

Jolanta Budzowska, radca prawny, partner w kancelarii BFP

Nasciturus w polskim prawie cywilnym

Wykład wygłoszony w dniu 5 maja 2015 r. na seminarium "Nasciturus - prawo, medycyna, moralność" organizowanym przez ELSA Kraków na Wydziale Prawa UJ w Krakowie

1/ okres od 16.03.1993 r. do 3.01.1997 r.

Przepis art. 8 § 1 stanowił, iż zdolność prawną ma każdy człowiek od chwili urodzenia.

Art. 8 par. 2 k.c. przewidywał ogólną zdolność prawną *nasciturosa* o charakterze bezwarunkowym w sferze praw niemajątkowych oraz warunkowym w zakresie praw i zobowiązań majątkowych.

„Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe” ;

Art. 2 ustawy z 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy (z dnia 7 stycznia 1993 roku) o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych ustaw wprowadził do systemu prawa cywilnego dwie zmiany. Z jednej strony skreślił dotychczasowy art. 8 § 2 kodeksu cywilnego, z drugiej uzupełnił treść art. 446¹.

Konstytucyjność tych zmian rozważył wkrótce potem Trybunał Konstytucyjny . Orzeczeniem TK z dnia 28 maja 1997 r. **Sygn. akt TK. 26/96 za zgodne z Konstytucją uznał skreślenie art. 8 § 2 kodeksu cywilnego.**

Uchylony przez art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. przepis kodeksu cywilnego brzmiał:

„Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”.

Ponieważ przepis art. 8 § 1 stanowił, iż zdolność prawną ma każdy człowiek od chwili urodzenia, skreślenie § 2 przyznającego taką zdolność również dziecku poczętemu należy traktować jako uchylenie przyznanej wcześniej zdolności prawnej wobec dziecka poczętego.

Zdolność prawną, o której mowa w art. 8 jest warunkiem nabywania praw w zakresie prawa cywilnego zarówno o charakterze majątkowym jak i niemajątkowym.

Oczywiście skreślenie art. 8 § 2 nie oznacza, że w ogóle, w całym zakresie prawa cywilnego dziecko poczęte utraciło zdolność bycia podmiotem przewidzianych w tej dyscyplinie praw. Art. 927 § 2 kc

przesądza o tym, iż dziecko poczęte może być podmiotem praw wynikających ze spadku. Zgodnie z art. 182 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dla dziecka poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego, można ustanowić kuratora. Wynika stąd jednoznacznie, iż przepis szczególny może, w zakresie regulowanych w nim stosunków prawnych, kreować zdolność prawną dziecka poczętego. O tym będę mówić jeszcze później.

Decyzja ustawodawcy o skreśleniu generalnej klauzuli przyznającej zdolność prawną *nasciturusowi* TK zinterpretował jako uzasadnioną tym, że ze względu na status psychofizyczny płodu jego zdolności do "bycia" podmiotem praw określonych w prawie cywilnym jest dość ograniczona. Zdolność prawna, o której mówią przepisy kodeksu cywilnego, ma charakter czysto funkcjonalny i odnosi się wyłącznie do instytucji prawa cywilnego. Nie można utożsamiać zdolności prawnej określonej w art. 8 kc z podmiotowością prawną w całym systemie prawa. Podmiotowość prawna przynależna jest każdemu człowiekowi. Zdolność prawna w zakresie prawa cywilnego może być natomiast uzależniona od etapu rozwoju życia ludzkiego. W żaden więc sposób, zdaniem TK, nie można odczytywać tej decyzji w kontekście całkowitego pozbawienia *nasciturosa* zdolności prawnej w całym zakresie prawa cywilnego, czy systemu prawa. Rezygnacja z generalnej klauzuli przyznającej zdolność prawną w zakresie prawa cywilnego w żaden sposób nie rzutuje także na objęcie ochroną prawną tak istotnych dóbr prawnych, jak życie czy zdrowie *nasciturosa*.

Jaki więc mamy stan prawny od **4.01.1997 r.** ?

Art. 8. § 1. Każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną. § 2. (skreślony)

Art. 9. W razie urodzenia się dziecka domniemywa się, że przyszło ono na świat żywe.

