Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Instytut Prawa Cywilnego
Zakład Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego
Studia stacjonarne prawa

Aleksandra Nowak

Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności deliktowej- charakter prawny i dopuszczalność w polskim porządku prawnym skarg *wrongful conception, wrongful birth* i *wrongful life*

Praca magisterska pod kierunkiem
prof. dr. hab. Piotra Machnikowskiego

Wrocław 2018

1:45919

Spis treści

WYKAZ SKRÓTÓW 5
WSTĘP 7
1. Uwagi ogólne 7
2. Uwagi terminologiczne 9
3. Szkody prenatalne (prenatal injuries) i szkody prekoncepcyjne (preconception injuries) a skargi wrongful conception, wrongful birth i wrongful life 10
4. Uwagi metodologiczne 14
ROZDZIAŁ I *WRONGFUL CONCEPTION* 17
1. Uwagi ogólne 17
2. Analiza prawnoporównawcza 17
2.1. *Wrongful conception* w praktyce niemieckiej 17
2.2. *Wrongful conception* w praktyce Stanów Zjednoczonych 20
2.3. *Wrongful conception* w praktyce brytyjskiej 26
3. Szkoda w sprawach *wrongful conception* 30
3.1. Pojęcie szkody 30
3.2. Rodzaje szkody 32
3.3. Ustalanie rozmiarów szkody 33
3.3.1. Metoda dyferencyjna 33
3.3.2. Problematyka zastosowania zasady zaliczenia uzyskanych korzyści na poczet odszkodowania (*compensatio lucri cum damno*) 34
3.4. Elementy szkody w sprawach *wrongful conception* 34
3.4.1. Uwagi ogólne 34
3.4.2. Koszty utrzymania dziecka 37
3.4.3. Inne elementy szkody 42
3.4.3.1. Inne elementy szkody majątkowej 42
3.4.3.2. Szkoda niemajątkowa 43
4. Zdarzenie sprawcze 44
4.1. Uwagi ogólne 44
4.2. Antykoncepcja 44
4.3. Sterylizacja 45
4.3.1. Uwagi ogólne 45
4.3.3. Dopuszczalność sterylizacji w prawie obcym 47
4.3.4. Dopuszczalność sterylizacji w prawie polskim 48
4.4. Aborcja 49
4.4.1. Uwagi ogólne 49

2:80832

4.4.2. Naruszenie obowiązków przez lekarza 50
4.4.3. Dopuszczalność aborcji w prawie obcym 52
4.4.4. Dopuszczalność aborcji w prawie polskim 52
5. Bezprawność i wina 54
5.1. Bezprawność 54
5.2. Wina 55
6. Związek przyczynowy 57
6.1. Uwagi ogólne 57
6.2. Udowodnienie adekwatnego związku przyczynowego w tzw. procesach lekarskich 58
6.3. Przerwanie adekwatnego związku przyczynowego 59
ROZDZIAŁ II *WRONGFUL BIRTH* 61
1. Uwagi ogólne 61
2. Analiza prawnoporównawcza 62
2.1. *Wrongful birth* w praktyce niemieckiej 62
2.2. *Wrongful birth* w praktyce Stanów Zjednoczonych 64
2.2. *Wrongful birth* w praktyce brytyjskiej 68
3. Szkoda w sprawach *wrongful birth.* 71
3.1 Pojęcie szkody i ustalanie jej rozmiarów 71
3.2. Zakres szkody majątkowej- koszty utrzymania 71
4. Zdarzenie sprawcze w sprawach *wrongful birth* 72
4.1. Uwagi ogólne 72
4.2. Przyczyny i formy wad wrodzonych 72
4.3. Diagnostyka wad wrodzonych - badania prenatalne i prekoncepcyjne, i preimplantacyjne 74
4.4. Diagnostyka prenatalna, prekoncepcyjna i preimplantacyjna w prawie polskim 75
4.5.Naruszenie obowiązków przez lekarza 78
5. Wina 80
6. Adekwatny związek przyczynowy 82
ROZDZIAŁ III *WRONGFUL LIFE* 83
1. Uwagi ogólne 83
2. Analiza prawoporównawcza 83
2.1. *Wrongful life* w praktyce Stanów Zjednoczonych 83
2.2. *Wrongful life* w praktyce niemieckiej 90
2.3. *Wrongful life* w praktyce brytyjskiej 92
2.4. *Wrongful life* w praktyce francuskiej 94
3. Szkoda w sprawach *wrongful life* 97
3.1. Uwagi ogólne 97

3:59472

3.2. Prawo do „nieistnienia” 97
3.3. Niemożność ustalenia rozmiarów szkody 100
3.4. Niemożność ustalenia rozmiarów szkody czy brak szkody? 102
ROZDZIAŁ IV *WRONGFUL CONCEPTION, WRONGFUL BIRTH, WRONGFUL LIFE* W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM 104
1. Polska praktyka orzecznicza 104
2. *Wrongful life, wrongful birth* i *wrongful conception- de lege lata* i *de lege ferenda* 108
BIBLIOGRAFIA 112
AKTY PRAWNE 112
LITERATURA 112
CZASOPISMA 114
ORZECZNICTWO POLSKIE 115
ORZECZNICTWO ZAGRANICZNE 117
INNE 121

4:49568

WYKAZ SKRÓTÓW

A. - Atlantic Reporter

A.C. - Appeal Cases

A.D. - New York Supreme Court Appellate Division Reports

All E.R - All England Law Reports

B.M.L.R. - Butterworths Medico-Legal Reports

BGH - Bundesgerichtshof (Federalny Trybunał Sprawiedliwości)

Bull.civ. - Bulletin civil de la Cour de cassation

BverfGE - Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Cal. R. - California Reporter

Cal. - California Supreme Court Reports

D. - Recueil de jurisprudence Dalloz

Dz. U. - Dziennik Ustaw

EWHC - High Court of England and Wales Decisions

F. - Federal Reporter

F.Supp - Federal Supplement

I.R. - Informations rapides du Recueil Dalloz

J. - Jurisprudence

JCP - Juris-Classeur périodique (La semaine juridique)

k.c. - Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny (Dz. U. 1964, nr 16, poz. 93 z pózn. zm.)

k.k. - Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.)

KEL - Uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 z późn. zm. - Kodeks Etyki Lekarskiej

Konst. niem. - Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) z dnia 23 maja 1949 r.

LG - landesgericht (Sąd Krajowy)

Mass. - Massachusetts Supreme Judicial Court Report

N.E. - North Eastern Reporter

N.H. - New Hampshire Supreme Court Reports

N.L.J. - New Law Journal

N.W. - North Western Reporter

5:67029

N.Y. - New York Court of Appeals Reports

niepubl. - niepublikowany

NJW - Neue Juristische Wochenschrift

OLG - Oberlandesgericht (Wyższy Sąd Krajowy)

OSN - Orzecznictwo Sądu Najwyższego

OSNC - Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna

OSP - Orzecznictwo Sądów Polskich

OSPiKA - Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych

OTK - Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

OTK ZU - Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy.

P. - Pacific Reporter

P.N.L.R. - Professional Negligence and Liability Reports

Pa.D & C. - Pennsylvania District & County Reports

QB - Queen's Bench Reports

RGZ - Reichskammergericht in Zivilsachen

S.E. - South Eastern Reporter

S.W. - South Western Reporter

SA - Sąd Apelacyjny

SN - Sąd Najwyższy

So. - Southern Reporter

Somm. - Sommaires de jurisprudence

TK - Trybunał Konstytucyjny

U.S. - United States Reports

VersR - Versicherungsrecht

WHO - Światowa Organizacja Zdrowia

z pózn. zm. - z późniejszymi zmianami

6:91736

WSTĘP

1. Uwagi ogólne

Rewolucyjny postęp nauk biomedycznych stwarza dziś możliwość niemalże nieograniczonego wpływu człowieka na proces prokreacji[1]. Intensywny rozwój cywilizacyjny ostatnich dziesięcioleci wpłynął w znacznym stopniu na dostępność różnorodnych metod regulacji narodzin, takich jak antykoncepcja farmakologiczna, sterylizacja, diagnostyka prenatalna, inżynieria genetyczna, inseminacja oraz zapłodnienie pozaustrojowe metodą *in vitro*, a tzw. „planowanie rodziny", czyli świadome podejmowanie przez przyszłych rodziców decyzji w zakresie liczby posiadanego potomstwa oraz momentu urodzeń[2], stało się zjawiskiem powszechnym. Tym niemniej, wzmożona ingerencja w istotę ludzkiej prokreacji wciąż budzi silne kontrowersje nie tylko natury światopoglądowej czy obyczajowej, ale także prawnej. Jakkolwiek nie sposób oczekiwać od ustawodawcy zdolności antycypacyjnego kreowania regulacji prawnych, wobec stałego rozwoju nauk medycznych, konieczność wprowadzenia stosownych zmian w obowiązujących przepisach zdaje się nie budzić wątpliwości.

Upowszechnienie usług lekarskich sprawiło, że prawo medyczne stało się przedmiotem szczególnego zainteresowania doktryny i praktyki. Współczesna medycyna niesie za sobą, poza niewątpliwymi korzyściami, także swoiste zagrożenia. Dlatego ustawodawstwo powinno zmierzać do precyzyjnej regulacji tej materii, w szczególności w zakresie odpowiedzialności lekarzy i zakładów leczniczych za wyrządzone pacjentom szkody. W obliczu postępu nauk medycznych zwiększyły się wymagania stawiane współczesnym lekarzom- oczekuje się od nich coraz większej staranności, sumienności, systematycznego poszerzania wiedzy i dokształcania. Niedochowanie tych wymagań stanowi winę lekarza i może prowadzić do poniesienia przez niego odpowiedzialności cywilnej za wyrządzone pacjentowi szkody.

Szczególnego unormowania wymagają przypadki odpowiedzialności personelu medycznego z tytułu *wrongful life, wrongful birth* i *wrongful conception*. Oczekiwać można wzrostu liczby spraw, dla których kanwę stanowić będzie, jako zjawisko coraz bardziej powszechne, medycznie regulowana prokreacja. W braku precyzyjnej regulacji prawnej,

[1] M. Kowalski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu wrongful birth w prawie niemieckim*, Prawo i Medycyna 2002, nr 11, s. 65.
[2] *Ibidem*, s. 66.

7:10221

przy rozpatrywaniu powództw na tle *wrongful life, wrongful birth* i *wrongful conception* polska judykatura zmuszona jest analizować okoliczności konkretnego przypadku w oparciu o ogólne zasady prawa cywilnego, przy uwzględnieniu tendencji orzeczniczych innych państw. Choć obecnie rozstrzygnięcia sądowe i unormowania prawne państw europejskich są w tym przedmiocie zasadniczo zbieżne, i wydawać by się mogło, że polskie prawo cywilne też nie pozostawia wątpliwości w zakresie obowiązku naprawienia wyrządzonej ze swej winy szkody, to wciąż sporna pozostaje kwestia dopuszczalności analizowanych skarg na gruncie polskiego porządku prawnego. Przedstawiciele polskiej doktryny jak dotąd nie zajęli w tym zakresie jednolitego stanowiska, przeciwnie, przez wzgląd na moralno-światopoglądowy wymiar omawianej tematyki, w piśmiennictwie kwestia odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza za doprowadzenie do poczęcia lub narodzin niechcianego dziecka budzi poważne kontrowersje[3].

Silnie obyczajowy charakter analizowanego zagadnienia prowadzi do stosowania nieuzasadnionych uproszczeń przez niektórych przedstawicieli doktryny. Część autorów wyraża bowiem przekonanie, że problematykę skarg *wrongful life, wrongful birth* i *wrongful conception* da się sprowadzić do odpowiedzi na pytanie, czy dziecko można uznać za szkodę?[4] Niewątpliwie, nie sposób udzielić odpowiedzi twierdzącej na tak sformułowane pytanie. Niedopuszczalność postrzegania dziecka kategoriach szkody wynika nie tylko ogólnych wartości przyjętych w naszym kręgu kulturowym, ale także m.in. bezpośrednio z art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., zgodnie z którym „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”[5] .

Niniejsza praca ma na celu wykazanie (zwłaszcza w zakresie analizy pojęcia szkody), że co do zasady przyjęcie dopuszczalności ponoszenia przez podmioty lecznicze odpowiedzialności za doprowadzenie do poczęcia lub narodzin dziecka nie stoi w sprzeczności ani z paradygmatem życia jako najwyższej wartości, ani zasadami polskiego porządku prawnego, i nie stanowi zagrożenia interesów małoletnich, przeciwnie, przyznanie odszkodowania może mieć pozytywny wpływ na warunki ich egzystencji.

[3] M. Kowalski, *Odpowiedzialność... op.cit*., s. 65.
[4] A. Wudarski, *Odpowiedzialność za szkody prenatalne na tle orzecznictwa sądów austriackich i niemieckich*, Palestra 2003, nr 5–6, s. 171.
[5] Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z pózn. zm.

8:75636

2. Uwagi terminologiczne

Problematyka związana z odpowiedzialnością lekarza za zawinione doprowadzenie do poczęcia bądź urodzenia się niechcianego dziecka kojarzona jest z trzema anglojęzycznymi terminami: *wrongful life*, *wrongful birth* oraz *wrongful conception.* Pojęcia te przejęte zostały zasadniczo w swym oryginalnym brzmieniu przez polską doktrynę.

Posługiwanie się terminami proponowanymi w polskim piśmiennictwie: „złe poczęcie"- zamiast *wrongful conception*, „złe urodzenie"- jako *wrongful birth*, oraz „złe życie" w miejsce *wrongful life* [6] pozwalałoby presuponować, że w istocie rzeczy istnieją dwie kategorie życia (urodzenia, poczęcia)- dobra i zła. Takie założenie budzić może wątpliwości natury aksjologicznej. Z tych samych względów niezasadne wydaje się także używanie innych pojęć proponowanych przez przedstawicieli polskiej doktryny tj. „niechciane poczęcie", „niedobre życie", „niedobre urodzenie", czy też „nieszczęśliwe istnienie".

Analiza etymologii stosowanych pojęć wskazuje na źródło trudności we właściwym przekładzie terminów anglojęzycznych. Jako pierwsze pojawiło się na gruncie judykatury amerykańskiej określenie *wrongful life*. Sąd w Illinois posłużył się tym terminem w wyroku z 1963 r. w sprawie Zepeda v. Zepeda[7], stosując go jako pojęcie przeciwstawne do funkcjonującej w systemie *Common Law* koncepcji *wrongful death*, nieznanej polskiemu porządkowi prawnemu, a tłumaczonej jako „bezprawne spowodowanie śmierci"[8]. W ślad za tym spostrzeżeniem, należałoby przyjąć, że najstosowniejszym polskojęzycznym terminem na określenie skarg z tytułu *wrongful life* byłoby „bezprawne spowodowanie życia". Należy uznać zatem, że tylko określenia takie jak wspomniane wyżej „bezprawne spowodowanie życia", a także „bezprawne spowodowanie urodzenia" oraz „bezprawne spowodowanie poczęcia", mogą być uznane za semantycznie poprawne.

Choć niewątpliwie stosowanie terminologii polskojęzycznej byłoby na gruncie polskiego prawa pożądane, wobec braku cywilistycznej instytucji „bezprawnego spowodowania śmierci" próby dokonywania tłumaczeń pojęć anglojęzycznych mogą nastręczać trudności interpretacyjnych. W związku z tym należy przychylić się

[6] A. Jacek, *„Złe urodzenie" jako źródło odpowiedzialności odszkodowawczej zakładu opieki zdrowotnej*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 12, s. 92.

[7] Zepeda vs. Zepeda, 190 N.E. 2d 849 (Illinois 1963), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/2192746/zepeda-v-zepeda/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

[8] T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003, s. 18.

9:22719

do wyrażonego w piśmiennictwie postulatu, by posługiwać się omawianymi pojęciami w ich niezmienionej, anglojęzycznej formie[9].

Termin *wrongful birth* („złe urodzenie") bywa używany także w doktrynie europejskiej jako określenie zbiorcze, obejmujące swoim zakresem wszelkie stany faktyczne stanowiące podstawę roszczeń rodziców dziecka wobec lekarza[10]. Taka typologia przyjęta została m. in. w piśmiennictwie niemieckim, gdzie wyraźnej separacji podlegają roszczenia przysługujące rodzicom przeciwko lekarzowi oraz roszczenia przysługujące dziecku[11]. Niemniej, także w literaturze niemieckojęzycznej, w ramach roszczeń rodziców dokonuje się rozróżnienia na „niechciane urodzenie niepełnosprawnego dziecka" (*unerwünschte Geburt eines behinderten Kindes*) oraz „niechciane poczęcie" (*unerwunschte Empfangins*). Pierwsze traktowane jest jako odpowiednik anglojęzycznego *wrongful birth,* drugie uznać należy natomiast za ekwiwalent *wrongful conception.* Korelatem *wrongful life,* a zatem roszczeń przysługujących dziecku, jest na gruncie doktryny niemieckiej termin *unerwunschte Leben* („niechciane życie"). Należy zgodzić się ze stanowiskiem Tomasza Justyńskiego, który uznaje łączenie pojęć *wrongful birth* oraz *wrongful conception* za niewłaściwe[12]. Posługiwanie się jednym pojęciem dla opisania dwóch zasadniczo odmiennych kategorii roszczeń, wyłącznie z powołaniem na fakt ich tożsamości podmiotowej, nie wydaje się zasadne.

3. Szkody prenatalne (prenatal injuries) i szkody prekoncepcyjne (preconception injuries) a skargi wrongful conception, wrongful birth i wrongful life

Na potrzeby dalszej analizy należy wyraźnie odróżnić od omawianych trzech typów roszczeń, inne, *prima facie* zbliżone terminy, jakimi są szkoda prenatalna (*prenatal injuries*) oraz szkoda prekoncepcyjna (*preconception injuries*).

Konieczność ochrony prawnej *nasciturusa* powszechnie akceptowana jest w różnych systemach prawnych. Na gruncie polskiego porządku prawnego podstawą udzielenia takiej

[9] A. Rogowska, *Prawna koncepcja „złego urodzenia" – rozwój koncepcji, terminologia i orzecznictwo zagraniczne*, IUSTITIA 2012, nr 3, s. 132 i n.
[10] A. Jacek, *„Złe urodzenie"... op. cit,* s. 93.
[11] R. Zimmermann, *„Wrongful life" und „wrongful birth",* Juristenzeitung 1997, nr 3, s. 131, [za:] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit* , s. 21.
[12] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit* , s. 22.

10:17952

ochrony jest art. 446^1 k.c.[13],zgodnie z którym z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem.

Mianem szkód prenatalnych określa się te szkody, które wyrządzone zostały dziecku, a które swe źródło mają w zdarzeniach jakie nastąpiły przed jego urodzeniem się. Zgodnie ze stanowiskiem polskiej judykatury, do zdarzeń rodzących odpowiedzialność za szkody prenatalne należy zaliczyć zarówno czyny skierowane przeciwko matce, jak i skierowane bezpośrednio przeciwko dziecku poczętemu, o ile ich konsekwencją jest naruszenie integralności płodu[14]. Co istotne, w przypadkach objętych zakresem przedmiotowym art. 446^1 k.c., fizyczne lub psychiczne upośledzenie dziecka jest następstwem zawinionego działania lub zaniechania osoby trzeciej (jak przyjmuje się w doktrynie i judykaturze, także matki dziecka[15]). Może tu zatem chodzić o różnorakie zdarzenia negatywnie rzutujące na sytuację zdrowotną dziecka poczętego, na przykład nadużywanie alkoholu przez matkę, wykonanie przez lekarza zabiegu medycznego *contra legem artis* czy niewłaściwe leczenie farmakologiczne kobiety ciężarnej – o ile zdarzenia te skutkują szkodą na osobie nienarodzonego dziecka. Roszczenia odszkodowawcze dziecka w oparciu o art. 446^1 k.c. są niezależne od roszczeń matki, ale należy pamiętać, że warunkiem *sine qua non* ich powstania jest urodzenie się dziecka. Jak wskazuje się w doktrynie, chwila urodzenia się dziecka stanowi „moment graniczny", któremu należy przypisać podwójne znaczenie. Po pierwsze oznacza, że dopiero z chwilą urodzenia się żywego dziecka może ono doznać szkody prenatalnej. Po drugie, chwila urodzenia warunkuje zdolność dziecka do realizacji roszczenia[16]. Przyjmuje się, że ustawowe określenie „chwila urodzenia" należy interpretować jako zakończenie trzeciej fazy porodu (ostatecznie oddzielenie dziecka od organizmu matki). Takie rozumienie użytego przez ustawodawcę terminu wpływa na horyzont czasowy w jakim mogą wystąpić szkody, rozciągając go aż do chwili definitywnego urodzenia dziecka. Oznacza to, że zakresem przedmiotowym art. 446^1 k.c. objęte są także zdarzenia mające miejsce w trakcie porodu[17]. Orzecznictwo dostarcza w tym zakresie licznych przykładów. Za szkodę prenatalną, uznawane są m.in. przypadki prowadzenia akcji porodowej niezgodnie ze sztuką lekarską. Wyrokiem z 10 listopada 2009 r., I ACa 523/09[18], Sąd Apelacyjny w Lublinie uznał zaniechanie wykonania cesarskiego cięcia w warunkach

[13] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny (Dz. U. 1964, nr 16, poz. 93 z pózn. zm.).
[14] Wyrok SN z 8.01.1965 r. (II CR 2/65, OSPiKA 1967, nr 9, poz. 220).
[15] Orzeczenie TK z 28.05.1996 r. (K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19).
[16] J. Haberko [w:] (red.) M. Gutowski, *Kodeks Cywilny Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016, s. 1864.
[17] *Ibidem.*
[18] Prawo i Medycyna 2011, nr 3, s. 127 i n.

11:10621

tzw. „ciąży przeterminowanej" za błąd medyczny (w wyniku niedotlenienia mózgu w okresie okołoporodowym dziecko urodziło się z czterokończynowym mózgowym porażeniem dziecięcym i padaczką lekooporną) i orzekł o obowiązku zapłaty zadośćuczynienia, pokrycia kosztów leczenia i rehabilitacji oraz zasądził na rzecz powodów miesięczną rentę. W podobnym stanie faktycznym, także niepodjęcie przez lekarzy działań mających na celu przyspieszenie akcji porodowej w ocenie Sądu Apelacyjnego w Lublinie stanowiło zdarzenie rodzące odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie art. 446^1 k.c.[19]. Sama jednak dopuszczalność dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przez dziecko za szkody wyrządzone w okresie jego życia płodowego przyjęta została przez polską judykaturę długo przed wprowadzeniem do Kodeksu Cywilnego art. 446^1 (przepis dodany ustawą z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[20]). W wyroku z 8 stycznia 1965 r., II CR 2/65[21] Sąd Najwyższy orzekł: „Dziecko może dochodzić roszczeń odszkodowawczych wypływających z odniesionych przez nie uszkodzeń ciała lub rozstroju zdrowia, chociażby czyn sprawcy popełniony był jeszcze przed urodzeniem się dziecka i skierowany był bezpośrednio przeciwko osobie ciężarnej matki dziecka". W stanie faktycznym sprawy lekarz nie rozpoznał ciąży mnogiej i dopuścił się wadliwego przeprowadzenia zabiegu aborcji- usuwając tylko jeden z bliźniaczych płodów, dopuścił się uszkodzenia drugiego (dziecko przyszło na świat z rozszczepem wargi, szczęki górnej i podniebienia). Jednocześnie Sąd Najwyższy odmówił matce dziecka prawa do dochodzenia zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu uszkodzenia ciała małoletniego uznając, że przysługuje jej jedynie własne roszczenie o zadośćuczynienie z tytułu cierpień fizycznych i krzywdy moralnej, jakie poniosła w związku zawinionym błędem w sztuce lekarskiej.

Odpowiedzialność lekarza może obejmować także zdarzenia mające miejsce przed poczęciem dziecka, a wywołujące następnie upośledzenie płodu, o ile lekarzowi można przypisać winę[22]. W takim wypadku można mówić o tzw. *preconception injuries* czyli o szkodzie prekoncepcyjnej. Zasadniczą różnicą między szkodą prenatalną, a szkodą prekoncepcyjną jest zatem moment, w którym doszło do zdarzenia wywołującego uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka.

[19] Wyrok SA w Lublinie z 21.02.2006 r. (I ACA 69/06, Prawo i Medycyna 2007, nr 4, s. 130 i n.)
[20] Dz. U. 1993, nr 17, poz. 78 z pózn. zm.
[21] Wyrok SN z 8.01.1965 r. (II CR 2/65, OSPiKA 1967, nr 9, poz. 220).
[22] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2016, s. 297.

12:61487

Dla zilustrowania istoty szkód prekoncepcyjnych posłużyć mogą sprawy z orzecznictwa amerykańskiego. Wyrokiem z 1976 r. Sąd Apelacyjny w Illinois, w sprawie Renslow v. Mennonite Hospital[23], uznał za zasadne roszczenie skierowane przeciwko szpitalowi i kierownikowi laboratorium, zasądzając powództwo odszkodowawcze na rzecz powódki, której matka, w wieku 13 lat została poddana hospitalizacji, a podczas leczenia wykonano u niej wadliwą transfuzję krwi. W wyniku niedbalstwa otrzymała krew grupy Rh(+) zamiast grupy Rh(-), w następstwie czego wykształciło się u niej uczulenie na czynnik Rh(+). Na skutek uczulenia, córka, którą kobieta urodziła kilka lat później, przyszła na świat z poważnymi uszkodzeniami ciała, w tym systemu nerwowego i mózgu. W sprawie Jorgensen v. Meade Johnson Laboratories[24], pan Jorgensen wystąpił z powództwem przeciwko firmie farmaceutycznej Meade Johnson Laboratories, twierdząc, że stosowany przez jego żonę, a produkowany przez pozwaną doustny środek antykoncepcyjny o nazwie Oracon, spowodował upośledzenie jego córek (bliźniaczki Jorgensen urodziły się z zespołem Downa). Sąd Apelacyjny USA dla Dziesiątego Okręgu, w wyroku z 1973 r., przyznał, że małoletnie są legitymowane czynnie do dochodzenia roszczeń, a pozwana ponosi odpowiedzialność za ich upośledzenie.

Odpowiedzialność cywilna za naruszenie zdrowia lub życia ludzkiego stanowi jedną z podstawowych zasad porządku prawnego. Potrzeba ochrony *nasciturusa* została uznana w wielu systemach prawnych, w tym polskim, a dopuszczalność skarg z tytułu szkód prenatalnych i prekoncepcyjnych nie budzi w piśmiennictwie wątpliwości. Poważne kontrowersje wciąż budzi jednak możliwość przypisania lekarzowi odpowiedzialności za samo doprowadzenie do poczęcia lub narodzin dziecka.

Celem dokonania wyraźnego rozróżnienia między roszczeniami z tytułu *wrongful life, wrongful birth, wrongful conception* a odpowiedzialnością za szkody prenatalne i prekoncepcyjne, należy poddać analizie zakres przedmiotowy i podmiotowy tytułowych skarg.

W przeciwieństwie do przypadków odpowiedzialności cywilnej znajdujących podstawę w art. 446^1 k.c., w przypadku skargi *wrongful life* lekarzowi nie zarzuca się wywołania uszkodzenia ciała czy rozstroju zdrowia dziecka, a takie działanie lub zaniechanie,

[23] 351 NE 2d 870 (Illinois 1976), zob. https://casetext.com/case/renslow-v-mennonite-hospital (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[24] 483 F.2d 237 (10th Circuit 1973) zob. https://casetext.com/case/jorgensen-v-meade-johnson-laboratories-inc-2 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

13:19205

które doprowadziło do urodzenia się dziecka dotkniętego upośledzeniem. Zarzut ten opiera się więc na założeniu, że dziecko, które niezależnie od postępowania lekarza dotknięte byłoby niepełnosprawnością, urodziło się i żyje w cierpieniu. Skutkiem zatem niewłaściwego działania lub zaniechania lekarza jest w tym przypadku przyjście dziecka na świat, a nie jego upośledzenie. W oparciu o te okoliczności, należy uznać, że zachodzi brak tożsamości zakresu przedmiotowego odpowiedzialności w ramach *wrongful life* i tej opartej na art. 446^1 k.c. Niewątpliwie bowiem, „szkoda" mająca warunkować zasadność roszczeń *wrongful life*, nie może być pojmowana jako „szkoda doznana przed urodzeniem" w rozumieniu wspomnianego przepisu.

Dwie pozostałe kategorie roszczeń- *wrongful birth i wrongful conception*- również nie mieszczą się w zakresie hipotezy art. 466^1 Kodeksu Cywilnego, z uwagi na odmienny zakres podmiotowy (są to roszczenia rodziców, a nie dziecka)[25].

4. Uwagi metodologiczne

Termin *wrongful life* („złe życie", „niechciane życie", „bezprawne spowodowanie życia") pojawił się chronologicznie najwcześniej. Użyte po raz pierwszy we wspomnianym już wyroku sądu w Illinois z 1963 r., wydanym w sprawie Zepeda v. Zepeda, pojęcie to stosowane było początkowo dla określenia skarg dzieci zmuszonych do życia w warunkach pokrzywdzenia, przy czym pokrzywdzenie to rozumiane było bardzo szeroko. Obejmowało swoim zakresem przypadki, w których negatywną sytuację dziecka warunkowały różnorodne czynniki np. rodzinne, ekonomiczne i społeczne. I tak, w powołanej sprawie w pełni zdrowy powód opierał swoje roszczenie na dyskomforcie jaki odczuwał w związku z koniecznością życia z piętnem dziecka pozamałżeńskiego (*wrongful status of illegitimacy*)[26].

Tak szerokie rozumienie analizowanego pojęcia (*wrongful life sensu largo*), na przestrzeni kolejnych dekad uległo przeobrażeniu. Obecnie, rozumieć należy je jako zawinione doprowadzanie do narodzin dziecka w stanie upośledzenia, a więc pokrzywdzenia fizycznego lub psychicznego (*wrongful life sensu stricto*)[27]. Zgodnie z aktualną interpretacją, jego istoty nie stanowi zawinione doprowadzanie do narodzin dziecka w warunkach jakiegokolwiek pokrzywdzenia, a jedynie pokrzywdzenia zdrowotnego. Odpowiedzialność

[25] M. Safjan [w:] (red.) K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. 1, Warszawa 2015, s. 1453.
[26] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit*., s. 18.
[27] *Ibidem*, s.19

14:10649

w ramach *wrongful life* opiera się zatem na twierdzeniu powoda (poszkodowanego dziecka), że byłoby dla niego lepiej gdyby nigdy się nie urodził, a jego szkodę stanowi sam fakt życia w cierpieniu. Te powództwa, że względu na swą atypową konstrukcję i moralnie wątpliwe ujęcie szkody budzą najwięcej kontrowersji.

Termin *wrongful conception* („złe poczęcie", „niechciane poczęcie", „bezprawne spowodowanie poczęcia") służy oznaczeniu skarg rodziców dzieci, którzy podjęli zgodne z prawem działania mające na celu zapobieżenie poczęciu dziecka, a do którego to poczęcia doszło na skutek winy lekarza czy farmaceuty. Irrelewantna w kontekście powództw *wrongful connception* jest okoliczność czy dziecko urodzi się w pełni zdrowe, czy też będzie dotknięte upośledzeniem bądź innymi wadami rozwojowymi. Przyjmuje się także, że bez znaczenia pozostaje sam fakt narodzin dziecka. Roszczenie rodziców opiera się wyłącznie na zarzucie stawianym podmiotowi medycznemu, że gdyby nie jego zawinione zachowanie, do poczęcia się dziecka w ogóle by nie doszło, albo też, że nie unicestwił istniejącego już życia wbrew spoczywającemu na nim zobowiązaniu (chodzi tu zasadniczo o nieudaną aborcję). Na ten szczególny przypadek odpowiedzialności cywilnej nie ma również wpływu motywacja rodziców niechcianego dziecka (za decyzją o nieposiadaniu potomstwa mogą przemawiać tak względy światopoglądowe, ekonomiczne jak i zdrowotne). Istotny jest jedynie ich cel i podjęte dla jego realizacji działania, a także okoliczność, że działania te okazały się nieskuteczne przez zawinione postępowanie podmiotu medycznego. Najczęściej w orzecznictwie są to sprawy w których strona powodowa stawia zarzut wadliwego przeprowadzenia zabiegu aborcji, sterylizacji, prowadzenia niewłaściwej terapii antykoncepcyjnej.

Skargi z tytułu *wrongful birth* („złe urodzenie", „niechciane urodzenie", „bezprawne spowodowanie urodzenia"), przysługują rodzicom w sytuacji, w której lekarz nie rozpoznał (choć powinien był) wad rozwojowych bądź innych form upośledzenia zdrowotnego dziecka w czasie jego życia płodowego, albo też rozpoznał je, lecz zaniechał poinformowania rodziców dziecka, pozbawiając ich możliwości podjęcia świadomej decyzji czy są gotowi podjęcia się wychowania dziecka z upośledzeniem. Przypadki tego rodzaju odpowiedzialności powstają zatem w związku z narodzinami dziecka planowanego lub przynajmniej pożądanego, które przychodzi na świat niepełnosprawne. Te dwie przesłanki: okoliczność, że rodzicom towarzyszy zamiar poczęcia dziecka lub przynajmniej godzą się z taką ewentualnością oraz fakt jego upośledzenia zdrowotnego, warunkują odrębność

15:10400

kategorii roszczeń *wrongful conception* i *wrongful birth*. O ile więc te pierwsze powstają na tle planowania rodziny (samostanowienia rodziców w zakresie liczby posiadanych dzieci i chwili ich narodzin), te drugie wiążą się z chęcią uniknięcia nadmiernych obciążeń finansowych związanych z wychowaniem ciężko upośledzonego potomstwa[28]. Wskazane elementy warunkują potrzebę dokonania wyraźnego rozróżnienia pomiędzy *wrongful conception* i *wrongful birth*, które to skargi, poza łączącą je tożsamością podmiotów legitymowanych czynnie, są od siebie zasadniczo odrębne. Przyjmuje się, że współczesna wiedza medyczna (m.in. osiągnięcia w zakresie radiografii cyfrowej[29], fetoskopii[30], ultrasonografii[31], amniopunkcji[32], kordocentezy[33]) pozwala na wykrycie wad płodu już na wczesnym etapie ciąży[34]. W sprawach w ramach *wrongful birth* powodowie stawiają więc zarzut, że gdyby nie zawinione działanie lub zaniechanie lekarza, zdecydowaliby się na przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży z przyczyn eugenicznych (współcześnie proponuje się stosowanie określenia „aborcja teratologiczna"[35]). Są to najczęściej skargi rodziców dzieci urodzonych z poważnymi wadami rozwojowymi, którym odmówiono przeprowadzenia badań prenatalnych, przeprowadzono je wadliwie (nie zdiagnozowano wad płodu w przypadkach gdy było to możliwe lub zdiagnozowano je na zbyt zaawansowanym etapie ciąży), nie poinformowano o ich wynikach, lub nie pouczono właściwie o możliwości czy zasadności przeprowadzenia dalszych badań[36].

Judykatura zagraniczna od początków XX w. poszukuje odpowiedzi na pytanie czy w związku z narodzinami niechcianego dziecka może dojść do powstania szkody (majątkowej np. obowiązku alimentacji, jak i niemajątkowej tj. krzywdy), której naprawienia

[28] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit*., s. 23.

[29] Radiografia cyfrowa- technika alternatywna dla konwencjonalnych zdjęć rentgenowskich, wymagająca krótszego czasu ekspozycji i mniejszych dawek promieniowania niż tradycyjna radiografia błonowa.

[30] Fetoskopia- inwazyjne, diagnostyczne badanie prenatalne polegające na biopsji tkanek płodu.

[31] Ultrasonografia (USG)- nieinwazyjna metoda diagnostyki obrazowej, pozwalająca na uzyskanie obrazu przekroju badanego obiektu przy zastosowaniu ultradźwięków.

[32] Amniocenteza (amniopunkcja)- inwazyjne, diagnostyczne badanie prenatalne polegające na nakłuciu jamy owodni i pobraniu próbki płynu owodniowego.

[33] Kordocenteza- inwazyjne, diagnostyczne badanie prenatalne polegające na pobraniu próbki krwi z naczynia pępowinowego płodu.

[34] M. Nesterowicz, *Prawo... op.cit*., s. 307.

[35] E. Zielińska, *Oceny prawno karne przerywania ciąży. Studium Porównawcze*, Warszawa 1986, s. 212–213. „Teratologia to nauka zajmująca się badaniem wad rozwojowych i potworności u ludzi i zwierząt." [za:] (red.) M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 1989, s. 495.

[36] M. Bilecka, *Proces o złe urodzenie (uwagi do wyroków Sądu Okręgowego w Łomży oraz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku),* Prawo i Medycyna 2005, nr 3, s. 42.

16:66894

rodzice mogą domagać się od osób trzecich. Dopiero jednak w latach 90-tych XX w. problematyka ta stała się przedmiotem zainteresowania polskiej doktryny[37].

ROZDZIAŁ I *WRONGFUL CONCEPTION*

1. Uwagi ogólne

Roszczenia z tytułu *wrongful conception* mają na celu pociągnięcie do odpowiedzialności cywilnej podmiotu medycznego, z którego winy doszło do niepożądanego poczęcia dziecka. Rodzicom przyznane zostaje zatem roszczenie o odszkodowanie za poniesioną szkodę materialną i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę w sytuacji kiedy podjęli oni działania niezbędne dla zapobieżenia zapłodnieniu lub urodzeniu, a które okazały się bezskuteczne przez zawinione zachowanie lekarza bądź farmaceuty. Powództwa te znane są w praktyce orzeczniczej Stanów Zjednoczonych i państw Europy Zachodniej.

2. Analiza prawnoporównawcza

2.1. *Wrongful conception* w praktyce niemieckiej

Już w roku 1924 Sad Najwyższy Rzeszy[38] rozpatrując sprawę z powództwa chorego psychicznie mężczyzny przebywającego w Zakładzie dla Psychicznie i Umysłowo Chorych, zasądził od pozwanego zakładu opieki, koszty utrzymania dziecka, którego narodziny stanowiły owoc relacji seksualnej pacjenta ze swoją opiekunką. Fakt, że pracownica zakładu utrzymywała stosunki seksualne z chorym, w przekonaniu sądu, stanowił naruszenie obowiązków zakładu wobec pacjenta. Działanie kobiety narażało bowiem powoda na szkodę w postaci niepożądanego obowiązku alimentacyjnego.

