

Michał Derek

## Status prawny zwłok dziecka martwo urodzonego w prawie polskim

**The legal status of the corpse of the stillborn child under Polish law:** The aim of the article is to analyse Polish regulations considering the legal situation of the stillborn child. The source of the protection could be derived from the constitutional right to live – where the prenatal development is included – and the dignity of the person which does not expire after death. Every stillborn child must be buried, regardless the duration of pregnancy. This duty concerns also children whose stillbirth was caused by the abortion treatment. Furthermore the procedure the hospital is obliged to carry in case of the stillbirth is shown. According to the European Court of Human Rights the legislation considering stillborn children should be clear and non-violating the rights of the relatives. In the summary the author points out legislative errors and shows the solutions that possibly could be introduced.

**Keywords:** stillborn child | health law | dignity | prenatal protection | civil status files

**Słowa kluczowe:** dziecko martwo urodzone | prawo medyczne | godność | ochrona prenatalna | akta stanu cywilnego

Student Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego;  
michal.derek@uj.edu.pl

### Wstęp

Kwestie związane z ochroną życia w fazie prenatalnej stanowią zarzewie licznych dyskusji, w dodatku na wielu płaszczyznach: społecznej, politycznej, etycznej, prawnej. Można wszak zauważyć, że w obrębie tego zagadnienia mało uwagi poświęca się szczególnej sytuacji, jaką jest martwe urodzenie dziecka; paradoksalnie zaś informacje płynące z mediów sugerują, że przypadki takie w praktyce szpitali zdarzają się bardzo często. Skoro materia ta dotyczy istotnych dóbr prawnych, jakimi są m.in. godność, prywatność, kult czci osoby zmarłej oraz prawo do informacji, niemal automatycznie nasuwa się pytanie, w jaki sposób regulowana jest ona w prawie polskim. Celem niniejszego artykułu jest przede wszystkim analiza przepisów obejmujących problematykę postępowania ze zwłokami dzieci martwo urodzonych ze szczególnym uwzględ-

nieniem prawa do ich pochowania oraz obowiązków podmiotów leczniczych w razie martwego urodzenia. Jednocześnie nieuniknione jest zasygnalizowanie wątpliwości interpretacyjnych oraz wskazanie błędów legislacyjnych, które powodują, że unormowanie nie zapewnia minimum gwarancji praw oraz czyni je nieprzejrzystym i niekonsekwentnym.

## Źródła prawnej ochrony dziecka martwo urodzonego

Opracowanie powinno rozpocząć się od ustalenia, czy ochrona ta przysługuje dziecku przed urodzeniem w ogóle. Następnie zaś konieczne wydaje się wskazanie, w jakim stopniu prawa te znajdują zastosowanie w przypadku dziecka martwo urodzonego oraz co stanowi źródło jego ochrony prawnej.

Punktem wyjścia dla analizy jest uregulowanie zawarte w Konstytucji RP, która w art. 30 stanowi, że: *przyrodzona i niezbywalna godność stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela*. Z pojęcia godności wywodzi się kolejną zasadę konstytucyjną zawartą w art. 38, a mianowicie prawo do życia<sup>1</sup>. Można odnaleźć stanowiska, zgodnie z którymi na podstawie tej zasady państwo zapewnia prawną ochronę życia „każdemu człowiekowi”, w tym także w okresie prenatalnym<sup>2</sup>. W tej kwestii wyraźną wskazówkę interpretacyjną dał Trybunał Konstytucyjny, choć jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r., w orzeczeniu z 28 maja 1997 r. dotyczącym ustawy z 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw<sup>3</sup>. Prezentowany jest w nim pogląd, zgodnie z którym trzeba ocenić jako niedopuszczalne wartościowanie ludzkiego życia ze względu na jego fazę rozwojową. Trybunał stwierdził wprost, że: *od momentu powstania życie ludzkie staje się wartością chronioną konstytucyjnie* i rozciąga się również na okres przed urodzeniem dziecka. Wyrażone stanowisko należy uznać za aktualne także na gruncie obecnie obowiązującej Konstytucji, nie tylko ze względu na wprowadzoną wprost w jej treści normę gwarantującą prawo do życia, ale też z uwagi na wypowiedź Trybunału z przywołanego już orzeczenia, który uznał, że: *uchwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa konstytucyjna, na której oparł swoje*

<sup>1</sup> T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 53; por. L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 194 i n.

<sup>2</sup> L. Bosek, *Gwarancje*, *op. cit.*, s. 166; T. Sroka, *Odpowiedzialność*, *op. cit.*, s. 51 i literatura przywołana w przypisie 101. Odmiennie W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2000, s. 49; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 214.

<sup>3</sup> Sygn. akt K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19.

orzeczenie Trybunał Konstytucyjny, znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP<sup>4</sup>.

Pomocne dla przesądzenia tego, jakie są granice ochrony życia w fazie prenatalnej w myśl przywołanego wyżej zapatrywania Trybunału Konstytucyjnego, są orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 18 października 2011 r. w sprawie *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* (dalej: *Brüstle*)<sup>5</sup> i 18 grudnia 2014 r. w sprawie *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (dalej: *International Stem Cell Corporation*)<sup>6</sup>. Dotyczą one dylematu sprowadzającego się do pytania, czy embrión ludzki ma zdolność patentową. W pierwszym z wyroków Trybunał uznał, że – ze względu na przynależny szacunek wynikający z godności ludzkiej – pojęcie embriónu ludzkiego należy rozumieć szeroko. Za embrión zaś należy uznać każdą ludzką komórkę jajową, począwszy od momentu jej zapłodnienia, niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, w które wszczepiono ludzkie komórki pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, które zostały pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy. Drugie orzeczenie stanowiło doprecyzowanie, że niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, które zostały pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy mogą być uznane za embrión wyłącznie wtedy, gdy w świetle aktualnej wiedzy medycznej miałyby one wrodzoną zdolność rozwinięcia się w jednostkę ludzką. Skoro zaś prawo do życia wywodzi się z godności, a w ocenie Trybunału Sprawiedliwości z godności ludzkiej wyprowadza się wniosek, że w pojęciu istoty ludzkiej mieści się także embrión ludzki, któremu przysługuje ochrona prawna, można zaaprobować stanowisko, w myśl którego w pojęciu istoty ludzkiej mieszczą się także embriony ludzkie (w znaczeniu nadanym przez TSUE), którym przysługuje taka sama ochrona prawna jak osobom narodzonym<sup>7</sup>.

Przesądzenie o tym, że ochrona prawna należna człowiekowi przysługuje dziecku przed urodzeniem stanowi punkt wyjścia do rozważań nad szczególną sytuacją, w której dziecko rodzi się martwe. Można dowodzić, że za potrzebą tej ochrony stoją racje, które nakazują okazanie szacunku wobec osób zmarłych. Jeśli przyjmie się taką optykę, trzeba wszak w pierwszej kolejności ustalić,

<sup>4</sup> *Ibidem*. Por. T. Sroka, *Odpowiedzialność*, *op. cit.*, s. 51; *idem*, *Granica stosowania typów czynów zabronionych zawierających znamię „człowiek”*. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r., „Palestra” 2008, nr 11–12, s. 145.

<sup>5</sup> Wyrok Wielkiej Izby TS z 18 października 2011 r., w sprawie C-34/10, Dz.Urz. UE C 362 z 10 grudnia 2011 r.

<sup>6</sup> Wyrok Wielkiej Izby TS z 18 grudnia 2014 r., w sprawie C-364/13, Dz.Urz. UE C 65 z 23 lutego 2015 r.

<sup>7</sup> Tak T. Sroka, *Odpowiedzialność*, *op. cit.*, s. 53; por. L. Bosek, *Gwarancje*, *op. cit.*, s. 166 i n.

czy dziecko martwo urodzone mieści się w kręgu zmarłych. Pewną wskazówką w tej kwestii mogą być wyroki Sądu Najwyższego z 9 marca 2012 r.<sup>8</sup>, 26 listopada 2013 r.<sup>9</sup> i 13 maja 2015 r.<sup>10</sup>, w których dokonano wykładni pojęcia „zmarły” z art. 446 §4 Kodeksu cywilnego (k.c.)<sup>11</sup>. W pierwszych dwóch wyrokach przesądzono, że krąg osób zmarłych w rozumieniu wskazanego przepisu należy interpretować szeroko, uwzględniając również dziecko martwo urodzone<sup>12</sup>. Zauważono, że podmiot ten – mimo iż nie ma zdolności prawnej – w przepisach dotyczących akt stanu cywilnego jest opisywany jako określona, konkretna jednostka, a głębokość więzi emocjonalnych rodziców w stosunku do mającego się urodzić dziecka i noworodka są porównywalne. W wyroku z 13 maja 2015 r. wskazano wszak, że „zmarłym” może być jedynie takie dziecko martwo urodzone, które osiągnęło już zdolność do życia poza organizmem matki. Sąd Najwyższy zaznaczył, że intensywność ochrony życia ludzkiego może podlegać różnicowaniu, również w prawie cywilnym<sup>13</sup>, a rozpoznawana sprawa określa wyłącznie zakres roszczeń majątkowych rodziców w kontekście pozycji prawnej dziecka w fazie prenatalnej.

Wobec powyższego zasadna będzie próba odpowiedzi na pytanie, jakie jest źródło ochrony osoby zmarłej. Czy dla człowieka, który nie żyje, tym źródłem jest nadal godność, której podmiotem był za życia, czy też z chwilą śmierci pojawia się ochrona *sui generis*, a godność przekształca się w szacunek dla osoby zmarłej będący prawem podmiotowym osób najbliższych? W doktrynie polskiego prawa konstytucyjnego zwolennikiem pierwszej z koncepcji jest K. Wojtyczek, który przyjmuje, że śmierć podmiotu praw konstytucyjnych nie stanowi ograniczenia dla ochrony wynikającej z godności. Konsekwencją tej konstatacji jest teza, że *nakaz poszanowania i ochrony godności człowieka pociąga za sobą obowiązek zapewnienia ochrony godności osoby zmarłej*<sup>14</sup>. Rów-

<sup>8</sup> Sygn. akt I CSK 282/11, LEX nr 1211872, z glosami: aprobowaną K. Bączyk-Rozwadowskiej, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2012, nr 11, poz. 106, i krytyczną M. Nesterowicza, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 1, s. 108.

