

JACEK MAZURKIEWICZ

DOPUSZCZALNOŚĆ SĄDOWEGO USTALANIA OJCOSTWA DZIECKA POCZĘTEGO

I

W rozważaniach nad sytuacją dziecka poczętego nie mało miejsca poświęcono zagadnieniu dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa¹. Pojawiło się ono zarówno na gruncie art. 47 kodeksu rodzinnego, jak i art. 84 i 85 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Wynikło to z kilku przyczyn.

Po pierwsze, odpowiedź na pytanie: „czy niedopuszczalne jest sądowe ustalenie ojcostwa nasciturusa?” — nie była tak oczywista, ani w świetle art. 47 § 1 k.r., ani art. 84 § 1 k.r.o., regulujących kwestię czynnej legitymacji procesowej. Być może z przyczyn dla ustawodawcy oczywistych (np. niedopuszczalności takiego ustalenia), nie został jednak wyraźnie określony moment, od którego możliwe jest wytoczenie powództwa. Pewną wskazówką mogło być tutaj przyjęcie zasady obliczania okresu koncepcyjnego od momentu urodzenia dziecka (art. 47 § 2 k.r. i 85 § 1 k.r.o.).

Po drugie, w orzecznictwie Sądu Najwyższego — od blisko ćwierćwiecza — realizowana jest powoli, lecz konsekwentnie zasada ochrony praw

¹ Zob.: B. Walaszek, *Nasciturus w prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 1956, nr 7, s. 128 - 129; tenże, *Sądowe ustalenie nieślubnego ojcostwa w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, Rozprawy i Studia Uniwersytetu Jagiellońskiego, t. XXIV, Kraków 1959, s. 57; tenże, *Ustalenie ojcostwa małżeńskiego w polskim prawie rodzinnym, w polskim prawie międzynarodowym prywatnym i procesowym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, t. XLIX, Kraków 1962, s. 134 notka 22; tenże, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971, s. 160; J. Ignatowicz, *Proces o ustalenie ojcostwa*, Nowe Prawo 1950, nr 12, s. 44; tenże, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, Warszawa 1966, s. 506 - 507; A. Wolter, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 1969, s. 135; S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1969, s. 180; J. Dąbrowa, *Dochodzenie roszczeń majątkowych związanych z ojcostwem*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego — Prawo III, nr 10, Wrocław 1958, s. 224 i n.; S. Chrempieński, *Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa?*, NP 1958, nr 2 s. 84 i n.; A. Sabuda, *Charakter i przesłanki realizacji roszczeń matki dziecka pozamałżeńskiego związanych z ciążą i porodem*, NP 1966, nr 5, s. 596; Z. Krzemiński, *Sądowe ustalenie ojcostwa*, Warszawa 1966, s. 7.

dziecka poczętego. Rozstrzygnięcia zawarte w orzeczeniach SN chronią te prawa (a tym samym chroniąc nasciturusa) dokonują tego bardzo często poprzez analogiczne stosowanie przepisów dotyczących dziecka poczętego. Skłaniać to może (per analogiam do uznania nasciturusa) ku przyjęciu dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego. Jednakże brak wyraźnego przepisu przewidującego tego rodzaju dopuszczalność (w przeciwieństwie do uznania z art. 75 k.r.o.) wydawałby się wskazywać, iż ustawodawca nie przewidywał takiego rozwiązania.

Przez pewien okres czasu zagadnienie niedopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa nie było także oczywiste dla praktyki. To spowodowało, iż uchwała całej Izby Cywilnej SN z dn. 6 XII 1952 r. zajęła się m. in. także tą kwestią². W uchwale tej — zawierającej wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej — stwierdzono m. in.: „Okoliczność, że ustalenie ojcostwa stwierdza stan istniejący od chwili poczęcia dziecka, nie usprawiedliwia jednak wniosku, by dopuszczalne było nietrafnie tolerowane niekiedy w praktyce sądowej powództwo o ustalenie ojcostwa, a tym bardziej wydanie w tym przedmiocie wyroku, w czasie po poczęciu dziecka, a przed jego urodzeniem. Dziecko bowiem uzyskuje zdolność prawną dopiero od chwili urodzenia (art. 6 § 1 przep. og. pr. cyw.) i przed tą chwilą nie może być stroną w procesie w ogóle, a więc i w sprawie o ustalenie ojcostwa”.

II

Za dopuszczalnością sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego wypowiadał się wielokrotnie B. Walaszek (zob. przypis 1). Dopuszczalność taką traktuje on m. in. jako konsekwencję zasady ochrony dziecka poczętego, która znowu stanowi refleks nadrzędnej zasady dobra dziecka³. Jednym z przejawów zasady ochrony nasciturusa jest przyjęcie dopuszczalności uznania dziecka poczętego. Równocześnie B. Walaszek wskazuje, że zarówno przy uznaniu dobrowolnym, jak i przy sądowym ustaleniu ojcostwa występuje jednorodząjowy interes dziecka, co uzasadnia dopuszczalność sądowego ustalenia ojcostwa dziecka już od chwili jego poczęcia. Jednocześnie traktując kuratora *ventris nomine* (art. 182 k.r.o.) jako przedstawiciela ustawowego dziecka poczętego, autor uważa, że kurator ten mógłby wytoczyć — w imieniu dziecka — powództwo jeszcze przed jego urodzeniem się. Podobnie uważa, iż z powództwem o ustalenie ojcostwa nasciturusa wystąpić mogłaby matka dziecka poczętego. Przeciwesta-

² Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1953, nr 2, poz. 31 s. 6. Por.: orzeczenie SN z dn. 24V1966 r. (OSN 1967, nr 4, poz. 68); B. Walaszek, *Zarys...*, op. cit., s. 160; M. Grudziński, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 821.

³ Zob.: B. Walaszek, *Dobro dziecka jako przesłanka niektórych uregulowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego PRL*, *Studia Prawnicze* 1970, nr 26 - 27, s. 286 i n.

wiając się stanowisku, iż niedopuszczalne jest sądowe ustalenie ojcostwa nasciturusa ze względu na niemożliwość ustalenia przed urodzeniem się dziecka okresu koncepcyjnego z art. 85 § 1 k.r.o., wskazuje on, że „te względy dowodowe nie mogą być dzisiaj uważane za tak istotną przeszkodę, ponieważ przy pomocy biegłego można okres i czas ciąży ustalić prawie dokładnie”.

