

Piotr Kasprzyk¹

Dziecko martwo urodzone i jego rejestracja w USC. Zarys problematyki w prawie polskim

Wprowadzenie

Śmierć dziecka, w tym dziecka przed jego urodzeniem, stanowi drażliwy i delikatny temat, który dotyka problemu statusu prawnego dziecka jeszcze nienarodzonego, budzący zainteresowanie doktryny prawa². Z uwagi na fakt śmierci dziecka w początkowym okresie jego rozwoju tj. w fazie prenatalnej, ale jeszcze przed urodzeniem, nie tylko w polskim systemie prawnym, mówimy o dzieciach martwo urodzonych, dla których nie sporządzamy aktu zgonu a jedynie akt urodzenia z adnotacją, że dziecko urodziło się już martwe. Zarówno na gruncie prawa cywilnego jak i rodzinnego czy prawa o aktach stanu cywilnego, a także w aspekcie medycznym rodzą się określone problemy natury prawnej, medycznej czy etyczno-prawnej związanej z faktem martwego urodzenia dziecka. Mimo, że te fakty są obecne w historii człowieka od zawsze, to w dalszym ciągu nie potrafimy w sposób jednoznaczny tych zdarzeń prawnych zdefiniować i ustalić jednolitych procedur uwzględniających godność tych dzieci i podstawowe prawa im przynależne, m.in. prawo do godnego pochówku. Podejmując się przybliżenia tej problematyki na gruncie prawa o aktach stanu cywilnego i rejestracji tego zdarzenia w rejestrze stanu cywilnego nie sposób zasygnalizować szerszego kontekstu odnoszącego się do nasciturusa, jego podmiotowości i udzielonej mu ochrony prawnej, która powinna mieć bezpośredni wpływ na jej kształt.

¹ Dr, Fundacja Instytut Naukowy im. Prof. Józefa Litwina.

² Zob. B. Walaszek, Nasciturus w prawie cywilnym, „Państwo i Prawo” 1956, nr 7; A. Dyoniak, Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, nr 3; K. Wiak, Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym, Lublin 2001; T. Justyński, Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej, Zakamycze 2003; J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009; J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych, Warszawa 2010.

Z pewnością śmierć osoby fizycznej jest to zdarzenie, z którym łączą się określone skutki prawne. Powstaje jednak pytanie, czy można je także odnieść w stosunku do dziecka poczętego, które zmarło przed urodzeniem. Różnice zauważamy już przy rejestracji zgonu w „zwykłym trybie”. W stosunku do osoby, która zmarła po urodzeniu, sporządza się akt zgonu na podstawie karty zgonu a w razie niemożliwości jej sporządzenia, na podstawie postanowienia po przeprowadzeniu postępowania o stwierdzeniu zgonu lub uznaniu za zmarłego. W przypadku dziecka martwo urodzonego nie mają zastosowania tego typu postępowania, nie sporządza się aktu zgonu, a jedynie w akcie urodzenia wpisujemy w rubryce uwagi adnotację, że dziecko urodziło się martwe.

Z punktu widzenia zakreślonego tematu, istotna jest kwestia określenia stanu cywilnego dziecka martwo urodzonego i jego prawidłowa rejestracja w rejestrze stanu cywilnego.

Aspekt filozoficzno-wyznaniowy statusu dziecka przed urodzeniem

W teologii katolickiej człowiek i jego pochodzenie rozważane jest w jego relacji do Boga jako stwórcy natury ludzkiej. Odwołując się do tekstów biblijnych Kościół katolicki uważa, że człowiek pochodzi od Boga przez akt stworzenia³. Nauczycielski urząd Kościoła ideę stworzenia człowieka przez Boga wyraził w dogmacie o stworzeniu świata (Nicejsko-konstantynopolski symbol wiary). To właśnie we wspólnocie z Bogiem i z innymi ludźmi wyraża się godność człowieka jako osoby, która jest „źródłem praw” każdego człowieka od momentu poczęcia do naturalnej śmierci i czyni podmiot osobowy podmiotem prawa⁴. Człowiek zarówno w fazie prenatalnej jako embriion czy płód obdarzony jest godnością należną każdemu człowiekowi i owa godność jest podstawą przyznania każdemu

³ Rdz 1,26-30, 2, 4-7. 18-24.

⁴ Por. Jan Paweł II, *Evangelium vitae*, [w:] Jan Paweł II, *Dzieła zebrane*, t. I Encykliki, Kraków 2006, s. 531 – 611. Tak więc godność osoby ludzkiej nie może być rozumiana jako cecha czy też zespół praw nadanych przez Państwo. Zasada ochrony godności ludzkiej zawarta w Konstytucji RP zakazuje uprzedmiotawiania człowieka i odmawiania mu człowieczeństwa ze względu na brak określonych cech lub zdolności np. stopnia rozwoju intelektualnego, stopnia samoświadomości, itp. a to znaczy, że godność przysługuje każdemu od początku życia, zob. wyrok pełnego składu TK z 7 stycznia 2004 r., sygn.akt. K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1). Co więcej, zasada ochrony godności ludzkiej jest normą prawną wyrażającą samodzielne treści normatywne. Można podać przykłady orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, w których za samodzielną podstawę rozstrzygnięcia przyjęto art. 30 Konstytucji, zob. wyrok z 7 marca 2007 r., sygn.akt. K 28/05, (OTK ZU 2007, nr 3, poz. 24); wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn.akt. K 11/00, (OTK ZU 2001, nr 3, poz. 54). Por też M. Safjan, *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań ochrony dóbr osobistych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, z. 1, s. 226-227 i 243-245; J. Bucieńska, *Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego*, „Prawo, Administracja, Kościół” 2001, nr 2/3, s. 31 i n.; K. Complak, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5, s. 41 i n. Zdaniem L. Boska, z zasady godności człowieka wyprowadzić można bezwzględny zakaz uprzedmiotawiania człowieka także w fazie prenatalnej, co łączy z gwarancjami ochrony podmiotowości w tym właśnie okresie, tenże *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 1, s. 43.

człowiekowi podmiotowości. Odwołując się do Pisma św., w człowieku w prenatalnej fazie rozwoju widzimy zawsze w pełni osobową istotę a zamach na jego życie jako grzech ciężki. Dlatego w Katechizmie Kościoła Katolickiego wyraźnie stwierdzono, że „embrion powinien być uważany za osobę od chwili poczęcia, powinno bronić się jego integralności, troszczyć się o niego i leczyć go w miarę możliwości jak każdą inną istotę ludzką”⁵.

Z kolei M. A. Krąpiec zauważa, że człowiek nie powstaje jako ktoś doskonały, ale rozwija się stopniowo. Najpierw przebywa w łonie matki, gdzie kształtuje sobie ciało, którego jeszcze nie używa. Stwierdza on „gdyby dziecko w momencie urodzenia miało pełną świadomość, to by wiedziało, że umiera”⁶. Pokarm, powietrze – jak pisze dalej autor – czerpie przez organizm matki, po urodzeniu to się nagle kończy i właśnie pierwszy krzyk, pierwszy oddech dziecka jest rozpoczęciem jego życia w łonie świata⁷.

W odniesieniu do chowania zmarłych w Kościele łacińskim kan. 1176 § 1 Kodeksu Prawa Kanonicznego⁸ nakazuje, aby wierni zmarli otrzymali pogrzeb kościelny (*exequiae ecclesiasticae*), zgodnie z przepisami prawa. Jest to ogół czynności i modlitw, przypisanych przy chowaniu zmarłych. W przypadku dzieci martwo urodzonych ordynariusz miejsca może zezwolić na pogrzeb kościelny dzieci, których rodzice mieli zamiar je ochrzcić a jednak zmarły przed chrztem (kan. 1183 § 2 KPK)⁹.

Według znanego embriologa XX w. Ericha Blechschmidta, człowiek jest jednością ciała i duszy, chociaż dusza jest kategorią niemożliwą do udowodnienia w sposób naukowo-przyrodniczy i istnieje od początku tj. od poczęcia¹⁰. Zagadnienia moralno-filozoficzne dotyczące statusu dziecka przed urodzeniem zestawiała za W. Langiem, J. Kondratiewa-Bryzik¹¹. „We współczesnych doktrynach etycznych zarysowały się trzy stanowiska:

⁵ Katechizm Kościoła Katolickiego nr 2274. Wydanie polskie Pallottinum 1994, s. 517. Na obowiązek ochrony życia ludzkiego od samego początku wskazuje Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes* Soboru Watykańskiego II, określając spędzenie płodu i dzieciobójstwo „okropnymi przestępstwami” (pkt. 51). O cywilnoprawnym statusie ludzkiego embrionu przed i po inplantacji, zob. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka...*, s. 95 i n.

⁶ M.A. Krąpiec, *Dzieciństwo jako forma ludzkiego życia*, [w:] *Oblicza dzieciństwa*, red. D. Kornas-Biela, Lublin 2001, s. 18.

⁷ Tamże.

⁸ *Codex Iuris Canonici. Auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus die XXV Ianuarii MCMLXXXIII anni. AAS 75: 1983 pars II. Kodeks Prawa Kanonicznego. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu. Wydawnictwo Pallottinum, Poznań 1984, [dalej cyt. KPK]. Por. kan. 875 *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium. Auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus die XVIII Octobris Anno MCMXC. AAS 82: 1990 s. 1033 – 1363*, obowiązujący w Katolickich Kościołach Wschodnich wywodzących się z tradycji aleksandryjskiej, antiocheńskiej, ormiańskiej i chaldejskiej. Dalej cyt. KKEO*

⁹ Por. Kan 876 § 2 KKEO.

¹⁰ E. Blechschmidt, *Wie beginnt das menschliche Leben. Vom Ei zum Embryo. Befunde und Konsequenzen*, Stein a. R.: Christina-Verlag 2002, s. 164-165.

¹¹ J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 21-37 i podana tam literatura.

1) zdefiniowanie moralnego statusu płodu ludzkiego nie jest potrzebne dla motywacji, kwalifikacji lub oceny ludzkich działań dotyczących płodu (...); 2) określenie uniwersalnej definicji moralnego statusu płodu ludzkiego jest niemożliwe; stanowisko to występuje w dwóch wersjach: a) status płodu ludzkiego kształtowany jest przez społeczeństwo, państwo lub prawo obowiązujące w danym państwie, płód ma więc różny status w różnych społeczeństwach, kulturach, państwach i różnych systemach prawnych, nie istnieją uniwersalne kryteria oceny moralnej tych różnych statusów płodu ludzkiego; b) moralny status płodu określa kobieta ciężarna; 3) definicja moralnego statusu płodu ludzkiego jest możliwa i potrzebna w praktyce (...); można tu wyróżnić siedem podstawowych koncepcji: a) płód ludzki ma status moralny identyczny ze statusem człowieka urodzonego, jest w pełni osobą ludzką; b) płód ludzki z moralnego punktu widzenia jest częścią ciała ludzkiego, ma taki sam status moralny, jak dowolna komórka lub organ (np. nerka, ząb, włosy); c) płód ludzki ma status moralny podobny do statusu moralnego wysoko rozwiniętych zwierząt, w szczególności ssaków, nie jest ani osobą, ani częścią ciała ludzkiego; d) płód ludzki ma unikalny status moralny, który jest niższy od statusu moralnego ludzi urodzonych, lecz wyższy od statusu wysoko rozwiniętych zwierząt; e) płód jest potencjalną osobą ludzką, podobnie jak noworodek jest potencjalną osobą dorosłą; f) płód jest domniemaną osobą ludzką – osobowość płodu jest sprawą wątpliwą, lecz wątpliwość tę należy interpretować na korzyść płodu, traktując płód tak, jakby był osobą ludzką; g) status moralny płodu ludzkiego jest określony poprzez to, że jest on nośnikiem życia ludzkiego; płód jest bytem samoistnie wartościowym, gdyż życie ludzkie powinno być traktowane jako święte¹².

Określenie podmiotowości dziecka (osoby) i jego ochrona w prawie polskim

Ustawodawca polski w równym stopniu chroni prawa dziecka poczętego w sposób naturalny jak i w wyniku technik wspomaganą medycznie prokreacji. Człowiekiem bowiem jest każda istota posiadająca swoisty ludzki genotyp, która pochodzi od kobiety i mężczyzny mimo braku spełnienia przesłanki urodzenia¹³. Czyli poprzez fakt urodzenia i sporządzenia aktu, niezależnie czy dziecko urodzi się żywe czy martwe nie nabywa ono podmiotowości, bo taką podmiotowość posiada¹⁴, a jedynie w sposób definitywny zdolność prawną w przypadku

¹² Tamże, s. 31-32.

¹³ Zdaniem T. Smyczyńskiego, jeżeli płód ma ludzki kod genetyczny należy do gatunku ludzkiego, tenże Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Biuro Studiów i Analiz Sejmowych 2007, nr 3, s. 17 i n.

¹⁴ Tak też B. Kaczmarek, Prawa dziecka poczętego i ich ochrona w Polsce, „Przegląd Prawa i Administracji” 2005, t. LXIX, s. 126; A. Breczko, Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu

urodzenia żywego. Urodzenie się żywe lub martwe dziecka, pomijając racjonalność posługiwania się tym rozróżnieniem na gruncie praw stanu, jest jedynie jednym z etapów życia człowieka. W tym znaczeniu prawo do pochowania posiadają również embriony, które nie zostały implantowane do organizmu matki. W tym przypadku istotnym jest kwestia statusu prawnego embrionu np. w sferze prawnorodzinnej.

Odwołując się do antropologicznych i naturalistycznych koncepcji prawa możemy stwierdzić, że każdy człowiek jest podmiotem prawa, a tym samym, że podmiotowość jako cecha bytu przysługuje każdemu człowiekowi, każdej istocie ludzkiej, bez względu na jej stan czy stopień rozwoju osobowości. Bez znaczenia jest także brak doświadczenia własnej podmiotowości. Uzasadnieniem dla podmiotowego statusu człowieka są jego cechy istotowe. W tym znaczeniu uznanie podmiotowości jest wynikiem ochrony życia, jaką zapewnia Konstytucja RP. Jednak na gruncie prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego ustawodawca wiąże zasadniczo nabycie podmiotowości prawnej z faktem urodzenia. Uzasadnieniem tego stanu rzeczy jest, jak pisze R. Trzaskowski, „ostrożność przejawiająca się w obowiązku formalizacji podmiotowego statusu dopiero w chwili narodzin człowieka w wyniku faktu, że życie prenatalne nie pozwala na ustalenie w sposób pewny takich zdarzeń, jak moment poczęcia i, ewentualnie, obumarcia embrionu czy płodu, trudności z indywidualizacją, ustaleniem płci, możliwość poronienia czy urodzenia martwego itp.”¹⁵

W ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny¹⁶ zdolność prawną przyznaje każdemu człowiekowi dopiero od chwili urodzenia (art. 8 k.c.). Zdolność prawna, a za nią podmiotowość, to kategorie stworzone przez prawo dla jego potrzeb. Dlatego człowiek jest podmiotem prawa cywilnego tylko o tyle, o ile normy prawne tak stanowią¹⁷. Natomiast Trybunał Konstytucyjny uznał, że podmiotowość prawna przynależna jest każdemu człowiekowi także przed narodzeniem niezależnie od zdolności prawnej na gruncie prawa cywilnego. Stwierdził on, że „potwierdzenie niezbywalnej godności człowieka jako zasady konstytucyjnej oraz prawa podmiotowego każdej jednostki ludzkiej – niezależnie od jej kwalifikacji czy stanu psychiczno-fizycznego oraz aktualnej sytuacji życiowej- stanowi podstawę uznania i jego podmiotowości”¹⁸. Joanna Haberko podkreśla, że ma on pewną

biotechnomedycznego, Białystok 2011, s. 162 i n. Szerzej na temat podmiotowości prawnej człowieka zob. T. Chauvin, *Homo iuridicus. Człowiek jako podmiot prawa publicznego*, Warszawa 2014, s. 244 i n.

¹⁵ R. Trzaskowski, *Opinia na temat oceny cywilnoprawnych konsekwencji zmiany Konstytucji RP proponowanej w projekcie zawartym w druku sejmowym Nr 993*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia, seria (przed pierwszym czytaniem)*, Warszawa 2007, s. 39.

¹⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 459, [dalej cyt. k.c.].

¹⁷ Tak K. Piasecki, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Warszawa 2009, s. 130.

¹⁸ Wyrok TK z 30 września 2008 r., sygn. akt K44/07, (OTK-A 2008, nr 7, poz. 126).

szeroko pojętą podmiotowość w ogólności na gruncie całego systemu prawa¹⁹. Z kolei J. Strzebińczyk twierdzi, że początku zdolności prawnej nie można utożsamiać z normatywnym początkiem życia ludzkiego, gdyż te dwie kategorie nie spotykają się na jednej płaszczyźnie znaczeniowej²⁰. W literaturze przedmiotu uważa się, że zdolność prawna jest kategorią przesądzającą o podmiotowości z tym jednak, że w przypadku podmiotowości cywilnoprawnej istotne jest wskazanie przez ustawodawcę kręgu jednostek wyposażonych w ten przymiot²¹.