<sup>9</sup> Sygn. akt III CSK 307/13, LEX nr 1656220.

<sup>10</sup> Sygn. akt III CSK 286/14, LEX nr 1781848.

<sup>11</sup> Artykuł 446 § 4 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93, ze zm.): *Sąd może także przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę.*

<sup>12</sup> Por. L. Bosek, *W sprawie kwalifikacji więzi rodzinnej jako dobra osobistego (uwagi krytyczne na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego)*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 3(29), s. 7.

<sup>13</sup> Sygn. akt III CSK 286/14, LEX nr 1781848, i przywołana w tym wyroku uchwała SN z 26 października 2006 r., sygn. akt I KZP 18/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 97.

<sup>14</sup> K. Wojtyczek, *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym [w:] Godność człowieka jako kategoria prawa*, K. Complak (red.), Wrocław 2001, s. 206.

niez B. Banaszak i M. Jabłoński wyrazili pogląd, że pojęcie godności od strony podmiotowej oznacza zapewnienie poszanowania zwłok i właściwe umocowanie dla norm karnych aktualizujących się w przypadku profanacji zwłok. Takie rozumienie godności sugeruje uznanie samej istoty człowieczeństwa za wymagające ochrony, bez względu na to, czy dotyczy człowieka żyjącego, czy zmarłego<sup>15</sup>.

Stanowisko przeciwne, dominujące w doktrynie, zajęli L. Garlicki i L. Bosek. Zdaniem pierwszego z nich ochronie prawnej podlega co prawda cześć (rozumiana jako godność osobowościowa osoby zmarłej) oraz należyte traktowanie zwłok ludzkich, jednakże nie należy w konsekwencji uznać, że ochrona ta istnieje ze względu na jakiegokolwiek prawa podmiotowe przynależne nieżyjącemu. Według L. Garlickiego uzasadnieniem owej ochrony są obiektywne wartości konstytucyjne, źródło zaś stanowi zasada godności „jedynie o aksjologicznym wymiarze”<sup>16</sup>. Z kolei L. Bosek podstawę ochrony zwłok, grobu czy dorobku intelektualnego zmarłego upatruje w zasadzie demokratycznego państwa prawa, z którego wynika zarówno potrzeba zagwarantowania prawidłowej realizacji praw wynikających z dóbr osobistych osób najbliższych (m.in. kultu pamięci osoby zmarłej), jak i szacunku dla takich życzeń zmarłego, które są akceptowane społecznie, np. dotyczących wyboru miejsca pochówku lub decyzji o przekazaniu organów na cele transplantacyjne. Zdaniem autora zachowanie ujawniające pogardę dla zwłok i prochów ludzkich godzi przede wszystkim w porządek publiczny, co znajduje odzwierciedlenie w umiejscowieniu występku znieważenia zwłok właśnie w tym rozdziale Kodeksu karnego, który penalizuje przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu<sup>17</sup>. Co więcej, zwrócono uwagę na nietrafność poglądu przyznającemu godność przynależną człowiekowi po śmierci ze względu na niespójność semantyczną takiego przyporządkowania<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> B. Banaszak, M. Jabłoński [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, J. Boć (red.), Wrocław 1998, s. 68; por. A. Tworowska, *Określenie statusu ludzkich zwłok jako problem prawno-społeczny*, „Prawo i Medycyna” 2015, nr 2, s. 61–71.

<sup>16</sup> L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003, s. 16 i n.

<sup>17</sup> L. Bosek, *Gwarancje*, *op. cit.*, s. 170. Odmiennie co do źródła prawnokarnej ochrony zwłok: A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), t. 2, Warszawa 2013, s. 373; A. Rybak, *Prawnokarna ochrona godności zwłok człowieka*, „Palestra” 2004, nr 1–2, s. 99 i n.; por. również uwagi co do przedmiotu ochrony w art. 262 k.k.: R.A. Stefański, *Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu*, „Prokuratura i Prawo” 2004, z. 10, s. 20 i n.

<sup>18</sup> L. Bosek, *Gwarancje*, *op. cit.*, s. 169.

Mogłoby się wydawać, że odpowiedzi udzielił sam ustawodawca w ustawie z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 1959 r., nr 11, poz. 62, ze zm.; dalej: u.c.c.z.) oraz ustawie z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2011 r., nr 112, poz. 654, ze zm.; dalej: u.d.lecz.). W obu ustawach umieszczone zostały przepisy, w których literalnie jest mowa o godności osoby zmarłej. W przypadku ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych przepisy te stanowią dyrektywę (a zarazem upoważnienie do wydania rozporządzeń) działania w przypadku przekazywania zwłok do celów naukowych, procedury w wypadku zmarłych przebywających w zakładach karnych i aresztach śledczych oraz w razie śmierci cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie dla cudzoziemców (odpowiednio art. 10 ust. 2a, ust. 5, ust. 5a). W każdej z wymienionych sytuacji minister określający w rozporządzeniu warunki postępowania ze zwłokami ma kierować się *koniecznością zachowania godności należnej zmarłemu*. Z kolei art. 28 ust. 2 u.d.lecz. w przypadku śmierci pacjenta nakłada na podmiot leczniczy obowiązek należytego przygotowania zwłok przez ich umycie i okrycie *z zachowaniem godności należnej zmarłemu*. Trudno jednoznacznie wskazać, w jakim znaczeniu ustawodawca posłużył się pojęciem „godności”. Sformułowano wprawdzie tezę, że: *poszanowanie godności w tym kontekście należy postrzegać jako takie zachowywanie się w stosunku do zwłok człowieka, które – przy zachowaniu odpowiedniej miary – odpowiadałoby standardom stosowanym wobec osoby żyjącej*<sup>19</sup>, w dalszym ciągu jednak nie wiadomo, czy w przywołanych przypisach chodzi o godność przynależną każdemu człowiekowi, którą rozszerzono na osoby zmarłe, czy też wyrażono jedynie taką postawę ustawodawcy, z której wynika społeczna potrzeba otoczenia zwłok ludzkich ochroną.

W kontekście powyższych rozważań pomocna może być analiza standardu międzynarodowego wynikającego z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Uzasadnioną uwagę przyciąga fakt, że w ciągu ostatnich kilku lat ewoluowało stanowisko Trybunału dotyczące dylematu, czy godność przysługuje po śmierci człowieka i czy funkcjonuje jako źródło ochrony prawnej zwłok ludzkich.

Pierwszym interesującym z punktu widzenia poruszanego zagadnienia wydaje się orzeczenie ETPC w sprawie *Akpınar i Altun v. Turcja*<sup>20</sup> (dalej: *Akpınar*). W sprawie tej dwaj mężczyźni zostali zabici przez turecką służbę bezpieczeństwa, zaś z dużym prawdopodobieństwem już po śmierci byli poddani okaleczeniu, m.in. zostały im odcięte uszy. W kwestii zagadnienia będącego przedmiotem rozważań w niniejszym artykule badano, czy doszło do naruszenia przez Turcję art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wol-

<sup>19</sup> T. Rek [w:] M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 140.

<sup>20</sup> Wyrok ETPC z 27 lutego 2007 r. w sprawie 56760/00 *Akpınar i Altun v. Turcja*.

ności (dalej: konwencja)<sup>21</sup>. Trybunał wskazał, że do tej pory nigdy nie stosował tego przepisu w odniesieniu do sytuacji, w której doszło do zbezczeszczenia zwłok ludzkich. W przywołanej sprawie potwierdził brak możliwości jego zastosowania, gdyż uznał, że cecha człowieczeństwa wygasa wraz ze śmiercią i – w konsekwencji – zakaz poniżającego traktowania nie stosuje się do zwłok pomimo okrucieństwa takiego postępowania<sup>22</sup>. Stanowiska Trybunału nie zaaprobowала sędzia E. Fura-Sandström. W zdaniu odrębnym wyraziła ona pogląd, zgodnie z którym godność ludzka rozciąga się również na zmarłych. Artykuł 3 konwencji nie określa żadnych przesłanek sugerujących, że gwarantowane prawo jest w jakikolwiek sposób ograniczone do osób żyjących. Na państwie zaś ciąży obowiązek ochrony godności i nie może on zakończyć się wraz ze śmiercią osoby. Takie stanowisko – zdaniem sędzi nieuprawnione – sugerowałyby, że człowiek ma być środkiem, a nie celem<sup>23</sup>.

W perspektywie pytania o godność człowieka po śmierci kolejne istotne orzeczenie ETPC – *Petrova v. Łotwa* (dalej: *Petrova*) – zostało wydane 24 czerwca 2014 r.<sup>24</sup>. Sprawa dotyczyła osoby, która wskutek obrażeń będących skutkiem wypadku samochodowego zmarła w szpitalu po próbach ratowania jej życia. Pomijając w tym miejscu zaprezentowane w orzeczeniu problemy prowadzące się w sumie do kwestii zgody na dysponowanie swoim ciałem po śmierci oraz prawa najbliższych zmarłego do kultu czci osoby zmarłej, na uwagę zasługuje zdanie odrębne sędziego K. Wojtyczka. Stwierdził on, że ochrona, która wynika z regulacji zabezpieczającej zwłoki przed nieuprawnionym działaniem wbrew woli zmarłego, rozciąga się także na fazę *post mortem*. Co charakterystyczne, K. Wojtyczek wskazał, że najbliżsi działają jedynie w roli depozytariuszy, „strażników praw osoby zmarłej”, a nie podmiotów wykonujących własne uprawnienie (co nie oznacza wszak, że tym samym działaniem zostaje wyłączone możliwości naruszenia także ich dóbr osobistych chronionych przez prawo)<sup>25</sup>. W konsekwencji uprawnienie to może być realizowane wyłącz-

<sup>21</sup> *Nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu*, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm.