Człowiek poczęty, ale nienarodzony (*nasciturus*) nie ma zgodnie z polskim prawem cywilnym zdolności prawnej. W myśl art. 8 k.c. taką zdolność człowiek uzyskuje dopiero z chwilą urodzenia. Dodatkowo z art. 9 k.c. wynika wymóg, aby urodzenie było żywe (przy czym obowiązują domniemanie żywego urodzenia).

Granice ochrony prawa do życia *nasciturosa* określają przepisy szczegółowe prawa prywatnego, które są wyrazem niesformułowanej w przepisie, lecz stanowiącej standard europejski paremii rzymskiej, stwierdzającej, że dziecko nienarodzone powinno się traktować tak jak urodzone, ilekroć chodzi o jego korzyści (*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*).

Pierwsza przesłanka uzyskania zdolności prawnej to fakt urodzenia: „od chwili urodzenia” - tj. od momentu oddzielenia się od ciała matki. Kolejną niezbędną przesłanką uzyskania zdolności prawnej jest urodzenie żywe, które prawo ujmuje w sposób przyjazny noworodkowi, gdyż nie ma tu znaczenia ani tzw. wcześniactwo, ani deformacje płodu.

Odwołując się do przepisów szczególnych (§2 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia i opieki społecznej z dnia 25 kwietnia 1994r.) można wskazać, że przez pojęcie **żywego urodzenia** należy rozumieć "całkowite wydalenie lub wydobyćcie z ustroju matki noworodka, niezależnie od czasu trwania ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobyćciu oddycha lub wykazuje jakiegokolwiek inne oznaki życia, takie jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli, bez względu na to, czy sznur pępowiny został przecięty lub łożysko zostało oddzielone". Z kolei **martwym urodzeniem** jest "całkowite wydalenie lub wydobyćcie z ustroju matki płodu, o ile nastąpiło po upływie 22. tygodnia ciąży, który po takim wydaleniu lub wydobyćciu nie oddycha ani nie wykazuje żadnego innego znaku życia, jak czynność serca, tętnienie pępowiny lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli". Wydalenie lub wydobyćcie 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, jeśli nastąpiło to przed upływem 22. tygodnia ciąży (21 tygodni i 6 dni), określane jest obecnie mianem **poronienia**.

Podsumowując, należy zatem stwierdzić, że wobec braku zdolności prawnej, *nasciturus* nie może co do zasady być podmiotem praw i obowiązków z zakresu szeroko rozumianego prawa cywilnego.

Dziecku poczętemu, lecz nienarodzonemu (*nasciturus*) można jednak na gruncie prawa prywatnego przypisać zdolność prawną warunkową, tj. o ile urodzi się żywe. Jest to warunek zawieszający (*conditio iuris*). W okresie prenatalnym (do chwili urodzenia) prawa podmiotowe (interesy) *nasciturusa* są zabezpieczone w oczekiwaniu, że dziecko urodzi się żywe. Przychodząc na świat, nabędzie te prawa w sposób ostateczny (Z. Radwański).

2/ Pomimo braku zdolności prawnej, *nasciturus* nie jest w polskim prawie cywilnym zupełnie pozbawiony ochrony prawnej. Taką ochronę przyznają mu niektóre przepisy szczególne, w tym przede wszystkim:

- 1) stosownie do art. 446¹ KC, z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem;
- 2) na podstawie art. 927 § 2 KC, dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe;
- 3) z odesłania przewidzianego w art. 972 KC to samo dotyczy prawa *nasciturusa* do zapisu;
- 4) ochronę dziecka poczętego w procesie ustalania wartości należnego mu ewentualnie zachowku przewidziano w art. 994 § 2 zd. 2 KC;
- 5) ustawodawca dopuścił wprost możliwość uznania ojcostwa dziecka poczętego (art. 75 § 1 KRO);
- 6) jeszcze przed urodzeniem się dziecka istnieje możliwość zabezpieczenia jego przyszłych

świadczeń alimentacyjnych należnych od mężczyzny, którego ojcostwo zostało co najmniej uwiarygodnione (art. 142 KRO i art. 754 KPC);

7) strzeżeniu przyszłych praw dziecka poczętego służy wreszcie instytucja kuratora, którego ustanowienie przewidziano w art. 182 KRO.

