu, znaczenie ma nie tylko przepis ale i normy wywiedzione z orzecznictwa poszczególnych organów. Niejednokrotnie owe źródła prawa pozostają ze sobą w napięciu lub w szeroko rozumianym dyskursie.

Oprócz zatem wyboru przepisów ustawowych, konieczne będzie rozważenie, czy w grę wchodzi również obok regulacji konstytucyjnej, oddziałującej niewątpliwie na wykładnię ustawy także Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴⁴ oraz prawo Unii Europejskiej. To bowiem wpłynie na to, na ile rozstrzygnięcia poszczególnych organów mają znaczenie dla dalszych rozważań. Zarówno Konstytucja, ratyfikowane umowy międzynarodowe jak i prawo Unii Europejskiej oraz tzw. *soft law* oddziałuje na wykładnię krajowych ustaw.

A. Z uwagi na zakres opracowania nie sposób odnieść się do całości wyłaniających się na tym tle zagadnień. Tym niemniej wskazać należy, iż znaczenie dla naszych rozważań może mieć orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz) dotyczące art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴⁵ (prawo do życia) oraz art. 8 EKPC (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) – sprawy związane z ochroną dziecka poczętego / płodu, dopuszczalnością aborcji oraz statusu prawnego zarodków ludzkich. Z orzecznictwa ETPCz wynika, że konwencja pozostawia państwom – stronom pewną autonomię legislacyjną w omawianym zakresie.

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

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

⁴³ A. Kalisz, Multicentryczność ..., s. 48.

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

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

interesów⁴⁶. W wyroku ETPCz z 10.04.2007 r, skarga nr 6339/05 Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, stwierdzono, że „ustalenie od jakiego momentu prawo do życia przysługuje, mieści się w sferze autonomii legislacyjnej państw”.

Nie da się zatem wywieść z EKPC, iż chroni ona prawo do życia od momentu poczęcia a dziecko nienarodzone traktowane jest na równi z dzieckiem urodzonym. Nie da się jednak również wywieść, iż ciąża jest wyłącznie prywatną sprawą matki w kontekście np. decyzji o aborcji⁴⁷.

B. Jeszcze prostsza wydawałaby się na pierwszy rzut oka kwestia prawa Unii Europejskiej, które wprost nie reguluje kwestii początku życia. Zgodnie z art. 168 ust. 5 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁸ wyłączona jest wszelka harmonizacja przepisów Państw Członkowskich UE m.in. w zakresie ochrony i poprawy zdrowia ludzkiego, przy czym w ramach kompetencji UE leży wprowadzanie środków zachęcających do ochrony zdrowia. W wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej jako ETS) z 5.10.2000 r.⁴⁹ przyjęto jednak, iż z przepisu tego nie wynika, „że środki harmonizujące przyjęte na podstawie innych postanowień traktatu nie mogą mieć żadnego wpływu na ochronę zdrowia ludzkiego”. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE) stara się pogodzić ograniczenia ogólnej kompetencji państw członkowskich w sprawach ochrony zdrowia oraz interesy nie mające oparcia w interesach wspólnotowych, odwołując się do „konceptji „marginesu uznania” czy „autonomii legislacyjnej”⁵⁰. Stanowisko to znalazło

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

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

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

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

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

odzwierciedlenie m.in. w wyroku ETS z 1991 r. w sprawie Grogan⁵¹, w którym uznano, iż zakazanie przez państwo członkowskie (w tym wypadku Irlandię) związkowi studenckim rozpowszechniania informacji dotyczących nazw i siedzib klinik aborcyjnych w innym państwie członkowskim nie jest sprzeczne z prawem Wspólnoty, jeżeli kliniki te nie są zaangażowane w rozpowszechnianie takich informacji. To bowiem nie narusza zakazu ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług⁵².

