

Piotr Mostowik<sup>1</sup>

## **Kwestia zastosowania prywatnoprawnych umów międzynarodowych w sprawach nasciturusa**

### **1. Uwagi wprowadzające**

Sprawy rodzinne, z istoty skoncentrowane wokół dziecka i jego rodziców, są zasadniczo domeną regulacji prawnych o genezie krajowej. Jednak w treści kilku międzynarodowych konwencji sporządzonych w II poł. XX w. odniesiono się do rodziny, w tym statusu prawnego dziecka.<sup>2</sup> Ponieważ, referowane niżej, przepisy o genezie międzynarodowej mówią wyraźnie o szeregu sprawach dziecka, rodzi się pytanie, czy ich zakres przedmiotowy (a za tym – danej umowy międzynarodowej) obejmuje też sprawy nascitursa. Precyzyjniej trzeba wskazać, że kwestia rozumienia pojęcia „dziecko” na tle tych przepisów dotyczy wyznaczenia podmiotowego aspektu przedmiotowego zakresu zastosowania danej regulacji o genezie międzynarodowej<sup>3</sup>. Już na wstępie trzeba podkreślić, że odpowiedź na powyższe pytanie nie jest jednolita na gruncie obowiązujących w Polsce umów międzynarodowych, a ponadto, że węższe lub szersze rozumienie dziecka rodzi odrębne konsekwencje w obszarze rodzinnego prawa materialnego oraz na gruncie międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego.

W części z umów międzynarodowych wyrażone są jedynie ogólne polityczne deklaracje pozbawione charakteru normatywnego. Z innych wynika obowiązek państwa dostosowania (harmonizacji) prawa krajowego do wzorcowych postanowień konwencyjnych (np.

---

<sup>1</sup> Dr hab., Uniwersytet Jagielloński.

<sup>2</sup> Na temat pojęć „międzynarodowe prawo rodzinne” i „europejskie prawo rodzinne” – zob. P. Mostowik, *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 29-31 i 40-42.

<sup>3</sup> Natomiast przedmiotowy aspekt zakresu przedmiotowego byłby wyznaczony odpowiedzią np. na pytanie, czy dane reguły dotyczą spraw osoby dziecka, czy też tylko jego majątku. Osobne zagadnienie stanowi natomiast podmiotowy zakres obowiązywania danej konwencji międzynarodowej, czyli krąg państw, które przystąpiły do konwencji (zasięg geograficzny jej obowiązywania).

powstałych pod auspicjami Rady Europy). Niewiele jest przykładów ujednoczenia prawa rodzinnego w skali międzypaństwowej, które wynikałyby z bezpośredniego stosowania w różnych państwach tych samych przepisów konwencyjnych. Zbliżenie ustawodawstw poszczególnych państw zostało spowodowane w szczególności ich przystąpieniem do umów międzynarodowych dotyczących szerszej problematyki nazywanej ochroną praw człowieka<sup>4</sup>. Przykładem takiego konsensu w skali międzynarodowej jest konwencja ONZ o ochronie praw dziecka z 1989 r.<sup>5</sup> Taki skutek ujednoczenia prawa w państwach konwencyjnych może wynikać z postanowień tych innych umów międzynarodowych powstałych pod auspicjami ONZ, które są na tyle konkretne, że możliwe jest ich stosowanie bez doprecyzowania w prawie wewnętrznym<sup>6</sup>.

Dalsza harmonizacja lub ujednoczenie materialnego prawa rodzinnego w skali światowej wydaje się w najbliższym czasie mało prawdopodobna. Żadna z organizacji międzynarodowych o zasięgu nie przygotowała takiej umowy międzynarodowej. Obszarem, w którym uzyskanie daleko idącego międzynarodowego konsensusu, wydawało się jeszcze przed kilkunastu laty bardzo prawdopodobne, była problematyka nazywana „ochroną dziecka”. Kontynuowanie tego procesu może być utrudnione z uwagi na zaistniałe w ostatnich latach różnice w założeniach leżących u podstaw całego systemu prawa rodzinnego, w tym odrzucenie w niektórych państwach dotychczasowych podstaw prawa rodzinnego, tj. rezygnacji z, opartego na naturze (przyrodzie), traktowania rodzicielstwa jako sumy macierzyństwa i ojcostwa, jak też zakwestionowania postrzegania adopcji jako instytucji imitującej naturę<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> E. Czyż, *Prawa dziecka*, Warszawa 2002, s. 7 podkreśla, że prawa człowieka wyrażają też prawa dziecka, z tym że z niektórych korzysta ono w miarę dojrzewania, a w międzyczasie w jego praw dochodzą rodzice albo opiekunowie prawni.

<sup>5</sup> Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

<sup>6</sup> Przykładem materialnoprawnych regulacji jednolicie obowiązujących międzypaństwowo, są francusko-niemieckie zasady umownego małżeńskiego ustroju majątkowego, zawarte konwencji z dnia 4.2.2010 r. Bywają one wskazywane jako wzorzec ewentualnych przyszłych działań legislacyjnych innych państw europejskich. Zob. E. Becker, *Ein europäischer Güterstand? Der deutsch-französische Wahlgüterstand*, *European Forum* 2011 April, s. 103-118.

<sup>7</sup> A. Dyer, *Case Law and Co-Operation as the Building Blocks for Protection of International Families*, [w:] *Families across Frontiers*, red. N. Lowe, G. Douglas, Hague-London-Boston 1996, s. 27 podkreśla, że Stany Zjednoczone przez dwa wieki swojej historii nie zawarły żadnej umowy międzynarodowej dotyczącej spraw rodzinnych. Niezrealizowanym w praktyce przykładem omawianej idei w Europie jest projekt polsko-czechosłowackiego kodeksu rodzinnego z 1949 r. - zob. S. Szer, *Współpraca polsko-czechosłowacka w zakresie kodyfikacji prawa rodzinnego (próba oceny)*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, red. W. Osuchowski, M. Sośniak, B. Walaszek, Warszawa-Kraków 1964, s. 355-364.

## 2. Konwencje sporządzone pod auspicjami Organizacji Narodów Zjednoczonych

Dorobek Organizacji Narodów Zjednoczonych stanowi w istocie kontynuację działań prowadzonych pod auspicjami Ligi Narodów. Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom podjął w 1924 r. uchwałę, zwaną Genewską Deklaracją Praw Dziecka, która przyjęta została przez Ligę Narodów na posiedzeniu dnia 26.9.1924 r.<sup>8</sup> W aktach normatywnych deklarujących prawa człowieka przewidziano ogólnie, że rodzinę – a więc też status prawny matki i ojca oraz dziecka - poddaje się ochronie. Obejmuje ona również zapobieganie zbytej ingerencji państwa i arbitralnym działaniom władzy, przez co rozumieć należy też skutki stanowienia prawa<sup>9</sup>. W art. 1 Karty Narodów Zjednoczonych z dnia 24.10.1945 r.<sup>10</sup> zadeklarowano, iż ONZ będzie ośrodkiem uzgadniającym działalność międzynarodową, zmierzającą do osiągnięcia wspólnych celów, m.in. rozwijanie między narodami stosunków opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samoistnienia narodów, jak również popieranie i zachęcanie do poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich ludzi. W dniu 20.11.1959 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło deklarację praw dziecka, wzywając do ich uznania przez poszczególne państwa. W preambule podkreślono, iż wymienione w powszechnej deklaracji prawa człowieka, w tym jego godność i wartość, odnoszą się do każdego człowieka. Potrzebę dodatkowych deklaracji dotyczących dziecka uzasadniono specyfiką jego niedojrzałości fizycznej i umysłowej, która powoduje, że „wymaga ono szczególnej opieki i troski, a także odpowiedniej opieki prawnej zarówno przed urodzeniem, jak i po urodzeniu”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Zob. komunikat pt. Eglantyna Jebb i Deklaracja Genewska, „Dzieci w Europie” 2010/17, s. 42-43.