<sup>22</sup> *Akpinar*, § 82.

<sup>23</sup> *Ibidem*, § 3–8 zdania odrębnego. Sędzia E. Fura-Sandström odwołała się w swojej argumentacji do słynnego wyroku niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Mephisto* (wyrok z 24 lutego 1971 r., BVerfGE 30, 173), w którym uznano, że dobre imię zmarłego autora książki zasługuje na ochronę również po śmierci ze względu na przynależną każdemu ludzką godność. Zagadnienie dotyczące prawnoporównawczej analizy poglądów dotyczących problemu godności po śmierci wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu i zasługuje na osobne opracowanie. Zob. H. Rosler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, 26 Berkeley J. Int'l Law. 153 (2008).

<sup>24</sup> Wyrok z 24 czerwca 2014 r. w sprawie 4605/05 *Petrova v. Łotwa*.

<sup>25</sup> *Petrova*, § 4 i 5 zdania odrębnego sędziego K. Wojtyczka.

nie według woli zmarłego, gdyż dotyczy jedynie jego osoby. Wola najbliższych jest w tym kontekście irrelevantna, skoro ich samych należy uznać jedynie jako reprezentantów interesów nieżyjącego. Takie rozumowanie czynione jest zgodnie z wcześniej postawionym założeniem, że określone prawa, szczególnie dotyczące ciała człowieka, jak i pamięci po nim, nie wygasają wraz ze śmiercią.

W dniu 23 stycznia 2015 r. wydane zostało orzeczenie ETPC *Elberte v. Łotwa* (dalej: *Elberte*)<sup>26</sup>, idące o krok dalej w porównaniu z dotychczasowymi rozważaniami Trybunału w kwestii podmiotowości osoby zmarłej. Sprawa, podobnie jak *Petrova*, dotyczyła transplantologii. Podobieństwo rysowało się również w podstawach faktycznych obu przypadków. To, co odróżnia *Elberte* – choć orzeczenie wydane zostało zaledwie kilka miesięcy później – to uwagi dotyczące źródła ochrony zwłok osoby zmarłej, z którego wynika nakaz traktowania ich z należnym szacunkiem. *Explicite* w treści wyroku zostało wyrażone przekonanie, że normy prawne zawarte w aktach prawnych dotyczących przeszczepów (m.in. w Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie) stworzone zostały po to, by chronić prawa dawców, bez względu na to, czy żyjących, czy zmarłych. Trybunał wskazał, że celem tych aktów jest ochrona godności, tożsamości i integralności każdego, kto się urodził, bez względu na to, czy obecnie żyje, czy też zmarł. Ponadto szacunek dla godności człowieka stanowi istotę Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zaś traktowanie jest postrzegane jako „poniżające” w rozumieniu art. 3 konwencji *inter alia*, gdy upokarza jednostkę, okazując w ten sposób brak respektu dla godności człowieka<sup>27</sup>. Mimo to wydaje się, że jest uprawniony wobec Trybunału zarzut braku konsekwencji, gdyż choć ostatecznie uznał on naruszenie przez Łotwę art. 3 i 8 konwencji<sup>28</sup>, pokrzywdzonym był jednak nie sam zmarły, a skarżąca żona<sup>29</sup>. Niemniej nie powinien umknąć uwadze fakt, że po raz pierwszy Trybunał w treści samego orzeczenia wskazał wprost, iż godność przysługuje niezależnie od tego, czy osoba żyje, czy już zmarła. Jedynym warunkiem dla

<sup>26</sup> Wyrok ETPC z 23 stycznia 2015 r. w sprawie 61243/08 *Elberte v. Łotwa*.

<sup>27</sup> *Elberte*, § 142.

<sup>28</sup> Artykuł 8 konwencji: 1. *Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.* 2. *Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.*

<sup>29</sup> Zastrzeżenia co do argumentacji Trybunału wyraził w zdaniu odrębnym K. Wojtyczek, wyjaśniając m.in., że: *prawo skarżącej do sprzeciwu wobec przeszczepu organów jej zmarłego męża nie jest autonomicznym prawem, które może być wykonywane ad libitum. Prawo to wynika z prawa osoby zmarłej do swobodnego decydowania o przeszczepieniu jego organów, Elberte, § 2 zdania odrębnego sędziego K. Wojtyczka.*



roziągnięcia na zmarłego ochrony wynikającej z godności jest to, by osoba ta kiedykolwiek żyła.

Na podstawie powyższych rozważań należy postawić tezę, że w zasadzie oba stanowiska przyjmowane w nauce i orzecznictwie prowadzą do konstatacji, iż dzieciom martwo urodzonym przysługuje ochrona prawna. Na podstawie każdej z koncepcji można wskazać argumenty przemawiające za potrzebą potraktowania ich tak jak każdego zmarłego, bez względu na fazę rozwojową czy okoliczności urodzenia. Wydaje się jednak, że bardziej prawidłowe jest uznanie, iż źródłem ochrony jest godność dziecka martwo urodzonego. zasadniczym argumentem za przyjęciem takiego stanowiska jest fakt, że w wypadku przyjęcia perspektywy „godnościowej” prawo do pochówku dzieci martwo urodzonych jest skuteczniej chronione. Dzieje się tak głównie dlatego, że prawo to nie opiera się ani na generalnej potrzebie grzebania zmarłych, ani na społecznej akceptacji dla rozciągania ochrony dla dzieci zmarłych we wczesnej fazie ciąży (ze wszystkimi konsekwencjami), która bynajmniej nie jest oczywista i nie stanowi realnej gwarancji ochrony ich interesów<sup>30</sup>.

### **Czy należy pochować zwłoki dziecka martwo urodzonego?**

Prawo pochowania zwłok w polskim systemie prawnym wynika z art. 10 ust. 1 u.c.c.z. i przysługuje pozostałemu przy życiu małżonkowi, zstępny, wstępny, krewnym bocznym do 4 stopnia pokrewieństwa oraz powinowatym w linii prostej do 1 stopnia, jak również każdemu, kto się do tego dobrowolnie zobowiąże. W wypadku gdy zwłoki zmarłego nie zostaną pochowane przez wskazane wyżej uprawnione podmioty albo przekazane publicznej uczelni na potrzeby dydaktyczne lub badawcze, w myśl ust. 3 są chowane przez gminę właściwą ze względu na miejsce zgonu. Sytuacja normatywna wydaje się klarowna do czasu, gdy przychodzi odpowiedzieć na pytanie, czy prawo (a w wypadku gminy – obowiązek) pochówku dotyczy także dzieci martwo urodzonych, a precyzyjniej, czy zwłoki dzieci martwo urodzonych mieszczą się w zakresie ustawowego pojęcia zwłok ludzkich. Sprawę dodatkowo komplikuje fakt, że ustalenie tej kwestii wymaga również przesądzenia o tym, co oznacza pojęcie dziecka martwo urodzonego. W literaturze wskazano już niektóre problemy związane z terminologią zastosowaną przez ustawodawcę i Ministra Zdrowia w odniesieniu do martwych urodzeń<sup>31</sup>. W poszczególnych rozporządzeniach znajdują się bowiem odmienne definicje dotyczące tego za-

<sup>30</sup> J. Haberko, *Konsekwencje prawne żywego i martwego urodzenia*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 74.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 70–76; *eadem*, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 66–71.

gadnienia: w jednym z rozporządzeń odróżnione zostało martwe urodzenie od poronienia, w innych natomiast poronienie mieściło się w zakresie martwego urodzenia. Dla prawidłowego wnioskowania dotyczącego obowiązującego stanu prawnego konieczne jest przedstawienie zmian legislacyjnych, jakie zaszły w tej materii w ostatnich kilkunastu latach.

Punkt wyjścia stanowi art. 20 ust. 3 u.c.c.z., który daje ministrowi właściwemu do spraw zdrowia upoważnienie do określenia w formie rozporządzenia definicji zwłok na potrzeby stosowania tej ustawy. Na tej podstawie zostało wydane rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz.U. z 2001 r., nr 153, poz. 1783, ze zm.; dalej: r.p.z.s.l). W świetle § 2 tego dokumentu za zwłoki uważało się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych. O ile pojęcie „ciała osób zmarłych” było jasne, o tyle kontrowersje wzbudziło pytanie dotyczące dzieci martwo urodzonych. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 2 lutego 2005 r. w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka (Dz.U. z 2005 r., nr 27, poz. 232)<sup>32</sup> wskazywało, że: *zgon płodu (urodzenie martwe) jest to zgon następujący przed całkowitym jego wydalaniem lub wydobyciem z ustroju matki*. Co prawda, definicja ta nie określała, kim jest dziecko martwo urodzone, ale rozumowanie semantyczne sugerować powinno, że zawsze jest tak, że jeśli mamy do czynienia z dzieckiem martwo urodzonym, to właśnie dlatego, że wcześniej nastąpiło jego martwe urodzenie. Stąd z brzmienia przepisu powinno się wnioskować, że dla uznania, że nieżywy płód jest dzieckiem martwo urodzonym, nie ma ograniczenia w postaci początku określonej fazy rozwojowej. Minister Zdrowia zdawał się potwierdzać to założenie, gdyż rozporządzeniem z 21 grudnia 2006 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz.U. z 2007 r., nr 1, poz. 9) znowelizował wspomniany już § 2, który w nowym brzmieniu zakładał, że: *za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży*. Pomijając w tym miejscu dyskusję, czy zmiana ta miała charakter *superfluum* w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, czy też nowelizując definicję zwłok, rozszerzyła ochronę, analiza przepisów sugerowała, że pochować należy każdy płód, który zmarł w organizmie matki w trakcie trwania ciąży<sup>33</sup>. W ten sam sposób znowelizowano rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania (Dz.U. z 2001 r., nr 153, poz. 1782, ze zm.)<sup>34</sup>, ustalając, że karta zgonu powinna być wydawana również

<sup>32</sup> Rozporządzenie przestało obowiązywać 1 marca 2015 r. wraz z utratą mocy ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego z 29 września 1986 r., Dz.U. z 1986 r., nr 36, poz. 180, ze zm.