Pojęcie dziecka i jego ochrona w aktach prawa międzynarodowego

Określenie zakresu ochrony dziecka w sferze prawnej na arenie międzynarodowej podejmuje się od kilkudziesięciu lat. Wydaje się, że jest to wystarczający okres, aby w sposób jednoznaczny odpowiedzieć na podstawowe pytanie, co rozumiemy pod pojęciem dziecka i od kiedy zaczyna się jego istnienie. Uznania praw dziecka przez społeczność międzynarodową domagał się Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom, tj. międzynarodowa organizacja pozarządowa utworzona w 1920 r. Rada Generalna Międzynarodowego Związku Pomocy Dzieciom w lutym 1923 r. przyjęła Deklarację Praw Dziecka, zwaną Deklaracją genewską²².

Kolejnym aktem prawnym, na który należy zwrócić uwagę, jest Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r.²³, która w art. 2 wprowadza nakaz poszanowania i ochrony życia ludzkiego. Przepis ten milczy co do czasowych ograniczeń prawa do życia i w szczególności nie definiuje pojęcia "każdego człowieka", którego "życie" jest chronione przez Konwencję. Z punktu widzenia omawianego tematu istotne jest określenie momentu początkowego dotyczącego okresu prenatalnego oraz zapłodnionego zarodka. Konwencja w sposób wyraźny nie daje odpowiedzi w tym zakresie, pozostawiając państwom członkowskim pewien margines swobody w kształtowaniu podmiotowości nasciturusa. W orzecznictwie strasburskim zasadniczo dziecko nienarodzone nie jest uznawane za "osobę" bezpośrednio chronioną przez art. 2 Konwencji. Jeżeli dziecko nienarodzone ma "prawo do życia", to jest ono pośrednio ograniczone przez prawa i interesy matki. Instytucje Konwencji jednakże nie wykluczyły możliwości, aby w pewnych

¹⁹ J. Haberko, Konsekwencje prawne żywego i martwego urodzenia, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3 s. 76 i n.

²⁰ J. Strzebińczyk, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 32.

²¹ M. Pazdan, [w:] M. Safjan (red.), System Prawa Prywatnego, tom I, s. 1024.

²² Szerzej na ten temat J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 85 i n.

²³ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284. ze zm.

okolicznościach gwarancje były rozciągane na dziecko nienarodzone²⁴. ETPCz przyznał w wyroku z dnia 29 października 1992 r. w sprawie *Open Door i Dublin Well Woman p. Irlandia*²⁵, że organy władzy krajowej cieszą się szerokim marginesem swobody (*margin of appreciation*) w kwestiach moralności, zwłaszcza w kwestii dotyczącej istoty życia ludzkiego. Wydaje się, że art. 2 ust. 1 Konwencji, stanowiącego ogólny obowiązek prawnej ochrony życia i prawa do życia, możemy wywieść prawo każdego człowieka do pochówku²⁶.

Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.²⁷, jest kolejnym traktatem międzynarodowym, istotnym z punktu widzenia prawa dziecka nienarodzonego do życia i godnego pochówku. W art. 1 za dziecko uznano każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletniość. Konwencja w sposób jasny odnosi się do górnej granicy wieku, z ukończeniem którego możemy mówić o dziecku, natomiast nie rozstrzyga wprost kwestii odnoszących się do okresu prenatalnego. Wprawdzie art. 6 ust 1 KPD gwarantuje każdemu dziecku niezbywalne prawo do życia, a w preambule KPD, która powołuje się na Deklarację Praw Człowieka z dnia 20 listopada 1959 r., czytamy, iż ze względu na swoją niedojrzałość fizyczną i umysłową dziecko zarówno przed, jak i po urodzeniu wymaga szczególnej opieki i troski, to jednak w doktrynie nadal występują rozbieżności, w jakim zakresie i czy ochrona prawna przysługuje nasciturusowi od momentu poczęcia²⁸. Wydaje się, że definicja dziecka zawarta

²⁴ Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*, skarga nr 53924/00. W sposób natomiast wyraźny Trybunał uznał, że zapłodniony embrión, pozostający poza łonem matki, nie jest podmiotem prawa do życia w rozumieniu art. 2 (zob. wyrok ETPCz z 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*).

²⁵ Skarga nr 14234/88.

²⁶ W decyzji Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 19 maja 1992 r. sprawa *R.H. przeciwko Norwegii*, skarga nr 17004/90 czytamy, że „Komisja uznaje, że nie musi rozstrzygnąć, czy płód może cieszyć się pewną ochroną na podstawie art. 2 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji (...), lecz nie wyklucza, iż w pewnych okolicznościach może mieć to miejsce, pomimo iż w Układających się Państwach poglądy co do tego, czy i w jakim zakresie art. 2 chroni życie nienarodzone, różnią się znacząco”. Państwom-stronom traktatów pozostawiono możliwość decydowania o momencie, od jakiego życie ludzkie ma być chronione w ustawodawstwie krajowym, z tym że nie może to być moment późniejszy od narodzin.

²⁷ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, [dalej cyt. KPD].

²⁸ M. Zubik, zwraca uwagę, że w konstytucjonalizmie światowym określenia takie jak istota ludzka czy inne sformułowania równoważne jednoznacznie podkreślają intencję ustawodawcy objęcia ochroną również nasciturusa, tenże, Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 28-30. W literaturze J. Kondratiewa-Bryzik zwróciła uwagę na pewną niekonsekwencję w tłumaczeniu na język polski użytego w angielskiej wersji Konwencji przymiotnika *inherent*. Ten sam przymiotnik w odniesieniu do prawa do życia został użyty w art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych i oficjalnie przetłumaczony na język polski jako "przyrodzone" prawo do życia. W oficjalnej wersji tłumaczenia Konwencji o prawach dziecka zamiast terminu "przyrodzone" używa się słowa "niezbywalne" prawo do życia, zob. też, Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 111. W pracy tej J. Kondratiewa-Bryzik omówiła prace przygotowawcze oraz deklaracje i zastrzeżenia do Konwencji, aby lepiej zrozumieć sens zawartej definicji

w KPD jest rezultatem kompromisu i dlatego jest ona niejednoznaczna, zakłada pewien margines swobody interpretacji dla poszczególnych państw-stron Konwencji. Zwolennicy poglądu o rozciągnięciu ochrony prawnej na dzieci nienarodzone, powołując się na treść preambuły, twierdzą, że Konwencja o prawach dziecka jest podstawą dla wykładni ku obronie życia dziecka poczętego. Przeciwnicy tego poglądu wskazują, że z uwagi na treść merytoryczną Konwencji gwarantowane w niej prawa z natury rzeczy odnoszą się tylko do dziecka urodzonego (np. prawo do rejestracji, do otrzymania imienia i nazwiska, prawo do obywatelstwa), a art. 24 Konwencji dotyczy jedynie prawa dziecka do korzystania z możliwie najlepszego stanu zdrowia, wspominając natomiast o opiece pre natalnej uważa się, że jest to prawo podmiotowe matki, a nie płodu. Przez lata działalności organów traktatowych wykształcił się nawet standard ochrony praw kobiet w tym zakresie, a prawo do życia dziecka nienarodzonego jest ograniczone ze względu na konieczność ochrony praw, które przysługują kobietom²⁹. Także organy, które dokonują wykładni i monitorują przestrzeganie postanowień traktatów, raczej nie rozszerzają zakresu ochrony prawnej "prawa do życia" na płód ludzki. Istnienie uniwersalnego standardu ochrony prawa do życia przed narodzinami, zdaniem J. Kondratiewej-Bryzik, jest bardzo wątpliwe, a twierdzenie, że każda istota ludzka ma prawo do życia od momentu poczęcia, nie znajduje potwierdzenia w traktatach międzynarodowych w kształcie, nadanym im przez organy traktatowe powołane do ich interpretacji, natomiast fakt, że traktaty ONZ chronią prawo do życia i zdrowia kobiet, nie budzi wątpliwości³⁰.

Prawną ochronę płodu ludzkiego należy więc wywieść z zasady poszanowania godności istoty ludzkiej³¹, wykluczającej możliwość przeprowadzania na embrionach eksperymentów

dziecka. Warto wspomnieć, że Polska złożyła zastrzeżenia i deklaracje do Konwencji o prawach dziecka, ale nie dotyczyły one kwestii początku życia ludzkiego.

²⁹ Pojawia się tu zagadnienie prawa do aborcji. W Polsce głośna była sprawa Alicji Tysiąc przeciwko Polsce, rozstrzygnięta przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu z 20 marca 2007 r. (skarga nr 5410/03), w której skarżąca twierdziła, że lekarze odmówili jej prawa do aborcji w sytuacji, gdy urodzenie dziecka przy myopii (znacznej krótkowzroczności) poważnie zagroziło jej zdrowiu. Szerzej zob. R. Dębski, Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 47-51; M. Nestorowicz, Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za wrongful conception, wrongful birth, wrongful life w orzecznictwie europejskim (2000-2005), „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 19-38.

³⁰ J. Kondratiewa-Bryzik, Początek prawnej ochrony..., s. 112.

³¹ Ustawodawstwo oraz literatura naukowa posługują się terminami "istota ludzka" (*human being*) i "osoba" (*everyone*). Termin "osoba" został wprowadzony do terminologii prawnej przez Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r. Określenie "istota ludzka" w większości traktatów międzynarodowych jest używane jako synonim słowa "osoba". Wyjątek stanowi konwencja Rady Europy o prawach człowieka i biomedycynie z 1997 r., w której zakres pojęcia "istota ludzka" jest szerszy niż pojęcia "osoba".

medycznych, m.in. klonowania istot ludzkich dla celów reprodukcyjnych czy użycia embrionów ludzkich dla celów przemysłowych lub handlowych³².

Ochrona nasciturusa w Konstytucji RP i ustawach krajowych

W Polsce przyjęto model ogólnej ochrony życia. Konstytucja z 1997 r. nie przyjęła modelu polegającego na odniesieniu się już na poziomie konstytucyjnym do objęcia ochroną życia człowieka również w okresie przed urodzeniem. Niemniej jednak brak wyraźnej wzmianki w Konstytucji o ochronie prawnej istoty ludzkiej w okresie prenatalnym nie oznacza, że ochrona ta nasciturusowi nie przysługuje. Zarówno w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego, jak i w doktrynie panuje zgoda co do faktu, że życie ludzkie – również w fazie prenatalnej – ma charakter wartości konstytucyjnej podlegającej ochronie. Spór natomiast dotyczy stopnia intensywności tej ochrony.

Nie ulega wątpliwości we współczesnej biologii i medycynie, że życie człowieka rozpoczyna się w chwili zapłodnienia lub powstania embrionu ludzkiego w inny sposób (np. we wspomaganej prokreacji, przez zapłodnienie *in vitro*, zapłodnienie *post mortem* czy wreszcie klonowanie ludzi), ale z tego jeszcze nie wynika *per se*, że norma konstytucyjna gwarantuje prawną ochronę życia ludzkiego właśnie od tej chwili. Nie ma też wątpliwości, że norma konstytucyjna nie różnicuje ochrony życia ludzkiego wedle kryterium okresu jego rozwoju, jakości lub stopnia inteligencji (samoświadomości). Brzmienie art. 38. Konstytucji nie wyklucza też definitywnie argumentacji na płaszczyźnie logiczno-językowej, że ochrona prawna życia człowieka powstaje w innym momencie niż poczęcie, np. ze względu na logicznie zrozumiały postulat odróżniania sfery powinności normatywnej od rzeczywistości (*soll* od *sein*). Przekonujące, jak się zdaje, jest twierdzenie, że życie ludzkie nie może istnieć w oderwaniu od człowieka, co mocno implikuje tożsamość tego pojęcia z przynależnością gatunkową, ale przyznać trzeba, że samo brzmienie normy konstytucyjnej o tym definitywnie nie rozstrzyga. Brzmienie art. 38 Konstytucji ujawnia wyraźnie intencję ustawodawcy konstytucyjnego przyznania szerokiej ochrony prawnej życiu ludzkiemu, gdyż określa swój krąg adresatów poprzez użycie sformułowania „każdy człowiek”, co trudno uznać za *superfluum*. Powyższe uwagi nie powinny prowadzić jednak do pesymistycznego i wątpliwego wniosku, że skoro samo brzmienie art. 38 Konstytucji jednoznacznie nie przesądza o ochronie życia człowieka „od momentu poczęcia”, to znaczy, że Konstytucja RP

³² Wytyczne co do tego ustala Powszechna Deklaracja o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka UNESCO z 11 listopada 1997 r. Co prawda nie ma ona mocy prawnej, jednak zobowiązuje państwa członkowskie ONZ do szerzenia jej zasad i wprowadzenia ich do swoich ustawodawstw.

nie chroni życia od poczęcia. Sam Trybunał Konstytucyjny podkreśla immanentny związek konstytucyjnej gwarancji ochrony życia każdego człowieka oraz konstytucyjnej gwarancji godności człowieka, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych³³. Trybunał uznaje, iż skoro prawo do życia jest prawem wobec państwa pierwotnym, to wszelkie wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony – *in dubio pro vita humana*³⁴.

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.³⁵ nie zawiera legalnej definicji dziecka, pozostawiając dookreślenie tego pojęcia innym aktom ustawowym, chociaż w art. 72 ust. 1 zd. 1 Konstytucji chroni się jego prawa, w tym prawo do życia³⁶ i powołuje specjalny organ konstytucyjny – Rzecznika Praw Dziecka³⁷. Najwięcej kontrowersji budzi kwestia konstytucyjnej ochrony życia dziecka nienarodzonego. W art. 38 Konstytucji zapisano, iż RP zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż przedmiotem prawnej ochrony jest życie ludzkie w postaci biologicznej egzystencji człowieka. Nauka prawa nie daje jednoznacznej odpowiedzi, kiedy rozpoczyna się prawna ochrona życia ludzkiego, zagwarantowana w Konstytucji. Czy jest to moment poczęcia, a może 22 tydzień po urodzeniu czy też samo urodzenie? Słuszne jest twierdzenie, że konstytucyjne pojęcie „człowiek” obejmuje również fazę prenatalną i od momentu poczęcia rozpoczyna się ochrona prawna jego życia, przewidziana w art. 38 Konstytucji³⁸. Podobny

³³ Por. wyrok z 1 września 2006 r., sygn. akt. SK 14/05, (OTK ZU 2008 nr 8, poz. 97); wyrok z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt. K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1).

³⁴ Por. wyrok z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt. K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1); wyrok z 1 września 2006 r., sygn. akt. SK 14/05, (OTK ZU 2008, nr 8, poz. 97).

³⁵ Dz. U. z 1997, nr 78, poz. 483; sprost. Dz.U. 2001, nr 28, poz. 319.

³⁶ D. Dudek, Ochrona prawa do życia w prawie konstytucyjnym, [w:] Ochrona funkcji prokreacyjnej rodziny, red. A. Dzięga, J. Krukowski, M. Sitarz, Sandomierz 2006, s. 104 i n. Warto w tym miejscu przywołać art. 65 ust. 3 zd. 1, odnoszący się do zakazu stałego zatrudniania dzieci do lat 16. Z pewnością już na podstawie tego przepisu nie mamy wątpliwości, że dzieckiem jest osoba do ukończenia wskazanego wieku. Zob. M. Andrzejewski, Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina - państwo), Zakamycze 2003, s. 179.

³⁷ Zob. art. 72 ust. 4 Konstytucji; ustawa z 6 stycznia 2000r. o Rzeczniku Praw Dziecka (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2086).

