



Data publikacji preprintu: **20 grudnia 2016 r.**

Wersja internetowa: **www.czpk.pl/preprinty**

Pozycja w wydaniu internetowym: **8/2016**

Preprint można cytować z powołaniem się na nr pozycji w wydaniu internetowym. Wersja podstawowa tekstu ukaże się drukiem w zeszycie 4/2016 Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych w czwartym kwartale 2016 r.

PREPRINT

Ewa Plebanek

Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)

1. Wprowadzenie

Podstawowym dobrem prawnie chronionym w typach zawartych w art. 152, 153 i 157a k.k.¹ jest życie i zdrowie dziecka poczętego. *De lege lata* teza ta nie budzi żadnych wątpliwości, tym bardziej że celem podkreślenia osobowego



charakteru dobra prawnego i wyznawanej przez ustawodawcę aksjologii podczas konstruowania typów chroniących życie i zdrowie ludzkie w fazie prenatalnej odstąpiono od nazw wywodzących się z języka eksperckiego na rzecz oznaczenia przedmiotu czynności wykonawczej mianem „dziecka poczętego”². Takie rozwiązanie ma jednak także pewne mankamenty: pojęcie „dziecko poczęte” nie ma jednoznacznie określonego kręgu desygnatów, co powoduje, że w doktrynie i judykaturze funkcjonują odmienne poglądy odnośnie cezury wyznaczającej moment początkowy prawnokarnej ochrony przynależnej istocie ludzkiej³, a także cezury końcowej, wyznaczającej moment, w którym dziecko poczęte, które „osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej”, wciąż znajdujące się w maczynym organizmie, przestaje być desygnatem nazwy „dziecko poczęte”, a staje się desygnatem takich nazw, jak „człowiek” lub „dziecko w okresie porodu”, które określają przedmiot czynności wykonawczej innych norm sankcjonujących chroniących ludzkie życie lub zdrowie⁴.

De lege lata określenie znamion czynności wykonawczej w typach karalnej aborcji, a także systemowe odniesienia wskazują, że za czurę wyznaczającą chwilę pojawienia się „dziecka poczętego” legislator uznaje czas powstania w organizmie kobiety możliwej do stwierdzenia ciąży, tj. moment, w którym doszło do implantacji zarodka. W okresie poprzedzającym powstanie ciąży prawnokarną ochronę życia



i zdrowia istoty ludzkiej przewidują przepisy karne ustawy o leczeniu niepłodności⁵, uznające za przedmiot ochrony m.in. prawidłowy i niezakłócony rozwój zarodka ludzkiego znajdującego się poza organizmem kobiety – w czasie pomiędzy pozaustrojowym zapłodnieniem komórki jajowej a chwilą implantacji w organizmie kobiety. Do zmiany tego stanu rzeczy zmierza m.in. Komitet Inicjatywy Ustawodawczej „Stop Aborcji”, który w dn. 3 lipca 2016 r. złożył w Sejmie obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz Kodeksu karnego, radykalnie poszerzający zakres prawnokarnej ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej⁶. Projekt przewiduje m.in. całkowity zakaz aborcji ze wskazań eugenicznych, prawnych oraz terapeutycznych; odpowiedzialność karną za umyślne oraz nieumyślne ataki na życie lub zdrowie dziecka poczętego oraz umyślne przerwanie własnej ciąży lub spowodowanie rozstroju zdrowia dziecka poczętego przez kobietę ciężarną⁷. Niejako w mroku najistotniejszych zmian legislacyjnych znalazła się propozycja umieszczenia w słowniku wyrażeń ustawowych legalnej definicji „dziecka poczętego”, wskazującej, że jest to „człowiek w prenatalnym okresie rozwoju, od chwili połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej” (art. 115 § 24 projektu obywatelskiego). Jednocześnie projektodawcy zrezygnowali z określenia czynności wykonawczej w typach karalnej aborcji mianem „przerwania ciąży” na



rzecz „powodowania śmierci dziecka poczętego” (art. 152 § 1 i 153 § 1 projektu obywatelskiego)⁸. Projekt ten przewiduje także usunięcie typów karalnej aborcji kwalifikowanych z uwagi na osiągnięcie przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Projekt obywatelski zrównuje tym samym status i zakres prawnokarnej ochrony dzieci poczętych: od momentu zapłodnienia komórki jajowej aż do końca „prenatalnego okresu rozwoju”, gdyż przewidziana w projekcie definicja dziecka poczętego wskazuje jedynie moment początkowy prawnokarnej ochrony życia ludzkiego i nie zawiera innych cech konstytutywnych dla nazwy oraz ograniczenia w postaci kryterium rozwojowego. W konsekwencji nazwa „dziecko poczęte” poszerzyłaby swój zakres w porównaniu z zakresem aktualnie ukształtowanym przez dorobek doktryny i judykatury z jednej strony o zapłodnione komórki jajowe przed procesem zagnieżdżenia w macicy (w tym zapłodnione komórki powstałe w wyniku IVF⁹ i znajdujące się poza organizmem kobiety), a z drugiej – o płody zdolne do życia poza organizmem kobiety ciężarnej do czasu wejścia w fazę naturalnego porodu, gdyż – jak się wydaje – do tego momentu natura przewidziała „prenatalny okres rozwoju człowieka”¹⁰. Proponowane w projekcie obywatelskim poszerzenie zakresu nazwy „dziecko poczęte” zrównuje status zakresu prawnokarnej ochrony płodu zdolnego do utrzymania się przy życiu poza organizmem kobiety ciężarnej z zapłodnioną komórką



jajową. Tymczasem *de lege lata* dziecko nienarodzone zdolne do życia poza organizmem kobiety ciężarnej i nieznajdujące się w fazie porodu siłami natury, po zaistnieniu dodatkowych okoliczności w postaci pojawienia się medycznej konieczności zakończenia ciąży w czasie poprzedzającym pojawienie się naturalnej akcji porodowej lub rozpoczęciu czynności przygotowawczych do operacji cesarskiego cięcia (poprzedzającego rozpoczęcie porodu siłami natury), jest uznawane za desygnat nazwy „człowiek”, a nie „dziecko poczęte”, pomimo iż znajduje się w „prenatalnym okresie rozwoju”.

Należy nadmienić, że wskazanie momentu wyznaczającego początek prawnokarnej ochrony życia i zdrowia „dziecka poczętego” na czas poprzedzający powstanie ciąży nie jest nowatorskim pomysłem projektodawców. Poprzednia inicjatywa legislacyjna zmierzająca do poszerzenia zakresu prawnokarnej ochrony życia w fazie prenatalnej nie przewidywała wprowadzenia legalnej definicji dziecka poczętego jednoznacznie opierającej się na kryterium zapłodnienia żeńskiej komórki jajowej, jednak projekt nowelizacji części szczególnej Kodeksu karnego przedstawiony w dn. 5 listopada 2013 r. przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego także rezygnował z określania czynności sprawczej w art. 152 k.k. mianem „przerwania ciąży” na rzecz „powodowania śmierci dziecka poczętego”¹¹, co pośrednio wskazywało, że dla przyjęcia odpowiedzialności karnej za przestępstwo skierowane przeciwko życiu dziecka poczętego nie jest niezbędne zakończenie



procesu zapłodnienia warunkującego rozpoczęcie ciąży i nie jest niezbędne, aby do ciąży w ogóle doszło¹². Z podobnej techniki legislacyjnej, tj. rezygnacji z terminów „przerwanie ciąży” i „kobieta ciężarna” na rzecz „śmierć dziecka poczętego” i „matka dziecka poczętego”, korzystano także w okresie poprzedzającym wejście w życie Kodeksu karnego z 1997 r.¹³ Z drugiej strony projekt autorstwa KKPK jako pierwszy starał się rozwiązać zasygnalizowany powyżej problem i zareagować na rzeczywisty problem społeczny związany z raczej powszechnym przekonaniem o potrzebie zapewnienia niemal donoszonemu płodowi adekwatnego zakresu prawno-karnej ochrony¹⁴. Projekt KKPK jednoznacznie wskazał moment uzyskania przez płód „zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki” jako chwilę, w której płód przestaje być desygnatem nazwy „dziecko poczęte” i staje się desygnatem nazwy „człowiek”¹⁵. Propozycja ta zwiększała intensywność prawnokarnej ochrony życia i zdrowia płodów spełniających kryterium rozwojowe, ponieważ zyskiwały one prawnokarłą ochronę przynależną „człowiekowi” bez względu na pozostałe niezależne od ich właściwości okoliczności, tak jak ma to miejsce *de lege lata*, tj. bez względu na rozpoczęcie etapu naturalnego porodu, pojawienie się medycznej konieczności przedterminowego zakończenia ciąży, rozpoczęcie przygotowań do zabiegu cesarskiego cięcia poprzedzającego wejście przez dziecko w okres porodu. Jednocześnie – co oczywiste w sytuacji, w której projektodawcy



kształtują granice prawnokarnej ochrony życia w fazie prenatalnej w oderwaniu od pojęcia „ciąży”, a nawet „prenatalnego okresu rozwoju człowieka” – projekt KKPK przewidywał stosowną regulację wyłączającą karalność kobiety ciężarnej za bezprawne ataki na życie lub zdrowie „dziecka poczętego zdolnego do życia poza organizmem matki”, poza jednym wyjątkiem¹⁶, który wzbudził poważne kontrowersje i był jedną z przyczyn niew wejścia projektu w fazę dalszych prac legislacyjnych.