3/ Jak wspomniano powyżej, art. 446¹ k.c. przesądza o tym, że dziecko może żądać naprawienia szkody doznanej jeszcze przed urodzeniem. Takie prawo uzyskuje jednak dopiero z chwilą urodzenia. Nie ma zatem możliwości, aby przedstawiciele ustawowi *nasciturusa* dochodzili w jego imieniu roszczeń odszkodowawczych, nawet jeżeli przed urodzeniem ujawni się szkoda oraz możliwe będzie wykazanie związku przyczynowego. Nadal jednak aktualne pozostaje uregulowanie art. 8 k.c., przesądzające o tym, że *nasciturus* nie ma zdolności prawnej, a zatem nie może być podmiotem prawa do roszczenia o zadośćuczynienie lub odszkodowanie. Podobnie na tym etapie nie będzie jeszcze wchodzić w grę ochrona przewidziana w art. 446¹ k.c., albowiem aktualizuje się ona dopiero z chwilą narodzin. Celem omawianej regulacji jest umożliwienie dziecku dochodzenia rekompensaty za szkodę prenatalną już po urodzeniu, tj. po uzyskaniu zdolności prawnej. Szkoda ta ze swej natury została bowiem wyrządzona w czasie, gdy dziecko nie miało jeszcze zdolności prawnej, i nie mogło stać się podmiotem praw do roszczeń odszkodowawczych. Gdyby zatem nie było regulacji przewidzianej w art. 446¹ k.c., dziecko nawet po urodzeniu nie mogłoby dochodzić rekompensaty za szkodę prenatalną.

Co do treści tego przepisu, to również podlegał on zmianom. Powołaną wcześniej Ustawą z 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy (z dnia 7 stycznia 1993 roku) o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych ustaw dodano do art. 446¹ kodeksu cywilnego nowe zdanie o następującej treści:

Pełny przepis brzmiał więc:

„art. 446¹ Z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem..
Dziecko nie może dochodzić tych roszczeń w stosunku do matki.”

Konstytucyjność także tych zmian rozważał Trybunał Konstytucyjny. Przywołanym wcześniej orzeczeniem z dnia 28 maja 1997 r. **Sygn. akt TK. 26/96 uznał ten przepis za niezgodny z Konstytucją.**

Wg TK, znacznie normatywne tego przepisu było jasne. Ograniczał on możliwość dochodzenia przez dziecko roszczeń w stosunku do matki z tytułu szkód wyrządzonych mu w fazie prenatalnej. Szkody owe w zasadzie sprowadzić się mogą wyłącznie do naruszenia zdrowia i integralności cielesnej. Mogą one mieć wszakże również wymiar majątkowy, w szczególności w zakresie, w jakim na skutek działań podmiotu zobowiązanego do pieczy nad dzieckiem poczętym doznały uszczuplenia nabyte w okresie prenatalnym prawa (np. godzące w interesy dziecka odrzucenie spadku bądź jego roztrwonienie).

Zarzuty, jakie TK postawił regulacji przyjętej w art. 2 pkt 2 ustawy z 30 sierpnia 1996 r. sprowadzić można do dwóch podstawowych kwestii.

Konstytucyjny obowiązek "dostatecznej ochrony" określonych wartości konstytucyjnych obliuguje ustawodawcę zwykłego do wprowadzenia określonych środków służących ochronie tych wartości, a obowiązku tego na pewno nie można sprowadzać wyłącznie do ustanowienia zakazów ich naruszania. Ustawodawca powinien bowiem nadto wprowadzić w życie takie środki, które stworzą dostateczne gwarancje przestrzegania i egzekwowania owych zakazów.

Oceniając z tego punktu widzenia nową regulację wprowadzoną do treści art. 446¹ kc należało zdaniem TK dojść do wniosku, iż stanowi ona obniżenie standardu ochrony dóbr dziecka poczętego, w szczególności jego zdrowia, i to w sferze newralgicznej, bo względem działań kobiety ciężarnej, a więc osoby będącej gwarantem ochrony tych dóbr. Kobieta ciężarna nie tylko jest podmiotem, który ze względów faktycznych ma największe możliwości naruszenia dóbr dziecka poczętego, ale równocześnie występuje w roli ustawowego przedstawiciela tego dziecka, decydując np. o zastosowaniu odpowiednich instrumentów ochronnych przewidzianych przez prawo w przypadku naruszenia lub zagrożenia dóbr płodu.