<sup>9</sup> M. Kowalski, Prawa i obowiązki rodziców a ingerencja władz publicznych w kontekście uregulowań Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, [w:] O prawach człowieka w podwójną rocznicę Paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej, red. T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 226-227 podkreśla, że zgodnie z art. 8 konwencji rzymskiej z 1950 r. podstawowym prawem jest ochrona człowieka, w tym dziecka, przed arbitralnym działaniem władz. Obowiązek negatywny państwa nieingerowania w życie rodzinne podkreślają A. Michalska, J. Sandorski, Rodzina jako podmiot międzynarodowo chronionych praw człowieka. Traktaty generalne, [w:] tamże, s. 93-123.

<sup>10</sup> Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

<sup>11</sup> Dla problematyki poruszanej w niniejszej pracy znaczenie mają zasady nr 2, 3, 6, 7 i 10. Zasada nr 2 stanowi, że dziecko korzysta ze szczególnej ochrony, prawo krajowe i inne środki mają mu stwarzać stworzą mu wszelkie możliwości i ułatwienia dla zdrowego i normalnego rozwoju (fizycznego, umysłowego, moralnego, duchowego i społecznego) w warunkach wolności i godności, a wydawane w tym celu ustawy powinny mieć na względzie przede wszystkim dobro dziecka. W zasadzie nr 3 zadeklarowano, że z chwilą przyjścia na świat dziecko ma prawo do nazwiska i obywatelstwa. Takie ograniczenie czasowe nie wynika z wyłączenia spod ochrony dzieci przed urodzeniem, a związane jest z istotą obywatelstwa i nazwiska. W preambule do omawianej deklaracji wyraźnie napisano, że szczególna opieka i troska oraz odpowiednia opieka prawna przysługuje dziecku „zarówno przed urodzeniem, jak i po urodzeniu”. Szczególne znaczenie dla kwestii wzajemnych praw i obowiązków rodziców i dziecka składających się na władzę rodzicielską mają zasady nr 6,7 i 9. W zasadzie nr 6 podkreślono, że dziecko do harmonijnego rozwoju swej osobowości potrzebuje miłości i zrozumienia, powinno ono rosnąć pod ochroną i odpowiedzialnością rodziców (chyba że nie ma takiej możliwości), w atmosferze życzliwości oraz bezpieczeństwa moralnego i materialnego. Podkreślono też, że w pierwszych

W międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych, otwartym do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. przewidziano poddanie rodziny i dzieci szczególnej ochronie ze strony państwa<sup>12</sup>. W art. 23 ust. 1 podkreślono, że rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa. Natomiast międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r.<sup>13</sup> ogólnie przewiduje w art. 10 obowiązek państwa udzielenia pomocy rodzinie, szczególnie przy jej zakładaniu i przy wychowywaniu dzieci, oraz obowiązek opieki nad matką w okresie przed i po urodzeniu dziecka<sup>14</sup>. Znacznie bardziej szczegółowe standardy dotyczące pozycji prawnej dziecka oraz rodziców przewiduje konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r.<sup>15</sup>, która zostanie dokładniej omówiona w dalszej części. Wspomnieć można, że aktywność ONZ dotyczyła też praktycznej kwestii dochodzenia środków utrzymania dziecka w sytuacji międzynarodowej, czyli międzynarodowego postępowania cywilnego. Dnia 20.6.1956 r. w Nowym Jorku sporządzono konwencję o dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych za granicą<sup>16</sup>.

---

latach życia nie powinno się oddzielać dziecka od matki. Natomiast dzieci niemające rodziny bądź dostatecznych środków utrzymania, powinny zostać otoczone szczególną opieką przez społeczeństwo i władze państwowe. Dodatkowo zalecono udzielanie pomocy w utrzymaniu dzieci, w tym finansowej i państwowej, rodzinom wielodzietnym. W zasadzie nr 7 stwierdzono też, że dziecko powinno otrzymać takie wychowanie i edukację, które podnoszą jego kulturę ogólną i umożliwiają rozwinięcie zdolności, wyrobienie zdrowego rozsądku oraz poczucia odpowiedzialności moralnej i społecznej. Zadeklarowano też, że dobro dziecka powinno być czynnikiem kierującym osobami odpowiedzialnymi za wychowanie dziecka i kierowanie nim i jednocześnie podkreślono, że odpowiedzialność za wychowanie dziecka leży przede wszystkim na rodzicach. W zasadzie nr 9 nakazano ochronę dziecka przed wszelkiego rodzaju zaniedbaniem, okrucieństwem i wyzyskiem. Wyraźnie zakazano: handlu dziećmi w każdej formie, przyjmowania dzieci do pracy zarobkowej przed osiągnięciem odpowiedniego wieku oraz zmuszania dziecka do wykonywania czynności, które by wpływały szkodliwie na jego rozwój fizyczny, umysłowy lub moralny. W ostatniej zasadzie nr 10 nakazano ochronę dziecka przed „praktykami, które mogą prowadzić do rasowej, religijnej lub innej dyskryminacji”, wychowywanie go w duchu zrozumienia innych, tolerancji, przyjaźni między narodami, pokoju i powszechnego braterstwa jak też wpajanie dziecku przekonania, że powinno ono poświęcić swoją energię i swoje uzdolnienia dla dobra bliźnich.

<sup>12</sup> Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

<sup>13</sup> Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

<sup>14</sup> Tę ostatnią myśl wyraża też, powstała pod auspicjami Międzynarodowej Organizacji Pracy, konwencja nr 103 dotycząca ochrony macierzyństwa, przyjęta w Genewie dnia 28.6.1952 r., Dz. U. 1976 r. Nr 16, poz. 99.

<sup>15</sup> Dz. U. 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm. Zob. M. Balcerek, Międzynarodowa ochrona dziecka, Warszawa 1988; A. Łopatka, Konwencja Praw Dziecka w Polsce, [w:] Prawa dziecka, deklaracje i rzeczywistość, red. J. Bińczycka, wyd II, Kraków 1999, s. 23-33, L. Wiśniewski, Geneza Konwencji o Prawach Dziecka i stosunek jej norm do innych aktów prawa międzynarodowego, [w:] Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia, red. T. Smoczyński, Poznań 1999, s. 11-12, M. Działyńska, Pochodzenie dziecka od rodziców, [w:] tamże, s. 135-147, A. Łopatka, Dziecko - jego prawa człowieka, Warszawa 2000, s. 10 i n.

<sup>16</sup> Dz. U. z 1961 r. Nr 17, poz. 87.

### 3. Konwencje sporządzone pod auspicjami Rady Europy

Niektóre postanowienia umów międzynarodowych regulujących ochronę praw człowieka, powstałych pod auspicjami Rady Europy, dotyczą spraw rodzinnych. Układające się państwa mają zgodnie z art. 1 europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r.<sup>17</sup> obowiązek zapewnienia każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, praw i wolności określonych w rozdziale I tej konwencji. Zgodnie z art. 2 ust. 1 chronione jest prawo każdego człowieka do życia i nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego, skazującego za przestępstwo. W świetle art. 8 konwencji każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, a ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa (tj. w prywatność rodziny, korespondencji i mieszkania) jest niedopuszczalna, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie<sup>18</sup>. Ta organizacja międzynarodowa doprowadziła też do sporządzenia kilku konwencji, które dotyczą wyłącznie tych spraw. Najczęściej przybierają one postać reguł modelowych, na których powinno się wzorować ustawodawstwo krajowe, a tym samym powinna nastąpić harmonizacja prawa w skali międzypaństwowej<sup>19</sup>. Na ich tle nie przewidziano jednak kompetencji międzynarodowego trybunału do dokonywania wykładni. Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu 15.10.1975 r., zobowiązuje uczestniczące w niej państwa m.in. do zawarcia w prawie krajowym możliwości ustalenia pochodzenia dziecka pozamałżeńskiego<sup>20</sup>. Konwencja skutkuje też obowiązkiem ojca i matki utrzymania dziecka pozamałżeńskiego w zakresie nieodbiegającym takiemu obowiązkowi względem dziecka małżeńskiego, jak też dziedziczenie na równi z dziećmi pochodzącymi z małżeństwa. Dnia 20.5.1980 r. została sporządzona w Luksemburgu europejska konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad nim<sup>21</sup>. Natomiast celem europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci, sporządzonej w Strasburgu dnia 25.1.1996 r.<sup>22</sup>, jest promowanie praw procesowych dzieci oraz ułatwienie ich wykonywania<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

<sup>18</sup> Koniecznych z uwagi na bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

<sup>19</sup> Tj. każda z umawiających się stron przyjmuje obowiązek podjęcia działań zapewniających zgodność prawa wewnętrznego z postanowieniami konwencji. Zob. J. Pirrung, *Sorgerechts- und Adoptionsübereinkommen der Haager Konferenz und des Europarats*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1993/1-2, s. 132-142.

