

## O potrzebie różnego spojrzenia na znaczenie określenia zmarły w polskim kodeksie cywilnym

### I

W ostatnich latach z Instytutu Prawa Cywilnego Uniwersytetu Wrocławskiego niespodziewanie odeszło trzech stosunkowo młodych naukowców: Andrzej Cisek, Zygmunt Masternak i Marek Zagrosik. Chociaż fizycznie ich nie ma, to przecież niewątpliwie są w jakiś sposób obecni. Dlatego opracowanie poświęcone pamięci trzech zmarłych kolegów, z którymi przez dziesiątki lat dyskutowałem i wspólnie wielokrotnie zajmowaliśmy się próbą znalezienia sensownej odpowiedzi na pytania z obszaru prawa prywatnego, chciałbym poświęcić temu, jak rozumieć określenie zmarły. W szczególności warto zastanowić się, czy zmarłym musi być zawsze osoba w rozumieniu prawa cywilnego. Na pierwszy rzut oka sprawa wydaje się prosta i w miarę jasno uregulowana. Zmarłym jest osoba, którą uznano za taką przez prawo. Bez wdawania się w skomplikowaną z medycznego punktu widzenia problematykę chwili stwierdzenia, czy mamy do czynienia ze zmarłym, z punktu widzenia przepisów prawa tj. przede wszystkim kodeksu cywilnego oraz ustawy o aktach stanu cywilnego<sup>1</sup>, problem wydaje się dobrze uregulowany. Odnajdujemy w tych przepisach zarówno odpowiedź na pytanie, co jest podstawą stwierdzenia, że określona osoba (człowiek) zmarł i w jaki sposób ten doniosły prawnie moment wykazać<sup>2</sup> oraz odpowiedź na bardziej skomplikowane pytanie, kiedy uznać, że ktoś zmarł, gdy nie ma na to jednoznacznych dowodów, a z punktu widzenia żywotnych interesów żyjących, ważne jest, aby prawo to wyraźnie przesądziło<sup>3</sup>. Wydaje się, że to jednak z reguły interes żyjących w znacznej mierze określa jak postrzegać zmarłego oraz prawa przysługujące mu za życia. Decyduje tu, podobnie jak w sytuacji krańcowo odmiennej tj. w sytuacji osoby poczętej a jeszcze nienarodzonej, pragmatyczny punkt widzenia, którego podwaliny, jak w wielu obszarach prawa prywatnego, stworzyli prawnicy rzymscy. Poczętemu przypisujemy prawa i obowiązki pod warunkiem, że urodzi się żywy. Zmarłego chronimy jak osobę, gdy odpowiada to potrzebie ochrony interesów żyjących, z reguły jego bliskich, a w przypadku osób znaczących dla szerszych grup społecznych, interesom tej społeczności. Odnosząc się z uznaniem dla podejmowanych

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 września 1986 r. *Prawo o aktach stanu cywilnego*, jedn. tekst Dz. U. z 2011, Nr 212, poz. 1264 – dalej powoływana jako u.a.s.c.

<sup>2</sup> Art. 64-69 u.a.s.c. oraz art. 11 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r., *O cmentarzach i chowaniu zmarłych*, jedn. tekst Dz. U. z 2011, nr 118, poz. 687 ze zm.

<sup>3</sup> Art. 29-32 k.c.

w doktrynie prób wprost uznania poczętego za osobę<sup>4</sup> oraz ochrony praw przede wszystkim niemajątkowych zmarłego, jako praw podmiotowych zindywidualizowanych, chociaż odpodmiotowionych<sup>5</sup>, warto jednak zauważyć, że ustawodawca poza sytuacjami wyraźnie uregulowanymi, gdy przemawia za tym potrzeba ochrony interesów i dóbr poczętego<sup>6</sup> albo zmarłego<sup>7</sup>, unika traktowania ich praw, jako praw przysługującym osobom w rozumieniu prawa cywilnego<sup>8</sup>. Prawo prywatne reguluje tak skomplikowane stany faktyczne, że wymaga to bardzo różnorodnej interpretacji przepisów, którym w trakcie ich stosowania nadaje się dopiero ostateczny kształt.