³⁸ A. Zoll, Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, s. 8; B. Banaszak, Prawo konstytucyjne, Warszawa 2008, s. 450; D. Dudek, Parlamentarny spór o nowelizację konstytucyjnej ochrony życia człowieka, w: Ochrona dziecka w prawie publicznym, red. M. Bartnik, M. Bielecki, J. Parchomiuk, B. Uljasz, Tomaszów Lubelski – Lublin 2008, s. 59; M. Bartnik, Nasciturus w prawie cywilnym i karnym, [w:] Księga pamiątkowa z okazji 10-lecia Wydziału Zamiejscowego Nauk Prawnych i Ekonomicznych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Tomaszowie Lubelskim, red. T. Guz, M. R. Pałubka, M. Kuć, Lublin 2006, s. 166. G. Kowalski, Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] Prawo rodzinne w dobie przemian, pod red. P. Kasprzyka, P. Wiśniewskiego, Lublin 2009, s. 45; tenże Warunki dopuszczalności przerywania ciąży a prawna ochrona życia poczętego, [w:] Dziecko. Studium interdyscyplinarne, red. E. Sowińska, E. Szczurko, T. Guz, P. Marzec, Lublin 2008, s. 203; J. Haberko, Cywilnoprawna ochrona dziecka..., s. 49. Przeciwnicy tego poglądu twierdzą, że prawna ochrona życia przysługuje dopiero od chwili urodzenia, gdyż ów przepis posługuje się pojęciem „człowiek”, a nie „istota ludzka”. To ostatnie ma być pojęciem szerszym, obejmującym również okres przed urodzeniem, tak B. Banaszak, M. Jabłoński, Uwaga IV do art. 38, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej oraz

pogląd wyraził Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, iż życie ludzkie staje się wartością konstytucyjnie chronioną od momentu powstania, co obejmuje również fazę prenatalną³⁹. Brak jest bowiem wystarczająco precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów, które pozwoliłyby dokonać zróżnicowania wartości życia ludzkiego w zależności od jego fazy rozwojowej⁴⁰. Jeżeli więc, zdaniem TK „życie człowieka, w tym życie dziecka poczętego, stanowi wartość konstytucyjną, to ustawa zwykła nie może prowadzić do swoistej cezury i zawieszenia obowiązywania norm konstytucyjnych. Zakaz naruszania życia ludzkiego, w tym życia dziecka poczętego, wynika z norm o charakterze konstytucyjnym. W takiej sytuacji

komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 78; W. Skrzydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Oficyna 2007, s. 39-40. W trakcie prac nad Konstytucją pojawiła się propozycja zapisania w art. 38 prawnej ochrony życia od chwili poczęcia, niemniej jednak została ona odrzucona przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego, a następnie samo Zgromadzenie Narodowe, uchwalając Konstytucję, przyjęło art. 38 w „okrojonym” kształcie. Szerzej na ten temat K. Wiak, Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym, Lublin 2001, s. 111-125.

³⁹ W wyroku z 28 maja 1997 r., sygn. akt. K 26/96, (OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19), Trybunał stwierdził, że „życie ludzkie podlega ochronie konstytucyjnej od momentu poczęcia, ponieważ dotychczasowy stan nauk empirycznych nie daje dostatecznych podstaw do wskazania innego momentu powstania życia ludzkiego.” Jednocześnie wyraźnie wskazał, iż wyrażone w tym orzeczeniu poglądy zachowują swoją aktualność na gruncie Konstytucji z 1997 r. Zob. także wyrok pełnego składu TK z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03, (OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1). Trybunał podkreślił związek istniejący pomiędzy konstytucyjną gwarancją ochrony życia każdego człowieka oraz konstytucyjną gwarancją nienaruszalności przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. W cytowanym wyroku uznał, że skoro prawo do życia jest prawem wobec państwa pierwotnym i w zasadzie nienaruszalnym, to wszelkie wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony – *in dubio pro vita humana*; wyrok z 23 marca 1999 r., sygn. akt. K 2/98, (OTK ZU 1999, nr 3, poz. 56); wyrok pełnego składu TK z 28 maja 1997 r., sygn. akt. K 26/96, (OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19); uchwała TK z 17 marca 1993 r., sygn. akt. K 16/92, (OTK 1993 r. cz. I, poz. 16); postanowienie z 7 października 1992 r., sygn. akt. U 1/92, (OTK 1992 r. cz. II, poz. 38); wyrok z 15 stycznia 1991 r., sygn. akt. U 8/90, (OTK 1991 r., poz. 8). Podobny pogląd, zob. A. Zoll, Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji prawnej i skutków projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP, [w:] Konstytucyjna formuła ochrony życia, Warszawa 2007, s. 104; D. Dudek, Opinia w sprawie poselskich poprawek do projektu nowelizacji art. 38 oraz projektu nowego art. 226a Konstytucji RP, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 127-137; M. Gałązka, Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej, Lublin 2005, s. 75; M. Granat, Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym macierzyństwie, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6, s. 143; W. Łączkowski, Spór o wartości konstytucyjne, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 152-156; F. Rymarz, Zasada ochrony przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 6, s. 23; P. Samecki, Komentarz do art. 38 Konstytucji, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2-7; T. Smoczyński, Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] Konstytucyjna formuła ochrony życia, Warszawa 2007, s. 18; L. Wiśniewski, Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce, [w:] Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny, Warszawa 2004, s. 120-123; K. Wojtczek, Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym, [w:] Godność człowieka jako kategoria prawa, red. K. Complak, Wrocław 2001, s. 205-206; M. Zdyb, Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji RP, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 190-202; Odmiennie E. Zielińska, Konstytucyjna ochrona prawa do życia od momentu poczęcia (uwagi krytyczne do projektu zmiany art. 38 Konstytucji), „Państwo i Prawo” 2007, z. 3, s. 3-8.

⁴⁰ G. Kowalski, Założenia prawa rodzinnego..., s. 45. W. Łączkowski, analizując obowiązujący art. 38 Konstytucji w świetle zasady godności człowieka, stwierdza, że zapewnia on każdemu człowiekowi prawną ochronę życia na każdym etapie jego rozwoju, tenże, Spór o wartości konstytucyjne, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 153. Podobnie M. Zdyb, Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji RP, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 197 i 200.

ustawodawca zwykły nie może być uprawniony do decydowania o warunkach obowiązywania takiego zakazu, czyniąc tym samym normy konstytucyjne normami o charakterze warunkowym. Nie może w szczególności uzależniać go od regulacji zawartych w ustawach zwykłych. Stąd też sprzeczne z normami konstytucyjnymi jest stanowienie przez ustawodawcę zwykłego wszelkich takich regulacji, które prowadziłyby jedynie do warunkowego obowiązywania gwarancji konstytucyjnych⁴¹.

Na fakt, iż Konstytucja stoi na stanowisku uznania pojawienia się człowieka już w momencie poczęcia, może wskazywać art. 71 ust. 2, który przewiduje prawo matki do szczególnej pomocy władz publicznych przed i po urodzeniu dziecka. Skoro jest mowa o matce jeszcze przed porodem, to kobieta ciężarna nosi w swoim łonie dziecko, a więc człowieka. Przy czym o matce w rozumieniu art. 71 ust. 2 Konstytucji będzie można mówić już od momentu poczęcia⁴², w odróżnieniu od art. 61(9) ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁴³.

W Konwencji o Prawach Dziecka w art. 1 podano maksymalny wiek dziecka, z kolei na gruncie cytowanej ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka podano moment *a quo*, od którego rozpoczyna się byt prawny osoby ludzkiej i jest nim w rozumieniu ustawy każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności. Z regulacji tej wynika *expressis verbis*, iż dziecko to człowiek we wszystkich jego fazach rozwoju prenatalnego, w tym także embrion ludzki, i postprenatalnego aż do osiągnięcia pełnoletności, dlatego powinny mu przysługiwać wszelkie prawa określone w Konstytucji, w szczególności prawo do życia i ochrony zdrowia⁴⁴.

Postanowienia art. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów KPD⁴⁵. Aby wyeliminować problemy z tym związane, zaproponowano usunięcie z definicji dziecka moment początkowy na wzór KPD⁴⁶.

⁴¹ Orzeczenie z 28 maja 1997 r. sygn.akt. K 26/96, (OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19).

⁴² G. Kowalski, Założenia prawa rodzinnego ..., s.45. Por. S. Bułajewski, M. Dąbrowski, Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne, [w:] Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, red. M. Chmaj, Zakamycze 2006, s. 223. Użyty w art. 71 ust.2 Konstytucji zwrot „matka przed urodzeniem dziecka” oznacza matkę realną, tj. kobietę znajdującą się aktualnie w ciąży, a nie matkę potencjalną, czyli kobietę, która w przyszłości może zająć lub ponownie zająć w ciążę. Wniosek taki opiera się nie tylko na wykładni gramatycznej (użyte przez ustawodawcę pojęcie matki przed urodzeniem dziecka, a więc posiadającej dziecko, wprawdzie jeszcze nienarodzone, ale już poczęte), lecz również teleologicznej w/w przepisu, gdyż specjalna pomoc jest uzasadniona w tym przypadku szczególną sytuacją kobiety, spowodowaną jej ciążą.

⁴³ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2082, [dalej cyt. k.r.o.].

⁴⁴ Na ten temat M. Żelichowski, Prawnokarna ocena pobierania embrionalnych komórek macierzystych, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 2, s. 69.

⁴⁵ Tak G. Kowalski, Ochrona dziecka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] Ochrona dziecka w prawie publicznym, red. M. Bartnik, M. Bielecki, J. Parchomiuk, B. Uliasz, Tomaszów Lubelski – Lublin, 2008, s. 179.

Sytuacja prawna dziecka martwo urodzonego na gruncie prawa cywilnego i rodzinnego

W prawie cywilnym określamy urodzenie człowieka jako zdarzenie wywołujące skutki prawne. Mimo że jest to kluczowe zdarzenie w sferze prawa osobowego k.c. nie definiuje, czym jest urodzenie, co jest sporym mankamentem tego aktu prawnego.

W literaturze w tym zakresie odwołujemy się do przepisów wydanych jedynie przez ministra zdrowia. Natomiast powszechnie przyjęto rozróżnienie na urodzenie żywe i martwe. Odwołując się do okresu życia człowieka przed urodzeniem, w języku prawniczym posługujemy się terminem – dziecko poczęte lub płód, czy przywołujemy konstrukcję prawną *nasciturus* (łac. mającego się urodzić)⁴⁶ i paremię zaczerpniętą z prawa rzymskiego *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, a urodzenie żywe traktuje się jako warunek prawny (*conditio iuris*) przyznania (bezwarunkowej) zdolności prawnej. Urodzenie staje się pewną cezurą, a dziecko przed urodzeniem się, i to jeszcze dodajmy żywym urodzeniem, jest niejako w gorszej sytuacji prawnej aniżeli dziecko po urodzeniu, gdyż przyjmuje się, że posiada warunkową, i to w odniesieniu do niektórych praw, zdolność prawną. Choć powszechnie przyjmujemy, że owa zdolność przysługuje każdemu człowiekowi.

W wyniku różnic w podejściu do tego zagadnienia, w nauce prawa cywilnego możemy wskazać na cztery zasadnicze nurty zapatrywań na sytuację cywilnoprawną nienarodzonego jeszcze dziecka w świetle art. 8 k.c. Zdaniem jednych nie ma ono zdolności prawnej, zdaniem drugich ma ono tę zdolność jeszcze przed urodzeniem, lecz pod warunkiem rozwiązującym martwego urodzenia, z kolei trzecia, najbardziej liczna grupa przedstawicieli doktryny, opowiada się za konstrukcją zdolności pod warunkiem zawieszającym żywego urodzenia, a ostatnia wreszcie, czwarta koncepcja opowiada się za pełną zdolnością prawną *nasciturusa*.

Dominujące jednak przekonanie o człowieczeństwie istoty ludzkiej, w tym także w okresie prenatalnym, wyjaśnia m.in., dlaczego pomimo wyraźnego wyłączenia zdolności prawnej *nasciturusa* przez art. 8 k.c., dominujący pogląd naukowy i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego uznają dopuszczalność bądź to wnioskowań *a simili* z wyjątków potwierdzających podmiotowość *nasciturusa*, bądź to interpretują pojęcie osoby jako obejmujące *nasciturusa*. Nazwanie „mającego się urodzić” człowiekiem nie rozstrzyga, a powinno, problemu zakresu

⁴⁶ M. Rzewuski, Definicja dziecka w Polsce. Uwagi de lege lata i de lege ferenda, „Rejent” 2007, nr 4, s. 191.

⁴⁷ Zdaniem O. Nawrota, Status prawny nienarodzonego, „Forum Akademickie” 2006, nr 7-8, tak częste odwoływanie się i posługiwanie zwrotem *nasciturus* zdaje się wiązać z neutralnością antropologiczną tego terminu.

przysługujących mu praw, gdyż w sferze prawa cywilnego posługujemy się kategorią zdolności, podmiotowości i osobowości prawnej, a zakres i wzajemne relacje nie są już jednoznacznie interpretowane. Przyjmuje się, że zdolność prawna będąca podstawową kategorią, którą posługujemy się w zakresie prawa osobowego, nie stanowi synonimu osobowości prawnej i przyznana jest nasciturusowi warunkowo. Uznanie warunkowej zdolności prawnej dziecka poczętego w literaturze przedmiotu przybiera różne zakresy. Zbigniew Radwański opowiada się za uznaniem warunkowej koncepcji prawnej pod warunkiem zawieszającym żywego urodzenia jako warunek *conditio iuris*⁴⁸. Stanisław Dmowski uważa, że mamy w tym przypadku do czynienia z rozwiązującym warunkiem urodzenia martwego⁴⁹. Przenosząc te rozważania na grunt ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, należy stwierdzić, że w zakresie praw stanu nie możemy mówić o warunkowej zdolności prawnej. Zdolność prawna nasciturusa w tym zakresie przybiera postać nieograniczonej i bezwarunkowej zdolności prawnej. Problem zdolności prawnej nasciturusa w k.c. był uregulowany w sposób nie budzący wątpliwości tylko przez krótki okres. Zgodnie ze zmianami wprowadzonymi do k.c. ustawą z dnia 30 sierpnia 1996 r., nowelizującą ustawę z dnia 7 stycznia 1993 r. – o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁵⁰, uchylony został przepis art. 8 § 2 k.c. W myśl tego przepisu zdolność prawną miało również dziecko poczęte, jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskiwało ono pod warunkiem, że urodzi się żywe. Trybunał Konstytucyjny po uchyleniu tego przepisu uznał, że nie musi prowadzić to do automatycznego uznania braku jakiegokolwiek zdolności prawnej dzieci poczętych. Także przed wejściem w życie ustawy z 1993 r. w orzecznictwie sądowym odnajdujemy konstrukcję zdolności nasciturusa w zakresie niektórych praw przewidzianych w k.c., na zasadzie interpretacji poszczególnych przepisów prawa cywilnego. Joanna Haberko uważa, że dla nabycia zdolności prawnej istotne jest to, czy urodzenie jest urodzeniem żywym czy urodzeniem martwym, a skutek w postaci nabycia podmiotowości prawnej wiąże ona wyłącznie z żywym urodzeniem⁵¹. W doktrynie sporny jest charakter warunku; według jednych jest to warunek zawieszający, którym jest urodzenie się dziecka żywego⁵², a według innych chodzi o warunek rozwiązujący, którym jest

⁴⁸ Z. Radwański, *Prawo cywilne- część ogólna*, Warszawa 2009, s. 149.

⁴⁹ S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, s. 77 i n.

⁵⁰ Dz. U. z 1996 r. Nr 17, poz. 78 ze zm.

⁵¹ J. Haberko, *Konsekwencje prawne...*, s. 65.

⁵² K. Piasecki, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, pod red. J. Winiarza, t. 1, Warszawa 1989, s. 24; S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa?* „Nowe Prawo” 1968, nr 2, s. 83 i n.

urodzenie dziecka martwego⁵³. W literaturze przedmiotu spotykamy się także z poglądem odmawiającym nasciturusowi zdolności prawnej⁵⁴, która jest właściwością wszystkich potencjalnych podmiotów stosunków cywilnoprawnych i przesądza o ich podmiotowości prawnej. W związku z tym pojawia się pytanie, czy skutek nabycia podmiotowości prawnej wiąże się wyłącznie z żywym urodzeniem⁵⁵. Prawdą jest, że nie ma w k.c. ani w k.r.o. przepisu, który *expressis verbis* przyznaje podmiotowość prawną dziecku nienarodzonemu. Przepis art. 8 k.c. daje każdemu człowiekowi, ale dopiero od chwili urodzenia, zdolność prawną, tak więc mówimy o osobie fizycznej z chwilą urodzenia, w domyśle żywego urodzenia. Na podstawie przepisu art. 9 k.c. domniemujemy takie urodzenie. Przyjmując, że *nasciturus* jest postacią życia ludzkiego⁵⁶, to i tak w doktrynie nie przesądza się o jego podmiotowości w sposób nie budzący wątpliwości, nawet gdy przepisy prawa cywilnego w pewnym zakresie uwzględniają prenatalną fazę rozwoju człowieka⁵⁷. Stwierdzenie M. Pazdana, że zdolność prawna przysługuje każdemu człowiekowi w takim samym zakresie⁵⁸, byłoby adekwatne do aktualnego stanu prawnego, gdyby to poczęcie, a nie urodzenie żywe, było jedynym wyznacznikiem nabycia zdolności prawnej, a śmierć, a nie urodzenie martwe w przypadku człowieka we wczesnym stadium jego rozwoju, było jedynym wyznacznikiem jej ustania. W orzecznictwie SN pojawia się jednak pogląd, że dziecko nienarodzone, a zdolne do życia poza organizmem matki, które zmarło na skutek obrażeń odniesionych w wypadku, może zostać uznane za „zmarłego” w rozumieniu art. 446 § 4

⁵³ B. Wałaszek, *Nasciturus...*, s. 121 i n.

⁵⁴ S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1 Ossolineum 1985, s. 309; S. Dmowski, S. Rudnicki [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, Cześć ogólna*, Warszawa 2003, s. 69.

⁵⁵ Tak J. Haberko, *Konsekwencje prawne...*, s. 65.