Prócz B. Walaszka za dopuszczalnością sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego wypowiedział się także (lecz tylko *de lege ferenda*) S. Chrempiński (zob. przypis 1). Stanowisko swoje uzasadnia on tym, że jeśli sądowe ustalenie ojcostwa ma jedynie charakter deklaratoryjny — stwierdzając stan istniejący od chwili poczęcia dziecka — to dopuszczalne powinno być ono już od tej chwili. Uważa on także, że skoro w literaturze wypowiedziano się za możliwością sądowego ustalenia ojcostwa po śmierci dziecka, to względy celowościowe przemawiają tyra bardziej za dopuszczalnością sądowego ustalenia ojcostwa nasciturusa. Dalej — powołując się na przytoczone wyżej wytyczne SN — S. Chrempiński wskazuje m. in., że „Państwo ludowe ma niewątpliwie interes także w tym, aby takie prawidłowe ustalenie ojcostwa zostało dokonane możliwie jak najwcześniej, a więc powinno być ono uznane za dopuszczalne już po poczęciu dziecka”.

Natomiast przeciwko dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa przed urodzeniem dziecka wypowiedział się J. Ignatowicz (zob. przypis 1). Uzasadnił on swoje stanowisko przede wszystkim brakiem w polskim prawie cywilnym ogólnej zasady *nasciturus pro iam nato habetur*. .., którą to zasadę autor utożsamia z koncepcją podmiotowości cywilnoprawnej dziecka poczętego. Powołując się na przytoczone wyżej wytyczne SN przeciwstawił się on dopuszczalności wydania „wyroku, który — tak jak wyrok ustalający ojcostwo — stwarza pewne prawa dla podmiotu jeszcze nie istniejącego”.

Za niedopuszczalnością sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego opowiedział się także A. Wolter (zob. przypis 1).

Opierając się na tych samych wytycznych SN przeciwko dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa nasciturusa wypowiedział się również S. Szer (zob. przypis 1). Uważał, on, iż przeciwko takiej dopuszczalności „przemawia art. 85 § 1 k.r.o., stanowiący prawnomaterialną podstawę powództwa o ustalenie ojcostwa”.

Za niedopuszczalnością sądowego ustalenia ojcostwa nasciturusa wypowiedziała się także J. Dąbrowa (zob. przypis 1). Według autorki przeciwko takiej dopuszczalności przemawiać ma to, że przed urodzeniem się dziecka nie istnieje możliwość ustalenia okresu koncepcyjnego, o którym była mowa w art. 47 § 2 k.r. Jednocześnie wskazywała ona na to, że do momentu narodzin dziecka „nie można prowadzić dowodu z badania grup krwi”.

Wskazując na brak podmiotowości cywilnoprawnej przez dziecko po-

częte przeciwko dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa takiego dziecka wypowiedział się również A. Sabuda (zob. przypis 1).

Stanowiska prezentowanego przez B. Walaszka nie podziela także Z. Krzemiński (zob. przypis 1).

Wydaje się, iż na marginesie sporu wokół dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka jeszcze nie narodzonego można już obecnie dokonać pewnych ustaleń i sformułować uwagi, które na właściwych sobie pozycjach ustawiłyby argumenty prezentowane w literaturze.

III

Wśród przeciwników dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego niepoślednią rolę odgrywają poglądy odmawiające nasciturusowi podmiotowości prawnej oraz wskazujące na niemożliwość określenia przed urodzeniem się dziecka okresu koncepcyjnego, o którym mowa w art. 85 § 1 k.r.o.

Pierwsze z tych zapatrywań jako jedyne uzasadniało stanowisko zajęte przez SN w wytycznych z grudnia 1952 r. Uważam, iż obecnie straciło ono na znaczeniu z co najmniej dwóch przyczyn. Przede wszystkim od wydania przytoczonych wytycznych wzrosła poważnie ilość orzeczeń SN dotyczących sytuacji prawnej dziecka poczętego⁴, m. in. dzięki czemu problem jego zdolności prawnej przestał być tak oczywisty jak uprzednio. Nie miejsce tu na wnikanie w konsekwencje teoretyczne przyjętych przez SN rozwiązań. Dzięki pewnej połowiczności dotychczasowych rozstrzygnięć, częstokroć ich całkowicie krańcowe interpretacje mogą mieć swoje przekonywujące uzasadnienia⁵. Warto przeto jedynie przypomnieć, że prócz dopuszczalności spadkobrania i zapisobrania nasciturusa (art. 927 § 2, 972 k.c), możliwości uznania dziecka poczętego (art. 75 k.r.o.) oraz dopuszczalności ustanowienia kuratora *ventris nomine* (art. 182 k.r.o.) mamy obecnie do czynienia z: 1) możliwością zaskarżenia przez dziecko odwołania spadku dokonanego przez jego ojca w chwili, gdy było ono jeszcze *in statu nascendi*; 2) prawem do renty dziecka, które urodziło się już po śmierci ojca zabitego wskutek nieszczęśliwego wypadku; 3) roszczeniem odszkodowawczym za czyn wywołujący uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka, a który popełniony był jeszcze przed jego urodzeniem się; 4) zadośćuczynieniem za śmierć ojca dziecka, w chwili śmierci

⁴ Zob.: Orzeczenia SN z dn.: 7 VI 1949 r. (PiP 1951, nr 2, s. 336), 8 X 1952 r. (NP 1953, nr 5, s. 70), 8 I 1965 r. (PiP 1967, nr 10, s. 633), 4 IV 1966 r. (Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1966, poz. 279), 3 V 1967 r. (NP 1968, nr 1, s. 118) oraz 7X1971 r. (OSN 1972, nr 3, poz. 59).

⁵ Zob. np.: A. Szpunar, *Szkoda wyrządzona przed urodzeniem dziecka*, Studia Cywilistyczne, t. XIII-XIV, s. 376 i n.; J. Rezler, *Przyczynek do charakterystyki sytuacji prawnej dziecka poczętego*, NP 1970, nr 9, s. 1227 i n.

ojca tylko poczętemu; 5) uprawnieniem z umowy ubezpieczenia od nie-
szczęśliwych wypadków dziecka tylko poczętego w chwili śmierci ubez-
piezonego ojca.