Z mojego wieloletniego doświadczenia jako teoretyka prawa, radcy prawnego, sędziego oraz osoby uczestniczącej w tworzeniu prawa wynika, że najważniejszą rzeczą dla prawnika teoretyka lub praktyka jest poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, jak interesujący mnie podmiot (osoba fizyczna, osoba prawna, czy inny adresat normy prawnej) ma się zachować z punktu widzenia prawa. Odpowiedź na to proste pytanie jest częścią odpowiedzi na odwieczne pytanie każdego człowieka „jak żyć”. Prawo udziela odpowiedzi na to pytanie w tej części, w której wyznacza granice pomiędzy wolnością jednostki a jej obowiązkami wobec społeczności, w której człowiek żyje. Znalezienie poprawnej odpowiedzi na to proste pytanie jest jednak niejednokrotnie trudne. Prawo to przecież nie tylko setki tysięcy przepisów, ale także to, co w prawie prywatnym stanowi o jego istocie, wola umawiających się stron, oraz normy pozaprawne, do których odsyła ustawa lub umowa (dobre obyczaje, zwyczaj, zasady współżycia społecznego). Dlatego od czasów rzymskich odróżniamy prawo i ustawę. Dlatego, chociaż w prawie kontynentalnym nie przyjmujemy wprost zasady prawa anglosaskiego, że źródłem prawa jest także orzecznictwo i doktryna, łatwo na wielu przykładach wykazać, że prawem jest także to, co wynika z orzecznictwa, szczególnie orzecznictwa sądów najwyższych danego kraju, a w krajach należących do Unii Europejskiej także z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Z kolei ustawodawca i sędziowie często znajdują wsparcie w rozważaniach naukowych, które porządkują pojęcia tworzące prawo. Nauka prawa powinna koncentrować się na dostarczaniu ustawodawcy i sędziom pojęć-narzędzi, jak nazwał je Franciszek Longschamps de Berier, takich jak prawo podmiotowe, stosunek prawny, jednostka organizacyjna, instytucja prawna. Zależności ustawodawcy, sędziego i teoretyka, którzy dopiero razem tworzą to, co nazywamy prawem, uzasadnia kolejne pytanie; w jaki sposób mają oni postępować, aby prawo było takie, jak przed dwoma tysiącami lat zauważył już Ulpian, cytując Celsusa – *Iusest ars boni et aequi* –

<sup>4</sup> J. Mazurkiewicz, *Ochrona dziecka poczętego w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Wrocław 1985.

<sup>5</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010.

<sup>6</sup> Przykładowo art. 446<sup>1</sup> k.c., czy 927 § 2 k.c.

<sup>7</sup> Bliżej na ten temat zob. J. Mazurkiewicz, *Non omnis, op. cit.* s. 81 i n.

<sup>8</sup> Charakterystyczne w tym kontekście jest, że szybkie wycofanie się ustawodawcy z wyraźnego przyznania zdolności prawnej dziecku poczętemu Art. 8 § 2 k.c., który przewidywał, że „Zdolność prawną ma również dziecko poczęte: jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe” obowiązywał tylko od 16 marca 1993 r. do 4 stycznia 1997 r.

prawo jest sztuką tego, co dobre i słuszne (sprawiedliwe)<sup>9</sup>. Dotyczy to także rozumienia takich określeń jak osoba, dziecko poczęte, zmarły, czy osoba bliska zmarłego. W konkretnych stanach faktycznych trzeba przy wykładni przepisów posługujących się tymi terminami dążyć nie tylko do tego, aby realizować z góry założone i abstrakcyjnie rzecz ujmując słuszne postulaty ochrony praw dziecka poczętego i osoby zmarłej, ale poszukiwać rozwiązań słusznych i sprawiedliwych. Potwierdzeniem tego jest między innymi podjęta niedawno przez Sąd Najwyższy próba wykładni art. 446 § 4 k.c.