W sytuacji, gdy matka dziecka poczętego podejmie zawinione działania naruszające dobra dziecka, możliwość dochodzenia po urodzeniu odszkodowania, stanowił praktycznie jedyny realny instrument zapewniający cywilnoprawną ochronę dóbr płodu w stosunku do matki.

Pozbawienie możliwości dochodzenia od matki roszczeń związanych z doznaniem szkód powstałych przed urodzeniem stanowi ograniczenie praw majątkowych dziecka, dla którego to ograniczenia brak jest dostatecznego uzasadnienia opartego na wartościach konstytucyjnych. Z tego względu Trybunał uznał, że ograniczenie praw majątkowych dziecka przez zawężenie zakresu art. 446¹ kc stanowi naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego.

Pozbawienie dziecka możliwości dochodzenia od matki roszczeń związanych z doznaną szkodą powstałą przed urodzeniem w wyniku zawinionego działania matki stanowiło także zdaniem TK naruszenie wyrażonej w art. 67 ust. 2 przepisów konstytucyjnych zasady równości. Nie można bowiem, w oparciu o istotne w tym względzie wartości konstytucyjne, wyjaśnić dlaczego matka - sprawczyni zawinionej szkody ma być zwolniona od odpowiedzialności cywilnoprawnej, podczas gdy inne osoby (np. ojciec dziecka, lekarze) za spowodowanie takiej samej szkody ponosić mają odpowiedzialność. Za tym, że nastąpiło naruszenie zasady równości przemawia także to, że za szkody spowodowane dziecku po jego urodzeniu matka odpowiada cywilnoprawnie na równi z innymi osobami. Moment spowodowania szkody w omawianym wypadku (przed, czy po urodzeniu) nie może być uznany za istotne kryterium różniące przy powstaniu obowiązku odszkodowawczego.

Dla przykładu: w przypadku kiedy kobieta w ciąży umyślnie bądź nieumyślnie nadużywała substancji psychoaktywnych, powodując negatywne konsekwencje zdrowotne poczętego dziecka, to na podstawie art. 157a § 3 Kodeksu karnego jej odpowiedzialność karna jest wyłączona. Przepis ten stanowi bowiem, że nie podlega karze matka, która dopuszcza się czynu powodującego uszkodzenie ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego. Wyobraźmy sobie jednak sytuację, że ostatecznie dziecko urodziło się z poważnym uszczerbkiem zdrowotnym (np. z niewydolnością nerek), zaś powodem tego defektu było zażywanie narkotyków przez matkę w czasie ciąży. Co do zasady możliwe byłoby wówczas roszczenie dziecka wobec matki. Dziecko mogłoby domagać się zadośćuczynienia pieniężnego od matki za doznana krzywdę, żądać też przyznania renty czy odszkodowania.

Inna sytuacja to taka, gdy matka dowiaduje się o poważnej wadzie rozwojowej dziecka poczętego, ale nie wyraża zgody na operację kardiologiczną i prenatalne leczenie wady serca u płodu. **Leczenie wad serca w łonie matki** ma na celu zmniejszenie destrukcyjnych następstw wady serca, co pozwala na poprawienie stanu płodu, wydłużenie czasu trwania ciąży oraz urodzenie się dziecka w lepszym stanie. Zwykle ciężarnej podaje się specjalne leki, jednak wykonuje się coraz częściej także terapię pólínwazyjną (przezskórną), a także wewnątrzmaciczne leczenie chirurg

Rodzą się jednak wówczas pytania, o ryzyko zabiegu dla matki, o współmierność spodziewanych korzyści medycznych do potencjalnego ryzyka.

Podobnie, kontrowersyjnym zagadnieniem jest kwestia dopuszczalności podniesienia procesowego zarzutu przyczynienia się matki do szkody, jaka wystąpiła u nasciturusa na skutek błędu medycznego, a której współprzyczyną było naganne zachowanie matki w ciąży, np. brak leczenia cukrzycy ciężarnych i makrosomia płodu.

Możliwość potrącenia we wskazanym powyżej zakresie określa art. 362 k.c., zgodnie z którym w przypadku gdy poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. Matka dziecka nie byłaby w takiej sprawie osobą poszkodowaną; jest nią wyłącznie powódka.