Jak zauważa Tomasz Justyński[39], sprawy w ramach *wrongful conception* powróciły na wokandy niemieckich sądów dopiero po 1945 r., co wynikło bezpośrednio założeń ideologicznych III Rzeszy. Obawa przed biologiczną degeneracją ogarniająca kraje kręgu kultury Zachodu w początkach XX w. przyczyniła się do uznania i rozpowszechnienia w świecie nauki „osiągnięć" pionierów eugeniki. Choć selektywne rozmnażanie kojarzone jest zazwyczaj z ideologią nazistowską, programy eugeniczne prowadzone były także

[37] Zob. np. M. Safjan, *Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny*, Prawo i Medycyna 1999, nr 1.
[38] RGZ 108, s. 87, [za:] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit*., s. 29.
[39] T. Justyński, *Poczęcie… op.cit*., s. 30.

17:45778

w innych krajach jak na przykład Stany Zjednoczone, Szwecja, Dania czy Kanada, co sprawia, że w literaturze określa się dekady poprzedzające wybuch II Wojny Światowej mianem „wyścigu ras”[40]. Tym niemniej, niewątpliwie skrajny radykalizm doktryny III Rzeszy w kwestii „czystości rasy” wykluczał dochodzenie naprawienia szkody na gruncie *wrongful conception*. Skoro głównym zadaniem aryjskiej kobiety, zgodnie z ideologią nazistowską, było rodzenie „czystych rasowo” dzieci (spełniające kryteria rasowe kobiety otrzymać mogły nawet za „zasługi” na tym polu Krzyż Honorowy Niemieckiej Matki [niem. *Ehrenkreuz der Deutschen Mutter*]) to za oczywiście niedopuszczalne należało uznać skargi matek z tytułu bezprawnego poczęcia zdrowego (aryjskiego) dziecka. „Wojna urodzeń” (niem. „*Geburtenkrieg*”) zdjęła więc z wokand sądów Rzeszy sprawy *wrongful conception*.

W roku 1968, Sąd Krajowy (LG) w Itzehoe[41] zasądził od aptekarza, który kilkukrotnie wydał klientce zamiast przepisanego jej przez lekarza środka antykoncepcyjnego lekarstwo na żołądek o podobnej nazwie, odszkodowanie na pokrycie połowy kosztów utrzymania dziecka urodzonego przez kobietę pozostającą w błędnym przekonaniu, że przyjmowana przez nią substancja ma działanie antykoncepcyjne. Pomimo że niewłaściwe wykonanie zobowiązania z umowy sprzedaży przez farmaceutę pozostawało oczywiste, konieczne w przekonaniu sądu było ograniczenie wysokości odszkodowania, bowiem, jak uzasadniano, powódka powinna była błąd zauważyć. Przypadek ten upowszechnił się w piśmiennictwie pod nazwą „dziecko aptekarza”[42].

W kolejnych latach na wokandach sądów niemieckich pojawiały się sprawy, w których powodowie domagali się zasądzenia kosztów utrzymania niechcianych dzieci, urodzonych w związku z wadliwie przeprowadzonymi zabiegami sterylizacji i aborcji. W początkowym okresie sądom nie udało się wypracować spójnej linii orzeczniczej[43]. W kwestii dopuszczalności skarg *wrongful conception* niemiecki Sąd Najwyższy RFN (Federalny Trybunał Sprawiedliwości) wypowiedział się dopiero 1980 r.[44], występując jako instancja odwoławcza w dwóch sprawach toczących się na tle podobnych stanów faktycznych. W obu przypadkach powódki zaszły w ciążę i urodziły dzieci na skutek błędu

[40] M. Burleigh, *Trzecia Rzesza. Nowa historia*, Kraków 2010, s. 365 i n.
[41] LG Itzehoe, VersR 1969, s. 265, [za:] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit*., s. 30.
[42] T. Justyński, *Poczęcie ... op.cit*., s. 30.
[43] Odszkodowania zasadziły m.in. OLG Düsseldorf, NJW 1975, s. 595 i n.; LG Freiburg, NJW 1977, s. 340; OLG Celle, NJW 1978, s.1688; OLG Zweibrucken, NJW 1978, s. 2340. Powództwa oddaliły m. in. Sad LG Duisburg, VersR 1975, s. 432; OLG Bamberg, NJW 1978, s. 1685 [za:] T. Justyński, *Poczęcie ... op.cit*., s.32.
[44] NJW 1980, s. 1450; NJW 1980, s. 1452, [za:] T. Justyński, *Poczęcie ... op.cit*., s.32.

18:64437

w sztuce lekarskiej (podczas zabiegu sterylizacji zamiast jajowodów doszło do przecięcia więzadła szerokiego macicy). Obie kobiety decydując się na nieodwracalne pozbawienie zdolności rozrodczych kierowały się motywami ekonomicznymi (obie posiadały już liczne potomstwo). Sąd Najwyższy udzielając odpowiedzi na pytanie czy obowiązek naprawienia szkody wynikłej z niewłaściwego wykonania umowy w przedmiocie dobrowolnej sterylizacji rozciąga się na koszty utrzymania dziecka urodzonego w wyniku wadliwego przeprowadzenia zabiegu, stanął na stanowisku, że wydatki związane z utrzymaniem zdrowego, ale niepożądanego dziecka, stanowią szkodę, której naprawienia żądać można od lekarza.

Sąd Najwyższy RFN potwierdził przyjęte stanowisko, uchylając[45] wyrok Wyższego Sądu Krajowego (OLG) we Frankfurcie nad Menem z 1982 r.[46], w którym to wyrażona została teza, że przyjęcie dopuszczalności powództw przeciwko osobom trzecim, które naruszyły ciążące na nich zobowiązanie do przeciwdziałania narodzinom dziecka, stanowiłoby pogwałcenie konstytucyjnie gwarantowanej godności człowieka. Niemiecki Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że posługiwanie się pojęciem dziecka jako „szkody" jest daleko posuniętym uproszczeniem, którego użycie nie znajduje uzasadnienia, bowiem to nie dziecko stanowi szkodę, ale koszty jego utrzymania. Tym samym sąd potwierdził prezentowane wcześniej stanowisko, o konieczności dokonania rozróżnienia pomiędzy samą istotą dziecka (jego życiem, egzystencją) a kosztami jakie niesie za sobą jego wychowanie. Orzecznictwo kolejnych lat potwierdziło ten pogląd[47].

Z dezaprobatą do przyjętej linii orzeczniczej odniosła się II Izba (II Senat) Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*). W postanowieniu z 28 maja 1993 r., Trybunał wskazał, że „prawna kwalifikacja bytu dziecka jako źródła szkody jest ze względów konstytucyjnych (art. 1 ust. 1 Konst. niem.[48]) nie do przyjęcia. Obowiązek wszystkich organów władzy państwowej co do poszanowania istnienia każdego człowieka zakazuje traktowania kosztów utrzymania dziecka jako szkody"[49]. Orzeczenie to, mimo braku

[45] NJW 1984, s. 2625, [za:] T. Justyński, *Poczęcie … op.cit*., s.34.
[46] NJW 1983, s. 341, [za:] T. Justyński, *Poczęcie … op.cit*., s.33.
[47] Podobnie np. OLG Düsseldorf , VersR 1985, s. 457 oraz VersR 1987, s. 93 i n.; OLG Hamm, VersR 1987, s. 1146 oraz VersR 1989, s. 1298; OLG w Koln, VersR 1988, s. 43; BGH, NJW 1988, s.763, [za:] T. Justyński, *Poczęcie … op.cit*., s.34.
[48]Art. 1 ust. 1 Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych. [za:] (tłum.) B. Banaszak, A. Malicka, Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) z dnia 23 maja 1949 r., Warszawa 2008, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[49] BverfGE 88, s.203; [za:] T. Justyński*, Poczęcie… op. cit.,* s. 34 i n.

19:97445

wiążącego charakteru, stanowiło bodziec dla Sądu Najwyższego RFN do szerszego uzasadnienia własnego stanowiska.

Pogląd Sądu Najwyższego RFN został następnie dogłębnie wyjaśniony m.in. w wyroku z dnia 27 czerwca 1995 r. Sąd stanął na stanowisku, że „jeżeli przy zabiegu sterylizacji mężczyzny lekarz niewystarczająco pouczył o konieczności przeprowadzenia badania spermy (spermiogram) i mimo zabiegu urodzi się dziecko, możliwe jest zgłoszenie roszczenia o pokrycie kosztów jego utrzymania (w drodze roszczenia odszkodowawczego) oraz roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę dla matki dziecka”[50]. Prawo do poddania się interwencji medycznej w celu zakończenia własnej zdolności reprodukcyjnej, zgodnie ze stanowiskiem niemieckiej doktryny, wynika z konstytucyjnego prawa człowieka do samostanowienia (*Selbstbestimmungsrecht*)[51]. Umowa z lekarzem, której przedmiotem jest poddanie się zabiegowi sterylizacji, podlega wykonaniu zgodnie z normami prawa cywilnego, a zatem jeśli wbrew celowi umowy, w związku z jej wadliwą realizacją, dojdzie do urodzenia się dziecka, lekarz poniesie odpowiedzialność cywilną na zasadach ogólnych. Wadliwe wykonanie umowy będzie w tym przypadku rodziło po stronie lekarza obowiązek uwolnienia kontrahenta od powstałego, niechcianego obciążenia finansowego w postaci kosztów utrzymania dziecka. Orzeczenie to, jak przyjmuje się w literaturze, świadczy dobitnie o poziomie niemieckiej judykatury medycznej, związanym komercjalizacją rynku usług leczniczych, z wysokim standardem świadczeń i świadomością pacjentów co do przysługujących im uprawnień[52].

Ostatecznie w orzeczeniu z 12 listopada 1997 r.[53], I Izba (I Senat) Federalnego Trybunału Konstytucyjnego przyjęła pogląd, że linia orzecznicza sądów cywilnych zasądzająca odszkodowanie z tytułu *wrongful conception* jest zgodna z art. 1 ust. 1 niemieckiej ustawy zasadniczej.

2.2. *Wrongful conception* w praktyce Stanów Zjednoczonych

Judykatura amerykańska po raz pierwszy zetknęła się w problematyką *wrongful*

[50] NJW 1995, nr 37, s. 2407 i n.; [za:] T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie orzeczenia Sądu Najwyższego RFN z dnia 27 czerwca 1995 r.,* Prawo i Medycyna 2000, nr 8, s. 59 i n.
[51] *Ibidem*, s. 66.
[52] T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody*. *Uwagi na marginesie... op. cit.*,s. 59.
[53] NJW 1998, s.519; [za:] T. Justyński*, Poczęcie… op. cit.,* s. 34 i n.

20:89647

conception w roku 1934 w sprawie Christensen v. Thornby[54]. Sąd Najwyższy Minnesoty (Supreme Court of Minnesota), oddalił powództwo mężczyzny, którego żona zaszła w ciążę, pomimo że powód poddał się uprzednio zabiegowi sterylizacji. Jak wskazał sąd, powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem medyczna interwencja w zdolność rozrodczą mężczyzny podyktowana była względami zdrowotnymi jego małżonki- zasadniczym zatem celem wykluczenia kolejnych ciąż było zapobieżenie pogorszeniu się stanu zdrowia kobiety. W stanie faktycznym sprawy, jak stwierdził sąd, nie doszło do powstania po stronie ojca szkody, która mogłaby podlegać naprawieniu, ponieważ matka nie ucierpiała w wyniku ciąży i porodu.

Dopiero w 1957 w orzecznictwie amerykańskim pojawiło się rozstrzygnięcie dotyczące kwestii dopuszczalności zasądzenia od osoby trzeciej (podmiotu medycznego) kosztów utrzymania dziecka urodzonego pomimo sterylizacji jednego z rodziców, w sytuacji w której zabieg ubezpłodnienia podyktowany był innymi motywami niż dążenie do zachowania stanu zdrowia matki. Sąd w Pensylwanii (*Common Pleas Court of Lycoming County, Pennsylvania*), w sprawie Shaheen v. Knight[55], oddalił powództwo rodziców, w którym domagali się oni zasądzenia kosztów utrzymania ich dziecka od lekarza, który przeprowadzał zabieg sterylizacji pana Shaheen. Powodowie jako podstawę swojego roszczenia wskazywali naruszenie umowy (*breach of contract*) przez pozwanego. Lekarz – dr Knight – wskazywał, m. in. że w odniesieniu do umowy jaka łączyła go z powodem nie może być mowy o dorozumianej gwarancji powodzenia, a zatem wyleczenia (*implied warranty of cure*). Sąd orzekł, że przyjęcie dopuszczalności obciążenia osoby trzeciej kosztami utrzymania zdrowego dziecka stanowiłoby naruszenie fundamentalnych wartości przyjętych w społeczeństwie oraz godziłoby w porządek publiczny (*public policy*). Ponadto, sąd podzielił pogląd pozwanego, że zasadniczo, państwo Shaheen nie doznali szkody, a wręcz przeciwnie- uzyskali korzyść jaką jest posiadanie zdrowego dziecka („*Shaheen has not suffered damages, but has been blessed with a child* […]")[56]. Wyrok ten w kolejnych latach wyznaczał kierunek linii orzeczniczej w sprawach dotyczących narodzin dzieci w wyniku nieudanych zabiegów sterylizacji i aborcji. Sądownictwo amerykańskie stanęło na stanowisku, że nie jest dopuszczalne traktowanie dziecka w kategorii szkody, bowiem jego

[54] 255 N.W. 620 (Minnesota 1934), zob. https://casetext.com/case/christensen-v-thornby (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[55] 11 Pa.D. & C.2d 41 (Pensylwania 1957), zob. https://www.leagle.com/decision/19575211padampc2d41147 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[56] *Ibidem*.

21:62445

istnienie stanowi nadrzędną wartość (*overriding benefit*).

Przełomowe w tym zakresie okazało się orzeczenie w sprawie Custodio v. Bauer[57] z 1967 r. Pani Custodio, była już matką dziewięciorga dzieci, kiedy poddała się zabiegowi sterylizacji. Decyzja małżonków o zakończeniu zdolności rozrodczych kobiety podyktowana była nie tylko względami ekonomicznymi, ale także zdrowotnymi. Pomimo przeprowadzonego zabiegu kobieta zaszła w ciążę i urodziła dziesiąte, zdrowe dziecko. Sąd Apelacyjny Kalifornii (*Court Appeal of California*) przychylił się do stanowiska rodziców, którzy jako podstawę swych roszczeń (zwrot kosztów zabiegu, zadośćuczynienie za uszkodzenie ciała oraz cierpienia kobiety, a także pokrycie kosztów utrzymania dziecka) wskazywali niedochowanie należytej staranności (*negligence),* wprowadzenie w błąd (*misrepresentation)* oraz naruszenie umowy (*breach of contract).* Co istotne, sąd przełamał przyjętą linię orzeczniczą, zaprzeczając jakoby akceptacja skarg *wrongful conception* godziła w *public policy*. Uznał bowiem, że przyjęcie przeciwnego założenia narusza konstytucyjne prawo rodziców do samostanowienia. Ponieważ decyzja odnośnie stosowania antykoncepcji stanowi element tego prawa, nie sposób zaakceptować poglądu o nadrzędnej wartości posiadania potomstwa. Skoro zatem decyzja o posiadaniu lub nieposiadaniu dzieci należy wyłączenie do sfery sumienia rodziców („*Where not prohibited by statute, the matter would appear to be one of individual conscience*."), odrzucenie skarg *wrongful conception*, godzi w ich prawo do samostanowienia. Ponadto sąd wskazał, że do powstania szkody w związku z narodzinami dziecka może dojść także w przypadku gdy matka nie doznaje uszczerbku na zdrowiu. Stwierdził, że skoro w sytuacji urodzenia się kolejnego dziecka, środki utrzymania jakimi dysponuje rodzina, podlegają podziałowi na większą liczbę osób, to dochodzi do zachwiania stosunków majątkowych, których wyrównaniu ma służyć ewentualne odszkodowanie. Sąd podkreślił więc, że to nie dziecko stanowi szkodę, natomiast szkodą, która powinna zostać wyrównana są koszty jego utrzymania. Jednocześnie jednak, zważył na pochodzącą z prawa deliktowego (*tort law*) zasadę zaliczenia zysków na poczet strat tzw. *benefit rule* (*compensatio lucri cum damno*), która wynika bezpośrednio z §920 *Restatement of the Law of Torts*. Sąd wskazał, że narodziny dziecka mogą wszak nieść za sobą także potencjalne korzyści w wymiarze finansowym, które (choć zwykle niewysokie) wymagają uwzględnienia przy szacowaniu wysokości odszkodowania[58].

[57] 59 Cal.R. 463 (California 1967), zob. http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1771185.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[58] *Ibidem*.

22:75946

Istotnym, z punktu widzenia wykładni zasady *benefit rule* w sprawach *wrongful conception,* orzeczeniem był wyrok wydany w sprawie Troppi v. Scarf[59] w 1971 r. Pani Troppi, matka siedmiorga dzieci, po poronieniu ósmej ciąży, zdecydowała się zapobiec dalszemu powiększeniu się rodziny. Pan Scarf- farmaceuta, zamiast przepisanego przez lekarza doustnego środka antykoncepcyjnego, wydał powódce lekkie środki uspokajające o podobnej nazwie. Wkrótce kobieta zaszła w ciążę i urodziła zdrowego syna. Sąd Apelacyjny w Michigan (*Michigan Court of Appeals*) przyznał, że ciąża była wynikiem niedochowania należytej staranności przez farmaceutę (*negligence*). Ponadto stanął na stanowisku, że między niewłaściwym działaniem pana Scarf a szkodą rodziców w postaci kosztów utrzymania dziecka zachodził wymagany przez prawo związek przyczynowy (*proximate cause*). Rozstrzygając sprawę sąd rozważył dwie zasadnicze kwestie, mianowicie, czy na poczet poniesionych przez rodziców strat należy zaliczyć także ich niematerialne korzyści oraz czy na rodzicach ciąży obowiązek zmniejszenia rozmiarów grożącej im szkody poprzez dokonanie aborcji lub oddanie dziecka do adopcji. Rozważając pierwsze zagadnienie, sąd podzielił pogląd wyrażony w sprawie Custodio v. Bauer uznając za niezbędne zastosowanie zasady *benefit rule*, jednocześnie jednak przyznając, że korzyści finansowe płynące z narodzin dziecka są zasadniczo iluzoryczne. W związku z tym, dostrzegł konieczność zaliczania na poczet strat rodziców wszystkich odniesionych przez nich korzyści, także tych niematerialnych jak miłość i radość związana z obecnością dziecka w rodzinie. Udzielając odpowiedzi na drugie z postawionych pytań, sąd wyraził pogląd, że nie można oczekiwać ani wymagać od rodziców by podjęli decyzję o przeprowadzeniu aborcji. Czym innym jest bowiem w świetle prawa podjęcie starań w celu zapobiegnięcia poczęciu się dziecka, a czym innym eliminacja życia już poczętego. Ponadto sąd zważył, że aborcja nie może być uznana za alternatywę dla antykoncepcji także z punktu widzenia moralności. Podobnie nie do przyjęcia byłoby nałożenie na rodziców obowiązku oddania dziecka do adopcji, gdyż, jak argumentował sąd, w chwili narodzin pomiędzy rodzicami a ich nowonarodzonym dzieckiem powstają trudne do zerwania więzi emocjonalne. Każde dziecko, także to którego przyjście na świat było niepożądane, od chwili urodzenia zasługuje na miłość i szacunek. I tak, większość rodziców akceptuje i obdarza uczuciem dzieci nieplanowane w równym stopniu co te, których narodziny były przez nich pożądane. Uzasadniając przyjęte stanowisko, sąd posunął się do stwierdzenia, że prawdopodobnie życie większości ludzi jest wynikiem „wypadku" (*conceptional accidents*), w tym sensie, że ich rodzice nie dążyli

[59] 187 N.W. 2d 511 (Michigan 1971), zob. https://www.leagle.com/decision/197127131michapp2401213 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

23:10348

do tego, by dany stosunek płciowy zaowocował poczęciem. Jednakże, jak podkreślił sąd, okoliczność, iż powodowie zaakceptowali swoje ósme dziecko, nie zmienia faktu, że jego narodziny były niepożądane i zaburzyły stosunki majątkowe w rodzinie. Jak dalej konstatował sąd, obowiązek przyczynienia się do minimalizacji szkody (*mitigating damages*) nie obejmuje swoim zakresem aborcji i oddania dziecka do adopcji, bowiem środki te nie mogą być uznane za racjonalne (*reasonable measures*)[60].

Sad Najwyższy w Delaware (*Supreme Court of Delaware*) w orzeczeniu z 1975 r. wydanym w sprawie Coleman v. Garison[61], wykluczył zdecydowanie możliwość dochodzenia przez rodziców kosztów utrzymania dziecka, argumentując, że wartość życia ludzkiego nie pozwala na traktowanie kosztów jego utrzymania w kategoriach szkody. Tym samym podtrzymał wyrok Sądu w Delaware (*Superior Court of Delaware*) z 1974 r. [62], w którym przyjęto pogląd, że rodzicom przysługuje jedynie roszczenie o pokrycie rzeczywistych kosztów nieplanowanej ciąży. Pani Coleman, która pomimo przeprowadzonego zabiegu sterylizacji zaszła w ciążę i urodziła szóste, zdrowe dziecko, mogła zatem, zdaniem sądu, dochodzić jedynie zwrotu kosztów nieudanego zabiegu, pokrycia wydatków poniesionych w związku z ciążą oraz porodem, a także zadośćuczynienia za doznaną krzywdę tj. cierpienia psychiczne i fizyczne. Ponadto pan Coleman został uznany za legitymowanego do wystąpienia z roszczeniem o odszkodowanie za utraconą w związku z ciążą i połogiem pomoc żony.

To, uznawane za kompromisowe pomiędzy stanowiskiem odrzucającym jakąkolwiek odpowiedzialność a zakładającym obowiązek pokrycia wszelkich kosztów związanych narodzinami i późniejszym utrzymaniem dziecka[63] rozwiązanie spotkało się z aprobatą judykatury amerykańskiej[64]. W wielu orzeczeniach podkreślano, że naprawieniu podlegać może tylko szkoda wynikająca z wydatków poniesionych w związku z przebiegiem ciąży oraz porodem. Przyjęcie dopuszczalności roszczeń o pokrycie kosztów utrzymania dziecka stałoby

[60] *Ibidem*.
[61] 349 A. 2d 8 (Delaware 1975), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/1962630/coleman-v-garrison/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[62] 327 A. 2d 757 (Delaware 1974), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/1538699/coleman-v-garrison/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[63] T. Justyński, *Poczęcie ... op.cit*., s. 40.
[64] Zob. Garwood v. Locke, 552 S.W. 2d 892 (Texas 1977), https://www.courtlistener. com/opinion/2452419/garwood-v-locke/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.); Wilczynski v. Goodman, 391 N.E. 2d 479 (Illinois 1979), https://www.courtlistener.com/opinion/2126504/wilczynski-v-goodman/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

24:11434

bowiem w sprzeczności z prawem dziecka do życia i naruszałoby jego godność przynależną każdej istocie ludzkiej. Ponadto, zgodnie z argumentacją sądów, zobowiązanie lekarza do ponoszenia kosztów utrzymania dziecka byłoby obciążeniem nieproporcjonalnym do jego winy[65]. Wielokrotnie sądy wskazywały też na ryzyko traumatyzacji dziecka, stając na stanowisku, że wiedza, iż ktoś inny łoży na jego utrzymanie bowiem doprowadził do jego niepożądanych narodzin, może mieć na młodego człowieka destruktywny wpływ[66].

Z biegiem czasu coraz więcej sądów amerykańskich orzekających w sprawach *wrongful conception* skłonnych było dostrzegać szkodę rodziców nie tylko w wydatkach poniesionych w związku z ciążą i porodem, ale także w kosztach utrzymania dziecka. Za przykład posłużyć może orzeczenie wydane w 1990 r., w sprawie Burke v. Rivo[67]. Pani Burke poddała się zabiegowi sterylizacji, decyzję o pozbawieniu się zdolności rozrodczych motywując trudną sytuacją finansową i chęcią powrotu do kariery zawodowej. Lekarz przeprowadzający zabieg – dr Rivo- zapewnił kobietę o skuteczności interwencji medycznej. Ponieważ jednak sterylizacja przeprowadzona została niedbale, powódka zaszła w ciążę i urodziła zdrowe dziecko. Pozwany bronił się twierdząc, że szczęście jakie niosą za sobą narodziny dziecka, nawet te nieoczekiwane, przysłaniają ekonomiczne straty związane z jego wychowaniem, a także, że ewentualne zasądzenie kosztów utrzymania dziecka byłoby obciążeniem nieproporcjonalnym w stosunku do stopnia winy lekarza. Rozstrzygający sprawę w wyższej instancji Sąd Najwyższy Massachusetts (*Supreme Judicial Court of Massachusetts*) nie podzielił argumentacji dr Rivo i nawiązując do zasady *benefit rule* wyraził pogląd, że nie w każdej sytuacji przyjście na świat dziecka może być traktowane jako dobrodziejstwo dla rodziny. W szczególności o zysku rodziców przewyższającym ich straty związane z narodzinami potomka nie może być mowy, kiedy usiłowali oni uniknąć poczęcia dziecka ze względów ekonomicznych. Radość i miłość towarzyszące przyjściu dziecka na świat nie są w stanie zrekompensować rodzicom pogorszenia ich i tak trudnej sytuacji finansowej. Sąd wskazał, że inaczej należy traktować sytuacje jak ta mająca miejsce w stanie faktycznym sprawy, a inaczej te, w których rodzice decydują się na antykoncepcję lub aborcję z obawy przed narodzinami dziecka chorego czy upośledzonego. W tym drugim przypadku bowiem, należałoby przyjąć, że urodzenie się zdrowego dziecka, będzie dla

[65] Z. Pepłowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA*, Prawo i Medycyna, 2004 nr 1, s 102.
[66] *Ibidem*, s. 102.
[67] 406 Mass. 764 (Massachusetts 1990), zob. https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/1990/406-mass-764-3.html. (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

25:14658

rodziców ogromna ulgą i niewątpliwą korzyścią. Sąd uznał zatem, że pani Burke przysługuje roszczenie o pokrycie kosztów utrzymania niepożądanego dziecka do osiągnięcia przez nie pełnoletniości[68].

Współcześnie znaczna część sądów amerykańskich dostrzega konieczność objęcia obowiązkiem naprawienia nie tylko szkody wynikłej z wydatków pozostających w związku z ciążą i porodem, ale także kosztów utrzymania dziecka. Judykatura staje obecnie na stanowisku, że nie sposób porównać emocjonalnych korzyści rodziców jakie niosą za sobą narodziny dziecka z ponoszonymi w związku z tym faktem stratami ekonomicznymi[69]. Można więc przyjąć, że traci w tym zakresie na znaczeniu zasada *benefit rule* z §920 *Restatement of the Law of Torts.*

2.3. *Wrongful conception* w praktyce brytyjskiej

Choć judykatura brytyjska z problematyką *wrongful conception* zetknęła się stosunkowo późno (dopiero w latach 80-tych), przeszła dynamiczną ewolucję. Zasadniczą kwestię w orzecznictwie brytyjskim stanowiło pytanie czy rodzicom przysługuje także (obok innych elementów odszkodowania za niedochowanie należytej staranności przez lekarza) kompensata w zakresie kosztów utrzymania dziecka[70]. Węzłowym problemem judykatury angielskiej nie była zatem problematyka dopuszczalności powództw w ramach *wrongful conception* (ta bowiem nie była nigdy kwestionowana), ale to czy w ramach należnego odszkodowania mieszczą się koszty utrzymania niepożądanego dziecka.

W jednym z pierwszych orzeczeń wydanych na kanwie *wrongful conception* był wyrok z 1983 r. w sprawie Udale v. Bloomsbury Area Health Authority[71]. Powódka, ze względów finansowych, będąc już matką czwórki dzieci, poddała się sterylizacji. W związku z niepowodzeniem zabiegu, wkrótce zaszła w kolejną ciążę lecz stan nie został prawidłowo rozpoznany przez lekarzy. Kobieta przez kilka kolejnych miesięcy poddawana była antybiotykoterapii w celu wyleczenia zagadkowej przypadłości. Po rozpoznaniu ciąży pani Udale, w obawie przed ewentualnymi uszkodzeniami płodu związanymi z intensywną terapią farmakologiczną, chciała poddać się aborcji. Ciąża była już jednak zbyt zaawansowana by przeprowadzić zabieg. Syn, który przyszedł na świat, szczęśliwie okazał

[68] *Ibidem*.
[69] Zob. Lovelace Medical Center v. Mendez, 805 P.2d 603 (New Mexico 1991), https://law.justia.com/cases/new-mexico/supreme-court/1991/18766-0.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[70] I. R. Freckelton, K.A. Petersen, *Disputes and Dilemmas in Health Law*, 2006, s.437.
[71] (1983) 2 All E.R., s. 522, Queen's Bench Division [za:] T. Justyński, *Poczęcie … op.cit*., s. 42.

26:62430

się zdrowy. Kobieta uznana została przez *High Court* za uprawnioną do uzyskania: 1) zwrotu kosztów nieudanego zabiegu sterylizacji, 2) zadośćuczynienia za krzywdę spowodowaną szokiem jakiego doznała w związku z nieplanowaną ciążą oraz złością której doświadczyła w związku z udaremnieniem kroków przedsięwziętych przez nią w celu zapobiegnięcia poczęciu kolejnego dziecka, a także za nierozpoznanie ciąży i poddanie jej zbędnej terapii farmakologicznej, 3) kosztów powtórnego zabiegu sterylizacji oraz 4) wyrównania zarobków utraconych w czasie ciąży, porodu i kolejnych jedenastu miesięcy. Jednocześnie sąd nie przychylił się do ostatniego z żądań powódki, odmawiając zasądzenia na jej rzecz pokrycia kosztów utrzymania dziecka do ukończenia przez nie 16 roku życia. Sąd uznał bowiem, że przyznanie zasadności tego roszczenia, rodziłoby niebezpieczeństwo traumatyzacji dziecka. Wskazał, że świadomość syna powódki, iż wyrokiem sądu jego istnienie uznane zostało za niepożądane, mogłaby mieć szkodliwy wpływ na jego psychikę i jakość życia rodzinnego. Ponadto przyjął pogląd, że takie roszczenie sprzeciwia się *public policy*.

Tymczasem, na co zwraca się uwagę w literaturze[72], już niespełna półtora roku później w sprawie Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority[73], zapadło orzeczenie, w którym przyznano rodzicom odszkodowanie obejmujące także koszty utrzymania dziecka. Pani Emeh, matka trojga dzieci poddała się zabiegowi aborcji połączonemu z zabiegiem sterylizacji. Ponieważ interwencja medyczna została przeprowadzona wadliwie, kobieta zaszła w kolejną ciążę, tym razem jednak odmawiając poddania się zabiegowi aborcji (swoją decyzję argumentowała utratą zaufania do personelu medycznego). Sąd orzekający w II instancji (*Court of Appeal*) nie podzielił stanowiska zajętego w sprawie przez sąd niższej instancji. Ten ostatni wywodził mianowicie, że powódka odrzucając możliwość przeprowadzenia aborcji przerwała występujący w sprawie związek przyczynowy, albo przynajmniej naruszyła ciążący na niej obowiązek minimalizacji szkody. Sąd II instancji orzekł przeciwnie – stwierdził, że nie można było oczekiwać od kobiety przerwania ciąży. Aborcja jest bowiem interwencją medyczną i jako taka niesie za sobą nie tylko dolegliwości fizyczne i psychiczne, ale także ryzyko dla zdrowia kobiety. Ponadto, sąd argumentował, że to z wyłącznej winy lekarza kobieta zmuszona była podjąć decyzję pomiędzy poddaniem się aborcji, a urodzeniem niechcianego dziecka, sama bowiem poddając się sterylizacji, przedsięwzięła kroki zmierzające do uniknięcia tego rodzaju dylematu.

[72] T. Justyński, *Poczęcie… op.cit*., s. 43.
[73] (1984) 3 All E.R., s. 1044, Court of Appeal, Civil Division [za:] T. Justyński, *Poczęcie … op.cit*., s. 43.

27:10881

Ponadto sąd zaprzeczył jakoby obejmowanie obowiązkiem naprawienia szkody także strat majątkowych powstałych w związku kosztami ponoszonymi na utrzymanie dziecka godziło w *public policy*. Przeciwnie, stwierdził, że dopuszczenie takiej możliwości może stanowić swego rodzaju „zachętę" dla rodziców nieplanowanych dzieci do podjęcia się trudu ich wychowania. Taka forma materialnej pomocy może również przyczynić się do zmniejszenia liczby aborcji przeprowadzanych w związku z obawami rodziców przed znaczącym pogorszeniem sytuacji majątkowej rodziny.

Za wpisujący się w tę linię orzeczniczą należy uznać wyrok z 1988 r. wydany w sprawie Benarr and Another v. Kettering Health Authority[74]. Za znamienny należy uznać fakt, że zasądzając koszty utrzymania na rzecz rodziców dziecka urodzonego w związku z przeprowadzonym bez zachowania należytej staranności zabiegiem sterylizacji ojca, obowiązkiem odszkodowawczym w tym zakresie objęto także wydatki na zapewnienie dziewczynce w przyszłości prywatnej edukacji. Sąd uznał bowiem, że wysokość odszkodowania musi być odnoszona do stosunków majątkowych konkretnej rodziny. Przyjął jednocześnie, że wykształcenie w prywatnej szkole jest dla powodów standardem, którego może oczekiwać dziecko urodzone w ich rodzinie (pozostałe dzieci powodów także uczęszczały do szkół prywatnych). W przekonaniu sądu, o ile mając na względzie stosunki majątkowe danej rodziny, można przyjąć, że wydatki na wykształcenie w szkole prywatnej zostałyby przez rodziców faktycznie poniesione, należy objąć je obowiązkiem odszkodowawczym.

W orzeczeniu wydanym w sprawie Allan v. Bloomsbury Health Authority[75] w 1993 r., sąd przyznał kobiecie żądającej naprawienia szkody powstałej w związku z wynikłymi z wadliwie przeprowadzonej aborcji narodzinami dziecka, obok zadośćuczynienia za związane z ciążą cierpienia fizyczne i psychiczne oraz odszkodowania za utracone zarobki, także koszty utrzymania dziecka. Sąd nie miał wątpliwości, że w związku z narodzinami dziecka po stronie jego matki powstaje, podlegająca naprawieniu, szkoda majątkowa, która obejmuje wydatki na jego utrzymanie („[…] *the financial loss she suffers because when the unwanted child is born she has a growing child to feed, clothe, house, educate and care for until the child becomes an adult*").

[74] (1988) 138 N.L.J., s. 179, Queen's Bench Division [za:] T. Justyński, *Poczęcie … op.cit*., s. 47.
[75] (1993) 1 All E.R., s. 651, Queen's Bench Division, zob. https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm (dostęp na dzień: 12.03.2018 r.).

28:24346

Judykatura brytyjska przez długi czas nie kwestionowała zasadności skarg *wrongful conception*[76], a sądy orzekające w zakresie tych powództw obejmowały obowiązkiem odszkodowawczym zarówno koszty utrzymania dziecka (*the upbringing of a child*) i utracone zarobki (*loss of earnings*), jak i szkody niematerialne, zasądzając zadośćuczynienie za krzywdę pozostającą w związku z ciążą i porodem (*pre-natal pain, suffering and loss of amenities*) oraz powstałą dopiero po urodzeniu się dziecka (*post-natal pain, suffering and loss of amenities*)[77].

Zasadniczy zwrot w brytyjskiej linii orzeczniczej nastąpił u progu XXI w., gdyproblem dopuszczalności roszczeń odszkodowawczych z tytułu *wrongful conception* przekazany został do rozważenia Izbie Lordów[78]. Precedensowy charakter w tym zakresie miało orzeczenie wydane w sprawie McFarlane v. Tayside Health Board[79] w 1999 r. Państwo McFarlane domagali się zasądzenia na ich rzecz zadośćuczynienia i odszkodowania w wysokości kosztów utrzymania dziecka urodzonego w związku z nieudaną sterylizacją powoda. Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w całości. W drugiej instancji żądania rodziców zostały uwzględnione w pełnym zakresie. W dalszej kolejności Izba Lordów oddaliła roszczenia o pokrycie kosztów utrzymania dziecka, przyznając jednak matce zadośćuczynienie za straty moralne związane z ciążą i porodem. W wyroku wskazano, że „skarżący nie mogą drogą subiektywnej dewaluacji pewnych pojęć zrobić z korzyści szkodę”[80]. W motywach tego orzeczenia Lord Steyn uznał, że roszczenie rodziców zdrowego dziecka o zwrot kosztów jego wychowania od lekarza nie wypełnia kryteriów sprawiedliwości, słuszności i zasadności (*fair, just and reasonable*) bowiem „instynktownie pasażer metra uważałby, że prawo dotyczące czynów niedozwolonych nie powinno zapewniać środków prawnych, które znalazłyby zastosowanie w związku z urodzeniem zdrowego dziecka, które my wszyscy uznalibyśmy za coś wartościowego i dobrego”[81].

Precedensowa sprawa McFarlane v. Tayside Health Board doprowadziła do zrewidowania dotychczasowych poglądów judykatury, a zasady wykształcone na gruncie tego rozstrzygnięcia do dziś wyznaczają kierunek brytyjskiej linii orzeczniczej. Jednocześnie,

[76] Zob. np. Crouchman v. Burke (1997) 40 B.M.L.R., s. 163, Queen’s Bench Division.
[77] T. Justyński, *Poczęcie… op.cit*, s. 48.
[78] M. Nesterowicz, *Prawo… op.cit.,* s.301.
[79] (2000) 2 A.C. 59, House of Lords [za:] W. Borysiak [w:] M. Safjan (red.) *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, Warszawa 2011, s.324-334.
[80] *Ibidem*, s. 324.
[81] *Ibidem*, s. 326.