## II

Jedna z kolejnych nowelizacji kodeksu cywilnego wprowadziła do niego art. 446 § 4 k.c.<sup>10</sup>, który wyraźnie potwierdził to, co można było także uzasadniać na tle art. 445 § 1 k.c.<sup>11</sup>, że w razie śmierci osoby także jej bliscy mogą żądać zadośćuczynienia za krzywdę spowodowaną bolesnymi przeżyciami jakie towarzyszą śmierci bliskiego<sup>12</sup>. Warto przytoczyć ten przepis *in excendo*, aby dalsze wywody znalazły swoje wyraźne oparcie „Sąd może także przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę”<sup>13</sup>. Tak brzmiący przepis stał się przyczyną rozbieżnych interpretacji przez orzekające w sprawie sądy. Zazwyczaj nie ulega wątpliwości, że określenie zmarły, użyte w art. 446 § 4 k.c., oznacza osobę fizyczną, której zgon potwierdził odpowiedni akt stanu cywilnego. Wydaje się więc, że zmarłym może być tylko ktoś, kto urodził się żywy, a w związku z tym, że ustawa przez zmarłego rozumie osobę.

Sprawa dotyczyła następstw wypadku komunikacyjnego. Małżeństwo uczestniczyło w wypadku komunikacyjnym. Żona była w tym czasie w 34 tygodniu ciąży. Na skutek obrażeń doznanych w trakcie wypadku ich córka, pomimo przeprowadzenia cesarskiego cięcia, urodziła się martwa. Cięża przebiegała prawidłowo i córka w okresie płodowym osiągnęła zdolność samodzielnego życia poza organizmem matki. Rodzice bardzo przeżyli śmierć córki. Szczególnie jej matka nie mogła pogodzić się z tym faktem; przez kilka miesięcy nie wróciła do pracy i tylko psychotropowe leki pomogły

<sup>9</sup> Digesta rozpoczynają się od zdania *Iurioperamdatum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appellatum: nam – ut eleganter Celsus definit – ius est ars boni et aequi*.

<sup>10</sup> Art. 446 § 4 dodany został przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 maja 2008 r. (Dz. U. z 2008, Nr 116, poz. 731) zmieniającej kodeks cywilny z dniem 3 sierpnia 2008 r.

<sup>11</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 1961 r., 4 CR 627/60, OSP i KA 1962, nr 7-8, poz. 200 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1969 r., II CR 114/69, OSNCP 1970, nr 7-8, poz. 129.

<sup>12</sup> A. Cisek, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 801, omawiając ten przepis trafnie podkreśla, że podobnie jak pozostałe regulacje w k.c. dotyczące zadośćuczynienia (art. 445, 448 k.c.), nie wprowadza on żadnych odrębnych przesłanek naprawienia szkody, dlatego należy się przy jego stosowaniu odwoływać do ogólnych przepisów o odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych.

<sup>13</sup> Stworzona w art. 446 § 4 odrębna podstawa dla żądania zadośćuczynienia dla osób bliskich zmarłego wskazuje wyraźnie na intencję ustawodawcy, gdyż literalna wykładnia art. 445 k.c., który odwołuje się do art. 444 k.c., może prowadzić do wniosku, że w przepisie tym chodzi o zadośćuczynienie dla poszkodowanego, który doznał szkód na osobie, a nie o jego bliskich. Aktualnie, gdy chodzi o zadośćuczynienie dla osób bliskich zmarłego, podstawą zasądzenia powinien być ten właśnie przepis. Inaczej, bez bliższego uzasadnienia, M. Nesterowicza w głosie do wyroku Sądu Najwyższego z 9 marca 2012 r., I CSK 282/11, Przegląd Sądowy 2013, nr 1, s. 111.

przetrwac jej pierwszych kilkanaście miesięcy od wypadku. Cierpienia powodów nieco zelżały dopiero, gdy po prawie dwóch latach od wypadku powódka urodziła syna. W związku z takimi tragicznymi przeżyciami powodowie wystąpili do Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A., w którym miał wykupione ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej sprawca wypadku, o zapłatę na rzecz powódki 150 tys. zł a na rzecz powoda 100 tys. zł. Jako podstawę prawną swojego żądania wskazali art. 446 § 4 k.c.