Pewne znaczenie dla omawianej problematyki ma również Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁵³, której Traktat Lizboński nadał prawny charakter. Tym niemniej na podstawie art. 2 Protokołu 7 do traktatu z Lizbony przyjęto, iż „jeśli dane postanowienie Karty odnosi się do krajowych praktyk i praw krajowych, ma ono zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa wyłącznie w zakresie, w jakim prawa i zasady zawarte w tym postanowieniu są uznawane przez prawo lub praktyki Polski lub Zjednoczonego Królestwa”. Zgodnie z art. 1 Karty Godność człowieka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona. Z kolei art. 2 ust. 1 Karty stanowi, iż „Każdy ma prawo do życia”.

Jak już jednak zostało wskazane, nie należy przeceniać znaczenia prawa Unii Europejskiej. Ostrożna postawa TSUE widoczna jest zwłaszcza na tle pytania prejudycjalnego sądu rumuńskiego w sprawie C-608/14⁵⁴.

C. Pozostałe Traktaty i Konwencje.

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

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

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

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

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

i w swych prawach”⁵⁵, jak i art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia”, nie upoważnia do wniosku, iż ochroną wyżej wymienionych aktów objęty jest nasciturus. Przeważa stanowisko, zgodnie z którym rozstrzygnięcie kwestii początku ochrony życia pozostawiono wewnętrznym porządkom krajowym⁵⁶.

Podsumowując: przedstawiona argumentacja przemawia, w mojej ocenie, za koniecznością zwrócenia w pierwszym rzędzie uwagi na krajową regulację ustawową oraz skonfrontowanie jej z przepisami Konstytucji RP. Im wyższy zakres międzynarodowy regulacji, tym większa niechęć prawodawcy do uregulowania drażliwej kwestii początków ochrony życia oraz kolizji z interesami matki. Punktem wyjścia nie mogą być normy moralne. Celem niniejszego opracowania jest bowiem odpowiedź na pytanie o środki ochrony prawnej i możliwość rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, a nie kwestie moralności. Nie znaczy to jednak, iż wartości etyczne i moralne nie pełnią żadnej roli. Nie chodzi przecież o traktowanie prawa jako zespołu reguł o charakterze technicznym, których treść nie pozostaje w żadnym związku z normami moralnymi. Przynajmniej od czasów G. Radbrucha⁵⁷ wydaje się oczywiste dla każdego, iż ustawodawca nie ma nieskrępowanej swobody w stanowieniu prawa, pozwalającej oderwać mu się od określonych wartości⁵⁸. Problem leży w niebezpieczeństwie pomieszania norm moralnych i prawnych i nadaniu tym pierwszym charakteru norm bezpośrednio i wymiennie z normami prawnymi wykorzystywanych w procesie stosowania prawa. Czym innym jest uznanie, iż określone wartości takie jak prawa człowieka, humanizm, godność i życie, zakotwiczone w normie prawnej o charakterze konstytucyjnym muszą być respektowane przez ustawodawcę zwykłego, a czym innym jest wyprowadzenie norm prawnych każdorazowo z normy moralnej. Tego ostatniego podejścia nie da się przekonująco uzasadnić w porządku prawnym opierającym się na konstytucyjnie opisanym katalogu źródeł prawa. Nadto stanowisko to opiera się na złudnym założeniu, iż

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

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

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

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

można postawić znak równości między „prawem natury” a ideą sprawiedliwości i ochrony praw człowieka oraz humanizmu⁵⁹.