Wskazać także warto, że SN chroniąc prawa dziecka poczętego doko-
nuje tego poprzez przyrównanie jego sytuacji do sytuacji prawnej dziec-
ka już urodzonego, wskazując jednocześnie na to, że „prawidłowa wykład-
nia prawa zgodna z duchem humanizmu nakazuje przyjąć, że dziecko
poczęte musi być traktowane z punktu widzenia prawa na równi z dzie-
ckiem już urodzonym”⁶. Podkreślano jednocześnie przy tym, że próba
odmawiania nasciturusowi prawa do ochrony jego praw „nie da się po-
godzić z zasadami ustroju i celami państwa ludowego [...]”⁷.

Te m. in. względy spowodowały, iż — od czasu wydania wytycznych
SN z grudnia 1952 r. — ustaliła się w literaturze opinia przyznająca na-
sciturusowi (w węższym lub szerszym zakresie) szczególną zdolność pra-
wną warunkową oraz takąż zdolność sądową⁸. Z tych powodów wydaje
się, iż zarysowany na wstępie sposób argumentacji niektórych z przeci-
wników dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego
(oraz wytycznych SN) jest co najmniej dyskusyjny.

Warto także zauważyć, iż SN mimo to, że niekiedy formułował opinie
radykalne (opowiadając się np. za przyznaniem nasciturusowi zdolności
prawnej), jednakże w większości swych orzeczeń podkreślał, iż przyjęte
przezeń rozwiązanie nie powinny rzutować na „sporne zagadnienie zdol-
ności prawnej nasciturusa”.⁹ Wydaje się przeto, iż ważniejszą obserwa-
cją jest ta, że w orzecznictwie SN ustalona i konsekwentnie przestrzegana
zasada ochrony praw dziecka poczętego stanowiła punkt wyjścia dla przy-
jętych rozstrzygnięć, stając tym samym ponad problemem zdolności pra-
wnej nasciturusa. Głębokie humanistyczne wartości, które stanowią *ratio
legis* tej zasady spowodowały, iż nie mogła być ona ograniczona takim,
a nie innym (art. 8 k.c.) unormowaniem zdolności prawnej w ogólności.
Nie wydaje się by ta praktykowana dotychczas (przy rozstrzygnięciu sytu-
acji prawnych dotyczących nasciturusa) metoda, nie mogła również na

⁶ Uzasadnienie orzeczenia SN z dn. 4 IV 1966 r. Por. uzasadnienia orzeczeń SN z dn. 8 X 1952 r. oraz z dn. 3 V 1967 r.

⁷ Uzasadnienie orzeczenia SN z dn. 8 I 1965 r.

⁸ Zob. np.: A. Wolter, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 135; S. Szer, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 1967, s. 153; M. Grudziński, w pracy zbiorowej: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 819-820; A. Szpunar, *Szkoda...*, op. cit., s. 376 i n.; M. Walaszek, *Uznanie dziecka w polskim prawie rodzinnym*, Kraków 1958, s. 81 i n.; M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, ZNUJ, t. CLVIII, Kraków 1967, s. 25; M. Lisiewski, w: *Kodeks postępowania cywilnego — komentarz*, t. I, Warszawa 1969, s. 175; W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1972, s. 149 - 150.

⁹ Zob.: orzeczenie SN z dn. 7 X 1971 r. wraz z glosą B. Walaszka (OSPika 1972, nr 9, poz. 170).

właściwych pozycjach ustawić argumentów w sporze wokół dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa poczętego.

Z analogicznych (lecz nie tylko), co przytoczone wyżej, powodów nie można się zgodzić z opinią, że niedopuszczalne jest wydanie „wyroku, który — tak jak wyrok ustalający ojcostwo — stwarza pewne prawa dla podmiotu jeszcze nie istniejącego”. Przede wszystkim nadmienić warto, że argument ten zostałby poza dyskusją, gdybyśmy uznali za dopuszczalne jedynie wytoczenie powództwa przed urodzeniem się dziecka. Dopuszczalność wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa przed urodzeniem się dziecka, bez możliwości wydania wyroku przed tą chwilą, jest przyjęta w wielu ustawodawstwach skandynawskich oraz w Anglii i Irlandii. Większość z przytoczonych niżej argumentów starających się uzasadnić potrzebę dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego może równie dobrze uzasadnić także takie połowiczne rozwiązanie. Wydaje się jednak, że i bardziej radykalne rozwiązanie może próbować oprzeć się przytoczonej wyżej argumentacji przeciwników dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa.

Pomijając w tym miejscu uwagi związane z koncepcją warunkowej zdolności prawnej dziecka poczętego, zauważyć warto, że także powołanie dziecka poczętego do spadku, uczynienie go zapisobiorcą, uznanie z art. 75 k.r.o. itp. — stwarzają konkretne prawa (do chwili urodzenia się dziecka — o charakterze warunkowym) już wobec nasciturusa¹⁰. Zwłaszcza, że i tak znane są przykłady, iż sądy ustalają ojcostwo, nawet w sytuacji, w której dziecko nigdy nie uzyskało zdolności prawnej, a tylko dla „czystości konstrukcji prawniczej” dokonują tego nie w sentencji, lecz w uzasadnieniu orzeczenia¹¹. Wydaje się także, iż w pewnym ograniczonym zakresie zarówno uznanie dziecka poczętego, jak i sądowe ustalenie ojcostwa nasciturusa powinny wywierać skutek nawet w wypadku urodzenia martwego. Sądzić nawet można, iż za analogicznym rozwiązaniem wypowiedział się SN co do uznania nasciturusa (zob. przypis 11). Przyjęcie takiego rozwiązania — także co do sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego — stworzyłoby możliwość żądania przez matkę od ojca dziecka przyczyniania się do ponoszenia kosztów utrzymania przez okres ciąży, porodu i rekonwalescencji, kosztów pogrzebu dziecka itp., bez potrzeby przeprowadzania w postępowaniu dotyczącym tych roszczeń ustalania ojcostwa — martwo urodzonego dziecka — w uzasadnieniu orzeczenia.