<sup>20</sup> Dz. U. z 1999 r. Nr 79, poz. 888.

<sup>21</sup> Dz. U. z 1996 r. Nr 31, poz. 134.

<sup>22</sup> Dz. U. 2000 r. Nr 107, poz. 1128.

Można też odnotować, że sprawami rodzinnymi zajmowano się w ramach prac roboczych Rady Europy. Na przykład dnia 28.2.1984 r. sporządzono rekomendację nr 84(4) w sprawie władzy rodzicielskiej, która opisuje kilka postulowanych reguł dotyczących stosunków między rodzicami i dzieckiem<sup>24</sup>. Na marginesie trzeba odnotować, że pod auspicjami Rady Europy sporządzono w dniu 15.5.2003 r. konwencję dotyczącą kontaktów rodziców i innych osób z dziećmi<sup>25</sup>. Konwencja ta nie została ratyfikowana przez Polskę, mimo że Sejm – przełamując weto prezydenckie – wyraził na nią zgodę w 2009 r.<sup>26</sup>

#### 4. Brak kompetencji Unii Europejskiej w zakresie materialnego prawa rodzinnego

Unii Europejskiej nie przysługują kompetencje w obszarze materialnego (merytorycznego) prawa rodzinnego<sup>27</sup>. W świetle, wyrażonej w art. 5 TUE zasady wykonywania przez Unię kompetencji przyznanych (powierzonych): „Zgodnie z zasadą przyznania Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez Państwa Członkowskie w Traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów. Wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich”<sup>28</sup>. Faktycznie interesowi

---

<sup>23</sup> Przez zapewnienie, że dzieci, osobiście bądź za pośrednictwem innych osób, będą informowane i uprawnione do uczestniczenia w dotyczących ich postępowaniach sądowych (w przedmiocie istotnych spraw osoby dziecka w razie braku porozumienia między rodzicami, jak też przysposobienia i opieki).

<sup>24</sup> Zob. W. Stojanowska, Komentarz do Rekomendacji Nr R(84)4, [w:] Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze. Tom I. Prawo Rodzinne, red. M. Safjan, Warszawa 1994, s. 217-232. Zob. też Council of Europe, The Rights of the child. A European Perspective, Strasbourg 1996, Bellamy C., Foreword, [w:] The Child as citizen. Parliamentary Assembly, Strasbourg 1996, Council of Europe, Eliminating corporal punishment: a human rights imperative for Europe's children, Strasbourg 2005, R. Guðbrandsson, Rights of children at risk and in care, Strasbourg 2006, M. Daly, Parenting in contemporary Europe: a positive approach, Strasbourg 2007 i Council of Europe, Eradicating violence against children - Council of Europe Actions, Strasbourg 2008.

<sup>25</sup> Jest ona niekiedy zwana konwencją wileńską z 2002 r., co nie jest precyzyjne, ponieważ finalnie została sporządzona w Strasburgu w 2003 r. Tłumaczenie dostępne jest na internetowych stronach Senatu: [ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/021/895.pdf](http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/021/895.pdf)

<sup>26</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 2009 r. o ratyfikacji Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, sporządzonej w Strasburgu w dniu 15.5.2003 r., Dz. U. Nr 68, poz. 576.

<sup>27</sup> Co podkreślają: W. Pintens, Familie und Familienrecht in der europäischen Verfassung, [w:] Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, red. S. Hofer, D. Klippel, U. Walter, Bielefeld 2005, s. 1210-1213, R. Baratta, Short Remarks on EC Competence in Matters of Family Law, [w:] The external Dimension of EC Private International Law In Family and Succession Matters, red. A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar, Milan 2008, s. 189-194, R. Lamont, Evaluating European Values: the EU's Approach to European Private International Law, Journal of Private International Law 2009/3, s. 371-371, K. Boele-Woelki, Zwischen Konvergenz Und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2009/2, s. 242-266.

<sup>28</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30. C. Mik, Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym, [w:] Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały krajowej konferencji naukowej. Toruń, 22-23 X 1998 r., red. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 138 podkreśla, że prawo wspólnotowe jest zorientowane funkcjonalnie, tj. nie odpowiada systematycznie prawu krajowego, i istnieje o tyle, o ile ma upoważnienie w traktatach. Zob. też P. Wiśniewski, Rodzina w prawie pierwotnym Unii Europejskiej - stan obecny, perspektywy i postulowane kierunki rozwoju, [w:] Prawo rodzinne w dobie przemian, red. P. Kasprzyk, P. Wiśniewski, Lublin 2009, s. 81-98.

rodziny służyć mogą natomiast niektóre rozwiązania spoza prawa prywatnego, np. zawarte w – powiązanej ze swobodą przemieszczania się oraz podejmowania pracy i działalności gospodarczej – dyrektywie Rady 2003/86/WE z dnia 22.9.2003 r. w sprawie łączenia rodzin<sup>29</sup>. Stanu prawnego w sygnalizowanej kwestii nie zmieniła Karta praw podstawowych. W jej art. 24 zadeklarowano prawo dziecka do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla jego dobra<sup>30</sup>. Zgodnie z art. 51 „Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa unijnego poza granice kompetencji powierzonych Unii ani nie ustanawia jej nowych kompetencji bądź zadań ani zadań określonych w traktatach” (ust. 2), zakres jej oddziaływania dotyczy instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii oraz państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo unijne (ust. 1). Prawo unijne nie obejmuje i – z uwagi na powyższe zasady traktatowe – nie może obejmować szeregu spraw rodziny i dziecka, w tym zagadnień normowanych w kodeksach rodzinnych państw członkowskich. Tym samym treść normatywna i zakres zastosowania niektórych przepisów Karty jest znacznie węższy niż zakres podobnie brzmiących przepisów (*de facto* wzorców) konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.

Osobnym zjawiskiem są doktrynalne rozważania zakorzenione w systemach prawa rodzinnego różnych państw, które służą celom porównawczym. Niekiedy ich celem jest zidentyfikowanie „wspólnego mianownika” ustaw krajowych, co mogłoby wytyczać pole do potencjalnego kompromisu i ewentualnej harmonizacji lub ujednoczenia prawa w przyszłości. Na przykład grupa badawcza nazwana Komisją Europejskiego Prawa Rodzinnego (*Commission on European Family Law, CEFL*) w ostatnich latach opublikowała szereg opasłych zestawień porównawczych na temat praw państw unijnych oraz propozycje wzorcowych zasad niektórych zagadnień prawa rodzinnego<sup>31</sup>. Charakterystyczną cechą tych proponowanych zasad jest brak przyjęcia, że przez rodziców (naturalnych i adopcyjnych) należy rozumieć kobietę i mężczyznę (co w powiązaniu z ustawodawstwami kilku państw europejskich oznacza *de facto* oznacza odrzucenie takiego rozumienia też ze skutkiem

<sup>29</sup> Wydanie Specjalne Dz. Urz. UE, Rdz. 19, T. 6, s. 224 ze zm. Rozproszone w aktach prawa wtórnego reguły dotyczące przepływu pracowników, które mają zapewnić jedność rodziny, omawia C. Mik, *Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym*, [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...*, s. 146.

<sup>30</sup> Dz. Urz UE C z 2010 r. Nr 83, s. 389.