29:81195

nie chcąc dopuścić do sukcesywnego poszerzania się katalogu wyjątków od zasady niedopuszczalności dochodzenia przez rodziców zdrowego dziecka kosztów jego utrzymania, Izba Lordów uznaje konieczność ścisłego przestrzegania ustalonych poglądów. Dobrą ilustracją tego nurtu jest sprawa Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust[82]. Powódka dotknięta postępującą utratą wzroku uważając się za niezdolną do pełnienia roli matki poddała się sterylizacji, jednak ponieważ zabieg został przeprowadzony niedbale, zaszła w ciążę i urodziła zdrowe dziecko. Kobieta domagała się od szpitala odszkodowania w wysokości kosztów utrzymania dziecka. Sąd pierwszej instancji powołując się na precedens w sprawie McFarlane oddalił powództwo. Sąd drugiej instancji, doszedł do przekonania, że z uwagi na odmienności w stanach faktycznych obu spraw, w szczególności okoliczność, że powódka podjęła decyzję o własnym ubezpłodnieniu w związku z utratą wzroku, a nie z wygody, zasadne jest zasądzenie na jej rzecz dodatkowych kosztów utrzymania dziecka w zakresie w jakim koszty te wynikają z jej niepełnosprawności. Izba Lordów oddaliła jednak powództwo w tym zakresie, podkreślając, że niedopuszczalność roszczeń o pokrycie kosztów utrzymania dziecka nie może doznawać wyjątków[83]. Podobnie jednak jak w sprawie McFarlane przyznała powódce zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niechcianą ciążą i porodem.

3. Szkoda w sprawach *wrongful conception*

3.1. Pojęcie szkody

Pojęcie szkody, stanowiącej jedną z przesłanek warunkujących odpowiedzialność odszkodowawczą *ex delicto*, zajmuje kluczową pozycję w systemie polskiego prawa cywilnego. Zakres tego pojęcia, wobec braku definicji ustawowej oraz wielości ujęć prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie, budzić może istotne rozbieżności. W języku potocznym szkoda określana jest jako uszczerbek, strata materialna lub moralna. Taka definicja, jakkolwiek niewystarczająca z punktu widzenia złożoności regulacji kodeksowej, stanowi punkt wyjścia dla dalszych rozważań.

W pierwszej kolejności, nawiązując do przedstawionego sposobu pojmowania szkody na gruncie języka potocznego, należy wskazać, że pojęciem tym objęty będzie tylko taki

[82] (2004) 1 A.C. 309, House of Lords [za:] M. Nesterowicz, *Prawo… op.cit., s.301.*
[83] M. Nesterowicz, *Prawo… op.cit., s.302.*

30:89182

uszczerbek (niekorzystna zmiana[84]) w prawnie chronionych dobrach lub interesach[85] poszkodowanego, z którym ustawa wiąże obowiązek kompensacji[86].

Na gruncie polskiego Kodeksu Cywilnego wyróżnia się dwie kategorie szkód, w oparciu o kryterium konsekwencji jakie niesie za sobą zdarzenie szkodzące tj. szkodę majątkową oraz szkodę niemajątkową (krzywdę). Wątpliwości w tym zakresie rodzi problematyka związana z zakresem pojęcia szkody tzn. czy uzasadnione jest posługiwanie się tym terminem jedynie w odniesieniu do uszczerbków majątkowych, czy należy objąć nim także uszczerbki niemajątkowe. Kwestia ta, z pozoru jedynie natury terminologicznej, w rzeczywistości ma doniosłość merytoryczną[87], bowiem w przypadku zaakceptowania poglądu o nadrzędności pojęcia szkody i objęcia jej zakresem tak uszczerbków o charakterze majątkowym jak i niemajątkowym, przepisy Kodeksu Cywilnego, w których ustawodawca posłużył się pojęciem „szkody" obejmą zakresem zastosowania także uszczerbki typu niemajątkowego. Koncepcja ta, mając na względzie argumenty natury systemowej[88] oraz analogiczną funkcję jaką pełnią szkoda i odszkodowanie oraz krzywda i zadośćuczynienie[89], wydaje się słuszna, choć stanowisko zawężające kodeksowe pojęcie szkody do uszczerbków majątkowych i nakazujące odrębne traktowanie krzywdy powstającej w związku z uszczerbkami o charakterze niemajątkowym ma swoich zwolenników[90].

Za doniosłą z punktu widzenia powództw w ramach *wrongful conception* uznać należy problematykę woli poszkodowanego w kontekście doznanego uszczerbku. Część doktryny, definiując pojęcie szkody, akcentuje tzw. element wolicjonalny, stając na stanowisku, że uszczerbek w dobrach prawnie chronionych mieścić będzie się w kategorii szkody wyłącznie jeśli poszkodowany doznał go wbrew swojej woli[91]. Inni autorzy wyrażają pogląd, że wola poszkodowanego nie ma wpływu na powstanie szkody (uszczerbek jest w tym wypadku kategorią obiektywną), ale warunkuje ona poniesienie odpowiedzialności, bowiem zgoda poszkodowanego na działanie szkodzące wyłącza jego bezprawność, a co za tym idzie

[84] A. Koch, [w:] (red.) M. Gutowski, *Kodeks Cywilny... op. cit.*, s. 1310.
[85] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania- część ogólna*, Warszawa 2014, s. 93.
[86] T. Dybowski, [w:] (red.) Z. Radwański, *System Prawa Cywilnego*, t.3, cz. 1, Warszawa 1981, s. 214.
[87] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania… op.cit*., s. 94.
[88] K. Zagrobelny, [w:] (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks Cywilny Komentarz*, Warszawa 2017, s. 684.
[89] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania… op.cit*., s. 95.
[90] Np. W. Warkałło, *Odpowiedzialność odszkodowawcza- funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 125 i n.; A. Koch, [w:] (red.) M. Gutowski, *Kodeks Cywilny... op. cit.*, s. 1311.
[91] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania… op.cit.,* s. 93.; A. Szpunar, *Ustalenie Odszkodowania w prawie cywilnym, Warszawa* 1975, s. 36.

31:63784

także obowiązek indemnizacji[92]. Ostatni i jednocześnie, jak się wydaje, najtrafniejszy pogląd głosi, iż definicja szkody uwzględniająca element wolicjonalny nie miałaby charakteru uniwersalnego[93] i stanowiłaby przejaw nadmiernej generalizacji[94]. Przyjęcie bowiem stanowiska opartego na założeniu, że szkodą są tylko uszczerbki poniesione wbrew woli poszkodowanego nie uwzględnia sytuacji gdy poszkodowany ponosi wydatki w celu ograniczenia lub usunięcia skutków zdarzenia szkodzącego[95].

Powyższe rozważania sprowadzić można do konstatacji, że szkodą jest każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach bądź interesach poszkodowanego, o charakterze majątkowym lub niemajątkowym, o ile przepisy prawa wiążą z nim obowiązek indemnizacji. Poza zakresem tak skonstruowanej definicji należy pozostawić kwestię woli poszkodowanego.

3.2. Rodzaje szkody

Nauka prawa cywilnego dokonuje klasyfikacji szkód według rożnych kryteriów. W literaturze przyjmuje się, w oparciu o terminologię jaką posługuje się ustawodawca w przepisach Kodeksu Cywilnego (np. art. 385^3 pkt 1, art. 417^2, 435 k.c.), podział szkód ze względu na rodzaj naruszonego dobra. Na tej podstawie wyróżnić należy „szkody na osobie" oraz „szkody na mieniu". Przedstawiony sposób klasyfikacji ma charakter autonomiczny wobec prezentowanego wyżej podziału szkód na szkody majątkowe i niemajątkowe, bowiem w obu przypadkach posługujemy się odmiennym kryterium wyróżnienia. Szkoda na osobie, obejmująca swym zakresem wszystkie przypadki naruszenia dóbr osobistych (np. zdrowie, wolność, cześć) może stanowić jednocześnie szkodę o charakterze niemajątkowym (krzywdę), jak i szkodę majątkową, o ile w związku z naruszeniem po stronie poszkodowanego powstaje także uszczerbek materialny (np. koszty leczenia). Tymczasem, jak przyjmuje się w piśmiennictwie, szkoda na mieniu przejawiać się może wyłącznie w postaci uszczerbku o charakterze majątkowym.[96]

[92] P. Sobolewski, [w:] K. Osajda, *Kodeks Cywilny Komentarz*, Warszawa 2017, s. 129
[93] K. Zagrobleny, [w:] (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks Cywilny... op. cit.*, s. 684.
[94] T. Dybowski, [w:] (red.) Z. Radwański, *System... op.cit.*, s. 215-217.
[95] Z. Banaszczyk [w:] (red.) K. Pietrzykowski, *Kodeks Cywilny Komentarz*, t.1, Warszawa 2013, s. 1000.
[96] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania… op. cit*., s. 95; A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową: szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 44 i n.; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 236–237.

32:10675

Uszczerbek stanowiący szkodę majątkową przejawiać może się w dwóch postaciach: starty (*damnum emergens*) oraz utraty korzyści (*lucrum cessans*). Pod pojęciem straty mieści się każda zmiana stanu majątku poszkodowanego związana z pomniejszeniem jego aktywów lub zwiększeniem pasywów. Szkoda w postaci *damnum emergens* polega więc na zmniejszeniu strony czynnej majątku lub zwiększeniu zobowiązań wskutek zdarzenia szkodzącego, z którym związana jest czyjaś odpowiedzialność. O utraconych korzyściach z kolei, mówimy gdy w wyniku zdarzenia szkodzącego, aktywa poszkodowanego nie wzrosły, bądź jego pasywa nie uległy zmniejszeniu, w taki sposób jaki miałby miejsce gdyby do zdarzenia nie doszło. Uszczerbek w postaci *lucrum cessans* ma więc zawsze charakter hipotetyczny[97], a na poszkodowanym spoczywa obowiązek wykazania wysokości utraconej korzyści (np. utraconego zarobku) z tak dużym prawdopodobieństwem, że w świetle doświadczenia życiowego uzasadnionym byłoby przyjęcie, iż utrata spodziewanych korzyści rzeczywiście nastąpiła[98].

W związku z funkcjonującą w polskim prawie cywilnym zasadą pełnej kompensacji szkody[99], obie jej postaci (*damnum emergens* i *lucrum cessans*) objęte są obowiązkiem indemnizacji, a ewentualne odstępstwa od tej reguły dopuszczalne są wyłącznie na podstawie przepisów szczególnych, względnie postanowień umownych. Choć w przeciwieństwie do niektórych zagranicznych systemów prawnych[100], na gruncie polskiego Kodeksu Cywilnego brak przepisu *expressis verbis* formułującego przytoczoną zasadę, wywodzona jest ona z brzmienia art. 361 § 2 k.c.

3.3. Ustalanie rozmiarów szkody

3.3.1. Metoda dyferencyjna

Celem ustalenia rozmiarów poniesionej szkody i wyznaczenia zakresu obowiązku odszkodowawczego należy porównać stan majątku poszkodowanego po wystąpieniu

[97] K. Zagrobleny, [w:] (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks Cywilny... op. cit.*, s. 685 i n.

[98] Zob. wyrok SN z 18.10.2000 r. (V CKN 111/00, Lex nr 52740), wyrok SN z 22.01.2008 r. (II CSK 377/07, Lex nr 492167), wyrok SN z 19.06.2008 r. (V CSK 19/08, Lex nr 424433), wyrok SN z 27.01.2012 r. (I CSK 211/11, Lex nr 1147728).

[99] L. Stecki, *Zasada Pełnej Kompensacji szkody, zagadnienia wybrane*, [w:] J. Błeszyński, J. Rajski, *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 229.

[100] Tak np. niemiecki Kodeks Cywilny, § 249 ust. 1 „Obowiązany do zwrotu szkody winien przywrócić taki stan, któryby istniał, gdyby okoliczność obowiązująca do zwrotu nie byłaby zaistniała." [za:] (tłum.) H. Damm, K. Gerschel, Niemiecki kodeks cywilny wraz z ustawą wprowadczą, Bydgoszcz 1922, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/doccontent?id=34280 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

33:89291

zdarzenia szkodzącego, ze stanem jaki istniałby gdyby do zdarzenia nie doszło[101]. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, badanie w ramach tzw. metody dyferencyjnej (różnicowej) w praktyce sądowej ograniczane jest do tych elementów majątku poszkodowanego, które zostały, w granicach normalnego związku przyczynowego, dotknięte zdarzeniem stanowiącym źródło uszczerbku. Taki rodzaj limitacji nie ogranicza jednak możliwości wykazania przez poszkodowanego, że zasięg szkody jest szerszy, niżby mogło na to wskazywać doświadczenie życiowe[102].

3.3.2. Problematyka zastosowania zasady zaliczenia uzyskanych korzyści na poczet odszkodowania (*compensatio lucri cum damno*)

Przy określaniu wysokości podlegającej naprawieniu szkody, wobec przyjęcia metody dyferencyjnej, konieczne jest uwzględnienie zasady *compensatio lucri cum damno* - czyli zaliczenie na poczet szkody wszystkich uzyskanych korzyści[103]. Do niezbędnych przesłanek stosowania kompensacji należy tożsamość zdarzenia będącego źródłem uszczerbku i korzyści (pozostawanie korzyści w adekwatnym związku przyczynowym ze zdarzeniem szkodzącym), a także okoliczność, że odszkodowanie i osiągnięta korzyść zaspokajają te same interesy poszkodowanego[104]. W tym kontekście jednoznacznie wykluczyć należy możliwość kompensacji szkody majątkowej rodziców związanej z przyjściem na świat nieplanowanego dziecka z korzyściami niematerialnymi takimi jak miłość i radość związana z posiadaniem potomstwa, choćby dlatego, że wartości tego typu nie mają charakteru świadczeń majątkowych mogących zrekompensować poniesiony uszczerbek, bowiem nie zaspokajają one tych samych interesów poszkodowanych (nie pomniejszają ich strat majątkowych).

3.4. Elementy szkody w sprawach *wrongful conception*

3.4.1. Uwagi ogólne

Życie ludzkie, w kręgu kultury chrześcijańskiej, stanowi ucieleśnienie najwyższych wartości. Spostrzeżenie to przekłada się na gruncie prawa – międzynarodowego i krajowego , na pogląd o istnieniu pewnych nienaruszalnych praw przyrodzonych każdej istocie ludzkiej jako niepowtarzalnemu bytowi cielesno-duchowemu. Szczególnego znaczenia w tym

[101] K. Zagrobelny, [w:] (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks Cywilny... op. cit.,* s. 688.
[102] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania… op.cit.,* s. 97; M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań- część ogólna*, t. 6, Warszawa 2014, s. 82 i n.; Z. Banaszczyk [w:] (red.) K. Pietrzykowski, *Kodeks Cywilny... op. cit.,* s. 1002.
[103] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania… op. cit.,* s. 97.
[104] T. Dybowski, [w:] (red.) Z. Radwański, *System... op. cit.,* s. 304.

34:65638

kontekście nabiera stanowisko uznające godność człowieka za fundament, na którym opiera się zachodni system wartości. Godność jest cechą niezbywalną i przyrodzoną, przypisaną każdemu z samego faktu bycia człowiekiem. Rozumiana powszechnie jako zdolność do samostanowienia, może być także postrzegana jako ta sfera osobowości, która konkretyzuje się w poczuciu własnej wartości człowieka i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi[105].

Godność człowieka determinuje fakt, że jego życie w żadnym wypadku nie może być uznane za szkodę. Narodziny dziecka, powszechnie uważa się za przyrost wartości[106]. We wszystkich kręgach kulturowych, choć nie zawsze z tych samych względów, egzystencja dziecka postrzegana jest jako szczególnie cenne dobro, a w jego przyjściu na świat upatruje się swoistych korzyści, co wynika bezpośrednio z najbardziej podstawowych instynktów człowieka. Od setek tysięcy lat bowiem, przetrwanie i przedłużenie gatunku ludzkiego warunkowane było efektywnością prokreacji. Niewątpliwie, rozmnażanie stanowi jedną z podstawowych funkcji wszystkich organizmów żywych, w tym także człowieka. Choć nie sposób postrzegać współczesnego człowieka w tych samych kategoriach co ludzi pierwotnych, spostrzeżenie to uznać należy za punkt wyjścia dla dalszych rozważań. Wszystkie bowiem wykształcone w procesie rozwoju cywilizacji systemy wartości, w szczególności związane z kręgiem kultury chrześcijańskiej, niebagatelne znaczenie przypisują najmniejszej jednostce społecznej jaką jest rodzina.

Osiągnięcia cywilizacji wpłynęły zasadniczo na zmianę stylu życia współczesnych ludzi. Czynniki takie jak dynamiczny rozwój nauki i techniki, emancypacja kobiet, czy wykształcenie się społeczeństwa informacyjnego – sprawiają, że tryb życia dzisiejszych pokoleń istotnie różni się od trybu życia generacji ich dziadków – zarówno gdy chodzi o funkcjonowanie w ramach tradycyjnego modelu rodziny, podział ról społecznych, stawiane sobie cele i wysuwane oczekiwania.

Konstatację, że czynnikiem warunkującym upowszechnienie się skarg *wrongful conception* jest postępująca atrofia rodziny, należy w moim mniemaniu uznać za błędną. Przemożny wpływ w tym zakresie ma upowszechnienie usług medycznych i wzrost świadomości prawnej. Trudno dziwić się, że jednostki funkcjonujące we współczesnym społeczeństwie, w którym informacje w zakresie dotąd niespotykanym są powszechnie

[105] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 380.
[106] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit.*, s. 54.

35:11477

dostępne (zwłaszcza za pośrednictwem sieci Internet), wykorzystują pozyskaną wiedzę – tak w zakresie sposobów planowania rodziny jak i dochodzenia ewentualnych roszczeń na tym tle – do osiągnięcia indywidualnych celów.

Nieuzasadnione jest przekonanie o destrukcyjnym wpływie upowszechnienia się sposobów planowania rodziny na społeczeństwo. Wzrost świadomości jako taki nie może być jeszcze postrzegany w kategorii degradacji moralnej. Współczesne społeczeństwo nie odchodzi bowiem od podstawowych wartości zakorzenionych w naturze istoty ludzkiej, przeciwnie, zwrócenie się ku jednostce, jej wyjątkowej osobowości i indywidualnym potrzebom, umacnia przekonanie o nadrzędnej wartości ludzkiego życia. Należy pamiętać, że intensywny rozwój idei praw człowieka, w tym ekspozycja godności jako wartości przynależnej wszystkim ludziom, nastąpił w ciągu ostatniego stulecia, gdy równolegle w wielu systemach prawnych wyłaniała się koncepcja wiążąca zawinione udaremnienie realizacji decyzji jednostki w zakresie planowania rodziny z obowiązkiem indemnizacji powstałej w związku z tym szkody.

Za niezmiennie słuszny uznać należy pogląd o niedopuszczalności postrzegania życia dziecka w kategorii szkody. Spostrzeżenie to wymaga odniesienia tak do przypadków narodzin dzieci zdrowych jak i upośledzonych, pożądanych i niepożądanych. Niezależnie od tego jak przyjście na świat dziecka zostało odebrane przez jego rodziców – czy wywołało radość, czy stanowiło dla nich wyłącznie obciążenie ekonomiczne i psychiczne – egzystencja człowieka, poprzez immanentnie związaną z nią godność, będącą wszak kategorią obiektywną, nie może stanowić szkody w ujęciu cywilistycznym.

Ponadto, jak wskazuje się w literaturze, „przeciwko traktowaniu egzystencji dziecka jako szkody przemawia również argument natury techniczno-prawnej”.[107] Niemożliwe jest bowiem, przy zastosowaniu metody dyferencyjnej, majątkowe oszacowanie wartości tak ujętej szkody. Zabieg ten zakładałby przypisanie ludzkiemu istnieniu odpowiedniego ekwiwalentu majątkowego, a przecież wartości życia w pieniądzu wyrazić się nie da.

[107] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit.*, s. 55.

36:47651

3.4.2. Koszty utrzymania dziecka

Niedopuszczalność traktowania osoby dziecka w kategoriach szkody nie stoi na przeszkodzie przyjęciu, że w związku z jego egzystencją powstaje określona szkoda majątkowa.

Choć podstawową formą alimentacji przewidzianą w polskim systemie prawa, jest zgodnie z brzmieniem art. 128 k.r.o. dostarczanie środków utrzymania lub wychowania (świadczenie typu *dare*), „kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje też inną postać wykonania obowiązku alimentacyjnego w postaci osobistych starań o utrzymanie lub wychowanie dziecka przez rodziców"[108] (świadczenie typu *facere*). Jak wskazuje się w piśmiennictwie, każdy stosunek alimentacyjnoprawny przyjmuje postać więzi zobowiązaniowej[109], a elementy tego stosunku – zarówno uprawnienie (roszczenie o alimenty) jak i obowiązek (dług alimentacyjny) – mają charakter majątkowy. Jednocześnie, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, pojęcie szkody w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. obejmuje swoim zakresem wymagalne zobowiązania poszkodowanego na rzecz osoby trzeciej[110]. Obowiązek alimentacyjny, jako zobowiązanie w rozumieniu prawa cywilnego, może zatem stanowić szkodę podlegającą naprawieniu, pod warunkiem spełnienia pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Gdyby zatem wykazać, że przyjście na świat dziecka pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z zawinionym zachowaniem lekarza, to mając na względzie powyższe uwagi należałoby przyjąć, że brak jest normatywnych przeszkód by uznać, że zobowiązanie alimentacyjne obciążające rodziców stanowi na gruncie prawa cywilnego szkodę rzeczywistą (*damnum emergens*) podlegającą kompensacji.

Pomimo teoretycznej poprawności zaprezentowanego wnioskowania, wobec mnogości argumentów przeciwników skarg *wrongful conception*, konieczne jest ustosunkowanie się przynajmniej do części z podnoszonych zarzutów.

Szczególne kontrowersje wywołuje kwestia dopuszczalności dokonywania rozróżnienia pomiędzy istotą dziecka, a szkodą powstałą w związku z jego przyjściem na świat. W literaturze niemieckiej wykształciły się w tym zakresie dwa, opozycyjne względem siebie stanowiska, określane jako teoria jednolitości (*Ganzheitslehre*) oraz teoria

[108] K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 749.
[109] J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2013, s. 344.
[110] Uchwała SN z 10.07.2008 r. (III CZP 62/08, OSP 2010, nr 12, poz. 126).

37:81796

rozdzielności (*Trennungslehre*)[111]. Zwolennicy pierwszego z tych poglądów stają na stanowisku, że stosunek miedzy rodzicami a dziećmi, składający się z różnorodnych praw i obowiązków (prawnych i moralnych), stanowi nierozerwalną całość. Wyłączenie któregokolwiek z elementów leżących u podstaw tego stosunku, jest w ich przekonaniu niemożliwe. Przesądza to niedopuszczalności traktowania kosztów utrzymania dziecka w kategorii szkody i obciążania nimi osób trzecich. Zwolennicy teorii rozdzielności dopuszczają oddzielenie istoty dziecka od związanych z nią obciążeń majątkowych. Szczególna wartość ludzkiej egzystencji nie sprzeciwia się w ich przekonaniu traktowaniu wydatków poniesionych w związku z utrzymaniem dziecka w kategoriach uszczerbku. Szkody majątkowej powstałej w wyniku przyjścia dziecka na świat nie sposób skutecznie podważyć założeniem immanentnej przynależności kosztów jego utrzymania do stosunku łączącego rodziców ze swoim potomstwem. Nie negując szczególnego znaczenia tych relacji, zważyć należy, że konstrukcja polegająca na wyizolowaniu obowiązku alimentacyjnego i traktowaniu go w kategorii szkody, wpisuje się w znaną wielu systemom prawnym koncepcję obciążania obowiązkiem odszkodowawczym w tym zakresie podmiotu, który przyczynił się do śmierci osoby obowiązanej do alimentacji. W polskim systemie prawnym idea takiej formy „przerzucenia" obowiązku alimentacyjnego realizowana jest przez art. 446 § 2 k.c., zgodnie z którym: „osoba, względem której ciążył na zmarłym ustawowy obowiązek alimentacyjny, może żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody renty obliczonej stosownie do potrzeb poszkodowanego oraz do możliwości zarobkowych i majątkowych zmarłego przez czas prawdopodobnego trwania obowiązku alimentacyjnego. Takiej samej renty mogą żądać inne osoby bliskie, którym zmarły dobrowolnie i stale dostarczał środków utrzymania, jeżeli z okoliczności wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego". Jak słusznie wskazuje Tomasz Justyński „skoro odpadnięcie obowiązku alimentacyjnego może być szkodą, to brak przekonujących powodów, dla których jego lustrzane odbicie, czyli niechciane powstanie (w związku z niepożądanym urodzeniem), mogłoby być traktowane odmiennie.[112]"

W tym kontekście, podkreślenia wymaga również okoliczność, że ewentualna koncepcja zakładająca istnienie nierozerwalnej więzi pomiędzy określonymi dobrami, mogłaby znaleźć uzasadnienie w przypadku relacji dóbr tej samej rangi. Jakkolwiek roszczenie o pokrycie kosztów utrzymania wynika bezpośrednio z faktu przyjścia dziecka

[111] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit.,* s. 55.
[112] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit.,* s. 58.

38:10696

na świat, ma ono jedyne wymiar majątkowy i pełni rolę służebną wobec egzystencji człowieka. Nie sposób zatem przyznać tym dwóm elementom jednakiej pozycji w hierarchii wartości - zabieg polegający na wyizolowaniu istoty dziecka i kosztów jego utrzymania należy więc uznać za dopuszczalny.

Przyjęcie poglądu prezentowanego przez zwolenników niemieckiej teorii rozdzielności, pozwala na jednoczesne odrzucenie argumentu wysuwanego przez przeciwników roszczeń odszkodowawczych związanych z narodzinami dziecka, opierającego się na zarzucie naruszenia praw człowieka – prawa do życia i prawa do godności. Ze stanowiska zakładającego konieczność odrębnego traktowania istoty dziecka i kosztów jego utrzymania wynika taki sposób definiowania szkody, któremu nie sposób zarzucić sprzeczności z podstawowymi prawami człowieka. Założenie bowiem, że to nie egzystencja dziecka, a koszty jego utrzymania stanowią szkodę, nie pociąga za sobą negatywnej oceny istoty dziecka. Jakkolwiek ujmowanie istnienia dziecka jako cywilistycznej szkody kwestionowałoby jego prawo do życia oraz przyrodzoną i niezbywalną godność, wątpliwości te nie mają miejsca przy akceptacji poglądu o rozdzielności egzystencji dziecka i jego skutku w postaci kosztów utrzymania. Koszty ponoszone na utrzymanie dziecka są bezspornie konsekwencją jego egzystencji, lecz postrzeganie ich w kategorii szkody, nie prowadzi do podobnej kwalifikacji dziecka.

Nie sposób podzielić także obaw związanych z zagrożeniem stygmatyzacji czy traumatyzacji dziecka. Określenie na potrzeby procesu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych narodzin mianem „niechcianych" nie wartościuje życia dziecka, ani nie zawiera w sobie oceny stosunku emocjonalnego łączącego rodziców z dzieckiem. W pojęciu tym zawiera się wyłącznie stwierdzenie, że w okolicznościach danego przypadku, rodzice podjęli starania w celu zapobiegnięcia ciąży, a ich prawo do planowania rodziny zostało naruszone. Nie oznacza to jednocześnie, że dziecko, które przyszło na świat jest przez nich niekochane czy nieakceptowane. Jak słusznie zwraca uwagę Tomasz Justyński, pojęcia takie jak „niechciane poczęcie", czy „niechciane urodzenie" w kontekście skarg *wrongful conception* i *wrongful birth* wyraźnie odróżnić należy od terminu „życia niegodnego życia" (*Lebensunwertes Leben*), funkcjonującego w ideologii III Rzeszy. To ostatnie bowiem, stosowane było na określenie tej części populacji, która zgodnie z nazistowską doktryną eugeniczną, nie miała prawa do życia i powinna zostać poddana eksterminacji. Podkreślić należy, że życie dzieci „niechcianych" w rozumieniu *wrongful conception* i *wrongful birth*,

39:12578

ma taką samą wartość jak życie każdego innego człowieka. W tym zakresie niedopuszczalne jest różnicowanie oceny ludzkiej egzystencji i dyferencjacja w przedmiocie przysługujących praw i obowiązków. Brak zatem podstaw do przyjęcia twierdzenia o stygmatyzującym, czy dyskryminującym wpływie powództw w ramach *wrongful conception* na osobę dziecka.

W orzecznictwie podnoszono również zarzut, jakoby obciążenie lekarza kosztami utrzymania dziecka poczętego w wyniku jego niewłaściwego postępowania, miało nieść za sobą ryzyko traumatyzacji dziecka, które poddane destruktywnemu wpływowi świadomości, że jego przyjście na świat postrzegane było przez rodziców jako „niechciane", mogłoby doznać szkód psychicznych.[113] Choć nie można wykluczyć takiego niebezpieczeństwa, sama wiedza o czynieniu przez rodziców użytku z roszczeń odszkodowawczych w ramach *wrongful conception* nie przesądza o negatywnych następstwach dla rozwoju dziecka. Fundamentalne znaczenie w tym zakresie ma to, jak kształtują się relacje rodziców z dzieckiem. Choć okoliczność, że przyjście dziecka na świat nie było przez rodziców pożądane może stanowić brzemię psychiczne i utrudniać poprawne kształtowanie stosunków rodzinnych, to niewątpliwie, jeśli tylko rodzice w pełni zaakceptują nieplanowane dziecko i obdarzą je taką samą miłością jaką darzyliby je gdyby świadomie podjęli decyzję w zakresie poczęcia – nie będzie ono czuło się „niechciane". Z drugiej strony, jeśli stosunek rodziców do dziecka ukształtuje się jako negatywny (indyferentny, wrogi), zajdzie ryzyko jego obciążenia psychicznego, niezależnie od tego czy ma ono świadomość, że ktoś inny łoży na jego utrzymanie, bądź czy w ogóle podmiot trzeci został obciążony obowiązkiem odszkodowawczym w tym zakresie. Jednocześnie, nie sposób zaprzeczyć, że przyznanie odszkodowania obejmującego koszty utrzymania dziecka, sprzyja kształtowaniu pozytywnego stosunku rodziców do ich nieplanowanego potomka. Redukuje ono bowiem negatywny wpływ jaki przyjście na świat dziecka ma na sytuację majątkową rodziny. Przyjąć należy zatem, że sprawca szkody nie może bronić się przed poniesieniem odpowiedzialności odszkodowawczej, powołując się na ryzyko traumatyzacji dziecka. Kluczowe znaczenie dla powstania potencjalnych szkód psychicznych nieplanowanego dziecka ma nastawienie emocjonalne rodziców do jego osoby, a nie ewentualna świadomość wystąpienia rodziców z roszczeniami odszkodowawczymi w związku z jego niepożądanymi narodzinami. Jednocześnie, jak wskazano powyżej, przyznanie odszkodowania odegra raczej pozytywną rolę w kształtowaniu właściwych stosunków rodzinnych.

[113] OLG Bamberg, NJW 1978, s. 1687 [za:] T. Justyński, Poczęcie... op.cit., s.66.

40:90689

W początkowej fazie rozwoju orzecznictwa w zakresie *wrongful conception*, w judykaturze amerykańskiej i brytyjskiej rozważano, czy uznaniu roszczeń rodziców nieplanowanego dziecka związanych z kosztami jego utrzymania, nie stoi na przeszkodzie *public policy*. Według definicji przyjętej w słowniku Cambridge Dictionary, *policy* to zbiór idei lub plan działania w określonych sytuacjach, który został oficjalnie uzgodniony np. przez władze publiczne[114]. Podobnie słownik Chambers definiuje *policy* jako plan działania oparty na określonych, uznanych zasadach[115]. *Public policy* rozumiana jest z kolei w doktrynie anglosaskiej jako całokształt decyzji władz publicznych z uwzględnieniem trybu ich podejmowania, form działania na rzecz i oddziaływania na społeczeństwo, a także narzędzia służące wdrażaniu zamierzonych celów[116]. Bywa ona też ujmowana jako „nadrzędny interes społeczny opierający się na powszechnie akceptowanych wyobrażeniach moralnych i obyczajowych[117]„. Najczęściej jednak pojęcie *public policy* rozumiane jest jako „porządek publiczny".

Przedstawiane w orzecznictwie amerykańskim i brytyjskim wątpliwości związane ze zgodnością z *public policy* możliwości zasądzania na rzecz rodziców nieplanowanego dziecka kosztów jego utrzymania odgrywały szczególną rolę w początkowym okresie rozwoju orzecznictwa w sprawach *wrongful conception*. Przyjmowano powszechnie, że uznanie roszczeń rodziców niepożądanego dziecka w tym zakresie byłoby zabiegiem sprzecznym z interesem publicznym. Ten ostatni bowiem, co naturalne dla większości społeczeństw, wymaga wspomagania prokreacji. W późniejszym okresie upowszechniło się stanowisko przeciwne. Przekonanie, że w istocie rzeczy *public policy* nie stoi na przeszkodzie akceptacji omawianych skarg związane było w szczególności z uznaniem w szerokim zakresie prawa do planowania rodziny i znaczącym poszerzeniem zakresu dopuszczalności aborcji[118]. Przełomowe znaczenie na gruncie judykatury amerykańskiej miał w tym zakresie omówiony uprzednio wyrok z 1971 r., w sprawie Troppi v. Scarf. Postępująca liberalizacja linii orzeczniczej sprawiła, że obecnie dominuje pogląd, zgodnie z którym *public policy* nie tylko nie stoi na przeszkodzie uznaniu omawianych skarg, a wręcz przeciwnie- względy polityki publicznej sprzyjają ich akceptacji w możliwie najszerszym zakresie.

[114] https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-polish/policy (dostęp na dzień 15 listopada 2017 r.).
[115] http://chambers.co.uk/search/?query=policy&title=21st (dostęp na dzień 15.11.2017 r.).
[116] B. G. Peters, J. Pierre, *Handbook of public policy*, Londyn 2006, s. 2.
[117] W. Proser, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul 1971, s.98 [za:] T. Justyński, *Poczęcie...op.cit*., s.63.
[118] L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych a „prawo do życia*", Państwo i Prawo 1992, nr 8, s.41 i n.

41:47134

3.4.3. Inne elementy szkody

3.4.3.1. Inne elementy szkody majątkowej

W przeciwieństwie do kosztów alimentacyjnych, konieczność wyrównania szkody w postaci wydatków poniesionych w związku z ciążą i porodem nie jest i w gruncie rzeczy nie była w orzecznictwie kwestionowana. Analiza spraw na tle *wrongful conception* rozpoznawanych przez sądy różnych państw, pozwala na wyróżnienie zasadniczo jednolitej tendencji orzeczniczej w tym zakresie. W ramach uszczerbków majątkowych jakie ponoszone są najczęściej przez powodów w sprawach *wrongful conception*, wskazać należy: koszty nieudanego zabiegu (sterylizacji lub aborcji), koszty nieskutecznych środków antykoncepcyjnych, koszty opieki ginekologicznej i porodu, a także koszty związane z koniecznością zapewnienia opieki już posiadanych dzieci na czas pobytu w placówce medycznej.

Ponadto, poza wskazanymi wydatkami związanymi z ciążą, porodem i okresem połogu, w kategorii szkody majątkowej judykatura postrzega także uszczerbek polegający na zmniejszeniu się zarobków. W tym kontekście wyróżniane są zarobki utracone „przed" i „po" narodzinach dziecka[119]. Obowiązek wyrównania uszczerbku powstałego w tym zakresie przed urodzeniem się dziecka (tj. zarobku utraconego w związku z ograniczeniem zdolności zarobkowania lub całkowitą niezdolnością do pracy okresie ciąży oraz z pobytem w szpitalu na czas przeprowadzenia nieudanego zabiegu sterylizacji/aborcji, porodem i połogiem) zdaje się nie budzić wątpliwości w orzecznictwie. Kontrowersji nie wzbudza również objęcie zakresem szkody zarobków utraconych po narodzinach dziecka w związku z ograniczeniem czasu pracy bądź całkowitą rezygnacją z działalności zawodowej na rzecz sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. Wątpliwości powstają na tle zakresu w jakim roszczenia te podlegać mogą uwzględnieniu. Nie sposób bowiem określić wyraźnych granic czasokresu, w którym szkoda w postaci utraconego zarobku winna zostać naprawiona. W literaturze wskazuje się, że określenie tych ram wymaga każdorazowego uwzględniania okoliczności konkretnej sprawy, lecz przyjąć można generalne założenie, zgodnie z którym na sprawcy szkody nie będzie ciążył obowiązek wyrównania tego uszczerbku od chwili, gdy od kobiety można oczekiwać powrotu do pracy.

[119] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit.*, s. 72.

42:92565

Niemożliwe jest stworzenie pełnego, zamkniętego katalogu szkód majątkowych, które będą objęte zakresem obowiązku odszkodowawczego w ramach powództw *wrongful conception*. Każdorazowo doznane uszczerbki powinny podlegać badaniu na zasadach ogólnych. Jeśli tylko spełnione zostaną przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej (wystąpienie zawinionego zdarzenia sprawczego, szkody oraz związku przyczynowego pomiędzy nimi) dany uszczerbek podlegać będzie naprawieniu.

3.4.3.2. Szkoda niemajątkowa

Nie ulega wątpliwości, że w sprawach *wrongful conception* obok szkód o charakterze majątkowym może także dojść do powstania szkód niemajątkowych.

Powszechnie akceptowany jest pogląd, zgodnie z którym, w związku przyjściem na świat niechcianego dziecka po stronie matki powstać może krzywda polegająca na bólu i cierpieniach fizycznych związanych z przebiegiem ciąży i porodem, a także psychicznych stanowiących konsekwencję oczekiwania i urodzenia nieplanowanego dziecka.

Niewątpliwie niepożądane przyjście na świat dziecka zawsze stanowi silne obciążenie psychiczne dla rodziców. Jakkolwiek w sytuacji dojścia do nieplanowanego poczęcia „w normalnych warunkach", tj. bez wpływu zawinionego zachowania podmiotu medycznego w tym zakresie, okoliczność ta pozostaje zasadniczo bez jakiejkolwiek doniosłości prawnej, w sprawach *wrongful concption* ból i cierpienia fizyczne oraz psychiczne rodziców mogą być objęte obowiązkiem odszkodowawczym. W przypadkach tych zachodzi bowiem związek przyczynowy pomiędzy szkodą niemajątkową rodziców, a działaniem lekarza. Ponadto, założyć można, że uszczerbek w sferze psychicznej rodziców w sprawach *wrongful conception* jest dodatkowo pogłębiony przez okoliczność, że podjęli oni określone kroki w celu zapobieżenia ciąży. Osoby te, decydując się wszak na nieodwracalne pozbawienie się zdolności rozrodczych, dają świadectwo daleko posuniętej determinacji. Lekarz poprzez udaremnienie swym zawinionym działaniem osiągnięcia celu działań potencjalnych rodziców przyczynia się do powstania po ich stronie szkody niemajątkowej.