Drugi z najczęściej podnoszonych argumentów przez przeciwników

¹⁰ Por.: B. Walaszek, *Uznanie dziecka ...*, op. cit., s. 82.

¹¹ Zob.: Uchwała SN z dm. 30 III 1961 r. (OSN 1962, nr 1, poz. 38). W uzasadnieniu tej uchwały stwierdzono m. in., że w wypadku urodzenia się martwego dziecka „powództwo o ustalenie ojcostwa jest niedopuszczalne”, jednakże możliwe jest ustalenie w „uzasadnieniu wyroku, czy dziecko poczęte zostało wskutek obcowania matki z pozwanym”. Por.: A. Sabuda, *Roszczenia matki ...*, op. cit., s. 593.

dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego — wskazuje na niemożliwość ustalenia przed urodzeniem się dziecka okresu koncepcyjnego, na którym opiera się domniemanie w art. 85 § 1 k. r. o.

Zauważyć przeto w tym miejscu wypada, iż szerokie ramy okresu koncepcyjnego, o którym mowa w domniemaniu z art. 85 § 1 k. r. o. uzasadnione są pospołu: doświadczeniem o możliwym (normalnym) okresie trwania ciąży oraz potrzebą zabezpieczenia interesu matki i dziecka pozamałżeńskiego. To chyba jednak nie oznacza, że wówczas, gdy możliwe jest skonkretyzowanie momentu obcowania i ewentualnego czasu poczęcia dziecka, okoliczność ta mogłaby być pominięta w toku postępowania dowodowego. I tak — w praktyce tego postępowania — sąd nie ogranicza się do stwierdzenia faktu obcowania matki z pozwanym mężczyzną w ramach okresu koncepcyjnego, lecz stara się bliżej określić moment (lub skonkretyzować okres) obcowania i ewentualnego poczęcia dziecka. Celowo mówimy tu także o momencie poczęcia dziecka, gdyż właśnie konkretyzacja chwili poczęcia będzie zadaniem biegłego. Wszak także SN w swych orzeczeniach częstokroć podkreślał, iż na podstawie opinii biegłego można domniemanie — oparte na ustawowym okresie koncepcyjnym z art. 85 § 1 k.r.o. — obalić wówczas, gdy ze stopnia rozwoju dziecka w chwili jego urodzenia można wnioskować, że nie mogło być ono poczęte w momencie (okresie) obcowania ustalonym w toku postępowania dowodowego¹². Tak więc, tego rodzaju konkretyzacja czasu poczęcia dziecka pociąga za sobą daleko idące skutki, służące zapoznanej niekiedy w praktyce procesów o sądowe ustalenie ojcostwa zasadzie prawdy obiektywnej.

Wydaje się przeto, że jeżeli ustalenie okresu poczęcia dziecka jest możliwe na podstawie opinii biegłego z niemałą dokładnością jeszcze przed urodzeniem się dziecka, to nie powinno być przeszkód w uwzględnieniu tej okoliczności jako podstawy do ustalenia ojcostwa mężczyzny, który obcował z matką dziecka w okresie jego poczęcia¹³. Możliwe byłoby tu przyjęcie domniemanie, że ojcem dziecka jest mężczyzna, który obcował z jego matką w okresie poczęcia dziecka ustalonym przez biegłego. Wszak możliwość ustalenia okresu zaawansowania ciąży jest dość

¹² Zob.: orzeczenie SN z dn. 15 VIII 1967 r. (Gazeta Sądowa i Penitencjarna 1968, nr 1, s. 2). Por.: orzeczenia SN z dn. 9 IV 1948 r. (PiP 1949, nr 8, s. 106) oraz z dn. 14 III 1962 r. (Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1963, nr 2, s. 355).

¹³ Zob.: H. Martius, *Podręcznik położnictwa*, Warszawa 1961, s. 120 i n.; E. Howorka, *Położnictwo*, Warszawa 1970, s. 145 i n. („Wielkość macicy, a zwłaszcza wysokość jej dna w ciąży rozwijającej się prawidłowo umożliwia określenie dotychczasowego trwania ciąży z dokładnością około 2 tygodni do 12 tygodnia ciąży, a z dokładnością do 4 tygodni w okresie późniejszym”); R. C. Benson, *Położnictwo i ginekologia*, Warszawa 1973, s. 66 i n. Por. także: T. Geiger, *Das uneheliche Kind und seine Mutter im Recht des neuen Staates*, München, Berlin und Leipzig 1920, s. 195.

znaczna, stopień zaś konkretyzacji czasu poczęcia będzie tu chyba nie mniejszy od tego, o którym wnioskuje się ze stopnia rozwoju dziecka w momencie jego urodzenia¹⁴. Jeżeli przeto SN stanął na stanowisku, iż uwzględnienie stanu rozwoju dziecka w momencie jego urodzenia może niekiedy obalić domniemanie z art. 85 § 1 k.r.o., to nie wydaje się by podobne względy nie przemawiały za dopuszczalnością ustalenia momentu poczęcia na podstawie bezpośrednich badań biegłego. Wydaje się także, że wyrok wydany w takim postępowaniu będzie bodaj bardziej zbliżony do prawdy, gdy wydanie go będzie m. in. oparte na skonkretyzowanym czasie poczęcia, a nie fakcie obcowania w szerokich ramach okresu koncepcyjnego, o którym mowa w domniemaniu z art. 85 § 1 k.r.o. Zastrzec się jednak znowu trzeba, że przedstawiony tu sposób argumentacji przeciwników dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa traci na znaczeniu wówczas, gdybyśmy stanęli na stanowisku jedynie dopuszczalności wytoczenia powództwa przed urodzeniem się dziecka, bez możliwości wydania wyroku przed tą chwilą. Przy tym połowicznym rozwiązaniu (nie pozbawionym jednak zalet) w zasadzie nic nie stałoby na przeszkodzie by, poza ustaleniem konkretnego czasu poczęcia dziecka jeszcze przed jego urodzeniem na podstawie opinii biegłego (traktowanym jako jeden z dowodów w sprawie), ostatecznie ocenić powództwo przede wszystkim w świetle domniemania opartego na okresie koncepcyjnym z art. 85 § 1 k.r.o. Wszakże niemało argumentów przemawiających za dopuszczalnością sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa uzasadniałoby także takie połowiczne rozwiązanie.