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

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

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

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

1. Argumenty na rzecz autonomii woli matki:

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

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

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

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

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

2. Argumenty na rzecz konieczności ochrony dziecka poczętego:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dla rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia nie jest także niezbędne ustalenie statusu prawnego nasciturusa w kontekście konstrukcji praw podmiotowych oraz ochrony dóbr osobistych. Po pierwsze, prawo cywilne zna sytuacje, w których określony interes podlega ochronie, poprzez nałożenie na inną osobę obowiązku – bez sprecyzowania, czy mamy wówczas do czynienia z prawem podmiotowym. Przykładem jest polecenie przy darowiźnie (art. 893 k.c.) i testamentie (art. 982 k.c.). Część doktryny uznaje, iż w tym wypadku ustawodawca nie kreuje stosunku zobowiązaniowego⁶⁰. Nie powstaje zatem żadne prawo podmiotowe, choć jest podmiot obowiązany do określonego zachowania oraz inny podmiot, który może żądać wykonania polecenia. Po drugie, pomimo powszechnie przyjmowanego poglądu o oparciu ochrony dóbr osobistych na konstrukcji praw podmiotowych, nadal rozważa się w pewnych sytuacjach zaprezentowaną przez B. Gawlika koncepcję instytucjonalnej ochrony dóbr osobistych. Zdaniem B. Gawlika istota ochrony dóbr osobistych nie polega na pozytywnym określeniu uprawnień danego podmiotu, lecz na „ochronie udzielonej „uprawnionemu” ze względu na obowiązywanie normy sankcjonowanej (zakaz bezprawnego naruszania dóbr osobistych)”⁶¹. Decydujące znaczenie ma zatem obowiązek a nie uprawnienie, które stanowi jedynie „refleks obowiązku osób trzecich poszanowania i nienaruszania wartości osobistych podmiotu uprawnionego”⁶². Na tym zresztą polega atrakcyjność tej koncepcji chociażby na gruncie prawa autorskiego, iż może stanowić dogodną podstawę do wyjaśnienia losu autorskich praw osobistych, pomimo śmierci podmiotu, któremu pierwotnie przysługiwały⁶³.

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

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

⁶¹ B. Gawlik, Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wnalezczości i Ochrony Własności Intelktualnej”, 1985/41, s. 131.

⁶² Tamże.

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

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

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

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

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

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

VII: Podstawa prawna ochrony płodu przed ryzykowanymi zachowaniami matki.

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

Moim zdaniem przedstawionym powyżej warunkom odpowiada art. 446¹ k.c. Przepis ten stanowi, iż z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem. Na niego wydaje się wskazywać argumentacja dotycząca konfliktu wartości oraz interesów. Reguluje on przecież szeroki typ relacji, także i te, które leżą na linii matka – dziecko. Z przepisu tego da się także wywieść obowiązek powstrzymywania się przed aktywnymi działaniami szkodzącymi dziecku. Art. 446¹ k.c. należy odczytywać w powiązaniu z art. 23 k.c. oraz art. 24 § 1 k.c., a zatem przepisami, które w sposób ogólny przewidują ochronę dóbr osobistych oraz dotyczą zarówno naruszeń jak i działań zagrażających naruszeniem określonych wartości niemajątkowych.

Przed podjęciem dalszych rozważań dodać należy, iż przepis art. 446¹ k.c. wydaje się być niedoceniany w Polsce, choć na przykład J. Haberko trafnie dostrzega w nim

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

aksjologiczne uzasadnienie dla ograniczenia autonomii woli matki⁶⁷. Znaczenie tego przepisu widać jednak z pewnego oddalenia. Otóż można zaryzykować stwierdzenie, iż to właśnie brak odpowiednika tego typu regulacji w Anglii oraz większości porządków prawnych poszczególnych stanów w Stanach Zjednoczonych, przesądza o kierunku orzecznictwa stawiającym na pierwszym miejscu prymat autonomii woli matki w przypadkach odmowy zgody na zabieg medyczny ratujący życie dziecka poczętego. To właśnie tego typu regulację mógł mieć na myśli lord May w sprawie *Re F (in utero)* z 1988 r. wskazując, iż gdyby dziecko poczęte rzeczywiście miało być podmiotem postępowania sądowego, to kwestię tę może rozstrzygnąć jedynie Parlament a nie sądy⁶⁸. Za takim sposobem rozumienia problemu ochrony dziecka poczętego w krajach kręgu *common law* przemawia chociażby to, iż pojawienie się odpowiednika art. 446¹ k.c. w kilku amerykańskich stanowych porządkach prawnych traktowane było jako przełom⁶⁹, rozwiązujący charakterystyczne dla *common law* trudności w uzasadnieniu odpowiedzialności odszkodowawczej za zdarzenia z okresu płodowego⁷⁰.