Jak wskazuje A. Szpunar, „uszkodzenie ciała jest zdarzeniem dość łatwo uchwytnym"[120]. Mając na względzie szerokie ujęcie terminu „uszkodzenia ciała" w rozumieniu art. 444 § 1 k.c. prezentowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego, nie może budzić wątpliwości, że takie szkody spowodowane mogą być zawinionym

[120] A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 165.

43:10605

postępowaniem lekarza. Ilustrację stanowić tu mogą stosunkowo częste przypadki przecięcia więzadła szerokiego macicy zamiast jajowodu podczas sterylizacji, czy przebicia ściany macicy w trakcie zabiegu przerwania ciąży. Zadośćuczynienie za te i podobne uszkodzenia, mieszczące się w kategorii szkód powstałych przy leczeniu, niewątpliwie może stanowić przedmiot roszczeń rodziców w ramach skarg *wrongful conception*.

4. Zdarzenie sprawcze

4.1. Uwagi ogólne

Wśród różnorodnych zdarzeń mogących rodzić po stronie podmiotu medycznego odpowiedzialność z tytułu *wrongful conception* wskazać należy w szczególności nieprawidłowe postępowanie lekarza związane z zabiegami aborcji i sterylizacji, a także niewłaściwą antykoncepcję.

4.2. Antykoncepcja

Antykoncepcja to niezwykle szerokie pojęcie obejmujące swoim zakresem różnorodne metody i środki zmierzające do zapobieżenia ciąży. James Trussell[121] opisując statystyki w zakresie skuteczności metod regulacji narodzin, wśród najbardziej efektywnych, poza omówioną w dalszej części pracy sterylizacją, wskazuje jednoskładnikową (progestogenową) i dwuskładnikową (estrogenowo- progestogenową) antykoncepcję hormonalną. Praktyka orzecznicza pokazuje, że odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu *wrongful conception* w przypadkach, w których powodowie decydowali się na zastosowanie antykoncepcji hormonalnej powstaje najczęściej w związku z wydaniem przez aptekarza zamiast przepisanych przez lekarza preparatów, innych medykamentów pozbawionych działania antykoncepcyjnego[122]. Odpowiedzialność w ramach *wrongful conception* mógłby również ponieść producent środków antykoncepcji farmakologicznej. Byłaby to jednak w istocie rzeczy odpowiedzialność za produkt, a nie za błąd medyczny[123]. W przypadku metod antykoncepcji mechanicznej pod uwagę należałoby wziąć także niewłaściwe postępowanie lekarza polegające na nieprawidłowym założeniu wkładki domacicznej (spirali antykoncepcyjnej).

---

[121] J. Trussell, *Contraceptive efficacy* [w:] R. Hatcher, J. Trussell, A. Nelson, W. Cates, D. Kowal, M. Policar, *Contraceptive Technology: Twentieth Revised Edition*, Nowy York 2011.

[122] Np. LG Itzehoe, VersR 1969, s. 265; Troppi v. Scarf, 187 N.W. 2d 511 (Michigan 1971), zob. https://www.leagle.com/decision/197127131michapp2401213 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

[123] T. Justyński, *Poczęcie...op.cit.*, s. 95.

44:86514

4.3. Sterylizacja

4.3.1. Uwagi ogólne

Sterylizacja to zabieg medyczny skutkujący trwałym pozbawieniem możliwości rozrodczych przy zachowaniu fizjologicznej zdolności do podejmowania współżycia seksualnego (co pozwala odróżnić tę formę ubezpłodnienia od kastracji). Sterylizacja najczęściej polega na chirurgicznym przerwaniu ciągłości nasieniowodów (u mężczyzn) lub jajowodów (u kobiet). Ryzyko niepowodzenia zabiegu jakkolwiek niewielkie, istnieje, sięgając 6% w przypadku interwencji przeprowadzanych na mężczyznach oraz wahając się od 0,3% do 1,4% w przypadku sterylizacji kobiet[124]. Wśród powodów, dla których dokonuje się zabiegów sterylizacji wyróżnić można wskazania terapeutyczne, względy eugeniczne i socjalne[125]. Zasadniczym celem sterylizacji medycznej jest ratowanie zdrowia lub życia pacjenta, stąd prawna dopuszczalność takiego zabiegu leczniczego nie budzi zastrzeżeń. Źródłem wątpliwości pozostaje jest kwestia legalności sterylizacji ze względów eugenicznych tj. przeprowadzanej w sytuacjach gdy stan zdrowia pacjenta (choroba dziedziczna, obciążanie genetyczne) pozwala przyjąć z wysokim prawdopodobieństwem, że potomstwo, które spłodzi obciążone będzie poważnymi dysfunkcjami psychicznymi lub fizycznymi. Najwięcej kontrowersji wzbudza dopuszczalność sterylizacji w przypadkach, w których za przeprowadzeniem zabiegu przemawia wyłącznie wola pacjenta znajdująca uzasadnienie w jego sytuacji ekonomicznej, światopoglądzie czy też wynikająca wyłączenie ze względów wygody.

4.3.2. Naruszenie obowiązków przez lekarza

Analiza dorobku orzeczniczego państw zachodnich pozwala na wyróżnienie trzech kategorii nieprawidłowości w postępowaniu lekarza jakie wystąpić mogą w związku z przeprowadzeniem zabiegu sterylizacji[126].

Pierwsza grupa przypadków niestaranności związana jest z naruszeniem obowiązku udzielenia prawidłowych objaśnień przedoperacyjnych. Niedopełnienie powinności informacyjnych uniemożliwia uzyskanie tzw. „uświadomionej zgody" pacjenta (*informed consent*). Jak wskazuje się w judykaturze i literaturze, niewykonanie tego obowiązku w ogóle,

[124] T. Justyński, *Poczęcie....op.cit*. s. 80.
[125] R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012, s. 222.
[126] T. Justyński, *Poczęcie...op.cit*., s. 88.

45:54348

przekazanie informacji nierzetelnych lub niekompletnych, bądź też udzielenie informacji w sposób nieprzystępny dla pacjenta, dyskwalifikuje uzyskaną zgodę i sprawia, że wykonanie zabiegu jest nielegalne, tak w świetle prawa cywilnego jak i karnego[127]. Należałoby zatem przyjąć, że skoro pacjent nie został pouczony przez lekarza w przedmiocie stosowanych metod sterylizacji, ich następstw i skuteczności, a także możliwym ryzyku, to przeprowadzenie zabiegu w warunkach zgody „nieuświadomionej" rodzić będzie po stronie lekarza odpowiedzialność cywilną i karną. Należy jednak poczynić zastrzeżenie, że w przypadkach skarg *wrongful conception,* w zakresie tego z elementów odszkodowania jakim są koszty utrzymania dziecka jedynie wyjątkowo nieudzielenie pacjentowi stosownych objaśnień przedoperacyjnych będzie podstawą do obciążenia lekarza obowiązkiem odszkodowawczym. Brak informacji musiałby bowiem pozostawać w związku przyczynowym ze szkodą. Oznacza to, że pacjent musiałby wykazać, że gdyby uzyskał pełną informację w zakresie ryzyka niepowodzenia sterylizacji, nie podjąłby decyzji o poddaniu się zabiegowi. Taki dowód kauzalności byłby jednak utrudniony z uwagi na bardzo niskie ryzyko nieskuteczności tego typu interwencji medycznych[128].

Druga grupa naruszeń obejmuje przypadki naruszeń, do których dochodzi już na etapie przeprowadzania zabiegu. W kontekście skarg *wrongful conception* chodzi tu zatem o takie błędy w sztuce medycznej w wyniku których pacjent nie został pozbawiony zdolności rozrodczych. Nieskuteczność zabiegu jest najczęściej wynikiem omyłkowego przecięcia więzadła szerokiego macicy zamiast jajowodów w przypadku sterylizacji kobiet, a w przypadku mężczyzn- nieprawidłowej identyfikacji nasieniowodów[129]. *Prima facie,* wykazanie błędu operacyjnego w tych wszystkich przypadkach, w których po przeprowadzonym zabiegu sterylizacji dochodzi do zapłodnienia, nie powinno nastręczać trudności dowodowych. W tym kontekście judykatura stanęła przed koniecznością rozważenia czy sam fakt spłodzenia dziecka może przesądzać o niewłaściwym wykonaniu zabiegu. Choć w orzecznictwie pierwotnie wyrażono przekonanie, że ciąża stanowi wystarczający dowód wadliwego przeprowadzenia sterylizacji[130], obecnie zdaje się dominować koncepcja konkurencyjna, zakładająca, że ryzyko spontanicznej rekanalizacji (samoczynnego połączenia przerwanych nasieniowodów lub jajowodów i odtworzenia

[127] R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s.277.
[128] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit.,* s. 89.
[129] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit*., s. 90.
[130] Zob. np. Custodio v. Bauer, 59 Cal.R. 463 (California 1967), zob. http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1771185.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.); Lane v. Cohen, 201 So. 2d 804 (Florida 1967), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/1616728/lane-v-cohen/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

46:10257

płodności) oraz możliwe nieprawidłowe postępowanie pacjentów po zabiegu nie pozwala na przesądzenie *a priori* o błędzie lekarza[131].

Doniosłą rolę w praktyce orzeczniczej odgrywa trzecia grupa naruszeń, tj te przypadki, w których zaniedbanie lekarza polega na niedopełnieniu obowiązków pooperacyjnych. W szczególności chodzi tu o naruszenie powinności informacyjnych w zakresie istniejącego ryzyka zapłodnienia. Należy zwrócić uwagę na częste przypadki niepouczenia pacjenta, który poddał się zabiegowi wazektomii (przerwaniu ciągłości nasieniowodów) o konieczności poddawania się badaniom nasienia (spermiogram) celem wykluczenia spontanicznej regeneracji płodności (rekanalizacji). Stosunkowo częste w praktyce orzeczniczej są również przypadki niewłaściwego przeprowadzenia badań pooperacyjnych, błędnej interpretacji ich wyników lub poinformowaniu pacjenta o braku ryzyka zapłodnienia przed uzyskaniem ostatecznych rezultatów badań.

4.3.3. Dopuszczalność sterylizacji w prawie obcym

W większości krajów świata sterylizacja traktowana jest jako wygodna i szczególnie skuteczna metoda planowania rodziny. Według raportu organizacji EngenderHealth[132], w zakresie statusu prawnego zabiegu sterylizacji, wyróżnić można współcześnie trzy zasadnicze typy regulacji krajowych. W pierwszym z nich sterylizacja została uznana za legalną interwencję medyczną, także gdy przeprowadzana jest wyłącznie dla celów antykoncepcyjnych. Do tej, skądinąd najliczniejszej grupy państw należą m.in. Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Niemcy, Francja, Meksyk i Węgry. W 55 krajach świata, kwestia legalności zabiegów sterylizacji nie została wyraźnie rozstrzygnięta. Problem braku regulacji prawnej w tym zakresie dotyczy m.in. Polski, Egiptu, Iranu, Bułgarii i Irlandii. Natomiast wyłącznie w 8 krajach świata, w drodze wyraźnej regulacji prawnej lub wykładni operatywnej, wprowadzony został zakaz wykonywania zabiegów sterylizacji dla celów innych niż terapeutyczne i eugeniczne (m.in. w Arabii Saudyjskiej, Sudanie i Wenezueli). Okoliczność, że w 1985 roku do tej ostatniej kategorii należało aż 28 państw, jest dobrą ilustracją dla międzynarodowej tendencji legalizowania praktyki w zakresie przeprowadzania sterylizacji antykoncepcyjnej. Tym niemniej w państwach, w których szeroko zalegalizowano

[131] Zob. np. Coleman v. Garison, 349 A. 2d 8 (Delaware 1975); Herring v. Knab, 458 F.Supp. 359 (Ohio 1978), https://www.leagle.com/decision/1978817458fsupp3591750 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.); Peters v. Gelb, 303 A. 2d 685 (Delaware 1973), https://law.justia.com/cases/delaware/superior-court/1973/303-a-2d-685-5.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

[132] EngenderHealth, *Contraceptive Sterilization. Global Issues and Trends*, Nowy Jork 2002, s. 89-90.

47:77034

dopuszczalność sterylizacji, przyjmuje się różne formy reglamentacji prawnej możliwości przeprowadzania takiego zabiegu[133]. Do najczęściej spotykanych warunków należą: 1) osiągnięcie przez zainteresowanego odpowiedniego wieku (np. 20 lat w Indiach, 25 lat w Austrii), 2) wystąpienie ważnych, określonych normatywnie powodów (m.in. w Chorwacji, Szwecji i Finlandii istnieje wymóg stwierdzenia przez specjalną komisję istnienia przyczyn zdrowotnych, eugenicznych lub socjoekonomicznych), 3) wyrażenie dodatkowej zgody przez inne podmioty niż sam zainteresowany np. przez małżonka (Brazylia) lub sąd (Niemcy)[134].

4.3.4. Dopuszczalność sterylizacji w prawie polskim

Kwestia dopuszczalności sterylizacji rozważana jest zazwyczaj z uwzględnieniem dychotomicznego podziału czynności medycznych na lecznicze (terapeutyczne) i nielecznicze (nieterapeutyczne)[135]. Mianem czynności terapeutycznych określa się wszystkie czynności medyczne podejmowane w celu zmniejszenia cierpień osoby, której dotyczą, bądź ratowania jej zdrowia lub życia. *A contrario* czynności medyczne, które wykonywane są w innym celu uznać należy za czynności nieterapeutyczne (np. zabiegi przeprowadzane ze względów estetycznych). Kluczowym zagadnieniem jest określenie granicy pomiędzy czynnością medyczną, a przestępstwem przeciwko zdrowiu i życiu stypizowanym w prawie karnym. Według przeważającej w polskiej doktrynie koncepcji czynności lecznicze, o ile są wykonywane *lege artis*, nie mogą być uznane za bezprawne. Andrzej Zoll podkreśla, że nie sposób traktować działań, które zmierzają do ratowania zdrowia lub życia ludzkiego jako czynności wymierzonych przeciwko zdrowiu i życiu[136]. Stąd pierwotna legalność czynności leczniczych (zatem także sterylizacji dla celów terapeutycznych) nie może budzić wątpliwości. Dopuszczalność czynności medycznych niemających charakteru leczniczego uzależniona jest natomiast od wystąpienia sytuacji kontratypowej, która mogłaby stanowić podstawę wyłączenia ich bezprawności. Zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem, czynności nieterapeutyczne zawsze realizują bowiem znamiona przedmiotowe przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu. Jakkolwiek niektóre zabiegi nielecznicze, a także warunki ich wtórnej legalności zostały wyraźnie unormowane w przepisach prawa karnego (np. dozwolony eksperyment medyczny uregulowany w art. 27 k.k.[137]), istnieją czynności,

[133] E. Zielińska, *Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji*, Państwo i Prawo 1985, nr 9, s. 71.
[134] EngenderHealth, *Contraceptive Sterilization... op.cit*., s. 91-92.
[135] M. Kowalewska-Łaguna, *Dobrowolna sterylizacja w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Państwo i Prawo 2014, nr 1, s. 24.
[136] A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 9-11.
[137] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

48:67172

które pozostawione zostały poza zakresem obowiązującej regulacji prawnej. Wśród tych ostatnich wymienić można przykładowo zabiegi medycyny estetycznej, których wtórną legalność uzasadnia się pozaustawowym kontratypem jakim jest świadoma zgoda pacjenta realizującego swoje prawo do samostanowienia. W doktrynie zdaje się jednak dominować utrwalony pogląd, że zgoda na wykonanie zabiegu nieleczniczego pozostaje prawnie irrelewantna ilekroć przeprowadzenie tego zabiegu wypełnia znamiona przestępstwa z art. 156 k.k. czyli spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu m.in. poprzez pozbawienie zdolności płodzenia[138]. Jednocześnie część przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, że zdolność płodzenia jest dobrem, którym jednostka może swobodnie dysponować, a zatem *de lege lata* brak podstaw do odmawiania jej prawa wyrażenia skutecznej zgody na zbieg dobrowolnej sterylizacji. Jak słusznie zauważa M. Kowalewska-Łaguna: „zamknięcie swobodnego dostępu do metod i środków służących świadomej prokreacji, uznać należy za pogwałcenie prawa do świadomego rodzicielstwa w jego aspekcie negatywnym (prawo do odmowy poczęcia dziecka), gwarantowanego w ustawie zasadniczej, ustawie o planowaniu rodziny i umowach międzynarodowych (...)[139]". W literaturze prawniczej coraz częściej *de lege ferenda* formułowany jest postulat ustawowego uregulowania problematyki dobrowolnej sterylizacji nieleczniczej. Niektórzy zwolennicy dopuszczalności tego typu interwencji medycznych wskazują natomiast, że do akceptacji legalności dobrowolnej sterylizacji nie jest konieczna zmiana stanu prawnego. Zabiegiem wystarczającym w tym zakresie byłaby bowiem zmiana wykładni[140]. Tym niemniej *de lege lata* brak podstaw by przypuszczać, że w najbliższym czasie na wokandach sądów polskich pojawią się sprawy *wrongful conception* na tle niedbale przeprowadzonej sterylizacji.

4.4. Aborcja

4.4.1. Uwagi ogólne

Aborcja to zabieg polegający na unicestwieniu poczętego życia w łonie kobiety[141]. W ustawodawstwach zagranicznych przyjmuje się różne modele regulacji dotyczącej przerwania ciąży. W niektórych krajach przyznano prymat ochronie życia poczętego,

[138] A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej,* Kraków 1998, s. 254.
[139] M. Kowalewska-Łaguna, *Dobrowolna sterylizacja... op. cit*., s. 35.
[140] T. Justyński, *Poczęcie...op. cit.,* s. 85.
[141] E. Zielińska, *Przerwanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990, s.3.

49:58169

w innych - prawodawca uznał nadrzędność wolności kobiety. Na tym tle E. Zielińska[142] dokonała typologii tych regulacji, wskazując na dwa zasadnicze modele: „wskazań" i „na żądanie kobiety".

Pierwszy z nich zakłada, że płód, niezależnie od fazy rozwoju, pozostaje pod ochroną prawną, a kobieta nie może swobodnie decydować o przerwaniu ciąży. Ewentualne dokonanie aborcji będzie zabiegiem legalnym wyłącznie przy spełnieniu normatywnie określonych dodatkowych przesłanek uzasadniających usunięcie ciąży. Konstrukcja ta opiera się na założeniu, że życie dziecka poczętego jest dobrem prawnym, które może zostać unicestwione wyłącznie w sytuacji konfliktu tego dobra z dobrami konstruującymi katalog wskazań. W poszczególnych systemach prawnych przesłanki dopuszczalności aborcji mogą być ujmowane różnorodnie- bardziej bądź mniej liberalnie. Najczęściej wśród wskazań występują względy medyczne (gdy ciąża jest zagrożeniem dla zdrowia lub życia kobiety), względy eugeniczne (w sytuacji upośledzenia płodu), względy kryminologiczne (gdy ciąża jest wynikiem przestępstwa) oraz względy społeczne (gdy kobieta znajduje się w trudnej sytuacji osobistej lub majątkowej)[143].

Według koncepcji leżącej u podstaw modelu regulacji „na żądanie kobiety" płód nie podlega ochronie prawnej jako samodzielny byt. Jest on bowiem częścią ciała kobiety, która może nim zasadniczo swobodnie dysponować. Wola kobiety, jej gotowość do urodzenia i wychowania dziecka stanowi zatem element decydujący. Tym niemniej, w celu uniknięcia nadużyć, w krajach, w których przyjęto model „na żądanie kobiety" wprowadza się dodatkowe „zabezpieczenia" w postaci np. wymogu pozostawienia kobiecie czasu do namysłu przed wykonaniem zabiegu, czy obowiązków informacyjnych w zakresie możliwości przejęcia opieki nad urodzonym dzieckiem przez inne podmioty w tym instytucje państwowe[144].

4.4.2. Naruszenie obowiązków przez lekarza

W kontekście skarg *wrongful cocneption* praktyka orzecznicza pozwoliła na ukształtowanie się dwóch podstawowych kategorii spraw powstających na tle przypadków związanych z przerwaniem ciąży.

---

[142] E. Zielińska, *Oceny prawnokarne...op.cit.*, s.194 i n

[143] R. Kubiak, *Prawo... op.cit.*, s. 479.

[144] *Ibidem*, s. 481.

50:10472

Po pierwsze chodzi tu o odpowiedzialność lekarza, który przeprowadził zabieg *contra legem artis*, w wyniku czego następuje utrzymanie się ciąży i urodzenie dziecka. W judykaturze znane są przypadki nierozpoznania przez lekarza ciąży bliźniaczej i skuteczne usunięcie tylko jednego płodu (nierzadko połączone z poważnym uszkodzeniem drugiego)[145]. Przyjmuje się, że przyjście na świat dziecka pomimo przeprowadzenia procedury aborcyjnej jest wystarczającym dowodem błędu medycznego po stronie lekarza[146].

Po drugie, w orzecznictwie znane są również przypadki udaremnienia przez lekarza przeprowadzenia aborcji poprzez niedopuszczalne opóźnienie zabiegu. Jakkolwiek możliwość uchylenia się przez lekarza od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem przewidziana została tak w Polsce[147] jak i regulacjach zagranicznych, we wszystkich tych przypadkach zarzutem stawianym lekarzowi nie było „niewykonanie" zabiegu, a zawiniona zwłoka w zdiagnozowaniu ciąży lub odesłaniu pacjentki do innego lekarza. W takich przypadkach bowiem dochodzi do sytuacji, w której przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży traci przymiot legalności pomimo wystąpienia normatywnych przyczyn, ze względu na przekroczenie ustawowego terminu w jakim aborcja może być wykonana. Dobrą ilustracją może być przypadek stanowiący kanwę do wydania przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06[148]. W uchwale tej Sąd uznał „bezprawne uniemożliwienie dokonania zabiegu przerwania ciąży, gdy jest ona następstwem gwałtu, za zdarzenie uprawniające kobietę do dochodzenia wyrównania wynikłej z tego szkody, przy czym w rachubę mogą wchodzić szkody o charakterze majątkowym i niemajątkowym". Sąd wskazał, że odszkodowanie to obejmować może także koszty utrzymania dziecka „w takim zakresie, w jakim matka dziecka (...) nie jest w stanie zaspokoić jego usprawiedliwionych potrzeb". W stanie faktycznym sprawy, lekarz wadliwie oznaczył stan zaawansowania ciąży jako 14- tygodniowy (w rzeczywistości powódka była w 11-tygodniu ciąży) pomimo, że data zgwałcenia nie budziła wątpliwości.

[145] Zob. np. Wyrok SN z 8.01.1965 r. (II CR 2/65, OSPiKA 1967, nr 9, poz. 220); wyrok OLG Stuttgart z 28 stycznia 1987 r., NJW 1987, s. 2934.
[146] T. Justyński, *Poczęcie...op.cit*., s. 93.
[147] Zob. art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 1997 nr 28 poz. 152 z późn. zm.).
[148] Prawo i Medycyna 2006, nr 4, s.132-140.

51:80553

4.4.3. Dopuszczalność aborcji w prawie obcym

Według danych przedstawionych przez organizację *The Center for Reproductive Rights*[149] współcześnie wyróżnić można 4 zasadnicze kategorie regulacji w zakresie dopuszczalności przerwania ciąży. Do kategorii pierwszej, najbardziej restrykcyjnej, należy łącznie 66 państw m.in. Afganistan, Egipt, Sudan, Zjednoczone Emiraty Arabskie. W tych krajach funkcjonuje całkowity zakaz aborcji, bądź też, na zasadzie wyjątku, dopuszczalne jest przerwanie ciąży w tych przypadkach gdy stanowi ona zagrożenie dla życia kobiety. Do drugiej grupy, liczącej 59 państw, należą te kraje, których ustawodawstwo przewiduje także możliwość dokonania aborcji w celu ratowania zdrowia kobiety (m.in. Kolumbia, Maroko, Peru, Polska, Nowa Zelandia). Kategoria trzecia, obejmuje państwa, w których dozwolone jest również przerwanie ciąży w przypadkach uzasadnionych trudną sytuacją socjoekonomiczną. Wśród 13 krajów należących do tej grupy wskazać można m.in. Wielką Brytanię, Finlandię, Indie, Japonię. Ostatnia kategoria regulacji, nie przewiduje zasadniczo żadnych restrykcji w zakresie przyczyn jakie miałyby warunkować decyzję kobiety o przerwaniu ciąży. W tym zakresie jest to zatem kategoria odpowiadająca przedstawionemu modelowi „na życzenie kobiety". Obejmuje ona 61 państw (reprezentujących jednocześnie największy odsetek światowej populacji) m.in. Albanię, Chiny, Francję, Niemcy, Stany Zjednoczone.

4.4.4. Dopuszczalność aborcji w prawie polskim

Aktualnie obowiązujący w Polsce stan prawny należy do przedstawionego powyżej modelu „wskazań". W ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[150] przewidziano 3 przesłanki dopuszczalności zabiegu aborcji.

Po pierwsze, dokonanie aborcji będzie dopuszczalne jeżeli ciąża stanowi zagrożenie dla zdrowia lub życia kobiety ciężarnej. Przesłanka ta, zwana leczniczą lub terapeutyczną, wystąpi gdy wskutek przebiegu ciąży i porodu choroba matki pogłębi się, bądź ciąża będzie przyczyną powstania nowej jednostki chorobowej[151]. Przerwanie ciąży jest w takiej sytuacji dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza

[149] *The Center for Reproductive Rights,* http://worldabortionlaws.com/map/ (dostęp na dzień 22.12.2017 r.).
[150] Dz. U. 1993, nr 17, poz. 78 z pózn. zm.
[151] R. Kubiak, *Prawo... op.cit*., s. 487.

52:37415

organizmem kobiety ciężarnej. Zabieg musi być wykonany w szpitalu przez lekarza innego niż ten, który stwierdził wystąpienie omawianej przesłanki.

Ustawodawca przewiduje także możliwość dokonania aborcji z powołaniem na przesłankę eugeniczną tzn. kiedy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Również a tych przypadkach warunkiem legalności zabiegu przerwania ciąży jest nieosiągnięcie przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, a także stwierdzenie okoliczności objętych dyspozycją przepisu przez lekarza nieuczestniczącego w zabiegu. Podobnie też aborcja przeprowadzona być może wyłącznie w szpitalu. Na tym tle należy zwrócić uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05[152], zgodnie z którym, zabieg aborcji jest prawnie dopuszczalny w świetle art. 4a ust. 1 pkt 2 wskazanej ustawy, także gdy nie zachodzi całkowita pewność upośledzenia płodu. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego przepisu wystarczające jest wystąpienie „dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu".

Po trzecie, aborcja jest dopuszczalna jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Na gruncie polskiego prawa karnego, w szczególności chodzi o przypadki przestępstw przeciwko wolności seksualnej, a zatem przestępstw: zgwałcenia (art. 197 k.k.), kazirodztwa (art. 201 k.k.) i obcowania płciowego z osobą poniżej 15 roku życia (art. 200 k.k.). Zaistnienie przesłanki kryminalnej stwierdza prokurator. Zabieg może być przeprowadzony przez uprawnionego lekarza w prywatnym gabinecie, jednak wyłącznie do 12 tygodnia ciąży.

Początkowo, ustawa zawierała cztery kategorie przesłanek uprawniających do dokonania zabiegu przerwania ciąży. Oprócz przypadków wskazanych powyżej, istniała także możliwość aborcji ze względów społecznych tzn. gdy „kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej" (art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży). Przepis ten został jednak uznany przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodny z konstytucją jako „legalizujący przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności

[152] IV CK 161/05, OSP 2006, nr 6, poz. 71.

53:72972

konstytucyjnej[153], w wyniku czego na podstawie obwieszczenia Prezesa TK z dn. 18.12.1997 r.[154], utracił moc.

Wydaje się więc, że polska rzeczywistość prawna ogranicza zakres ewentualnych skarg *wrongful conception* na tle przypadków wadliwego przeprowadzenia aborcji. Jak już bowiem wskazano, roszczenia te opierają się na zarzucie udaremnienia decyzji powodów w zakresie planowania rodziny, stąd ewentualne odszkodowanie, zwłaszcza w zakresie pokrycia kosztów utrzymania dziecka, ma w głównej mierze wymiar ekonomiczny[155]. Pomimo, że w aktualnym stanie prawnym aborcja z przyczyn socjalnych nie jest możliwa, niektórzy autorzy przyjmują, że omawiane powództwa są *de lege lata* dopuszczalne, bowiem także wówczas „gdy pierwszoplanowym powodem aborcji są inne niż ekonomiczne powody, te ostatnie odgrywać mogą swoją rolę[156]".

5. Bezprawność i wina

5.1. Bezprawność

Bezprawność, należy rozumieć jako negatywną ocenę relacji pomiędzy obiektywnie ujmowanym zachowaniem, a określoną normą postępowania[157]. Bezprawnym zachowaniem lekarza, będzie więc takie postępowanie, które jest niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, zasadami wiedzy medycznej, doświadczeniem czy normami etyczno-deontologicznymi[158]. Jak wynika z licznych wypowiedzi judykatury, obowiązki zawodowe, uchybienie którym pozwoli na przypisanie cechy bezprawności postępowaniu lekarza należy ujmować szeroko. Sąd Najwyższy przyjął, że bezprawne jest m.in. każde zachowanie niezgodne z postanowieniami Kodeksu Etyki Lekarskiej, wskazując, że: „poza przepisami ustawy lub postanowieniami regulaminów i ogólników wiążących określonych pracowników, każdego wiążą wskazania wynikające czy to z istoty wykonywanych funkcji, czy to z etyki związanej z danym zawodem. Jeżeli chodzi o zawód lekarza, to wymagania te

[153] Orzeczenie TK z dnia 28.05.1997 r., (K. 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19).

[154] Obwieszczenie Prezesa TK z dnia 18.12.1997 r. o utracie mocy obowiązującej art. 1 pkt 2, art. 1 pkt 5, art. 2 pkt 2, art. 3 pkt 1 i art. 3 pkt 4 ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 1997 nr 157 poz. 1040).

[155] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit*., s. 88.

[156] *Ibidem*.

[157] P. Machnikowski [w:] (red.) A. Olejniczak, *System Prawa Prywatnego. Prawo Zobowiązań- część ogólna,* t.6, Warszawa 2014, s. 404.

[158] J. Zajdel, *Kompendium Prawa Medycznego*, Łódź 2008, s. 155.

54:10769

muszą być ze względu na daleko idące skutki jego pracy specjalnie wysokie”[159]. Jakkolwiek niezachowanie powszechnie przyjętych standardów diagnostyki i leczenia każdorazowo pozwoli na przypisanie lekarzowi winy, postępowanie formalnie zgodne z tymi standardami nie implikuje jeszcze braku bezprawności. Należy bowiem podkreślić, że standardy wyznaczają minimum postępowania, a zatem, jeśli w okolicznościach danego przypadku lekarz mógł zrobić więcej aniżeli wynikałoby z przyjętych standardów, to postępowanie takie należy ocenić negatywnie, ponieważ lekarz zobowiązany jest do szczególnej staranności. Dlatego też, lekarza nie zwalnia od ponoszenia winy ewentualny brak wiedzy, umiejętności czy doświadczenia w określonej dziedzinie. W cytowanym już wyroku z dnia 13 października 2005 r., Sąd Najwyższy wskazał, że „lekarz ma obowiązek podnoszenia kwalifikacji zawodowych oraz śledzenia postępów nauki i techniki medycznej, co wynika wprost z art. 18 ustawy o zawodzie lekarza oraz art. 65 KEL (Kodeks Etyki Lekarskiej [przyp. autora]). Ignorancja w tym zakresie stanowi winę lekarza”[160].

5.2. Wina

Winę można określić mianem tzw. „zarzucalności”. O ile bezprawność działania stanowi o stronie przedmiotowej zachowania sprawcy (wyraża się w stwierdzeniu przekroczenia obiektywnej normy postępowania), to możliwość postawienia zarzutu związana jest z podmiotową stroną czynu[161]. Dopiero bowiem negatywna ocena obiektywnie nieprawidłowego postępowania pozwala na przypisanie sprawcy czynu odpowiedzialności deliktowej. Choć w nauce prawa cywilnego, odwołując się do kryterium podmiotowych cech działania sprawcy, dokonano typologii rodzajów winy, należy podkreślić, że postać i stopień winy w istocie rzeczy nie odgrywają w reżimie deliktowym istotnej roli. Każde bowiem zawinione zachowanie, niezależnie od tej cechy postępowania sprawcy która określa jego stosunek psychiczny do czynu, rodzić będzie po jego stronie odpowiedzialność *ex delicto*. Tym niemniej, tradycyjne wyróżnia się w piśmiennictwie winę umyślą (gdy sprawca działa w zamiarze- bezpośrednim lub pośrednim- naruszenia norm postępowania) oraz winę nieumyślną (gdy sprawcy czynu zamiar nie towarzyszy). Wina nieumyślna może natomiast przybrać postać lekkomyślności (ma to miejsce w tych sytuacjach, w których sprawca podejmuje działanie przewidując, że może ono naruszyć określone normy postępowania),

[159] Wyrok SN z 7.01.1966 r. (I CR 396/65, OSPiKA 1966, nr 12, poz. 278).
[160] Por. wyrok Sądu Najwyższego RFN z dnia 18 czerwca 2002 r., BGH VI ZR 136/01 – zob. J. Fedtke [w:] H. Koziol, B.C. Steininger (red.), *European Tort Law Yearbook* 2002, Wiedeń 2003, s. 212.
[161] Z. Radwański, *Zobowiązania...op.cit*., s. 197-198.

55:52853

bądź postać niedbalstwa (w przypadkach gdy sprawca nie ma świadomości, że jego postępowanie jest bezprawne, choć powinien był to przewidzieć). O ile możliwość przypisania odpowiedzialności sprawcy umyślnie naruszającemu określone normy postępowania nie budzi wątpliwości, w przypadkach, w których brak jest zamiaru po stronie sprawcy, przypisanie winy nieumyślnej, a co za tym idzie obowiązku indemnizacji, wymaga uprzedniego sformułowania abstrakcyjnego wzorca należytego (starannego, ostrożnego) postępowania[162]. Dopiero bowiem niezachowanie wymaganej miary staranności pozwala na postawienie sprawcy zarzutu. Ustalenie wzorca należytej staranności ma szczególne znaczenie w tzw. „procesach lekarskich", a więc także tych sprawach, które toczą się na tle *wrongful conception*. W tych przypadkach wina lekarza zwykle przejawiać się będzie bowiem pod postacią lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wina polegać może na działaniu lub zaniechaniu, jeśli szkody można było uniknąć gdyby lekarz dołożył należytej staranności[163]. Z licznych wypowiedzi judykatury w tym zakresie wyłaniają się kryteria formułowania owego abstrakcyjnego wzorca. Dobrą ilustrację szerokiego wachlarza mierników oceny postępowania lekarza stanowi wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09[164], w którym wskazano, że „wzorzec jest budowany według obiektywnych kryteriów takiego poziomu fachowości, poniżej którego postępowanie danego lekarza należy ocenić negatywnie. Właściwy poziom fachowości wyznaczają (...) kwalifikacje (specjalizacja, stopień naukowy), posiadane doświadczenie ogólne i przy wykonywaniu określonych zabiegów medycznych, charakter i zakres dokształcania się w pogłębianiu wiedzy medycznej i poznawaniu nowych metod leczenia. O zawinieniu lekarza może zdecydować nie tylko zarzucenie mu braku wystarczającej wiedzy i umiejętności praktycznych, odpowiadających aprobowanemu wzorcowi należytej staranności, ale także niezręczność i nieuwaga przeprowadzonego zabiegu (....)". Widać zatem, że wzorzec „dobrego lekarza" jest w istocie rzeczy elastyczny. Pozostaje on wrażliwy zarówno na elementy „wewnętrzne" (dotyczące lekarza) jak i elementy „zewnętrzne" (związane m.in. z okolicznościami, warunkami przeprowadzenia zabiegu). Co jednak istotne, istnieje także określone minimum staranności, które pozostaje niezależne od wskazanych czynników. Doniosłe znaczenie na tle skarg *wrongful conception* ma też stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w cytowanym już wyroku z dnia 13 października 2005 r., zgodnie z którym: „dezinformacja, informacja nierzetelna, jak również brak

[162] P. Machnikowski [w:] (red.) A. Olejniczak, *System Prawa Prywatnego... op.cit.*, s. 414.
[163] M. Nesterowicz, *Prawo… op.cit*. s. 97.
[164] V CSK 287/09, OSP 2012, nr 10, poz. 95.

56:98187

informacji, stanowi o winie lekarza". Jak wynika z wypowiedzi orzecznictwa wzorzec „fachowości" nie daje się sformułować w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku i musi być kształtowany *ad casum*. Tym niemniej, jak zaakcentował to Sąd Najwyższy w cytowanym już orzeczeniu z dnia 10 lutego 2010 r.: „jeśli zachowanie lekarza przy dokonywaniu zabiegu medycznego odbiega na niekorzyść od przyjętego abstrakcyjnego wzorca postępowania lekarza, przemawia to za jego winą w razie wyrządzenia szkody".

6. Związek przyczynowy

6.1. Uwagi ogólne

Dla obciążenia lekarza odpowiedzialnością z tytułu *wrongful conception* konieczne jest wykazanie istnienia związku przyczynowego pomiędzy jego zawinionym postępowaniem a powstałą po stronie pacjenta szkodą. Łańcuch następstw ograniczany jest przez polskie prawo cywilne zgodnie z teorią adekwatności. W tzw. „procesach lekarskich" zasady kształtujące sposób ustalania „normalności" związku przyczynowego przyjęte na gruncie prawa cywilnego znajdują przy tym zastosowanie w pełnym zakresie.