<sup>31</sup> Tj. „europejskie zasady” dotyczące rozwodu, obowiązku alimentacyjnego między byłymi małżonkami oraz dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej. Zob. K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen-Oxford 2007. Podobne zasady zostały ostatnio zredagowane przez naukowców skupionych wokół Harvard Law School – zob. *Key Principles for Children and Transitional Justice. Involvement of Children and Consideration of Children’s Rights in Truth, Justice and Reconciliation Processes Outcome of Children and Transitional Justice Conference*, [w:] *Children and Transitional Justice. Truth-Telling, Accountability and Reconciliation*, red. S. Parmar, M.J. Roseman, S. Siegrist, T. Sowa, Cambridge 2010, s. 404-417.

w innych państwach). Brak też w tych proponowanych zasadach stwierdzenia, iż zasadą prawną i pożądanym modelem w praktyce jest sprawowanie władzy rodzicielskiej przez matkę, która urodziła dziecko, oraz mężczyznę, będącego jego ojcem. Zaprezentowano w nich natomiast założenie, że pojęcie rodzicielstwa oraz władzy rodzicielskiej są „gender-neutral”. Ponieważ rodzina (w tym macierzyństwo i ojcostwo), a za tym prawo rodzinne, z natury nie są „odpłciowione”, przyjęcie takiego założenia wywołuje zasadnicze wątpliwości. Twórcy tych zasad prezentują przy tym postulat harmonizacji praw rodzinnych w państwach unijnych, która ma nastąpić drogą przejęcia rozwiązań określonych państw<sup>32</sup>. Brak przy tym przekonującego wytłumaczenia, dlaczego akurat nowinki prawa w kilku państwach miałyby być wzorcem dla innych państw europejskich, a nie odwrotnie. Na marginesie można zauważyć, że niekiedy opracowania, w których wyjaśnia się potrzebę podejmowania działań na płaszczyźnie ponadpaństwowej, powielają stereotypy, a nie oddają faktów<sup>33</sup>.

Unii Europejskiej przysługuje natomiast kompetencja do stanowienia prawa prywatnego międzynarodowego, tj. prawa kolizyjnego i przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego („współpracy sądowej w sprawach cywilnych”).<sup>34</sup>

## 5. Pojęcie dziecka na tle materialnoprawnej konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r.

Konwencja ONZ o prawach dziecka z 1989 r., która została sporządzona z inicjatywy Polski<sup>35</sup>, okazała się sukcesem na arenie międzynarodowej. Przystąpiło do niej bowiem około 200 państw<sup>36</sup>. Konwencja wyznacza minimalne standardy prawa, w tym materialnego prawa prywatnego, konwencja skutkuje harmonizacją prawa w umawiających się państwach, z tym że część z nich złożyła do konwencji zastrzeżenia<sup>37</sup>. Brak przy tym wyznaczenia sądu, który władny byłby jej postanowienia jednolicie interpretować. W preambule wyrażono

---

<sup>32</sup> Zob. M. Antokolskaia, K. Boele-Woelki, Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-Setting and Straggling Behind at the Same Time, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 6.4, s. 72-73.

<sup>33</sup> Np. w publikacji autorstwa Rady Europy pt. *Eliminating corporal punishment: a human rights imperative for Europe's children*, Strasbourg 2005, s. 139-141 napisano, że w Polsce bicie dzieci „jest zabronione, ale badania wskazują, że jest szeroko używane i akceptowane”.

<sup>34</sup> Odnośnie do norm kolizyjnych w sprawach dotyczących dziecka zob. - A. Mączyński, *Międzynarodowe prawo rodzicielskie w ustawodawstwach państw europejskich*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1992/1-4, s. 115-146.

<sup>35</sup> L. Wiśniewski, *Geneza Konwencji o Prawach Dziecka i stosunek jej norm do innych aktów prawa międzynarodowego*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smoczyński, Poznań 1999, s. 13 opisuje polską inicjatywę w 1978 r. zmierzającą do zorganizowania prac Komisji Praw Człowieka ONZ nad kompleksową konwencją dotyczącą praw dziecka na bazie projektów przygotowanych przez polskich prawników.

<sup>36</sup> Zob. [www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm#N6](http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm#N6)

<sup>37</sup> Zob. oświadczenie rządowe z 30.9.1991 r., Dz. U. 1991 r. Nr 120, poz. 527.



przekonanie, że „rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci”, powinna – dla wypełniania swych obowiązków w społeczeństwie w pełnym zakresie – zostać w umawiających się państwach otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem<sup>38</sup>. Zgodnie z art. 7 ust. 1 niezwłocznie po urodzeniu dziecka ma zostać sporządzony jego akt urodzenia, a ponadto będzie ono miało prawo do imienia i obywatelstwa. Dziecko ma ponadto prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką, chyba że byłoby to niemożliwe. Art. 8. nakłada na państwa obowiązek podejmowania działań mających na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, oraz niedopuszczania do bezprawnych ingerencji. W wypadku, w którym dziecko zostało bezprawnie pozbawione elementów swojej tożsamości, państwa powinny okazać odpowiednią pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia tożsamości. Konwencja wyraża też zasadę, że prawo do osobistej styczności przysługuje w odniesieniu do obojga rodziców. Zgodnie z art. 9 ust. 3 „dziecko ma prawo do utrzymywania regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców z wyjątkiem przypadków, gdy jest to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka”. W istocie szersze – bo dotyczące całej rodziny - znaczenie ma art. 16, który stanowi, że żadne dziecko nie będzie podlegało arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego i rodzinnego, a ponadto, iż ma ono prawo do ochrony prawnej przeciwko tego rodzaju ingerencji. Ponadto w świetle art. 12 dziecko powinno mieć prawo do ich swobodnego wyrażania własnych poglądów (w tym celu możliwość wypowiedzania się w każdym dotyczącym go postępowaniu sądowym i administracyjnym, „bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego”), o ile jest zdolne do kształtowania swych własnych poglądów.

W preambule konwencji ONZ z 1989 r. podkreślono – za Deklaracją Praw Dziecka – że „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu”. Tym samym, słowami „dziecko przed urodzeniem”, odniesiono się w tym istotnym akcie normatywnym do statusu prawnego nasciturusa. Z preambuły konwencji wyraźnie wynika, że dziecko przed urodzeniem, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej. Dla rozstrzygnięcia kwestii

---

<sup>38</sup> Powtórzono też w niej, za deklaracją ONZ z 1959 r., że, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, dziecko wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu. Zaakcentowano też konieczność brania pod uwagę „w należyty sposób znaczenia tradycji i wartości kulturowych każdego państwa dla ochrony i harmonijnego rozwoju dziecka”.

zakresu przedmiotowego zastosowania konwencji ONZ z 1989 r. podstawowe znaczenie ma art. 1 konwencji. Zgodnie z tym przepisem „w rozumieniu niniejszej konwencji »dziecko« oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność. Na gruncie tej konwencji powstałej pod auspicjami ONZ, w przeciwieństwie do części umów międzynarodowych sporządzanych w II poł. XX w., zakres przedmiotowy zastosowania nie został więc ograniczony do spraw dziecka po jego urodzeniu. Ponadto, co podkreśla T. Smoczyński, nie ma wątpliwości, iż nasciturus jest istotą ludzką, bowiem ponieważ chodzi o człowieka, który oczekuje urodzenia<sup>39</sup>. Stąd w sprawach nasciturusa znaczenie mają zasadnicze ogólne postanowienia konwencji, w tym niektóre zasygnalizowane wyżej, które z istoty mogą odnosić się do jego położenia. Fundamentalne znaczenie ma przy tym art. 6 konwencji. Zgodnie z tym postanowieniem „Państwa-Strony uznają, że każde dziecko ma niezbywalne prawo do życia”. Mając na względzie, zasygnalizowane wyżej, rozumienie dziecka przewidziane w preambule i art. 1 konwencji ONZ z 1989 r., trzeba podkreślić, że – statuowane w art. 6 tej konwencji – prawo do życia obejmuje również dziecko przed urodzeniem. Dodatkowo trzeba mieć na względzie, co celnie podkreśla M. Piechowiak, że z faktu, iż Francja złożyła modyfikujące zastrzeżenie do art. 6 konwencji ONZ z 1989 r., trzeba wywodzić – zgodnie z art. 21 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.<sup>40</sup> – że nastąpiła modyfikacja konwencji jedynie dla państwa, które je wniosło<sup>41</sup>. Trzeba przy tym podkreślić, że logiczną przesłanką faktu wniesienia tego zastrzeżenia było przyjęcie, że z art. 6 konwencji wynika, że w pozostałych, prawie dwustu umawiających się państwach, z omawianej konwencji wynika prawo nasciturusa do życia.