<sup>33</sup> J. Haberko, *Konsekwencje*, op. cit., s. 73.

<sup>34</sup> Rozporządzenie przestało obowiązywać 1 marca 2015 r. wraz z utratą mocy ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego z 29 września 1986 r.

dla dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży, na wniosek osób uprawnionych do pochowania, o których mowa w art. 10 ust. 1 u.c.c.z.

Wspomniana niespójność definicji łączy się natomiast z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. z 2010 r., nr 252, poz. 1697, ze zm.; dalej: r.d.m.)<sup>35</sup>. Załącznik nr 1 do tego rozporządzenia wprowadzając definicję, odróżnia urodzenie martwe od poronienia. Różnica polega na tym, że w przypadku urodzenia martwego mamy do czynienia z całkowitym wydaleniem lub wydobyciem z ustroju matki płodu, który nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, o ile nastąpiło po upływie 22. tygodnia ciąży. W sytuacji, gdy całkowite wydobyście lub wydalenie płodu, który nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, nastąpiło przed upływem 22. tygodnia ciąży, w myśl rozporządzenia uznaje się, że doszło do poronienia.

Brak tożsamości definicji w poszczególnych aktach prawnych doprowadził do sytuacji, w której szpitale postępują niejednolicie w odniesieniu do kwestii pochówku dzieci martwo urodzonych. Liczne doniesienia wskazują na to, że podmioty lecznicze odmawiają osobom najbliższym prawa do pogrzebienia dziecka, powołując się właśnie na kryteria z rozporządzenia o dokumentacji. Stanowisko takie należy uznać za nietrafne. Kryteria te, jak całe rozporządzenie, wynikają z upoważnienia zawartego w art. 30 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 r., nr 52, poz. 417, ze zm.) i dotyczą ściśle samej dokumentacji medycznej, w której należy zastosować techniczne sformułowania oparte na wiedzy medycznej i fakcie osiągnięcia przez płód pewnego etapu rozwoju w organizmie matki dającego mu szanse na przeżycie poza tym organizmem<sup>36</sup>. Należy pamiętać, że definicja ta stanowi realizację ustawowego upoważnienia, którego zakresem objęte jest wyłącznie zapewnienie rzetelnego prowadzenia dokumentacji oraz dostępu do informacji medycznej. Z kolei upoważnienie z art. 20 ust. 3 u.c.c.z. literalnie przesądza, że rozporządzenie w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi ma określić pojęcie zwłok „w rozumieniu niniejszej ustawy”, czyli na potrzeby przyjmowania ich na cmentarz, a następnie pochowania. Nie definiuje więc pojęcia zwłok na potrzeby całego systemu prawnego albo nawet jego części, ale zarazem jedynie ono określa przedmiot ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Wobec powyższego, *de lege lata* prawo (a w przypadku niewykonania tego prawa – obowiązek gminy) do pochówku dziecka martwo

<sup>35</sup> W kwestii martwych urodzeń tę samą definicję wprowadzało poprzednie rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej oraz sposobu jej przetwarzania, Dz.U. z 2006 r., nr 247, poz. 1819.

<sup>36</sup> J. Haberko, *Konsekwencji*, *op. cit.*, s. 72; por. A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, t. II, A. Zoll. (red.), Warszawa 2013, s. 336; T. Sroka, *Odpowiedzialność*, *op. cit.*, s. 57 i 61.

urodzonego przysługuje w przypadku każdego zgonu płodu, również wtedy, gdy nastąpił on w bardzo wczesnym okresie ciąży. Na marginesie należy dodać, że jedynie taki stan prawny zapewnia postępowanie zgodne z przywołanym standardem ochrony przedstawionym przez ETPC (szczególnie w sprawie *Elberte*), jak również z podstawowymi polskimi zasadami konstytucyjnymi, w szczególności art. 2 i art. 30 Konstytucji RP<sup>37</sup>. *De lege ferenda* nie wydaje się, by było konieczne wprowadzenie definicji „zwłok” na poziomie ustawowym w miejsce regulacji w drodze rozporządzenia. Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji wymaga bowiem – w odniesieniu do materii konstytucyjnych praw i wolności – stanowienia za pomocą ustawy jedynie wówczas, gdy te prawa i wolności są ograniczane<sup>38</sup>. Zważywszy, że zgodnie z przyjętą wyżej interpretacją prawo do pochowania zwłok, jak również ochrona godności dziecka martwo urodzonego nie podlegają ograniczeniu i przysługują bez względu na fazę rozwoju, żadne z praw lub wolności nie zostało ograniczone definicją znajdującą się w rozporządzeniu w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi. Co więcej, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu, nic nie stoi na przeszkodzie, by zgodnie z regułami wykładni systemowej definicję tę stosować na potrzeby niektórych innych aktów prawnych dotyczących dzieci martwo urodzonych.

Takie rozstrzygnięcie nie oznacza bynajmniej, że na tle rozumienia pojęcia zwłok nie pojawiają się inne problemy interpretacyjne. Za doniosłe należy uznać pytanie, czy w zakresie „zwłok dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży” mieści się płód usunięty wskutek przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży. Teoretycznie możliwa jest obrona poglądu, zgodnie z którym płód taki nie należy do kategorii dzieci martwo urodzonych, gdyż opierając się na wykładni językowej w przypadku zabiegu aborcji nie dochodzi do urodzenia. Poza tym na podstawie wykładni funkcjonalnej można by uznać, że wprowadzając przepisy dotyczące dzieci martwo urodzonych ustawodawca przesądzał o tych sytuacjach, które w praktyce okazały się najbardziej powszechne, a więc naturalne poronienia i martwe ciąże. Wreszcie, definicje dotyczące martwych urodzeń zawarte w rozporządzeniach wcześniej już w rozważaniach zostały uznane za niewiążące, więc nieuprawnione byłoby po-

<sup>37</sup> Tak również SN w przywołanym w przypisie 10 i 13 wyroku z 13 maja 2015 r., sygn. akt III CSK 286/14, formułując spostrzeżenie, że odmienne stanowisko: *prowadziłoby do różnicowania pozycji prawnej płodu (...) z uwagi na stopień jego rozwoju (możliwość ustalenia płci)*. Por. L. Bosek, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2013, nr 4(40), s. 186.

<sup>38</sup> Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji RP: *Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.*

wolowanie się na nie w wypadku płodów wydobytych wskutek przerwania ciąży. Takie stanowisko wydaje się jednak nieuprawnione. Z medycznego punktu widzenia zabieg aborcji można podzielić na dwie kategorie metod: chirurgiczną oraz farmakologiczną<sup>39</sup>. Bez względu na przyjętą metodę często, przede wszystkim w przypadku wczesnego stadium ciąży, zabieg taki polega na tym, że jeszcze w organizmie matki dochodzi do przerwania życia dziecka. Stąd często na tym etapie zabiegu, kiedy płód znajduje się już poza organizmem kobiety, jest on już nieżywy<sup>40</sup>. Stąd dopuszczalny jest wniosek, w myśl którego nie stanowi różnicy to, czy przyczyną śmierci dziecka jest efekt czynności lekarza intencjonalnie nakierowanej na usunięcie płodu w wyniku aborcji, czy też dzieje się tak pod wpływem innych czynników. Należy dodać, że nie budzi wątpliwości, iż przyczyną urodzenia martwego może być zachowanie lekarza, polegające zarówno na działaniu, jak i zaniechaniu<sup>41</sup>. Wówczas płody takie są uznane za dzieci martwo urodzone m.in. w rozumieniu ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych i podlegają obowiązkowi pochówku. Biorąc pod uwagę ocenę medyczną, abstrahując od ocen normatywnych, w perspektywie pochowania zwłok dziecka nie ma żadnej istotnej różnicy między umyślnym pozbawieniem życia dziecka poczętego wskutek aborcji a nieumyślnym zaniechaniem udzielenia pomocy dziecku poczętemu, które następnie urodziło się martwe np. w wyniku uduszenia. O martwym urodzeniu nie decyduje bowiem źródło ustania czynności życiowych płodu, a to, czy miało miejsce całkowite wydobycie lub wydalenie płodu, który nie oddychało ani nie wykazało żadnego innego znaku życia. Odmienna interpretacja prowadziłaby do sytuacji, w której podjęcie decyzji o przerwaniu ciąży oraz umyślne przerwanie życia płodu właśnie w ten konkretny sposób powodowałoby nierówne traktowanie dzieci martwo urodzonych w wyniku aborcji oraz dzieci martwo urodzonych

<sup>39</sup> Por. np. Ch. Rórbye, M. Nórgaard, L. Nilas, *Medical versus surgical abortion: comparing satisfaction and potential confounders in a partly randomized study*, „Human Reproduction” 2005, nr 3, s. 834–838; J.H.S You, T.K.H. Chung, *Expectant, medical or surgical treatment for spontaneous abortion in first trimester of pregnancy: a cost analysis*, „Human Reproduction” 2005, nr 10, s. 2873–2878.

<sup>40</sup> Zakres przypadków, których dotyczy opisana przeze mnie procedura, obejmuje najczęściej zabiegi przerwania ciąży w I lub II trymestrze, kiedy zwykle płód poza organizmem matki już nie żyje. Nie obejmuje to natomiast takich przypadków przerwania ciąży, kiedy płód jest zdolny do życia poza organizmem matki i wydobywany jest z niego jako żywy – wtedy zabieg przerwania ciąży kończy się żywym urodzeniem. Wówczas najczęstszą przyczyną aborcji jest zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej spowodowane przez ciążę.