⁵⁶ T. Smoczyński, *Pojęcie i status prawny dziecka poczętego*, „*Studia Prawnicze*” 1989, nr 4, s. 25.

⁵⁷ Por. art. 927 § 2 k.c., przepis ten stosujemy odpowiednio do zapisu – art. 972 k.c. a także art. 446¹ k.c., przyznający roszczenie o naprawienie szkody doznanej przed urodzeniem. W doktrynie nie wyklucza się naprawienia szkód spowodowanych naruszeniem prawa do wizerunku lub niezgodnym z interesem dziecka wykorzystaniem jego wizerunku z okresu prenatalnego, tak E. Ferenc-Szydełko, *Wizerunek dziecka jako dobro prawnie chronione. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Księga Jubileuszowa Prof. dr hab. Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008, s. 42; art. 994 k.c. określający zasady obliczania zachowku w przypadku, gdy darowizna została uczyniona na mniej niż trzysta dni przed urodzeniem się zstępnego, czy też art. 599 k.p.c. określający, że sądem opiekuńczym właściwym do ustanowienia kuratora dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego, jest sąd właściwy według miejsca zamieszkania lub pobytu matki. Orzecznictwo ustaliło dodatkowe reguły dotyczące dziecka poczętego, szerzej por. wyrok SN z 4 kwietnia 1966 r., sygn. akt II PR 139/66, (OSNC 1966, nr 9, poz. 158); uzasadnienie wyroku z 11 stycznia 1967 r., sygn. I PR 510/66 (OSN 1967, nr 7-8, poz. 141); wyrok SN z 7 października 1971 r., sygn. akt III CRN 255/71 (OSN 1972, nr 3, poz. 59); wyrok NSA z 28 listopada 1985 r., sygn. akt III SA 1183/85, (OSP 1987, z. 2, poz. 28); uchwała Pełnego Składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 30 listopada 1987 r., sygn. akt III PZP 36/87, (OSN 1988, nr 2-3, poz. 23) oraz wydany pod rządą art. 8 § 2 k.c. wyrok SN z 29 maja 1996 r., sygn. akt III ARN 96/95 (OSNAP 1996, nr 24, poz. 366).

⁵⁸ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz do artykułów 1 – 449¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, 81.

k.c.⁵⁹ Natomiast dziecko w fazie prenatalnej, niezdolne do życia poza organizmem matki, nie może być uznane za „zmarłego” w rozumieniu art. 446 § 4 k.c.⁶⁰ Jak się wydaje takie zapatrywanie SN czerpie z ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny⁶¹, implementując tam funkcjonujące rozwiązania na grunt prawa cywilnego. W prawie karnym stopień tej ochrony może być uzależniony od poziomu rozwoju, na jakim znajduje się dziecko nienarodzone; dalej idącej ochronie podlega dziecko nienarodzone, lecz zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki. Zdolność do życia poza organizmem matki definiowana jest jako taki stopień rozwoju dziecka, który po odłączeniu go od ciała matki daje szansę przeżycia. W k.k. penalizuje się zachowanie polegające na dokonaniu wbrew przepisom ustawy zabiegu aborcji (art. 152 k.k.). Jej dokonanie, gdy dziecko jest zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, stanowi przestępstwo kwalifikowane (art. 152 § 3 k.k.), a sprawca podlega surowszej odpowiedzialności karnej. Wydaje się, że wątpliwym jest uwzględnienie stopnia rozwoju dziecka nienarodzonego w prawie cywilnym, zarówno przy ocenie pojęcia osoby zmarłej z punktu widzenia biologicznego, jak i pojęcia śmierci osoby bliskiej. W jakimś stopniu zauważył to także SN, stwierdzając, że „uznanie, że dziecka niezdolnego do życia poza organizmem matki nie można uznać za zmarłego w rozumieniu art. 446 § 4 k.c. nie oznacza, iż jego śmierć pozostała bez wpływu na funkcjonowanie rodziny. Brak możliwości przypisania prawnego pojęcia nie jest bowiem tożsamy z nieistnieniem dziecka i nie wytworzeniem się więzi rodzinnych”⁶².

Z pewnością takie rozróżnienie nie ma uzasadnienia w ustawie z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego⁶³. Dziecko w myśl tej ustawy, które urodziło się martwe jest traktowane jak osoba fizyczna, która zmarła⁶⁴. Zgodnie z art. 52 ust 2 p.a.s.c.,

⁵⁹ Wyrok SN z 9 marca 2012 r., sygn. akt. I CSK 282/11, (OSNC 2012, nr 11, poz. 130). Głosy: aprobująca – K. Bączyk-Rozwadowska, OSP 2012, nr 11, poz. 106; krytyczna – M. Nesterowicz, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 1, s. 108-113.

⁶⁰ Wyrok SN z 13 maja 2015 r., sygn. akt III CSK 284/14.

⁶¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137, [dalej cyt. k.k.].

⁶² Zob. uzasadnienie do wyroku SN z 13 maja 2015 r., sygn. akt III CSK 284/14.

⁶³ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2064, [dalej cyt. p.a.s.c.].

⁶⁴ Por. uchwałę pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 30 listopada 1987 r., sygn. akt III PZP 36/87, (OSN 1988, z. 2-3, poz. 23); W drodze wykładni sądowej pojęciem *nasciturusa* przyjęto również osoby będącymi ofiarami represji wojennych (art. 4 ust. 1 ustawy o kombatanach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego z 24 stycznia 1991 r.). Por. też B. Walaszek, *Nasciturus...*, s. 121-132; A. Mączyński, K. Zawada, *Zamierzona nowelizacja kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, z. 3, s. 418, którzy stwierdzają, iż art. 8 ust. 2 k.c. nie wprowadza nowości normatywnej. Zob. Z. Radwański, który stwierdza, iż: „art. 8 k.c. stanowiący, że człowiek uzyskuje zdolność prawną od chwili urodzenia uważa należy za archaiczny oraz niezgodny z wieloma przepisami szczególnymi i panującym poglądem naukowym, który opowiada się za przyznaniem *nasciturusowi* warunkowej zdolności prawnej – już od chwili poczęcia. W tym względzie wskazana jest więc interwencja ustawodawcy”, zob. tenże, *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2006, s. 38.

jeżeli dziecko urodziło się martwe, sporządza się akt urodzenia, przy czym zamieszcza się w nim adnotację „urodzenie martwe”. Nie sporządza się wówczas aktu zgonu (52 ust 2., *in fine* p.a.s.c.), a zatem akt urodzenia pełni jednocześnie rolę aktu zgonu, stanowiąc m.in. podstawę do zorganizowania dziecku pochówku. W akcie urodzenia znajdują się takie dane jak nazwisko, imię (imiona) i płeć, miejsce i data urodzenia oraz nazwiska, nazwiska rodowe rodziców, imię (imiona), miejsce i data urodzenia, a także miejsce zamieszkania każdego z rodziców w chwili urodzenia się dziecka. Są to zatem dane, które w dalszym życiu opisują człowieka jako określoną, konkretną jednostkę. Oznacza to, że także w przypadku dziecka, które urodziło się martwe, właściwe przepisy przewidują stwierdzenie zgonu oraz jego adnotację w wymaganej formie.

Oczywiście urodzenie dziecka martwego jest równoznaczne z jego śmiercią, tj. śmiercią człowieka, ale w skutkach już nie, np. na gruncie art. 927 § 2 k.c. dochodzi do wartościowania życia jak i śmierci w zależności od tego, w jakiej fazie rozwoju człowiek pozostaje, a cezurą staje się urodzenie żywe lub martwe. Dodajmy, że dziecko zostanie powołane do spadku, jeżeli urodzi się żywe, a więc nabędzie zdolność prawną, niezależnie od tego, czy posiada fizjologiczną zdolność do dalszego życia czy też nie lub czy przeżyło kilka sekund czy kilka godzin. W przypadku natomiast urodzenia martwego dziecko nie nabywa żadnych praw. Zarówno w pierwszym jak i w drugim przypadku mamy do czynienia z formą życia ludzkiego różniącą się jedynie chwilą śmierci, tj. przed lub po urodzeniu. Czy jest to wystarczający argument dla ukształtowania w odmienny sposób podmiotowości dziecka martwo urodzonego w prawie cywilnym? Biorąc pod uwagę wcześniejsze wywody, wydaje się, że nie. W okresie przed narodzinami niektóre skutki prawne polegają na przyznaniu nasciturusowi warunkowej zdolności prawnej, w granicach określonych prawem. Jest on traktowany jako warunkowy spadkobierca, pod warunkiem zawieszającym, że urodzi się żywy. Prawa podmiotowe, mające przysługiwać dziecku po urodzeniu, mogą być w tym okresie zabezpieczone, w oczekiwaniu na urodzenie⁶⁵. W odniesieniu natomiast do filiacji skutki niemajątkowe uznania powstają bezwarunkowo w momencie uznania. W sferze prawa rodzinnego dominujące znaczenie w przypadku dziecka martwo urodzonego będą miały przepisy o charakterze niemajątkowym, określające w pierwszym rzędzie stan cywilny. Przepis art. 75 k.r.o. dopuszcza ustalenie ojcostwa przez uznanie dziecka poczętego oraz umożliwia ustalenie kuratora *ventris nomine* dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nieurodzonego (art. 182 k.r.o.).

⁶⁵ Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2003, s. 150.

Należy zauważyć, że pełne skutki wywoła uznanie dopiero z chwilą żywego urodzenia się dziecka. Natomiast w razie martwego urodzenia uznanie dziecka nie wywołuje pełnych skutków. Tak więc prawa przyznane dziecku warunkowo nie zostają przez nie nabyte. Niesłuszny jest pogląd, w myśl którego uznanie nasciturusa staje się bezprzedmiotowe z chwilą martwego urodzenia i w związku z tym nie może wywołać żadnych skutków⁶⁶, ponieważ uznanie takie wywołuje m.in. skutek polegający na tym, że stanowi ono podstawę uwzględnienia roszczeń matki pozamałżeńskiego dziecka, przysługujących jej na podstawie art. 141 § 1 k.r.o. wobec ojca martwo urodzonego dziecka, a sąd w uzasadnieniu powinien powołać się na wcześniej dokonane uznanie ojcostwa w trybie art. 75 k.r.o. W związku z tym należałoby opowiedzieć się za niedopuszczalnością złożenia oświadczenia o uznaniu tego samego nasciturusa przez innego mężczyznę⁶⁷. Dopuszczalne jest uznanie ojcostwa również po śmierci dziecka małoletniego i to niezależnie od tego, czy pozostawiło zstępnych⁶⁸. W pierwotnej wersji przepis art. 76 k.r.o. stanowił, że uznanie dziecka nie może nastąpić po jego śmierci, chyba że dziecko pozostawiło zstępnych. Przepis ten utracił moc na skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2007 r.⁶⁹, jako sprzeczny z art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz w zw. z art. 18 Konstytucji RP. Uchylony przepis pozwalał na uznanie dziecka po śmierci przez ojca pozamałżeńskiego, który np. za życia nie był zainteresowany dzieckiem, a tylko spadkiem po dziecku⁷⁰. Przywołany powyżej wyrok dotyczył możliwości uznania przez ojca dziecka, które urodziło się martwe⁷¹. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 76 k.r.o. w zakresie, w jakim uniemożliwia uznanie dziecka po jego śmierci, o ile nie pozostawia ono zstępnych, jest niezgodny z Konstytucją. Jednocześnie zastrzegł, że "wprowadzenie takiej możliwości nie zmienia statusu dziecka w stadium prenatalnym (...)" ponieważ, zdaniem Prokuratora Generalnego, możliwość uznania dziecka zmarłego jeszcze przed urodzeniem prowadziła do nadania zmarłemu nasciturusowi

⁶⁶ Tak S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte...*, s. 84.

⁶⁷ Tak J. Mazurkiewicz, *Uznanie dziecka poczętego*, „*Studia Prawnicze*” 1975, nr 4, s. 86; A. Sylwestrzak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* pod red. H. Doleckiego, T. Sokołowskiego, Warszawa 2010, s. 521.

⁶⁸ W razie, gdy dziecko zmarło przed dniem 13 czerwca 2009 r., tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1431). Zgodnie z art. 9 ust. 4 noweli, w stosunku do dziecka, które urodziło się nie dawniej niż osiemnaście lat przed dniem 13 czerwca 2009 r. (a więc urodziło się 13 czerwca 1996 r. lub później) i zmarło przed tym dniem, nie uzyskawszy pełnoletniości, uznanie ojcostwa mogło nastąpić w ciągu sześciu miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej, czyli do dnia 13 grudnia 2009 r.

⁶⁹ Sygn. akt. SK 61/06, (OTK 2007, nr 7, poz. 77).

⁷⁰ J. Gwiazdomorski, *Uznanie ojcostwa dziecka*, Warszawa 1976, s. 21. Autor podnosił, że postępowanie takiego ojca godzi w zasady współzycia społecznego i zgłoszenie się przez niego do spadku po dziecku nie powinno korzystać z ochrony (art. 5 k.c.).

⁷¹ Przedmiotem skargi konstytucyjnej były przepisy dotyczące instytucji uznania dziecka. Regulacje dotyczące tej instytucji stanowiły przedmiot rozważań w kilku orzeczeniach TK m.in. wyrok z 12 listopada 2002 r., sygn. akt SK 40/01, (OTK ZU 2002, nr 6, poz. 81); wyrok z 28 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 18/02, (OTK ZU 2003, nr 4/A/, poz. 32); wyrok z 17 kwietnia 2007 r., sygn. akt SK 20/05, (OTK ZU 2007, nr 4/A/, poz. 38).

szczególnej podmiotowości prawnej bez zdolności prawnej). W ocenie TK wprowadzenie takiej możliwości nie zmienia statusu dziecka w stadium prenatalnym, o jego statusie i zakresie zdolności prawnej rozstrzygają bowiem szczegółowe przepisy prawne. Trybunał w uzasadnieniu wyroku podkreślił, że „możliwość uznania dziecka może mieć dla jego rodziców istotne znaczenie również w sytuacji, gdy dziecko nie żyje. Uznanie dziecka po śmierci może, z jednej strony, odpowiadać wewnętrznej potrzebie określenia tożsamości ich zmarłego dziecka i potwierdzenia faktu ojcostwa, a z drugiej strony, może mieć znaczenie dla stosunków majątkowych, a w szczególności dla porządku dziedziczenia po zmarłym dziecku”, a „uznanie dziecka po jego śmierci nie narusza ukształtowanych więzi rodzinnych”.

Nasciturus w nowej ustawie prawo o aktach stanu cywilnego

Kodeks rodzinny i opiekuńczy i ustawa - Prawo o aktach stanu cywilnego stanowią, czy powinny stanowić pewną całość określającą stosunki filiacyjne wchodzące w zakres szerszego pojęcia stanu cywilnego osoby fizycznej. Na marginesie pozostawiam wzajemne relacje obu aktów prawnych i prawny charakter wpisów w aktach stanu cywilnego. Jeżeli tematem jest *nasciturus* w nowej ustawie p.a.s.c., to należy odnieść się do zmian, jakie zaszły w rejestracji stanu cywilnego w ostatnim czasie. W pierwszym rządzie wprowadzono nową ustawę, która zastąpiła obowiązującą prawie 30 lat ustawę z 1986 r. Zasadniczym celem nowej regulacji, jak podniesiono w uzasadnieniu do projektu, jest podniesienie jakości rejestracji stanu cywilnego, a cel ten zostanie osiągnięty przez zapewnienie wszystkim kierownikom USC w Polsce możliwości prowadzenia rejestracji stanu cywilnego w postaci elektronicznej.