Mimo zreferowanego wyżej brzmienia konwencji ONZ z 1989 r., w piśmiennictwie pojawiają się głosy kwestionujące to, że sprawy nasciturusa mieszczą się w zakresie przedmiotowym konwencji ONZ z 1989 r., albo mocno akcentujące rzekomą nieoczywistość takiego rozwiązania, mimo omówionego wyżej brzmienia konwencji. W doktrynie niekiedy zbyt mocno akcentuje się, że: „wiele kontrowersji wzbudził fakt, że Konwencja nie rozstrzyga kwestii dolnej granicy życia ludzkiego, a jednocześnie w Preambule odnosi się do Deklaracji

<sup>39</sup> T. Smoczyński, Pojęcie dziecka i jego podmiotowość, [w:] Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia, red. T. Smoczyński, Poznań 1999, s. 40.

<sup>40</sup> Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu 23.5.1969 r., Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

<sup>41</sup> Stolica Apostolska i Argentyna złożyły natomiast typowe oświadczenia niemodyfikujące. Zob. M. Piechowiak, Status dziecka poczętego. Czy konwencja o prawach dziecka jest neutralna w sprawie prawa do życia nienarodzonych?, [w:] Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia..., s. 256. Zob. też L. J. LeBlanc, Reservations to the Convention on the Rights of the Child: A macroscopic view of state practice, International Journal of Children's Rights 1996/4 s. 378.

Praw Dziecka z dnia 20 listopada 1959 r., mówiąc o konieczności zapewnienia dziecku właściwej ochrony prawnej, zarówno przed urodzeniem, jak i po nim<sup>42</sup>. Mając na względzie wyraźne brzmienie powyższych postanowień konwencji, trudno chyba uznać za wątpliwe objęcie zakresem zastosowania omawianej konwencji spraw nasciturusa. Jednocześnie w doktrynie zawsze zauważa się, że w preambule jest wyraźnie mowa o „konieczności zapewnienia dziecku właściwej ochrony prawnej, zarówno przed urodzeniem, jak i po nim”. W piśmiennictwie pojawiły się też głosy, które służą bagatelizowaniu znaczenia preambuły, z którymi trudno się zgodzić<sup>43</sup>. Trudno zrozumieć, dlaczego akurat preambuła tej umowy międzynarodowej miałyby nie mieć znaczenia dla wykładni postanowień konwencyjnych. Oczywiście preambuła nie ma tej samej rangi jak zasadnicza część konwencji, ale nie można ignorować jej wyraźnego brzmienia, mówiącego też o dziecku „przed urodzeniem”. Nie przekonuje też twierdzenie mówiące, że wobec braku wpisania słów „dziecko poczęte” do art. 6 konwencji, statuującego prawo do życia, należy to postanowienie odnosić tylko do dzieci po urodzeniu. Pojęcie dziecka, którego użyto w art. 6 konwencji, zostało bowiem zdefiniowane w art. 1, który jednocześnie wyznacza jej przedmiotowy zakres zastosowania. Również spostrzeżenie, że większość przepisów konwencji z natury rzeczy odnosi tylko do dziecka urodzonego, nie może być argumentem za wyłączeniem spraw nasciturusa z zakresu zastosowania tej części konwencji, która nadaje się do zastosowania do spraw dziecka przed urodzeniem. Nasciturus na tle prawa materialnego może zostać obdarowany bądź być spadkobiercą. Może też drogą czynności dokonanej przed jego urodzeniem zostać uznany, tj. czynność ta rodzi prawną relację rodzicielstwa między dzieckiem a uznającym ojcem. Nasciturus też jest chroniony przed deliktem i szkodą np. rozwiązaniami podobnymi do art. 446[1] k.c., przewidującego możliwość żądania z chwilą urodzenia naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem dziecka. Dla nasciturusa ustanawia się kuratora (kurator łona, łac. *curator ventris*), jeżeli jest to potrzebne do strzeżenia przyszłych praw dziecka, o ile ochrona tych praw nie jest możliwa przez rodziców. Wydaje się, że obszarem działania kuratora mogłoby być też żądanie zapobieżenia szkody, zagrażającej dziecku przed urodzeniem, skoro później możliwe jest dochodzenie odszkodowania. Do takich spraw mogą mieć zastosowanie postanowienia konwencyjne dotyczące *prima facie* wyłącznie dziecka urodzonego. Stąd nie przekonuje powyższy pogląd mówiący, że konwencja właściwie nadaje się do zastosowania w sprawach dziecka po urodzeniu. Skutkiem zastosowania konwencji

---

<sup>42</sup> Tak J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 84-88.

<sup>43</sup> Tak, jak się wydaje, E. Zielińska, *Opinia w sprawie projektu zmiany art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (druk sejmowy nr 993)*, Warszawa 2007, s. 7-11.

może być też ewentualnie ekspektatywa praw do rejestracji, imienia i nazwiska oraz do obywatelstwa. Art. 6, co najistotniejsze, mówi wyraźnie o prawie do życia. W art. 24 konwencji przewidziano prawo dziecka do możliwie najlepszego stanu zdrowia, co w wypadku medycznej opieki prenatalnej powinno z istoty obejmować jednocześnie jego matkę. Nieuzasadnione byłaby przy tym taka interpretacja przepisów, też konstytucyjnych i o genezie międzynarodowej, mówiących o szczególnym prawie przyszłej matki dziecka do opieki zdrowotnej, która prowadziłaby do przyjęcia, że opieka medyczna nad ciężarną matką miałaby obejmować dokonywanie tzw. aborcji niechcianto już dziecka (podobnie jak absurdalne jest nazywanie tej ostatniej prawem reprodukcyjnym, mimo że prowadzi do zabicia nasciturusa, czyli działa antyreprodukcyjnie).

Na marginesie można zauważyć, że w doktrynie pojawia się też ogólne podejście negatywne mówiące, że wykładnia przeciwna zastosowaniu konwencji (w tym postanowień statuujących prawo do życia) do nasciturusa „znajduje (...) potwierdzenie w *travaux preparatoires*”<sup>44</sup>. Jego potwierdzenie na tle dokumentów opisujących prace przygotowawcze i legislacyjne nie jest oczywiste, a przede wszystkim - pierwszoplanowe znaczenie mają omówione postanowienia konwencji przyjęte w jej finalnej wersji. W doktrynie tymczasem jednocześnie pomija się wyraźne brzmienie powyższych postanowień przyjętych w konwencji w 1989 r., których znaczenie jest istotniejsze niż wątpliwości wynikające z dokumentów oddających przebieg wcześniejszych prac legislacyjnych.

Podsumowując, wyraźne brzmienie konwencji ONZ z 1989 r. powoduje, że nie da się, nawet stosując najbardziej wysublimowane metody interpretacji preambuły i art. 1 konwencji, wywieść z jej postanowień, że sprawy nasciturusa miałyby nie mieścić się w zakresie przedmiotowym tej umowy międzynarodowej. Oczywiście zastosowanie znajdą nie wszystkie postanowienia konwencyjne (w tym odnoszące się do edukacji lub pracy dziecka)<sup>45</sup>, a te, które nadają się do zastosowania w tych sprawach (np. zakaz handlu dziećmi). Gdyby twórcy konwencji zamierzali ograniczyć zakres zastosowania jej postanowień do spraw dziecka po jego urodzeniu, z pewnością skorzystaliby z, używanej w innych umowach międzynarodowych, formuły mówiącej o wyłączeniu spraw nasciturusa (wyrażanej np. słowami: „konwencję stosuje się do dziecka od jego urodzenia”), czego jednak nie uczynili. Co więcej, regulacja konwencyjna ma w świetle preambuły na celu m.in. ochronę prawną

---

<sup>44</sup> J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 85, przyp. 162.