Sąd Okręgowy jako sąd I instancji uznał, że powodowie niewątpliwie, jako osoby bliskie zmarłej doznali krzywdy w postaci traumy przeżytej po śmierci córki i zasądził na ich rzecz zadośćuczynienie. Rozpoznający, na skutek apelacji pozwanego Zakładu, sprawę Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i powództwo oddalił. Uzasadnienie dla takiego stanowiska Sąd ten znalazł w literalnej wykładni przepisów kodeksu cywilnego, szczególnie jego art. 8, 9 i 446 k.c. Zwrócił uwagę, że w art. 446 k.c. mowa jest o poszkodowanym. Poszkodowanym zaś może być tylko ten, komu można przypisać prawa lub obowiązki, czyli ktoś, kto ma zdolność prawną. Zdolność prawną ma człowiek od chwili urodzenia. W przypadku płodu, który nie urodził się żywy nie mamy wobec tego do czynienia z poszkodowanym w rozumieniu art. 446 k.c. Skoro nie zostały spełnione przesłanki z art. 446 § 4 k.c. powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Z punktu widzenia logiki, na pierwszy rzut oka, rozumowanie Sądu Apelacyjnego wydaje się poprawne. Jeżeli bowiem zgodnie z art. 8 i 9 k.c. osobą mającą zdolność prawną jest tylko ktoś, kto urodził się żywy i tylko taka osoba może być poszkodowanym w rozumieniu art. 446 k.c., to w rozważanym stanie faktycznym nie można mówić o poszkodowanym. Poszkodowanym może być bowiem osoba, a nie poczęty, który urodził się martwy. Tylko z tak rozumianym poszkodowanym możemy łączyć prawa i obowiązki.

Tego rozumowania nie podzielił jednak Sąd Najwyższy, który rozpoznając sprawę na skutek skargi kasacyjnej powodów, uchylił zaskarżony wyrok do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy zwrócił przede wszystkim uwagę, na to, że wbrew temu, co uznał Sąd Apelacyjny, wykładnia literalna i systemowa art. 446 k.c. przemawia przeciwko utożsamianiu dwóch różnych określeń, które pojawiają się w tym przepisie. Ustawodawca posługuje się w nim określeniem „poszkodowany”, ale używa także drugiego terminu „zmarły”. Rodzi się więc uzasadnione pytanie, czy jest to tylko przykład niedobrej legislacji, gdy ten sam desygnat, oznacza się nieprecyzyjnie dwoma różnymi terminami, czy też, art. 446 k.c. odpowiada jednak zasadom poprawnej legislacji. Zasady techniki legislacyjnej wskazują zaś, że dla oznaczenia tożsamego przedmiotu regulacji używa się tych samych określeń. Użycie w ustawie dwóch różnych określeń wskazuje zaś na to, że mamy do czynienia z dwoma różnymi adresatami regulacji prawnej. Sąd Najwyższy wskazując na argumenty wynikające z analizy przepisów: Konstytucji, ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży<sup>14</sup> oraz przepisów prawa karnego, a także ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, doszedł do wniosku, że w art. 446 § 4 k.c. pojęcie zmarłego jest szersze niż użyte w art. 446 § 1 k.c. określenie

<sup>14</sup> Dz. U. Nr 17, poz. 78 ze zm.

poszkodowany. Uznał także, że pomiędzy dzieckiem, które urodziło się martwe a jego rodzicami może powstać więź, którą należy traktować jako relację pomiędzy osobami bliskimi<sup>15</sup>.