Istotną nowością jest wyodrębnienie w ramach prowadzonego rejestru stanu cywilnego dodatkowo rejestru uznań (art. 19 ust. 2 p.a.s.c.)⁷². Właściwość rejestru została zastrzeżona dla gromadzenia danych dotyczących przyjętych oświadczeń o uznaniu ojcostwa lub o odmowie przyjęcia tych oświadczeń. Rejestr uznań ma być, czy jest narzędziem dla kierowników USC, służącym do ustalenia możliwości przyjęcia oświadczeń koniecznych do uznania ojcostwa. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy kierownik USC odmówił już przyjęcia oświadczeń o uznaniu ojcostwa, a mężczyzna, który chce uznać ojcostwo, próbuje ponownie złożyć niezbędne oświadczenie przed innym kierownikiem USC. Ze względu na „odmiejscowienie”

⁷² Mając na względzie, że wpisy dotyczące uznania ojcostwa dokonane w księgach stanu cywilnego podlegają przeniesieniu do rejestru uznań, wpis do księgi powinien obejmować odpowiednie dane, które gromadzi się w tym rejestrze, zgodnie z art. 19 ust. 2 p.a.s.c. Niniejsze wpisy muszą zostać przeniesione do rejestru uznań w terminie do 31 grudnia 2015 r., o ile wcześniej nie zostanie sporządzony w rejestrze stanu cywilnego akt urodzenia dla dziecka uznanego.

uznania ojcostwa, rejestr uznań jest najlepszym miejscem do przechowywania informacji o przyjęciu oświadczeń niezbędnych do uznania ojcostwa. Tym samym, sporządzając akt urodzenia dziecka urodzonego przez matkę niepozostającą w związku małżeńskim, w łatwy sposób kierownik USC może sprawdzić, czy nastąpiło uznanie ojcostwa tego dziecka. Uwzględniając fakt, że proponowane przepisy z zakresu rejestracji stanu cywilnego regulują kwestie proceduralno-techniczne związane z przewidzianą w k.r.o. instytucją uznania ojcostwa, zmodyfikowaną w 2008 r., oraz 2015 r. (ustawą o leczeniu niepłodności), zdecydowano się na wprowadzenie wielu zmian w dotychczasowej procedurze przyjmowania oświadczeń koniecznych do uznania ojcostwa, uwzględniających okoliczność, że kierownik USC nie jest wyłącznie biernym odbiorcą oświadczeń składających się na uznanie ojcostwa, ale ocenia również dopuszczalność tego uznania. Stąd też w art. 63 p.a.s.c., utrzymując przewidzianą w dotychczasowych przepisach formę protokołu, którego sformalizowany wzór został określony w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 stycznia 2015 r. *w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego*⁷³ dla dokumentowania oświadczeń koniecznych do uznania ojcostwa, określono katalog danych wymaganych w protokole. W art. 63 p.a.s.c. proponuje się nie do końca racjonalne rozwiązanie. Przyjmuje bowiem w ust. 11, że „jeżeli oświadczenie konieczne do uznania ojcostwa zostało złożone przed przeniesieniem do organizmu kobiety komórek rozrodczych (...) kierownik urzędu stanu cywilnego sporządza protokół, który zawiera (...)”. Jeżeli mowa jest o przedmiotowym oświadczeniu, to może ono być złożone wyłącznie przed przeniesieniem komórek lub zarodków do organizmu kobiety. To oznacza, że nie ma możliwości, by przeniesienie nastąpiło, jeżeli uprzednio nie złożono stosownego oświadczenia przed kierownikiem USC. Zapewne, protokół służyć będzie celom dowodowym w zakresie przyszłego określenia praw stanu. Może mieć także znaczenie dowodowe, choć nie określono, w jaki sposób mężczyzna ma dowieść faktu złożenia oświadczenia w trybie art. 75¹ k.r.o. Raczej wątpliwe, że będzie to zaświadczenie o uznaniu, o którym mowa w art. 63 ust 10 p.a.s.c.

Gdy uznanie ojcostwa dziecka następuje przed konsulem przed urodzeniem dziecka, konsul powinien przekazać protokół uznania ojcostwa do kierownika USC, właściwego ze względu na miejsce sporządzenia aktu urodzenia matki dziecka, a jeżeli na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie nastąpiła rejestracja urodzenia matki – do kierownika USC. Zgodnie z art. 63 ust. 9 p.a.s.c. ustawy konsul wydaje rodzicom zaświadczenie potwierdzające

⁷³ Dz. U. z 2015 r., poz. 194.

uznanie ojcostwa dziecka, takie zaświadczenie będzie mógł wydać również kierownik USC, jeżeli wystąpi o to matka lub ojciec dziecka.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę jeszcze na jeden aspekt w zakresie uznania ojcostwa w oparciu o nowe przepisy wprowadzone do k.r.o. i p.a.s.c. W naszym systemie prawnym dopuszcza się uznanie ojcostwa w stosunku do dziecka małoletniego, dziecka poczętego, dziecka, którego już nie ma, bo zmarło, a od 1 listopada 2015 r. także dziecka którego jeszcze nie ma, jako warunek przystąpienia do procedury wspomagannej medycznie prokreacji, o którym w art. 75¹ § 1 k.r.o. W tym ostatnim przypadku kierownik USC jest jedynym podmiotem, przed którym takie uznanie może nastąpić. Jest to szczególny sposób uznania z wielu powodów, m.in. dlatego, że ustawodawca, dopuszczając uznanie ojcostwa, nie uzależnia go od warunku pochodzenia od uznającego mężczyzny, zrywając w tym przypadku z istnieniem więzów biologicznych między uznającym a uznanym, choć tego uznanego jeszcze nie ma, a samo uznanie jest oderwane od macierzyństwa, którego także nie ma, ale jest kobieta, która ma potwierdzić ojcostwo. W przypadku dawstwa anonimowego nie mamy w takiej sytuacji nawet do czynienia z domniemanym ojcem, ponieważ skutki oświadczenia są skuteczne, pod warunkiem, że dziecko urodziło się w następstwie procedury wspomagannej prokreacji i to w ciągu dwóch lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę. A przepis art. 81 § 1 k.r.o domniemanie łączy z mężczyzną, który był dawcą komórki rozrodczej. A co z ojcostwem w przypadku urodzenia martwego takiego dziecka? Nie mamy obecnie odpowiednika dawnego art. 42 ust 3 p.a.s.c. z 1986 r. na gruncie nowej ustawy p.a.s.c. W praktyce USC pojawiły się pytania, co z uznaniem w oparciu o art. 75¹ § 1 k.r.o., jeżeli będziemy mieli do czynienia z tzw. ciążą mnogą? Nasuwa się więc wątpliwość, czy regulacje prawne, pozwalające na dostęp do procedur wspomagannej medycznie prokreacji parom, które nie pozostają w związku małżeńskim, w sposób właściwy zabezpieczają interes dziecka wówczas, gdy mężczyzna nie podejmie dobrowolnie kroków zmierzających do uznania ojcostwa?

Ustawodawca kilka lat temu odszedł od wcześniejszej nazwy „uznanie dziecka” i położył akcent na przedmiot dokonywanego ustalenia, którym jest genetyczna więź łącząca ojca z dzieckiem. Oświadczenia te należy zakwalifikować jako oświadczenia wiedzy, które, jeżeli zostaną złożone w sposób odpowiadający wymogom ustanowionym w ustawie, wywołają skutki prawne. Stwierdzono, że oświadczenia mężczyzny, od którego dziecko pochodzi, oraz matki dziecka w przedmiocie uznania stanowią przyznanie faktu pochodzenia dziecka od tego mężczyzny. Oświadczenia te należy więc zakwalifikować jako oświadczenia wiedzy, które, jeżeli zostaną złożone w sposób odpowiadający wymogom ustanowionym

w ustawie, wywołają skutki prawne. Użyte w treści przepisu art. 73 § 1 k.r.o. określenie: „mężczyzna, od którego dziecko pochodzi” pozwala przyjąć, że dla skuteczności uznania sposób, w jaki doszło do zapłodnienia i poczęcia dziecka, pozostaje bez znaczenia. Pozostaje bez znaczenia, ale o ile odbyło się to z wykorzystaniem nasienia tego mężczyzny. Nie mamy już takiej pewności co do zastosowania technik heterologicznych. K. Gromek twierdzi, że uznanie ojcostwa jest jednostronnym aktem oświadczenia woli i wiedzy, dokonywanym wyłącznie przez mężczyznę, twierdzącego, że jest ojcem dziecka, bez względu na rzeczywisty stosunek biologiczny między nimi⁷⁴. Innymi słowy oświadczenie mężczyzny zawiera w sobie element woli *intentio* oraz przyznanie faktu rzeczywistego ojcostwa, co wcale nie determinuje istnienia ojcostwa biologicznego. Kierownik USC ani sąd nie ma instrumentu prawnego, aby w tym zakresie przeprowadzić jakąkolwiek procedurę o charakterze dowodowym, która miałaby rozstrzygnąć związek genetyczny między uznającym a dzieckiem uznawanym.

Takie stanowisko zasługuje na aprobatę, ponieważ mężczyzna może posiadać przekonanie o swoim ojcostwie wsparte oświadczeniem kobiety, gdyż zapewne najczęściej od niej się dowiaduje, że jest ojcem dziecka, a zakładamy, że wiedzę o fakcie współżycia bądź nie z określoną kobietą powinien posiadać, niejednokrotnie badania genetyczne dają mu taką wiedzę. Nie sposób więc nie uznać, że w oświadczeniu o uznaniu ojcostwa więcej jest woli niż wiedzy. Ustawodawca kurczowo jednak trzyma się w sytuacji zwykłego uznania ojcostwa prawdy genetycznej, co może oznaczać w niektórych przypadkach brak możliwości prawnego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego z pominięciem aktu obcowania płciowego między uznającym a matką dziecka, czy dziecka poczętego z pominięciem aktu obcowania płciowego rodziców przy wykorzystaniu obcego nasienia. Jednak gdy trafimy na „świadomego” kierownika USC, o szczególnej wnikliwości, mając na uwadze art. 73 § 1 k.r.o., zapewne odmówi przyjęcia oświadczenia o uznaniu zgodnie z treścią art. 73 § 3 k.r.o. Można się zastanawiać, czy po wprowadzeniu przepisu art. 75¹ § 1 k.r.o. powinien być nadal utrzymany przepis art. 73 § 1 k.r.o. w obecnej treści, a przynajmniej nie z modyfikacjami treści § 3 tego artykułu w sformułowaniu „albo gdy [chodzi o kierownika USC] powziął wątpliwości co do pochodzenia dziecka”. Analizując przepisy o uznaniu, nasuwa się konstatacja - jeżeli wiemy, kto jest ojcem, to uznanie hołduje prawdzie biologicznej i stawiamy wymóg pochodzenia od określonego mężczyzny, a jeśli nie wiemy, to ten warunek pomijamy.

⁷⁴ K. Gromek, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 1291.

Czy więc nie należy złagodzić w pewien sposób przepisów o uznaniu ojcostwa przed kierownikiem USC i pozwolić w niektórych sytuacjach na uznanie bez kurczowego trzymania się prawdy biologicznej, która i tak w wielu miejscach doznaje ograniczenia?

Dziecko martwo urodzone w przepisach prawa karnego

W przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 – Kodeks karny, w rozdziale XIX zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu” ochronie podlega życie i zdrowie istoty ludzkiej. Przepisy prawa karnego chronią - człowieka (art. 148, 150, 151, 155 158, 159, 160 k.k.), dziecko w okresie porodu (149 k.k.), dziecko poczęte (152-154 157a k.k.), osobę (161 k.k.). Istnieją w związku z tym wątpliwości co do zakresu terminologicznego, np. czy nazwą płód można objąć także dziecko poczęte. W doktrynie nie mamy również jednolitego poglądu co do tego, kto jest bezpośrednim przedmiotem ochrony przy przestępstwach z art. 152-154 k.k. Jedni uważają, że jest nim życie dziecka poczętego – istoty ludzkiej w prenatalnym okresie rozwoju⁷⁵. Z prawnego punktu widzenia życie dziecka, w tym dziecka niechcianego, ma taką samą wartość, jak każdego innego życia⁷⁶. Jednak intensywność ochrony życia i zdrowia istoty ludzkiej zależy od tego, czy jest ona tylko dzieckiem poczętym czy dzieckiem poczętym, które osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, czy też dzieckiem rodzącym się w sposób naturalny albo w wyniku zabiegu operacyjnego cięcia cesarskiego albo istotą ludzką po urodzeniu aż do śmierci⁷⁷.

Problemem przedmiotu ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. w odniesieniu do dziecka poczętego zajmował się także SN w uchwale z dnia 26 października 2006 r.⁷⁸, przyjmując, że rozpoczyna się ona od momentu rozpoczęcia porodu. Zwrócił uwagę, że ustawodawstwo karne chroni życie ludzkie od poczęcia, ale różny jest zakres i intensywność ochrony w fazie prenatalnej, jak również ustawodawca odrębnie unormował ochronę prawną życia i zdrowia „dziecka poczętego” oraz życia i zdrowia podmiotu określonego jako „człowiek”, w stosunku do którego te dobra osobiste są dobrami chronionymi życia narodzonego⁷⁹. Ten sposób

⁷⁵ Tak K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin 2001, s. 240; A. Zoll, [w:] *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do art. 117-227*, Kraków 1999, s. 255. Odmiennie O. Gómiok, [w:] *Kodeks karny Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 97, twierdząc, że jest nią kobieta ciężarna, której płód nie osiągnął jeszcze zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki.

⁷⁶ Szerzej zob. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Zakamycze 2003, s. 61 i n.

⁷⁷ L. K. Paprzycki, *Granice prawnokarnej ochrony życia i zdrowia człowieka na tle uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r. (IKZP 18/08)*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 56.

⁷⁸ Sygn. akt. I KZP 18/06 (OSNKW 2006, nr 11, poz. 97).

⁷⁹ W związku z tak sformułowaną definicją dziecka, nie ma racji bytu art. 4a ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U.

rozumowania zaprezentowano także w najnowszych orzeczeniach Sądu Najwyższego zasiadającego w Izbie Karnej.

Dziecko martwo urodzone w aspekcie medycznym⁸⁰

Czas trwania ciąży oblicza się w tygodniach, licząc od pierwszego dnia ostatniego normalnego krwawienia miesięcznego. Podstawową metodą kliniczną pozwalającą na uwidocznienie płodu w pierwszym tryestrze ciąży jest ultrasonografia. Pozwala ona także na wiarygodne określenie płci dziecka po 13 tygodniu ciąży, czyli w wieku ciąży odpowiadającym ukończeniu formowania się cech płciowych. Ultrasonografia może dać wynik ujemny, jeżeli lekarz będzie badał pacjentkę w trakcie lub po poronieniu. Może ona dać wynik fałszywie ujemny w przypadku ciąż wczesnych lub w przypadku daleko posuniętych pośmiertnych zmian płodu. Sposoby takie jak oznaczenie hormonów, szczególnie HCG, w znacznym stopniu uprawdopodobniają obecność ciąży, nie stanowią jednak o obecności tkanek płodu w materiale po poronieniu. Także doraźne badanie tkanek, zanurzonych w soli fizjologicznej, może w ocenie makroskopowej w znacznym stopniu jedynie uprawdopodobnić ciążę, poprzez stwierdzenie obecności elementów tworzącego się łożyska.

Rutynowo, w przypadku każdego poronienia w warunkach szpitalnych, materiał tkankowy wydany samoistnie lub uzyskany w trakcie zabiegu powinien być zbadany histopatologicznie. W badaniu tym można uwidocznić obecność tkanek płodu. Nie pozwala ono jednak na stwierdzenie płci dziecka. W tej sytuacji jedyną metodą określenia płci dziecka jest badanie genetyczne. Powinno ono dotyczyć tkanek rozwijających się z zapłodnionej komórki jajowej (płodu lub pozostałych elementów jaja płodowego), jak i fragmentów szczątków zawierających materiał genetyczny matki. Jest ono możliwe po ukończeniu badania histopatologicznego. W pewnych warunkach, szczególnie przy minimalnej ilości tkanek pochodzących z jaja płodowego, konieczna jest ścisła współpraca patomorfologa i osoby wykonującej badania genetyczne, mająca na celu poprawne określenie miejsca pobrania materiału do badania.

O zgonie świadczy to, że po takim wydaleniu lub wydobyciu płód nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne

z 1993 r. Nr 17, poz.78), stwarzający podstawę do dokonania aborcji. Pozostaje on także w sprzeczności z dyspozycją art. 8 § 1 k.c. Tak M. Rzewuski, *Definicja dziecka...*, s. 187-188.

⁸⁰ Materiał został przygotowany po konsultacji autora z dr. n. med. Lechem Wronieckim z Zakładu Patomorfologii Klinicznej Uniwersytetu Medycznego w Lublinie i dr. hab. Piotrem Koziółem z Działu Genetycznego Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego w Lublinie.

skurcze mięśni zależnych od woli. Jednak w przypadku ciąż zakończonych śmiercią dziecka przed urodzeniem znaczną część stanowią ciąże kończące się poronieniem. Szacuje się przy tym, że ponad 80% z nich są to poronienia przed 12 tygodniem ciąży. Najczęściej do utraty ciąży dochodzi przed 8 tygodniem. Poronienie po 14 tygodniu ciąży zdarza się tylko w 2% przypadków ciąż⁸¹. Wczesny okres ciąży jest częstą przyczyną trudności w ocenie klinicznej pacjentki w odniesieniu do stosowania się do przepisów dotyczących wypełnienia zgłoszenia urodzenia dziecka martwego. Znaczna część przypadków poronień dotyczy okresu rozwoju dziecka przed pełnym wykształceniem cech płciowych, zarówno lekarz ginekolog w ocenie ciąży dostępnymi dla niego metodami, jak też patomorfolog, oceniający materiał po poronieniu makroskopowo, nie mają możliwości określenia płci dziecka. Wydaje się, że jedyną metodą w tych przypadkach jest określenie płci metodami genetycznymi.