Art. 446¹ k.c. jest źródłem roszczeń odszkodowawczych. Nie określa on samodzielnie wszystkich przesłanek odpowiedzialności, te bowiem należy zawsze wiązać z odpowiednią podstawą prawną, jak np. art. 415 k.c. Z art. 446¹ k.c. wynika jednak przynajmniej jedna przesłanka odpowiedzialności, jaką jest bezprawność. Nie można bowiem – co do zasady – ponosić odpowiedzialności cywilnej za zachowania zgodne z prawem. Wprowadzenie art. 446¹ k.c. przecięło ostatecznie wątpliwości, czy np. w stosunkach rodzinnych można mówić o odpowiedzialności rodziców względem dziecka i na czym polega ewentualna bezprawność takiego zachowania⁷¹.

Z art. 446¹ k.c. wynika także zakaz podejmowania działań szkodzących płodowi w okresie ciąży. Nie można bowiem przyjąć, iż prawo zezwala na zachowanie prowadzące do określonego skutku a jednocześnie zabrania sprowadzenia owego skutku. Zakaz wyrządzenia szkody dziecku poczętemu w okresie ciąży należy jednocześnie powiązać z art. 23 k.c. Bez znaczenia jest to, iż art. 23 k.c. odwołuje się do pojęcia człowieka. Skoro naruszenie zdrowia – umożliwia dziecku po urodzeniu wystąpienie o naprawienie szkód doznanych przed

⁶⁷ J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona ...*, s. 376.

⁶⁸ Podaję za: N. Karczewska, *Przymus interwencji ...*, s. 53.

⁶⁹ J. Ammons, *Texas' Prenatal Protection Act: Civil and Criminal Fetus Fatality Protection*, "Texas Journal of Women & the Law"; 2012, vol. 21, s. 268.

⁷⁰ Na temat trudności z uzasadnieniem odpowiedzialności odszkodowawczej patrz G. Casey, *Pregnant Woman and Unborn Child: Legal Adversaries?*, „Medico-Legal Journal of Ireland”, 2002/6, s. 77 – 78.

⁷¹ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 486

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

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

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

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

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

przeciwstawnych interesów⁷². Powstaje pytanie, czy prawo do samostanowienia i autonomii jednostki, w zakresie prawa do złych zachowań może być ujmowane w tej samej płaszczyźnie co to samo prawo w aspekcie negatywnym (wolność od zachowań zmuszających do określonego zachowania).

Rozważmy to zagadnienie na gruncie stanu faktycznego będącego przedmiotem uwagi Sądu Okręgowego w Słupsku z 20.01.2015 roku⁷³. Matka dziecka będąc w 38 tygodniu ciąży, spożywała przez 3 dni alkohol w znacznych ilościach. Jednocześnie zdawała sobie sprawę zarówno z możliwości porodu oraz negatywnego oddziaływania alkoholu na płód. Zdawała sobie również sprawę z możliwości uszkodzenia płodu i spowodowania choroby zagrażającej życiu dziecka po jego narodzinach. W konsekwencji, na skutek picia w ciągu, matka dziecka spowodowała u dziecka ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci choroby realnie zagrażającej życiu (ciężkie zespół abstynencyjny z bezdechem i drgawkami). Matka dziecka została uniewinniona od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. z uwagi na fakt, iż zdrowie człowieka podlega ochronie na gruncie art. 156 § 1 pkt 2 k.k. dopiero od momentu rozpoczęcia porodu, a w przypadku cesarskiego cięcia – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu. Słusznie odwołano się w rozpoznawanej sprawie do poglądu wyrażonego przez SN w wyroku z 26.10.2006 r.⁷⁴, z którego wynika również i to, że w okresie poprzedzającym rozpoczęcie akcji porodowej, płód nie podlega ochronie prawnokarnej na tych samych zasadach jak człowiek po urodzeniu.

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

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

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

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

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

⁷⁴ Wyrok SN z 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW nr 11/2006, poz. 97.

matki dziecka powstrzymywania się przed używaniem w okresie ciąży substancji bezpośrednio wpływających na życie i zdrowie dziecka poczętego, jeżeli brak przepisów, które jednoznacznie umożliwiałyby wyegzekwowanie owego obowiązku. Przepisy o postępowaniu egzekucyjnym zawarte w kodeksie postępowania cywilnego takiej możliwości nie przewidują.