Podstawową normę w zakresie związku przyczynowego na gruncie polskiego porządku prawnego ustanawia art. 361 § 1 k.c., zgodnie z którym zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Regulacja ta pełni dwie zasadnicze funkcje. Związek przyczynowy stanowi bowiem przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej, a jednocześnie wyznacza zakres tej odpowiedzialności[165]. Brzmienie przepisu stanowi wyraz aprobaty ustawodawcy dla teorii adekwatnej przyczynowości. Koncepcja adekwatnego związku przyczynowego zakłada, że sprawca ponosi odpowiedzialność tylko za te skutki swojego działania lub zaniechania, które są następstwami normalnymi. Normalność następstw musi być przy tym każdorazowo oceniania według kryterium obiektywnego tzn. z punktu widzenia i z uwzględnieniem materiału procesowego oraz doświadczenia życiowego, jakim dysponuje sędzia badający przyczynowość *ex post*. Analiza dorobku orzeczniczego pozwala wnioskować, że adekwatny charakter powiązania kauzalnego nie występuje wyłącznie w tych

[165] M. Kaliński, [w:] (red.) A. Olejniczak, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań- część ogólna,* t. 6, Warszawa 2014, s. 130.

57:88059

przypadkach, w których określony skutek pojawia się zawsze. Wystarczy, że występuje on zwykle tzn. jest następstwem typowym[166].

6.2. Udowodnienie adekwatnego związku przyczynowego w tzw. procesach lekarskich

Ciężar dowodu w zakresie istnienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem, a szkodą, zgodnie z ogólną reguła dowodową z art. 6 k.c., spoczywa na poszkodowanym. Wykazanie istnienia przyczynowości adekwatnej jest szczególnie utrudnione w procesach lekarskich, w których nierzadko na szkodę wpływ ma szereg różnorodnych przyczyn. Dlatego tak istotne z punktu widzenia procesów lekarskich jest, że zasadniczo nie wymaga się udowodnienia w sposób pewny związku przyczynowego między niedbalstwem lekarza a szkodą. W większości przypadków, uwzględniając aktualny stan wiedzy medycznej, można bowiem mówić wyłącznie o wysokim prawdopodobieństwie kauzalności. Oczywiście, każdorazowo ocena „normalności" skutku musi opierać się na całokształcie okoliczności sprawy, a także wynikać musi z zasad doświadczenia życiowego, wiedzy specjalistycznej i naukowej[167]. Jednakże jak zauważa M. Nesterowicz, specyfika procesów lekarskich i okoliczność, że na szkodę pacjenta ma lub może mieć wpływ wiele czynników sprawia, że należy jedynie ustalić w jakim stopniu prawdopodobieństwa wobec innego rodzaju czynników (np. samoistnego rozwoju choroby) pozostaje niedbalstwo lekarza. Autor ten wskazuje, że wystąpienie wysokiego stopnia prawdopodobieństwa, iż przyczyną szkody jest działanie lub zaniechanie lekarza, pozwala uznać adekwatny związek przyczynowy za wykazany, natomiast „żądanie absolutnej pewności (...) nie byłoby ani realne, ani uzasadnione[168]". Podobnie Sad Najwyższy w wyroku z dnia 5 lipca 1967 r., I PR 76/67[169] przyjął, że w istocie rzeczy „w procesie nie da się przeprowadzić dowodu „bez reszty". Jest to częstokroć utrudnione aktualnym stanem wiedzy medycznej, która nie zawsze jest w stanie dać stanowczą odpowiedź na każde pytanie". W tym zakresie Sąd Najwyższy[170] wypowiadał się wielokrotnie. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem „w tzw. procesach odszkodowawczych lekarskich »normalne następstwo«, o którym mowa w art. 361 § 1 k.c. nie musi oznaczać skutku koniecznego (...). Jest tak dlatego, że proces

[166] Wyrok SN z 18.05.2000 r. (III CKN 810/98, niepubl.); wyrok SN z 14.03.2002 r. (IV CKN 826/00, niepubl.) [za:] M. Nesterowicz, *Prawo... op.cit*., s. 114.
[167] Wyrok SA w Poznaniu z 10.08.2011 r. (I ACa 1082/10, LEX nr 898633).
[168] M. Nesterowicz, *Prawo... op.cit*., s. 115.
[169] OSN 1968, nr 2, poz. 26.
[170] Zob. m.in. wyrok SN z 23.10.2002 r. (II CKN 1185/00, LEX nr 77034); wyrok SN z 26.11.1998 r. (III CKN 4/98, LEX nr 50231); wyrok SN z 17.10.2007 r. (II CSK 285/07, LEX nr 490418).

58:82839

chorobowy zachodzący w organizmie pacjenta nie zawsze da się przewidzieć z całkowitą pewnością, stąd też w judykaturze stwierdza się, że do przyjęcia istnienia związku przyczynowego w tej kategorii spraw, odpowiadającego wymogom zawartym w art. 361 § 1 k.c., może wystarczyć ustalenie istnienia odpowiednio wysokiego stopnia prawdopodobieństwa pomiędzy działaniem (zaniechaniem) sprawcy a powstałą szkodą[171]".

W piśmiennictwie od dawna szczególnie akcentowano konieczność każdorazowego przeprowadzania dokładnej analizy problematyki związku przyczynowego w procesach lekarskich. M. Sośniak przestrzegał w tym kontekście przed dwiema skrajnościami: po pierwsze przed bezwarunkowym obciążaniem lekarza odpowiedzialnością za wszystkie ujemne skutki procesu leczenia, a z drugiej strony, przed zwalnianiem lekarza z odpowiedzialności we wszystkich przypadkach gdy jest on w stanie wykazać zaistnienie innej, równoległej przyczyny powstania szkody[172].

W kontekście powództw *wrongful conception,* dla potrzeb wykazania istnienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy zaniedbaniem obowiązków przez lekarza, a powstałą po stronie rodziców niepożądanego dziecka szkodą niewątpliwie zastosowanie znajdą wszystkie omówione reguły uznawania przyczynowości adekwatnej w procesach lekarskich.

6.3. Przerwanie adekwatnego związku przyczynowego

W judykaturze zagranicznej rozważano wpływ niektórych czynników na ciągłość łańcucha zdarzeń stanowiącego podstawę stwierdzenia przyczynowości adekwatnej. W szczególności za przerywające związek przyczynowy uznawano okoliczności takie jak: 1) podjęcie współżycia fizycznego, 2) brak zgody na dokonanie aborcji, 3) brak zgody na oddanie dziecka do adopcji.

W początkowym okresie rozwoju orzecznictwa w sprawach *wrongful conception* szczególnie akcentowano w piśmiennictwie kwestię podjęcia współżycia fizycznego przez poszkodowanych. Konstatowano, że skoro aktywność seksualna rodziców stanowi warunek *sine qua non* poczęcia i urodzenia się niepożądanego dziecka, to samo podjęcie współżycia wyłącza odpowiedzialność lekarza. Z czasem jednak orzecznictwo zdecydowanie odrzuciło

[171] Wyrok SN z 8.05.2014 r. (V CSK 353/13, LEX nr 1466586).
[172] M. Sośniak, *Zagadnienie związku przyczynowego a dowód prima facie w procesach lekarskich*, Warszawa 1967, s. 330.

59:10908

to stanowisko. Skoro bowiem rodzice podejmują współżycie fizyczne działając w usprawiedliwionym zaufaniu do efektywności stosowanej antykoncepcji czy też skuteczności przeprowadzonego zabiegu sterylizacji, to fakt, że nie biorą pod uwagę ewentualności zapłodnienia, spowodowany jest właśnie działaniem lekarza[173]. Nie może więc być tu mowy o przerwaniu związku przyczynowego. Przyjęcie koncepcji przeciwnej wykluczyłoby w ogóle zastosowanie skarg *wrongful conception* wnoszonych w związku z niewłaściwą antykoncepcją bądź nieudaną sterylizacją. Każdorazowo bowiem powstanie szkody (urodzenie się dziecka) jest w tych wypadkach efektem podjęcia współżycia seksualnego przez rodziców.

Podobnie w początkowej fazie rozwoju orzecznictwa traktowano przypadki odmowy poddania się zabiegowi aborcji lub oddania urodzonego dziecka do adopcji. Tymczasem jak słusznie stwierdzono w omawianym już wyroku z 1971 r. wydanym w sprawie Troppi v. Scarf, nie sposób uznać aborcji za alternatywę dla antykoncepcji. Podobnie jak zgoła czym innym jest niedopuszczenie do poczęcia dziecka i czym innym unicestwienie życia poczętego, inny jest charakter i moralna motywacja decyzji rodziców o zastosowaniu środków zapobieganiu ciąży i decyzji o przerwaniu ciąży. Nie można zatem wymagać od rodziców unicestwienia życia swojego nienarodzonego dziecka, choćby wcześniej podjęli oni starania by do poczęcia nie doszło. W tym samym orzeczeniu sąd odrzucił koncepcję zakładającą istnienie po stronie rodziców obowiązku oddania narodzonego dziecka do adopcji. Argumentował, że z chwilą przyjścia dziecka na świat pomiędzy rodzicami a ich nowonarodzonym potomkiem powstają niewątpliwie silne więzi emocjonalne. Zwrócił też uwagę, że większość rodziców akceptuje i obdarza miłością dzieci nieplanowane w takim samym stopniu co te, których narodziny były przez nich pożądane. Należy zgodzić się, że wymaganie od rodziców by wyrzekli się swojego dziecka, podobnie jak ultimatum w postaci dokonania aborcji, byłoby żądaniem niewspółmiernym. Należy przychylić się do poglądu wykluczającego wpływ tych dwóch czynników na przerwanie związku przyczynowego pomiędzy zaniedbaniem lekarza a szkodą rodziców. Zaakceptowanie stanowiska odmiennego wyeliminowałoby z praktyki przypadki skarg *wrongful conception*- niezależnie od ich podstawy faktycznej. Gdyby bowiem rodzice każdorazowo zobowiązani byli do przerwania ciąży lub oddania dziecka do adopcji, *de facto* nigdy nie doszłoby do powstania po ich stronie szkody, przynajmniej w zakresie stanowiącym trzon istoty omawianych skarg czyli kosztów utrzymania dziecka (można by rozważyć powstanie po ich

[173] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit*., s.99.

60:88956

stronie szkody niemajątkowej w postaci cierpień fizycznych i psychicznych, ewentualnie uszkodzenia ciała kobiety, utraty zarobku). W kontekście polskiego porządku prawnego i dopuszczalności omawianych skarg warto zauważyć, że ewentualny wymóg dokonania aborcji nie miałby w polskiej rzeczywistości prawnej racji bytu z uwagi na daleko posunięte ograniczenia w zakresie dopuszczalności przeprowadzanie tego zabiegu.

ROZDZIAŁ II *WRONGFUL BIRTH*

1. Uwagi ogólne

Skargi z tytułu *wrongful birth* („bezprawne spowodowanie urodzenia") są podobnie jak powództwa *wrongful conception* skargami rodziców, którzy podnoszą, że lekarz przez swoje zawinione zachowanie doprowadził do obciążenia ich niechcianym obowiązkiem alimentacyjnym. Zasadniczo odmiennie kształtują się jednak na gruncie wskazanych powództw stawiane podmiotowi medycznemu zarzuty. O ile bowiem w sprawach *wrongful conception* rodzice opierają swe roszczenia na zarzucie, że lekarz w zawiniony sposób doprowadził do poczęcia się dziecka lub wbrew obowiązkowi nie unicestwił życia poczętego, to występując ze skargą *wrongful birth* podnoszą oni, że w wyniku określonego działania lub zaniechania lekarza zostali pozbawieni możliwości powzięcia świadomej decyzji czy są gotowi podjąć się wychowania dziecka. Istotę skarg *wrongful birth* stanowi zatem naruszenie prawa rodziców do dokonania legalnego zabiegu przerwania ciąży. Powództwa te obejmą swoim zakresem przypadki, w których lekarz umyślnie lub w wyniku niedbalstwa nie poinformował rodziców, że zachodzą wskazania do przerwania ciąży z przyczyn eugenicznych, bądź w ogóle nie przeprowadził stosownych badań prenatalnych, w wyniku czego doszło do nieoczekiwanego przyjścia na świat dziecka z poważnymi wadami genetycznymi lub w inny sposób ciężko upośledzonego, a rodzice deklarują, że gdyby wiedzieli o stanie płodu podjęliby decyzję o dokonaniu aborcji. Zachowanie lekarza samo w sobie nie determinuje poczęcia ani tym bardziej upośledzenia dziecka, a jedynie prowadzi do odebrania rodzicom możliwości podjęcia świadomej decyzji w sprawie ewentualnego przerwania ciąży, co pozwala odróżnić ten rodzaj skarg od powództw *wrongful conception* i powództw wnoszonych z tytułu szkód prenatalnych i prekoncepcyjnych.

61:55956

2. Analiza prawnoporównawcza

2.1. *Wrongful birth* w praktyce niemieckiej

Z koniecznością oceny zasadności roszczeń rodziców upośledzonych dzieci z tytułu *wrongful birth* judykatura niemiecka zetknęła się znacznie później niż z problematyką *wrongful conception*. Dopiero bowiem w 1981 r. na wokandę Wyższego Sądu Krajowego w Monachium (Oberlandesgericht) trafiła pierwsza w praktyce niemieckiej sprawa *wrongful birth.* Ciężarna powódka podejrzewając u siebie różyczkę i mając świadomość teratogennego działania wirusa tej choroby[174], poinformowała lekarza o podstawach swoich przypuszczeń. Przeprowadzone badanie na obecność przeciwciał nie dało jednoznacznych podstaw do rozpoznania choroby, jednak dziecko, które przyszło na świat dotknięte było typowymi dla przebytej różyczki powikłaniami. Powództwo rodziców, w którym żądali oni pokrycia doznanych szkód niemajątkowych i majątkowych, w tym zwiększonych kosztów utrzymania upośledzonego dziecka podnosząc, że gdyby powódkę zdiagnozowano właściwie, mieliby możliwość legalnego przerwania ciąży, zostało w pierwszej instancji oddalone[175]. Sąd przyjął, że ponieważ podejmując decyzję o dokonaniu aborcji, powodowie kierowaliby się w głównej mierze, jak sami wskazywali, chęcią oszczędzenia dziecku cierpień związanych z życiem w upośledzeniu, a nie względami ekonomicznymi, to nie mogą znaleźć zastosowania zasady kompensacji wypracowane w orzecznictwie na gruncie skarg *wrongful conception*. Poglądu tego nie podzielił Sąd Najwyższy RFN[176] uznając, że dodatkowe wydatki rodziców związane z wychowaniem niepełnosprawnego dziecka stanowią uszczerbek podlegający naprawieniu. Wskazał, że gdyby tylko powodowie mieli świadomość grożącej szkody, mogliby zapobiec jej powstaniu poprzez podjęcie decyzji o przeprowadzeniu dopuszczalnej w stanie faktycznym sprawy aborcji. Skoro pozbawienie ich tej możliwości było konsekwencją zawinionego naruszenia przez lekarza ciążących na nim obowiązków (dopuszczenia się błędu diagnostycznego) należało uznać go za obowiązanego do indemnizacji poniesionej szkody[177].

---

[174] Najcięższe powikłania stwierdza się w przypadku zakażenia w pierwszych 4 miesiącach ciąży, przy czym ocenia się, że jeśli do zakażenia doszło w tym czasie, wady wrodzone wystąpią u około 90% dzieci. Do najczęstszych powikłań należą: głuchota (60–75%), wady oczu, w tym zaćma, jaskra, uszkodzenia siatkówki oraz małoocze (10–25%), wady układu sercowo-naczyniowego (10–20%), zaburzenia neurologiczne, małogłowie oraz upośledzenie umysłowe (10–25%).; https://ciaza.mp.pl/przebiegciazy/65627,rozyczka-u-kobiet-w-ciazy (dostęp na dzień: 01.03.2018 r.).

[175] OLG Munchen, NJW 1981, s.2017 [za:] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit*., s. 188.

[176] BGH, NJW 1983, s. 1371 [za:] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit*., s. 189.

[177] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit* , s.188-190.

62:82172

Możliwość uwzględnienia dalej idących roszczeń potwierdzona została w judykaturze niemieckiej w kolejnych latach. W sprawie zakończonej orzeczeniem z 1984 r. powódka, 39 - letnia matka dwójki zdrowych dzieci, będąc w kolejnej ciąży zwróciła się do lekarza o opinię dotyczącą celowości przeprowadzenia amniopunkcji. Pomimo że wiek kobiety stanowił czynnik podwyższonego ryzyka wystąpienia u płodu aberracji chromosomowych, lekarz nie uznał wykonania badania pływu owodniowego za zasadne. Dziecko powódki przyszło na świat z zespołem Downa (trisomią 21). Orzekający w sprawie Sad Najwyższy RFN[178] uznał, że szkoda rodziców obejmuje swoim zakresem nie tylko zwiększone koszty utrzymania dziecka z upośledzeniem, lecz rozciąga się także na koszty „zwykłe". Tym samym, Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powodów odszkodowanie odpowiadające wydatkom związanym z wychowaniem dziecka w pełnej wysokości.

Praktyka orzecznicza sądów cywilnych została ostatecznie, choć jak zasygnalizowano we wcześniejszych rozważaniach- nie bez kontrowersji, zaaprobowana przez I Izbę (I Senat) Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w 1997 r. Aprobata ze strony Trybunału doprowadziła do ugruntowania się poglądu, że umowa, której przedmiotem jest udzielenie porady genetycznej, podobnie jak umowa dotycząca przeprowadzenia zabiegu sterylizacji czy przerwania ciąży, podlega wykonaniu zgodnie z normami prawa cywilnego, a jej niewłaściwe wykonanie prowadzi do poniesienia przez lekarza odpowiedzialności odszkodowawczej[179].

Istotne znaczenie dla procesu kształtowania się zasad, według których oceniać należy możliwość dochodzenia przez rodziców upośledzonych dzieci roszczeń z tytułu *wrongful birth* miał wyrok Sądu Najwyższego RFN[180] z 2001 r. Powodowie- rodzice jednojajowych bliźniąt- domagali się od pozwanych- dwóch ginekologów przeprowadzających badania prenatalne powódki- pokrycia kosztów utrzymania jednej z bliźniaczek. Dziewczynka urodziła się bowiem ciężko upośledzona fizycznie- nie miała prawej nogi, a jej lewa noga i prawa ręka były poważnie zniekształcone. Druga córka powodów była całkowicie zdrowa. Rodzice podnosili, że gdyby nie niedbalstwo lekarzy, którzy nie rozpoznali uszkodzeń płodu, podjęliby decyzję o przeprowadzeniu aborcji. Sąd Najwyższy, jakkolwiek potwierdził, że rodzicom ciężko upośledzonych dzieci, których przyjście na świat jest skutkiem zaniedbań ze strony lekarzy, przysługuje roszczenie o odszkodowanie m.in. w

[178] BGH, NJW 1984, s. 658 [za:] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit* , s.190.
[179] A. Wudarski, *Odpowiedzialność za szkody prenatalne...op. cit.* s. 174.
[180] BGH, NJW 2002, s. 886 [za:] M. Nesterowicz, *Prawo...op.cit*., s. 310.

63:44120

zakresie pełnych kosztów utrzymania, oddalił powództwo wskazując, że w stanie faktycznym tej sprawy przerwanie ciąży byłoby bezprawne. Selektywna aborcja wiązałaby się bowiem z niezwykle wysokim ryzykiem dla drugiego płodu. Tym samym, sąd wyważył interes powodów i ich dzieci, dochodząc do przekonania, że prawo do życia dziecka zdrowego ma wyższą wartość niż prawo matki do przerwania ciąży z przyczyn eugenicznych[181]. Jednocześnie orzeczenie to potwierdza, że podstawową przesłanką dopuszczalności roszczeń rodziców z tytułu *wrongful birth* jest prawna dopuszczalność przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży[182].

Problematyka dopuszczalności aborcji miała również rozstrzygające znaczenie na gruncie sprawy zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego RFN[183] z 2002 r. Dziecko powodów przyszło na świat z poważnym upośledzeniem fizycznym (brakiem obu ramion i podudzi, a także jednego uda). Pomimo wielokrotnego przeprowadzania badań kontrolnych w okresie ciąży lekarz nie rozpoznał ciężkich wad rozwojowych płodu. Pozwany podnosił, że aborcja była w tym przypadku możliwa dopiero około 22 tygodnia ciąży, a przerwanie ciąży w tak późnym stadium nie byłoby dopuszczalne. Sąd nie przychylił się do zarzutów lekarza i przyznał powodom odszkodowanie obejmujące m.in. pełne koszty utrzymania dziecka oraz zadośćuczynienie za krzywdę, wskazując, że problemy psychiczne matki (depresja i próba samobójcza) uzasadniałyby w tym wypadku przeprowadzenie tzw. późnej aborcji (dopuszczalnej w niemieckim porządku prawnym w przypadku indykacji medycznych)[184].

2.2. *Wrongful birth* w praktyce Stanów Zjednoczonych

Poglądy judykatury amerykańskiej w kwestii dopuszczalności powództw *wrongful birth* kształtowały się paralelnie do ewolucji orzecznictwa w sprawach *wrongful conception*. W literaturze wskazuje się, że judykatura amerykańska po raz pierwszy zetknęła się z roszczeniami rodziców z tytułu *wrongful birth* w 1967 r. na gruncie sprawy Gleitman v. Cosgrove[185]. Państwo Gleitman wystąpili z powództwem przeciwko dwóm lekarzom, wskazując, że gdyby zostali prawidłowo pouczeni przez pozwanych o możliwych skutkach przebytej przez panią Gleitman w pierwszym miesiącu ciąży różyczki,

[181] *Ibidem*, s. 311.
[182] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit* , s.191.
[183] BGH, NJW 2002, s. 2636 [za:] M. Nesterowicz, *Prawo...op.cit.*, s. 311-312.
[184] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit* , s.192.
[185] Gleitman v. Cosgrove, 277 A. 2d 689 (New Jersey 1967), https://www.leagle.com/decision/19677149nj22160 (dostęp na dzień 09.03.2018 r.).

64:26074

zdecydowaliby się na przerwanie ciąży. Lekarze zapewnili jednak powodów, że choroba kobiety nie będzie miała negatywnego wpływu na stan zdrowia dziecka. Syn państwa Gleitman przyszedł na świat z ciężkimi upośledzeniami fizycznymi. Chłopiec urodził się niewidomy, niesłyszący oraz, jak się wkrótce okazało, cierpiał na poważne zaburzenia mowy. Powodowie żądali odszkodowania obejmującego wydatki związane z koniecznością zapewnienia ich synowi specjalistycznej opieki medycznej oraz dodatkowe koszty pielęgnacji niepełnosprawnego dziecka. Ponadto domagali się zadośćuczynienia za cierpienia psychiczne matki. Rozpoznający sprawę sąd w New Jersey (*Supreme Court of New Jersey*) oddalił powództwo w całości wskazując, że przeciwne rozstrzygnięcie sprzeciwiałoby się *public policy*.

W kolejnych latach roszczenia rodziców z tytułu *wrongful birth* były konsekwentnie oddalane[186]. Zmiana linii orzeczniczej nastąpiła w połowie lat 70-tych XX w. W roku 1975 zapadły dwa przełomowe na gruncie judykatury amerykańskiej orzeczenia, w sprawach o zbliżonych stanach faktycznych. W obu przypadkach chodziło o przyjście na świat dzieci dotkniętych zespołem różyczki wrodzonej. Powodowie analogicznie podnosili, że gdyby nie zaniedbania lekarzy, którzy nie rozpoznali przebytej podczas ciąży różyczki, mieliby możliwość podjęcia świadomej decyzji o przerwaniu ciąży. Sąd w Teksasie (*Supreme Court of Texas*) rozpoznający sprawę Jacobs v. Theimer[187], choć podkreślił, że oszacowanie szkody po stronie dziecka nie jest możliwe (taka operacja wymagałaby bowiem porównania wartości życia z upośledzeniem i hipotetycznej sytuacji nieistnienia) i tym samym oddalił roszczenia z tytułu *wrongful life*, uwzględnił żądania rodziców z tytułu *wrongful birth*. Sąd orzekł, że dodatkowe koszty obciążające powodów w związku z koniecznością sprawowania opieki nad ciężko upośledzonym dzieckiem, nadają się do oszacowania, a zatem stanowią ich szkodę podlegającą obowiązkowi indemnizacji. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że „porządek publiczny nie może stanowić przeszkody w uzyskaniu tej kompensacji. Nie sposób uzasadnić takiego porządku publicznego, gdzie najpierw pozbawia się rodziców informacji, na podstawie których mogliby zadecydować o przerwaniu ciąży, w wyniku której urodzić się może dziecko z poważnymi upośledzeniami fizycznymi, porządku publicznego, w którym wymaga się donoszenia uszkodzonego zarodka i urodzenia upośledzonego dziecka,

[186] Zob. np. Stewart v. Long Island College Hospital, 35 A.D.2d 531 (New York 1970), zob. https://www.leagle.com/decision/197056635ad2d5312396 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.); Smith v. United States, 392 F.Supp. 654 (Ohio 1975), zob. https://www.leagle.com/decision/19751046392fsupp6541916 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

[187] 519 S.W.2d 846 (Texas 1975), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/2405862/jacobs-v-theimer/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

65:26651

a następnie- odmawia się przyznania od osoby odpowiedzialnej za popełnienie czynu niedozwolonego kompensacji wydatków związanych z opieką i leczeniem.[188]". Podobnie w sprawie Dumer v. St. Michael's Hospital[189] sąd w Wisconsin (*Supreme Court od Wisconsin*) oddalił wprawdzie skargę wniesioną w imieniu dziewczynki cierpiącej w związku z powikłaniami wewnątrzmacicznego zakażenia wirusem różyczki (dziewczynka urodziła się z wadami serca, dotknięta zaćmą oraz upośledzona umysłowo), jednak uznał za zasadne roszczenia jej rodziców w zakresie pokrycia dodatkowych kosztów utrzymania niepełnosprawnego dziecka.

Zwrot linii orzeczniczej wiązał się z przełomowym wyrokiem Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (*The Supreme Court of the United States*) z 1973 r. wydanym w sprawie Roe v. Wade[190]. Jakkolwiek kontrowersyjne, orzeczenie to ukształtowało na długie lata liberalną politykę aborcyjną w Stanach Zjednoczonych, przyznając kobietom zasadniczo pełną swobodę (z ograniczeniami w odniesieniu do trzeciego trymestru ciąży) decyzji o przerwaniu ciąży. Co istotne, wyrok ten wyeliminował względy *public policy* z zakresu rozważań sądów rozstrzygających powództwa *wrongful birth*. Centralnym problemem, z którym musiały zmierzyć się sądy orzekające w późniejszych sprawach nie była już kwestia istnienia bądź nieistnienia po stronie rodziców szkody, ale jej zakres[191].

Choć istota zarzutów stawianych podmiotom medycznym na gruncie *wrongful birth* nie uległa zmianie, rozwój medycyny kolejnych dziesięcioleci wpłynął zasadniczo na okoliczności faktyczne, w kontekście których wytaczane były powództwa. Wraz z upowszechnianiem profilaktycznych szczepień ochronnych, znacząco zmniejszyła się liczba spraw, w których źródło wad rozwojowych stanowią teratogenne czynniki infekcyjne, ze szczególnym uwzględnieniem wirusa różyczki. Dawniej dominujące na wokandach amerykańskich sądów sprawy dzieci urodzonych z zespołem różyczki wrodzonej, straciły dziś w zupełnie na znaczeniu. W 2005 r., agencja rządu federalnego Stanów Zjednoczonych wchodząca w skład Departamentu Zdrowia i Opieki Społecznej (*Centers for Disease Control*

[188] „*No public policy obstacle should be interposed to that recovery. It is impossible for us to justify a policy which at once deprives the parents of information by which they could elect to terminate the pregnancy likely to produce a child with defective body, a policy which in effect requires that the deficient embryo be carried to full gestation until the deficient child is born, and which policy then denies recovery from the tortfeasor of costs of treating and caring for the defects of the child*." [w:] *Ibidem*.

[189] 233 N.W.2d 372 (Wisconsin 1975), zob. https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1975/57-1974-3.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

[190] 410 U.S. 113 (1973), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

[191] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit*., s. 183.

66:94923

and Prevention) poinformowała, że udało się doprowadzić do całkowitego wyeliminowania wirusa różyczki na terytorium Stanów Zjednoczonych[192]. Dziesięć lat później, Światowa Organizacja Zdrowia (WHO) i Panamerykańska Organizacja Zdrowia (PAHO) ogłosiły, że sukces ten powtórzono na większą skalę, a za wolne od wirusa uznać należy obecnie oba kontynenty amerykańskie[193].

Popularyzacja innowacyjnych metod diagnostyki prenatalnej, pozwalających wykryć choroby dziedziczne płodu już na wstępnym etapie ciąży, sprawia, że współcześnie na wokandach amerykańskich dominują sprawy, w których fizyczne lub psychiczne upośledzenie dziecka jest wynikiem różnorodnych form mutacji genetycznych. Za ilustrację w tym zakresie posłużyć może orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Waszyngtonie (*Washington Court of Appeals*) z 2015 r., wydane w sprawie Wuth v. Valley Medical Center & LabCorp[194]. Zarówno wśród członków rodziny pana, jak i pani Wuth znane były przypadki występowania różnorodnych zaburzeń genetycznych, stąd pani Wuth, tak przed poczęciem dziecka jak i przez cały okres ciąży, pozostawała pod opieką genetyka. Choć przeprowadzone badanie amniopunkcji nie ujawniło wad genetycznych płodu, urodzony w 2008 r. syn państwa Wuth odziedziczył niezrównoważoną translokację chromosomową. Chłopiec dotknięty jest niepełnosprawnością umysłową, pomimo intensywnej rehabilitacji nie porusza się samodzielnie i nie mówi. W trakcie procesu małżeństwo podnosiło, że gdyby badanie zostało przeprowadzone prawidłowo, a oni zostaliby poinformowani o mutacji płodu, podjęliby decyzję o przerwaniu ciąży. Sąd Apelacyjny w Waszyngtonie zgodził się, że badania prenatalne powódki zostały wykonane niedbale i utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji zasadzający na rzecz powodów odszkodowanie w wysokości 50 mln dolarów. Ta znacząca suma objęła m.in. przewidywane koszty leczenia i utrzymania syna państwa Wuth przez cały okres jego życia.

Kształtująca się na przestrzeni lat w Stanach Zjednoczonych linia orzecznicza doprowadziła to utrwalenia się poglądu, że niedbalstwo lekarza, zarówno polegające na nieprzeprowadzeniu stosowanych badań prenatalnych, wadliwym ich wykonaniu,

[192] Centers for Disease Control and Prevention, *Elimination of rubella and congenital rubella syndrome- United States, 1969–2004, https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm5411a5.htm* (dostęp na dzień: 10.03.2018 r.).

[193] http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10798%3Aamericas-free-of-rubella&catid=740%3Anews-press-releases&Itemid=1926&lang=en (dostęp na dzień: 10.03.2018 r.).

[194] 71497-0 (Washington 2015), https://www.courtlistener.com/opinion/2830183/ oliver-l-wuth-v-valley-medical-center-and-labcor/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

67:42908

czy niepoinformowaniu o ich wynikach, rodzi po jego stronie odpowiedzialność odszkodowawczą względem rodziców.

2.2. *Wrongful birth* w praktyce brytyjskiej

W kontekście rozważań przedstawionych odnośnie rozwoju brytyjskiej judykatury w zakresie wrongful conception szczególną uwagę zwrócić należy na wyrok wydany w sprawie Hardman v. Amin[195] w 2001 r. Powódka domagała się odszkodowania obejmującego koszty utrzymania syna, który w związku z przebytą przez kobietę i nierozpoznaną różyczką, urodził się ciężko upośledzony. W orzeczeniu tym przesądzono, że zasady wykształcone na gruncie cytowanego już wyroku w sprawie McFarlane v. Tayside Health Board znajdą zastosowanie wyłącznie w tych przypadkach, w których dziecko przychodzi na świat zdrowe, lecz z jakichkolwiek powodów niechciane. Odmiennie traktować należy sytuacje, w których dochodzi do urodzenia się dziecka z upośledzeniem. Tym samym, roszczenia powódki uznano za zasadne.

Niezwykle istotny dla dalszego kierunku orzecznictwa był także wyrok wydany w sprawie Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust[196]. Pani Parkinson, matka czwórki zdrowych dzieci, chcąc uniknąć kolejnych ciąż poddała się sterylizacji. Zabieg został przeprowadzony niedbale, w wyniku czego 10 miesięcy później kobieta urodziła kolejne dziecko. Pomimo że powódka pouczona została o zachodzącym ryzyku przyjścia na świat dziecka dotkniętego niepełnosprawnością, nie podjęła decyzji o przerwaniu ciąży. Syn pani Parkinson urodził się z poważnymi dysfunkcjami behawioralnymi, m.in. ciężkimi zakłóceniami zdolności komunikacji. Rozpoznający sprawę sąd uwzględnił powództwo matki w zakresie w jakim domagała się ona odszkodowania obejmującego zwiększone koszty utrzymania syna. Choć w rozważanym przypadku źródłem odpowiedzialności podmiotu medycznego jest wadliwie przeprowadzony zabieg sterylizacji, a więc w istocie rzeczy- doprowadzenie do poczęcia- wyrok ten w większym zakresie należy do problematyki *wrongful birth* aniżeli *wrongful conception*. Powyższe wynika z charakterystycznej dla brytyjskiej judykatury klasyfikacji przypadków, na tle których wnoszone są oba typy powództw, na te w których dzieci rodzą się całkowicie zdrowe oraz te,

[195] (2001) P.L.N.R. 11, Queen's Bench Division, http://swarb.co.uk/hardman-v-amin-qbd-2001/ (dostęp na dzień: 12.03.2018 r.).
[196] (2002) QB 266, Court of Appeal, Civil Division, zob. (red). J. Laing, J. McHale, *Principles of Medical Law*, Oxford 2010, s. 160.

68:10167

w których dzieci przychodzą na świat dotknięte niepełnosprawnością. Mniejsze znaczenie w orzecznictwie zdaje się odgrywać źródło odpowiedzialności lekarza. Z tej perspektywy nie jest zatem istotne, czy dziecko urodzi się w wyniku wadliwie przeprowadzonej sterylizacji lub aborcji- co zasadniczo stanowi źródło odpowiedzialności w sprawach *wrongful conception*- czy też niedbalstwo lekarza pozbawi rodziców możliwości podjęcia świadomej decyzji co do przerwania ciąży- co z kolei konstytuuje podstawy skarg *wrongful birth*. Trafnie ideę tę ukazuje wyrażona w analizowanym wyroku zasada, zgodnie z którą jeśli tylko niedbalstwo lekarza doprowadziło do poczęcia lub utrzymania ciąży (odebrania możliwości jej przerwania), rodzicom należy się odszkodowanie za „wszelką niepełnosprawność dziecka wywołaną czynnikami genetycznymi lub możliwymi do przewidzenia zdarzeniami, które wystąpiły w okresie ciąży (takimi jak zarażenie różyczką, rozszczep kręgosłupa czy niedotlenienie w trakcie ciąży lub porodu) do chwili przyjścia na świat żywego dziecka, o ile nie doszło do przerwania relacji kauzalnej”[197]. Ponieważ judykatura szczególnie akcentuje kwestię stanu zdrowia dziecka odsuwając na dalszy plan postępowanie podmiotu medycznego, w którym upatrywać należy źródła odpowiedzialności, na gruncie praktyki brytyjskiej niejako zaciera się podział pomiędzy skargami *wrongful conception* i *wrongful birth*.

Według danych przedstawionych w 2014 r. przez brytyjskiego Wiceministra Zdrowia, w latach 2003 - 2013, na 247 wniesionych powództw z tytułu *wrongful birth* uwzględnione zostały 164 skargi, a łączna suma wypłaconych odszkodowań wyniosła ponad 95 mln funtów szerlingów[198].

Wyznaczony kierunek orzecznictwa nieustannie wzbogacany jest o nowe elementy. W sprawie Meadows v Khan[199] sąd orzekający postawiony został przed koniecznością oceny czy matka, która poddała się badaniom medycznym w celu wykluczenia możliwości przyjścia na świat dziecka z określoną niepełnosprawnością, może domagać się przyznania kosztów utrzymania związanych z innym rodzajem upośledzenia. Siostrzeniec pani Meadows przyszedł na świat chory na hemofilię- genetycznie uwarunkowaną skazę krwotoczną.

[197] „(...) *any disability arising from genetic causes or foreseeable events during pregnancy (such as rubella, spina bifida, or oxygen deprivation during pregnancy or childbirth) up until the child is born alive, and which are not novus actus interveniens."* [za:] *Ibidem*.

[198] http://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-question/Commons/2014-09-09/208751/ (dostęp na dzień: 17.03.2018 r.).

[199] (2017) EWHC 2990, Queen's Bench Division, http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2018/05/Meadows-v-Khan-2017-EWHC-2990-QB-23-November-2017.pdf (dostęp na dzień: 17.03.2018 r.).