Niniejszy artykuł ograniczy się do analizy legalnej definicji „dziecka poczętego” wysłowionej w art. 115 § 24 projektu obywatelskiego¹⁷. Ten problem badawczy jest o tyle interesujący, że z uwagi na radykalizm innych zmian proponowanych w tej inicjatywie legislacyjnej nie poświęca się mu wiele uwagi. Tymczasem postulat jednoznacznego zadeklarowania „chwili poczęcia” jako momentu wyznaczającego początek prawnokarnej ochrony życia ludzkiego pojawia się w niemal każdej inicjatywie legislacyjnej zmierzającej do poszerzenia zakresu kryminalizacji zachowań skierowanych przeciwko rozwojowi istoty ludzkiej w fazie prenatalnej. Z drugiej strony istnieje problem zakresu prawnokarnej ochrony płodu spełniającego kryterium rozwojowe, który z niemożliwych do wyjaśnienia w sposób racjonalny względów w tego rodzaju projektach jest traktowany jako nieistniejący, pomimo że to właśnie w tej kwestii istnieje szansa na konsensus społeczny w sprawie zwiększenia intensywności prawnokarnej



ochrony. Wypada zauważyć, że pomysł wprowadzenia legalnej definicji „dziecka poczętego” do słownika wyrażeń ustawowych, oceniany w perspektywie zasad poprawnej legislacji i podstawowych funkcji prawa karnego, zasługuje na aprobatę. Dlatego też dalsze części tekstu poświęcono przede wszystkim aspektowi dogmatycznemu badanej propozycji legislacyjnej, a inne aspekty, w szczególności politycznokryminalny i aksjologiczny, nie będą rozważane. Ponieważ w uzasadnieniu projektu obywatelskiego stwierdzono, że legalna definicja dziecka poczętego powinna wpłynąć „korzystnie” na wykładnię innych ustaw¹⁸, należy ustalić, czy poszerzenie zakresu nazwy „dziecko poczęte” o desygnaty obejmujące zapłodnione komórki jajowe wpłynęłoby na legalność leczenia niepłodności metodą IVF, legalność środków antykoncepcyjnych o działaniu antynidacyjnym oraz niektórych zabiegów leczniczych ratujących zdrowie kobiet.

2. Definicja dziecka poczętego a konstytutywne cechy istoty ludzkiej

Należy stwierdzić, że przyjęta w projekcie obywatelskim definicja dziecka poczętego jest za szeroka. Ustawa o leczeniu niepłodności, definiując zarodek ludzki powstały w wyniku IVF, wskazuje, że jest to „grupa komórek powstała wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się



jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy” (art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.). Ustawodawca w definiensie odwołuje się do wiedzy medycznej i wskazuje inne cechy istotne dla zarodka ludzkiego obok połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, tj. zakończenie procesu kariogamii, a także jednoznacznie wskazuje moment, od którego zarodek przestaje być przedmiotem czynności wykonawczej typów opisanych w ustawie o leczeniu niepłodności i staje się przedmiotem czynności wykonawczej typów aborcyjnych opisanych w Kodeksie karnym. Tymczasem wedle projektu obywatelskiego jedyną cechą konstytutywną „dziecka poczętego” jest „połączenie męskiej i żeńskiej komórki rozrodczej”. Jednak zapłodniona komórka jajowa może rozwinąć się nie w kierunku istoty ludzkiej, lecz ciężowej choroby trofoblastycznej – nowotworu o nazwie „zaśniad groniasty” (*Mola hydatidosa*)¹⁹. Zaśniad groniasty powstaje w wyniku nieprawidłowego zapłodnienia komórki jajowej, przez jeden lub dwa plemniki. Ta nieprawidłowo zapłodniona blastocysta implantuje się w macicy i rozwija się jako tkanka nowotworowa, która nie ma niczego wspólnego z istotą ludzką. Skutkujący powstaniem nowotworu błąd w procesie zapłodnienia polega na tym, że materiał genetyczny pochodzący od ojca ulega duplikacji i komórka pozbawiona jest materiału genetycznego pochodzącego od matki (zaśniad całkowity) lub posiada kariotyp triploidalny, gdyż zawiera



materiał genetyczny pochodzący od matki i dwóch plemników (zaśniad częściowy). Jeżeli zatem legislator decyduje się na tworzenie definicji dziecka poczętego nie odwołując się do pojęcia ciąży, to powinien ująć definicję w taki sposób, aby desygnatami nazwy były jedynie istoty posiadające cechy typowe dla gatunku ludzkiego.

Ponieważ z zaśniadu groniastego nie da się uczynić człowieka, jedyną znaną medycynie metodą leczenia jest „ewakuacja z macicy jak najszybciej po rozpoznaniu”, czyli chirurgiczne łyżeczkowanie jamy i kanału szyjki macicy lub podanie tabletek wczesnoporonnych celem usunięcia nowotworu z organizmu kobiety. Aktualnie w tego rodzaju sytuacji nie ma konieczności wdrażania procedury związanej z zabiegiem przerwania ciąży z uwagi na wystąpienie zagrożenia dla życia lub zdrowia kobiety. Nie ulega bowiem wątpliwości, że likwidacja nowotworu nie stanowi ataku na życie dziecka poczętego, gdyż brak w tym przypadku przedmiotu ochrony. *De lege lata* ustalając znaczenie nazwy „dziecko poczęte”, należy odwołać się do cech przypisywanych istocie ludzkiej w naukach empirycznych oraz w innych aktach normatywnych, w tym w ustawie o leczeniu niepłodności, a zatem wynik rozumowania jednoznacznie wskazuje, że zaśniad groniasty nie jest desygnatem tej nazwy. W razie wejścia badanego projektu w życie okazałoby się, że zaśniad posiada konstytutywne cechy „dziecka poczętego”, a okoliczność, że zaśniad groniasty nie stanowi „ciąży” w rozumieniu



procesu zmierzającego w kierunku przyjścia na świat człowieka, nie miałyby żadnego znaczenia w perspektywie realizacji znamion typu, gdyż zrezygnowano z określenia znamion czynności wykonawczej jako „przerwania ciąży” na rzecz „powodowania śmierci dziecka poczętego”. obrońcy definicji mogliby wskazać, że zawiera ona stwierdzenie, iż „dziecko poczęte” to „człowiek w prenatalnym okresie rozwoju”, a więc nazwa swoim zakresem nie obejmuje nowotworów. Niestety – nazwa „człowiek w prenatalnym okresie rozwoju” nie jest nazwą ostrą, nawet osoba posiadająca wiedzę ekspercką nie jest w stanie jednoznacznie określić, jakie kryteria należy spełnić, aby zostać uznanym za jej desygnat, a więc odwołanie się do niej niczego nie przesądza²⁰. Z perspektywy zasad poprawnej legislacji jedynym zasługującym na aprobatę rozwiązaniem byłoby precyzyjne, odwołujące się do wiedzy i języka eksperckiego, wskazanie konstytutywnych cech istoty ludzkiej w prenatalnej fazie rozwoju – tak jak uczyniono to w ustawie o leczeniu niepłodności.

3. Definicja dziecka poczętego a zakres prawnokarnej ochrony płodu zdolnego do życia poza organizmem kobiety ciężarnej i nieznajdującego się „w okresie porodu” siłami natury

Przewidziana w projekcie obywatelskim definicja dziecka poczętego nie określa, w którym momencie „człowiek



w prenatalnym okresie rozwoju” przestaje być desygnatem nazwy „dziecko poczęte” i staje się „człowiekiem” w rozumieniu hipotez norm sankcjonujących chroniących ludzkie życie i zdrowie. Projektodawcy pomimo stosownej okazji nie zajęli się tą kwestią. Jest to poważny zarzut, gdyż to ta właśnie sprawa stanowi rzeczywisty problem wykładniczy. *De lege lata* mankamenty ustawy karnej w tym zakresie naprawia judykatura²¹ – co w perspektywie podstawowych zasad gwarancyjnych prawa karnego nie jest zjawiskiem korzystnym.

Moment, w którym płód uzyskuje zdolność do przeżycia poza organizmem matki, niewątpliwie stanowi ważną chwilę w jego rozwoju; dostrzega to także system prawa: nie pozwalając na przerwanie ciąży po tym terminie, przewidując odpowiednio surowszą sankcję za przerwanie zaawansowanej ciąży, zakończenie ciąży po tej chwili, a przed właściwym terminem jej zakończenia, traktuje zaś jako „przedwczesny poród”, a nie „poronienie”²²; jeżeli zaś przedwcześnie urodzone dziecko urodzi się martwe, to konsekwencje prawne tego zdarzenia dla rodziców kształtują się odmiennie niż w przypadku poronienia²³. Tymczasem projekt obywatelski nie wprowadza do definicji dziecka poczętego kryterium rozwojowego i likwiduje typy kwalifikowane z uwagi na zaawansowany stopień rozwoju płodu. Nie można wykluczyć, że nie jest to przeoczenie, ale celowy zabieg legislacyjny: być może projektodawcy uznali, że po likwidacji typów aborcyjnych



kwalfikowanych z uwagi na zdolność płodu do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej judykatura będzie skłonna przyjąć kryterium rozwojowe jako wyznaczające granicę pomiędzy „dzieckiem poczętym” a „człowiekiem”, pomimo braku jednoznacznej deklaracji ustawodawcy w tym zakresie. *De lege lata* w doktrynie i judykaturze dominują głosy, że to właśnie kwalifikowane typy aborcyjne są zasadniczą przeszkodą w przyjęciu kryterium rozwojowego²⁴. Jednak w razie wejścia projektu obywatelskiego w życie na przeszkodzie przyjęcia kryterium rozwojowego stałaby definicja „dziecka poczętego” – nie ma bowiem możliwości, aby uznać osiągnięcie przez płód hipotetycznej zdolności do utrzymania się przy życiu poza maczynym organizmem za granicę pomiędzy „człowiekiem w prenatalnym okresie rozwoju” a „człowiekiem” w rozumieniu Kodeksu karnego. Nie można przyjąć, że chociaż u przedstawicieli gatunku ludzkiego płód intensywnie rozwija się przez około 40 tygodni, to koniec „prenatalnego okresu rozwoju człowieka” w rozumieniu Kodeksu karnego następuje w 24–27 tygodniu ciąży, kiedy to medycyna w razie przedwczesnego porodu ma do czynienia ze skrajnym wcześniakiem, który nawet nie mając żadnych wrodzonych wad rozwojowych, a jedynie z powodu niedostatecznego rozwoju, ma niewielką szansę na utrzymanie się przy życiu lub cieszenie się w przyszłości dobrym zdrowiem i jednocześnie jest skazany na wielotygodniowe podtrzymywanie podstawowych funkcji życiowych za pomocą zaawansowanej aparatury medycznej.