<sup>45</sup> Nie do końca żarując, można by rozważyć uwzględnianie w stosunku do nasciturusa nawet prawa do uczestnictwa w wydarzeniach sportowych i wspierania reprezentacji krajowej za granicą, co obrazuje zdjęcie z piłkarskich mistrzostw Europy w 2016 r. („Fan inside”). Zob. [www.gazetawroclawska.pl/wiadomosci/g/fan-inside-slyna-fanka-euro-2016-pochodzi-z-wroclawia-zobacz,10108618,18878410/](http://www.gazetawroclawska.pl/wiadomosci/g/fan-inside-slyna-fanka-euro-2016-pochodzi-z-wroclawia-zobacz,10108618,18878410/)

nasciturusa, a art. 6 konwencji statuuje jego prawo do życia. Stąd w pełni uprawnione jest twierdzenie, że konwencja ONZ z 1989 r. „jest podstawą dla wykładni ku obronie życia dziecka poczętego”<sup>46</sup>.

## **6. Pojęcie dziecka na tle konwencji haskich i rozporządzeń unijnych z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego**

Na tle umów międzynarodowych sporządzonych pod auspicjami Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego oraz rozporządzeń Unii Europejskiej z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego status dziecka jest definiowany różnie. Tym samym odmienny jest zakres zastosowania norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych wynikających z tych aktów normatywnych. W obecnym stanie prawnym podstawowe znaczenie w sprawach dziecka mają konwencja haska z 1996 r.<sup>47</sup> i protokół haski z 2007 r.<sup>48</sup>, jak też rozporządzenie unijne nr 2201/2003<sup>49</sup>. Przedmiotem dalszych uwag będą zawarte w nich definicje, istotne odmienności regulowanej materii i ich skutki.

Na marginesie można zauważyć, że również koniec statusu dziecka jest na tle poszczególnych umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych wyznaczany w różny sposób. Waha się między 16 a 21 rokiem życia. Wyłączenie zastosowania do osób, które ukończyły 16 lat, również stanowić będzie ograniczenie aspektu podmiotowego przedmiotowego zakresu zastosowania w sprawach pewnej kategorii dzieci<sup>50</sup>.

Konwencja haska z 1996 r. ma zastosowanie do spraw dzieci począwszy od ich urodzenia. W świetle art. 2 „konwencję stosuje się do dzieci od momentu ich narodzin do

---

<sup>46</sup> Tak T. Smoczyński, Pojęcie dziecka i jego podmiotowość, [w:] Konwencja o prawach dziecka - analiza i wykładnia..., s. 41. Podobnie M. Kozakiewicz, „Dziecko” w ujęciu Konwencji, [w:] Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie. Materiały z konferencji naukowej, zorganizowanej w gmachu Sejmu RP w dniach 19-20 marca 1991 r., red. A. Łopatka, Warszawa 1991, s. 9.

<sup>47</sup> Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzona w Hadze 19.10.1996 r., Dz. U. z 2010 r. Nr 172, poz. 115.

<sup>48</sup> Protokół haski z 23.11.2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych, Dz.Urz. UE L 2009 r. Nr 331, s. 17.

<sup>49</sup> Rozporządzenie nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, Wyd. Spec. Dz. Urz. UE Rdz. 19 t. 6 s. 243, sprost.: Dz. Urz. UE L 2009 r. Nr 347, s. 32.

<sup>50</sup> Na tle umów międzynarodowych wyróżnić przy tym można różne metody definiowania omawianego zakresu zastosowania. Niektóre konwencje operują dokładnym określeniem wieku, np. 18 roku życia. Na tle innych nie zdefiniowano materialnie statusu dziecka, ale kolizyjnie wskazano prawa krajowe rozstrzygające tę kwestię (tj. ujednolicono w państwach konwencyjnych regułę kolizyjną stosowanej w tym celu wyznaczenia materialnej definicji). Na przykład zgodnie z art. 12 konwencji haskiej z 1961 r. status małoletniego powinien kumulatywnie wynikać z jego prawa ojczystego i prawa państwa stałego pobytu. Umowy międzynarodowe lub rozporządzenia unijne mogą też milczeć na omawiany temat (np. rozporządzenie unijne 2201/2003), o czym w dalszej części.

momentu osiągnięcia przez nie wieku 18 lat”. Takie rozwiązanie różni się od przyjętych w innych – sygnalizowanych niżej – aktach normatywnych. Reguły konwencyjne nie są stosowane w odniesieniu do spraw dotyczących dziecka nienarodzonego (jak też młodzieży powyżej 18 roku życia, mimo że w niektórych państwach władza rodzicielska może trwać np. do 21 roku życia). Ponieważ konwencja z 1996 r. nie reguluje tego zakresu, nie zostaje wyparte norm dotychczas stosowanych, najczęściej o genezie międzynarodowej. Dla określenia jurysdykcji w tych sprawach znajdują więc zastosowanie normy pozakonwencyjne, o czym niżej.<sup>51</sup>

P. Lagarde w raporcie wyjaśniającym do konwencji haskiej z 1996 r. podkreślił, że konwencyjna definicja dziecka obejmuje dziecko po urodzeniu, a nie po jego poczęciu, mimo że w trakcie prac legislacyjnych zgłaszane były takie postulaty, uzasadniane potrzebą ochrony majątku nasciturusa (np. przez Stowarzyszenie Notariatu Łacińskiego). Autor wyjaśnia, że każde państwo konwencyjne może w sprawach nasciturusa podejmować środki ochrony na podstawie własnego prawa (przez co trzeba też rozumieć reguły jurysdykcyjne), które będą uznawane przez inne państwa na podstawie obowiązujących w nich zasad<sup>52</sup>.

W rozporządzeniu unijnym 2201/2003 – w przeciwieństwie do konwencji haskiej z 1996 r., będącej wzorcem w trakcie prac legislacyjnych nad nim, nie zawarto definicji dziecka<sup>53</sup>. Brak więc w tym akcie normatywnym wyraźnej regulacji omawianego podmiotowego aspektu przedmiotowego zakresu zastosowania. Określenie statutu dziecka jest jednak niezbędne do wyznaczenia zakresu zastosowania norm jurysdykcyjnych, w tym w sprawach nasciturusa. Wobec braku unormowania na poziomie międzynarodowym, dla ustalenia tego zakresu trzeba sięgnąć do prawa właściwego, wyznaczonego normami kolizyjnymi państwa sądu, czyli potencjalnie każdego z umawiających się państw. Zastosowanie powinna znaleźć norma wyznaczająca statut zdolności dziecka, przez którą

---

<sup>51</sup> Reguły międzynarodowego postępowania cywilnego i normy kolizyjne zostały w każdym państwie najpierw skodyfikowane w przepisach o genezie krajowej. W toku rozwoju prawa prywatnego międzynarodowego i postępowania cywilnego część z nich została wyparta przez reguły o genezie międzynarodowej. Priorytet nad rozwiązaniami kodeksowymi w obecnym stanie prawnym mają, po pierwsze, rozwiązania rozporządzenia unijnego 2201/2003. Po drugie, wyprzedzają je normy jurysdykcyjne konwencji z 1996 r. (stosowanej w tych sytuacjach, w których sama nie została ona wyparta przez to rozporządzenie unijne). Po trzecie, taki skutek może mieć stosowanie umów dwustronnych, które nie zostały wyparte przez rozporządzenie unijne 2201/2003 ani przez konwencję z 1996 r.

<sup>52</sup> Zob. P. Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, [w:] Hague Conference on Private International Law, Proceedings of the Eighteenth Session, 30 September to 10 October 1996, T. II, Protection of children, Hague 1998, s. 543.