### III

Rozważna przez sądy złożona sytuacja jest dobrą ilustracją tego, że prawo należy wyraźnie odróżnić od ustawy, która jest bez wątpienia jego podstawowym składnikiem, ale do której nie możemy prawa sprowadzać. Trafnie już Rzymianie podkreślili, że prawo jest sztuką czynienia tego, co dobre i sprawiedliwe. Dobro i sprawiedliwość są pojęciami tak uniwersalnymi, że nie można ich prosto zdefiniować i wskazać raz na zawsze, co one znaczą. Są też z drugiej strony na tyle czytelne i osadzone w kulturze i moralności, że w określonym czasie i miejscu można uzyskać *konsensus* co do ich znaczenia. Aby prawo mogło być sztuką czynienia tego, co dobre i sprawiedliwe muszą być spełnione przynajmniej dwa warunki. Ustawodawca nie może tworzyć przepisów, które zbyt krępują stosujących prawo i odbiegają nadto od utrwalonej przez wieki kultury prawnej. Stosujący prawo, czyli przede wszystkim sędziowie, przy pomocy nauki prawa sami muszą próbować tak porządkować i wyklądać przepisy, aby osiągnąć możliwie wysoki poziom owej sztuki czynienia dobra i sprawiedliwości.

Rozważany przez sądy stan faktyczny dostarcza ważkich argumentów w dyskusji na temat tego, jaka powinna być relacja pomiędzy ogólnymi pojęciami tworzonymi przez naukę i judykaturę a koniecznością wykładni przepisów tak, aby rezultat był zbliżony przynajmniej do tego, co dobre i sprawiedliwe. Jeżeli przyjrzeć się bliżej treści poszczególnych paragrafów, z których składa się art. 446 k.c., to okazuje się, że użyte tam określenia poszkodowany i zmarły mają różne znaczenie. W pierwszych trzech paragrafach tego przepisu przez zmarłego rozumie się osobę, czyli człowieka, który z chwilą swego urodzenia uzyskał zdolność prawną. O uszkodzeniu ciała lub rozstroju zdrowia, o którym stanowi art. 446 § 1 k.c., można mówić sensownie tylko w odniesieniu do osoby żyjącej, która następnie zmarła. Podobnie w art. 446 § 2 k.c. przez zmarłego rozumie się niewątpliwie osobę, która wcześniej żyła. Tym, który dostarcza dobrowolnie i stale środków utrzymania może być bowiem tylko ktoś, kto urodzi się żywy i w ramach swojej zdolności prawnej uzyskiwał określone środki, którymi dzielił się ze swoimi bliskimi. Do podobnych wniosków prowadzi lektura art. 446 § 3 k.c. Pogorszenie sytuacji życiowej bliskich zmarłego w związku z jego śmiercią może nastąpić tylko w razie, gdy zmarły za swego życia wspierał ich wydatnie. Takie stwierdzenie wskazuje wyraźnie, że i w tym przypadku przepis ma na uwadze osobę, czyli człowieka, który urodził się żywy i w ramach swej zdolności prawnej zdobył określone środki materialne, których po jego śmierci będzie brakowało bliskim<sup>16</sup>. Inaczej natomiast należy rozumieć określenie

<sup>15</sup> Bliżej na temat charakteru tej więzi i należnego z tego tytułu zadośćuczynienia, zob. K. Bączyk-Rozwadowska w glosie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 9 marca 2012 r., I CSK 282/11, OSP 2012, z. 11, poz. 106, s. 449-451.

<sup>16</sup> Nie wydaje się, że można uznać, że w razie urodzenia martwego dziecka może nastąpić znaczne pogorszenie sytuacji życiowej jego rodziców. Brak bowiem normalnego związku przyczynowego pomiędzy martwym urodzeniem się dziecka a pogorszeniem się sytuacja majątkowej jego rodziców. W normalnym toku



zmarły w art. 446 § 4 k.c. Przede wszystkim należy zauważyć, że w przepisie tym brak, inaczej niż w pozostałych paragrafach tego artykułu, sugestii, iż zmarły musi wcześniej być osobą żyjącą. Wystarczy tylko, aby pomiędzy zmarłym a osobą bliską istniała tak silna więź emocjonalna, że jego śmierć wywołała u niej poczucie krzywdy.