Po śmierci dziecka możemy wyróżnić kilka sytuacji w przypadku gdy: 1) płód jest widoczny makroskopowo- możemy określić płeć dziecka w drodze oględzin lub badań USG albo poprzez badania genetyczne, mamy zwłoki dziecka i możliwy jest pochówek. 2) płód jest widoczny w preparacie histopatologicznym oraz w przypadku ciąży z zaśnięciem częściowym- możemy określić płeć dziecka poprzez badania genetyczne, mamy pozostałości po badaniu, bloczki parafinowe/szkiełka, możliwy jest pochówek. 3) płód nie jest możliwy do identyfikacji w badaniu histopatologicznym - możemy określić płeć dziecka poprzez badania genetyczne, wątpliwy jest pochówek w takim przypadku, gdyż zostają jedynie pozostałości po badaniu, bloczki parafinowe/szkiełka. Podobne wątpliwości powstają w przypadku braku jednoznacznych wykładników ciąży w badaniu histopatologicznym, gdzie nie określimy płci dziecka, ale pozostają szczątki ludzkie.

Rutynowe postępowanie po poronieniu sprowadza się między innymi do wyłuszczenia jamy macicy przez ginekologa. Pobrany w trakcie tego badania materiał powinien być każdorazowo oceniony przez patomorfologa. W określonych sytuacjach klinicznych dopiero rutynowe badanie histopatologiczne potwierdza ciążę pacjentki. Głównymi celami tego badania jest określenie, czy kobieta była w ciąży i czy nie ma cech rozwoju choroby trofoblastycznej. W przypadku znalezienia elementów jaja płodowego, nawet bez obecności fragmentów płodu, materiał taki może posłużyć do dalszych badań genetycznych. W środowisku medycznym rodzi się jednak pytanie o sens określania płci dziecka, którego fizycznej obecności rutynowymi metodami diagnostycznymi nie można stwierdzić? Ponadto obligatoryjny termin wystawienia dokumentów przez ginekologów

⁸¹ J.S. Berek, Ginekologia, pod red. J. Kotarskiego 2008, t. 2, s. 663-669.

nakazuje w wielu sytuacjach określenie urodzenia dziecka przed formalnym potwierdzeniem ciąży w badaniu histopatologicznym. Co zrozumiałe, budzi to ich sprzeciw przed wypełnianiem tego rodzaju dokumentów. Nie można zapominać także o czasie potrzebnym na wykonanie wszystkich badań. Rutynowe badanie histopatologiczne może potrwać co najmniej trzy dni (uzależnione jest od trybu przekazania materiału do badania, organizacji pracy pracowni histopatologicznej, konieczności wykonania dodatkowych badań i ich dostępności czy sposobów przekazywania wyników badań), plus badanie genetyczne⁸² oraz nieunikniona zwłoka w przepływie dokumentów. Nawet gdyby nadać temu szczególny priorytet, trudno będzie przejść przez całą procedurę w czasie poniżej 7 dni od momentu uzyskania w szpitalu materiału do badania. Niemożliwym więc jest przekazanie do USC, właściwego ze względu na miejsce urodzenia, pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka dla dziecka martwo urodzonego we wczesnym okresie ciąży w terminie 3 dni.

Rejestracja dziecka martwo urodzonego w aktach stanu cywilnego.

Zagadnienia ogólne

W Polsce w okresie międzywojennym dzieci martwo urodzone zapisywano w księdze urodzonych i zmarłych. W rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 18 października 1920 r. w sprawie organizacji statystyki ruchu naturalnego ludności⁸³ w przepisie art. 9 czytamy, że znosi się obowiązujące dotychczas w b. dzielnicy pruskiej postanowienie, zawarte w drugim zdaniu § 23 ustawy Rzeszy Niemieckiej o stwierdzaniu stanu cywilnego i o ślubach z dnia 6 lutego 1875 r.⁸⁴, co do zapisywania dzieci martwo urodzonych tylko do księgi zgonów. Dzieci te zapisywane być miały na całym obszarze Rzeczypospolitej tylko do księgi urodzeń z adnotacją, że są urodzone martwe. Począwszy od dnia 1 stycznia 1927 r. na całym obszarze Rzeczypospolitej martwo urodzeni wpisywani byli wyłącznie do akt stanu cywilnego, względnie ksiąg metrykalnych urodzeń⁸⁵. W skorowidzu zarejestrowanemu dziecku martwo urodzonemu wpisywano nazwisko i obok niego w nawiasie wpisywano martwo urodzone. Zarówno dzieciom martwo urodzonym jak i żywo urodzonym, gdy zmarły przed

⁸² Trudno jest oszacować liczbę pracowni wykonujących obecnie badania genetyczne mogące ustalić płeć dziecka w materiale tkankowym po poronieniu. Obecnie takich badań nie wykonuje się rutynowo.

⁸³ Dz. U. z 1920 r. Nr 108, poz. 710.

⁸⁴ Dz. Ust. Rzeszy s. 23.

⁸⁵ Zob. art. 9 Rozporządzenia Prezydenta RP z 1 lutego 1927 r. o statystyce ruchu naturalnego ludności (Dz. U. z 1927 r. Nr 10, poz. 76).

zarejestrowaniem nie wpisywano imienia⁸⁶. Podobnie, zgodnie z art. 59 ust. 2 dekretu z dnia 25 września 1945 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego⁸⁷, jeżeli dziecko urodziło się nieżywe lub zmarło przy porodzie, wpis następował jedynie w księdze urodzeń, w terminie dwóch tygodni (ust. 1), ze stosowną wzmianką a akt nie zawierał imienia dziecka. W komentarzu do przywołanego przepisu art. 59 dekretu J. Litwin stwierdził autorytatywnie, że obowiązek zgłoszenia urodzenia dziecka nieżywego istniał, gdy płód ludzki urodził się [podkreślenie P.K.] w stanie nieżywym po upływie co najmniej 7 miesięcy ciąży⁸⁸.

W kolejnym dekrete z dnia 8 czerwca 1955 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego⁸⁹ art. 30 odnosił się jedynie do dziecka martwo urodzonego, które to zgłoszenie takiego urodzenia powinno nastąpić w ciągu 3 dni. W tym przypadku należało sporządzić tylko akt urodzenia z adnotacją w rubryce "Uwagi", że dziecko urodziło się martwe⁹⁰. Dla dziecka, które zmarło przy porodzie, od wejścia w życie tego dekretu, w odróżnieniu od wcześniejszego stanu prawnego, sporządza się zarówno akt urodzenia jak i akt zgonu. Przepis art. 30 dekretu z 1955 r. w niezmienionej postaci został przeniesiony do art. 38 ust. 2 p.a.s.c. z 1986 r. Zdaniem J. Litwina „martwo urodzonemu dziecku z natury rzeczy nie nadaje się imienia”⁹¹. Natomiast w Instrukcji dla urzędów stanu cywilnego i organów nadzoru z 1955 r. w pkt. 37 określono, że „nadanie dziecku imienia winno nastąpić również i w tym przypadku, gdy dziecko urodziło się martwe lub zmarło przy porodzie”. Dziecku nadaje się imię (imiona) w chwili sporządzenia aktu urodzenia w USC. Wpisanie do aktu urodzenia dziecka imienia jest potwierdzeniem d wyboru dokonanego przez rodziców. O ile nazwisko dziecka wynika z aktu małżeństwa jego rodziców lub jest nazwiskiem matki w chwili urodzenia się dziecka, o tyle

⁸⁶ W projekcie ustawy o aktach stanu cywilnego uchwalonego przez Komisję Kodyfikacyjną Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 9 marca 1931 r. w art. 133 także zaproponowano, aby w akcie urodzenia dziecka, które zmarło przed sporządzeniem aktu, nie wpisywać imienia.

⁸⁷ Dz. U. z 1945 r. Nr 48, poz. 272 ze zm.

⁸⁸ J. Litwin, Prawo o aktach stanu cywilnego, Łódź 1949, s. 145. Autor ten w swoim twierdzeniu powołał się na § 2. Rozporządzenia Ministra Opieki Społecznej z 30 listopada 1933 r. o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyny zgonu, wydanego w porozumieniu z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Ministrem Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego (Dz. U. z 1934 r. Nr 13, poz. 103) w brzmieniu: *Za dzień i godzinę (chwile) zgonu w rozumieniu ustawy uważa się dzień i godzinę zgonu, stwierdzone na karcie zgonu (art. 3). Za zwłoki w rozumieniu ustawy uważa się również zwłoki noworodków martwo urodzonych, t. j. płody ludzkie, urodzone w stanie nieżywym po upływie co najmniej 7 miesięcy ciąży. Przez szczątki w myśl ustawy należy rozumieć zarówno pozostałości zwłok, które wydobyto przy kopaniu grobu, jak i części ciała ludzkiego, odłączone od całości, jako też i popioły, otrzymane przez spopielenie zwłok ludzkich. Przepisy, dotyczące szczątków, mają zastosowanie również do płodów ludzkich, urodzonych przed upływem 7-go miesiąca ciąży.* Przywołał także orzecznictwo francuskie stojące na stanowisku, że „ilekroć istota ludzka przyszła na świat wcześniej, niż po upływie 180 dni od daty poczęcia, nie należy sporządzać aktu, (...) nie ma zatem „dziecka” w rozumieniu prawa”, tamże s. 145-146. Obowiązek zgłoszenia urodzenia dziecka martwego, gdy płód ludzki urodził się po upływie co najmniej 7 miesięcy ciąży, został potwierdzony dopiero w Instrukcji dla urzędów stanu cywilnego i organów nadzoru z 1955 r. w pkt. 33.

⁸⁹ Dz. U. z 1955 r. Nr 25, poz. 151 ze zm.

⁹⁰ Zob. także pkt. 33 Instrukcji dla urzędów stanu cywilnego i organów nadzoru z 1955 r.

⁹¹ J. Litwin, Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, Warszawa 1961, s. 321 i 335.

nadanie dziecku imienia należy do uprawnień rodziców. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego został już kilkakrotnie wypowiedziany i szerzej uzasadniony pogląd, idący zresztą za wcześniejszym stanowiskiem doktryny, że nadanie imienia dziecku jest atrybutem władzy rodzicielskiej. Tak więc wybór imienia (a także nazwiska) należy do istotnych spraw dziecka, jest atrybutem władzy rodzicielskiej i jeżeli ta przysługuje rodzicom, mają oni prawo dokonać wyboru imienia dziecka⁹². Gdy rodzice nie dokonają wyboru imienia (imion) dziecka, wówczas kierownik USC może wpisać do aktu urodzenia jedno z popularnych imion używanych w kraju⁹³.

Zdarzenie cywilnoprawne, jakim jest śmierć osoby fizycznej, rejestruje kierownik USC urzędu stanu cywilnego właściwy ze względu na miejsce zdarzenia⁹⁴. Rejestracja zgonu następuje w formie aktu zgonu. W przypadku jednak gdy dziecko urodziło się martwe, nie sporządza się aktu zgonu, a przepis art. 52 ust. 2 p.a.s.c. przewiduje jedynie sporządzenie aktu urodzenia z adnotacją, że dziecko urodziło się martwe⁹⁵. Niesporządzanie w tym przypadku aktu zgonu uzasadnia się niemożliwością urzędowego potwierdzenia zgonu osoby bez uprzedniego sporządzenia dla niej aktu urodzenia. Niedopełnienie obowiązku zgłoszenia w USC faktu urodzenia lub zgonu, zgodnie z art. 146 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. kodeks wykroczeń⁹⁶, podlega karze grzywny do 250 złotych albo karze nagany. Wykroczenie ma charakter formalny (bezskutkowy) i indywidualny - jego podmiotem mogą być wyłącznie osoby zobowiązane na podstawie ustawy p.a.s.c. do zgłoszenia urodzenia lub zgonu we wskazanym terminie. Wykroczenie z art. 146 k.w. można popełnić zarówno umyślnie jak i nieumyślnie. Sprawca nie podlega jednak odpowiedzialności, jeżeli pomimo niedokonania zgłoszenia akt stanu cywilnego został sporządzony we właściwym czasie (§ 2).

⁹² Zob. postanowienie SN z 6 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 786/98, (OSNCP 2001, nr 1, poz. 6). Przeciwno powszechnemu przyjęciu, że prawo rodziców w tym zakresie jest atrybutem władzy rodzicielskiej, wypowiedzieli się A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebińczyk, w swoim artykule O zmianach w prawie rodzinnym w celu wzmocnienia ochrony dobra dziecka, „Nowe Prawo” 1990, nr 10-12, s. 87.

⁹³ Pomocą dla kierownika USC w tym zakresie stanowią publikacje, m.in.: J. Bubak: Księga naszych imion, Wrocław 1993; H. Fross, F. Sowa, Twoje imię, Przewodnik onomastyczno-hagiograficzny, Kraków 1995; W. Janowowa, A. Skarbek, B. Zbijowska, J. Zbiniowska, Słownik imion, Wrocław 1991; B. Kupis, Nasze imiona, Warszawa 1991; W. Kupiszewski, Dlaczego Agnieszka a nie Ines? Wybierz imię dla swojego dziecka, Warszawa 1991.

⁹⁴ Zob. art. 13 ust 2 p.a.s.c.

⁹⁵ H. Cioch postuluje, aby w przypadku gdy dziecko urodziło się nieżywe, sporządzany był akt urodzenia bez adnotacji, że dziecko urodziło się nieżywe, oraz normalny akt zgonu, tenże, O niektórych spomych kwestiach z zakresu prawa osobowego, [w:] Księga Jubileuszowa Prof. dr hab. Tadeusza Smoczyńskiego, Toruń, 2008, s. 370.

⁹⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz.1094, [dalej cyt. k.w.].

Co powinien zawierać akt urodzenia lub zgonu, ogólnie określa przepis art. 60 i 95 p.a.s.c.⁹⁷ Odpisy zupełne czy skrócone powinny odzwierciedlać dane zawarte w rejestrze stanu cywilnego.

Podobnie jak ma to miejsce w polskim systemie prawnym, m.in. w Anglii rejestracji podlega urodzenie dziecka martwego. Definicję płodu martwego znajdziemy w Ustawie o Rejestrze Urodzeń i Zgonów z 1953 roku w artykule 41, który został zmieniony w 1992 r. w artykule 1(1). Obowiązkowi rejestracji podlega jedynie płód urodzony po 24 tygodniu ciąży. Nie istnieją natomiast przepisy dotyczące rejestracji płodu urodzonego przed 24 tygodniem ciąży⁹⁸. Od kilku już lat toczy się w Wielkiej Brytanii dyskusja na temat określenia dokładnego tygodnia ciąży, od którego można rejestrować dziecko i uzyskać akt urodzenia. Jest wiele głosów proponujących zmianę z 24 tygodnia na 18, co dałoby większy komfort psychiczny rodzicom. Pozwoliłoby to również rozwiązać problemy związane z pochówkiem dziecka. Rejestracja płodu martwego powinna być dokonana w przeciągu 42 dni od porodu i nie może być dokonana po upływie 3 miesięcy od porodu. Zarejestrować martwy płód można jeszcze w szpitalu lub później w lokalnym USC. Obowiązek rejestracji martwych płodów daje rodzicom możliwość oficjalnego zgłoszenia dziecka oraz nadania mu imienia, jeśli sobie tego życzą.

Rejestracja dziecka martwo urodzonego w aktach stanu cywilnego.

Zagadnienia szczegółowe

Z uwagi na zgłoszeniowy system rejestracji stanu cywilnego kierownik USC powinien otrzymać zgłoszenie, na podstawie którego sporządzi odpowiedni akt.

Zrozumienie problematyki postępowania w przypadku śmierci dziecka przed urodzeniem wymaga w pierwszym rzędzie określenia funkcjonujących pojęć: czasu trwania ciąży, poronienia, urodzenia żywego i zgonu płodu (urodzenia martwego). Zostały one

⁹⁷ Zasady i tryb prowadzenia rejestru stanu cywilnego określa na podstawie art. 27 ust 4 p.a.s.c. Rozporządzenie MSW z 9 lutego 2015 r. - w sprawie sposobu prowadzenia rejestru stanu cywilnego oraz akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego, (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz.1904), które zastąpiło uchylone Rozporządzenie MSWiA z 26 października 1998 r. w sprawie *szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczenia oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów* (Dz. U. 1998, nr 136, poz. 884 ze zm).

⁹⁸ Zob. Sąd w sprawie Patton przeciwko Trustees of the British Pregnancy Advisory Service and another z 1978 r. stanął na stanowisku, że w świetle przepisów prawa obowiązującego w Anglii i Walii, płód (fetus) nie posiada praw, por. Patton v. Trustees of the British Pregnancy Advisory Service and another, [w:] The All England Law Reports 1978, nr 2, s. 987, a status osoby (the status of a legal person) uzyskuje w momencie urodzenia, por. sprawa C v. S, [w:] The All England Law Reports 1987, nr 1, s. 1230-1234.

zdefiniowane obecnie w załączniku nr 1⁹⁹ do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania¹⁰⁰ dotyczącego kryteriów oceny stosowanych przy dokonywaniu wpisów w dokumentacji dotyczących czasu trwania ciąży, poronień, urodzeń żywych i zgonów płodów, a także w załączniku do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów oraz sposobu przetwarzania dokumentacji medycznej w podmiotach leczniczych utworzonych przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych¹⁰¹.