To właśnie w postępowanie egzekucyjnym leży problem. Od strony postępowania rozpoznawczego sprawa wydaje się w miarę jednoznaczna. Podstawą powództwa, zmierzającego do ochrony dziecka w okresie prenatalnym przed ryzykowanymi zachowaniami matki, polegającymi na spożywaniu alkoholu lub narkotyków jest art. 24 § 1 k.c. Istotą sprawy jest bowiem ochrona konstytucyjnie umocowanego prawa do życia, obejmującego również życie płodu ludzkiego⁷⁵. Odwołajmy się do fragmentu uzasadnienia wyroku TK z 28.05.1997 r. Wskazano w nim, iż „nie ma żadnych powodów, dla których dziecko nie powinno być chronione przed umyślnymi działaniami jego matki (lub ojca za zgodą matki) powodującymi rozstrój zdrowia dziecka lub uszkodzenie ciała”. Ze stwierdzeniem tym należy się zgodzić. Ocena bezprawności zachowania matki powinna zaś odbywać się przy uwzględnieniu wynikającego z art. 446¹ k.c. obowiązku niepodejmowania przez matkę aktywnych działań szkodzących dziecku (o czym była mowa w punkcie VII opracowania). Art.446¹ k.c. odsuwa w czasie (do momentu urodzenia się dziecka) możliwość podniesienia roszczeń odszkodowawczych. W tym zakresie stanowi *lex specialis* wobec art. 24 § 2 k.c. Interesujący nas przepis nie zawiera jednak takiego ograniczenia wobec roszczeń prewencyjnych, przewidzianych w art. 24 § 1 k.c. Innymi słowy możliwe jest żądanie działań skutkujących zagrożeniem naruszenia dobra osobistego w postaci życia lub zdrowia jeszcze przed narodzinami dziecka. Można również wskazać na art. 439 k.c., który jest podstawą prawną ogólnego roszczenia prewencyjnego, zmierzającego do usunięcia stanu zagrażającego wyrządzeniem szkody.

Dodać wreszcie należy, iż w toku procesu możliwe jest zarówno wyważenie interesów dziecka i matki, jak i zbadanie konkretnej sytuacji stron.

Omawianej konstrukcji nie stoi na przeszkodzie pytanie o podmiotowość prawną nasciturusa. Powództwo o ochronę dóbr osobistych może być bowiem wytoczone przez kuratora ustanowionego na podstawie art. 182 k.r.o.⁷⁶. Wprawdzie geneza tego przepisu wiązana jest z ochroną interesów majątkowych, ale w samej treści przepisu nie ma żadnego ograniczenia wiążącego go jedynie z prawami majątkowymi. Kuratora ustanawia się bowiem

⁷⁵ Wyrok TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK nr 2/1997, poz.19.

⁷⁶ L. Bosek w: M. Safjan red., *Prawo...*, s. 45.

zgodnie z literalnie wyrażoną wolą ustawodawcy, dla strzeżenia praw – a nie jedynie praw majątkowych. Sformułowanie o przyszłych prawach powinno być odczytane jako konieczność uwzględnienia również aktualnych praw (w tym prawa do życia) zgodnie z rozumowaniem *a minori ad maius*. Ochrona pewnego stanu w przyszłości (stanu niepewnego jako, że dotyczącego przyszłości) oznacza przecież ochronę tego stanu w teraźniejszości, jeśli już stan ten wówczas istnieje. Skoro ustawodawca dostrzega konieczność ochrony przyszłych praw dziecka (prawo do życia po urodzeniu), to tym bardziej chroni prawo istniejące już w momencie wszczęcia postępowania. Innymi słowy: nie można chronić prawa do życia w okresie późniejszym, jeśli nie jest chronione to prawo w okresie wcześniejszym a jednocześnie los tego prawa nie zależy od urodzenia.