De lege lata chwilę, w której „dziecko poczęte” staje się „człowiekiem” lub „dzieckiem w okresie porodu” w rozumieniu prawa karnego, należy wyznaczyć na moment, w którym dziecko poczęte posiadające zdolność do autonomicznego podjęcia podstawowych funkcji życiowych, chociażby przy udziale urządzeń medycznych, ale nie za pośrednictwem matczynego organizmu, rozpoczyna proces emancypowania się z organizmu kobiety lub pojawia się medyczna konieczność przedterminowego oddzielenia go od organizmu kobiety z uwagi na brak warunków do dalszego niezakłóconego rozwoju. Wykładnia logiczno-językowa definicji „dziecka poczętego” wskazuje, że po wejściu projektu obywatelskiego w życie należałoby powrócić do tradycyjnie ujmowanego kryterium położniczego, gdyż „prenatalny okres rozwoju” kończy się dopiero z chwilą rozpoczęcia porodu siłami natury, a nie z chwilą wystąpienia medycznej potrzeby oddzielenia dziecka od organizmu matki, jeżeli wystąpi przed zakończeniem prenatalnego okresu rozwoju. Co więcej, odstępianie od wykładni logiczno-językowej i przyjęcie kryterium rozwojowego jako jedyne wyznaczającego granicę pomiędzy „dzieckiem poczętym” a „człowiekiem”, w połączeniu z brakiem klauzuli wyłączającej karalność kobiety ciężarnej za czyny skierowane przeciwko życiu i zdrowiu płodu znajdującego się w jej organizmie, doprowadziłoby do niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji w perspektywie podstawowych zasad gwarancyjnych prawa karnego²⁵. Przyjęcie kryterium



rozwojowego oznaczałoby możliwość pociągnięcia kobiety ciężarnej do odpowiedzialności karnej na zasadach ogólnych za wszystkie typy, gdzie przedmiotem ochrony jest życie lub zdrowie człowieka, w sytuacji gdy przedmiotem czynności wykonawczej byłby znajdujący się w jej organizmie płód. Przykładowo: przerwanie ciąży po 24 tygodniu nosiłoby znamiona zabójstwa (a zatem paradoksalnie dla kobiety dużo bardziej „opłacalne” z uwagi na zagrożenie ustawowe przewidziane w art. 149 k.k. byłoby doczekanie do końca ciąży i zabicie noworodka „pod wpływem porodu”); kobieta mogłaby także odpowiadać za nieumyślne narażenie człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia (160 k.k.), narażenie na zachorowanie na HIV lub inną chorobę weneryczną (161 k.k.), nieudzielenie pomocy osobie znajdującej się w niebezpieczeństwie utraty życia lub zdrowia (160 k.k.), spowodowanie średniego uszczerbku na zdrowiu (157 k.k.), spowodowanie średniego lub ciężkiego wypadku komunikacyjnego (177 k.k.).

W tym miejscu znów warto przywołać projekt autorstwa KKPK, który jeszcze w grudniu 2013 r. uchodził za nazbyt radykalny. Jak już wspomniano, zadekretowano w nim kryterium rozwojowe (art. 162a projektu KKPK), ale jednocześnie chcąc uniknąć opisywanych powyżej konsekwencji, przewidziano klauzulę bezkarności dla kobiety ciężarnej dopuszczającej się bezprawnego ataku na życie lub zdrowie płodu po 24–27 tygodniu ciąży, a przed wejściem w fazę



porodu (art. 162 § 2 projektu KKPK). Projekt autorstwa KKPK przewidywał „jedynie” odpowiedzialność kobiety ciężarnej za „uprzywilejowany typ dzieciobójstwa”, czyli umyślne spowodowanie śmierci płodu spełniającego kryterium rozwojowe (art. 149a projektu KKPK). Ten ostatni przepis wywołał krytykę i został uznany za zbyt radykalny – przełamował bowiem zasadę mówiącą o całkowitym wyłączeniu karalności kobiety ciężarnej za czyny skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu płodu aż do „okresu porodu” w rozumieniu art. 149 k.k. Nie ulega wątpliwości, że gdyby KKPK zechciała zrezygnować z art. 149a projektu, proponowany art. 162a spotkałby się z lepszym zrozumieniem i z szerszym poparciem społecznym.

W związku z opisywanymi powyżej konsekwencjami w razie przyjęcia projektu obywatelskiego doktryna i judykatura z dużym prawdopodobieństwem odrzuciłaby całkowicie kryterium rozwojowe, co w połączeniu z projektowaną likwidacją typów kwalifikowanych z uwagi na stopień rozwoju płodu spowodowałoby zmniejszenie intensywności prawno-karnej ochrony płodów zdolnych do życia poza organizmem kobiety ciężarnej, w tym także w sytuacjach, w których do bezprawnego zachowania doszło w czasie przygotowań do zabiegu cesarskiego cięcia lub po wystąpieniu medycznej konieczności przedterminowego zakończenia ciąży – o ile dziecko nie było w fazie porodu siłami natury. Oznacza to, że projekt obywatelski zrównuje status i zakres prawno-karnej



ochrony płodów spełniających kryterium rozwojowe, w tym tych, które w świetle medycyny należy uznać za w pełni rozwinięte i donoszone, ze statusem zapłodnionych komórek jajowych.

4. Działanie antyimplantacyjne niektórych środków antykoncepcyjnych a „powodowanie śmierci dziecka poczętego”

Wprowadzenie legalnej definicji „dziecka poczętego” obejmującej swym zakresem zapłodnione komórki jajowe przed zakończeniem procesu implantacji, przy jednoczesnym zerwaniu z określeniem znamienia czynności wykonawczej w art. 152 § 1 k.k. mianem „przerwania ciąży” na rzecz „powodowania śmierci dziecka poczętego”, daje przyczynek do rozważań nad możliwością legalnego korzystania ze środków antykoncepcyjnych o udowodnionym działaniu antyimplantacyjnym. Jak się wydaje, jest to rozumowanie zgodne z intencją projektodawców. Aktualnie tego rodzaju środki antykoncepcyjne nie są uznawane za środki poronne (powodujące przerwanie istniejącej ciąży), gdyż jeżeli zastosowano je po kilkudziesięciu godzinach od zapłodnienia komórki jajowej, tj. po zagnieżdżeniu się blastocysty w macicy, nie wywołują skutku poronnego i nie wpływają negatywnie na przebieg ciąży i rozwój zarodka²⁶, a przeciwnie – w medycynie prezentowany jest pogląd, że hormony w nich zawarte wręcz



sprzyjają podtrzymaniu już istniejącej ciąży. Z tych wszystkich względów zarówno spirala wewnątrzmaciczna, jak i kilka rodzajów produktów antykoncepcyjnych przeznaczonych do stosowania w celu zapobiegnięcia ciąży po odbyciu stosunku płciowego bez zabezpieczenia lub w przypadku, gdy zastosowana metoda antykoncepcji „zawiodła”, figurują w Urzędowym Wykazie Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej²⁷.

Należy stwierdzić, że propozycja objęcia prawnokarną ochroną blastocyst przed zakończeniem procesu implantacji ma istotne mankamenty wynikające z oderwania od elementarnej wiedzy na temat procesu zapłodnienia. Ta okoliczność powoduje, że intencje projektodawców z przyczyn obiektywnych mogłyby ziścić się jedynie w sferze symbolicznej. Zapłodnienie to trwający kilkadziesiąt godzin proces. Nie ulega wątpliwości, że „chwila połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej” („chwila poczęcia”) to moment inicjującego złożony proces zapłodnienia, mogący z pewnym prawdopodobieństwem zakończyć się zagnieżdżeniem prawidłowo zapłodnionej komórki jajowej w macicy i ciążą. Po „chwili połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej” może bowiem dojść do powstania ludzkiego zarodka, a niekiedy w wyniku dalszych podziałów komórkowych – dwóch lub więcej zarodków, jednak nieprawidłowo zapłodniona komórka jajowa może rozwinąć się w kierunku choroby nowotworowej. Na etapie pomiędzy „chwilą połączenia się



żeńskej i męskiej komórki rozrodczej” a zakończeniem procesu zapłodnienia może także dojść do powstania ciąży pozamacicznej, a więc zagnieżdżenia się blastocysty poza jamą macicy, co uniemożliwia jej dalszy rozwój i stanowi bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia kobiety. Jeżeli prawidłowo zapłodniona komórka jajowa po kilkudziesięciu godzinach od „chwili poczęcia” zagnieżdzi się w jamie macicy, w organizmie kobiety rozpocznie się proces ciąży, której istnienie można potwierdzić za pomocą laboratoryjnego testu krwi. Jednak nawet u niecierpiących na zaburzenia płodności par przeszło połowa zapłodnionych komórek jajowych nie zagnieżdża się w macicy, lecz z nieustalonych przyczyn ulega tzw. mikroporonieniu i jest wydalana z organizmu nieświadomej kobiety w cyklu menstruacyjnym²⁸. Zatem do momentu zakończenia procesu zapłodnienia w żaden sposób nie można wykazać, czy w organizmie kobiety znajduje się zapłodniona komórka jajowa, a także nie ma możliwości ustalenia, z jakich przyczyn zapłodniona komórka jajowa została wydalona z organizmu kobiety. Jedynym wyjątkiem jest tu zapłodnienie pozaustrojowe, gdyż „chwila połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej” ma miejsce podczas zabiegu medycznego odbywającego się poza organizmem kobiety. Dla prawnika istotną informacją wynikającą z tych praw przyrody jest okoliczność, że stan ciąży, czyli istnienie przedmiotu ochrony w postaci życia i zdrowia dziecka poczętego, można potwierdzić dopiero po zagnieżdzeniu się



embrionu w macicy, a więc po około 7–10 dobach od chwili, którą projekt uznaje za moment pojawienia się „dziecka poczętego”²⁹; w czasie poprzedzającym tę chwilę żadnym środkiem dowodowym nie można zaś wykazać, że doszło do nie-
dozwolonego ataku na życie lub zdrowie dziecka poczętego, gdyż w żaden sposób nie można uzyskać informacji potwierdzającej jego istnienie.