69:66281

Wystąpienie hemofilii u syna siostry implikowało duże prawdopodobieństwo nosicielstwa zmutowanego allela genu u powódki. Kobieta pragnąc uniknąć urodzenia w przyszłości dziecka obciążonego tą samą chorobą zwróciła się do lekarza rodzinnego w celu określenia ryzyka odziedziczenia schorzenia. Na podstawie wykonanych badań krwi lekarz stwierdził, że pani Meadows nie ma hemofilii i nie występuje ryzyko zachorowania u jej dzieci. Jakkolwiek ogólne badanie krzepnięcia krwi pozwala na wykluczenie występowania hemofilli u pacjenta, nosicielstwo tego rodzaju skazy krwotocznej stwierdzone może być wyłącznie po przeprowadzeniu diagnostyki genetycznej. Syn pani Meadows przyszedł na świat dziedzicząc chorobę. W istocie rzeczy bowiem powódka była nosicielką zmutowanego allela genu, co bez trudu mogłoby zostać wykryte gdyby lekarz skierował ją na odpowiednie badania genetyczne. Jak podnosiła przed sądem- gdyby wiedziała, że jest nosicielką- będąc w ciąży poddałaby się stosownym badaniom prenatalnym pozwalającym na stwierdzenie choroby płodui w wypadku potwierdzenia hemofilii zdecydowałaby się na przeprowadzenie aborcji. W ocenie sądu nie budziła wątpliwości konieczność obciążenia lekarza obowiązkiem odszkodowawczym obejmującym zwiększone koszty utrzymania związane z profilaktyką i leczeniem hemofilii u syna powódki. Istotnym problemem w sprawie było drugie z roszczeń pani Meadows. Syn kobiety przyszedł na świat dotknięty ciężką postacią autyzmu. Zaburzenia ze spektrum autyzmu chłopca oceniono jako na tyle poważne, że najprawdopodobniej nigdy nie będzie on w stanie funkcjonować samodzielnie. Choć hemofilia w żaden sposób nie była powiązana z autyzmem dziecka (nie spowodowała, ani nie wpłynęła na zaostrzenie zaburzeń), kobieta domagała się zasądzenia na jej rzecz także dodatkowych kosztów utrzymania syna związanych z jego upośledzeniem podnosząc, że dysfunkcje rozwojowe chłopca istotnie utrudniają sprawowanie nad nim opieki, a przez to także leczenie skazy krwotocznej. W uzasadnieniu wyroku z 2017 r. sąd rozstrzygający sprawę wskazał, że „gdyby nie niedbalstwo pozwanego Adejuwon (syn powódki- przyp. aut.) w ogóle by się nie urodził, a powódka nie byłaby dziś matką dziecka dotkniętego jednocześnie hemofilią i autyzmem. Gdyby bowiem wiedziała, że jest nosicielką poddałaby się badaniom prenatalnym i przerwała tę konkretną ciążę. W takim wypadku konsekwentnie nie powstałyby żadne inne problemy związane z ciążą”[200]. Tym samym powódce przyznano odszkodowanie obejmujące wydatki związane z obiema przypadłościami

[200] „(...) *Adejuwon would not have been born but for the defendant's negligence. The claimant therefore would not have had a child with the combined problems of haemophilia and autism. Had she known she was a carrier, she would have undergone foetal testing and would then have terminated this particular pregnancy. The other risks associated with that pregnancy would no longer have existed*.” [za:] *Ibidem*.

70:81447

chłopca w łącznej wysokości 9 mln funtów. Wyrok ten nadaje nową jakość funkcjonującej w dotychczasowym orzecznictwie zasadzie, że w sprawach *wrongful birth* badać należy relację kauzalną pomiędzy postępowaniem podmiotu medycznego a faktem narodzin, a nie pomiędzy tym postępowaniem a niepełnosprawnością lub upośledzeniem dziecka.

3. Szkoda w sprawach *wrongful birth*

3.1 Pojęcie szkody i ustalanie jej rozmiarów

Ujęcie szkody w sprawach *wrongful birth* zasadniczo odpowiada temu, które zaprezentowane zostało w kontekście powództw *wrongful conception*. Stąd, dla uniknięcia powtórzeń poczynić należy odesłanie do odpowiednich rozważań przedstawionych we wcześniejszej części pracy.

Istotna odmienność w rozumieniu pojęcia szkody na gruncie *wrongful birth* wynika z podstawowej przesłanki warunkującej powstanie po stronie lekarza obowiązku indemnizacji- mianowicie przyjścia na świat dziecka upośledzonego fizycznie bądź psychicznie. Roszczenia z tytułu *wrongful birth*, jak już wspomniano, przysługują przy spełnieniu pozostałych warunków wyłącznie rodzicom dzieci niepełnosprawnych, co wynika bezpośrednio z istoty tych skarg, funkcjonujących w związku z odebraniem możliwości przerwania ciąży z przyczyn eugenicznych. Jakkolwiek zatem w przypadkach *wrongful conception* stan zdrowia dziecka, czy też jak wykazano- w ogóle jego urodzenie się- nie konstruują szkody, w sprawach *wrongful birth* przyjście na świat zdrowego dziecka sprawia, że błąd lekarza pozbawiony zostaje doniosłości prawnej i pozostaje bez jakiejkolwiek sankcji odszkodowawczej[201].

3.2. Zakres szkody majątkowej- koszty utrzymania

W kontekście skarg *wrongful birth* na szczególną uwagę zasługuje problematyka ram szkody majątkowej w postaci kosztów utrzymania, które w porównaniu z zakresem tej szkody w przypadkach *wrongful conception* wykazują pewne odrębności.

Jak wskazuje Tomasz Justyński, istotną rolę odgrywa spostrzeżenie, że „rodzice chcieli przecież dziecka, a zatem gotowi byli ponieść koszty związane z jego urodzeniem i wychowaniem”[202]. Ta skądinąd celna uwaga skłania do przyjęcia, że rodzicom dziecka

[201] T. Justyński, *Poczęcie... op. cit.* s. 211.
[202] *Ibidem,* s. 214.

71:26672

przysługuje wyłącznie roszczenie o odszkodowanie w wysokości dodatkowych kosztów utrzymania i wychowania, a zatem przede wszystkim wydatków na leczenie i rehabilitację.

Tymczasem zastosowanie metody dyferencyjnej dla celów określenia wysokości szkody prowadzi do odmiennych wniosków. W pierwszej kolejności należy ustalić stan hipotetyczny, a zatem stan rzeczy jaki istniałby gdyby zdarzenie szkodzące (postępowanie lekarza) nie miało miejsca. W przypadkach *wrongful birth* należy przyjąć, że mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której dziecko w ogóle nie przyszłoby na świat. Co za tym idzie, rodzice nie ponieśliby żadnych kosztów związanych z jego utrzymaniem. Z dogmatycznego punktu widzenia należałoby zatem uznać, że porównania wymaga stan majątkowy rodziców w sytuacji nieprzyjścia dziecka na świat, ze stanem rzeczywistym. W istocie rzeczy bowiem alternatywą w sprawach *wrongful birth* nie jest przyjście na świat dziecka zdrowego (i związane z tym koszty), a jego nieurodzenie się w ogóle. Powyższe oznacza, że szkodą rodziców nie są zwiększone koszty utrzymania, ale wydatki związane z wychowaniem dziecka w pełnej wysokości[203].

4. Zdarzenie sprawcze w sprawach *wrongful birth*

4.1. Uwagi ogólne

Do zdarzeń mogących rodzić odpowiedzialność podmiotów medycznych z tytułu *wrongful birth* należą przede wszystkim przypadki zaniedbań związanych z badaniami prenatalnymi i prekoncepcyjnymi. Naruszenie przez lekarza obowiązków w zakresie poradnictwa prenatalnego i prekoncepcyjnego może przybierać różną postać. Podobnie, szeroki jest katalog nieprawidłowości rozwojowych płodu możliwych do wykrycia na wczesnych etapach ciąży. Jakkolwiek nie sposób przedstawić w tym miejscu pełnego spektrum możliwych wad rozwojowych i metod ich diagnozowania, dla ukazania rozpiętości analizowanej tematyki należy poczynić pewne uwagi w tym zakresie.

4.2. Przyczyny i formy wad wrodzonych

Wady wrodzone to szerokie pojęcie obejmujące swoim zakresem różnorodne odstępstwa od prawidłowego procesu rozwojowego płodu, które skutkują upośledzeniem fizycznym lub psychicznym w późniejszym życiu. Wachlarz możliwych wad jest niezwykle szeroki, a anomalie mogą przybierać postać zarówno niegroźnych dla życia i zdrowia cech

[203] *Ibidem*.

72:89459

dysmorficznych jak i poważnych nieprawidłowości mogących prowadzić do poronienia bądź śmieci dziecka. Według danych z 2015 r. przedstawionych przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), każdego roku wady wrodzone są przyczyną zgonów ok 303000 noworodków w pierwszych czterech tygodniach życia[204].

Wśród przyczyn wad wrodzonych wyróżnia się między innymi uwarunkowania genetyczne (obciążenie genetyczne rodziców, mutacje spontaniczne, kazirodztwo), czynniki środowiskowe (spożywanie alkoholu, palenie tytoniu, narażenie na szkodliwe promieniowanie w czasie ciąży) i przebyte przez matkę infekcje (syfilis, wirus różyczki czy wirus Zika)[205].

Rozpiętość możliwych wad wrodzonych ukazuje opracowany przez WHO dokument powszechnie uznawany za międzynarodowy system diagnozy nozologicznej- Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*). Opracowanie to wymienia w rozdziale VII kilkaset rodzajów wad rozwojowych wrodzonych, zniekształceń i aberracji chromosomowych. Klasyfikacja obejmuje swoim zakresem takie kategorie wad jak: wrodzone wady rozwojowe układu nerwowego (np. bezmózgowie, rozszczep kręgosłupa, przepuklina mózgowa, brak rdzenia kręgowego), wrodzone wady rozwojowe oka, ucha, twarzy i szyi (np. jaskra wrodzona, zaćma wrodzona), wrodzone wady rozwojowe układu krążenia (np. zarośnięcie aorty, wrodzony tętniak mózgowy, zawężenie zastawek), wrodzone wady rozwojowe układu oddechowego (np. brak płuca, rozszczep nosa, przepuklina krtani), wrodzone wady rozwojowe układu pokarmowego (np. brak języka, zarośnięcie przełyku, niedrożność jelita grubego), wrodzone wady rozwojowe układu moczowego (np. niedorozwój nerek, wielotorbielowatość nerek), wrodzone wady rozwojowe i zniekształcenia układu mięśniowo-szkieletowego (np. brak kończyn, sztywność wielostawowa, dysplazja dystroficzna, łamliwość kości), inne wrodzone wady rozwojowe (np. rybia łuska, pęcherzowe oddzielanie naskórka, płodowy zespół alkoholowy) czy aberracje chromosomowe niesklasyfikowane gdzie indziej (np. zespół Downa, zespół Turnera, zespół Edwarsa)[206].

[204] http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs370/en/ (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).
[205] *Ibidem*.
[206] Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, https://www.csioz.gov.pl/fileadmin/user_upload/Wytyczne/statystyka/icd10tomi_56a8f5a554a18.pdf (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.)

73:78815

Powyższy katalog obejmuje zarówno zasadniczo niegroźne anomalie, jak i poważne wady rozwojowe wpływające istotnie na jakość i długość życia. Wśród tych ostatnich wskazać należy na niektóre z wad genetycznych, które z wykorzystaniem współczesnych osiągnięć nauk medycznych mogą zostać wykryte na wczesnym etapie ciąży- te bowiem najczęściej skłaniają rodziców do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu aborcji. Do tego rodzaju wad wrodzonych należą takie wady jak zespół Downa[207], zespół Edwarsa[208], zespół Pataua[209] i dystrofia mięśni Duchenne'a[210].

4.3. Diagnostyka wad wrodzonych - badania prenatalne i prekoncepcyjne, i preimplantacyjne

Badania prenatalne to różnorodne- inwazyjne i nieinwazyjne- metody diagnostyczne pozwalające na wykrycie nieprawidłowości genetycznych i innych poważnych wad rozwojowych płodu. Z punktu widzenia przesiewowej diagnostyki prenatalnej podstawowe znaczenie odgrywają badania nieinwazyjne pozwalające lekarzowi określić prawdopodobieństwo choroby płodu na podstawie oceny ultrasonograficznej i analizy krwi matki. Jednoznaczne rozpoznanie możliwe jest jednak wyłącznie na podstawie badań inwazyjnych, do których zalicza się w polskim systemie opieki zdrowotnej amniopunkcję (pobranie płynu owodniowego poprzez przezbrzuszne nakłucie jamy owodni), biopsję

[207] Zespół wad wrodzonych spowodowanych aberracją chromosomową polegającą na obecności dodatkowego chromosomu w 21 parze. Oprócz charakterystycznych cech dysmorficznych, u osób z zespołem Downa występują zaburzenia poznawcze, opóźnienie rozwoju psychoruchowego, zaburzenia okulistyczne i niedosłuch oraz wady serca, zaburzenia immunologiczne, endokrynologiczne i inne- w różnym nasileniu. Zob. D. Gieruszczak- Białek, Zespół Downa, Medycyna Praktyczna, https://pediatria.mp.pl/choroby/genetyka/152284, zespol-downa, (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

[208] Zespół wad wrodzonych spowodowanych aberracją chromosomową polegającą na obecności dodatkowego chromosomu w 18 parze. 95% płodów dotkniętych zespołem Edwarsa ulega poronieniu samoistnemu. Tylko ok. 5 - 10 % urodzonych dzieci dożywa pierwszego roku życia. Poza objawami dysmorficznymi, zespół Edwarsa charakteryzuje się występowaniem ciężkiego upośledzenia intelektualnego oraz upośledzenia narządów wewnętrznych m.in. serca, układu oddechowego, układu moczowo- płciowego. Zob. Genetics Home Reference, https://ghr.nlm.nih.gov/condition/trisomy-18, (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

[209] Zespół wad wrodzonych spowodowanych aberracją chromosomową polegającą na obecności dodatkowego chromosomu w 13 parze. Osoby z zespołem Pataua dotknięte są upośledzeniem intelektualnym oraz poważnymi wadami narządów wewnętrznych m.in. wrodzonymi wadami mózgowia, serca i układu nerwowego. Często występującymi objawami są anomalie kończyn, głuchota, malformacje narządu wzroku m.in. cyklopia. Tylko ok. 5-10% dzieci dożywa pierwszego roku życia. Zob. Genetics Home Reference, https://ghr.nlm.nih.gov/condition/trisomy-13, (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

[210] Choroba genetyczna powodująca stopniową i nieodwracalną dystrofię mięśni. Zanik mięśni najczęściej rozpoczyna się w pierwszych trzech latach życia, w późniejszym okresie osoby dotknięte chorobą tracą zdolność do samodzielnego poruszania się. Postępująca dystrofia mięśni- w tym sercowego- powoduje, że średnia długość życia chorych to ok. 20 lat. Zob. Genetics Home Reference, https://ghr.nlm.nih.gov/condition/duchenne-and-becker-muscular-dystrophy, (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

74:61299

trofoblastu (biopsję fragmentu kosmówki- błony między owodnią i błoną śluzową macicy- pobranej drogą przezbrzuszną bądź przezpochwową), fetoskopię (biopsję tkanek płodu pobranych drogą przezbrzuszną) i kordocentezę (przezbrzuszne pobranie próbki krwi z żyły pępowinowej, z okolicy przyczepu łożyskowego pępowiny). Ocena materiału pobranego w trakcie inwazyjnych badań prenatalnych w większości przypadków pozwala na ostateczne rozstrzygnięcie o chorobie płodu[211].

Badania prekoncepcyjne (inaczej poradnictwo genetyczne) obejmują rozmaite metody diagnostyczne pozwalające na określenie ryzyka wystąpienia chorób genetycznych u dziecka jeszcze przed jego poczęciem. Stwierdzenie obciążenia genetycznego rodziców, a co za tym idzie także wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia wad u przyszłego potomstwa w niektórych przypadkach może istotnie wpłynąć na decyzję o posiadaniu dzieci. Świadomość istniejącego ryzyka, nie musi przyczynić się do rezygnacji z poczęcia w ogóle, jednak zazwyczaj stanowi impuls do monitorowania ciąży, w tym przeprowadzenia stosownych badań prenatalnych.

Szczególnego rodzaju badaniami związanymi ściśle z zapłodnieniem pozaustrojowym (in-vitro) są badania preimplantacyjne pozwalające na przeprowadzenie diagnostyki zarodka, a nawet komórki jajowej przed jej zapłodnieniem. Umożliwiają one odrzucenie tych komórek i embrionów, w których ujawniono nieprawidłowości genetyczne jeszcze przed odpowiednio- zapłodnieniem bądź implantacją.

4.4. Diagnostyka prenatalna, prekoncepcyjna i preimplantacyjna w prawie polskim

W Polsce dostęp do badań prenatalnych zagwarantowany został w art. 2 ust. 2a ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, zgodnie z którym „organy administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego, w zakresie swoich kompetencji określonych w przepisach szczególnych, są zobowiązane zapewnić swobodny dostęp do informacji i badań prenatalnych, szczególnie wtedy, gdy istnieje podwyższone ryzyko bądź podejrzenie wystąpienia wady genetycznej lub rozwojowej płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu płodu". Oznacza to, że we wskazanych wypadkach publiczne zakłady opieki zdrowotnej, dla których organy administracji rządowej lub samorządu terytorialnego są

[211] B. Barczyński, *Badania prenatalne,* Medycyna Praktyczna, https://ciaza.mp.pl/przebiegciazy/63104,badania-prenatalne (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

75:63161

organami założycielskimi w zakresie opieki przedporodowej mają obowiązek zapewnienia możliwości wykonania ciążowych badań diagnostycznych[212].

Takie ujęcie uprawnień kobiet ciężarnych koresponduje z szerzej omówioną w poprzedniej części pracy problematyką aborcji. Jak wynika z zaprezentowanych rozważań, aktualnie obowiązujący w Polsce stan prawny należy do tak zwanego modelu „wskazań". Jedną z przesłanek dopuszczalności przerwania ciąży jest jak już wspomniano przesłanka eugeniczna obejmująca przypadki, w których „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu" (art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny).

Kryteria kwalifikacji kobiet do programu badań prenatalnych Narodowego Funduszu Zdrowia określa obecnie załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych[213]. Badania wykonuje się u kobiet o podwyższonym ryzyku wystąpienia choroby lub wady, a zatem w przypadku ukończenia 35 lat, wystąpienia w poprzedniej ciąży aberracji chromosomowej płodu lub dziecka, stwierdzenia wystąpienia strukturalnych aberracji chromosomowych u ciężarnej lub u ojca dziecka, stwierdzenia znacznie większego ryzyka urodzenia dziecka dotkniętego chorobą uwarunkowaną monogenowo lub wieloczynnikową, stwierdzenia w czasie ciąży nieprawidłowego wyniku badania USG lub badań biochemicznych wskazujących na zwiększone ryzyko aberracji chromosomowej lub wady płodu. Wystąpienie jednego z przedstawionych kryteriów stanowi przesłankę wystarczającą do skierowania kobiety na badania prenatalne. Zakres świadczeń gwarantowanych programu obejmuje, obok badań biochemicznych, USG i badań materiału genetycznego płodu (amniopunkcja, korgocenteza, biopsja trofoblastu), także poradnictwo i badania genetyczne, a zatem badania z natury rzeczy prekoncepcyjne.

W ust. IV pkt 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 września 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, połogu oraz opieki nad noworodkiem[214] przewidziano, że podczas

[212] M. Nesterowicz, *Prawo... op. cit.* s. 283.
[213] Dz. U. 2013, poz. 1505 z pózn. zm.
[214] Dz. U. 2012 poz. 1100 z pózn. zm.

76:77641

opieki przedporodowej osoba sprawująca opiekę- a więc lekarz- oraz ciężarna ustalają plan opieki przedporodowej obejmujący wszystkie procedury medyczne związane z opieką w tym możliwość zakwalifikowania ciężarnej do programu badań prenatalnych, realizowanego w ramach programów zdrowotnych.

Problematyka badań preimplantacyjnych uregulowana została w ustawie z 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności[215]. W świetle art. 26 ust. 1 tej ustawy „stosowanie preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej w ramach procedury medycznie wspomaganej prokreacji jest dozwolone wyłącznie ze wskazań medycznych i poprzedza się tę diagnostykę poradnictwem genetycznym w ramach poradnictwa medycznego". W ustawie jednoznacznie przesądzono, że stosowanie preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej w ramach procedury medycznie wspomaganej prokreacji w celu wyboru cech fenotypowych, w tym płci dziecka, jest niedopuszczalne. Wyjątkiem od tego zakazu jest sytuacja, w której wybór taki pozwala uniknąć ciężkiej, nieuleczalnej choroby dziedzicznej (art. 26 ust. 2). Regulacja ta w istocie rzeczy odpowiada postanowieniom wciąż nieratyfikowanej przez Polskę Konwencji Rady Europy z 1997 r. o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny, czyli tak zwanej Europejskiej Konwencji Bioetycznej[216]. W myśl bowiem art. 14 konwencji zakazane jest wykorzystywanie technik medycznie wspomaganej prokreacji w celu wyboru płci przyszłego dziecka za wyjątkiem sytuacji, gdy wybór taki pozwala uniknąć poważnej choroby dziedzicznej zależnej od płci dziecka.

W razie wystąpienia wskazań medycznych, lekarz ma obowiązek skierowania kobiety na badania prenatalne lub preimplantacyjne. Powinność ta wynika zarówno z przepisów Kodeksu Etyki Lekarskiej jak i ustawy o prawach pacjenta[217]. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 38 ust. 3 Kodeksu Etyki lekarz ma obowiązek „zapoznać pacjentów z możliwościami współczesnej genetyki lekarskiej, a także diagnostyki i terapii przedurodzeniowej". Regulacja zawarta w ustawie o prawach pacjenta statuuje z kolei w art. 9 ust. 2 prawo pacjenta do informacji m.in. w zakresie stanu zdrowia pacjenta, rozpoznania, proponowanych oraz możliwych metod diagnostycznych i leczniczych. Ciążący na lekarzu obowiązek udzielenia pacjentowi wyczerpujących informacji jest korelatem wskazanego uprawnienia. W wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08[218], Sąd Najwyższy stwierdził jednoznacznie, że

[215] Dz. U. 2015 poz. 1087 z pózn. zm.
[216] https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf (dostęp na dzień: 29.03.2018 r.).
[217] Ustawa o prawach pacjenta z dnia 6 listopada 2008 r. (Dz. U. 2009 nr 52 poz. 417 z późn. zm.).
[218] OSNC 2009, nr 3, poz. 48.

77:74093

„uprawnienie do przeprowadzenia badań prenatalnych wynika z prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwościach ich leczenia w okresie płodowym".

4.5.Naruszenie obowiązków przez lekarza

Naruszenie obowiązków związanych z poradnictwem prenatalnym, prekoncepcyjnym i preimplantacyjnym może przybierać różnorodne formy. Wskazać należy kilka najistotniejszych przypadków zaniedbań z szerokiego wachlarza możliwych błędów.

Po pierwsze, naruszenie obowiązków polegać może na nieskierowaniu pacjentki na niezbędne badania diagnostyczne. W grę wchodzić mogą sytuacje, w których niedbalstwo lekarza doprowadziło do przeoczenia symptomów nakazujących przeprowadzenie badań lub też świadomym zignorowaniu występujących wskazań. W pierwszym z tych przypadków w istocie rzeczy dochodzi do popełnienia błędu medycznego określanego jako błąd erdiagnostyczny, co oznacza, że lekarz nie postawił właściwego rozpoznania (w tym wypadku nie stwierdził podstaw do dalszej diagnostyki) choć mógł to uczynić gdyby postępował zgodnie ze wskazaniami wiedzy medycznej. Jak wskazuje praktyka, najczęściej przyczyn błędu decyzyjnego poszukiwać należy nie tyle w rzeczywistym braku umiejętności lekarza, co w mało wnikliwym i niedbałym zbadaniu pacjentki[219]. W drugiej ze wskazanych sytuacji lekarz mając świadomość występowania wskazań do przeprowadzenia badań prenatalnych umyślnie nie informuje kobiety o tych okolicznościach lub w inny sposób bezprawnie uniemożliwia jej wykonanie stosownej diagnostyki. Naruszenie prawa rodziców do planowania rodziny i przerwania ciąży w warunkach dopuszczalności wynika w tym wypadku z rozmyślnego działania podmiotu medycznego, który z różnych przyczyn- najczęściej prywatnych pobudek moralno-etycznych- podejmuje działania w celu zapobieżeniu aborcji. Szczególnie niepokojąca jest okoliczność, że te ostatnie przypadki zdają się dominować na gruncie polskiego orzecznictwa (o czym w dalszej części pracy).

Błąd diagnostyczny może także stanowić podstawę odpowiedzialności lekarza w tych przypadkach, w których choć prawidłowo stwierdzone zostały wskazania do przeprowadzenia badań prenatalnych, sama diagnostyka nie ujawniła istniejących wad płodu. Nierozpoznanie rzeczywistej choroby może wynikać z przyczyn zawinionych przez lekarza, ale może także być usprawiedliwione np. występowaniem atypowych objawów. Tylko ten pierwszy

[219] Z. Marek, *Błąd medyczny- odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007, s. 77.

78:56769

przypadek wadliwej interpretacji wyników badań może być uznany za prawnie relewantny błąd medyczny. Warunkiem uznania, że błąd popełniono musi być wnikliwa ocena okoliczności w jakich do niego doszło[220].

Kolejna grupa przypadków obejmuje sytuacje, w których w świetle wiedzy medycznej przeprowadzenie badań nie było absolutnie niezbędne (np. gdy wyniki badań przesiewowych nie dały podstaw do podejrzenia wad płodu), ale pacjentka nie została poinformowana o możliwości diagnostyki prenatalnej. W tych przypadkach decyzja co do zasadności wykonania badań powinna być pozostawiona kobiecie. Do rozstrzygnięcia tej kwestii pacjentka dysponować musi jednak stosowną wiedzą- tak w zakresie korzyści jak i potencjalnego ryzyka badań (w szczególności metod inwazyjnych). Objaśnienie powinno być zrozumiałe i pełne. Jak podkreśla się w literaturze, lekarz nie może ograniczyć się do udzielenia informacji niepełnej nawet wobec niewielkiego ryzyka wad płodu, bądź gdy zakłada, że decyzja kobiety co do przeprowadzenia badań będzie negatywna[221]. Obowiązki lekarza w tym zakresie odgrywają szczególną rolę, w związku z czym stanowią przedmiot licznych regulacji prawnych. Jednym z przepisów statuujących obowiązki informacyjne lekarza jest art. 13 Kodeksu Etyki Lekarskiej, zgodnie z którym obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia. Z prawa tego wynika obowiązek udzielenia pacjentowi niezbędnych informacji, w sposób dla niego zrozumiały. Lekarz ma obowiązek „poinformować pacjenta o stopniu ewentualnego ryzyka zabiegów diagnostycznych i leczniczych i spodziewanych korzyściach związanych z wykonywaniem tych zabiegów, a także o możliwościach zastosowania innego postępowania medycznego" (art. 13 ust. 3 KEL[222]).

Jak wspomniano, wskazane przykłady możliwych zaniedbań nie wyczerpują szerokiego wachlarza błędów, które mogą rodzić po stronie lekarza odpowiedzialność z tytułu *wrongful birth*. Choć powyższe przypadki opisane zostały w kontekście błędów związanych z badaniami prenatalnymi, poczynione uwagi mogą zostać także przeniesione na grunt badań prekoncepcyjnych i preimplantacyjnych.

---

[220] *Ibidem*, s.78.

[221] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit.,* s. 203.

[222] Uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 z późn. zm. - Kodeks Etyki Lekarskiej, https://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

79:78846

5. Wina

Wina podmiotu medycznego w kontekście tak zwanych „procesów lekarskich" omówiona została w części pracy poświęconej *wrongful conception* i w tym zakresie należy odesłać do poczynionych uprzednio rozważań.

Zagadnienie winy na gruncie skarg *wrongful birth* należy jednak uzupełnić o problematykę związaną z prawem lekarza do odmowy wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem (tzw. klauzula sumienia). W tym kontekście pojawić się bowiem może wątpliwość czy powołanie się przez lekarza na klauzulę sumienia uchyla bezprawność jego postępowania np. w przypadku świadomego niepoinformowania pacjentki o wynikach badań prenatalnych w celu uniemożliwienia jej przerwania ciąży.

Zgodnie z brzmieniem art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z wyjątkiem sytuacji, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Ustawa nakłada jednocześnie na lekarza obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnienia i odnotowania tego faktu w dokumentacji medycznej. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 października 2015 r., K 12/14[223], orzekł jednak, że art. 39 zd. 1 ustawy o zawodach lekarza i dentysty w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki" oraz w jakim nakłada na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym, są niezgodne z Konstytucją. W związku z tym orzeczeniem, jak wskazuje M. Nesterowicz, obowiązek informacji w zakresie alternatywnych sposobów uzyskania świadczenia przeniesiony być powinien na zakład leczniczy[224].

Powszechnie przyjmuje się, że uzasadnienie odmowy skierowania pacjentki na badania prenatalne lub legalną aborcję rzekomymi względami medycznymi, nieprzekazanie rozpoznania wynikającego z badań USG lub też przewlekanie procedury

[223] Dz.U. 2015 poz. 1633.
[224] M. Nesterowicz, *Prawo... op.cit*. s. 295.

80:10222

w taki sposób by upłynął termin dopuszczalności przerwania ciąży stanowi niedozwolone obejście prawa (art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)[225]. Zgodnie ze stanowiskiem Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN z dnia 12 listopada 2013 r. „przedstawiciel zawodu medycznego nie może, powołując się na klauzulę sumienia, odmówić podjęcia działań, których celem jest dostarczanie pacjentowi informacji lub innych środków niezbędnych do podjęcia przez niego świadomej decyzji dotyczącej dalszego postępowania medycznego, które jest legalne, uzasadnione w świetle aktualnej wiedzy medycznej i sytuacji zdrowotnej pacjenta[226]„. Okoliczność, że działanie które pacjent może zdecydować się podjąć na podstawie informacji uzyskanych od lekarza jest w przekonaniu tego ostatniego moralnie naganne, nie daje mu podstaw do skorzystania z klauzuli sumienia, bowiem ostateczna decyzja o podjęciu lub zaniechaniu tego działania należy wyłącznie do pacjenta i obciąża wyłącznie jego sumienie[227]. Takie stanowisko wydaje się uzasadnione zwłaszcza w przypadku diagnostyki prenatalnej.

Zauważyć należy również, że aborcja nie jest koniecznym następstwem ujawnienia przy pomocy badań prenatalnych wad płodu. Wielu rodziców nie decyduje się wszak na przerwanie ciąży, a rozpoznanie choroby w fazie płodowej nie tylko pozwala na przygotowanie się rodziców na przyjście na świat chorego dziecka, ale także daje możliwość wczesnego rozpoczęcia leczenia. Ewentualne wątpliwości moralne lekarza opierałyby się zatem wyłącznie na przypuszczeniu, że ciężarna kobieta zdecyduje się na aborcję. W moim przekonaniu w przypadku diagnostyki prenatalnej o prawnie relewantnej sprzeczności czynności diagnostycznych z sumieniem lekarza nie może być mowy. Jakkolwiek stanowisko, zgodnie z którym odmowa przeprowadzenia badań prenatalnych z powołaniem się na klauzulę sumienia jest w istocie nadużyciem prawa znajduje wielu zwolenników[228], w praktyce przypadki podobnego postępowania profesjonalistów medycznych nie należą do rzadkości.

[225] M. Nesterowicz, *Prawo... op.cit*. s. 294.

[226] Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z dnia 12 listopada 2013 roku w sprawie tzw. klauzuli sumienia, http://www.bioetyka.pan.pl/images/stories/Pliki/Stanowisko%20KB%20nr%204-2013.pdf (dostęp na dzień: 30.03.2018 r.).

[227] *Ibidem*.

[228] Zob. np. Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN... *op. cit*., M. Nesterowicz, N. Karczewska, *Stosowanie klauzuli sumienia (kwestie prawa a fakty)*, http://www.ptb.org.pl/pdf/nesterowicz_ karczewska_klauzula_1.pdf (dostęp na dzień: 30.03.2018 r.)

81:22735

W obecnej sytuacji prawnej aktualna pozostaje teza, że lekarz nie może podejmować działań w celu obejścia regulacji zawartej w art. 39 ustawy o zawodach lekarza i dentysty np. poprzez zatajanie wyników badań. Jeśli zatem wynik badania USG uzasadniać będzie przeprowadzenia dalszych badań prenatalnych, lekarz powinien udzielić kobiecie stosownych objaśnień co do rozpoznania. Zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem profesjonalista medyczny nie może też powołując się na klauzulę sumienia odmówić przeprowadzania dalszej diagnostyki. Gdyby jednak rozpatrywać stanowisko odmienne- przyznające lekarzowi uprawnienie do odmowy wykonania badań prenatalnych- należy podkreślić, że powinien on każdorazowo uczynić to wyraźnie, a swoją decyzję uzasadnić i odnotować w dokumentacji medycznej. Choć na gruncie wskazanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego uznać należy, że lekarz nie miałby w takim przypadku obowiązku wskazywania możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza, prawo odmowy wykonania niezgodnych z sumieniem świadczeń medycznych nie uchyla bezprawności naruszenia obowiązku udzielenia pacjentce informacji o stanie zdrowia płodu.

6. Adekwatny związek przyczynowy

Do problematyki związku przyczynowego w sprawach *wrongful birth* należy zasadniczo odnieść rozważania poczynione już w zakresie kauzalności w przypadkach *wrnogful conception*.

Ustalenie związku przyczynowego między niedbalstwem lekarza, a szkodą rodziców powstałą w związku z przyjściem na świat upośledzonego dziecka, wymaga jednak rozważenia dwóch okoliczności. Badanie związku przyczynowego powinno obejmować, po pierwsze, okoliczność czy w danym przypadku dokonanie aborcji byłoby prawnie dopuszczalne (problematyka dopuszczalności przerwania ciąży została omówiona w części pracy dotyczącej *wrongful conception*, stąd dla uniknięcia powtórzeń należy odesłać do poczynionych uprzednio rozważań).

Po drugie, ustalając kauzalność w sprawach *wrongful birth* konieczne jest wykazanie, że gdyby rodzice wiedzieli o chorobie lub wadach płodu, nie zdecydowali by się na poczęcie dziecka (w przypadkach zaniedbań w zakresie badań prekoncepcyjnych) bądź podjęliby decyzję o przerwaniu ciąży (w sytuacjach związanych z zaniedbaniami dotyczącymi diagnostyki prenatalnej). Tomasz Justyński wskazuje na wątpliwości związane z charakterem kryteriów, według których to hipotetyczne zachowanie rodziców powinno być oceniane –

82:10467

tzn. czy w tym zakresie zastosować należy mierniki obiektywne czy subiektywne[229]. Jakkolwiek uzależnienie odpowiedzialności lekarza wyłącznie od zgłoszonych *post factum* twierdzeń pacjentki niesie za sobą ryzyko nadużyć, to wobec niewątpliwie indywidualnych - etycznych i światopoglądowych - czynników warunkujących decyzje prokreacyjne, zasadne wydaje się przyjęcie koncepcji subiektywnej. W tym kierunku zdaje się podążać polskie orzecznictwo. W wyroku z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 580/08[230], Sąd Najwyższy odmówił pozwanemu lekarzowi prawa do presuponowania o woli powódki do przeprowadzenia aborcji bądź jej braku. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Nie może on (lekarz- przyp. autora) uważać, że powódka nie wyraziła zamiaru przerwania ciąży, skoro przecież nie byłą poinformowana o (…) szczególnie ciężkim upośledzeniu płodu".

ROZDZIAŁ III *WRONGFUL LIFE*

1. Uwagi ogólne

Skargi *wrongful life* (skargi z tytułu „bezprawnego spowodowania życia") to powództwa zasadniczo zbliżone do spraw *wrongful birth*, z tą jednak istotną odmiennością, że skargi *wrongful life* wnoszone są nie przez rodziców, ale obciążone fizycznymi lub psychicznymi wadami dzieci. Legitymacja czynna w tych sprawach i związana z nią koncepcja szkody jest zarzewiem istotnych kontrowersji natury techniczno-prawnej i moralnej.

Dziecko występując z powództwem z tytułu *wrongful life* utrzymuje, że gdyby nie niedbalstwo lekarza, nie doszłoby do jego urodzenia się i tym samym nie byłoby ono zmuszone do życia w cierpieniu. Podobnie jak w przypadkach *wrongful birth,* zarzutem stawianym lekarzowi nie jest spowodowanie lub przyczynienie się do pogłębienia niepełnosprawności dziecka, ale pozbawienie rodziców możliwości podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży.

2. Analiza prawoporównawcza

2.1. *Wrongful life* w praktyce Stanów Zjednoczonych

Jak wskazuje się w literaturze, pierwotnie skargi *wrongful life* wykształciły się jako roszczenia dzieci pozamałżeńskich, które z związku ze swoim nieprawym pochodzeniem

[229] T. Justyński, *Poczęcie… op. cit.,* s. 219.
[230] Orzecznictwo Sądów Polskich 2011, z. 2, poz. 13.

83:50562

narażone były nie tylko na dyskomfort psychiczny i wykluczenie społeczne, ale także pozbawione były możliwości dziedziczenia po ojcu i jego rodzinie. Właśnie na tle sprawy z powództwa dziecka pozamałżeńskiego skierowanego przeciwko ojcu, który obietnicą małżeństwa nakłonił matkę powoda do współżycia choć przyrzeczenia nie tylko nie chciał, ale i (będąc już żonaty) nie mógł dotrzymać (Zepeda v. Zepeda), sąd w Illinois w 1963 r. po raz pierwszy posłużył się pojęciem *wrongful life*. Powództwo zostało oddalone w obu instancjach. Podobnie sąd w Nowym Jorku w 1965 r., rozpoznający sprawę Williams v. State of New York[231], nie przychylił się do żądań powoda, który urodzony jako dziecko pozamałżeńskie wykorzystywanej seksualnie pacjentki szpitala psychiatrycznego, zarzucał władzom instytucji, że nie zostały podjęte działania mogące zapobiec jego poczęciu. Kolejne powództwa pokrzywdzonych ekonomicznie i społecznie dzieci pozamałżeńskich były bezwzględnie oddalane[232].

Niedługo potem judykatura amerykańska po raz pierwszy zetknęła się z problematyką powództw dzieci podnoszących, że uciążliwość życia z fizycznymi lub psychicznymi upośledzeniami jest dla nich tak ogromna, że lepiej byłoby gdyby w ogóle się nie urodziły. Sądy stanęły przed koniecznością odpowiedzi na pytanie, czy życie w cierpieniu uzasadnia roszczenie odszkodowawcze przeciwko podmiotowi medycznemu, którego postępowanie uniemożliwiło rodzicom podjęcie decyzji o przerwaniu ciąży.