W tym miejscu dodać należy, iż formułowany niekiedy pogląd o warunkowej zdolności prawnej nasciturusa – pod warunkiem zawieszającym, iż dziecko urodzi się żywe jest adekwatny do praw majątkowych. Pozwala bowiem uniknąć komplikacji, związanych chociażby z koniecznością prowadzenia postępowania spadkowego w razie martwego urodzenia. Nie da się jednak utrzymać tej koncepcji na gruncie praw osobistych. Pozostawałoby to w sprzeczności z orzecznictwem TK, akcentującym, iż prawo do życia podlega ochronie od samego początku a nie jedynie w okresie po urodzeniu.

Odwołanie się do instrumentu przewidzianego w art. 182 k.r.o. ułatwia także pokonanie problemu kwestii reprezentacji dziecka. Nie jest konieczne wówczas rozstrzygnięcie, czy władza rodzicielska obejmująca także reprezentację nasciturusa może przysługiwać przed urodzeniem. Oceniając – w sposób ogólny – początek przysługiwania władzy rodzicielskiej, T. Sokołowski trafnie zauważa, iż pogląd o każdorazowej konieczności odwoływania się do instytucji kuratora w przypadku nasciturusa prowadzi do naruszenia prawa matki do decydowania także o jej własnej sytuacji zdrowotnej⁷⁷. W ramach interesującego nas splotu zagadnień należy jednak zwrócić uwagę na konflikt interesów matki i dziecka poczętego. Nie jest możliwe by matka pozwała samą siebie w procesie o ochronę dóbr osobistych dziecka poczętego.

Jak zatem widać prawo cywilne dysponuje instrumentami ochrony dziecka poczętego przed ryzykownymi zachowaniami matki. Są one jednak w tym sensie puste, iż nie jest możliwa przymusowa realizacja orzeczenia nakazującego matce zaprzestanie używania alkoholu lub narkotyków w okresie ciąży. Nie chodzi nawet o kwestię czasu, który – biorąc pod uwagę specyfikę zagrożeń związanych z oddziaływaniem alkoholu na ośrodkowy układ

⁷⁷ T. Sokołowski, Komentarz do art.92 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, LEX/ el. 2013, uw. 2.

nerwowego dziecka – ma istotne znaczenie. Istnieje bowiem możliwość wystąpienia o udzielenie zabezpieczenia dla roszczenia niepieniężnego w trybie art. 755 § 1 k.p.c.

Prawdziwym problemem jest to, jak miałyby być wykonane orzeczenie. Brak w postępowaniu egzekucyjnym przepisów umożliwiających np. przymusową hospitalizację matki dziecka w okresie ciąży, celem ochrony nasciturusa przed oddziaływaniem alkoholu. W grę nie wchodzi również przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, które po prostu nie przewidują takich sytuacji.

Wydaje się, iż konieczne jest w chwili obecnej podjęcie dyskusji na temat zmian w prawie, które umożliwiłyby realną ochronę prawa do życia i zdrowia nasciturusa. Wnioski wynikające z przytoczonych wcześniej badań PARPA oraz wiedzy medycznej są, mówiąc ogólnie, mocno niepokojące. Rzecz w tym, iż tworząc odpowiednią regulację należałoby zadbać o to, by nie mogła być ona wykorzystywana w jakichkolwiek sytuacjach zaniedbań prenatalnych a jedynie w tych, które niosą ze sobą realne i poważne niebezpieczeństwo nieodwracalnych zmian zdrowotnych u dziecka. Konieczne byłoby wyważenie pozostających ze sobą w konflikcie dwóch wartości: wolności matki oraz prawa do życia i zdrowia nasciturusa.