<sup>41</sup> Zob. przypadki opisywane w: T. Sroka, *Odpowiedzialność*, op. cit., s. 65–79, i A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 30–38, np. błędna decyzja lekarza o nieprzeprowadzeniu zabiegu cesarskiego cięcia, w wyniku czego dziecko zmarło w organizmie matki.

w każdym innych okolicznościach. Takie rozumowanie należałoby uznać za sprzeczne z konstytucyjną zasadą demokratycznego państwa prawa<sup>42</sup>. Na ocenę prawną tego przypadku nie może również wpływać fakt dopuszczalności przerwania ciąży w warunkach regulowanych ustawą z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78, ze zm.). Samo wyłączenie karalności<sup>43</sup> dokonania zabiegu przerwania ciąży w żadnym wypadku nie prowadzi bowiem do wniosku, że legalne jest odstąpienie od pochowania płodu, który stał się martwy wskutek tego zabiegu.

### **Prawnokarne konsekwencje niepochowania zwłok dziecka martwo urodzonego**

Rozstrzygnięcie o tym, że na gruncie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych i przepisów wykonawczych za zwłoki uważa się każde dziecko martwo urodzone, nawet w najwcześniejszych fazach rozwoju prenatalnego, rodzi konkretne konsekwencje w kwestii odpowiedzialności karnej za występki z art. 262 § 1 Kodeksu karnego (k.k.)<sup>44</sup>. Korzystając z wykładni systemowej, to właśnie pojęcia, które są zawarte w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmar-

<sup>42</sup> W tym miejscu pomijam praktyczne rozważania dotyczące momentu obiektywnej możliwości ustalenia na podstawie aktualnej wiedzy medycznej, czy w organizmie matki istnieje już płód. We współczesnej ginekologii wskazuje się, że przed upływem 6. tygodnia ciąży występuje niskie prawdopodobieństwo stwierdzenia tzw. pewnych objawów ciąży (m.in. pęcherzyk ciążowy jest niewidoczny, a ocena badań USG i HCG nie daje stuprocentowej pewności oraz zależy od metody i doświadczenia lekarza). Szerzej: A.D. Shields, *Pregnancy Diagnosis*, <http://emedicine.medscape.com/article/262591-overview#a4> [dostęp 1 marca 2016 r.]. J. Haberko wskazuje także na inne problemy wymagające rozstrzygnięcia, dotyczące m.in. poronienia poza szpitalem, wydobycia w szpitalu jedynie fragmentów łożyska lub ustalania postępowania w razie poronienia z ciąży pozamacicznej. J. Haberko, *Konsekwencje*, *op. cit.*, s. 76.

<sup>43</sup> A. Zoll [w:] *Kodeks karny*, *op. cit.*, s. 332; M. Królikowski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. 1, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2013, s. 245–246; J. Giezek [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), Warszawa 2014, s. 201; K. Wiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2015, s. 869; R. Kokot [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R. Stefański (red.), Warszawa 2015, s. 878–879. Odmiennie uchwała SN z 22 lutego 2006 r., sygn. akt III CZP 8/06, z głosem aprobującą M. Nestorowicza, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 4, s. 132–140.

<sup>44</sup> Artykuł 262. § 1 k.k.: *Kto znieważa zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2*, Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553, ze zm.

łych, stają się wiążące dla rozumienia znamion wskazanego przepisu penalizującego znieważenie zwłok. Za „zwłoki”, stanowiące przedmiot czynności wykonawczej, trzeba więc – poza ciałem osoby zmarłej – uznać również ciało dziecka, które urodziło się martwe. Stanowisko przeciwne w zakresie, w jakim mowa o „płodzie niedonoszonym” zajął R.A. Stefański, jednak nie poparł go argumentami<sup>45</sup>. Pogląd taki wydaje się nietrafny. Autor nie wytłumaczył tego, jak rozumie sformułowanie „płód niedonoszony”. W nauce przyjmuje się, że donoszenie polega na upływie określonego czasu ciąży, a pełnym jej okresem jest czas 280 dni<sup>46</sup>. Aktem normatywnym, w którym występowały pojęcia „noworodka martwo urodzonego niedonoszonego” i „płodu niezdolnego do życia” była instrukcja Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej z 5 maja 1962 r. w sprawie stosowania jednolitych pojęć dotyczących porodów i urodzeń (M.P. z 1962 r., nr 28, poz. 237). Wyznaczała ona kryteria rozwojowe dziecka martwo urodzonego, na podstawie których określano „donoszenie” albo „niedonoszenie”, jak również istnienie „płodu” albo „noworodka”. *De lege lata* pojęcia te nie obowiązują. Nie ma bowiem racji dla tezy, że konieczne jest donoszenie dziecka martwo urodzonego choćby z tego względu, że ograniczenia takiego brakuje w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Poza tym, w nauce prawa karnego wyrażono przekonanie, że norma sankcjonowana odtworzona na podstawie art. 262 k.k. nierozzerwalnie łączy się z zagadnieniem właściwego postępowania ze zwłokami ludzkimi, co z kolei regulowane jest w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych oraz w przepisach wykonawczych<sup>47</sup>. Te same względy decydują bowiem o regulacji przepisów administracyjnych dotyczących pochówku, jak i o penalizacji zachowań godzących w dobra prawne leżące u podstaw jego przeprowadzania. Gwoli ścisłości trzeba dodać, że na podstawie § 7 r.p.z.s.l. zwłoki dziecka martwo urodzonego mogą być spopielenne. W takim wypadku zostanie zrealizowane alternatywne znamię określające przedmiot czynności wykonawczej – „prochy ludzkie”, za które w doktrynie uważa się pozostałości po skremowaniu zwłok<sup>48</sup>.

Znamieniem określającym czynność wykonawczą jest „znieważenie”. Przyjmuje się, że dla jego realizacji wymagana jest określona aktywność polegająca m.in. na okazaniu lekceważenia lub pogardy, zmianie ustalonego położenia zwłok i przeznaczenia grobu, wyrzuceniu ciała z grobu, zbezczeszczeniu zwłok<sup>49</sup>. W odniesieniu do ciała dziecka martwo urodzonego istnieje możli-

<sup>45</sup> R.A. Stefański, *Przestępstwo*, *op. cit.*, s. 22.

<sup>46</sup> J. Brzezińska, *Dzieciobójstwo. Aspekty prawne i etyczne*, Warszawa 2013, s. 228.

<sup>47</sup> A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. I, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2013, s. 374.

<sup>48</sup> Z. Ćwiakalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. II, A. Zoll (red.), *op. cit.*, s. 1426; A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny, op. cit.*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2013, s. 376.

<sup>49</sup> R.A. Stefański, *Przestępstwo*, *op. cit.*, s. 24.

wość realizacji znamienia szczególnie przez potraktowanie ciała na równi z odpadem medycznym, a tym samym pozbawienie możliwości pochowania w grobie; rozumowanie takie jest uzasadnione tym bardziej, że dopuszcza się popełnienie tego przestępstwa nie tylko z zamiarem bezpośrednim, ale również ewentualnym<sup>50</sup>. Stąd należy przyjąć, że każda czynność pracownika podmiotu leczniczego powodująca, że ciało dziecka martwo urodzonego (bez względu na to, w jakim stadium ciąży miało miejsce martwe urodzenie) zostanie wyrzucone, stwarza – o ile będzie możliwe przypisanie sprawcy umyślności – realizację znamion typu czynu z art. 262 § 1 k.k. W myśl wcześniejszych uwag, czyn jest dokonany również w przypadku niepochowania dziecka martwo urodzonego w wyniku przeprowadzania zabiegu przerwania ciąży<sup>51</sup>.

### **Sporządzanie akt stanu cywilnego w przypadku martwego urodzenia dziecka**

Kolejne problemy interpretacyjne dotyczące postępowania ze zwłokami dzieci martwo urodzonych są związane z analizą przepisów dotyczących akt stanu cywilnego. W stanie prawnym obowiązującym do 1 marca 2015 r. materię tę regulowała przede wszystkim ustawa z 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego oraz akty wykonawcze. W myśl art. 38 ust. 2 tej ustawy, w sytuacji, gdy dziecko urodziło się martwe, należało sporządzić akt urodzenia zawierający adnotację, że dziecko urodziło się martwe. W takim wypadku nie sporządzało się natomiast aktu zgonu. Przepis ten nie uzależniał zgłoszenia martwego urodzenia od czasu trwania ciąży, w związku z czym w świetle wskazanej wyżej interpretacji wymienione dokumenty należało sporządzić także w wypadku zgonu płodów w bardzo wczesnym stadium ciąży<sup>52</sup>. Osoby uprawnione do pochowania dziecka martwo urodzonego mogły natomiast wnioskować o wydanie karty zgonu, co skutkowało możliwością pochówku na cmentarzu bez konieczności rejestracji zgonu przez urząd stanu cywilnego<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Por. np. Z. Cwiągalski [w:] *Kodeks karny*, A. Zoll (red.), *op. cit.*, s. 1427.

<sup>51</sup> Ze względu na obszerność pracy pomijam w tym miejscu kwestię możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej matki dziecka martwo urodzonego w przypadku, gdyby nie pochowała dziecka, które urodziło się martwo bez udziału lekarza bądź położnej. Wydaje się jednak, że – o ile udałoby się jej przypisać umyślność – ze względu na anormalną sytuację motywacyjną i szczególne warunki związane z wstrząsem emocjonalnym oraz troską o własne zdrowie należałoby uznać niemożność przypisania matce winy. Konsekwencją takiego ujęcia byłyby brak odpowiedzialności karnej po jej stronie.

<sup>52</sup> J. Haberko, *Konsekwencje*, *op. cit.*, s. 74.