Przy ocenie, czy pomiędzy poczętym dzieckiem, które wskutek wypadku nie urodziło się żywe a jego rodzicami można mówić o więzi, która uzasadnia przyznanie zadośćuczynienia przewidzianego w art. 446 § 4 k.c., nie można pominąć następujących okoliczności. Zmarła córka powodów była ich pierwszym dzieckiem, zapewne bardzo oczekiwanym, zaś ciąża była tak zaawansowana, iż płód był zdolny do życia. Brak podstaw, aby w takiej sytuacji uznać, że rodzice nie byli już ze swoją córką mocno związani emocjonalnie. Taka więź była tak samo silna jak w przypadku dziecka już urodzonego, a może nawet jeszcze silniejsza. Nie widać więc żadnych powodów, aby różnicować krzywdę, jakiej doznają bliscy zmarłego dziecka, które urodziło się żywe od krzywdy doznanej w wyniku tego, że płód zdolny już do życia, w wyniku wypadku urodził się martwy<sup>17</sup>. Można zgodzić się z Sądem Apelacyjnym, że taki płód nie może być uznany za osobę poszkodowaną. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że art. 446 § 4 k.c. inaczej niż pozostałe paragrafy tego przepisu, nie wskazuje, że zmarłym ma być osoba<sup>18</sup>. Nie ma więc wyraźnego wymogu, aby tylko w wypadku, gdy zmarły wcześniej urodził się żywy, można było wystąpić z roszczeniem opartym na tym przepisie<sup>19</sup>.

#### IV

Warto także zwrócić uwagę, że w polskim porządku prawnym w odniesieniu do dziecka, które urodziło się martwe sporządza się akt stanu cywilnego. Zgodnie z art. 38 ust.2 ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (jedn. tekst Dz. U. z 2011, Nr 212, poz. 1264.), jeżeli dziecko urodziło się martwe sporządza się akt

---

zdarzeń, urodzenie się dziecka zwiększa wydatki rodziców a nie powoduje poprawy ich sytuacji majątkowej. O tym, że w art. 446 § 3 k.c., chodzi tylko o odszkodowanie, świadczy art. 446 § 4 k.c., w którym mowa jest o zadośćuczynieniu. Inaczej M. Nesterowicza w głosie powołanej w przypisie 12, s. 110, który widzi potrzebę przesądzenia, że odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. może przysługiwać, także w razie martwego urodzenia się dziecka.

<sup>17</sup> Wskazuje na to przykład podany przez M. Nesterowicza w głosie powołanej wyżej, s. 112-113. Sąd Apelacyjny w Ohio w sprawie *Stidam v. Ashmore* (1959 r.) rozważał kasus bliźniaczek, które doznały szkód w okresie prenatalnym. Jedna z nich zmarła przed urodzeniem, a druga chwilę po urodzeniu. Sąd uznał, że rodzice mogą uzyskać odszkodowanie tylko w odniesieniu do drugiej z nich, gdyż pierwsza nie spełniła przesłanki żywego urodzenia. To rozstrzygnięcie podaje się jako przykład niesprawiedliwości. Glosator zwraca w tym kontekście uwagę na to, że w większości stanów USA uchwalono w drugiej połowie XX wieku ustawy, które wyraźnie dopuściły odszkodowanie w razie urodzenia się martwego dziecka, które było zdolne do życia poza organizmem matki, zaś w orzecznictwie pojawiły się głosy, że nawet w braku wyraźnej regulacji ustawowej, sędziowie w świetle konstytucji USA mają obowiązek interpretować ustawę tak, aby uniknąć niesprawiedliwości.