Pomysły dotyczące tego zagadnienia nie są nowością. Wspomnieć należy, zagubiony w odmętach polskiej legislacji, projekt nowelizacji art. 23 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, o którym informowała PARPA w sprawozdaniu za 2010 r.⁷⁸ Proponowano w nim dodanie nowego ust. 1a, na mocy którego możliwe byłoby przyjęcie do szpitala psychiatrycznego osoby nie wykazującej zaburzeń psychicznych bez jej zgody, która na skutek uzależnienia od substancji psychoaktywnych znajduje się w stanie bezpośredniego zagrożenia życia lub życia i zdrowia innych osób. Mógłby on być podstawą do dyskusji na temat rozszerzenia zakresu ochrony również o dziecko poczęte, lecz nieurodzone. Pomogłoby to zmniejszyć rozdźwięk między deklarowaną przez polskiego ustawodawcę ochroną interesów dziecka poczętego, jak chociażby w art. 2 ust. 1 w związku z art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy z 6.01.2010 r. o Rzeczniku Praw Dziecka⁷⁹ a jej rzeczywistym poziomem. Zagadnienia te wymagałyby z pewnością odrębnego opracowania. Chociażby skrótowo zasygnalizować jednak należy, iż najlepszym miejscem do wprowadzenia odpowiednich regulacji byłyby przepisy medyczne, dotyczące ochrony zdrowia a nie przepisy

⁷⁸ Sprawozdanie z wykonania ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi w okresie 1 stycznia – 31 grudnia 2010 r., s. 121, <http://www.parpabip.pl/userfiles/file/sprawozdanie2010.pdf>

⁷⁹ Ustawa z 6.01.2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, Dz. U. z 2016 r., poz. 2086 ze zm.

o postępowaniu egzekucyjnym w sprawach cywilnych, pomimo tego, że obowiązek niepodejmowania aktywnych działań szkodzących zakotwiczony jest w art. 446¹ k.c. Najpierw jednak należałoby rozważyć, czy w ogóle taka regulacja powinna się pojawić. W mojej ocenie tak, ale zasady demokratycznego państwa prawnego wymagają by w tak drażliwej kwestii uwzględnić głosy przeciwne.

IX. Zakończenie

Celem niniejszego opracowania było zasygnalizowanie istnienia istotnej społecznie kwestii. Dotyka ona szeregu problemów tak prawnej jak i filozoficznej natury. To właśnie z tego względu uważam za właściwe posługiwanie się terminologią możliwie jak najbardziej obojętną z aksjologicznego punktu widzenia⁸⁰. Wyznaczenie granic ochrony życia i zdrowia nasciturusa w kontekście nieaborcyjnym, nie wymaga przesądzenia, czy należy odwoływać się do pojęcia osoby, czy też poprzestać na określeniu: płód. **Chodzi w tej sprawie o rozstrzygnięcie konfliktu określonych wartości i interesów.** Istotniejszy wydaje się argument, że **art. 446¹ k.c. nie może być wykładany w sposób prowadzący do wniosku o większej oplacalności martwego urodzenia, niż żywego urodzenia dziecka, dotkniętego wadami OUN i mogącego z tego tytułu pozwać matkę.** Byłoby to po prostu nielogiczne z czysto prawniczego punktu widzenia. Nadto szczególna sytuacja matki i dziecka w okresie prenatalnym – jedności dwojga – jak ujął to niemiecki TK w wyroku z 28.05.1993 r.⁸¹ uzasadnia osłabienie niektórych aspektów wolności matki (wolność do złych zachowań) z uwagi na zdrowie i życie nasciturusa. Jest to konflikt innego rodzaju, niż ten który pojawia się na tle spraw o odmowę zgody na zabieg medyczny. W tym drugim przypadku chodzi bowiem o bardziej istotny aspekt samostanowienia – wolność od zabiegów medycznych. Nie można go zestawiać na jednym poziomie z wolnością do używek. Te dwa aspekty wolności mają po prostu inną wagę aksjologiczną. Owa szczególna sytuacja przemawia jednak także i za tym, by osoba ojca była w tego typu sprawach usunięta w cień. To nie ojciec jest w ciąży i to nie jego dotykałyby ewentualne ograniczenia⁸².

W chwili obecnej, choć da się wywieść istnienie obowiązku matki powstrzymywania się przed pewnymi ryzykownymi zachowaniami w okresie ciąży, to jednak jego wymuszenie

⁸⁰ To zaś oznacza, iż zawsze tam gdzie mowa jest w tekście o dziecku poczętym, można je zastąpić terminem: płód lub nasciturus.