<sup>53</sup> Artykuł 5 u.c.c.z: *Jeden z egzemplarzy karty zgonu zawierający adnotację urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu, z zastrzeżeniem ust. 5a, przedstawia się*



Z dniem 1 marca 2015 r. dotychczasowa ustawa została uchylona przez ustawę 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 1741, ze zm.; dalej: p.a.s.c.). W niniejszym opracowaniu na uwagę zasługują przepisy zawarte w rozdziale 6 („Rodzaje aktów stanu cywilnego”). Utrzymana została zasada, zgodnie z którą dla dziecka martwo urodzonego sporządza się akt urodzenia z adnotacją o tym, że urodziło się martwe; nie sporządza się też aktu zgonu. Również i tym razem martwe urodzenie nie zostało ograniczone cezurą czasową. Uzasadnione zainteresowanie, a zarazem wątpliwości, powinno natomiast wzbudzić wprowadzenie wypełnianej przez podmiot leczniczy karty martwego urodzenia, na podstawie której sporządza się akt urodzenia. Na podstawie art. 54 ust. 3 przywołanej ustawy karta ta – poza adnotacją o martwym urodzeniu – ma zawierać informacje znajdujące się w karcie urodzenia, a więc nazwisko, imię (imiona), nazwisko rodowe, datę i miejsce urodzenia oraz numer PESEL matki dziecka, jeżeli został nadany, miejsce, datę i godzinę urodzenia dziecka oraz jego płeć.

W pierwszej kolejności trzeba zwrócić uwagę na fakt, że obowiązek wypełnienia karty martwego urodzenia dotyczy każdego przypadku dziecka martwo urodzonego – bez względu na czas trwania ciąży. Nieuzasadnione byłoby więc powoływanie się przez podmiot leczniczy na niemożność wypełnienia karty martwego urodzenia ze względu na to, że martwe urodzenie nastąpiło przed upływem 22. tygodnia ciąży. Obowiązek wypełnienia karty nie wynika bowiem z konieczności wpisu do dokumentacji medycznej. Ma on swoje źródło w ustawie – Prawo o aktach stanu cywilnego, określającej typy akt nienależących wszak do dokumentacji medycznej – a wobec tego nie mają do niego zastosowania definicje rozróżniające poronienie i martwe urodzenie zawarte w ustawie o działalności leczniczej<sup>54</sup>.

Po drugie, istotne zastrzeżenia powinien budzić obowiązek nadawania dziecku martwo urodzonemu imienia, szczególnie w odniesieniu do płodów we wczesnej fazie ciąży<sup>55</sup>. Zważywszy, że strata dziecka naturalnie łączy się

---

*administracji cmentarza w celu pochowania zwłok, drugi zaś służy do celów statystycznych.*

*Artykuł 5a: W przypadku dziecka martwo urodzonego, bez względu na czas trwania ciąży, dla którego na wniosek osoby uprawnionej do pochowania, o której mowa w art. 10 ust. 1, sporządzono kartę zgonu, dla celów określonych w ust. 5 nie jest wymagana adnotacja urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu.*

<sup>54</sup> J. Haberko, *Konsekwencje*, op. cit., s. 75.

<sup>55</sup> Obowiązek ten dotyczy tych przypadków martwych urodzeń, kiedy jest możliwe ustalenie płci, w związku z czym sporządzany jest akt urodzenia. Konieczność wpisania imienia dziecka do aktu urodzenia wynika z treści załącznika nr 11 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego, Dz.U. z 2015 r. poz. 194, ze zm.

z silnymi przeżyciami psychicznymi rodziców, unormowania takiego nie należy zaaprobować. Tym bardziej za nieuzasadniony trzeba uznać obowiązek wpisywania do karty martwo urodzenia płci dziecka. Co prawda tego dokumentu nie przekazuje się do urzędu stanu cywilnego w braku możliwości ustalenia płci dziecka, ale nadal na podmiocie leczniczym spoczywa obowiązek jego wypełnienia. Wzór karty stanowi załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z 12 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów karty urodzenia i karty martwego urodzenia (Dz.U. z 2015 r., poz. 171). Nie przewiduje on bynajmniej możliwości stwierdzenia, że płci nie da się ustalić. W praktyce niektórych szpitali, na co wskazują materiały prasowe, zdarza się, że matka staje przed koniecznością wyboru płci dziecka, chociaż jej ustalenie jest niemożliwe<sup>56</sup>. Przypomnieć trzeba, że sporządzenie karty martwego urodzenia z informacjami, które nie są zgodne z prawdą, stwarza zagrożenie pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby wypełniającej dokumentację na podstawie art. 271 § 1 k.k.<sup>57</sup>. Na marginesie należy wskazać, że zgodnie z art. 21 § 2 k.k. odpowiedzialności karnej za ten czyn mogłaby podlegać również matka jako *ekstraneus* (osoba nieposiadająca cechy, od której zależy karalność albo jej zaostrzenie) wtedy, gdy działała umyślnie oraz wiedziała, że wypełniający dokumentację jest uprawniony do wystawienia dokumentu<sup>58</sup>. Obowiązujące przepisy doprowadzają do sytuacji, w której osoba wypełniająca dokumentację nie ma możliwości zachowania się zgodnie z prawem. Choć rozporządzenie będzie obowiązywało jedynie do 1 stycznia 2018 r., po czym zostanie zastąpione nowym, określającym wzór karty w formie dokumentu elektronicznego, należy wyrazić nadzieję, że wcześniej zostanie w sposób racjonalny znowelizowane tak, by nie narażać przedstawicieli podmiotów leczniczych upoważnionych do wypełnienia karty na poświadczenie nieprawdy, jak również zwolnić od konieczności nadawania dzieciom martwo urodzonym imienia.

Zasadne będzie w tym miejscu przedstawienie procedury, jaką zgodnie z obowiązującymi przepisami powinien podjąć podmiot leczniczy w sytuacji,

<sup>56</sup> Por. np. M. Sałwacka, *Musisz pochować 3 milimetry*, „Gazeta Wyborcza” z dn. 27 lutego 2014 r., [http://wyborcza.pl/duzyformat/1,136808,15527229,Musisz\\_pochowac\\_3\\_milimetry.html](http://wyborcza.pl/duzyformat/1,136808,15527229,Musisz_pochowac_3_milimetry.html) [dostęp 1 marca 2016 r.]; A. Kosiek, *Szpital kielecki wymusza pogrzeby płodów*, „Gazeta Wyborcza” z dn. 28 stycznia 2014 r., [http://wyborcza.pl/1,76842,15346954,Szpital\\_Kielecki\\_wymusza\\_pogrzeby\\_plodow.html](http://wyborcza.pl/1,76842,15346954,Szpital_Kielecki_wymusza_pogrzeby_plodow.html) [dostęp 1 marca 2016 r.].

<sup>57</sup> Artykuł 271 § 1 k.k.: *Funkcjonariusz publiczny lub inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu, która poświadcza w nim nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.*

<sup>58</sup> Artykuł 21 § 2 k.k.: *Jeżeli okoliczność osobista dotycząca sprawcy, wpływająca chociażby tylko na wyższą karalność, stanowi znamię czynu zabronionego, współdziałający podlega odpowiedzialności karnej przewidzianej za ten czyn zabroniony, gdy o tej okoliczności wiedział, chociażby go nie dotyczyła.*

gdy doszło do martwego urodzenia dziecka. Po pierwsze, w myśl art. 54 ust. 3 p.a.s.c. wypełnioną kartę martwego urodzenia przekazuje się kierownikowi urzędu stanu cywilnego w terminie jednego dnia od dnia jej sporządzenia. Jak wskazano już wyżej, karty martwego urodzenia nie przekazuje się wtedy, gdy nie jest możliwe ustalenie płci dziecka: wtedy też nie tworzy się aktu urodzenia. W pozostałych przypadkach na podstawie przekazanej karty, a także protokołu zgłoszenia urodzenia, organ urzędu stanu cywilnego sporządza akt urodzenia z adnotacją, że dziecko urodziło się martwe, nie sporządza natomiast aktu zgonu. Po drugie, lekarz, który ustalił martwe urodzenie dziecka, powinien wypełnić kartę zgonu na podstawie art. 11 ust. 4 u.c.c.z. Jest ona wydawana osobom uprawnionym do pochówku (określonych w art. 10 ust.1 u.c.c.z.), a w razie niepochowania zwłok przez te podmioty, gminie właściwej dla miejsca, gdzie nastąpiło martwe urodzenie<sup>59</sup>. Zgodnie z § 7 r.p.z.s.l. zwłoki dzieci martwo urodzonych na wniosek osób uprawnionych mogą być spopielone przez podmioty lecznicze dysponujące urządzeniami odpowiednimi do tego celu. Niemniej najbliżsi nadal zachowują prawo do pochówku. Gmina zobowiązana jest do pochowania zwłok wtedy, gdy najbliżsi oświadczą, że nie będą korzystać ze swojego prawa, albo gdy faktycznie nie podejmą czynności zmierzających do pochówku, w szczególności nie odbiorą zwłok w ciągu 72 godzin od stwierdzenia martwego urodzenia. Obowiązek ten aktualizuje się wówczas, gdy podmiot leczniczy skutecznie zawiadomi gminę o konieczności pochowania zwłok (art. 28 ust. 6 u.d.l.). Za okres przekraczający 3 dni od zawiadomienia podmiot może domagać się zwrotu kosztów z tytułu przechowywania zwłok<sup>60</sup>.

Przyjęcie zwłok dzieci martwo urodzonych do pochowania na cmentarzu ma miejsce po spełnieniu warunków określonych w art. 8 ust. 1 u.c.c.z. i § 8 ust. 3 r.p.z.s.l. Konieczne jest więc przedłożenie karty zgonu wypełnionej w ograniczonym zakresie (wymaga się wyłącznie wpisu dotyczącego daty i miejsca urodzenia dziecka oraz imion i nazwisk rodziców<sup>61</sup>), jak również – w przypadku, gdy zwłoki są spopielone przez podmiot leczniczy – sporządzonego przez lekarza zaświadczenia stwierdzającego pochodzenie szczątków będących popiołami zwłok.