<sup>18</sup> Pogląd ten zaakceptowała także K. Bączyk-Rozwadowska, w głosie powołanej w przypisie 15.

<sup>19</sup> Z tego względu, że Sąd Apelacyjny w ogóle nie rozważał wysokości zadośćuczynienia należnego rodzicom, a Sąd Okręgowy zasądził niższe odszkodowanie niż żądane przez powodów, Sąd Najwyższy uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. M. Nesterowicz, *op. cit.* s.111, krytykując to rozstrzygnięcie nie zauważył, że Sąd Najwyższy wskazał, tylko, iż pomiędzy rodzicami a ich córką istniała więź, która uzasadnia przyznanie zadośćuczynienia, którego wysokość, po rozważeniu całokształtu okoliczności, ma dopiero ustalić Sąd Apelacyjny.

urodzenia. W takim akcie zamieszcza się jednak wyraźną adnotację, że nastąpiło „urodzenie martwe”. Taki akt urodzenia, ze względu na zawartą w nim adnotację, pełni jednocześnie funkcję aktu zgonu i może być podstawą dla podejmowania potrzebnych działań, między innymi zorganizowania pogrzebu. Wspomniany akt zawiera też wszystkie te dane, które znajdują się w akcie urodzenia sporządzanym w razie, gdy dziecko urodzi się żywe<sup>20</sup>. Zawsze wobec tego, gdy tylko uda się ustalić, że dziecko w okresie prenatalnym osiągnęło już taki rozwój, że byłoby zdolne do życia poza organizmem matki i jest możliwe jego rozdzielenie z matką, należy uznać, że mamy do czynienia ze zmarłym<sup>21</sup>. Oznacza to, że są podstawy do sporządzenia aktu urodzenia z adnotacją „urodzenie martwe” oraz podstawy do rozważenia czy powstało roszczenie z art. 446 § 4 k.c.

Prezentowana wykładnia art. 446 § 1 k.c. wskazuje, że prawo polskie chroni interesy osób bliskich dziecka poczętego, które nie urodziło się żywe. Oczywiście prawo to, podobnie jak inne porządki prawne, chroni wyraźnie w znacznie szerszym zakresie nie tylko osobę, czyli dziecko, które urodziło się żywe, lecz także istotę ludzką w okresie płodowym. W tych porządkach prawnych jest także chroniona spuścizna, którą pozostawia człowiek po swojej śmierci<sup>22</sup>. Nie wydaje się jednak, aby zawsze ochrona ta powinna być taka jak osoby. Uznanie przez prawo za osobę człowieka od chwili jego poczęcia, chociaż teoretycznie możliwe, nie jest jednak często potrzebne. Jak pokazuje wykładnia art. 446 § 4 k.c., bez uznania osoby poczętej za osobę, posługując się określeniem „zmarły” można uzyskać rozwiązanie, które wydaje się słuszne i sprawiedliwe. To, że istota ludzka jest czymś więcej niż tylko człowiekiem od chwili swojego urodzenia do śmierci, nie wymaga więc zawsze odwoływania się przy ochronie prawnej płodu lub spuścizny pozostawionej przez zmarłego do konstrukcji osoby, jej zdolności prawnej oraz przysługujących jej praw i obowiązków. Podobnie jak różnorodne konflikty pomiędzy ludźmi i różnorodne układy, w jakich występują oni w społeczeństwie, nie dają się ująć w ramach jednej konstrukcji, tak i skomplikowane sytuacje związane z ochroną człowieka przed jego urodzeniem oraz ochroną tego, co po nim zostało po jego śmierci warto ujmować w przepisach tylko w taki sposób, aby nie przeszkadzały przy ich stosowaniu w tym, by prawo było rzeczywiście sztuką czynienia tego, co dobre i sprawiedliwe. Natomiast rolą doktryny jest, aby na tle tych różniących się w szczegółach regulacji ustawowych budować takie konstrukcje, które pomagają realizować ten odwieczny cel pra-

<sup>20</sup> Są to takie dane jak: nazwisko, imię lub imiona, płeć dziecka, miejsce i datę urodzenia, a także dane rodziców dziecka (nazwiska, imiona, nazwisko rodowe, oraz miejsce zamieszkania każdego z rodziców w chwili urodzenia się dziecka).