⁸¹ Wyrok II Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN z 28.05.1993 r. (2 BvF 2/90, 4/92 i 5/92), w: M. Safjan, Prawo ..., s. 366 – 370.

⁸² Także i ten temat wymagałby odrębnego opracowania. Zastanawiając się nad ewentualną regulacją należy rozważyć wszystkie jej możliwe negatywne strony, w tym także wykorzystywanie postępowania sądowego w konfliktach między matką a ojcem.

jest praktycznie niemożliwe. Istnieją w prawie co najwyżej półśrodki, umożliwiające reakcję wtedy, kiedy organy stosujące prawo dojdą do przekonania o konieczności ich zastosowania. I tak np. dopuszczalne jest, w razie wystąpienia przesłanek z art. 23 lub 24 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, przyjęcia bez zgody pacjenta, prezentującego określone zachowania do szpitala, celem obserwacji na okres do 10 dni⁸³. Jak wynika ze stanu faktycznego będącego przedmiotem uwagi Sądu Okręgowego w Słupsku w wyroku z 20 stycznia 2015 roku⁸⁴ a przedstawionego w punkcie VII niniejszego opracowania – w zależności od prezentowanych przez matkę dziecka objawów, możliwe było rozważenie zasadności zastosowania obserwacji. Alkoholizm sam z siebie nie uzasadnia zastosowania leczenia psychiatrycznego, ale często towarzyszą mu określone zaburzenia psychiczne. Nie jest możliwe zastosowanie wobec pacjentki umieszczonej w zakładzie psychiatrycznym na podstawie art. 24 leczenia bez jej zgody – ale ów pobyt do 10 dni, w realiach konkretnej sprawy umożliwiły ochronę dziecka przed szkodami, których doznało. Wymienione powyżej przepisy te nie przewidują jednak wprost możliwości poddania matki dziecka przymusowej hospitalizacji, celem ochrony dziecka poczętego / płodu przed skutkami zażywania substancji psychoaktywnych przez matkę. W występujących w praktyce sytuacjach, ochrona zdrowia płodu realizowana jest jedynie wówczas, gdy matka dziecka prezentuje zachowania autoagresywne a jednocześnie cierpi na zaburzenia psychiczne⁸⁵. Jako iluzoryczną zaś należy ocenić ochronę, która mogłaby być ewentualnie wywiedziona z art. 24 w związku z art. 26 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu alkoholizmowi, z uwagi na długotrwałe procedury przewidziane ustawą.

Stan, w którym istnieje obowiązek, lecz nie może być wyegzekwowany, budzi poważne wątpliwości. Nie ma żadnej podstawy prawnej do odmowy nasciturusowi ochrony dobra osobistego w postaci życia lub zdrowia. To, że doznaje ona znaczących ograniczeń w kolizji z zasadą samostanowienia matki na tle spraw o odmowę podania się zabiegowi medycznemu, nie sprzeciwia się uznaniu, że ochrona nasciturusa uzyskuje pierwszeństwo przed bezprawnymi zachowaniami matki, wpływającymi negatywnie w sposób bezpośredni na płód – takimi jak spożywanie alkoholu i narkotyków. Trudność w wyważeniu poziomu ochrony, polega na tym by nie rozciągać zakazu podejmowania negatywnych działań na wszystkie zachowania wpływające negatywnie na płód, lecz jedynie na te, które są najbardziej

⁸³ Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy psychiatrycznej, osoba, której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest ona chora psychicznie, może być przyjęta bez zgody wymaganej w art. 22 do szpitala w celu wyjaśnienia tych wątpliwości.

⁸⁴ Patrz przypis 72.

⁸⁵ Przykłady tego typu sytuacji w: B. Kmiecik, Dylematy etyczno-prawne ..., s. 244 i n.

oczywiste i potwierdzone medycznie. Trudno bowiem sobie wyobrazić możliwość przymusowego powstrzymania matki od palenia papierosów w okresie ciąży, choć działanie to jest szkodliwe dla płodu. Negatywne oddziaływanie nikotyny na dziecko poczęte nie przekreśla jednak jego życia. Oddziaływanie alkoholu – niestety tak.