<sup>59</sup> Za brak legislacyjny trzeba uznać, że ustawa mówi wyłącznie o zgonie, nie uwzględniając martwego urodzenia. Wydaje się jednak, że stosując reguły wykładni systemowej, przepisy stosuje się odpowiednio do martwych urodzeń.

<sup>60</sup> W doktrynie wskazuje się, że skoro to moment skutecznego zawiadomienia gminy jest decydujący dla rozpoczęcia biegu trzydniowego terminu, nic nie stoi na przeszkodzie, by za wcześniejszy okres (przekraczający 72 godziny) przechowywania zwłok podmiot leczniczy obciążył opłatami osoby uprawnione do pochówku z art. 10 ust.1 u.c.c.z.; por. T. Rek [w:] M. Dercz, T. Rek, *Komentarz, op. cit.*, s. 142.

<sup>61</sup> Na podstawie art. 11 ust. 5a u.c.c.z. w celu pochowania zwłok dzieci martwo urodzonych sporządza się kartę zgonu bez adnotacji o zarejestrowaniu zgonu przez kierownika urzędu stanu cywilnego.

## Świadczenia przysługujące najbliższemu dziecku martwo urodzonego: prawo czy fikcja prawa?

Trzeba zauważyć, że obowiązek pochowania zwłok przez gminę nie jest jednoznaczny z obowiązkiem przyjęcia ciężaru ponoszenia kosztów pogrzebu. Artykuł 10 ust. 4 u.c.c.z. wskazuje, iż gmina może dochodzić zwrotu tych wydatków na mocy innych ustaw. Najczęściej przywołuje się w takim wypadku ustawę z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2004 r., nr 64, poz. 593, ze zm.), bowiem według jej art. 96 ust. 3: *w przypadku pokrycia kosztów pogrzebu przez gminę poniesione wydatki podlegają zwrotowi z masy spadkowej, jeżeli po osobie zmarłej nie przysługuje zasiłek pogrzebowy*. Truizmem byłoby stwierdzenie, że w przypadku dziecka martwo urodzonego nie powstaje żadna masa spadkowa, gdyż nie urodziło się ono żywe<sup>62</sup>. Pojawiła się koncepcja, w myśl której w braku możliwości pokrycia kosztów pogrzebu ze spadku (oraz gdy po zmarłym nie przysługuje zasiłek pogrzebowy), kosztami tymi należy obciążyć osoby, na których *ante mortem* ciążył obowiązek alimentacyjny wobec zmarłego<sup>63</sup>. Propozycja ta okazuje się jednak trudna do zaaplikowania w odniesieniu do dzieci martwo urodzonych. Nie powinno wszak umknąć uwadze to, że dziecko takie, jako członek rodziny ubezpieczonego lub osoby pobierającej emeryturę lub rentę, w myśl ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. z 1998 r., nr 162, poz. 1118, ze zm.) może być podmiotem, po którym przysługuje zasiłek pogrzebowy, z którego jest możliwe pokrycie kosztów pochówku. Aby świadczenie to uzyskać, należy przedstawić w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych m.in. wyliczenie rzeczywistych poniesionych wydatków pogrzebu oraz odpis skrócony aktu zgonu albo odpis aktu urodzenia z adnotacją, że dziecko urodziło się martwe<sup>64</sup>. Kłopot wszakże tkwi na tym, że dla dziecka martwo urodzonego, którego płci nie da się ustalić, nie sporządza się ani aktu zgonu, ani aktu urodzenia.

Uwaga powyższa pozwala na ukazanie szerszego problemu, na który zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich w wystąpieniu 19 lutego 2015 r. skierowanym do Ministra Pracy i Polityki Społecznej<sup>65</sup>, a więc na brak możliwo-

<sup>62</sup> Por. art. 8 k.c. *a contrario*: *Każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną* i art. 927 § 2 k.c. *a contrario*: *Jednakże dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe*.

<sup>63</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 640.

<sup>64</sup> Por. § 16 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 11 października 2011 r. w sprawie postępowania o świadczenia emerytalno-rentowe, Dz.U. z 2011 r., nr 237, poz. 1412.

<sup>65</sup> Wystąpienie zamieszczone na oficjalnej stronie internetowej Rzecznika Praw Obywatelskich [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do\\_MPiPS\\_ws\\_urodze](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MPiPS_ws_urodze)

ści uzyskania zasiłku macierzyńskiego, zasiłku pogrzebowego lub skróconego urlopu macierzyńskiego w sytuacji urodzenia dziecka martwo urodzonego, którego płci nie można ustalić<sup>66</sup>. Każde z wymienionych świadczeń wymaga przedstawienia we wniosku aktu urodzenia. W niniejszym artykule podkreśliłem już, że możliwość uzyskania aktu urodzenia (z adnotacją, że nastąpiło martwe urodzenie) na mocy art. 53 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 3 p.a.s.c. istnieje tylko w stosunku do tych przypadków, w których da się określić płeć dziecka; tylko wówczas akt ten się wystawia. Przypomnieć trzeba, że także w stanie prawnym po 1 marca 2015 r. (czyli po wejściu w życie ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego) zgłoszenie urodzenia dziecka zarówno przez rodziców, jak i podmiot leczniczy jest bezskuteczne, gdy jego płeć okaże się niemożliwa do ustalenia. Karta martwego urodzenia (stanowiąca podstawę wystawienia aktu urodzenia) nie zostaje bowiem przekazana urzędowi stanu cywilnego. Mając powyższe na uwadze, Rzecznik zasygnalizował, że obecne brzmienie wspomnianych przepisów wprowadza nierówne traktowanie kobiet, które urodziły martwe dziecko, będące konsekwencją podziału na matki, które urodziły martwe dziecko, którego płeć jest możliwa do ustalenia, oraz matki, w których przypadku wskazanie płci dziecka jest niemożliwe – np. ze względu na wady genetyczne wskazujące na obojnactwo dziecka – albo w znacznym stopniu utrudnione. Utrudnienie to wynika z faktu, że co prawda z medycznego punktu widzenia nawet we wczesnej fazie ciąży istnieje wysokie prawdopodobieństwo rozpoznania płci dziecka, jednak niezbędne w tym celu badania genetyczne są kosztowne (ok. 500–800 zł) i nie dają gwarancji jednoznacznego wyniku. Wyszędłszy z założenia, że to stan zdrowia kobiety, ból po stracie dziecka oraz poniesione koszty pogrzebu (a więc konieczność wsparcia rodziców) stanowią *rationes* prawa do świadczeń, Rzecznik nie znalazł podstaw, by brak ustalonej płci dziecka decydował o nieprzyznaniu zasiłku lub urlopu macierzyńskiego. Stąd postulował, by możliwe było ich uzyskanie na podstawie karty zgonu dziecka<sup>67</sup>. Przypomnieć trzeba, że kwestia określenia płci na karcie martwego urodzenia budzi wątpliwości nie tylko ze względu na brak dostępu do wskazanych świadczeń, ale również, co opisałem wcześniej, z uwagi na narażenie lekarza na odpowiedzialność karną za poświadczenie nieprawdy.

---

nia\_martwego\_dziecka\_ktorego\_plci\_nie%20da\_sie\_ustalic.pdf [dostęp: 1 marca 2016 r.].

<sup>66</sup> Por. § 9 pkt 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 2 kwietnia 2012 r. w sprawie określenia dowodów stanowiących podstawę przyznania i wypłaty zasiłków z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Dz.U. z 2014 r., poz. 1594) oraz art. 180<sup>1</sup> ustawy z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1974 r., nr 24, poz. 141, ze zm.

<sup>67</sup> Analogicznie do procedury pochowania dziecka martwo urodzonego na podstawie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych.

## Ochrona dóbr osobistych najbliższych dziecka martwo urodzonego w prawie polskim i orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Scharakteryzowanie procedury podejmowanej w razie martwego urodzenia byłoby niepełne bez uwzględnienia aspektu prawa rodziców do kulturowania czci po swoim nieżyjącym dziecku. Jak opisałem wcześniej, matka może faktycznie nie podjąć działań zmierzających do pochowania dziecka, albo w ramach czynności, które mają miejsce w trakcie pobytu w siedzibie podmiotu leczniczego podpisać oświadczenie, z którego będzie wynikać, że nie skorzysta ona z prawa przysługującego na mocy ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Choć oczywisty jest wówczas obowiązek pochowania zwłok dziecka przez gminę, to problematyczny okazuje się zakres informacji, które najbliżsi krewni dziecka powinni uzyskać w kwestii dalszych losów tych zwłok, a także sposób korzystania ze swoich praw. *De lege lata* nie istnieje żadna norma prawna, która wymagałaby od podmiotu leczniczego poinformowania, że dziecko martwo urodzone zostanie pochowane. Taki stan prawny powoduje *de facto* brak gwarancji dla prawidłowej (i świadomej) realizacji praw przez osoby najbliższe. Z informacji prasowych i wypowiedzi rodziców wynika, że często nie zdają sobie oni sprawy z tego, że ich dzieci martwo urodzone w I lub II trymestrze ciąży podlegają obowiązkowi pochówku, oraz że na miejscowym cmentarzu będą znajdowały się ich szczątki. Trudno wobec tego mówić o w pełni „poinformowanym” zrzeczeniu się pochowania, zwłaszcza w sytuacji rozstroju emocjonalnego, jaki towarzyszy rodzicom po utracie dziecka<sup>68</sup>. Zważywszy, że obecne unormowania dotyczące martwych urodzeń budzą wątpliwości nawet wśród prawników, za konieczne należałoby uznać wprowadzenie dla osób nieznanających prawa pouczeń, które wskazywałyby na konsekwencje oświadczenia.