Zwraca uwagę także różnica co do zakresu znaczeniowego - martwo urodzonego, między funkcjonującą w zakresie spraw związanych z dokumentacją medyczną a funkcjonującą na gruncie ustawy prawo o aktach stanu cywilnego czy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Zdaniem niektórych, może to powodować trudności co do określenia zakresu roszczeń matki, kierowanych przeciwko mężczyźnie niebędącemu jej mężem, o których mowa w art. 141 § 1 oraz art. 143 *in fine* k.r.o.¹⁰² Wydaje się, że te rozbieżności terminologiczne nie spowodują w praktyce większych problemów, ponieważ w przypadku zgonu dziecka we wczesnej fazie ciąży zostanie sporządzony akt urodzenia z adnotacją o zgonie albo zostanie sporządzona karta zgonu bez względu na czas trwania ciąży. A więc i roszczenia matki wynikające z przywołanych przepisów k.r.o. istnieją niezależnie od czasu trwania ciąży.

W przypadku dzieci martwo urodzonych podstawą sporządzenia aktu urodzenia z adnotacją o zgonie jest pisemna karta martwego urodzenia, określona w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów karty urodzenia i karty

⁹⁹ Załącznik ten w obecnej treści funkcjonował w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 10 sierpnia 2001 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz. U. z 2001 r. Nr 88, poz. 966). Załącznik ten następnie został zawarty w rozporządzeniu zmieniającym z 17 września 2004 (Dz. U. z 2004 r. Nr 219, poz. 2230). Następnie w rozporządzeniu 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) i w rozporządzeniu z 21 grudnia 2010 (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 177). Zdaniem H. Ciocha podział urodzeń martwych na poronienia i zgony, według kryterium czasowego, jest nieetyczny i bezprawny, tenże, O niektórych spomych kwestiach z zakresu prawa osobowego, [w:] Księga Jubileuszowa Prof. dr. hab. Tadeusza Smyczyńskiego, Toruń, 2008, s. 371. W literaturze medycznej okres prenatalny podzielony został na okres rozwoju listków zarodkowych, tj. od momentu zapłodnienia do trzeciego tygodnia rozwoju, okres rozwoju zarodkowego, tj. od czwartego do ósmego tygodnia od momentu zapłodnienia oraz okres rozwoju płodowego, tj. od dziewiątego tygodnia po zapłodnieniu do momentu porodu.

¹⁰⁰ Dz. U. z 2015 r., poz. 2069.

¹⁰¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 249.

¹⁰² J. Haberko, Konsekwencje prawne..., s. 76.

martwego urodzenia, wystawiona przez upoważnionego pracownika zakładu opieki zdrowotnej albo lekarza lub położną, którzy byli obecni przy urodzeniu¹⁰³.

W stanie prawnym przed 1 marca 2014 r., gdyby przyjąć kryteria zawarte w załączniku do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 września 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej w zakładach opieki zdrowotnej, sposobu jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania¹⁰⁴, pisemne zgłoszenie urodzenia dziecka nie obejmowało poronień ani urodzeń martwych dzieci bez określenia ich płci. Powstała luka uniemożliwiająca w sposób formalny pochowanie takich dzieci. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zarówno rodziców przeżywających utratę dziecka jak i niektórych środowisk, w tym katolickich, Minister Zdrowia rozporządzeniem z dnia 21 grudnia 2006 r.¹⁰⁵ zmieniającym rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu i sposobu jej wypełnienia w § 1 pkt. 2 po wyrazach „dzieci martwo urodzonych” dodał „bez względu na czas ciąży”. Zmiana ta z jednej strony umożliwiła sporządzenie karty zgonu i pochowanie dzieci bez sporządzania aktu urodzenia, a z drugiej strony spowodowała trudności interpretacyjne, gdyż to samo zdarzenie mogło być określane przez ministerstwo zdrowia jako urodzenie martwe - w świetle przepisów rozporządzenia o pisemnym zgłoszeniu urodzenia lub poronienie – w myśl przepisów rozporządzenia dotyczącego dokumentacji medycznej. Rodziło to zrozumiały zamęt w praktyce USC, gdyż inna była definicja martwo urodzonego w zakresie spraw związanych z dokumentacją medyczną i nie rozwiązywała w sposób wystarczający nabrzmiałego problemu pochówku dzieci, które zmarły przed urodzeniem, co do których lekarz lub położna nie byli w stanie określić płci. Pochowanie dziecka bez sporządzenia aktu urodzenia niejako wysuwało, obecnie także, poza nawias społeczeństwa, nie biorąc po uwagę podmiotowości dziecka, a ponadto nie rozwiązywało kwestii chociażby zasiłku pogrzebowego czy innych świadczeń z tytułu zgonu dziecka. W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2006 wyraźnie zdefiniowano poronienie jako wydalenie lub wydobicie z ustroju matki płodu, który nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli, o ile nastąpiło to przed upływem 22. tygodnia ciąży (21 tygodni i 6 dni).

Dokonanie w/w rozróżnienia budziło w doktrynie wątpliwości co do możliwości pochowania dziecka po poronieniu, w kontekście brzmienia art. 38 ust 2 p.a.s.c. 1986.

¹⁰³ Dz. U. z 2015 r., poz. 171.

¹⁰⁴ Dz. U. z 2004 r. Nr 219, poz.2230.

¹⁰⁵ Dz. U. z 2007 r. Nr 1, poz. 9.

Niewątpliwie przepis ten w jakiejś mierze pozostawał w sprzeczności z przyjętymi kryteriami oceny stosowanymi przy dokonywaniu wpisów w dokumentacji dotyczących czasu trwania ciąży, poronień, urodzeń żywych i zgonów płodów, jednak mając na uwadze § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi¹⁰⁶, od 20 stycznia 2007 r. za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzone, bez względu na wiek trwania ciąży, a to w konsekwencji nakłada obowiązek pochowania zwłok również dzieci po poronieniu. W praktyce zastosowanie się przez lekarzy do tego rozporządzenia nie stanowiło problemu w przypadku zgonu płodu (martwego urodzenia), czyli po 22 tygodniu ciąży.

Zgodnie z obowiązującym do 1 marca 2015 r. § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania¹⁰⁷ dzieckiem martwo urodzonym było dziecko bez względu na czas trwania ciąży. Określenie „bez względu na czas trwania ciąży” nakazuje jednakowo traktować obumarłe zarodki (okres do 8 – 12 dnia ciąży) jak i płody (po zakończeniu okresu zarodkowego, czyli po zakończonym zagnieżdzeniu się zarodka w jamie macicy). Z definicji w praktyce klinicznej zwłoki w tak wczesnym okresie trwania ciąży nie mogły i nie mogą być zidentyfikowane. W sytuacji braku technicznej możliwości wykazania obecności płodu w materiale tkankowym po poronieniu nie ma także możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że go tam nie ma. Jeżeli do wydalenia tkanek w trakcie poronienia doszło w pełnej kontroli klinicznej i całość materiału tkankowego została zabezpieczona, można domniemywać, że zwłoki lub to, co po nich zostało w wyniku zmian pośmiertnych, mogą zostać pochowane. Dzięki temu rozwiązaniu osoby uprawnione do pochowania (np. rodzice), o których mowa w ustawie z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, mogły pochować takie dziecko. Jednakże rozwiązanie to oddziaływało również na treść rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 lutego 2005 r. w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka¹⁰⁸. Jeżeli więc, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania, doszło do martwego urodzenia, to należało również wydać pisemne zgłoszenie urodzenia dziecka, a w konsekwencji – akt urodzenia. Na zarejestrowanie (sporządzenie aktu urodzenia ze wzmianką o zgonie) dziecka, w przypadku gdy urodziło się martwe, jest tylko 3 dni, jeszcze krótszy termin przewiduje się w przypadku zgonu, o którym mowa w art. 93 ust. 1 zd. drugie

¹⁰⁶ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1783.

¹⁰⁷ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1782.

¹⁰⁸ Dz. U. z 2005 r. Nr 27, poz. 232.

p.a.s.c. *De lege ferenda* należy wydłużyć ten termin, gdyż często rodzice nie są w tym czasie w stanie załatwić wszelkich formalności potrzebnych do sporządzenia aktu urodzenia, w tym określenia płci dziecka. Wydaje się, że w tym przypadku właściwym byłby termin 21 dni, o których mowa w art. 55 ust 1 p.a.s.c.¹⁰⁹ Ponadto, ze względów organizacyjnych, mając na uwadze odczucia rodziców po stracie swojego dziecka, rejestracja dzieci martwo urodzonych powinna odbywać się w pokoju zgonów, a nie urodzeń w danym USC – chodzi przecież w tym przypadku o dokonanie rejestracji zgonu dziecka.

W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania¹¹⁰ wprowadzono od 20 stycznia 2007 r. możliwość wystawiania kart zgonu, na wniosek osób uprawnionych do pochowania, także dzieciom martwo urodzonym, bez względu na czas trwania ciąży. Karta zgonu dla dzieci martwo urodzonych wypełniana była na wniosek osób uprawnionych do pochówku. Zachowano sformułowanie „na wniosek osób uprawnionych”, co dawało możliwość wyboru tym osobom, szczególnie chodzi tu o rodziców dziecka bez względu na to, czy urodziło się ono martwe lub wskutek poronienia, czy pozostawiają dziecko w szpitalu, gdzie z reguły dochodziło do spopielenia zwłok w trybie i w sposób przewidziany we wcześniejszych przepisach, czy chcą odebrać dziecko i zorganizować pochówek¹¹¹. Tak więc **zwłoki dzieci martwo urodzonych** są chowane przez osoby uprawnione albo na wniosek osób uprawnionych zwłoki te mogą być spopielone przez zakłady opieki zdrowotnej dysponujące odpowiednimi urządzeniami do tego celu. Często rodzice lub inni krewni zmarłego dziecka rezygnują z pochówku lub napotykają na problemy w jego organizacji, wynikające z niedoinformowania o przysługujących im prawach.

Zdarzały się, i obecnie także, choć w mniejszym nasileniu, przypadki odmowy ze strony zakładu służby zdrowia wystawienia dokumentów koniecznych do pochowania dziecka martwo urodzonego lub sporządzenia aktu. Odmowy te argumentuje się obiektywnymi trudnościami, np. z ustaleniem płci dziecka. W niektórych USC, przy rejestracji tego typu zdarzeń, istniała praktyka proszenia rodziców o wskazanie płci przy sporządzeniu aktu urodzenia dziecka na podstawie tzw. uprawdopodobnienia płci, opierającego się np. na odczuciach matki¹¹². Jeżeli kierownik USC w trybie art. 22 p.a.s.c. 1986 wystąpił do szpitala

¹⁰⁹ Por. art. 59 ust. 1 dekretu z 25 września 1945 r. prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 1945 r. Nr 48, poz. 272 ze zm.).

¹¹⁰ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1782 zm. Dz. U. z 2007 r. Nr 1, poz. 9.

¹¹¹ Wszystkie formalności związane z odebraniem ciała dziecka, transportem, pogrzebem musi załatwiać zakład pogrzebowy. Nie można przewozić zwłok samochodem prywatnym.

¹¹² Podobne stanowisko prezentował Minister Zdrowia w piśmie z 8 sierpnia 2008 r. sygn. MZ-OZD-073-17952-1/EW/09, w którym dopuszczał stosowanie przy wypełnianiu dokumentów potwierdzających urodzenie

o przesłanie zgłoszenia urodzenia dziecka martwego, zawierającego wszystkie niezbędne dane potrzebne do sporządzenia aktu urodzenia, lecz uzyskał wyjaśnienie, iż dokument zawierał wszystkie możliwe do podania dane i nie określił płci dziecka, to w takim przypadku należało wykluczyć możliwość stosowania w drodze analogii przepisu § 2 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego¹¹³, dopuszczającego przy sporządzaniu aktu zgonu osoby o nieustalonej tożsamości, wykreślenia na druku ustalonym dla aktu zgonu rubryk, w których z braku danych nie można dokonać wpisów. Przepisy art. 18 ust. 2, 34 ust.1 i 73 ust. 1 p.a.s.c. 1986 określały sytuacje, w których kierownik USC mógł dokonać z urzędu skreślenia w akcie stanu cywilnego danych, których zawierać on nie może. Nie dotyczyły one jednak braków zgłoszenia urodzenia dziecka. Obecnie obowiązujące przepisy nie przewidują procedury sporządzania aktu urodzenia na podstawie oświadczenia rodzica co do płci dziecka.

Zgodnie z uchylonym rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi¹¹⁴ pochowane powinny być zwłoki dziecka, pozostałe tkanki ludzkie są traktowane jako szczątki ludzkie. Ocena kliniczna w takich przypadkach powinna przede wszystkim pozwolić na jednoznaczne stwierdzenie, czy pacjentka była w ciąży i czy materiał tkankowy wydany samodzielnie lub uzyskany w wyniku zabiegu ginekologicznego może zawierać zwłoki ludzkie w rozumieniu rozporządzenia zmieniającego Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2006 r.¹¹⁵ Rozporządzenie to miało na celu umożliwienie dokonania pochówku płodów martwo urodzonych przed 22 tygodniem ciąży, choć stwierdzenie makroskopowe obecności tkanek płodu w materiale po poronieniu jest często niemożliwe. Wynika to przede wszystkim z niskiej masy i długości ciała związanej z wiekiem dziecka. Należy przy tym pamiętać, że często zdarza się także wydalanie pustego jaja płodowego, czyli takiego w którym zarodek się nie rozwinął lub nastąpiło jego obumarcie w początkowym okresie rozwoju. W takich sytuacjach przez jakiś czas może nie dochodzić do wydalania jaja płodowego. Szacuje się, że stan taki może dotyczyć 37% poronień. Także w przypadku ciąży pozamacicznej w materiale z jamy macicy

martwe "uprawdopodobnienia" danych lub - gdy jest to niemożliwe - niewpisywanie niektórych danych. W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 2 lutego 2005 r. w sprawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka zawarta była instrukcja wypełnienia pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka, zawierającego działy: I (wypełniany przez zakład opieki zdrowotnej, lekarza lub położną) i II (wypełniany przez pracownika USC) oraz uwagi definiujące m.in. urodzenie żywe i zgon płodu (urodzenie martwe), właśnie dla celów wypełnienia pisemnego zgłoszenia.

¹¹³ Zob. uchylone z dniem 1 marca 2015 r. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczania oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów (Dz. U. z 1998 r. nr 136, poz. 884 ze zm.).

¹¹⁴ Dz. U. z 2001 r. Nr 153, poz. 1783 zm.

¹¹⁵ Dz. U. z 2007 r. Nr 1, poz. 10.

nie będzie tkanek płodowych. W środowisku medycznym panuje przekonanie, że rozporządzenie to zostało wydane nie ze względu na zmianę stanu wiedzy medycznej, ale jako odpowiedź na pewien rodzaj zapotrzebowania społecznego w naszym kraju.

Komisja Nadzwyczajna „Przyjazne Państwo” do spraw związanych z ograniczeniem biurokracji na podstawie art. 32 ust 2 regulaminu Sejmu wniosła do Marszałka Sejmu VI kadencji w dniu 19 stycznia 2011 r. projekt ustawy nowelizującej ustawę p.a.s.c. 1986. Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym 3941 składał się z 2 artykułów. Nowelizujący przepis art. 1 zakłada zmianę w art. 40 p.a.s.c. 1986 poprzez dodanie po ust.2 kolejnego ust. 2a w brzmieniu: „Do aktu urodzenia nie wpisuje się imienia (imion) i płci dziecka, jeżeli w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka nie wskazano płci”, natomiast ust. 3 pkt. 7 otrzymałby brzmienie: określenie płci, ciężaru i długości dziecka – jeżeli to możliwe. Przepis końcowy art. 2 ustawy, określający termin wejścia w życie ustawy, nie przewidywał *vacatio legis* i zakładał, że ustawa wejdzie w życie po upływie 3 miesięcy od dnia jej ogłoszenia.