Możliwe jest oczywiście także roszczenie dziecka skierowane przeciwko osobie trzeciej, na przykład w związku z doznanymi przez dziecko wadami rozwojowymi, do których powstania doszło na skutek nieprawidłowej farmakoterapii i podawania matce leków teratogennych. Wskutek działania niektórych z leków może dojść do uszkodzenia zarodka lub płodu prowadząc do rozwoju wad strukturalnych. Oczywiście, rodzą się wówczas wątpliwości, czy matka wyraziła świadomie zgodę na leczenie (pouczona o ryzyku dla dziecka), czy leczenie to było ratujące życie itd.

Z innego typu roszczeń, jakie przysługują dziecku z chwilą urodzenia, to wspomnieć należy o dopuszczalności dochodzenia przez dziecko rekompensaty za prenatalną szkodę pośrednią, tj. w przypadku gdy w okresie pomiędzy poczęciem, a urodzeniem, doszło do śmierci osoby bliskiej dziecka (np. rodzica). Kontrowersje budzi natomiast kwestia możliwości dochodzenia roszczeń w przypadku gdy zdarzenie sprawcze nastąpiło jeszcze przed poczęciem, ale konsekwencje tego zdarzenia wystąpiły (lub nadal występują) już po poczęciu. *Komentarz do KC pod red. E. Gniewka: „Wykładnia literalna zdawałaby się przeczyć takiej możliwości, aczkolwiek za przyjęciem odpowiedzialności w takiej sytuacji przemawia względ celowościowy, przy świadomości wszakże istotnych trudności dowodowych”.*

Odpowiedzialność za szkody prenatalne może być oparta na wszelkich podstawach odpowiedzialności za czyny niedozwolone, to znaczy na zasadzie winy, ryzyka i słuszności. Odszkodowanie może obejmować zarówno naprawienie szkody majątkowej (art. 444 Kodeksu cywilnego), jak i zadośćuczynienie pieniężne z tytułu doznaney krzywdy niemajątkowej (art. 445 Kodeksu cywilnego).

Warto także wspomnieć o roszczeniach podzielonych przez doktrynę i orzecznictwo na trzy kategorie:

1. wrongful conception (wrongful pregnancy) – powództwo rodziców przeciw pozwanemu, którego zaniedbanie (np. w trakcie przeprowadzenia zabiegu sterylizacji) skutkuje ciążą lub narodzinami dziecka; często doktryna nie rozróżnia skargi wrongful conception, traktując ją jako odmianę, wrongful birth, z tą różnicą, iż dotyczy ona narodzin dziecka zdrowego, ale nieplanowanego;
2. wrongful birth – powództwo wnoszone przez rodziców dziecka przeciw pozwanemu, który przez swe niedbalstwo pozbawił ich możliwości dokonania aborcji, skutkiem czego narodziło się dziecko z wadami genetycznymi lub innymi ciężkimi uszkodzeniami;
3. wrongful life – powództwo wnoszone przez dziecko, które utrzymuje, iż przez zaniedbanie pozwanego jego rodzice zostali pozbawieni prawa do decyzji w kwestii aborcji lub poczęcia dziecka, a ono samo narodziło się z wadami.

Tylko ta trzecia koncepcja może być analizowana jako pozornie realizująca standard ochrony dóbr dziecka poczętego, w szczególności jego zdrowia. Idea powództwa *wrongful life* jako ścieżki dochodzeniu przez dziecko rekompensaty za to, że urodziło się z wadami genetycznymi w przypadku, gdy możliwe było wykrycie wad genetycznych na etapie ciąży i jej usunięcie, jest konsekwentnie odrzucana przez doktrynę. Skarga niepełnosprawnego dziecka na urodzenie się w stanie pokrzywdzenia fizycznego lub psychicznego, które utrzymuje, że ze względu na cierpienia związane z jego upośledzeniem lepiej byłoby dla niego w ogóle się nie narodzić, nie jest uznawana za dopuszczalną.

Innym, teoretycznym podziałem, jest podział na szkody prekonceptyjne, które powstają w wyniku zdarzenia poprzedzającego poczęcie, a ich skutki mogą wywierać negatywne konsekwencje zarówno dla rozwijającego się płodu, jak i dla życia i zdrowia już urodzonego dziecka i *prenatal torts*, które są wynikiem zdarzenia, które miało miejsce już w okresie rozwoju płodowego dziecka.