Najpoważniejszym z argumentów — przemawiających przeciwko dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa — było wskazanie na niemożliwość przeprowadzenia dowodu z grupowego badania krwi przed urodzeniem się dziecka. Podobne zastrzeżenia nie zostały podniesione w stosunku do innych środków dowodowych. Wynika te przede wszystkim stąd, że (w wypadku przyjęcia dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego) przy ustaleniu okresu ciąży i czasu poczęcia dziecka na podstawie opinii biegłego nie wydaje się, by zachodziła potrzeba powoływania się w przyszłości na dowód ze stopnia rozwoju dziecka w momencie jego urodzenia (wyjątku w tej mierze nie można jednak wykluczyć). Zastrzeżenia tego nie podniesiono także co do badań antropologicznych, które i tak w długim okresie po urodzeniu się dziecka nie mogłyby być przeprowadzone¹⁵. Z tych chyba względów

¹⁴ Określenie stopnia zaawansowania ciąży stosuje się już obecnie w toku postępowania dotyczącego zabezpieczenia roszczeń z art. 142 k.r.o. Nie ulega wątpliwości, iż chodzi tu przede wszystkim o konkretyzację chwili poczęcia w celu uwiarygodnienia ojcostwa. Por.: B. Dobrzański, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 738 oraz W. Siedlecki, w: *Kodeks postępowania cywilnego ...*, t. II, op. cit., s. 1036 - 1037.

¹⁵ Zob.: B. Rosiński, *Ekspertyzy biologiczne w procesach sądowych o stwierdzenie ojcostwa*, Palestra 1962, nr 11, s. 16.

wskazywano jedynie na niemożność przeprowadzenia dowodu z grupowego badania krwi, co pozbawiłoby przede wszystkim pozwanego jednego ze środków dowodowych.

Nie wydaje się jednak, by obecnie można było przypisywać temu dowodowi aż tak wielkie znaczenie, że niemożność jego przeprowadzenia w toku postępowania miałyby przemawiać przeciwko dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego. Tym bardziej, że ustawodawca nie formułując co do sądowego ustalania ojcostwa przepisu analogicznego do art. 76 k.r.o., dopuścił możliwość ustalania ojcostwa dziecka po jego śmierci. W sytuacji tej dowód z grupowego badania krwi matki i domniemanego ojca nie będzie miał w zasadzie znaczenia dla sprawy. Natomiast całkowicie bez znaczenia będzie on wówczas, gdy matka zmarłego dziecka wytacza powództwo przeciwko kuratorowi ustanowionemu w miejsce zmarłego ojca¹⁶. Jeżeli w tych i podobnych sytuacjach dopuszczalne jest sądowe ustalenie ojcostwa, przeto co najmniej dyskusyjny staje się zaprezentowany wyżej sposób argumentacji przeciwników dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa.

Sądzić można także, iż w toku postępowania o sądowe ustalenie ojcostwa nasciturusa byłoby możliwe przeprowadzenie szeregu dowodów, które mogłyby dać sądowi podstawę do uwzględnienia lub oddalenia powództwa. Dowód obcowania matki dziecka z pozwanym mężczyzną w ustalonym przez biegłego konkretnym czasie koncepcji, dowody biologiczne wykluczające możliwość zapłodnienia, korespondencja pozwanego, z której niedwuznacznie wynika przyznanie się do obcowania w ustalonym przez biegłego konkretnym okresie koncepcji, przyznanie obcowania lub „przyznanie ojcostwa” w toku procesu — są tu tylko przykładami. Poza tym jak dotychczas (w Polsce) dowód z grupowego badania krwi nie ma znaczenia pozytywnie decydującego¹⁷. Bez względu na to, jak ocenialibyśmy znaczenie dowodu z zeznań świadków i przesłuchania stron oraz dowodu rzeczowego przedstawionego w toku postępowania o sądowe ustalenie ojcostwa, to i tak obecnie mają one w praktyce (jeżeli chodzi o orzeczenia pozytywne) znaczenie decydujące.

Wydaje się przeto, że w sytuacji, w której nie zostanie przeprowadzony dowód obcowania matki dziecka z pozwanym mężczyzną lub — mimo

¹⁶ Uwagi te dotyczyć będą także każdej innej sytuacji w której powództwo wytaczane jest przeciwko kuratorowi zmarłego ojca, jak również sytuacji w której prokurator wytacza powództwo o ustalenie ojcostwa dziecka zmarłej matki przeciwko kuratorowi nieżyjącego ojca.

¹⁷ Zob.: wytyczne SN z dn. 6 XII 1952 r. Por.: orzeczenie SN z dn. 26 II 1953 r. (NP 1953, nr 11, s. 77); uzasadnienie orzeczenia SN z dn. 2 III 1966 r. (OSPika 1966, poz. 250) oraz: L. Hirszfeld, *Nowe metody w dochodzeniu ojcostwa*, PiP 1952, nr 2, s. 268; J. Kobiela, *Badanie grupowe krwi w świetle najnowszych zdobyczy nauki*, NP 1958, nr 6, s. 38 i n.; J. Wisłocki *Badanie krwi w procesach o ojcostwo*, Pałestra 1959, nr 5, s. 23 i n.

przeprowadzenia takiego dowodu — udowodniona zostanie niemożność poczęcia dziecka przez pozwanego w ustalonym przez biegłego konkretnym okresie koncepcji, powinna istnieć możliwość oddalenia powództwa jeszcze przed urodzeniem się dziecka. Natomiast możliwość wydania orzeczenia pozytywnego powinna istnieć wówczas, gdy przeprowadzony zostanie dowód obcowania stron w ustalonym przez biegłego konkretnym okresie koncepcji przy braku dowodu wyłączającego możliwość poczęcia dziecka mimo tego obcowania. W sytuacjach budzących uzasadnione wątpliwości — w których przeprowadzenie dowodu z grupowego badania krwi mogłoby mieć znaczenie dla wyniku procesu — powinna istnieć możliwość zawieszenia postępowania na okres np. roczny. Zalety takiego rozwiązania będą niewątpliwe, bowiem prawie cały materiał dowodowy zostanie zebrany już w okresie najbardziej zbliżonym do rzeczywistego momentu poczęcia. W ostatniej z przedstawionych tu sytuacji, od momentu urodzenia się dziecka (którego ojcostwo mimo procesu wszczętego przed urodzeniem nie zostało dotychczas ustalone) istniała będzie potrzeba przeprowadzenia dowodu tylko z grupowego badania krwi¹⁸. Dzięki proponowanemu rozwiązaniu osiągnie się maksymalne skrócenie upływu czasu od momentu urodzenia się dziecka do chwili ustalenia jego ojcostwa. Warto i w tym miejscu się zastrzec, iż można by pominąć zaprezentowaną powyżej argumentację przeciwników dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa nasciturusa, gdybyśmy stanęli na stanowisku wyłącznie dopuszczalności wytoczenia powództwa przed urodzeniem się dziecka. W sytuacji tej pozwany nigdy nie byłby pozbawiony możliwości skorzystania z dowodu grupowego badania krwi. Wyżej wspomniałem, iż także takie połowiczne rozwiązanie ma swoje niewątpliwe zalety.