<sup>53</sup> W trakcie prac legislacyjnych celowo odstąpiono od definicji końca statusu dziecka za pomocą kryterium wieku. Zob. Komisja UE, Praktyczny Przewodnik dotyczący stosowania nowego II rozporządzenia brukselskiego, Bruksela 2005, s. 9. Brak przesłanek potwierdzających podobną ocenę motywów postępowania prawodawcy odnośnie do rezygnacji z ograniczenia definicji statusu dziecka za pomocą momentu jego urodzenia.

rozumieć trzeba też nabycie zdolności prawnej oraz pełnej zdolności do czynności prawnych, oddziałujące nie tylko na relacje z rodzicami. Zgodnie z art. 11 ust. 1 p.p.m. dla zdolności właściwe jest prawo państwa, którego dziecko jest obywatelem. W doktrynie podkreśla się, że taki sposób postępowania zapewnia stosowanie rozporządzenia unijnego 2201/2003 w sytuacjach, w których zgodnie z prawem właściwym z perspektywy orzekającego sądu rozpoznawanie kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej nie jest bezpodstawne. Niektórzy przedstawiciele doktryny proponują wypracowanie w nauce i orzecznictwie materialnej definicji dziecka na potrzeby zastosowania rozporządzenia w państwach unijnych, np. obejmującej osoby od urodzenia do 18 roku życia. Podkreśla się, że prowadziłyby to do jednolitości stosowania rozporządzenia oraz unikania negatywnego konfliktu jurysdykcji.<sup>54</sup> Wydaje się, że przeciw temu ostatniemu rozwiązaniu przemawia okoliczność, że prawodawca unijny nie skorzystał z możliwości wprowadzenia takiej definicji, mimo że był świadomy jej obowiązywania na tle – będącej dla niego wzorcem – konwencji z 1996 r. Natomiast możliwość wystąpienia konfliktu jurysdykcji (ocenionego z perspektywy ponadpaństwowej), wskazana jako argument za powyższym podejściem, jest chyba mało prawdopodobna, niezależnie od przyjęcia takiej propozycji bądź jej odrzucenia.

Z milczenia rozporządzenia unijnego 2201/2003 na temat rozumienia Ne jego tle dziecka, którego sprawy są nim regulowane, interpretuje się w podobny sposób, jaki wynika z, omówionego wyżej, literalnego brzmienia konwencji haskiej z 1996 r. Na uzasadnienie takiego podejścia przywołuje się obserwację o inspirowaniu się prawodawcy unijnego tą konwencją.<sup>55</sup> Można by jednak równie dobrze twierdzić, że w rozporządzeniu celowo nie zawarto postanowienia podobnego do zawartego we wzorcowej konwencji haskiej z 1996 r., mimo świadomości jego istnienia. Takie celowe pominięcie rozwiązania zawartego w konwencji haskiej z 1996 r., przewidującego wyłączenie spraw nasciturusa z zakresu jej zastosowania, może zostać odczytane jako wyraz woli ustawodawcy unijnego wprowadzenia odmiennego, szerszego ujęcia zakresu przedmiotowego rozporządzenia unijnego 2201/2003. Prowadzi to do wniosku o włączeniu do jego zakresu zastosowania spraw dziecka przed urodzeniem. Ewentualnym wnioskiem byłoby przyjęcie braku regulacji omawianej kwestii w samym rozporządzeniu i pozostawienie jej do rozstrzygnięcia prawu każdego państwa członkowskiego.

---

<sup>54</sup> Poglądy doktryny dokładnie przedstawia K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej w prawie wspólnotowym*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2007/1, s. 117–118.

<sup>55</sup> Zob. W. Pintens, [w:] *Brussels II bis Regulation*, red. U. Magnus, Munich 2012, s. 76.

Trzeba mieć na uwadze, że rezultatem odpowiedzi negatywnych na pytania o zastosowania obu powyższych aktów normatywnym jest jedynie brak zastosowania norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych o genezie międzynarodowej w sprawach nasciturusa. W doktrynie jako przykład takiej sprawy podawane jest postępowanie sądowe wszczęte przez ojca celem przyznania mu pieczy nad nienarodzonym dzieckiem<sup>56</sup>. Brak ten rodzi pytanie o sposób rozstrzygnięcia takich spraw wobec braku regulacji na poziomie ponadpaństwowym, w szczególności kwestię dalszego stosowania regulacji o genezie krajowej. Odpowiedź na postawione pytanie powinny udzielić bowiem odpowiednie normy z ustawodawstwa o niższej randze, w szczególności prawa o genezie krajowej. W Polsce prowadzić to będzie do ogólnej odpowiedzi, że zastosowanie znajdą przepisy części IV k.p.c. oraz rozdziału 12 p.p.m.<sup>57</sup> W ustawie prawo prywatne międzynarodowe brak jest jednak szczegółowych przepisów odnoszących się tylko do nasciturusa, jak też brak jest w ogóle przepisów dotyczących stosunków między rodzicami i dzieckiem. Ustawodawca założył bowiem, że nie są one potrzebne po wejściu w życie konwencji haskiej z 1996 r. Zastosowanie jakichś norm kolizyjnych jest jednak konieczne dla wskazania prawa właściwego dla konkretnej sprawy. Wydaje się, że w sprawach nascitura należy przyjąć odpowiednie stosowanie norm kolizyjnych zawartych w konwencji z 1996 r., mimo powyższej ograniczonej definicji spraw dziecka. Oznacza to poszerzenie zakresu jej zastosowania, co skutkuje jednak nie na płaszczyźnie międzynarodowej, ale wyłącznie w Polsce. Skutkiem takiego ujęcia będzie stosowanie w sprawach nasciturusa przepisów konwencyjnych tak, jakby miały charakter (rangę) prawa krajowego.<sup>58</sup> W praktyce w większości wypadków oznaczać będzie to uwzględnianie jako łączników wyznaczających prawo właściwe okoliczności dotyczących ciężarnej matki, tj. w szczególności jej zwykłego pobytu, ewentualnie obywatelstwa. Wobec obecnego braku regulacji ustawowej inny sposób wypełnienia luki, spowodowanej wyraźnym wyłączeniem konwencyjnym i brakiem przepisów krajowych, nie byłby w istocie możliwy.

---

<sup>56</sup> Tak N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, *The New Brussels II Regulation. A Supplement to International Movement of Children*, Bristol 2005, s. 17, przyp. 2.

<sup>57</sup> J. Ciszewski, [w:] *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część trzecia. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego*, red. T. Ereciński, wyd. IV, Warszawa 2012, s. 70, podkreśla, że w sprawie o ustanowienie kuratora dla dziecka poczętego ustalenie właściwości miejscowej następuje na podstawie kryteriów dotyczących matki, ale dla ustalenia jurysdykcji należy brać pod uwagę obywatelstwo, które nabędzie dziecko po urodzeniu. Orzecznictwo niemieckie akcentujące wykorzystanie okoliczności dotyczących matki omawia J. Kropholler, *Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes und das Aufenthaltsbestimmungsrecht*, [w:] *Festschrift für Erik Jayme*, red. H.-P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, C. Kohler, R. Hausmann, München 2004, s. 472-473.

<sup>58</sup> Odnośnie do rozciągnięcia reguł konwencyjnych przez ustawodawcę krajowego – zob. M. Czepelak, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 152.