*De lege lata* na gminie odpowiedzialnej za pochowanie zwłok dziecka martwo urodzonego w razie jego niepochowania przez osoby bliskie (a tym bardziej na podmiocie leczniczym), nie spoczywa również obowiązek wskazania miejsca pochówku na życzenie bliskich dziecka. Ten brak legislacyjny w polskim prawie ocenić trzeba za wadliwy i niezgodny ze standardem europejskim wyrażonym w wyroku ETPC z 12 czerwca 2014 r. w sprawie *Marić v. Chorwacja*<sup>69</sup>. Trybunał zajął się stanem faktycznym, w którym będąca w dziewiątym miesiącu ciąży żona skarżącego urodziła w szpitalu martwe dziecko. Zrezygnowała z zabrania jego zwłok, więc w myśl prawa chorwackiego odpowiedzialność za pochowanie przejął szpital. Kilka miesięcy później podmiot ten skierował zwłoki dziecka wraz z odpadami medycznymi do kremacji. Kiedy

<sup>68</sup> Na tę kwestię uwagę zwrócił ETPC w wyroku z 17 lutego 2008 r. w sprawie 55525/00 *Hadri-Vionnet v. Szwajcaria*.

<sup>69</sup> Wyrok ETPC z 12 czerwca 2014 r. w sprawie 50132/12 *Marić v. Chorwacja*.

jednak skarżący i jego żona chcieli dowiedzieć się, gdzie znajduje się miejsce pochówku, szpital nie potrafił wskazać żadnych bliższych informacji. Kwestią podlegającą rozstrzygnięciu było to, czy w tej sprawie doszło do naruszenia art. 8 konwencji. Za sporne uznano pytanie, czy szpital był upoważniony do takiego postępowania ze zwłokami dziecka, które polegało na potraktowaniu ich na równi z odpadami medycznymi, pozbawiając jednocześnie najbliższych możliwości uzyskania danych dotyczących miejsca pochowania. Trybunał uznał, że sam fakt, iż rodzice zgodzili się na przekazanie odpowiedzialności za zwłoki dziecka na rzecz szpitala, nie powoduje, że konkludentnie zezwolili na potraktowanie ich jako odpadu medycznego. W konsekwencji nie można przyjąć, że brak wykonania przez najbliższych prawa do pochowania sprawia, iż nie mają oni prawa do informacji, gdzie znajdują się zwłoki. Trybunał podkreślił również, że w celu zapewnienia gwarancji praw i uniknięcia działań arbitralnych państwo musi wprowadzać takie przepisy dotyczące dzieci martwo urodzonych, które są spójne i wprowadzające poczucie przewidywalności<sup>70</sup>.

### **Podsumowanie: wnioski i postulaty *de lege ferenda***

Dla sformułowania zakresu ochrony dziecka martwo urodzonego kluczowe jest wskazanie, że przysługuje ona zarówno w odniesieniu do osoby w fazie prenatalnej, jak i do osoby zmarłej. W kontekście uregulowań Konstytucji RP i stanowiska Trybunału Konstytucyjnego życie ludzkie w fazie prenatalnej stanowi wartość konstytucyjnie chronioną. Zgodnie z poglądem zaprezentowanym w doktrynie przyjmuje się, że jego ochrona rozpoczyna się wraz z powstaniem embrionu ludzkiego, w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez TSUE w orzeczeniach *Brüstle* oraz *International Stem Cell Corporation*.

Przyjmuje się, że ochrona ta nie wygasa wraz ze śmiercią i rozciąga się na osoby zmarłe. Z powyższego wynika nakaz poszanowania oraz odpowiedniego postępowania ze zwłokami. Sporne jest natomiast źródło gwarancji. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem decydują o niej obiektywne wartości konstytucyjne, w szczególności zasada demokratycznego państwa prawa i obowiązek przestrzegania porządku publicznego. W myśl drugiej koncepcji, wspartej najnowszym orzecznictwem ETPC, godność człowieka trwa nadal po jego śmierci, a brak szacunku dla zwłok stanowi naruszenie jego własnych dóbr prawnych. Obie interpretacje stwarzają potrzebę regulacji przewidującej obowiązek pochowania ciała dzieci martwo urodzonych na równi z ciałami osób zmarłych. Niemniej właściwsze wydaje się przyjęcie, że ochrona dziecka martwo urodzonego wynika z przysługującej mu godności ze względu na silniejsze, niezależne od zewnętrznych czynników podstawy gwarancji.

<sup>70</sup> *Marić v. Chorwacja*, § 70.

Podstawą pochowania ciała dzieci martwo urodzonych jest art. 10 u.c.c.z. Należy uznać, że zakres pojęcia „zwłoki” wyznacza wyłącznie rozporządzenie w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi, stanowiące akt wykonawczy do ustawy, stąd obowiązki pochówku podlega każde dziecko martwo urodzone, bez względu na czas trwania ciąży. Na kwestię pochówku dziecka nie wpływają definicje zawarte w rozporządzeniu w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej, stanowiące wytyczne wyłącznie w odniesieniu do prawidłowego wypełniania dokumentacji medycznej.

Konsekwencją powyższego stanowiska jest fakt obejmowania obowiązkiem pochowania dzieci martwo urodzonych w wyniku przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży. Na ocenę, czy doszło do martwego urodzenia, nie wpływa sposób, w jaki doszło do utraty życia przez płód, a wyłącznie to, że miało miejsce jeszcze w organizmie matki, oraz, że płód został wydobyty lub wydalony z ustroju matki i nie oddychał ani nie wykazał żadnego innego znaku życia. Przeciwna konstatacja prowadziłaby do nieuprawnionego różnicowania niezgodnego z konstytucyjną zasadą poszanowania godności.

Postępowanie wbrew ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, polegające na niepochowaniu ciała dziecka martwo urodzonego (definiowanego w sposób przedstawiony wyżej) i potraktowaniu go jako odpadu medycznego, może prowadzić do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za przestępstwo znieważenia zwłok. Zwłoki dziecka martwo urodzonego mieszczą się bowiem w zakresie znamienia „zwłoki” zawartego w art. 262 § 1 k.k., a zachowanie polegające na wyrzuceniu ciała (albo spopielonych szczątków) pozbawiające prawa do kultu czci po tym dziecku realizuje znamię „znieważenia”.

Niektóre przepisy wprowadzonej od 1 marca 2015 r. nowej ustawy stanowiącej o aktach stanu cywilnego budzą wątpliwości w odniesieniu do treści wzoru karty martwego urodzenia. Kartę martwego urodzenia należy wypełnić w każdym przypadku, bez względu na czas trwania ciąży. Za niewłaściwy uznaje się wymóg wpisu określającego imię dziecka martwo urodzonego. Negatywnie trzeba odnieść się również do wymogu każdorazowego określenia płci dziecka, gdyż wielokrotnie jej ustalenie jest trudne albo niemożliwe. W konsekwencji osoba wypełniająca kartę może być narażona na odpowiedzialność karną za poświadczenie nieprawdy.

Prawo do pochowania zwłok dzieci martwo urodzonych mają podmioty określone w art. 10 ust.1 u.c.c.z. W przypadku nieskorzystania z tego prawa obowiązek pochówku spoczywa na gminie właściwej dla miejsca, gdzie nastąpiło martwe urodzenie. Z tym obowiązkiem nie łączy się jednak odpowiedzialność za koszty pogrzebu. Ustawodawca wskazał, że koszty te można pokryć z sumy zasiłku pogrzebowego. Otrzymanie zasiłku pogrzebowego, zasiłku macierzyńskiego oraz skróconego urlopu wypoczynkowego jest jednak uniemożliwione w sytuacjach, gdy płci dziecka martwo urodzonego nie da się ustalić, gdyż wówczas nie sporządza się ani aktu urodzenia, ani aktu zgonu dziecka.



Rezygnacja z prawa do pochówku przez osoby uprawnione nie powoduje, że tracą one prawo do prywatności wyrażające się w prawie do kultu czci po osobie zmarłej. Na żadnym z podmiotów, w szczególności na gminie lub szpitalu, nie spoczywa obowiązek wskazania miejsca, w którym nastąpiło pochowanie ciała dziecka martwo urodzonego.

Zakończenie tego artykułu stanowi właściwy moment dla zebrania uwag *de lege ferenda*. Po pierwsze, należy podkreślić za J. Haberko, że wskazane jest wydanie rozporządzenia ujednolicającego zasady postępowania w szpitalach ze zwłokami dzieci martwo urodzonych oraz jednolite zasady wydawania zwłok i szczątków w takich sytuacjach. Unormowanie takie zapobiegłoby niepożądaney uznaniowości procedur podejmowanych przez podmioty lecznicze<sup>71</sup>. Po drugie, pożądane jest nałożenie na podmiot leczniczy obowiązku informacyjnego dotyczącego konsekwencji prawnych i faktycznych zrzeczenia się prawa do pochowania dziecka martwo urodzonego przez osoby najbliższe. Po trzecie, za konieczną należy uznać taką zmianę przepisów, by nie było wymagane wpisanie imienia dziecka oraz jego płci na karcie martwego urodzenia, jak również, by istniała możliwość uzyskania świadczeń (zasiłku macierzyńskiego, zasiłku pogrzebowego, skróconego urlopu macierzyńskiego) na podstawie karty zgonu dziecka. Wszystkie te uwagi zasługują na uznanie za doniosłe, gdyż brak procedury lub niejasne jej brzmienie może powodować ryzyko arbitralności podejmowanych działań. Prawidłowe określenie postępowania ze zwłokami dziecka martwo urodzonego pozwala zaś mówić o odpowiedniej realizacji wartości konstytucyjnych – godności oraz prywatności.

<sup>71</sup> J. Haberko, *Konsekwencje*, *op. cit.*, s. 76.