Zarzucić można przytoczonej tu argumentacji, iż nieco podobny efekt można by osiągnąć w drodze postępowania dotyczącego zabezpieczenia roszczeń z art. 142 k.r.o. Wszak zabezpieczenie materiału dowodowego byłoby w zasadzie możliwe także w ramach tego postępowania¹⁹. Jednakże stanowisko takie nie jest w pełni uzasadnione. Sądzić mianowicie można, iż rozwiązanie art. 142 k.r.o. jest w praktyce bardzo rzadko stosowane.

¹⁸ Możliwość pobrania krwi od dziecka będzie istniała dopiero po ukończeniu przez nie co najmniej 3 miesiąca życia (§ 3 pkt 1 instrukcji nr 43/59 Ministra Zdrowia z dn. 31 X 1959 r. w sprawie badań grupowych krwi w sprawach sądowych o ojcostwo — Dz. Urz. Min. Zdrowia z dn. 31 X 1959 r., nr 21, poz. 26). Por.: T. Marcinkowski, *Badania serologiczne w dochodzeniu ojcostwa*, Warszawa 1973, s. 274.

¹⁹ Możliwość zabezpieczenia materiału dowodowego — w toku tego postępowania — byłaby jednak ograniczona, gdyż jak słusznie zauważa B. Dobrzański w postępowaniu tym „sąd powinien unikać [...] przeprowadzania obszernego postępowania, nie byłoby to bowiem zgodne z charakterem i celem omawianego postępowania” (*Kodeks rodzinny i opiekuńczy ...*, op. cit., s. 738). Wątpliwe jest także to, czy sądy skłonne byłyby przeprowadzać tego rodzaju zabezpieczenie dowodów na podstawie art. 310 k. p. c.

Dzieje się to z różnorodnych przyczyn i nie miejsce tu na ich dociekanie. Natomiast w sytuacji, gdy dopuszczalne byłoby sądowe ustalenie ojcostwa nasciturusa — postępowanie w tym przedmiocie — w dużej mierze wyeliminowałoby potrzebę zabezpieczenia roszczeń z art. 142 k.r.o.; w niektórych zaś sytuacjach wchłonęłoby ono postępowanie co do zabezpieczenia tych roszczeń. Rzecz oczywista zawsze wtedy, gdy takie postępowanie kończyłoby się orzeczeniem pozytywnym przed urodzeniem się dziecka, ojciec nasciturusa zobowiązany byłby do uczestniczenia w ponoszeniu wydatków związanych z ciążą i porodem oraz kosztów trzymiesięcznego utrzymania matki w okresie porodu (art. 141 § 1 k.r.o.). Do przyczynienia się w pokrywaniu wydatków związanych z ciążą i porodem, rekonwalescencją matki, pogrzebem dziecka itp., byłby on zobowiązany także wówczas, gdyby dziecko urodziło się martwe. Sąd mógłby także w sytuacji, gdy zawiesza postępowanie (do momentu w którym będzie możliwe przeprowadzenie dowodu z grupowego badania krwi), a ojcostwo pozwanego mężczyzny zostało uprawdopodobnione, zobowiązać go do wyłożenia odpowiedniej sumy pieniężnej na koszty utrzymania matki przez trzy miesiące w okresie porodu oraz na koszty utrzymania dziecka przez pierwsze trzy miesiące po urodzeniu. Sąd zawsze mógłby dokonać zabezpieczenia tych roszczeń, nawet wówczas, gdy żądania takiego nie podniosła matka dochodząca ustalenia ojcostwa przed urodzeniem się dziecka (art. 321 § 2, 361 k.p.c). W ten sposób rozwiązanie zawarte w art. 142 k.r.o. spełniałoby swoją doniosłą funkcję społeczną²⁰. Jednocześnie możliwość dochodzenia jakichkolwiek roszczeń związanych z ojcostwem bez jego wcześniejszego ustalenia zostałaby sprowadzona do minimum.

Także dotychczasowe rozwiązanie (art. 142 k.r.o.) wydaje się poniekąd dowodzić, że istnieje społeczna potrzeba dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego. Tyle tylko, że rozwiązanie przyjęte w art. 142 k.r.o. zatrzymało się w połowie drogi; nie dopuszcza sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego, lecz godzi się na jego uwiarogodnienie. Kompromisowość tego rozwiązania nie należy chyba do jego zalet.

Sądzić można, że także inne względy (natury bardziej socjologicznej) uzasadniają potrzebę dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego. Co prawda brak w tej mierze nowszych badań, ale i z daw-

²⁰ Na marginesie warto wspomnieć, że w prawie rzymskim *senatus consulta Plancianum* oraz drugie — bez nazwy — z czasów cesarza Hadriana przewidywały „możność wszczęcia przez kobietę będącą w ciąży, rozwiedzioną lub nawet w czasie małżeństwa, specjalnego formalnego postępowania przeciw mężowi (lub jego *patri familias*), prowadzącego do uznania dziecka za swoje przez męża (*agnoscere partum*) i w konsekwencji do zapewnienia dziecku alimentacji” (A. Wiliński, *Maiores trimo — granica wieku trzech lat w prawie rzymskim*, Czasopismo Prawno-Historyczne, t. VII, z. 1 — 1955, s. 43 i 45 oraz powołana w notce 2 literatura).