W uznaniu środków antykoncepcji postkoitalnej za atakujące życie i zdrowie dziecka poczętego w rozumieniu art. 152 § 1 projektu obywatelskiego stoi na przeszkodzie jeszcze jeden powód, obok braku możliwości potwierdzenia istnienia przedmiotu czynności wykonawczej. Skuteczne przyjęcie środków antykoncepcji doraźnej może, choć nie musi, poprzedzać moment połączenia się komórek rozrodczych i musi poprzedzać moment zagnieżdżenia się zapłodnionej komórki jajowej w macicy. Tabletką przyjętą w ciągu kilkudziesięciu godzin po stosunku płciowym mogącym prowadzić do zapłodnienia opóźni moment owulacji, jeżeli kobieta zażyła ją przed jajczkowaniem, natomiast jeżeli przed zażyciem tabletki doszło do jajczkowania i zapłodnienia komórki jajowej, to hormony zawarte w tabletkce uniemożliwią jej zagnieżdżenie się w macicy (działanie antynidacyjne). Jedynie w tym drugim przypadku zażycie środka antykoncepcji doraźnej powoduje „śmierć dziecka poczętego” wg art. 152 § 1 projektu, chociaż *de lege lata* nie jest „przerwaniem ciąży” w rozumieniu art. 152 § 1 k.k. Jednak wykazanie, jak



w konkretnym przypadku środek zadziałał, jest niemożliwe: wymagałoby precyzyjnego ustalenia, w którym momencie cyklu menstruacyjnego doszło do stosunku płciowego i w którym momencie cyklu kobieta przyjęła środek antykoncepcyjny. Jednocześnie nawet gdyby kobieta decydująca się na zażycie tabletki miała ściśle monitorowany cykl i z pewnym prawdopodobieństwem można byłoby ustalić, w której fazie doszło do stosunku i do zażycia pigułki, to nie ma żadnej możliwości ustalenia, czy doszło do wytworzenia zdolnej do zapłodnienia komórki jajowej, a także czy doszło do zapłodnienia oraz z jakich przyczyn komórka jajowa, nawet jeżeli powstała i połączyła się z męską komórką rozrodczą, ostatecznie nie zagnieździła się w organizmie kobiety. Natomiast w odniesieniu do komórek jajowych zapłodnionych w wyniku procedury *in vitro*, w sytuacji w której kobieta bezpośrednio po transferze do organizmu zapłodnionej komórki jajowej zażyłaby środki antykoncepcji doraźnej, przypisaniu odpowiedzialności karnej stanęłaby na przeszkodzie konieczność obiektywnego przypisania skutku: jak pokazują statystyki, także w przypadku zapłodnienia *in vitro* więcej niż połowa embrionów nie zagnieźdza się w jamie macicy z nieustalonych przyczyn³⁰.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że rozszerzenie zakresu nazwy „dziecko poczęte” o blastocysty w czasie procesu implantacji i odmienne ujęcie znamienia czynności wykonawczej w art. 152 k.k. teoretycznie nie powinno



wpłynąć na możliwość korzystania z dotychczas uznawanych za legalne środków antykoncepcyjnych. Jednak nie ulega wątpliwości, że powodowałyby to pogłębienie zjawiska faktycznego ograniczania dostępności wspomnianych środków, a w dalszej perspektywie mogłoby się stać przydatnym argumentem za zmianą prawa celem ich delegalizacji i kryminalizacji stosowania. To jednak wymagałoby dalszych kroków w postaci stworzenia kolejnych typów przestępstw i jednoznacznych dyspozycji ustawodawcy usuwających konkretne środki antykoncepcyjne z listy leków dopuszczonych do obrotu na terenie Polski.

5. Przepisy karne ustawy o leczeniu niepłodności w perspektywie prawnokarnej ochrony dziecka poczętego

Obecny kształt art. 152 i 153 k.k. nie pozostawia wątpliwości, że odnoszą się one do ochrony dziecka poczętego rozwijającego się w organizmie kobiety³¹, gdyż zapłodniona pozaustrojowo komórka nie jest ciążą, a zatem jej likwidacja nie realizuje znamion czynności sprawczej opisanej jako „przerwanie ciąży”. Prawnokarną ochronę życia i zdrowia zarodka powstałego w wyniku procedury zapłodnienia pozaustrojowego i nieznajdującego się w organizmie kobiety zapewniają przepisy karne zawarte w ustawie o leczeniu niepłodności. W perspektywie ochrony życia i zdrowia zarodka *in vitro* od-



powiednikiem art. 152 § 1 k.k. jest art. 83 u.l.n., przewidujący karalność za umyślne „niszczenie zarodka powstałego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji”; pozostałe zaś typy, gdzie głównym przedmiotem ochrony jest życie i zdrowie zarodka *in vitro*, to: umyślne prowadzenie genetycznej diagnostyki preimplantacyjnej ze wskazań innych niż medyczne (art. 82 u.l.n.), umyślne tworzenie zarodków w celu innym niż leczenie niepłodności (art. 85 u.l.n.), umyślne tworzenie mutacji genetycznych, klonów, chimer i hybryd (art. 85 i 86 u.l.n.). Wypada zauważyć, że ustawa o leczeniu niepłodności nie używa w odniesieniu do zapłodnionej pozaustrojowo komórki pojęcia „dziecko poczęte”, lecz pojęcia „zarodek”, znamię czynności wykonawczej nie jest zaś określone mianem „powodowania śmierci”, ale „niszczenia zarodka powstałego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji”. Ustawa o leczeniu niepłodności nie przewiduje karalności za nieumyślne ataki na życie i zdrowie zarodków zdolnych do dalszego rozwoju, a także za niszczenie zarodków niezdolnych do prawidłowego rozwoju – bez względu na stronę podmiotową. Co więcej, zaniechanie polegające na niedopuszczeniu do dalszego rozwoju zarodków niezdolnych do prawidłowego rozwoju jest w świetle ustawy uznane za zgodne z regułami sztuki medycznej. Proponowana w projekcie definicja dziecka poczętego, obejmująca swym zakresem wszystkie zapłodnione komórki jajowe, w połączeniu ze zmianami w części szczególnej, tj. zmianą opisu czynności



wykonawczej: z „przerwania ciąży” na „powodowanie śmierci dziecka poczętego” (152 § 1 projektu obywatelskiego), a także kryminalizacja nieumyślnego „powodowania śmierci dziecka poczętego” (152 § 2 projektu obywatelskiego) oraz nieumyślnego „powodowania uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia zagrażającego życiu dziecka poczętego” (157 § 2 projektu obywatelskiego) powoduje, że należy rozważyć wpływ przyjęcia badanej inicjatywy legislacyjnej na przewidziane w ustawie o leczeniu niepłodności możliwości w zakresie leczenia niepłodności za pomocą zapłodnienia pozaustrojowego.

Pierwszą kwestią budzącą wątpliwości na tle „szerokiej” definicji dziecka poczętego jest możliwość diagnostyki preimplantacyjnej zarodków, której konsekwencją jest podział zarodków na zdolne do dalszego prawidłowego rozwoju oraz takie, które bezpośrednio po stworzeniu zostały zakwalifikowane jako niezdolne do prawidłowego rozwoju, co powoduje, że nie podejmuje się względem nich żadnych działań zmierzających do przedłużenia ich istnienia. Jak się wydaje, procedura IVF bez możliwości diagnostyki zarodków jest pozbawiona sensu. Część par decyduje się na zapłodnienie *in vitro* nie z powodu braku możliwości poczęcia dziecka metodą naturalną, ale dlatego że w razie naturalnego zapłodnienia istnieje znaczące prawdopodobieństwo przekazania potomstwu poważnej dziedzicznej choroby genetycznej. Taka okoliczność jest wskazaniem medycznym do genetycznej diagnostyki preimplantacyjnej zarodków (art. 26 u.l.n.). Zdrowe



zarodki są transferowane do organizmu kobiety lub przechowywane, zarodki niezdolne do prawidłowego rozwoju nie są zaś poddawane embriotransferowi lub krioprezerwacji, co w efekcie powoduje samoistne ustanie rozwoju komórkowego. Także w odniesieniu do zarodków pochodzących od pary niemającej wskazań do genetycznej diagnostyki preimplantacyjnej ustawa nakazuje dokonanie diagnostyki zarodków, wskazując przy tym kryteria, wedle których należy dokonać oceny zdolności rozwojowych zarodka (art. 23 ust 2 u.l.n.). Celem diagnostyki preimplantacyjnej jest zwiększenie prawdopodobieństwa uzyskania ciąży i zminimalizowanie prawdopodobieństwa poronienia. Także w tej sytuacji transferowi lub przechowaniu zostają poddane jedynie zarodki zdolne do dalszego prawidłowego rozwoju. W konsekwencji ustawa o leczeniu niepłodności kryminalizuje „jedynie” umyślne niszczenie zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju (art. 83 u.l.n.), karalna jest także genetyczna diagnostyka preimplantacyjna embrionów prowadzona ze wskazań innych niż medyczne (art. 82 u.l.n.), np. celem wyboru płci dziecka lub innych cech fenotypowych, o ile nie jest to istotne w perspektywie wystąpienia poważnej, dziedzicznej choroby genetycznej. Tymczasem wedle projektu obywatelskiego desygnatem nazwy „dziecko poczęte” i przedmiotem czynności wykonawczej typów, w których przedmiotem ochrony jest życie dziecka poczętego, są wszystkie embriony powstałe w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego, w tym



embriony nieprzeniesione do organizmu kobiety i niezdolne do prawidłowego rozwoju. Pojawia się zatem pytanie: czy osoby przeprowadzające procedurę IVF powodują „śmierć dziecka poczętego” przez zaniechanie polegające na uniemożliwieniu „dalszego rozwoju” zarodkom niezdolnym do prawidłowego rozwoju? Czy osoba dokonująca pozaustrojowego zapłodnienia może odpowiadać za spowodowanie „śmierci dziecka poczętego” w sytuacji, w której wcześniej sama stworzyła zarodek niezdolny do prawidłowego rozwoju i jej zachowanie polega na zaniechaniu podjęcia działań zmierzających do zapewnienia dalszego rozwoju zarodka?

Kwestię legalności opisanych zachowań należy rozważyć na płaszczyźnie bezprawności. Czyn człowieka, zanim zostanie uznany za realizujący znamiona typu (karalny), musi zostać uznany za czyn bezprawny, a zatem naruszający wyznaczone przez zasady wiedzy i doświadczenia życiowego reguły postępowania z dobrem prawnie chronionym. Należy przyjąć, że leczenie niepłodności metodą IVF jest powszechnie stosowaną i uznaną techniką rozrodu wspomaganego medycznie, gdzie poprzez „wyleczenie niepłodności” należy rozumieć doprowadzenie do ciąży i urodzenia żywego dziecka, a jednocześnie nienarazanie kobiety na zbędny z punktu widzenia tego celu rozstrój zdrowia, tj. wielokrotne poronienia lub wewnątrzmaciczną śmierć dziecka poczętego wynikające z wad genetycznych oraz wielokrotne poddawanie stymulacji hormonalnej i punkcji jajników celem pobierania



kolejnych komórek jajowych. W perspektywie tak określonego celu leczenia i zasad sztuki medycznej wytworzonych w wyniku wieloletniego stosowania omawianej metody, a przede wszystkim przepisów ustawy o leczeniu niepłodności, należy stwierdzić, że przyzwolenie na nieprzechowywanie embrionów obarczonych poważnymi wadami jest zachowaniem *lege artis* – zgodnym z powszechnie obowiązującymi zasadami sztuki medycznej i polskimi przepisami, a więc zachowaniem pierwotnie legalnym.