Jako pierwszy z problematyką *wrongful life* w powyższym ujęciu zmierzył się Sąd Najwyższy New Jersey w 1967 r. w sprawie Gleitman v. Cosgrove[233]. Powód dotknięty zespołem Downa, upośledzony intelektualnie, niesłyszący i niewidomy domagał się naprawienia szkody od lekarza, który nie poinformował jego matki o możliwych powikłaniach związanych z przebytą w czasie ciąży różyczką. Sąd orzekł, że ustalenie wysokości szkody doznanej przez powoda nie jest możliwe i oddalił powództwo. W uzasadnieniu wskazano, że oszacowanie rozmiaru szkody wymagałoby porównania stanu rzeczywistego ze stanem rzeczy jaki miałby miejsce gdyby nie zaniedbania pozwanego, a więc w tym przypadku konieczne byłoby porównanie wartości życia powoda z jego nieistnieniem. Taka natomiast operacja logiczna nie jest z zasady możliwa. Sąd przyjął

[231] 18 N.Y.2d 481 (New York 1966), zob. https://www.leagle.com/decision /196649918ny2d4811441 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[232] Por. np. Slavek v. Stroh, 215 N.W. 2d 9 (Wisconsin 1974), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/1921024/slawek-v-stroh/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[233] 227 A. 2d 692, 693 (New Jersey 1967), zob. https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

84:56074

ponadto, że fundamentalne dla ludzkiej natury jest trzymanie się życia („*to seek life and hold on to it*"), jakkolwiek poważne nie byłyby uciążliwości z tym związane. Refleksja ta pozwoliła na postawienie w uzasadnieniu orzeczenia tezy, że gdyby powód mógł jeszcze przed swoimi narodzinami zdecydować czy chce przyjść na świat, z pewnością wybrałby życie w upośledzeniu, aniżeli brak życia[234].

Podobnie orzekł Sąd Apelacyjny w Nowym Jorku w roku 1978 sprawie Becker v. Schwartz[235]. Pozwany lekarz nie poinformował rodziców powoda dotkniętego zespołem Downa o podwyższonym ryzyku wystąpienia u dziecka wad wrodzonych związanym z wiekiem matki. Roszczenie powoda opierało się na zarzucie, że gdyby jego rodzice zostali poinformowani o tych okolicznościach przeprowadziliby stosowne badania prenatalne (amniopunkcję), które wykazałyby chorobę płodu i dały podstawę do przerwania ciąży. W orzeczeniu kończącym sprawę sąd przychylił się do poglądu wyrażonego w wyroku w sprawie Gleitman v. Cosgrove wskazując, że nie sposób oszacować wysokości szkody poprzez porównanie stanu życia z upośledzeniem do braku jakiejkolwiek egzystencji.

Niemożność ustalenia rzeczywistej wysokości szkody stanowiła we wczesnym okresie rozwoju orzecznictwa Stanów Zjednoczonych decydujący argument w dyskursie o dopuszczalności skarg *wrongful life*. Sądy niezmiennie unikały rozważań natury etyczno-moralnej i egzystencjalnej, skupiając się na aspektach instrumentalnych. Tak na przykład, w analizowanej powyżej sprawie Becker v. Schwartz, sąd orzekający jednoznacznie przyjął, że pytanie czy lepiej nie urodzić się wcale, czy też przyjść na świat z poważnymi ułomnościami, jest tajemnicą, której rozstrzygnięcie należy zostawić filozofom i teologom[236].

Istotna zmiana argumentacji w tym zakresie nastąpiła na gruncie sprawy Berman v. Allan[237]. Zarzutem podnoszonym przez powódkę- dotkniętą zespołem Downa dziewczynkę- było niepoinformowanie przez pozwanego lekarza jej rodziców o występujących wskazaniach do przeprowadzenia badań prenatalnych i możliwościach

---

[234] „*It is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened. If Jeffrey could have been asked as to whether his life should be snuffed out before his full term of gestation could run its course, our felt intuition of human nature tells us he would almost surely choose life with defects as against no life at all.*" [w:] *Ibidem*.

[235] 46 2d 401 (New York 1978), zob. https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

[236] „*Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians*." [w:] *Ibidem*.

[237] 404 A.2d 8 (New Jersey 1979)., https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1979/80-n-j-421-0.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

85:98935

diagnostycznych, wykorzystanie których pozwoliłoby państwu Berman na zdecydowanie o przerwaniu ciąży. Choć orzeczenie w sprawie wydane zostało już rok po zakończeniu postępowania w powoływanej uprzednio sprawie Becker v. Schwartz, a stany faktyczne w obu przypadkach były zasadniczo zbliżone, sądy rozpoznające obie sprawy zgoła odmiennie motywowały decyzje o oddaleniu powództw. W sprawie Berman v. Allan sąd podkreślił, że pomimo obciążenia zespołem Downa, dziewczynka będzie kochana i sama będzie kochać, będzie doświadczać szczęścia i przyjemności- emocji, które są w istocie rzeczy esencją życia, i które mają większą wartość niż cierpienie związane z jej chorobą[238]. W wyroku sformułowano myśl, że nikt nie jest idealny. Każdy człowiek obciążony jest bowiem mniejszymi lub większymi defektami. Spostrzeżenie to, zdaniem sądu, nie daje jednak podstaw do uznania, że życie jednej osoby jest mniej wartościowe od egzystencji innego człowieka. Jednocześnie sąd wyraził przekonanie, że życie ludzkie w każdym wypadku, postrzegać należy jako cenniejsze od stanu nieistnienia. Argumentacja zaprezentowana w analizowanym orzeczeniu, przejęta została w kolejnych latach przez inne sądy amerykańskie. Pogląd zgodnie z którym to nie brak właściwego instrumentarium prawnego, ale fundamentalne wartości społeczeństwa nie pozwalają na uwzględnianie skarg *wrongful life*, utrwalił się w judykaturze jako istotny argument przeciwników rozważanych powództw.

Argumentem podnoszonym przeciwko skargom *wrongful life* jest także, bezpośrednio związane z powyższymi rozważaniami natury moralno- etycznej, ryzyko deprecjacji życia osób niepełnosprawnych. W wyroku wydanym w 1986 r. sprawie Smith v. Cote[239] wyrażona została obawa, że uznanie dopuszczalności skarg *wrongful life*, a tym samym przyjęcie, że życie osoby niepełnosprawnej jest szkodą, zniweczyłoby kształtującą się w społeczeństwie świadomość, że osoby z niepełnosprawnościami są równie wartościowymi członkami wspólnoty co osoby zdrowe. Uznanie roszczeń *wrongful life* stałoby wiec, zdaniem sądu, w opozycji do podejmowanych przez ustawodawcę działań zmierzających do poprawy sytuacji osób niepełnosprawnych poprzez pogłębianie ich integracji na rynku pracy, zwiększanie dostępu do edukacji, czy przystosowywanie do ich potrzeb szeroko pojętej

[238] „ *Notwithstanding her affliction with Down's Syndrome, Sharon, by virtue of her birth, will be able to love and be loved and to experience happiness and pleasure emotions which are truly the essence of life and which are far more valuable than the suffering she may endure*." [w:] *Ibidem*.

[239] 128 N.H. 231 (New Hampshire 1986), zob. https://www.leagle.com/decision/1986359128nh2311325 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

86:85478

infrastruktury. Sąd wskazał jednoznacznie, że uznanie dopuszczalności powództw *wrongful life* obdarłoby osoby upośledzone z godności.

Wśród przyczyn, z których sądy amerykańskie odmawiały uwzględnienia roszczeń *wrongful life* wskazać należy także brak obowiązku lekarza, który mógłby zostać naruszony. Jakkolwiek bowiem profesjonalista medyczny obowiązany jest do udzielenia rodzicom wyczerpujących informacji o stanie zdrowia płodu, żaden obowiązek informacyjny w tym zakresie nie ciąży na nim wobec nienarodzonego dziecka. I tak w orzeczeniu wydanym w sprawie James G. v. Caserta[240] w 1985 r. sąd przyjął, że skoro po stronie lekarza brak jakichkolwiek powinności informacyjnych w stosunku do płodu, to skargi dziecka są w tym zakresie pozbawione podstawy prawnej. W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy Arizony w sprawie Walker by Pizano v. Mart[241] w 1990 r. Choć sąd przyznał, odmiennie niż miało to miejsce w wyroku w sprawie James G. v. Caserta, że obowiązek informacyjny lekarza rozciąga się na nienarodzone dziecko, to ponieważ szkoda jest bezpośrednim skutkiem odebrania rodzicom możliwości podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży, nie sposób uznać legitymacji czynnej powoda będącego dzieckiem, gdyż jako płód nie miał możliwości zadecydowania o ewentualnej aborcji.

W orzecznictwie amerykańskim niezmiennie dominują wyroki oddalające, jak wskazano- z różnorodnych powodów, powództwa dzieci z tytułu „bezprawnego spowodowania życia". Jedynie w nielicznych orzeczeniach roszczenia *wrongful life* zostały uwzględnione. Po raz pierwszy prawo dziecka do urodzenia się bez upośledzeń („*right of a child to be born as a whole, functional human being*") uznane zostało w wyroku wydanym w sprawie Park v. Chessin[242]. Pierwsze z dzieci państwa Park przyszło na świat dotknięte wrodzoną wielotorbielowatością nerek i z tej przyczyny zmarło kilka godzin po porodzie. Pozwany w sprawie lekarz zapewnił panią Park, matkę powoda występującą w jego imieniu, że choroba, która doprowadziła do śmierci jej pierwszego dziecka nie jest uwarunkowana genetycznie i nie zachodzi ryzyko wystąpienia schorzenia u kolejnego dziecka. Powód przyszedł jednak na świat cierpiąc na tą samą chorobę i zmarł niedługo po wniesieniu powództwa- w wieku dwóch i pół roku. W orzeczeniu wydanym w sprawie sąd sformułował

[240] 332 S.E.2d 872 (West Virginia 1985), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/1321887/james-v-caserta/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[241] 790 P.2d 735 (Arizona 1990), zob. https://www.courtlistener.com/opinion/1425762/walker-by-pizano-v-mart/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
[242] 60 A.D.2d 80 (New York 1977), zob. https://casetext.com/case/park-v-chessin-1 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

87:15008

tezę o istnieniu fundamentalnego prawa każdego człowieka do urodzenia się bez upośledzeń, choć w uzasadnieniu nie rozwinięto szerzej tej myśli, ani nie odniesiono się ściśle do problematyki szkody w przypadkach *wrongful life*, eksponując kwestię bezsensowności cierpienia dziecka.

Przełomowe znaczenie przypisuje się w literaturze rozstrzygnięciu w sprawie Curlender v. Bio- Science Laboratories[243]. Shauna Curlender przyszła na świat dotknięta zespołem Tay Sascha. W związku z chorobą genetyczną dziewczynka urodziła się niewidoma i ciężko upośledzona intelektualnie. Ponadto, występowały u niej charakterystyczne dla tego schorzenia zaburzenia neurologiczne oraz drgawki połączone z atakami padaczkowymi. Postępująca dystrofia mięśniowa i stopniowy zanik odruchów (ssania, połykania, odksztuszania) dały podstawę do oszacowania przewidywanej długości życia dziecka na około cztery lata. Rodzice dziewczynki wystąpili w jej imieniu z powództwem przeciwko laboratorium, w którym poddali się badaniom genetycznym mającym wykluczyć nosicielstwo genu recesywnego choroby Tay Sascha. Podnosili, że gdyby testy zostały wykonane prawidłowo i zostaliby poinformowani o ryzyku wystąpienia schorzenia nie podjęliby decyzji o poczęciu dziecka. Rozpoznający sprawę w drugiej instancji Sąd Apelacyjny w Kalifornii uwzględnił roszczenia małoletniej powódki- zarówno w zakresie odszkodowania obejmującego koszty utrzymania i opieki związanej z chorobą, jak i zadośćuczynienia za cierpienia psychiczne dziecka. Sąd podkreślił, że nie jest ani konieczne ani sprawiedliwe zagłębiać się w rozważania o tajemnicy istnienia. Nie powinno skupiać się na roztrząsaniu kwestii, że gdyby nie niedbalstwo pozwanego powód w ogóle by nie istniał. Według sądu, ograniczyć należy się do wnioskowania z bezspornych okoliczności a więc, że dziecko, przez zaniedbanie pozwanego, urodziło się i cierpi. Z tych dwóch faktów- niestaranności pozwanego i cierpienia powoda sąd wywiódł przekonanie, że kompensacja finansowa obejmująca zarówno odszkodowanie jak i zadośćuczynienie jest w analizowanej sprawie zasadna.

Analiza orzecznictwa pozwala jednak stwierdzić, że sądy amerykańskie nie są skłonne uznawać roszczeń dzieci o zadośćuczynienie za ból i cierpienia fizyczne oraz psychiczne związane z życiem z upośledzeniem. W tym kontekście uznać należy, że rozstrzygnięcie wydane w sprawie Curlender v. Bio- Science Laboratories miało charakter wyjątkowy. Jak wynika z dorobku orzeczniczego Stanów Zjednoczonych uznając powództwa *wrongful*

[243] 165 Cal.R. 477 (California 1980), zob. https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html(dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

88:33600

life sądy w większości przypadków ograniczały się do akceptacji roszczeń w zakresie odszkodowania za wydatki związane bezpośrednio z chorobą dziecka. Takie kompromisowe stanowisko przyjęte zostało przez Sąd Najwyższy Kalifornii w sprawie Turpin v. Sortini[244] w 1982 r. Państwo Turpin w 1976 r. za radą pediatry opiekującego się ich córką- Hope, zwrócili się do otolaryngologa by ten wykonał badanie słuchu dziewczynki. Lekarz zapewnił rodziców, że badanie nie wykazało żadnych ubytków słuchu, choć w rzeczywistości dziewczynka była całkowicie niesłysząca. Państwo Turpin wkrótce zdecydowali się na drugie dziecko. Młodsza córka- Joy, podobnie jak jej starsza siostra urodziła się jako osoba niesłysząca. Rodzice dziewczynek wystąpili z powództwem *wrongful life* w imieniu młodszej córki podnosząc, że gdyby badanie przeprowadzone zostało poprawnie dowiedzieliby się o stanie zdrowia Hope, mając świadomość dziedzicznego charakteru jej choroby nie zdecydowaliby się na drugie dziecko. Powództwo w pierwszej instancji zostało oddalone w całości. Wydaje się, że rozpatrujący następnie sprawę kalifornijski Sąd Najwyższy, wobec zasadniczej sprzeczności zapadających w niedługim odstępie czasu orzeczeń (por. z Curlender v. Bio- Science Laboratories), podjął, jak już wspomniano, próbę wypracowania stanowiska kompromisowego. Sąd wskazał, że jakkolwiek rodzice i dziecko nie mogą jednocześnie dochodzić dodatkowych kosztów utrzymania dziecka związanych z jego niepełnosprawnością gdyż oznaczałoby to podwójną odpowiedzialność lekarza, to nielogiczne byłoby odmawianie dziecku *a priori* prawa do żądania odszkodowania w tym zakresie. Skoro, zdaniem sądu, roszczenia rodziców z tytułu *wrongful birth* są powszechnie uznawane, nie ma podstaw by nie przyznać dziecku prawa dochodzenia nadzwyczajnych wydatków związanych z własnym utrzymaniem (np. koniecznością zakupu aparatów słuchowych czy specjalnymi potrzebami edukacyjnymi). Sąd odmówił natomiast przyznania zadośćuczynienia za cierpienie Joy związane z jej upośledzeniem. W orzeczeniu podkreślono, że nawet gdyby przyjąć, że egzystencja dziewczynki może rodzić po jej stronie krzywdę to wobec konieczności zastosowania omawianej w poprzedniej części pracy zasady *benefit rule* nie da się oszacować wysokości doznanej szkody niematerialnej. Poza bólem i cierpieniem związanym z życiem z niepełnosprawnością fakt narodzin niesie za sobą dla dziewczynki wymierne korzyści- uczucia takie jak miłość i przyjemność. Zaliczenie korzyści na poczet doznanych z winy pozwanego szkód nie jest jednak prostą operacją logiczną i nie pozwala na oszacowanie wysokości krzywdy, a tym samym należnego zadośćuczynienia.

[244] 31 Cal. 3d 220 (California 1982), zob. https://scocal.stanford.edu/opinion/turpin-v-sortini-30626 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

89:20490

Niejednolitość poglądów judykatury i brak koherentnej linii orzeczniczej nie pozwalają na jednoznaczną ocenę dopuszczalności skarg *wrongful life* na gruncie amerykańskim. Dominować zdaje się stanowisko negujące roszczenia dzieci z tytułu „bezprawnego spowodowania życia". W niektórych stanach wprowadzone zostało nawet ustawodawstwo zmierzające do ograniczenia lub całkowitego wyeliminowania odpowiedzialności z tytułu *wrongful life*[245]. Wyraźny zakaz powództw *wrongful life* wprowadziły między innymi: Dakota Południowa[246], Minnesota[247], Idaho[248], Missouri[249] czy Utah[250].

2.2. *Wrongful life* w praktyce niemieckiej

Judykatura niemiecka po raz pierwszy zetknęła się z koniecznością oceny zasadności skarg *wrongful life* na tle omówionej we wcześniejszej części pracy sprawy z 1981 r. Jakkolwiek podnoszone w sprawie roszczenia rodziców z tytułu *wrongful birth* ostatecznie spotkały się z aprobatą Sądu Najwyższego RFN[251], powództwo w zakresie roszczeń upośledzonego dziecka zostało konsekwentnie oddalone we wszystkich instancjach. Jak wskazuje Tomasz Justyński brak akceptacji skarg dzieci podnoszących, że lepiej dla nich byłoby w ogóle się nie urodzić, judykatura i doktryna uzasadniają przede wszystkim brakiem szkody w rozumieniu niemieckiego Kodeksu Cywilnego. Zgodnie z brzmieniem art. 249 ust. 1 kodeksu: „kto jest obowiązany do wynagrodzenia szkody, ma przywrócić ten

[245] T. Justyński, *Poczęcie...op. cit*., s.241.

[246] South Dakota Legislature, Codified Laws, § 21-55-1 („*There shall be no cause of action or award of damages on behalf of any person based on the claim of that person that, but for the conduct of another, he would not have been conceived or, once conceived, would not have been permitted to have been born alive*."), http://sdlegislature.gov/statutes/Codified_laws/DisplayStatute.aspx?Statute=21-55-1&Type=Statute (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

[247]Minnesota Statues, § 145.424 (1) („*No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on behalf of that person based on the claim that but for the negligent conduct of another, the person would have been aborted*."), https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=145.424 (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

[248] Idaho Code, § 5-334 (1) („*A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted*."), https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title5/T5CH3/SECT5-334/, (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

[249] Missouri Revised Statutes, § 188.130. 1. („*No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on behalf of himself or herself based on the claim that but for the negligent conduct of another, he or she would have been aborted.*"), https://law.justia.com/codes/missouri/2011/titlexii/chapter188/msection188130/, (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

[250] Utah Code, § 78-11-24 **(„***A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted*."), https://law.justia.com/codes/utah/2006/title78/78_0f029.html (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

[251] BGH, NJW 1983, s. 1371 [za:] T. Justyński, *Poczęcie... op. cit.,* s. 246.

90:80620

stan, jaki by istniał, gdyby nie była zaszła okoliczność, zobowiązująca do wynagrodzenia". Dla wykazania szkody należy zatem, podobnie jak w polskim porządku prawnym, posłużyć się metodą dyferencyjną tj. porównać stan rzeczywisty ze stanem hipotetycznym, jaki miałby miejsce gdyby nie szkodzące zdarzenie. Każdorazowo więc, porównanie życia dziecka z upośledzeniem z brakiem jakiejkolwiek egzystencji opierałoby się na założeniu, że nieistnienie jest stanem bardziej pożądanym. Tymczasem, jak podkreśla się w niemieckim piśmiennictwie, stanowi to nieuzasadnione przeniesienie ciężaru oceny wartości ludzkiego życia poza samych zainteresowanych. Niewątpliwie nie wszystkie chore lub upośledzone osoby postrzegają swoją egzystencję jako coś mniej wartościowego. Wiele rodzajów zaburzeń nie wpływa na jakość życia w taki sposób by osoba chora mogła wykształcić negatywny stosunek swojego istnienia[252].

Podobnie w analizowanym już wyroku Sądu Najwyższego RFN[253] z 1984 r. sąd przychylił się do stanowiska rodziców uznając ich roszczenie w zakresie pełnych kosztów utrzymania dziecka urodzonego z zespołem Downa, jednak zdecydowanie odrzucił możliwość przyznania kompensacji z tytułu *wrongful life*. Sąd powtórzył swą dotychczasową argumentację oraz zwrócił uwagę, że dziecko nie mając roszczenia o aborcję, nie ma również prawa do „nieistnienia", którego naruszenie mogłoby rodzić odpowiedzialność po stronie podmiotu medycznego[254].

Kolejna sprawa *wrongful life* pojawiła się na wokandzie Wyższego Sądu Krajowego w Dusseldorfie po ponad 10 latach. W orzeczeniu z 1994 r., sąd podzielił w pełni argumentację wyrażoną w orzeczeniach Sądu Najwyższego RFN i wskazał, że: „dziecko cierpiące na chorobę wrodzoną nie może domagać się odszkodowania od lekarza konsultującego rodziców przed jego urodzeniem (...) z uzasadnieniem, że w przypadku właściwej konsultacji w ogóle nie zostałoby poczęte lub narodzone[255]".

Powództwa *wrongful life* zostały w judykaturze niemieckiej zdecydowanie wykluczone. Choć niemiecki ustawodawca gwarantuje matce w określonych wypadkach prawo do aborcji, dziecko nie ma roszczenia w tym zakresie, stąd o prawnym zobowiązaniu lekarza względem dziecka do przerwania ciąży nie może być mowy. Sądy oddalając konsekwentnie skargi *wrongful life* podkreślają ponadto, że przeciwne stanowisko stałoby

[252] T. Justyński, *Poczęcie... op. cit.,* s. 246.
[253] BGH, NJW 1984, s. 658 [za:] T. Justyński, *Poczęcie... op. cit.,* s. 246.
[254] T. Justyński, *Poczęcie... op. cit.,* 247.
[255] OLG Dusseldorf, VersR 1995, s. 1498, [za:] *Ibidem*.

91:98711

w sprzeczności z niemieckimi standardami konstytucyjnymi. Każdorazowe uwzględnienie roszczenia dziecka o naprawienie szkody związanej z jego własnym urodzeniem wymagałoby bowiem orzeczenia o wartości życia ludzkiego i stanowiłoby akceptację konstrukcji „prawa podmiotowego do nieistnienia". Jakkolwiek zatem, omówione uprzednio postanowienie II Izby (II Senatu) Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*) z 28 maja 1993 r. spotkało się na gruncie skarg *wrongful conception* z krytyką przedstawicieli doktryny i judykatury wskazujących, że życie dziecka i związane z nim obciążenia majątkowe rodziców stanowią dwie niezależne od siebie konstrukcje i jako takie winny być traktowane odmiennie, na tle skarg wronguful life stanowisko II Izby, zgodnie z którym „prawna kwalifikacja bytu dziecka jako źródła szkody jest ze względów konstytucyjnych (art. 1 ust. 1 Konst. niem.) nie do przyjęcia" zachowuje swą aktualność.

2.3. *Wrongful life* w praktyce brytyjskiej

W Wielkiej Brytanii, dopuszczalność roszczeń defektywnych dzieci wyłączona została mocą *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* z 1976 r.[256] Motorem podjęcia prac legislacyjnych w tym zakresie było zalecenie *Law Comission*[257], w którym przyjęto pogląd, że skargi *wrongful life* winny zostać wykluczone w związku ryzykiem, iż lekarze, działając pod presją i w obawie przed ewentualną odpowiedzialnością cywilną, zalecaliby przerwanie ciąży w sytuacjach gdy nie zachodziłyby realne przesłanki przeprowadzenia aborcji[258]. Interwencja ustawodawcy brytyjskiego doprowadziła do wykluczenia roszczeń urodzonych po wejściu aktu w życie, czyli po 22 lipca 1976 r.

Wkrótce judykatura brytyjska postawiona została przed koniecznością zmierzenia się z roszczeniami dzieci urodzonych przed tą datą, a więc nieobjętych zakresem zastosowania *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act.* Stanowisko brytyjskiej judykatury w tym zakresie zostało szeroko uzasadnione w orzeczeniu wydanym w 1982 r. przez londyński Sąd Apelacyjny w sprawie McKay v. Essex Area Health Authority[259]. Wyrok ten zapadł na tle charakterystycznego dla skarg *wrongful birth i wrongful life* stanu faktycznego. Matka powoda, pomimo przebytej na wczesnym etapie ciąży różyczki nie została pouczona

[256] W. van Gerven, J. Lever, P. Larouche, *Tort Law*, Oregon 2000 r., s. 91 i n.
[257] Law Comission, *Law Comission Report in injuries to Unborn Children*, 1974, Law Com. nr 60, Cmnd 5709, zob. https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/LC.-060-REPORT-ON-INJURIES-TO-UNBORN-CHILDREN-ADVICE-TO-THE-LORD-CHANCELLOR-UNDER-SECTION-31E-OF-THE-LAW-COMMISSIONS-ACT-1965.pdf (dostęp na dzień: 10.04.2018 r.).
[258] A. Liu, *Wrongful life: some of the problems,* „Journal of medical ethics" 1897, nr 13, s. 70.
[259] (1982) 2 All E.R., s. 771, Court of Appeal.

92:69405

o skutkach jakie wirus może pociągać za sobą dla stanu zdrowia płodu i o wskazaniach do przerwania ciąży. Powództwo wniesione w imieniu dziecka urodzonego z ciężkimi fizycznymi i psychicznymi upośledzeniami zostało oddalone. Sąd przyznał, że na lekarzu sprawującym opiekę nad kobietą ciężarną spoczywa obowiązek do nieuszkadzania płodu, jednak powinność ta nie rozciąga się na sytuacje, w których wady płodu spowodowane zostały czynnikami zewnętrznymi, niezależnymi od lekarza, na przykład- jak w analizowanym przypadku- wirusem różyczki. Powództwo zasługiwałyby na uwzględnienie gdyby przyjąć, że powodowi przysługuje prawo do urodzenia się bez uszkodzeń zdrowotnych, co w przypadku wad wrodzonych uwarunkowanych genetycznie lub wywołanych chorobą matki oznaczałoby, że ma on roszczenie o przeprowadzenie aborcji. Sąd orzekający podkreślił jednak stanowczo, że dziecku w żadnym wypadku nie przysługuje „prawo do śmierci", w tym do zakończenia życia w fazie prenatalnej przez przerwanie ciąży. Zdaniem sądu na przeszkodzie takiemu wnioskowaniu stoją względy *public policy*, w szczególności zasada nienaruszalności życia ludzkiego[260]. W uzasadnieniu orzeczenia podkreślono również, że akceptacja „prawa do śmierci" dzieci upośledzonych i wykluczenie w tym zakresie roszczeń dzieci zdrowych, oznaczałaby deprecjację wartości życia tych pierwszych[261].

Drugą z przyczyn niedopuszczalności skarg *wrongful life* jest, zdaniem sądu orzekającego, niemożność ustalenia wysokości szkody. Nie jest bowiem możliwe porównanie wartości życia, niezależnie z jak ciężkimi upośledzeniami zmaga się dziecko, ze stanem braku jakiejkolwiek egzystencji[262].

Wreszcie sąd zwrócił uwagę na pewne negatywne następstwa jakie pociągałoby za sobą przyznanie dzieciom urodzonym z upośledzeniami „prawa do śmierci". Po pierwsze, zdaniem sądu, uznanie dopuszczalności skarg *wrongful life,* oznaczałoby konieczność akceptacji roszczeń dziecka wobec rodziców, którzy zdając sobie sprawę z wad płodu, świadomie nie zdecydowali się na przerwanie ciąży. Ponadto, zwrócono uwagę na ryzyko niepożądanej reakcji lekarzy, polegającej na tym, że w obawie przed potencjalną odpowiedzialnością odszkodowawczą doradzaliby oni aborcję także w tych przypadkach, w których ryzyko uszkodzenia płodu jest minimalne[263].

[260] A. Liu, *Wrongful life... op.cit.*
[261] T. Justyński, *Poczęcie.... op. cit.,* s. 244.
[262] A. Liu, *Wrongful life... op.cit.*
[263] T. Justyński, *Poczęcie... op.cit*., s.245.

93:90852

Na tle powyższych uwag należy przyjąć, że powództwa *wrongful life* zostały całkowicie wykluczone z brytyjskiej rzeczywistości prawnej. Jak wspomniano, skargi dzieci urodzonych po dniu wejścia w życie *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* zostały wolą ustawodawcy uznane za niedopuszczalne, zaś zdecydowane stanowisko judykatury brytyjskiej zasadniczo przesądziło o wykluczeniu roszczeń osób urodzonych po 1976 r.

2.4. *Wrongful life* w praktyce francuskiej

Za szczególnie interesujący należy uznać proces kształtowania się linii orzeczniczej w sprawach *wrongful life* we Francji. Powództwa dzieci z upośledzeniami zaczęły pojawiać się na wokandach sądów francuskich na przełomie lat 80-tych i 90-tych XX w. Początkowo krytyczne stanowisko judykatury uległo dynamicznej zmianie.

Pierwotnie, sądy francuskie oddalały powództwa dzieci z tytułu *wrongful life* wskazując, że na przeszkodzie uznaniu roszczeń stoi brak powiązania kauzalnego pomiędzy zaniedbaniem lekarza a upośledzeniem. Argumentacją tą posłużył się między innymi Sąd Apelacyjny w Wersalu, oddalając w 1993 r.[264] powództwo dziecka urodzonego z zespołem Downa, którego rodzice nie zostali poinformowani, że płód dotknięty jest trisomią, a w konsekwencji pozbawieni zostali możliwości zadecydowania o przerwaniu ciąży. Sąd przyznał matce odszkodowanie za pozbawienie jej szansy podjęcia decyzji o aborcji, jednak zdecydowanie oddalił roszczenia dziecka. Podobnie Sąd Apelacyjny w Paryżu[265], w tym samym roku, oddalił powództwo dziecka urodzonego z hyberbilirubinemią i ciężkimi zaburzeniami neurologicznymi, którego matka nie została pouczona o możliwych powikłaniach związanych z przebytą w pierwszych tygodniach ciąży różyczką (tzw. sprawa Perruche). Zdaniem sądu, szkoda dziecka nie pozostawała w związku przyczynowym z wadliwym wywiązaniem się z zobowiązań kontraktowych przez lekarza.

Sąd Apelacyjny w Bordeaux[266] w 1995 r. również oddalił powództwo *wrongful life* dziecka dotkniętego zespołem różyczki wrodzonej. Choroba matki w wyniku zaniedbań lekarza nie została wykryta, w wyniku czego kobieta, nie mając świadomości istniejącego dla płodu ryzyka, pozbawiona została możliwości zadecydowania o przerwaniu ciąży. Decyzja

[264] Orzeczenie z 8 lipca 1993 r., D. 1995, Somm. 98. [za:] M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza wobec nienarodzonego dziecka z tytułu wrongful life w prawie francuskim* [w:] A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 288.
[265] Orzeczenie z 17 grudnia 1993 r., D. 1995, Somm. 99, [za:] *Ibidem*.
[266] Orzeczenie z 26 stycznia 1995 r., JCP 1995, IV, nr 1568, [za:] *Ibidem*.

94:20348

sądu umotywowana została jednak odmiennie niż w omówionych powyżej sprawach rozpoznawanych przez Sąd Apelacyjny w Wersalu i Sąd Apelacyjny w Paryżu. W uzasadnieniu wyroku wskazano bowiem, że dziecku nie przysługuje prawo do bycia „nieurodzonym". Odrzucenie tezy o istnieniu obiektywnego prawa do narodzin lub nieurodzenia się przesądziło w tym wypadku o oddaleniu roszczeń powoda.

Co ciekawe, zgoła odmienne stanowisko prezentował od lat Sąd Kasacyjny. Już w roku 1991[267] zasądził na rzecz upośledzonego dziecka 80 tys. franków tytułem odszkodowania w ramach *wrongful life*. Sąd stwierdził, że pomiędzy zawinionym zaniechaniem lekarza, polegającym na pominięciu badania serologicznego różyczki rodziców powoda podczas przedślubnych badań nupturientów (wówczas obowiązkowych we Francji) a utratą przez dziecko szansy na życie bez upośledzeń (dziecko przyszło na świat niesłyszące, niewidome, z poważną wadą serca) istnieje związek przyczynowy. Z uwagi na wypełnienie wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej, zdaniem sądu, powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Pomimo krytyki, Sąd Kasacyjny potrzymał swoje stanowisko w kolejnych orzeczeniach. Wyrokiem z 26 marca 1996 r.[268] przyznał odszkodowanie dziecku, którego rodzice nie zdecydowali by się na poczęcie, gdyby pozwany lekarz błędnie nie wykluczył ryzyka odziedziczenia przez przyszłe potomstwo poważnej choroby genetycznej obciążającej ojca. W innym orzeczeniu wydanym tego samego dnia Sąd Kasacyjny uchylił wspomniany już wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 1993 r. w części oddalającej powództwo dziecka i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Orleanie. Po ponownym rozpoznaniu sprawy przez orleański Sąd Apelacyjny, który podtrzymał stanowisko Sądu Apelacyjnego w Paryżu sprawa po raz kolejny trafiła na wokandę Sądu Kasacyjnego. Orzeczeniem z 17 listopada 2000 r.[269] Sąd Kasacyjny, w pełnym składzie Zgromadzenia Ogólnego uchylił zaskarżony wyrok uznając, że jeśli zawinione zaniedbanie lekarza przeszkodziło matce w podjęciu decyzji o przerwaniu ciąży i uniknięciu urodzenia dziecka dotkniętego upośledzeniem, dziecko może domagać się naprawienia szkody wynikłej ze swojego upośledzenia i będącej skutkiem zawinionego postępowania. Wkrótce inne sądy

[267] Orzeczenie z 16 lipca 1991 r., Bull. civ. 1991, nr 248, [za:] *Ibidem*.
[268] Orzeczenie z 26 marca 1997 r., D. 1997, J. 35, [za:] *Ibidem*.
[269] Orzeczenie z 17 listopada 2000 r., D. 2000, J. 42 [za:] *Ibidem*.

95:57180

konsekwentnie podążyły za przykładem Sądu Kasacyjnego, zasądzając odszkodowania z tytułu *wrongful life*[270].

Orzeczenie Zgromadzenia Ogólnego Sądu Kasacyjnego wzbudziło burzliwą krytykę różnych grup społecznych. Liczni przedstawiciele doktryny wskazywali, że godność ludzka wyklucza możliwość postrzegania życia w kategoriach szkody (*vie dommageable*). Życie w upośledzeniu, jakkolwiek wielkim nieszczęściem nie byłoby dla dziecka i jego najbliższych, nie może być uznane za szkodę mogącą podlegać naprawieniu (*un dommage indemnisable*). Do sprzeciwu wobec stanowiska judykatury przyłączyli się także lekarze upatrujący w nowej praktyce orzeczniczej zagrożenia dla własnych interesów. Lekarze wykonujący badania echokardiografii zastrajkowali. Protest został poparty przez ubezpieczycieli, którzy zapowiedzieli znaczny wzrost wysokości składek w związku z podwyższonym ryzykiem szkód medycznych[271].

Jednym z czołowych krytyków wytyczonej przez Sąd Kasacyjny linii orzeczniczej jest prof. Denis Mazeaud. Jego zdaniem praktyka judykatury w zakresie skarg *wrongful life* wpisuje się w panującą w ustawodawstwie i orzecznictwie francuskim ideologię naprawienia wszelkich szkód (*l'idéologie de la réparation*). Zwraca on uwagę, że w imię imperatywu odszkodowawczego (*l'impératif d'indemnisation*) dokonuje się większych lub mniejszych manipulacji prawnych w celu naprawienia wszystkich rodzajów uszczerbków, co prowadzi do „rozwodu" pomiędzy odszkodowaniem, a odpowiedzialnością (*le divorce entre l'indemnisation et la responsabilité*)[272].

Wkrótce problematyka *wrongful life* nabrała politycznego charakteru. Pod presją różnorodnych lobby, lekarzy i mediów ustawodawca francuski zdecydował się przyjęcie regulacji prawnej mającej na celu skrępowanie stanowiska judykatury. Ustawa z dnia 4 marca 2002 r. o prawach pacjentów i jakości systemu zdrowia[273] w art. 1 przewidywała, że nikt nie może dochodzić odszkodowania z samego faktu urodzenia (*„Nul ne peut se prévaloir d'un*

[270] Zob. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Bordeaux z 19 września 2001 r., D. 2001, Jurisprudence, I.R. 2805, [za:] T. Jusyński, *Poczęcie...op. cit*., s. 253.

[271] M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza...op. cit.*, s. 295.

[272] D. Mazeaud, *Réflexions sur un malentendu*, D. 2001, s. 332, https://actu.dallozetudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/Mazeaud_sur_perruche.pdf (dostęp na dzień: 18.04.2018 r.).

[273] La loi nº 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Journal Officiel z 5 marca 2002 r., https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015&categorieLien=id (dostęp na dzień: 18.04.2018 r.); Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialnosć cywilna za szkodę wyrządzoną przy leczeniu w prawie francuskim (według ustawy z 4 marca 2002 r., o prawach pacjentów)*, Prawo i Medycyna 2002, nr 12, s. 116 i n.

96:10096

préjudice du seul fait de sa naissance"). Obecnie regulacja ta w niezmienionym brzmieniu zawarta jest w art. L-114-5 Kodeksu opieki społecznej i rodziny (*Code de l'action sociale et des familles*).

3. Szkoda w sprawach *wrongful life*

3.1. Uwagi ogólne

Jednym z warunków koniecznych akceptacji odpowiedzialności w ramach *wrongful life* jest wykazanie istnienia szkody w przypadku urodzenia się w stanie upośledzenia. Problematyka szkody w braku stosownego instrumentarium prawnego, rozbijając się jednocześnie o moralno- etyczny dylemat porównania wartości życia i stanu nieistnienia, zajmuje centralne miejsce w dyskursie o *wrongful life*.