niejszych ustaleń można z małą obawą pomyłki wnioskować, iż w dość znacznej ilości spraw (według badań Z. Ziemińskiego do 40%) o sądowe ustalenie ojcostwa mamy do czynienia z przyznaniem obcowania lub „przyznaniem ojcostwa”²¹. Wydaje się, iż w większości takich spraw istniałaby — jeśli przyjąć proponowane tu rozwiązanie — możliwość wydania wyroku ustalającego ojcostwo jeszcze przed urodzeniem się dziecka. W pewnej ilości spraw o ustalenie ojcostwa mamy także do czynienia z oświadczeniem wiedzy i woli, które wypadaloby zakwalifikować jako normalne uznanie dziecka²². Gdyby nawet nie przychylić się do tej budzącej kontrowersje opinii, to wydaje się, iż taka okoliczność miałaby decydujące znaczenie dla wydania orzeczenia ustalającego ojcostwo jeszcze przed urodzeniem się dziecka²³. Można nawet sądzić, że wskutek dopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego i sama instytucja uznania nasciturusa stałaby się żywotniejsza²⁴. Także tu brak nowszych danych, lecz nie wydaje się by miały one obecnie poważniejsze znaczenie praktyczne²⁵.

Zastrzec się także trzeba, że w sytuacjach szczególnych powinna istnieć możliwość wznowienia postępowania w sprawie zakończonej prawomocnym orzeczeniem ustalającym ojcostwo. Dotyczyć to może przede wszystkim takiej sytuacji, gdy wydano wyrok ustalający ojcostwo przed narodzeniem się dziecka, a po jego urodzeniu się (i po uprawomocnieniu się orzeczenia) na podstawie grupowego badania krwi zostanie wykluczone ojcostwo prawnego ojca dziecka. Wydaje się jednak, że możliwość wzruszenia w ten sposób prawomocnego wyroku powinna istnieć tylko

²¹ Zob.: Z. Ziemiński, *Postępowanie dowodowe w sporach o ustalenie ojcostwa*, NP 1953, nr 4, s. 29; J. Cagara, *Sprawy o ustalenie ojcostwa i roszczenia z nim związane na przestrzeni lat 1950 -1960 w jednym powiecie*, NP 1961, nr 3, s. 373 (według przedstawionych badań „przyznanie ojcostwa” oraz przyznanie obcowania miało miejsce w około 46% spraw).

²² Por.: B. Walaszek, *Uznanie dziecka...*, op. cit., s. 93 i n.

²³ w-związku z tym, że w sprawach o ustalenie ojcostwa niedopuszczalne jest oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na uznaniu powództwa lub przyznaniu okoliczności faktycznych (art. 431, 458 § 1 k.p.c), sąd po dokonaniu uznania w toku procesu może, a niekiedy musi prowadzić dalej postępowanie dowodowe. To wcale jednak nie oznacza by uznanie, o którym mowa, nie miało decydującego wpływu na wydanie orzeczenia ustalającego ojcostwo. Por.: orzeczenie SN z dn. 24 VIII 1963 r. (OSN 1964, nr 6, poz. 120).

²⁴ Gdyby nie przychylić się do rozwiązania — o którym mowa w notce 23 — wydaje się, iż możliwe byłoby zawieszenie postępowania — w wypadku uznania dokonanego w toku procesu — z jednoczesnym wyznaczeniem pozwanemu terminu do dokonania uznania (stosownie do postanowień art. 79 k.r.o.), po którego bezskutecznym upływie postępowanie o sądowe ustalenie ojcostwa byłoby podjęte. Przy takim rozwiązaniu znaczna ilość „przyznań” w toku procesu o sądowe ustalenie ojcostwa nasciturusa wpłynęłaby niewątpliwie na wzrost liczby uznań z art. 75 k.r.o.

²⁵ Zob.: E. Mędrzycka, *Z problematyki uznania dziecka*, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości 1957, nr 11, s. 19 i n.; uzasadnienie uchwały SN z dn. 30 III 1961 r.

w ciągu ograniczonego czasu (np. sześciu miesięcy) od momentu urodzenia się dziecka.

Warto w tym miejscu zwrócić także uwagę na prezentowany przez zwolenników dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego pogląd o konieczności analogicznego stosowania przepisów dotyczących nasciturusa zawsze wtedy, gdy wymaga tego jego interes. Także w większości dotychczasowych orzeczeń SN droga do analogii wiodła przez „wspólny mianownik” interesu nasciturusa wymagającego ochrony prawnej. Była tu więc raczej stosowana analogia *iuris* niżli *legis*. Pogląd o potrzebie stosowania analogii przy rozwiązywaniu kwestii dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego wiąże się ze stanowiskiem podkreślającym jednorodząjowy interes dziecka występujący przy uznaniu dobrowolnym i sądowym ustalenia ojcostwa. Z jednorodząjowego interesu dziecka nie wynika jeszcze wszakże potrzeba analogicznego traktowania obydwu sposobów ustalania ojcostwa. Dystynkcja pomiędzy nimi istnieje (m. in. co do skutków prawnych w zakresie władzy rodzicielskiej ojca oraz nazwiska dziecka), lecz, jak się wydaje, jedynym uzasadnieniem jej jest ochrona interesu matki oraz dziecka. Dystynkcja ta nie byłaby uzasadniona, gdyby nie zachodziła obawa przed naruszeniem tego interesu. Dopuszczalność uznania nasciturusa i niedopuszczalność sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego nie wydaje się być uzasadniona potrzebą takiej ochrony interesów dziecka poczętego. Mniemam, że poza innymi względami pewien wpływ na to ograniczenie mogło mieć to, że żadne z ustawodawstw dzielnicowych nie znało sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego, przy jednoczesnej dopuszczalności uznania nasciturusa na gruncie art. 298 kodeksu cywilnego Królestwa Polskiego z 1825 r.

Można przeto sformułować pogląd, iż ta dystynkcja między uznaniem dobrowolnym a sądowym ustaleniem ojcostwa nie jest — z punktu widzenia interesów dziecka poczętego — czymkolwiek uzasadniona. Wręcz odwrotnie: możliwość sądowego ustalenia ojcostwa nasciturusa, czy nawet tylko wytoczenia powództwa przed jego urodzeniem niewątpliwie chroniłaby lepiej te interesy, niż rozwiązanie obecne.