Delegalizacja diagnostyki preimplantacyjnej embrionów wymagałaby zmian w ustawie o leczeniu niepłodności. Nawet gdyby doszło do zmiany nie tylko w Kodeksie karnym, ale i w ustawie o leczeniu niepłodności, to uznanie opisywanych zachowań za czyny prawnokarnie relewantne wymagałoby stworzenia kolejnych typów przestępstw, a to dlatego że zawarte w Kodeksie karnym typy to przestępstwa skutkowe. W razie delegalizacji genetycznej diagnostyki preimplantacyjnej oraz wstępnej selekcji zarodków na zdolne do prawidłowego rozwoju i obciążone poważnymi wadami na przeszkodzie przypisaniu odpowiedzialności karnej na podstawie art. 152 § 1 lub 2 projektu stałaby konieczność obiektywnego przypisania skutku, co w opisanych klasach sytuacji nie byłoby możliwe³². Truizmem jest stwierdzenie, że wprowadzenie przepisów zakazujących diagnostyki preimplantacyjnej zarodków oraz tworzenia więcej niż jednego zarodka, a następnie zamrażania niewykorzystanych



w danym cyklu, ale zdolnych do dalszego rozwoju zarodków – całkowicie wykluczyłyby możliwość celowego i skutecznego leczenia niepłodności metodą IVF³³.

Kolejną kwestią wartą omówienia w związku z poszerzeniem zakresu prawnokarnej ochrony dziecka poczętego jest prawnokarna ocena krioprezerwacji zarodków, tj. drugiej obok diagnostyki preimplantacyjnej czynności niezbędnej dla skutecznego leczenia niepłodności metodą IVF³⁴. Ustawa o leczeniu niepłodności zezwala na uzyskanie w toku jednego cyklu stymulacji hormonalnej więcej niż jednej zdatnej do zapłodnienia komórki jajowej (art. 9 ust. 2 u.l.n.), a następnie na zapłodnienie wszystkich uzyskanych i zdatnych do zapłodnienia komórek jajowych, pomimo iż do organizmu kobiety, z uwagi na niebezpieczeństwa wynikające z ciąży mnogiej, jednorazowo wprowadza się nie więcej niż jeden, dwa zarodki. Zarodki nieprzeniesione do organizmu kobiety i zdolne do prawidłowego rozwoju, aby przetrwać, muszą zostać poddane w ciągu kilkudziesięciu godzin krioprezerwacji (zamrażaniu). Badania nie wykazały wpływu zamrażania zarodków na występowanie powikłań ciąży lub wad wrodzonych u dzieci, jednak nie u wszystkich zarodków po procedurze rozmrażania wracają funkcje komórkowe. W perspektywie analizowanego projektu „ustanie funkcji komórkowych” jako następstwo procedury rozmrażania zarodka jest równoznaczne ze „śmiercią dziecka poczętego”. Pojawia się zatem pytanie: czy jedyna czynność przedłużająca „życie”



zarodkowi, który nie został transferowany do organizmu kobiety, może zostać oceniona jako nieumyślne doprowadzenie do jego śmierci lub doprowadzenie do „rozstroju zdrowia zagrażającego życiu dziecka poczętego” w rozumieniu art. 152 lub 157a projektu obywatelskiego? Należy stwierdzić, że o ile proces krioprezerwacji przebiegał zgodnie z zasadami sztuki medycznej wyznaczonymi przez stosowne przepisy oraz zasady wiedzy i doświadczenia medycznego, to nawet jeżeli następstwem zamrażania zarodka było ustanie funkcji komórkowych, zachowanie takie należy ocenić jako pierwotnie legalne. Delegalizacja tworzenia więcej niż jednego zarodka, a także możliwości zamrażania zarodków wymagałaby wprowadzenia odrębnych przepisów. Oznacza to, że wejście obywatelskiego projektu w życie teoretycznie nie powinno ograniczyć leczenia niepłodności metodą IVF, nie wyłącza bowiem legalności zabiegów medycznych opisanych w ustawie o leczeniu niepłodności jako zachowania legalne.

Powyższe rozważania nie oznaczają jednak, że poszerzenie zakresu prawnokarnej ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego nie wpłynęłoby na kryminalizację tych zachowań, które *de lege lata* wypada uznać za bezprawne w świetle ustawy o leczeniu niepłodności, ale nie karalne. Pomiedzy zakresem normowania przewidzianym w obywatelskim projekcie a zakresem normowania przewidzianym w ustawie o leczeniu niepłodności występuje stosunek nadrzędności.



Dlatego też w razie wejścia projektu w życie w odniesieniu do umyślnego ataku na życie zarodka znajdującego się poza organizmem kobiety należałoby przyjmować odpowiedzialność z art. 83 u.l.n. na zasadzie *lex posterior generali non derogat legi priori speciali*. Natomiast nieumyślne zatrzymanie w rozwoju komórkowym zarodka zdolnego do dalszego rozwoju jest aktualnie zachowaniem bezprawnym, ale nie karalnym. Wejście obywatelskiego projektu w życie oznaczałoby, że nieumyślne zniszczenie zarodka zdolnego do dalszego rozwoju należałoby rozpatrzyć w perspektywie realizacji znamion art. 152 § 2 jako nieumyślne „powodowanie śmierci dziecka poczętego”. Pozostałe typy opisane w ustawie o leczeniu niepłodności także charakteryzują się umyślnością, a zatem nieumyślne zakłócenie prawidłowego rozwoju komórkowego zarodka *in vitro* mogłoby być ocenione w perspektywie art. 157a § 2 projektu obywatelskiego. Można zauważyć, że w razie wejścia projektu obywatelskiego w życie przy jednoczesnym pozostawieniu ustawy o leczeniu niepłodności w niezmienionym stanie pojawiłaby się pewna niespójność w systemie prawa: zachowania cechujące się tymi samymi znamionami strony przedmiotowej, a różniące się stroną podmiotową, byłyby w razie umyślności oceniane przez pryzmat przepisów karnych ustawy o leczeniu niepłodności i traktowane jako „niszczenie zarodka” lub „zakłócenie w rozwoju komórkowym zarodka”, a w razie nieumyślności w perspektywie Kodeksu karnego jako „powodowanie śmierci” lub „rozstroju zdrowia” dziecka poczętego.



6. Chwila śmierci dziecka poczętego jako moment zaniknięcia przedmiotu ochrony

Ponieważ przedmiotem ochrony art. 152, 153 i 157a k.k. jest życie i zdrowie dziecka poczętego w jego aspekcie egzystencjalnym (biologicznym), poza momentem początkowym wypada także wskazać chwilę ustania prawnokarnej ochrony życia w fazie prenatalnej z uwagi na wewnątrzmaciczną śmierć dziecka poczętego. Kwestię tę należy poruszyć w szczególności, jeżeli perspektywa wprowadzenia legalnej definicji dziecka poczętego wiąże się, tak jak ma to miejsce w projekcie obywatelskim, z całkowitym zakazem aborcji poza sytuacją wystąpienia stanu bezpośredniego zagrożenia życia kobiety. Wewnątrzmaciczna śmierć dziecka poczętego oznacza bowiem brak przedmiotu prawnokarnej ochrony w postaci życia i zdrowia dziecka poczętego – od tego momentu jedynym dobrem prawnie chronionym jest życie i zdrowie kobiety ciężarnej. Tymczasem wbrew pozorom ustalenie, od którego momentu kończy swój byt dziecko poczęte jako przedmiot czynności wykonawczej, nie jest wcale łatwe, w szczególności w pierwszych 6–8 tygodniach ciąży, niejasności w tym względzie prowadzą zaś do negatywnych konsekwencji w zakresie metod leczenia kobiet wymagających pilnej pomocy medycznej. Nawet w sytuacji jednoznacznej z medycznego punktu widzenia lekarz, zamiast przyjąć metodę terapeutyczną zgodną z zasadami sztuki medycznej,



będzie skłonny zaniechać leczenia kobiety z obawy przed odpowiedzialnością karną za przestępstwo skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu dziecka poczętego, pomimo że poza ratowaniem zdrowia kobiety nie było żadnego racjonalnego działania alternatywnego, które mogłoby prowadzić do uratowania życia dziecka poczętego.

Wypada zauważyć, że w przypadku „człowieka narodzonego” oznaki życia i śmierci są zewnętrznie postrzegalne i nie budzą zażartych sporów światopoglądowych, a pomimo tego ustawodawca opracował jednoznaczne kryteria pozwalające stwierdzić koniec ludzkiego życia³⁵ i nie sposób przecenić ich praktycznego znaczenia dla prawa i medycyny. Tymczasem pierwszy obraz ultrasonograficzny pęcherzyka ciążowego można uzyskać dopiero około 6–8 tygodnia ciąży i wtedy też najwcześniej można wykryć czynność serca płodu (FHR), której brak jest jednoznacznym sygnałem, że płód nie żyje. Natomiast do tego czasu, przez pierwsze tygodnie ciąży, ustalenie, że zarodek przestał się rozwijać, jest możliwe jedynie na podstawie „poszlak” – szczególnie że proces obumierania zarodka przebiega niemal bezobjawowo dla kobiety. Lekarze wnioski w tym zakresie opierają na porównaniu wyników badań stężeń hormonów wykonanych w kilkudziesięciogodzinnych odstępach czasowych – potwierdzenie, że doszło do obumarcia zarodka, może zatem trwać kilka dni. Jeżeli wyniki wskazują, że rozwój ciąży nie postępuje, zasady sztuki medycznej nakazują wdrożyć leczenie mające na celu



zminimalizowanie uszczerbku na zdrowiu kobiety, np. zaprzestanie terapii podtrzymującej rozwój ciąży, podanie antybiotyków, które mają pacjentkę zabezpieczyć przed zakażeniem i które zasadniczo nie powinny być podawane ciężarnym, gdyż mogą szkodzić zarodkowi, a w przypadku poronienia zatrzymanego lub niezupełnego³⁶ podanie tabletek poronnych lub łyżeczkowanie jamy macicy. *De lege lata* zaniechanie terapii podtrzymującej obumierającą ciążę lub interwencja medyczna skracająca ten proces nie stanowi bezprawnego ataku na życie lub zdrowie dziecka poczętego, gdyż zasady sztuki medycznej nakazują w momencie stwierdzenia, że poronienie ma charakter nieodwracalny, podjęcie czynności mających na celu ochronę zdrowia kobiety, nie ma tu już bowiem zachowania alternatywnego, które można byłoby podjąć celem ratowania dobra w postaci życia i zdrowia dziecka poczętego, a kosztem zdrowia kobiety. Można także bronić tezy, że medyczna interwencja przyspieszająca proces naturalnego poronienia o charakterze nieodwracalnym nie powinna być określana mianem „przerwania ciąży”, gdyż ciąża oznacza proces polegający na nieprzerwanym rozwoju dziecka poczętego, zatem nieodwracalne przedwcześnie zatrzymanie się tego procesu z przyczyn naturalnych wyznacza moment, w którym ciąża została „przerwana” i lekarz nie może jej po tym momencie przerwać ponownie.