Warto przy tym ogólnie zauważyć, że wyraźne wyłączenie przez ustawodawcę międzynarodowego spraw nasciturusa z zakresu zastosowania norm międzynarodowego prawa prywatnego (kolizyjnych) i postępowania cywilnego (w szczególności jurysdykcyjnych) rodzi nieco inne skutki niż podobne wyłączenie na tle konwencji międzynarodowych przewidujących regulację materialnoprawną. Skutki te mogą być przy tym niespodziewane dla inspiratorów ograniczonego zakresu zastosowania regulacji konwencyjnej. Można nawet stwierdzić, że prawodawca międzynarodowy definiując dziecko jako osobę po urodzeniu albo jako osobę do 16 roku życia wywołuje specyficzne problemy, które nie występowałyby, gdyby nie przyjmował takiego zredukowanego rozumienia. Ponieważ w takim ograniczonym ujęciu zastosowania postanowień konwencyjnych nie następuje w sprawach nasciturusa wyparcie stosowania prawa o genezie krajowej, w praktyce koegzystują dwa systemy norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych o różnej genezie, tj. dla części spraw dziecka – system wynikający z konwencji międzynarodowej (lub rozporządzenia unijnego), a dla spraw nasciturusa (jak też części spraw młodzieży) – system wynikający z przepisów o genezie krajowej. Trzeba przy tym zaznaczyć, że jeżeli zamiarem prawodawcy międzynarodowego było wyrażenie, drogą wyłączenia neasciturusa z pojęcia dziecka, poglądu o braku podmiotowości dziecka przez urodzeniem, to obszar przepisów z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego nie nadaje się do wyrażania takiego konceptu. Rolą norm jurysdykcyjnych jest bowiem określenie którego państwa sądy są kompetentne do rozpoznania sprawy (w tym sprawy, zgodnie z żądaniem powoda lub wnioskodawcy, dotyczącej dziecka przez urodzeniem), a zadaniem norm kolizyjnych jest wskazanie które prawo materialne (prawo którego państwa) będzie miało zastosowanie. Obie kategorie norm stanowią więc w systemie prawnym płaszczyznę pośrednią, a nie bezpośrednią, na której to merytorycznie owy zamiar mógłby być realizowany. Przykładem takiej sprawy mogłaby być interwencja władz publicznych dla dobra osoby dziecka albo jego przyszłego majątku, np. otrzymanego spadku. W istocie podobną sprawą byłoby żądanie matki, by ojciec dzieckałożył np. na leczenie nasciturusa w łonie matki. Niezależnie od materialnej regulacji takich żądań i podmiotowości nasciturusa w prawie prywatnym różnych państw oraz kwestii legitymacji procesowej w takich sytuacjach występuje bowiem wcześniej potrzeba zbadania jurysdykcji oraz ustalenia właściwości prawa, a w tym celu konieczność zastosowania norm o genezie międzynarodowej lub krajowej w sprawie nasciturusa.

Inne ujęcie zakresu zastosowania reguł kolizyjnych ujednoczonych w skali międzypaństwowej wynika z protokołu haskiego z 2007 r. Zgodnie z art. 1 ust. 1 „protokół określa prawo właściwe dla zobowiązań alimentacyjnych wynikających ze stosunków

rodziny, pokrewieństwa, (...), w tym zobowiązań alimentacyjnych wobec dziecka niezależnie od stanu cywilnego rodziców.” Nie ulega więc wątpliwości, że normy kolizyjne wynikające z tej umowy międzynarodowej mają zastosowanie do spraw nasciturusa. Zakres zastosowania protokołu jest przy tym szerszy niż zakres spraw, które podlegały art. 21 ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r.<sup>59</sup> Zgodnie z tym przepisem „roszczenia matki przeciwko ojcu dziecka nie pochodzącego z małżeństwa, związane z poczęciem i urodzeniem się dziecka”, podlegały prawu ojczystemu matki.

Prawodawca haski wyraził przy tym łączniki kolizyjne, które dotyczą ogólnie podmiotu uprawnionego do alimentacji (najpierwszym planie – zwykły pobyt). W wypadku ciężarnej kobiety i nasciturusa *de facto* w dużej mierze alimentacja działa na rzecz obu podmiotów na raz (np. wyżywienie bądź pomoc medyczna, jak też potrzeby mieszkaniowe), stąd praktycznego znaczenia nie ma odpowiedź na pytanie, czy łącznik zwykłego pobytu dotyczy matki, czy dziecka przed urodzeniem. W sprawach, które dotyczyłyby tylko nasciturusa, rozwiązaniem może być zastępcze wzięcie pod uwagę okoliczności dotyczącej matki. Podobnie można postąpić odnośnie do łączników obywatelstwa, miejsca zamieszkania i przebywania. Można by również – co nie wpłynie na inną jurysdykcję lub właściwość prawa – bronić tezy, że te okoliczności faktyczne w istocie dotyczą samego dziecka przed urodzeniem. Również obywatelstwo matki można by traktować jako cechę *in spe* dziecka, tj. prognozę jego obywatelstwa.

## 7. Uwagi końcowe

Na marginesie można zauważyć, że zagadnienia filiacyjne, w tym pochodzenie dziecka od określonej matki i ojca (macierzyństwo i ojcostwo), nie są regulowane w umowach międzynarodowych ani rozporządzeniach unijnych z zakresu międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego. Stąd nie były one przedmiotem uwag dotyczących rozumienia spraw dziecka na tle przepisów o genezie międzynarodowej. Warto jednak wskazać, że zgodnie z art. 55 p.p.m. ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka podlegają prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia, a korygujące znaczenie może mieć prawo dziecka z chwili ustalenia pochodzenia. Natomiast uznanie dziecka podlega jego prawu ojczystemu z chwili uznania, z tym że korygująco może zadziałać prawo ojczyste z chwili urodzenia. Zgodnie jednak z art. 55 ust. 4 p.p.m. „uznanie dziecka poczętego lecz nienarodzonego podlega prawu ojczystemu matki z chwili uznania”. Ustawa zawiera więc

---

<sup>59</sup> Ustawa z dnia 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm.

przepis, który bezpośrednio dotyczy wyłącznie sprawy nasciturusa (a nie szerszej grupy dzieci), a jako łącznik kolizyjny, wskazujący prawo właściwe dla takiej sprawy, przyjęto w nim okoliczność związaną z matką dziecka.

Podsumowując powyższe zasadnicze rozważania, warto podkreślić, że zakres przedmiotowy regulacji o genezie międzynarodowej (tj. umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych, które normują zagadnienia prywatnoprawne), może obejmować też sprawy nasciturusa, ale nie musi. Szczególnie doniosłe znaczenie ma objęcie jego spraw unormowaniem wynikającym z części postanowień konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r.

Odpowiedź na pytanie rozumienie pojęcia dziecka na tle umowy międzynarodowej rodzi odrębne konsekwencje w zakresie rodzinnego prawa materialnego oraz międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego. Wyłączenie spraw dziecka przed urodzeniem z zakresu zastosowania konwencji haskiej z 1996 r. i – w razie przyjęcia takiej wykładni, co nie jest oczywiste – z rozporządzenia unijnego 2201/2003 rodzi niepożądane w praktyce skutki. Konieczne staje się wówczas zastosowanie w sprawach nasciturusa reguł jurysdykcyjnych i kolizyjnych wynikających z przepisów o genezie krajowej. Mogą one różnić się od regulacji konwencyjnych, co skutkować będzie nieuzasadnionym różnym traktowaniem spraw poszczególnych kategorii dzieci. Ponadto wyinterpretowanie takich reguł może być utrudnione, ponieważ ustawodawca krajowy, zauważając zasadnicze wyparcie przez przyjmowane prawodawstwo międzynarodowe unormowania krajowego w szerokim zakresie spraw dziecka, może zaniechać ich wyraźnej regulacji w przepisach krajowych również odnośnie do spraw nasciturusa (tj. nie zauważając, że potrzeba takiej szczątkowej regulacji występuje nadal z powodu ograniczonego zakresu zastosowania przyjętych norm konwencyjnych). Wydaje się, że wówczas najrozsądniejszym rozwiązaniem jest, sygnalizowane wyżej, odpowiednie zastosowanie norm konwencyjnych ze skutkiem wewnątrz krajowym.

Dla klarowości i jednolitości systemu prawnego byłoby jednak najlepiej, gdyby przy redagowaniu umów międzynarodowych dotyczących spraw dziecka nie wyłączano z zakresu ich zastosowania spraw nasciturusa. Takie nieograniczone ujęcie należy postulować na przyszłość, w szczególności organizacjom międzynarodowym, pod których auspicjami opracowywane są projekty konwencji, jak też reprezentantom państw członkowskich uczestniczącym w tych pracach.