<sup>21</sup> Jest to oczywiście tylko pośredni argument a nie zrównanie takiej sytuacji z urodzeniem żywym. Prezentowana przez Sąd Najwyższy, w omawianym w tym opracowaniu wyroku, wykładnia art. 446 § 4 k.c. nie zakłada konieczności stwierdzenia, że zmarłym w rozumieniu tego przepisu może być tylko ten kto urodził się żywy, ale także dziecko poczęte, które urodziło się martwe i w związku z takim urodzeniem sporządza się szczególnie akt stanu cywilnego, o którym mowa w art. 38 ust.2 u.a.s.c. Akt taki sporządza się przede wszystkim dla innych celów, ale jest on potwierdzeniem tego, że zmarły, niezależnie od tego czy urodził się żywy jest przedmiotem regulacji prawnej nie tylko w art. 446 § 4 k.c.

<sup>22</sup> Co do szczegółów porównaj prace J. Mazurkiewicza powołane w przypisie 4 i 5 oraz przywołaną tam literaturę.

wa rozumianego jako ostateczny wynik działalności ustawodawcy, orzecznictwa i doktryny.

## V

Rozważania na temat tego, jak rozumieć określenie zmarły, są próbą zwrócenia uwagi na to, co jest odwiecznym problemem prawników; na ile konstrukcja prawna stworzona przez naukę oraz przepis uchwalony przez ustawodawcę są pomocne przy budowaniu prawa. Wydawać się może, że najlepiej ochronie godnych ochrony interesów osoby poczętej sprzyja traktowanie jej jako osoby. Podobnie wydaje się, że najlepiej spuściznę po zmarłym chronić będziemy uznając, że prawa, które po nim pozostały, są jego własnymi prawami, czyli ujmując rzecz krótko, jeżeli wydłużymy ochronę prawną osoby od chwili jej poczęcia do chwili, gdy zniknie wszelki po niej ślad. Zastanawiać jednak musi, że poczynając od prawa rzymskiego po współczesne porządki prawne, nigdzie nie utrwały się takie wydawałoby się proste i jasne konstrukcje. Jest tak zapewne dlatego, że względy praktyczne, a także nieuniknione konflikty pomiędzy interesami nasciturusa i osoby zmarłej a osobami realnie istniejącymi, wskazują na konieczność daleko idącej wstrzeźliwości w posługiwaniu się, przy ochronie ich praw, konstrukcją osoby. Traktowanie nasciturusa i zmarłego tak jak osoby żyjącej, oprócz oczywistych problemów czysto praktycznych nastęrcza bowiem także wiele innych jeszcze pytań. To zawsze przecież od żyjących w danym czasie ludzi będzie zależało jak będzie wyglądała ochrona tych, których jeszcze nie ma wśród żywych i tych, których już nie ma.

## VI

Tych kilka uwag na marginesie wyjątkowego stanu faktycznego rozważanego przez Sąd Najwyższy jest przede wszystkim świadectwem stałej obecności w mojej, i zapewne każdego z autorów, którzy wzięli udział w tym zbiorowym opracowaniu, pamięci o Andrzej, Marku i Zygmuncie oraz wyrazem szacunku dla tego, co zrobili dla Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, a szczególnie jego Instytutu Prawa Cywilnego. Mogę z całą pewnością stwierdzić, że swoim dorosłym życiem wpisali się właśnie w realizację tego, aby prawo było tym, co dobre i sprawiedliwe. Jest to także wyraz uznania dla pomysłodawcy i redaktora tego tomu, którego wieloletnie badania nad sytuacją prawną dziecka poczętego oraz prawami osób zmarłych stanowią wielką inspirację dla każdego, kto chce się zająć tematem z tym związanym.