IV

Na gruncie wielu ustawodawstw europejskich dopuszczalne jest wytoczenie powództwa (wniosku) o ustalenie ojcostwa dziecka jeszcze przed jego narodzeniem. Expressis verbis postanowienia takie zawierają: kodeks cywilny szwajcarski²⁶, prawo rodzinne portugalskie²⁷, prawo an-

²⁶ Zob.: A. Egger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1030, t. 1, § 308; G. R. Mohr, *Die Vaterschaftsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches und ihre historische Grundlage*, Bern 1912, s. 78-79; C. Papillian, *La*

gielskie²⁸, irlandzkie, norweskie, szwedzkie, duńskie i fińskie²⁹. Jedyne na gruncie prawa szwajcarskiego i portugalskiego istnieje możliwość ustalenia ojcostwa jeszcze przed urodzeniem się dziecka; natomiast według prawa angielskiego, irlandzkiego, norweskiego, szwedzkiego, duńskiego i fińskiego wszczęte przed urodzeniem się dziecka postępowanie o ustalenie jego ojcostwa nie może być zakończone wyrokiem przed tą chwilą.

L'ADMISSIBILITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT JUDICIAIRE DE LA PATERNITÉ D'UN ENFANT CONÇU

R é s u m é

Dans le droit de famille polonais l'établissement judiciaire de la paternité d'un enfant conçu et même l'introduction d'une action sur la paternité avant la naissance de l'enfant est inadmissible.

Dans la littérature de la justice civile, la majorité des auteurs maintient cette attitude de la législation et en faveur de l'admissibilité de l'établissement de la paternité d'un enfant conçu ne se sont prononcés jusqu'à présent que B. Walaszek et S. Chrempiński. Parmi les arguments principaux des adversaires de cette admissibilité on doit indiquer les opinions 1) refusant à nasciturus la personnalité du droit civil, 2) soulignant l'impossibilité d'établir avant la naissance de l'enfant la période de conception sur laquelle s'appuie la présomption selon l'article 85 § I du code de famille et de tutelle, 3) soulevant l'impossibilité d'administrer la preuve avant la naissance d'un enfant par l'examen du groupe sanguin. Parmi les arguments des partisans de cette admissibilité, le rôle principal est joué par des opinions indiquant: 1) la fonction supérieure du principe de protection des droits de l'enfant conçu, 2) l'intérêt du même genre du nasciturus, tant à la reconnaissance volontaire que forcée.

Après avoir fait l'analyse des opinions particulières l'auteur arrive aux conclusions suivantes:

recherche de la paternité, Paris 1913, s. 282-283; R. Vuille, *La recherche de la paternité d'après le code civil suisse*, Genève 1917, s. 64-66. Zob. także: Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IX, Paris 1917, s. 282 notka 9 bis (co do motywów niedopuszczalności sądowego ustalania ojcostwa dziecka poczętego w prawie francuskim) oraz M. Bridel, *La règle „pater is est...” en droit suisse*, Alençon 1927, s. 24 - 26 i W. Scheller, *Die Einreden des Beklagten im Vaterschaftsprozess*, Zürich 1929, s. 20 i n. (co do możliwości ustalenia przed urodzeniem się dziecka okresu jego poczęcia).

²⁷ Zob.: T. Geiger, *Das uneheliche Kind ...*, op. cit., s. 195; H. Tomforde, F. Diefenbach, H. Webler, *Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland*, Berlin 1935, s. 170.

²⁸ Zob.: E. L. Johnson, *Family Law*, London 1965, s. 264; H. Lhospied, *Étude sur la recherche de la paternité en droit comparé*, Paris 1914, s. 352 notka 5.

²⁹ Zob.: A. Bergmann, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*. Stand 30 VIII 1958, Frankfurt/M 1958, t. 1 (Irland — s. 19, Norwegen — s. 24, Schweden — s. 27, Finnland — s. 28); H. Tomforde, F. Diefenbach, H. Webler, *Das Recht des unehelichen Kindes ...*, op. cit., s. 36 (Dänmark und Island); G. Nyrén, *Schwedisches Familienrecht*, 2. Teil, Berlin 1927, s. 45.

1) Dans la jurisprudence de la Cour Suprême on a depuis longtemps accepté et appliqué le principe de protection des droits de l'enfant conçu. Toutes les décisions de la Cour Suprême — concernant la situation juridique de l'enfant conçu — étaient la manifestation de la réalisation de ce principe, omettant en même temps le problème de la capacité juridique du nasciturus. Il semble juste que c'est le principe de protection des droits de l'enfant conçu qui doit être le déterminant principal dans le litige sur l'admissibilité judiciaire de l'établissement de la paternité du nasciturus;

2) Il est possible avant la naissance de l'enfant — avec une précision assez grande — de déterminer le temps de sa conception. Il faut croire qu'on pourrait établir la paternité d'un homme qui était en relations sexuelles avec la mère du nasciturus pendant la période déterminée par un expert comme le temps de la conception.

3) Il faut remarquer qu'en Pologne la preuve appuyée sur l'examen du groupe sanguin ne possède pas de caractère obligatoire et n'entraîne pas d'acceptation décisive (quant aux décisions établissant la paternité). Cependant on pourrait administrer avant la naissance de l'enfant une série d'autres preuves, qui pourraient donner au tribunal les bases permettant de reconnaître ou éventuellement de débouter la demande.

4) Dans les situations douteuses, il doit exister une possibilité de suspension de la procédure jusqu'au temps où il sera possible d'administrer la preuve de l'examen du groupe sanguin. Dans les situations particulières, il doit exister aussi une possibilité de réouverture de la procédure qui aboutira à une décision ayant la force de chose jugée, établissant la paternité avant la naissance de l'enfant.

L'auteur en se déclarant partisan de l'admissibilité de l'établissement judiciaire de la paternité de l'enfant conçu remarque en même temps que la majorité des arguments justifiant cette solution parlerait aussi en faveur d'une solution à caractère de demi-mesure. Elle est acceptée dans les lois Scandinaves et dans le droit anglais et irlandais et elle admet seulement d'intenter la demande de l'établissement de la paternité avant la naissance de l'enfant sans possibilité de rendement de jugement avant ce moment.