W praktyce przyjmuje się, że zabiegi lecznicze podejmowane względem pacjentki w razie stwierdzenia poronienia



zatrzymanego nie są kwalifikowane jako zabiegi przerwania ciąży, pod warunkiem że potwierdzono śmierć dziecka poczętego, przy czym w odniesieniu do ciąży zbyt wczesnej na odnotowanie akcji serca zarodka tym potwierdzeniem będą wyniki badań stężeń hormonów wskazujące, że rozwój ciąży nie postępuje. Natomiast jeżeli dziecko poczęte niezdolne do życia poza organizmem kobiety ciężarnej daje jednoznaczne objawy życia, lekarze unikają interwencji medycznych przyspieszających naturalny proces poronienia, pomimo pewności, że poronienia nie da się odwrócić, a dziecko nie ma zdolności do przetrwania poza łonem kobiety i umrze w toku poronienia lub bezpośrednio po wydostaniu się z organizmu matki. Jednak *de lege lata* jeżeli przedłużający się proces poronienia zagraża zdrowiu kobiety, a dziecko poczęte wciąż żyje, istnieje możliwość udzielenia pacjentce skutecznej pomocy poprzez legalną aborcję terapeutyczną.

Wedle projektu obywatelskiego do czasu jednoznacznego potwierdzenia śmierci dziecka poczętego wszelkie interwencje medyczne skracające proces poronienia mogą być podejmowane jedynie w razie potwierdzenia stanu „bezpośredniego zagrożenia dla życia matki dziecka poczętego”. Wedle projektu obywatelskiego także w odniesieniu do ciąży pozamacicznej zasadnym będzie zachowanie sprzeczne z zasadami sztuki medycznej, polegające na wyczekiwaniu z interwencją medyczną na „stan bezpośredniego zagrożenia życia matki dziecka poczętego” lub na jednoznaczną informację



potwierdzającą obumarciu zarodka, co – jak wykazano – może trwać nawet kilka dni. Warto dodać, że ciąża pozamaciczna nie daje szans na żywe urodzenie dziecka, ale za to oznacza znaczne prawdopodobieństwo wystąpienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub nawet śmierci kobiety w razie opóźnionego udzielenia pomocy medycznej. W tej kategorii przypadków nie ma nawet dobra, które „matka dziecka poczętego” mogłaby uratować dzięki narzuconemu jej przez legislatora poświęceniu własnego zdrowia. Należy przy tym podkreślić, że w nauce prawa karnego pojęcia „konieczności”, a także „bezpośredniego niebezpieczeństwa” mają jasno określone znaczenia – lekarz będzie miał możliwość przerwania nieuchronnie obumierającej ciąży lub ciąży pozamacicznej jedynie wówczas, gdy uzyska pewność, że niebezpieczeństwa dla życia kobiety nie można inaczej uniknąć. Oznacza to, że oczywista z punktu widzenia współczesnej medycyny metoda postępowania nie zostanie wdrożona do czasu przeprowadzenia przez personel medyczny pogłębionych rozważań natury prawnej odnośnie charakteru niebezpieczeństwa grożącego kobiecie: czy ma ono charakter bezpośredni i czy grozi nie zdrowiu, a życiu „matki dziecka poczętego”. Kodeks karny narzuci zatem personelowi medycznemu zachowanie nieracjonalne w perspektywie zasad sztuki medycznej i podstawowych celów medycyny. Projekt obywatelski faktycznie ogranicza możliwości skutecznego ratowania życia i zdrowia kobiet, naraża kobiety na zbędne



cierpienia fizyczne i psychiczne. Co więcej, nie odbywa się to nawet celem ratowania życia dziecka poczętego, gdyż w opisywanych w tej części tekstu klasach sytuacji nie istnieje działanie, które można skutecznie w tym kierunku podjąć. Przykładem-przestroga jest przypadek trzydziestoletniej mieszkanki Irlandii Savity Halapannavar, która w październiku 2012 r. zgłosiła się do szpitala w 17 tygodniu ciąży, będąc w trakcie poronienia o charakterze nieodwracalnym. Płód żył, jednak z uwagi na niedostateczny rozwój nie miał żadnej możliwości przeżycia poza organizmem matki. Lekarze pomimo nalegań kobiety i jej męża nie interweniowali w naturalny przebieg poronienia, gdyż uznali, że trwające kilkadziesiąt godzin skurcze i krwawienie z dróg rodnych nie stanowią „realnego i istotnego zagrożenia dla życia” i w związku z powyższym zgodnie z prawem Irlandii aborcja jest niedopuszczalna. Było to zachowanie nieracjonalne z punktu widzenia zasad sztuki medycznej, ale zgodne z irlandzkim prawem. Płód usunięto po trzech dobach od rozpoczęcia poronienia, po ustaleniu, że przestało bić jego serce. Niestety tego rodzaju proces chorobowy cechuje się dynamizmem i charakter niebezpieczeństwa, który może z niego wynikać, jest nieprzewidywalny: w wyniku przedłużającego się poronienia kobieta doznała zakażenia, którego nie udało się opanować, i kilka dni później pacjentka, która w normalnych warunkach dawno opuściłaby mury szpitala, zmarła na sepsę³⁷.



7. Podsumowanie

W perspektywie podstawowych zasad gwarancyjnych prawa karnego inicjatywa stworzenia legalnej definicji regulującej znaczenie nazwy „dziecko poczęte” zasługuje na aprobatę. Jednak tego rodzaju definicja nie powinna być konstruowana w oparciu o określoną wizję światopoglądową przy jednoczesnym zerwaniu z podstawowymi zasadami logiki i wiedzą ekspercką. Co więcej, nie powinna być to wizja światopoglądowa radykalnie sprzeczna ze światopoglądem znacznej części społeczeństwa, której miałyby być przez legislatora narzucona. Nadto należy uwzględnić kwestie politycznokryminalne, które nakazują legislatorowi rezygnację z tworzenia takich przepisów, o których z góry wiadomo, że nie istnieje możliwość ich skutecznego egzekwowania. Ma to swoje uzasadnienie także w normach konstytucyjnych: zasada proporcjonalności jako granica prawa karania nie dozwala legislatorowi na tworzenie norm ograniczających prawa i wolności obywatelskie, jeżeli nie są przydatne do realizacji innych pozytywnie wartościowanych celów lub też cele te można realizować za pomocą środków mniej restryktywnych niż prawo karne³⁸.

Będąca przedmiotem analizy definicja nie przecina zasadniczych kontrowersji panujących w judykaturze, ujmowana zaś w kontekście pozostałych zmian legislacyjnych zawartych w projekcie obywatelskim doprowadza do pojawienia się



nowych problemów wykładniczych. Definicja nie wskazuje cech konstytutywnych „dziecka poczętego”, a odwołuje się jedynie do innej nazwy o równie niejasnym znaczeniu – „człowiek w prenatalnym okresie rozwoju”. Definicja wskazuje jedynie cesurę początkową, od której wedle projektu pojawia się dziecko poczęte jako przedmiot czynności wykonawczej, a nie wskazuje cesury końcowej, wyznaczającej moment, w którym kończy się „prenatalny okres rozwoju” – pomimo że to ta właśnie kwestia sprawia w praktyce najwięcej problemów.

Projekt obywatelski pomija zagadnienie zakresu prawnokarnej ochrony płodów spełniających kryterium rozwojowe i nieznajdujących się w fazie porodu. Projekt likwiduje typy kwalifikowane z uwagi na okoliczność, że przedmiotem czynności wykonawczej jest „dziecko poczęte zdolne do życia poza organizmem kobiety ciężarnej”, z definicji jednoznacznie zaś wynika, że w zakres nazwy wchodzi także płody spełniające kryterium rozwojowe, gdyż nie ulega wątpliwości, że pomiędzy 24 a 40 tygodniem ciąży dziecko nienarodzone znajduje się w „prenatalnym okresie rozwoju”. Wobec takiego brzmienia definicji status niemal donoszonego płodu zrównuje się ze statusem zapłodnionej komórki jajowej.

Definicja w badanym brzmieniu może zdezaktualizować dorobek doktryny i judykatury przyznający płodom spełniającym kryterium rozwojowe zakres prawnokarnej ochrony przynależnej człowiekowi w sytuacji, w której nie rozpoczął się okres porodu, ale wystąpiła medyczna konieczność



wcześniejszego zakończenia ciąży. *De lege lata* w doktrynie i judykaturze utrwalili się poglądy, że takie dziecko nienarodzone jest „człowiekiem”, a nie „dzieckiem poczętym” w rozumieniu hipotez norm sankcjonujących chroniących ludzkie życie lub zdrowie. Dzięki temu ujęciu rażące błędy diagnostyczne skutkujące wewnątrzmaciczną śmiercią niemal donoszonego dziecka są traktowane tak, jak gdyby pokrzywdzonym pacjentem był narodzony człowiek. W razie wejścia projektu w życie tego rodzaju wykładnia byłaby utrudniona, gdyż z legalnej definicji wynika, że póki trwa „prenatalny okres rozwoju”, póty dziecko nienarodzone jest desygnatem nazwy „dziecko poczęte”, „prenatalny okres rozwoju” trwa zaś aż do czasu rozpoczęcia akcji porodowej, a nie do czasu pojawienia się medycznej konieczności wcześniejszego zakończenia ciąży pomimo braku symptomów naturalnego porodu.

Cezura początku istnienia „dziecka poczętego” została opracowana w oderwaniu od wiedzy eksperckiej na temat procesu zapłodnienia, co powoduje, że postulowana przez projektodawców ochrona życia od „chwili poczęcia” pozostanie jedynie deklaracją ideologiczną. Projekt obywatelski nie uwzględnia także okoliczności, że tam, gdzie to możliwe i celowe, legislator już przewidział prawnokarną ochronę życia i zdrowia zapłodnionej komórki jajowej pomiędzy „chwilą poczęcia” a chwilą zagnieżdżenia zarodka w macicy.