Projektowana ustawa, zdaniem pomysłodawców, miała na celu umożliwienie wydania pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka i aktu urodzenia w sytuacji, gdy doszło do martwego urodzenia dziecka, jeżeli utrudnione albo wręcz niemożliwe jest ustalenie makroskopowo płci, ciężaru ciała lub długości płodu¹¹⁶. Podkreślono, że w praktyce często występują problemy z ustaleniem płci, ciężaru lub długości ciała dziecka martwo urodzonego ze względu na wystąpienie martwego urodzenia na bardzo wczesnym etapie ciąży i - pomimo że zgodnie z prawem mamy do czynienia z martwym urodzeniem dziecka – niepodanie tych danych w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka nie tylko uniemożliwia, jak podano w uzasadnieniu, wydanie ale i sporządzenie aktu urodzenia dziecka. Proponowana zmiana, zdaniem projektodawców, miała także na celu umożliwienie wpisywania do pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka danych dotyczących płci, ciężaru ciała lub długości płodu, jedynie w sytuacji gdy jest to możliwe, gdyż – jak słusznie podkreślono – nie sposób oczekiwać od zakładu opieki zdrowotnej, aby podawał informacje, których nie jest w stanie ustalić¹¹⁷. Podkreślono, że zmiana jest konsekwencją treści § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania, gdzie jednoznacznie przesądzone, że do martwego urodzenia dochodzi bez względu na czas trwania ciąży. Z kolei konsekwencją zmiany dokonanej w art. 40 ust. 3 pkt. 7 ustawy jest dodanie nowego ust. 2a w art. 40, zgodnie z którym do aktu urodzenia nie wpisuje się imienia (imion) i płci dziecka, jeżeli w pisemnym urodzeniu dziecka nie wskazano płci.

¹¹⁶ Zob. uzasadnienie do projektu.

¹¹⁷ Zob. uzasadnienie do projektu.

Była to propozycja o tyle dziwna, co wręcz absurdalna. Po pierwsze, z brzmienia przepisu nowelizującego art. 40 p.a.s.c. 1986 poprzez dodanie ust 2a nie wynika, aby odnosił się on jedynie do dzieci martwo urodzonych. Jedynie w uzasadnieniu odwołano się do takiej sytuacji. Tak więc można sobie było wyobrazić sytuację, w której w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka lekarz lub położna nie wpisze płci dziecka z różnych powodów niewymienionych w uzasadnieniu, czy więc i w takiej sytuacji należałoby sporządzić akt urodzenia? Po drugie, projekt ustawy, gdyby był przyjęty w proponowanej wersji, byłby niemożliwy do realizacji, ponieważ nie reguluje sprawy nazwiska dziecka, jakie ma być wpisane do aktu urodzenia. Brzmienie nazwiska dla większości Polaków jest zależne od płci osoby. A więc płeć dziecka musi być określona, brak płci i imienia dziecka spowodowałby niewpisanie do aktu urodzenia nazwiska dziecka, np. Kowalski czy Kowalska. W celu rozwiązania tej sytuacji zaproponowano w debacie dwa rozwiązania. Pierwsze – poprzez zmianę p.a.s.c. 1986 w ten sposób, aby płeć i imię dziecka martwo urodzonego ustalali rodzice poprzez złożenie kierownikowi USC oświadczenia w tym zakresie, uwzględniające treść art. 50 ust.1 p.a.s.c.1986, tj. że imię musi odróżniać płeć dziecka. Tak więc w projekcie ustawy o zmianie ustawy-Prawo o aktach stanu cywilnego w art. 1 ust.1. po ust.2 dodaje się ust.2a w brzmieniu *Jeżeli w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka brak jest określenia płci dziecka, rodzice mogą złożyć kierownikowi urzędu stanu cywilnego pisemne oświadczenie o wskazaniu płci dziecka*. Oświadczenie takie byłoby złożone na podstawie wcześniejszych wyników badań USG lub w oparciu o odczucia matki. Z pewnością uzależnienie wpisania płci dziecka jedynie od oświadczenia rodziców nie rozwiązywało problemu określenia tożsamości dzieci, co do których rodzice z różnych powodów nie będą aktywnie uczestniczyli w postępowaniu zmierzającym do sporządzenia aktu urodzenia. Rozwiązanie to jednak w większym stopniu niż dotychczas miało gwarantować dziecku jego prawo do imienia i nazwiska będącego elementem jego tożsamości i realizować postanowienia art. 7 ust 1 KPD stanowiącego, że „Niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia (...)”. A także art. 8 KPD, w którym w ust 1. czytamy „Państwa-Strony podejmują działania mające na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska, stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, z wyłączeniem bezprawnych ingerencji. 2. W przypadku, gdy dziecko zostało bezprawnie pozbawione części lub wszystkich elementów swojej tożsamości, Państwa-Strony okażą właściwą pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia jego tożsamości”. Za przyjęciem tego rozwiązania przemawiała również przewidziana już na gruncie p.a.s.c. 1986 możliwość kształtowania

imienia dziecka np. przy sporządzaniu aktu urodzenia na podstawie oświadczenia rodziców w trybie art. 42 ust 2 p.a.s.c 1986 (wskazanie imienia ojca) czy 51 p.a.s.c. 1986 (o zmianie imion dziecka). Propozycja ta nie obejmowała natomiast sytuacji zgonu dziecka o nieustalonej tożsamości – art. 68 ust. 1 pkt. 2 p.a.s.c.1986, gdy nie da się w badaniu makroskopowym ustalić płci dziecka, dlatego druga propozycja zmierzała do zmiany przepisów, do wydania których kompetencje posiada minister zdrowia, w ten sposób, że na zakładach służby zdrowia spoczywałby wyraźny obowiązek określenia płci dziecka martwo urodzonego, mając na uwadze fakt możliwości określenia płci dziecka praktycznie we wszystkich sytuacjach, które stwarzają trudności przy sporządzeniu aktu urodzenia. Określenie płci dziecka i jego kodu genetycznego mogłoby w ewidentny sposób pomóc przy ustaleniu pochodzenia dziecka od określonej kobiety w przypadku porzucenia dziecka¹¹⁸.

Ostatecznie propozycja nowelizacji p.a.s.c. 1986 zawarta w druku sejmowym 3941 nie spotkała się z aprobatą rządu, który w dniu 18 maja 2011 r. zajął negatywne stanowisko stwierdzając, że „sposób dokonania tych zmian proponowany w niniejszym projekcie nie zasługuje na aprobatę, z punktu widzenia rejestracji stanu cywilnego, jeżeli akty nie będą zawierały podstawowych danych określających stan cywilny osoby”. W toku prac legislacyjnych doszło do zmiany przedmiotu regulacji, tzn. zrezygnowano z nowelizowania ustawy p.a.s.c. 1986 na rzecz wprowadzenia zmian do ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych¹¹⁹ i ustawą z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych¹²⁰ wprowadzono zmiany w art. 11 przez dodanie ust 5a w brzmieniu „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.” Tak więc zagadnienie pochówku zwłok dziecka bez względu na czas trwania ciąży na podstawie karty zgonu bez wymagania adnotacji urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu jest uregulowane wprost w ustawie. Sporządzenie aktu urodzenia z adnotacją o zgonie w razie urodzenia martwego nie może mieć więc istotnego znaczenia dla rozważanego zagadnienia, zwłaszcza że stanowisko przeciwne prowadziło do różnicowania pozycji prawnej płodu w zależności od tego, czy akt został sporządzony z uwagi na stopień jego rozwoju, tj. możliwości ustalenia płci.

¹¹⁸ Należy odrzucić zarzut o zbyt kosztownym postępowaniu przy genetycznym ustaleniu płci dziecka, gdyż jest to koszt do 500 zł.

¹¹⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2126.

¹²⁰ Dz. U. z 2011 r. Nr 144, poz. 853.

Zmiany, jakie wprowadziła nowa ustawa p.a.s.c., należy ocenić pozytywnie, choć nie są one wystarczające i w pełni zadowalające. Zmianą oczekiwaną było z pewnością określenie wzoru odpisu skróconego aktu urodzenia dziecka, które urodziło się martwe (art. 33 pkt 1 lit. d p.a.s.c.) oraz określenie treści tego aktu wraz z adnotacją, że dziecko urodziło się martwe (art. 48 ust 2 p.a.s.c.) oraz wyraźne określenie podstawy sporządzenia (art. 53 ust 1 p.a.s.c.). Pozostały jednak dawne mankamenty, o których była mowa wyżej, a których nowe regulacje w zakresie rejestracji stanu cywilnego nie usunęły. Chodzi m.in. o treść art. 54 ust 3 zd. trzecie p.a.s.c. Termin, jak wcześniej wspomniano, do rejestracji dziecka martwo urodzonego powinien być dłuższy niż zakreślony w art. 55 ust 1 p.a.s.c.

Wybrane zagadnienia rejestracji dzieci martwo urodzonych na tle orzeczeń sądów administracyjnych

W pierwszej zaprezentowanej sprawie rodzice dziecka wnieśli o sporządzenie pisemnego zgłoszenia martwego urodzenia dziecka w przypadku poronienia samoistnego ciąży 6 tygodniowej poza zakładem opieki zdrowotnej. Wobec braku urodzin dziecka szpital nie określił, czy dziecko urodziło się żywe czy martwe, nie dokonał identyfikacji płci płodu z uwagi na zbyt wczesną fazę ciąży. Nie uprawdopodobniono płci dziecka, ponieważ matka dziecka nie potrafiła jednoznacznie określić swoich odczuć co do płci spodziewanego dziecka. WSA stwierdził, że istotnie brak określenia płci dziecka uniemożliwia sporządzenie aktu urodzenia, jest to bowiem jeden z podstawowych – jak wynika z treści art. 40 p.a.s.c.1986 – wpisów w akcie urodzenia. Nie jest to jednak, zdaniem WSA, brak nieusuwalny¹²¹.

W kolejnej sprawie Kierownik USC odmówił sporządzenia aktu urodzenia dziecka martwo urodzonego ze względu na brak w karcie zgonu określenia płci. W ocenie kierownika USC, płeć określona przez lekarza jest jedną z cech niezbędnych i wymaganych do sporządzenia aktu, a zatem na podstawie zgłoszenia bez określonej płci kierownik USC nie może sporządzić aktu urodzenia. Organ administracyjny II instancji stwierdził, że w niniejszej sprawie wydanie aktu stanu cywilnego z określeniem imienia i płci byłoby *de facto* administracyjnym rozstrzygnięciem, co wykracza poza kompetencje kierownika USC.

Sąd podzielił stanowisko organów rejestrujących stan cywilny, że niewskazanie w pisemnym zgłoszeniu urodzenia dziecka martwego, wystawionym przez szpital, danych dotyczących m. in. płci dziecka, daty i miejscowości urodzenia dziecka, uniemożliwiło

¹²¹ Wyrok WSA we Wrocławiu z 23 listopada 2010 r. sygn.akt IV SAB/Wr 37/10.

sporządzenie na podstawie tego zgłoszenia aktu urodzenia dziecka. Ustalił ponadto, że p.a.s.c. 1986 nie zawierał przepisów, które kierownikowi USC dawałyby podstawę do czynienia z urzędu ustaleń uzupełniających treść pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka w celu sporządzenia aktu jego urodzenia¹²².

W innym orzeczeniu NSA wyraźnie stwierdził, że wpis w karcie zgonu, iż "płeć jest nie do określenia", stanowi brak danych, który uniemożliwia sporządzenie aktu urodzenia¹²³.

Kolejny wyrok został wydany w podobnym stanie faktycznym, w którym złożono wniosek o zarejestrowanie karty zgonu martwo urodzonego dziecka, w której to karcie w rubryce dotyczącej płci wpisano "płeć nie do określenia". Sąd uznał, że jeżeli zarejestrowanie zgonu następuje w formie aktu zgonu, to na przedkładanej administracji cmentarza, w celu pochowania zwłok, karcie zgonu winna być umieszczona przez kompetentnego pracownika lub kierownika USC adnotacja o sporządzonym w księgach stanu cywilnego akcie zgonu, a nie o zarejestrowaniu tejże karty zgonu. W przypadku martwo urodzonego dziecka, taka adnotacja na karcie zgonu poczyniona być nie może wobec brzmienia art. 38 ust. 2 p.a.s.c. 1986¹²⁴.

Zakończenie

Z zadowoleniem należy przyjąć inicjatywę ustawowego uregulowania sprawy sporządzenia aktu urodzenia dla dziecka martwo urodzonego. Dotychczasowa odmowa sporządzenia aktu urodzenia z powodu niepodania w pisemnym zgłoszeniu urodzenia martwego dziecka jego płci była źródłem ciągłych konfliktów pomiędzy kierownikami USC a rodzicami dziecka (odmowne decyzje były zaskarżane do WSA).

W zakresie prawa do życia, ochrony zdrowia i prawa do pochowania dziecko poczęte, niezależnie czy urodzi się ono żywe czy martwe, ma bezwarunkową zdolność prawną. Nie sposób bowiem przyjąć, że realizacja uprawnienia rodziców do pochowania swojego dziecka miałaby być uzależniona od ustalenia jakiejś cezury, np. 22 tydzień ciąży.

Jeżeli chodzi o możliwość pochowania dzieci martwo urodzonych bez względu na czas trwania ciąży, rodzi to określone konsekwencje prawno- medyczne. Nie negujemy praw określonych osób do pochowania dziecka, które urodziło się martwe lub szczątków dziecka, które zmarło w trakcie ciąży, gdyż wszystkie szczątki ludzkie i zwłoki powinny być pochowane na cmentarzu. Nie budzi wątpliwości fakt, że znaczna część osób, które

¹²² Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 20 października 2010 r., sygn.akt II SA/Go 647/10.

¹²³ Wyrok NSA z 1 kwietnia 2009 r. sygn.akt II OSK 464/08 (niepubl.)

¹²⁴ Wyrok WSA w Bydgoszczy w sprawie wyroku z 22 października 2007 r., sygn.akt II SA/Bd 621/07.

przeżywają poronienie na równi ze śmiercią dziecka z ciąży donoszonej, chce nadania dziecku osobowości, także w wymiarze publiczno-prawnym.

W praktyce zdarzają się przypadki, kiedy rodzice chcą pochować resztki po poronieniu, mimo braku dowodu obecności tkanek płodu w badaniu histopatologicznym. Trudno więc, w przypadku gdy brak jest zwłok dziecka w jakiegokolwiek postaci, pochować dziecko. Co więcej, w każdym przypadku, w którym nie można wykluczyć ciąży, rodzi się pytanie, czy kobieta może domagać się prawa do pochówku i wypłaty zasiłku pogrzebowego, urlopu macierzyńskiego, itp.? Należy się zastanowić, czy samo potwierdzenie ciąży jest warunkiem wystarczającym do przyjęcia „urodzenia dziecka martwego”, czy są nim zwłoki, tj. po urodzeniu lub poronieniu stwierdza się, że są zwłoki dziecka (zarodek, płód), które zgodnie z przepisami należy pochować. Czy opowiedzenie się za drugą możliwością wyklucza ewentualność pochowania „resztek po poronieniu” bez stwierdzenia w nich płodu? Wydaje się że nie, gdyż należy je potraktować jako szczątki ludzkie.

Możliwość pochowania zwłok lub szczątków ludzkich nie powinna być ograniczona przez prawo, a jedynie możliwościami technicznymi i stwierdzeniem zwłok lub szczątków ludzkich¹²⁵. Pochowanie dziecka martwo urodzonego jest prawem, a nie obowiązkiem osób uprawnionych. Oprócz tego, na wniosek osób uprawnionych do pochówku, zwłoki te mogą być spopielone przez zakłady opieki zdrowotnej.

De lege lata mamy do czynienia z dwiema definicjami martwego urodzenia. Inną definicją posługiwać należy się w zakresie spraw obejmujących dokumentację a medyczną, a inną definicją posługiwać należy się w przypadku aktów stanu cywilnego i sporządzenia karty martwego urodzenia. Niestety, przy okazji wprowadzenia nowej ustawy p.a.s.c. nie ujednolicono tych różnic terminologicznych. Przyjąć należy dalej, że skoro karta martwego urodzenia dziecka, określona w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 12 stycznia 2015 r., nie stanowi dokumentacji medycznej, nie mają do niej zastosowania definicje zawarte w załączniku do rozporządzenia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania, wprowadzające rozróżnienie na martwe urodzenie i poronienie.

¹²⁵ W sprawie Hadri-Vionnet przeciwko Szwajcarii, dotyczącej uniemożliwienia matce udziału w pogrzebie martwo urodzonego dziecka, ETPCz potwierdził, że art. 8 stosuje się w związku z uprawnieniem matki do udziału w pogrzebie martwo urodzonego dziecka, połączonym z właściwą ceremonią oraz domagania się, by zwłoki zostały przetransportowane na cmentarz odpowiednim samochodem. Z kolei w orzeczeniu Tatar przeciwko Rumunii z 27 stycznia 2009 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 67021/01, w § 113 Trybunał podkreślił, iż do Państwa należy takie zorganizowanie swoich służb i przeszkolenie urzędników, aby potrafili spełnić wymagania konwencji, zwłaszcza w dziedzinie tak intymnej i wrażliwej, jak sposób postępowania ze zwłokami osoby bliskiej, przy którym wymagany jest szczególnie duży stopień staranności i delikatności.

Przepisy odnoszące się do dzieci martwo urodzonych na gruncie p.a.s.c. i aktów wykonawczych do tej ustawy nie harmonizują w pełni z poglądami i regulacjami prawnymi dotyczącymi podmiotowości prawnej nasciturusa, nie zabezpieczają w dalszym ciągu w sposób należyty jego praw, jak również praw osób najbliższych.