Z tych wszystkich względów w badanym zakresie projekt obywatelski nie przyczyniłby się do realizacji deklarowanego



w nim celu, tj. do ochrony ludzkiego życia lub zdrowia, a wręcz przeciwnie – w praktyce działałoby w tej dziedzinie wiele złego. Z drugiej strony przyjęta w projekcie definicja „dziecka poczętego” jednoznacznie wskazuje na wolę symbolicznego uzewnętrznienia światopoglądu projektodawców i wyznacza kierunek kolejnych zmian legislacyjnych. Należy stwierdzić, że w razie wejścia projektu obywatelskiego w życie byłby to jedyny cel, jaki udałoby się projektodawcom osiągnąć.

Przypisy

1 Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 ze zm., dalej: „Kodeks karny”, „k.k.”

2 J. Majewski, W. Wróbel, *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 5, s. 36; tak też J. Majewski, *Karalność aborcji w Polsce w świetle ostatnich zmian legislacyjnych*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 4, s. 66–67.

3 Zapłodnienie komórki jajowej jako moment powstania „dziecka poczętego” wskazuje np. M. Gałązka, *Prawnokarna ochrona ludzkiego embrionu in vitro*, „Prokuratura i Prawo” 2007, z. 5, s. 27; J. Majewski, W. Wróbel, *Prawnokarna...*, s. 36; K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w prawie karnym*, Lublin 2001, s. 131–132; L. Bosek, *Ochrona embrionów w prawie polskim i europejskim*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 3, s. 10 i n. Nidację zapłodnionej komórki jajowej jako moment powstania dziecka poczętego jako przedmiotu czynności wykonawczej typów czynów zabronionych polegających na „przerwaniu ciąży” wskazuje m.in. M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 193; E. Zielińska, *Z problematyki wykładni przepisów karnych dotyczących ochrony płodu ludzkiego*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 2, s. 28–29; V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 19–20. Szerzej E. Plebanek, *Przestępstwa aborcyjne – praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 3, s. 35 i n.; E. Plebanek, *Glosa do*



wyroku SA w Katowicach z 16 X 2008 r., II AKa 255/08, LEX nr 136842 (wydanie elektroniczne); E. Plebanek, *Analiza konieczności wprowadzenia zmian legislacyjnych w rozdziale XIX KK w zakresie prawnokarnej ochrony dziecka poczętego*, w: *Reforma Prawa karnego*, red. I. Sepiolo-Jankowska, Warszawa 2014, s. 355 i n.

4 Sąd Najwyższy w postanowieniu z 30 X 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 2008, nr 11, poz. 90 w pogłębionym wywodzie uzasadnienia wyraził pogląd, że pełna prawnokarna ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu od: 1) rozpoczęcia porodu (naturalnego), 2) w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu, 3) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności. Do czasu pojawienia się wspomnianej linii orzeczniczej (szerzej zob. przypis 21) najdalej idącą ochronę życia ludzkiego w fazie prenatalnej przyjmowało tzw. kryterium położnicze, ustalające początek pełnej prawnokarnej ochrony życia na moment rozpoczęcia bólów porodowych lub przecięcia powłok brzusznych w sytuacji przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia przed pojawieniem się naturalnej akcji porodowej. Tak L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2006, s. 492; O. Górniok, w: *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, red. O. Górniok, Gdańsk 2005, s. 115; B. Michalski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom I*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 253; A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 212; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 367; A. Księżopolska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 53–72. Jednak obok tradycyjnego kryterium położniczego w doktrynie i judykaturze, szczególnie przed pojawieniem się wspomnianej powyżej linii orzeczniczej, która – jak się wydaje – zdominowała poglądy przyjmowane aktualnie w doktrynie i judykaturze, funkcjonowało także tzw. kryterium fizjologiczne, zgodnie z którym dziecko poczęte staje się człowiekiem w chwili podjęcia samodzielnego oddychania własnymi płucami, oraz tzw. kryterium fizyczne lub przestrzenne, gdzie warunkiem jest zupełne fizyczne oddzielenie dziecka od ciała matki albo chwila całkowitego lub częściowego opuszczenia łona matki. Tak S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 722–724; W. Wolter, w: *Kodeks karny z komentarzem*, red. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Warszawa 1973, s. 437; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 383; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 351; L. Lernell,



w: *Prawo karne. Część szczegółowa*, red. A. Krukowski, Warszawa 1980, s. 679. Także aktualnie pojawiają się poglądy opowiadające się za kumulatywnym stosowaniem kryteriów przestrzennego i fizjologicznego. Tak S. Pikulski, w: *System prawa karnego. Tom X. Przepięstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2016, s. 16–17 i 20–21. W obu ostatnich wypadkach zakres ochrony prawnej jest węższy od zakresu ustalonego w oparciu o kryterium położnicze, jednak właściwym powodem ich odrzucenia jest wykładnia znamion modalnych art. 149 k.k.

5 Ustawa z dn. 25 VI 2015 r. o leczeniu niepłodności, Dz.U. 2015, poz. 1087, dalej: „u.l.n.”.

6 Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dn. 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz ustawy z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, druk nr 784, Sejm VIII kadencji, wniesiony pod obrady Sejmu w dn. 23 IX 2016 r., skierowany do dalszych prac w Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka, a następnie po fali masowych protestów społecznych na wniosek Komisji odrzucony w dn. 6 X 2016 r. po drugim czytaniu na posiedzeniu Sejmu, < <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=784> >, dalej „projekt obywatelski”.

7 Artykuł 152 projektu obywatelskiego: „§ 1. Kto powoduje śmierć dziecka poczętego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 3. Odpowiada w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo czynu określonego w § 1 także ten, kto udziela pomocy w jego popełnieniu lub do jego popełnienia nakłania. § 4. Nie popełnia przestępstwa określonego w § 1 i § 2, lekarz, jeżeli śmierć dziecka poczętego jest następstwem działań leczniczych, koniecznych dla uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia matki dziecka poczętego. § 5. Jeżeli sprawcą czynu określonego w § 1 jest matka dziecka poczętego, sąd może zastosować wobec niej nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. § 6. Nie podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 2”. Artykuł 157a projektu obywatelskiego: „§ 1. Kto powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. § 3. Nie popełnia przestępstwa określonego w § 1 i § 2 lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała



lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu matki dziecka poczętego albo dziecka poczętego. § 4. Jeżeli sprawcą czynu określonego w § 1 jest matka dziecka poczętego, sąd może zastosować wobec niej nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. § 5. Nie podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 2”.

8 Jak zauważono w uzasadnieniu projektu obywatelskiego, posługiwanie się pojęciem „ciąża” może być postrzegane jako „dehumanizujące”. Całokształt zmian proponowanych w projekcie nie pozostawia wątpliwości, że projektodawcy postrzegają stan ciąży jako czynnik dehumanizujący kobietę.

9 Zapłodnienie pozaustrojowe, zapłodnienie *in vitro* (ang. *in vitro fertilisation*, IVF; łac. *in vitro*). Metoda zapłodnienia polegająca na doprowadzeniu do połączenia komórki jajowej i plemnika w warunkach laboratoryjnych, poza żeńskim układem rozrodczym. Jest metodą leczenia objawowego niepłodności, niezależnie od jej przyczyny. Zob. G.H. Bręborowicz, *Położnictwo i ginekologia*, Warszawa 2007, s. 741.

10 Aktualnie w polskich warunkach „kryterium rozwojowe”, czyli osiągnięcie przez płód hipotetycznej zdolności do utrzymania się przy życiu poza maczynym organizmem, spełniają płody od ok. 25–27 tygodnia ciąży. Wedle kryterium rozwojowego (kryterium *viability*) płód powinien stawać się desygnatem terminu „człowiek” po osiągnięciu potencjalnej zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, co każdorazowo należałoby ustalić w realiach konkretnego przypadku. Oczywiście szczególnie w przypadku skrajnego wcześniactwa, tj. porodu po 22, a przed ok. 30 tygodniem ciąży, „samodzielnego życia” noworodka wiąże się z koniecznością drastycznych zewnętrznych interwencji medycznych i wielotygodniowym podtrzymywaniem podstawowych funkcji życiowych, a prawdopodobieństwo zgonu lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu noworodka pomimo zapewnienia profesjonalnej opieki medycznej w przypadku porodu skrajnie przedwczesnego, tj. przed 28 tygodniem ciąży, jest niezwykle wysokie. Zob. K. Szewczyk, *Bioetyka. Tom I. Medycyna na granicach życia*, Warszawa 2009, s. 241.

11 Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego dotyczący zmiany w części ogólnej i szczególnej Kodeksu karnego z dn. 5 XI 2013 r., dalej: „projekt KKPK”, zob. projekt z uzasadnieniem: < <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013> >.



12 Należy jednak nadmienić, że w tym czasie zarodki ludzkie powstałe w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego do czasu przeniesienia do organizmu kobiety nie podlegały prawnej ochronie, gdyż leczenie niepłodności metodą *in vitro* doczekało się ustawy regulującej tę problematykę dopiero 25 czerwca 2015 r.

13 Szerzej na temat zmian w zakresie karalności aborcji w Polsce w latach 1993–1997: J. Majewski, W. Wróbel, *Prawnokarna...*, s. 35 i n.; J. Majewski, *Karalność...*, s. 65 i n.

14 Rozwój medycyny spowodował, że aktualnie za pomocą powszechnie dostępnych i rutynowych badań można z łatwością wykryć statystycznie najczęściej pojawiające się niebezpieczeństwa grożące ciężarnej pacjentce i płodowi zdolnemu do samodzielnego życia poza organizmem matki, a następnie owe niebezpieczeństwa w sposób stosunkowo nieskomplikowany neutralizować (zazwyczaj przez zintensyfikowanie obserwacji dobrostanu kobiety i płodu, i wcześniejsze zakończenia ciąży cesarskim cięciem), toteż tradycyjne kryterium położnicze, nie wspominając już o kryterium przestrzennym czy fizjologicznym, prowadziło do niesatysfakcjonujących rozstrzygnięć w odniesieniu do drastycznych błędów w sztuce medycznej skutkujących wewnątrzmaciczną lub okołoporodową śmiercią lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu niemal donoszonego dziecka, nakazując uznać takie zachowania za prawnokarnie irrelevantne. Szerzej: E. Plebanek, *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej – wybrane zagadnie sporne*, w: *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, red. W. Cieślak, S. Steinborn, Warszawa 2013, s. 412–433; E. Plebanek, *Analiza...*, s. 355 i n.

15 Artykuł 162a projektu KKPK: „§ 1. Przepisy przewidujące odpowiedzialność karną za czyny skierowane przeciwko życiu i zdrowiu człowieka stosuje się również do czynów skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki. § 2. Matka dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem nie popełnia przestępstwa za czyn zabroniony skierowany przeciwko życiu lub zdrowiu tego dziecka, z wyjątkiem czynu zabronionego, określonego w art. 149a. § 3. Kto nakłania matkę dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem do popełnienia czynu zabronionego, o którym mowa w § 1 lub udziela jej do tego pomocy, podlega odpowiedzialności za podżeganie lub pomocnictwo w granicach określonych w art. 19”.

16 Artykuł 149a projektu KKPK: „Matka, która powoduje śmierć dziecka



poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat”.

17 Artykuł 115 § 24 projektu obywatelskiego: „Dzieckiem poczętym jest człowiek w prenatalnym okresie rozwoju, od chwili połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej”.

18 Zob. uzasadnienie projektu obywatelskiego, druk nr 784, Sejm VIII kadencji, s. 13.

19 Zob. M. Płatek, *Wstępne uwagi do opinii prawnej na temat projektu ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, Instytut Spraw Publicznych z dn. 5 IV 2016 r., < www.isp.org.pl/uploads/pdf/26043646.pdf >.

20 Co więcej, celem ustalenia znaczenia, jakie należy przypisać nazwie „człowiek w prenatalnym okresie rozwoju”, która ma definiować „dziecko poczęte”, wypada odwołać się do wyrażenia „dziecko poczęte” i „chwila poczęcia”, co oznacza, że projektodawcy popełnili w tym przypadku błąd logiczny nazywany błędnym kołem pośrednim.

21 Zob. uzasadnienia uchwały SN z 26 X 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 97; postanowienia SN z 30 X 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 2008, nr 11, poz. 90; wyroku SA we Wrocławiu z 15 X 2008 r., II AKa 223/08, LEX nr 491192; wyroku SN z 27 IX 2010 r., V KK 34/10, OSNKW 2010, nr 12, poz. 105.

22 „Żywe urodzenie” to w świetle wiedzy medycznej całkowite wydalenie lub wydobywanie z ustroju matki noworodka, niezależnie od czasu trwania ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobywaniu oddycha bądź wykazuje jakiegokolwiek inne oznaki życia, bez względu na to, czy sznur pępowinowy został przecięty lub czy zostało oddzielone łożysko. „Martwe urodzenie” to całkowite wydalenie lub wydobywanie z ustroju matki płodu, jeżeli nastąpiło po upływie 22 tygodnia ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobywaniu nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia. Zatrzymanie rozwoju i wewnątrzmaciczne obumarcie zarodka (stadium rozwojowe embrionu trwające u ludzi do ok. 12 tygodnia ciąży) lub płodu (stadium rozwojowe rozpoczynające się u ludzi od ok. 12 tygodnia ciąży, kiedy to można rozpoznać cechy morfologiczne właściwe dla naszego gatunku) lub też jego wydalenie z organizmu kobiety na wcześniejszym etapie ciąży jest zaś w rozumieniu medycznym nie „martwym urodzeniem” tudzież „przedwczesnym



porodem”, lecz „poronieniem”. Zob. załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dn. 9 XI 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania, Dz.U. 2015, poz. 2069.

23 Szerzej np. M. Jaroszevska, *Poronienie a urodzenie martwe (zgon płodu) – konsekwencje dla pracodawcy w zakresie udzielenia urlopu macierzyńskiego*, „Monitor Prawa Pracy” 2009, nr 1, < <http://czasopisma.beck.pl/monitor-prawa-pracy/artukul/poronienie-a-urodzenie-martwe-zgon-plodu-konsekwencje-dla-pracodawcy-w-zakresie-udzielenia-urlopu-macierzynskiego> >; A. Abramowska, *Poronienie a prawo do zasiłku macierzyńskiego*, „Rzeczpospolita” z dn. 22 X 2012 r., < <http://www.rp.pl/artukul/943948-Poronienie-a-prawo-do-zasilku-i-urlopu-macierzynskiego.html> >.

24 Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 230.

25 Projekt obywatelski zawiera klauzulę wyłączającą karalność kobiety ciężarnej jedynie w odniesieniu do typów nieumyślnych skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu „dziecka poczętego” (art. 152 § 5 projektu obywatelskiego).

26 Zob. chociażby ulotka dla pacjenta dołączona do leku *Ellaone – Ulipristali acetat*.

27 Zob. załączniki do Obwieszczenia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dn. 6 IV 2016 r. w sprawie ogłoszenia Urzędowego Wykazu Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, stan na dzień 1 I 2016 r., Dziennik Urzędowy Ministra Zdrowia z dn. 6 IV 2016 r., poz. 39.

28 Zob. M. Płatek, *Wstępne...*, s. 8–9 i literatura medyczna tam cytowana.

29 Test ciążowy jest to test pozwalający wykryć produkowaną przez trofoblast gonadotropinę kosmówkową (hCG), której pojawienie się świadczy o zagnieżdżeniu się jaja płodowego w błonie śluzowej macicy. Do zagnieżdżenia dochodzi po ok. 7 dniach od zapłodnienia komórki jajowej i od tego momentu poziom hCG dynamicznie wzrasta aż do 2–3 miesiąca ciąży. Zob. B. Kowalczyk, *Test ciążowy*, < http://mediweb.pl/womens/wyswietl_vad.php?id=649 >.

30 Przykładowo skuteczność zapłodnienia metodą IVF w polskich ośrodkach



leczenia niepłodności w 2015 r. wahała się w zależności od grupy wiekowej od 24% do 50%. Zob. dane i raporty udostępnione na stronach internetowych *Sekcji Płodności i Niepłodności Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego* (SPiN PTG), < <http://www.ptmrie.org.pl/o-ptmrie/organizacje-i-towarzystwa-naukowe> >.

- 31** Zob. A. Zoll, w: *Kodeks...*, Warszawa 2013, s. 331 i literatura tam cytowana.
- 32** Dawcy komórek i personel medyczny nie pełnią względem zarodka funkcji gwaranta, zachowaniem powodującym śmierć zarodka niezdolnego do dalszego prawidłowego rozwoju jest zaś już samo jego stworzenie. Nadto problemem byłoby wykazanie, że istniało takie działanie, które w razie podjęcia przez gwaranta z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością zapobiegłoby skutkowi w postaci zatrzymania w rozwoju zarodka, o którym wiadomo, że jest niezdolny do dalszego prawidłowego rozwoju.
- 33** Inicjatywę legislacyjną zmierzającą w kierunku delegalizacji wymienionych zabiegów leczniczych zawiera poselski projekt ustawy w obronie życia i zdrowia nienarodzonych dzieci poczętych *in vitro*, o zmianie ustawy z dn. 25 VI 2015 r. o leczeniu niepłodności, ustawy z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny oraz ustawy z dn. 25 II 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, druk nr 525, Sejm VIII kadencji, wniesiony pod obrady Sejmu w dn. 23 IX 2016 r., < <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=525> >.
- 34** Potrzeba uzyskania więcej niż jednej zdatnej do zapłodnienia komórki jajowej wynika z tego, że w przeszło połowie przypadków leczenie nie przynosi rezultatu w postaci prawidłowo rozwijającej się ciąży już po pierwszym przeniesieniu zarodka do organizmu kobiety, a w niektórych przypadkach wskazania medyczne przemawiają za jednorazowym przeniesieniem więcej niż jednego zarodka. Jednocześnie celem uzyskania zdolnych do zapłodnienia komórek jajowych kobieta poddawana jest intensywnej stymulacji hormonalnej, grożącej poważnymi powikłaniami, a następnie punkcji jajników w znieczuleniu ogólnym, dlatego też z perspektywy ochrony zdrowia kobiety celowym jest niepowtarzanie tej części leczenia częściej niż to bezwzględnie konieczne, co oznacza medyczną zasadność pozyskania w jednym cyklu stymulacji hormonalnej więcej niż jednej komórki jajowej i przechowanie zapłodnionych komórek jajowych niewykorzystanych w danym cyklu.
- 35** Zob. art. 9 ust. 3 ustawy z dn. 1 VII 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. 2005, nr 169, poz. 1411



oraz Załączniki do Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dn. 17 VII 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, M.P. 2007, nr 46, poz. 547.

36 Poronienie zatrzymane (*abortus internus*, ang. *missed abortion*) to obumarcie jaja płodowego, po którym nie nastąpiło wydalenie obumarłego płodu. Poronienie niezupełne, niekompletne (*abortus incompletus*, ang. *incomplete abortion*) – obumarcie jaja płodowego, po którym w jamie macicy pozostały resztki utkania łożyskowego. Zob. < <https://pl.wikipedia.org/wiki/Poronienie> >.

37 Ta historia wywołała publiczną dyskusję, w wyniku której w dn. 1 I 2014 r. w Irlandii doszło do „rozmiękczenia” ustawodawstwa antyaborcyjnego: wprawdzie wciąż dopuszczalna jest aborcja jedynie z uwagi na „realne i istotne zagrożenie życia kobiety”, jednak przesłanka ta rozumiana jest stosunkowo szeroko. W uchwalonym 30 VII 2013 r. *The Protection of Life During Pregnancy Act 2013* wskazano, że po pod tym pojęciem należy rozumieć także zagrożenia życia płynące ze strony stanu psychicznego kobiety, która grozi samobójstwem w razie kontynuacji ciąży. Zob. tekst ustawy: < www.irishstatutebook.ie/eli/2013/act/35/enacted/en/pdf >.

38 Zob. K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, nr 2, s. 33 i n.; E. Plebanek, *Karygodność jako element struktury przestępstwa w perspektywie zasady proporcjonalności*, w: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 125–147.

Copyright © 2016 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja



Czasopismo
Prawa Karnego
i Nauk Penalnych



CZPK.PL



ZESZYTY



ZAMÓWIENIA



**Zamawiaj najnowsze
i archiwalne zeszyty**

- Omówienia **najnowszych zmian** w prawie karnym materialnym, procesowym i wykonawczym
- **Interpretacje** obowiązujących przepisów
- Objaśnienia **skomplikowanych** zagadnień prawnych
- **Krytyczne analizy** orzecznictwa i piśmiennictwa
- Dyskusje o najbardziej kontrowersyjnych problemach **współczesnej nauki** prawa karnego

**Kolekcjonuj kolejne zeszyty CPKiNP
w domowej lub firmowej bibliotece**