Potwierdzenie, że w danym przypadku mamy do czynienia ze szkodą wymagałoby w pierwszej kolejności wykazania istnienia prawnie chronionego interesu dziecka oraz faktu jego naruszenia i powstałego w związku z tym uszczerbku. Należy zatem udowodnić, że w określonych okolicznościach życie może być stanem mniej korzystnym niż hipotetyczna sytuacja „nieistnienia", oraz że prawo do „zdrowego urodzenia się" (bądź prawo do „nieistnienia") mieści się w zakresie prawnie chronionych dóbr każdego człowieka. W dalszej kolejności ustalić należy wysokość ewentualnego uszczerbku, przy zastosowaniu metody dyferencyjnej. Analiza ta przeprowadzana w oderwaniu od wskazanych uprzednio wątpliwości natury egzystencjalnej, pozwoli ocenić czy kontrowersje etyczno-moralne jakie rodzi w tym kontekście teza o przynależnej każdej istocie ludzkiej godności nie są *de facto* wyłączną podstawą poglądu o niedopuszczalności rozpatrywania życia dziecka w kategorii szkody.

3.2. Prawo do „nieistnienia"

Prawo do urodzenia się bez upośledzeń (*right of a child to be born as a whole, functional human being*) stanowi szczególną konstrukcję wypracowaną w drugiej połowie lat 70-tych przez judykaturę amerykańską. Koncepcja ta uzasadniać miała odpowiedzialność odszkodowawczą lekarza wobec dziecka urodzonego w stanie upośledzenia. Ponieważ jednak wina profesjonalisty medycznego w sprawach *wrongful life*, jak wielokrotnie wskazywano, nie polega na wywołaniu upośledzenia, ale na uniemożliwieniu przerwania ciąży, bardziej zasadne jest posługiwanie się konstrukcją „prawa do nieistnienia". Gdyby bowiem lekarz

97:77501

postąpił prawidłowo, a rodzice podjęliby decyzję o przerwaniu ciąży, dziecko w ogóle by się nie urodziło[274]. Za prawnie chroniony interes dziecka nie może być zatem uznane w tych przypadkach „zdrowe urodzenie się". Alternatywą dla życia z upośledzeniem jest bowiem brak jakiejkolwiek egzystencji. Stąd, ujmowanie interesu dziecka jako prawa do „nieistnienia", pomimo niewątpliwie negatywnych konotacji jakie budzi to sformułowanie, należy uznać za bardziej trafne.

Koncepcja „prawa do niebytu" znajduje wśród przedstawicieli doktryny swoich zwolenników i przeciwników. W literaturze zagranicznej wskazuje się, że życie nie zawsze jest bardziej pożądaną alternatywą niż stan nieistnienia. A.J. Belsky stwierdza, że „prawo do nieistnienia" odpowiada w swych założeniach prawu do śmierci (*right to die*), a więc prawu pacjenta znajdującego się w stanie terminalnym do przerwania dalszej terapii. Autor ten odrzuca argumenty przeciwników wskazanego porównania podnoszących, że w przeciwieństwie do pacjenta samodzielnie podejmującego decyzję o zakończeniu własnej egzystencji, wartość życia nienarodzonego dziecka poddana byłaby ocenie obiektywnej, z oczywistych względów oderwanej od opinii samego zainteresowanego. A.J. Belsky nie neguje konieczności dokonywania oceny „zewnętrznej", ale podkreśla, że także nie we wszystkich przypadkach pacjenci w stanie terminalnym zdolni są samodzielnie podjąć decyzję o skorzystaniu z przysługującego im prawa do śmierci. W tych wypadkach uprawnienie do zadecydowania o przerwaniu terapii podtrzymującej życie przyznane zostało rodzinie pacjenta. Podobnie więc jak w przypadkach „prawa do nieistnienia" osoba bezpośrednio zainteresowana nie ma rzeczywistego wpływu na proces decyzyjny prowadzący do skorzystania z uprawnienia do przerwania swojej egzystencji. A.J. Belsky podważa zatem różnicowanie sytuacji nienarodzonych dzieci z ciężkimi upośledzeniami i pacjentów w stanie terminalnym, których stan zdrowia nie pozwala im na wyrażenie własnej woli. Tym samym opowiada się on za istnieniem- równolegle- prawa do śmierci i prawa do nieistnienia. Autor ten podkreśla oczywiście, że nie każda choroba płodu kreuje po jego stronie prawo do niebytu. Jakkolwiek granica pomiędzy upośledzeniami na tyle ciężkimi by pociągały za sobą prawo do nieistnienia, a tymi, których stopień prawa tego nie uzasadnia, jest trudna do ustalenia, a jej wytyczenie poprzedzone powinno być wszechstronną oceną znanych medycynie objawów chorobowych, istnieją takie formy upośledzenia, które w oczywisty- zdaniem A. J. Belsky'ego- sposób wykluczają przyznanie życiu wyższej wartości niż niebytowi. Wśród tych ostatnich autor wymienia między innymi

[274] T. Justyński, *Poczęcie... op. cit*., s. 270.

98:55229

zespół Tay-Sasha i zespół Lescha- Nyhana[275], po przeciwnej stronie spektrum wskazując takie choroby jak anemia sierpowata[276], dziedziczna ślepota czy głuchota[277].

Istnienie „prawa do nieistnienia" kategorycznie kwestionuje między innymi Tomasz Justyński. Po pierwsze, autor ten odrzuca zapatrywanie, zgodnie z którym konstrukcja prawa do niebytu odpowiada w swych założeniach prawu pacjenta w stanie terminalnym do podjęcia decyzji o przerwaniu terapii. Podnosi on, podobnie jak inni przeciwnicy poglądu A.J. Belsky'ego, że sytuacje dziecka w stanie upośledzenia i pacjenta dążącego do skrócenia własnych cierpień różnicuje zasadniczo ciężar oceny wartości ich życia. O ile w drugim przypadku ocena ta ma charakter subiektywny, w wypadku dziecka poczętego jest ona czysto zewnętrzna[278]. Konstatacja ta, jak wspomniano, pomija jednak sytuacje, w których pacjent w stanie terminalnym nie jest zdolny do samodzielnego wyrażenia woli co do skorzystania z uprawnienia do zakończenia swojej egzystencji. Jakkolwiek zatem słuszny jest wniosek o obiektywnym charakterze oceny wartości życia dziecka poczętego (nie sposób przecież uzyskać opinii nasciturusa w tym zakresie), nie jest zasadne twierdzenie, że ciężar tej oceny różnicuje konstrukcje „prawa do nieistnienia" i „prawa do śmierci".

Trafne wydaje się jednak inne spostrzeżenie Tomasza Justyńskiego przedstawione na tle rozważań w zakresie istnienia „prawa do niebytu". Autor ten podnosi mianowicie, że „przyznanie dziecku prawa do niebytu byłoby w istocie niczym innym jak odebraniem mu prawa do istnienia[279]„. Wniosek ten, choć *prima facie* zaskakujący, znajduje uzasadnienie w prostej konstatacji, że prawo (uprawnienie) to nic innego jak wolność w zakresie dokonania wyboru. Nie sposób *a priori* zakładać, że uprawniony (w tym przypadku nienarodzone dziecko) wyraziłoby wolę uczynienia ze swojego prawa użytku. Przyjęcie domniemania, że jednostki upośledzone każdorazowo wolałyby skorzystać z prawa do nieistnienia (śmierci), przekształca to uprawnienie w obowiązek lekarza niedopuszczenia do przyjścia na świat

[275] Zespół Lescha- Nyhana związany jest z zaburzeniem czynności neurologicznych, funkcji poznawczych oraz dewiacją zachowań, a także hiperurykemią. Charakterystyczną cechą zespołu Lescha-Nyhana są zachowania związane z samookaleczeniem (gryzieniem warg i palców). Nawyk ten jest tak silny, że używaną do niedawna metodą zapobiegania samookaleczaniu się była ekstrakcja zębów. Zob. L. T. Anderson, M. Ernst, *Self-injury in Lesch-Nyhan disease* [w:] Journal of Autism and Developmental Disorders 1994, nr 24, s. 67-81.

[276] Anemia sierpowata to rodzaj wrodzonej niedokrwistości. Do najczęstszych objawów należą trachykardia, częste infekcje, ból o zróżnicowanym nasileniu w różnych lokalizacjach będący skutkiem niedokrwienia narządów.

[277] A. J. Belsky, *Injury as a Matter of Law: Is This the Answer to the Wrongful Life Dilemma*?, University of Baltimore Law Review 1993, nr 22, s. 223 i n.

[278] T. Justyński, *Poczęcie... op. cit*., s. 270 i n.

[279] *Ibidem*.

99:12044

dzieci
z upośledzeniem (w przeciwnym razie bowiem narażałby się na odpowiedzialność cywilną). Takie rozumowanie, jak wskazano uprzednio, zostało silnie zaakcentowane w praktyce brytyjskiej, gdzie obawa przed pochopnymi działaniami lekarzy stała się dla prawodawcy motorem do ustawowego uregulowania problematyki *wrongful life*.

Tomasz Justyński, podobnie jak A. J. Belsky zauważa słusznie, że nie każda forma upośledzenia daje podstawy by przypuszczać, że osoby nią dotknięte wyżej niż życie ceniłyby sobie stan braku jakiejkolwiek egzystencji. Spektrum możliwych wad wrodzonych jest niezmiernie szerokie, a ich uciążliwość wacha się od lekkiej- niewpływającej istotnie na jakość życia, do poważnej na tyle, że można przypuszczać, że osoba dotknięta określoną wadą wolałaby w ogóle się nie urodzić. Wreszcie istnieją przypadki, w których osoby dotknięte wrodzonymi wadami w ogóle nie mają świadomości własnego upośledzenia. Dla przykładu, osoby z zespołem Downa nie uważają swojego istnienia za uciążliwe i są - w swoim subiektywnym odczuciu- szczęśliwe[280].

Zwolennicy poglądu negującego możliwość wyróżnienia w katalogu praw podmiotowych prawa do urodzenia się wolnym od upośledzeń, czy raczej jak wykazano- „prawa do niebytu"- podkreślają, że przyznanie nasciturusowi tego prawa jest w istocie rzeczy podważeniem jego prawa do życia. Odrzucenie rozważanej konstrukcji wyklucza istnienie prawnie chronionego interesu dziecka, a tym samym- istnienie prawnie relewantnej szkody.

3.3. Niemożność ustalenia rozmiarów szkody

Ewentualne zajęcie stanowiska przeciwnego, a więc przyjęcie, że dziecku przysługuje „prawo do nieistnienia" nie implikuje jeszcze akceptacji skarg *wrongful life*. Przesądzenie kwestii dopuszczalności tych powództw wymaga bowiem, istnienia instrumentarium prawnego pozwalającego na określenie wysokości doznanego uszczerbku.

Niemożność oszacowania wysokości szkody jest, jak wynika z analizy dorobku orzeczniczego wybranych państw, jednym z podstawowych argumentów wskazywanych jako przeszkoda do uznania roszczeń z tytułu *wrongful life*. Prosta operacja logiczna w ramach metody dyferencyjnej nie może znaleźć zastosowania na gruncie skarg dzieci podnoszących, że cierpienia związane z życiem w upośledzeniu są na tyle poważne, że lepiej byłoby gdyby

[280] *Ibidem*, s. 272.

100:34326

w ogóle się nie urodziły. Brak jest bowiem odpowiedniego instrumentarium prawnego pozwalającego na przypisanie określonej wartości ludzkiemu istnieniu. Ponadto, niemożliwym jest ustalenie wartości majątkowej stanów emocjonalnych takich jak miłość i radość, a więc korzyści, które zgodnie z zasadami prawa cywilnego powinny zostać zaliczone na poczet doznanych uszczerbków. System prawa cywilnego nie dysponuje kategoriami pojęciowymi odpowiednimi dla szacowania wartości ludzkiej egzystencji. Oznacza to, że nawet gdyby przyjąć istnienie prawnie chronionego interesu dziecka w postaci „prawa do niebytu" nie będzie możliwe ustalenie wartości szkody jakiej doznało ono w wyniku naruszenia tego prawa z winy podmiotu medycznego. W piśmiennictwie francuskim akcentując „niewynagradzalny" charakter szkody (*préjudice non indemnisable*) pytano retorycznie: kto ośmieli się powiedzieć ile kosztuje ludzkie życie?[281]

Na marginesie rozważań warto zasygnalizować, że roszczenia dzieci z upośledzeniem rozbijają się zasadniczo o egzystencjalny sposób rozumienia szkody w sprawach *wrongful life*. Gdyby przenieść na grunt *wrongful life* koncepcję szkody wypracowaną na tle roszczeń rodziców z tytułu *wrongful birth* i *wrongful conception,* a zatem przyjąć, że dziecko domaga się kompensacji wydatków ponoszonych w związku z koniecznością życia w upośledzeniu, większość kontrowersji wokół tych powództw zostałoby wyeliminowane. Nie zachodziłaby bowiem konieczność szacowania wartości życia jako takiego, a wysokość szkody sprowadzonej do kosztów utrzymania dziecka z upośledzeniem byłaby możliwa do ustalenia. Negacja roszczeń *wrongful life* pozbawia osoby *de facto* cierpiące w związku zawinionym postępowaniem lekarza możliwości kompensacji poniesionych szkód. Sytuację, w której uznaje się legitymację czynną rodziców do dochodzenia odszkodowania obejmującego wydatki związane z utrzymaniem dziecka, a kwestionuje się uprawnienie osoby upośledzonej w tym zakresie należy uznać za wysoce nielogiczną. Nietrudno wszakże wyobrazić sobie przypadki, w których dziecko nie mogłoby liczyć na to, że rodzice wystąpią ze stosownym roszczeniem. Takie ukształtowanie rozpatrywanych powództw znacząco pogarsza sytuacje sierot i dzieci porzuconych. Powołanie się na brak stosownego instrumentarium prawnego nie może być uznane za przekonywujące uzasadnienie tego stanu rzeczy. Zredefiniowanie pojęcia szkody na gruncie skarg *wrongful life* pozwoliłoby na uniknięcie różnicowania sytuacji prawnej upośledzonych dzieci i ich rodziców. Oczywiście powyższe uwagi zachowają aktualność wyłącznie pod warunkiem akceptacji konstrukcji prawa dziecka

[281] L. Aynès, *Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation*, D., 2001, Chron., s. 492 i n.

101:46646

do „nieistnienia”. Dopiero bowiem uznając, że dziecko doznaje uszczerbku w prawnie chronionych interesach możemy badać postać poniesionej szkody. W zależności od wyniku tego badania, a więc przyjęcia, że szkodą dziecka jest jego egzystencja w cierpieniu, bądź stwierdzenia, że prawnie relewantny uszczerbek sprowadza się do kosztów utrzymania możliwe będzie przesądzenie o dopuszczalności lub niedopuszczalności skarg *wrongful life*. W tym ostatnim przypadku, należałoby uznać, że roszczenia dzieci o naprawienie szkody majątkowej w postaci wydatków związanych z własnym upośledzeniem są zasadne.

Konieczną w moim przekonaniu konsekwencją akceptacji istnienia prawa do „niebytu” jest uznanie skarg *wrongful life*. Odrzucenie analizowanych powództw z powołaniem li tylko na niemożność oszacowania wartości życia ludzkiego i z pominięciem alternatywy w postaci wyizolowania kosztów utrzymania jako samodzielnego przedmiotu roszczeń dziecka nie jest rozwiązaniem trafnym.

Dla potrzeb prowadzonej analizy należy jednak podkreślić, że w doktrynie i judykaturze zagranicznej powszechnie przyjmuje się, że szkodą w sprawach *wrongful life* jest fakt życia w upośledzeniu, a nie wydatki z nim związane. Akceptacja tej konstrukcji, jak wykazano uprzednio, wyklucza *de iure* dopuszczalność rozpatrywanych roszczeń.

3.4. Niemożność ustalenia rozmiarów szkody czy brak szkody?

Mając na względzie wszystkie powyższe uwagi należy przyłączyć się do poglądu odrzucającego istnienie prawnie chronionego interesu dziecka w postaci prawa do „niebytu”. W kontekście zasadniczo powszechnego braku akceptacji „prawa do śmieci”[282], konstrukcja prawa do „nieistnienia” jawi się jako równie dyskusyjna. Dziecko, które w wyniku zawinionego postępowania lekarza rodzi się i cierpi, a w późniejszym życiu ponosi szczególne, nierzadko niezwykle wysokie wydatki związane z własnym utrzymaniem, niewątpliwie doznaje pewnego uszczerbku, lecz uszczerbek ten zachodzi wyłącznie w dobrach, których żadna norma ochronna nie obejmuje bezpośrednio. Choć więc intuicyjnie to upośledzone dziecko uważamy za osobę najdotkliwiej poszkodowaną działaniem lub zaniechaniem lekarza, jego szkoda ma charakter wyłącznie pośredni. Bezpośrednio poszkodowanymi są rodzice, bowiem to ich prawnie chronione interesy zostały naruszone przez bezprawne uniemożliwienie im przerwania ciąży. Pomimo że sytuacja, w której dziecko, w przeciwieństwie do rodziców, pozbawione jest jakichkolwiek roszczeń

[282] Czynna eutanazja w Unii Europejskiej jest legalna wyłącznie w Holandii, Belgii i Luksemburgu.

102:47488

odszkodowawczych instynktownie wydaje się niesłuszna, nie ma podstaw do przyznania upośledzonemu dziecku prawa do domagania się naprawienia uszczerbków związanych z własnymi narodzinami. Uznając, że nasciturusowi nie przysługuje roszczenie o aborcję należy zgodzić się ze stanowiskiem, zgodnie z którym w sprawach *wrongful life* nie występuje prawnie relewantna szkoda. Jakkolwiek zatem do skarg *wrongful life* należałoby odnieść rozważania poczynione w związku z problematyką winy lekarza i przyczynowości adekwatnej, wobec stwierdzenia braku szkody w jej cywilistycznym ujęciu, nie wydaje się to konieczne. Wykazanie braku jednej z przesłanek warunkujących powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej wyłącza bowiem możliwość przypisania lekarzowi tej odpowiedzialności.

Stanowisko, zgodnie z którym dziecku nie przysługuje „prawo do nieistnienia" zdaje się dominować w doktrynie i judykaturze zagranicznej. W tym ujęciu niedopuszczalność skarg *wrongful life* jest konsekwencją braku szkody, a nie niemożności jej oszacowania. Jakkolwiek zatem ciężkie nie byłoby upośledzenie, ze względu na brak prawnie chronionego interesu, wymyka się ono wszelkiej odpowiedzialności[283].

Krytycznie w tym kontekście należy odnieść się do argumentacji opartej wyłącznie na ocenie moralnej roszczeń z tytułu życia w cierpieniu. Uzasadnienie niedopuszczalności skarg *wrongful life* w licznych wypowiedziach przedstawicieli piśmiennictwa ogranicza się do wywodów etycznych, pomijając całkowicie bądź istotnie limitując argumentację jurydyczną. Jak wskazuje na przykład Ewa Łętowska „w przypadku roszczeń *wrongful life* należałoby (...) znaleźć podmiot odpowiedzialny za upośledzenie dziecka, co z uwagi na moralno-etyczny aspekt tych roszczeń, w większości społeczeństw wydaje się być niemożliwe".[284] Niewątpliwie w refleksji o powództwach z tytułu życia w cierpieniu nie sposób uniknąć trudnych rozważań natury egzystencjalnej. Problematyka moralno-etyczna nie może jednak odgrywać dominującej roli w dyskursie prawnym.

[283] M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza...op. cit*., s. 291.

[284] E. Łętowska, „Wysokie Obcasy", dodatek do „Gazety Wyborczej", z 22 maja 2004 r. [za:] K. Kawecka, *Skarga wrongful life – charakter prawny i dopuszczalność*, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2013, nr 15, https://rf.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Karolina_Kawecka___Skarga_wrongful_life_____charakter_prawny_i_dopuszczalnosc___Rozprawy_Ubezpieczeniowe_nr_15__2_2013___21896 (dostęp na dzień: 15.05.2018 r.).

103:34607

ROZDZIAŁ IV *WRONGFUL CONCEPTION, WRONGFUL BIRTH, WRONGFUL LIFE* W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM

1. Polska praktyka orzecznicza

Precedensowy charakter w polskiej praktyce orzeczniczej miała sprawa określona przez media relacjonujące kontrowersyjny proces jako „przypadek łomżyński". Pierwsze dziecko powodów przyszło na świat dotknięte nieuleczalną chorobą genetyczną- hipochondrioplazmą w postaci ciężkiej dysplazji kręgosłupowo- przynasadowej. Z uwagi na niepełnosprawność pierworodnego dziecka, złą sytuację materialną rodziny i problemy zdrowotne matki (kobieta cierpiała na cukrzycę i schorzenie stawów biodrowych) małżonkowie pragnęli uniknąć kolejnej ciąży. W marcu 1999 r. okazało się jednak, że powódka spodziewa się kolejnego dziecka. Lekarze Szpitala Wojewódzkiego w Łomży odmówili skierowania kobiety na badania prenatalne i stwierdzenia podstaw do przerwania ciąży oświadczając, że choroba syna nie jest wskazaniem do podjęcia żądanych przez pacjentkę czynności. Młodsza córka powodów przyszła na świat w październiku 1999 r. dotknięta tym samym schorzeniem co jej brat. Dziewczynka wymaga ponadprzeciętnej opieki i do końca życia pozostanie zależna od otoczenia. Rokowania w zakresie ruchomości dziecka wobec narastających deformacji kości i stawów oraz niepewności powodzenia korekcyjnych zabiegów operacyjnych są trudne do przewidzenia. Powódka po porodzie przeżyła załamanie psychiczne i przez 6 miesięcy nie była w stanie sprawować opieki nad córką. Następnie, w związku z koniecznością zajmowania się dwójką niepełnosprawnych dzieci kobieta została zmuszona do zrezygnowania z pracy zawodowej[285].

Na tle wskazanego stanu faktycznego polska judykatura po raz pierwszy musiała zmierzyć się z koniecznością rozważenia podstaw i charakteru odpowiedzialności lekarza za naruszenie prawa rodziców do planowania rodziny i przerwania ciąży. W toku kontrowersyjnego w oczach opinii publicznej procesu zapadło łącznie 5 wyroków.

Rozpoznający sprawę w I instancji Sąd Okręgowy ustalił, że pozwani lekarze dopuścili się zawinionego naruszenia prawa powódki do informacji o swoim stanie zdrowia i prawa do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej oraz pozbawili ją prawa do rzetelnej informacji o stanie ciąży, prawa do skierowania na badania prenatalne, a w konsekwencji prawa do aborcji w warunkach dopuszczalności. W wyniku

[285] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2017 r., s. 608.

104:91068

niedbalstwa lekarzy doszło więc w ocenie Sądu Okręgowego do naruszenia dóbr osobistych pacjentki.

W wyroku kończącym postępowanie w I instancji za uzasadnione uznane zostało roszczenie powódki o zadośćuczynienie za krzywdę, jakiej doznała w wyniku naruszenia wskazanych praw oraz za cierpienia fizyczne i psychiczne związane z ciążą i porodem, a także za przebyte załamanie nerwowe. Sąd zasądził również odszkodowanie odpowiadające w swej wysokości zarobkom utraconym w okresie załamania psychicznego oraz kosztom leczenia depresji. Roszczenie o odszkodowanie obejmujące wydatki związane z leczeniem i rehabilitacją, a także zwiększone koszty utrzymania i wychowania dziecka zostało oddalone.

Rozpoznający sprawę w II instancji Sąd Apelacyjny w oparciu o analizę opinii pięciu instytutów naukowo- badawczych uznał, że nie zachodzi związek przyczynowy pomiędzy zaniedbaniami lekarzy, a niemożnością dokonania przez powódkę aborcji, bowiem nawet gdyby pozwani lekarze dopełnili swoich obowiązków, postawienie pełnej diagnozy prenatalnej nie byłoby możliwe w czasie, gdy dopuszczalne było przerwanie ciąży. Tym samym, wyrok sądu I instancji utrzymany został wyłącznie w zakresie w jakim powódce przyznane zostało zadośćuczynienie za krzywdę spowodowaną naruszeniem prawa do rzetelnej informacji o stanie zdrowia i skierowania na badania prenatalne. Ewentualna krzywda wynikająca z pozbawienia powódki prawa do przerwania ciąży, w braku jednej z koniecznych przesłanek odpowiedzialności, nie mogła zostać objęta obowiązkiem indemnizacji[286].

Uznając roszczenie powódki o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę i oddalając powództwo o odszkodowanie zarówno Sąd Okręgowy jak i Sąd Apelacyjny stanęły na stanowisku, że osobą poszkodowaną w rozumieniu art. 444 k.c. jest dziecko urodzone z upośledzeniem a nie jego rodzice, nawet jeśli to oni ponoszą zwiększone koszty utrzymania i leczenia. Oba sądy uznały zatem, że powodowie nie są czynnie legitymowani do dochodzenia odszkodowania związanego z ponoszeniem tych kosztów. Tym samym sądy opowiedziały się jednoznacznie za dopuszczalnością w polskim porządku prawnym skarg *wrongful life*, odrzucając jednocześnie konstrukcję *wrongful birth*[287].

[286] M. Bilecka, *Proces o złe urodzenie... op. cit.,* s. 40.
[287] *Ibidem,* s. 42.

105:73936

Odmienny pogląd przyjął w tym zakresie Sąd Najwyższy uchylając wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania. W cytowanym już wyroku z dnia 13 października 2005 r., konsekwentnie potwierdził swoje dotychczasowe stanowisko, że prawo do przerwania ciąży wynikające z przepisów ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, jest prawem podmiotowym rodziców (dobrem osobistym)[288], a jego naruszenie rodzi po ich stronie roszczenie o zadośćuczynienie za krzywdę na podstawie art. 448 k.c. oraz o odszkodowanie na podstawie art. 444 § 1 w związku z art. 361 § 1 i 2 k.c. „obejmujące nie tylko szkodę majątkową w postaci kosztów ciąży i porodu czy utraty możliwości zarobkowych matki po urodzeniu upośledzonego dziecka, lecz także szkodę wynikającą z konieczności ponoszenia przez rodziców zwiększonych kosztów utrzymania upośledzonego dziecka".

Sąd wskazał, że stanowisko zgodnie z którym legitymacja czynna w procesach odszkodowawczych związanych z pozbawieniem kobiety możliwości przerwania ciąży przysługuje rodzicom, a nie dziecku przeważa w orzecznictwie zdecydowanej większości krajów. Podkreślił jednocześnie, że żadne prawa dziecka nie zostają naruszone zawinionymi zaniedbaniami lekarza, bowiem „nie istnieje prawo dziecka do nieurodzenia się w razie występowania wad płodu i sam fakt urodzenia się dziecka nie może być uznany za jego szkodę".

Jednocześnie Sąd Najwyższy podkreślił, że fakt urodzenia się dziecka dotkniętego wadą genetyczną nie jest szkodą rodziców, bowiem urodzenie się człowieka nie stanowi uszczerbku. W dalszej części cytowanego orzeczenia wskazano, że szkodą rodziców jest „uszczerbek majątkowy wynikający z konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów utrzymania i wychowania związanych z upośledzeniem dziecka, których nie planowali, nie godzili się ponosić i nie musieliby ponosić, gdyby nie zostało naruszone ich prawo do planowania rodziny i podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży" i tylko taka szkoda majątkowa pozostaje w związku przyczynowym z zaniedbaniami lekarzy w rozpatrywanej sprawie. Samo upośledzenie dziecka pozostaje bowiem poza zakresem odpowiedzialności lekarzy.

Choć powyższy pogląd należy co do zasady podzielić, słusznie zwraca uwagę Mirosław Nesterowicz, że stanowisko Sądu Najwyższego nie jest do końca konsekwentne. Z jednej bowiem strony, w cytowanym orzeczeniu mowa o „dodatkowych kosztach",

[288] Zob. wyrok SN z 21.11.2003 r. (V CK 16/03, OSP 2004, nr 10, poz. 125); wyrok SN z 12.06.2008 r. (III CSK 16/08, OSNC 2009, nr 3, poz. 48); wyrok SN z dnia 6 maja 2010 r. (II CSK 580/09, OSP 2011, nr 2, poz. 13).

106:34671

a więc wydatkach przekraczających te jakie związane są z wychowaniem zdrowego dziecka, z drugiej natomiast, Sąd Najwyższy wskazuje, że chodzi o koszty, których rodzice „nie godzili się ponosić". Gdyby jednak powodowie nie zostali pozbawieni prawa do przerwania ciąży, dziecko w ogóle nie przyszłoby na świat, a co za tym idzie, rodzice nie ponieśliby żadnych kosztów[289].

Sąd Najwyższy odrzucił ponadto pogląd Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym pomiędzy szkodą a zaniedbaniami lekarzy nie istnieje związek przyczynowy. Podważając to stanowisko wskazał, że przepis art. 4a ust.1 pkt.2 ustawy o planowaniu rodziny nie uzależnia dopuszczalności przerwania ciąży od ustalenia w sposób pewny na podstawie badań prenatalnych, że płód dotknięty jest określoną wadą genetyczną. Przerwanie ciąży, zgodnie z brzmieniem przepisu, dopuszczalne jest także gdy inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu.

W kończącym sprawę wyroku z 4 lipca 2008 r., Sąd Apelacyjny w Białymstoku[290] przyznał powódce zadośćuczynienie za doznaną krzywdę w kwocie 60 000 zł, odszkodowanie za utracone zarobki w okresie załamania psychicznego i kosztów leczenia depresji w kwocie 6899 zł, rentę w wysokości 1129 zł miesięcznie z tytułu zarobków utraconych w związku z koniecznością sprawowania osobistej opieki nad niepełnosprawnym dzieckiem. Ponadto sąd zasądził na rzecz powodów rentę z tytułu zwiększonych wydatków na utrzymanie dziecka w kwocie 1106 zł miesięcznie. Powodowi przyznane zostało również zadośćuczynienie w wysokości 30 000 zł za naruszenie jego prawa do planowania rodziny.

Polska judykatura po raz kolejny zetknęła się z powództwem z tytułu *wrongful birth* na gruncie sprawy zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 580/09[291]. Córka powodów przyszła na świat w 1996 r. dotknięta wrodzonymi wadami: brakiem uda, podudzia, przedramienia i dłoni. Lekarz prowadzący ciążę powódki trzykrotnie wykonywał badania ultrasonograficzne. Na skutek niezachowania standardów badania, pozwany początkowo nie zdiagnozował nieprawidłowości w rozwoju płodu, mimo że podczas drugiego z badań powinien był je z łatwością zauważyć. Dopiero podczas trzeciego badania lekarz stwierdził skrócenie kończyn płodu. Pozwany nie skierował jednak powódki na diagnostykę prenatalną, ani nie poinformował jej o wadach płodu,

[289] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy... op. cit.*, s. 618.
[290] I ACa 278/08, LEX nr 531750.
[291] OSP 2011, nr 2, poz. 13.

107:10302

mimo świadomości, że kobieta urodzi niepełnosprawne dziecko. Jak wskazywał pozwany w trakcie procesu „w jego ocenie poinformowanie pacjentki o urazie płodu mogło pogorszyć stan płodu i mógł nastąpić wcześniejszy poród".

Sąd uwzględnił powództwo rodziców niepełnosprawnej dziewczynki, podtrzymując argumentację wyrażoną na tle „sprawy łomżyńskiej". Istotnym novum na gruncie rozpatrywanej sprawy była teza, zgodnie z którą podstawą żądania rodziców, nie może być art. 444 § 1 k.c., natomiast obojgu rodzicom upośledzonego dziecka przysługuje roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 415 k.c. Stanowisko to zasługuje na aprobatę. Przepis art. 444 k.c.[292], regulując roszczenie poszkodowanego w razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, nie znajdzie zastosowania na gruncie powództw *wrongful birth.* Sąd Najwyższy wskazał trafnie, że zasądzenie kosztów zakupu samochodu wraz z windą do przewozu kalekiego dziecka, których przyznania domagali się rodzice, znajduje podstawę prawną w art. 415 k.c.[293]

2. *Wrongful life, wrongful birth* i *wrongful conception- de lege lata* i *de lege ferenda*

Polski dorobek orzeczniczy, jakkolwiek skromny, skłonił judykaturę do sformułowania de *lege ferenda* postulatu ustawowego uregulowania problematyki roszczeń dzieci upośledzonych i ich rodziców z tytułu odpowiednio: *wrongful life* i *wrongful birth*.

W cytowanym orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r. powtórzony został apel pierwotnie wyrażony we wspomnianej uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. III CZP 8/06 by „zainicjowano prace ustawodawcze umożliwiające przejęcie przez państwo kosztów trzymania dziecka w przypadku, gdy kobieta nie skorzystała z możliwości legalnego przerwania ciąży bądź gdy bezprawnie uniemożliwiono jej wykonanie tego zabiegu". Choć wskazana uchwała dotyczy bezpośrednio odpowiedzialności lekarza za bezprawne uniemożliwienie dokonania zabiegu przerwania ciąży będącej następstwem gwałtu, postulat ten należy odnieść do przypadków *wrongful birth* związanych z przypadkami naruszenia prawa do aborcji z przyczyn eugenicznych.

[292] Art. 444 § 1 k.c. W razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia naprawienie szkody obejmuje wszelkie wynikłe z tego powodu koszty. Na żądanie poszkodowanego zobowiązany do naprawienia szkody powinien wyłożyć z góry sumę potrzebną na koszty leczenia, a jeżeli poszkodowany stał się inwalidą, także sumę potrzebną na koszty przygotowania do innego zawodu.

[293] Art. 415 k.c. Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.

108:19319

Apel ten, wielokrotnie wyrażany również w piśmiennictwie polskim i zagranicznym[294] znajduje uzasadnienie w przekonaniu, że stworzenie odpowiedniego funduszu państwowego, gwarantując zabezpieczenie materialne upośledzonym dzieciom bez konieczności prowadzenia długotrwałych i kosztownych sporów sądowych, służyłoby pełniej ochronie życia ludzkiego. Ponadto w literaturze wskazuje się, że podobnie jak nie jest słuszne obciążanie niechcianymi kosztami utrzymania dziecka jego rodziców, nieproporcjonalne do winy lekarza byłoby przerzucanie na niego ciężaru leczenia i utrzymania dziecka przez cały okres jego życia.

O ile ten ostatni pogląd uznać należy za wysoce dyskusyjny (problematyka roli odpowiedzialności zawodowej lekarza jest w dobie rozwoju medycyny szczególnie kontrowersyjna), nie ulega wątpliwości, że pomoc publiczna usprawniłaby proces kompensacji szkód związanych z przyjściem na świat dziecka upośledzonego. Z drugiej strony, wydaje się, że dodatkowe wsparcie publiczne w tym zakresie, obok powszechnego- realizowanego przez system zabezpieczenia społecznego, stanowiłoby nieuzasadnione różnicowanie sytuacji rodzin, które nie rozważały przerwania ciąży i tych, które deklarowały chęć dokonania aborcji.

Polski ustawodawca nie pochylił się co prawda nad postulatami zapewnienia pomocy publicznej kobietom, których prawo do przerwania ciąży zostało naruszone, ale problematyka powództw *wrongful life* i *wrongful birth* dostrzeżona została przez komisję posła J. Gowina, która niejako „przy okazji" odniosła się do kwestii analizowanych roszczeń w projekcie (z dnia 17 grudnia 2008 r.) ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw[295]. Zgodnie z brzmieniem art. 11 ust. 2 projektu „Istnienie, pochodzenie lub cechy genetyczne embrionu nie mogą powodować powstania odpowiedzialności odszkodowawczej". W myśl art. 65 projektu w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty dodany zostać miał art. 4a w brzmieniu: „Nikt nie może żądać odszkodowania za utracone korzyści lub koszty poniesione w następstwie urodzenia się, życia, pochodzenia lub cech genetycznych dziecka ani zadośćuczynienia z tego tytułu". Pomijając podnoszone w piśmiennictwie zarzuty, że tak istotne zagadnienie nie powinno być unormowane „przy okazji" i w „byle jakim miejscu", w literaturze rozważano o jakie roszczenia chodziło autorom projektu- czy tylko

[294] Zob. m.in. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy... op. cit.,* s. 603, T. Justyński, *Poczęcie... op. cit.,* s. 280, D. Mazeaud, *Réflexions... op. cit.*

[295] http://www.law.uj.edu.pl/users/kk/czytelnia/bio/Projekt.pdf (dostęp na dzień: 25.04.2018 r.).

109:20302

wrongful life (a więc w związku z zasadniczym wykluczeniem tych roszczeń w judykaturze rola przepisu zasadzać miałaby się w potwierdzeniu niedopuszczalności tych powództw), czy także *wrongful birth* i ewentualnie *wrongful conception* (co oznaczałoby, że przepis ten postawić miałby tamę kształtującemu się orzecznictwu sądowemu)[296]. Niefortunny projekt został jednak odrzucony. W kolejnych latach problematyka analizowanych roszczeń nie cieszyła się zainteresowaniem ze strony polskiego ustawodawcy.

Analiza orzecznictwa i poglądów doktryny pozwala na przyjęcie stanowiska, że *de lege lata* skargi *wrongful birth* są w polskim porządku prawnym dopuszczalne. Słuszności tego poglądu upatrywać należy w ogólnych zasadach odpowiedzialności w reżimie deliktowym- bezpośrednio w brzmieniu art. 415 k.c. w związku z art. 361 § 1 i 2 k.c. Jak wykazano we wcześniejszej części pracy, w sprawach z tytułu *wrongful birth* zachodzą wszystkie konieczne przesłanki poniesienia przez podmiot medyczny deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej- wina, szkoda oraz adekwatny związek przyczynowy między zawinionym zdarzeniem a doznaną szkodą. Choć, jak była już o tym mowa, te same przesłanki realizują się na gruncie spraw *wrongful conception,* polska judykatura do tej pory nie zatknęła się z podobnymi skargami. Dopuszczalność roszczeń z tytułu *wrongful life* została w polskim orzecznictwie jednoznacznie wykluczona. Sądy orzekające w ślad za stanowiskiem judykatury zagranicznej podnoszą, że akceptacja skarg *wrongful life* nie jest możliwa ze względu na brak szkody. W związku ze stanowczym odrzuceniem konstrukcji „prawa do nieurodzenia się", w polskim orzecznictwie jak dotąd nie analizowano problematyki ustalania wysokości uszczerbku związanego z koniecznością życia w upośledzeniu.

Jak słusznie zauważa M. Safjan: „w praktyce pojawia się coraz większa liczba spraw (…) związanych nie tylko – jak niegdyś bywało – z odpowiedzialnością karną lub cywilną lekarza, lecz także dotyczących najbardziej skomplikowanych dylematów tyleż prawnych, co etycznych (…)"[297]. Postępujący wzrost świadomości pacjentów w zakresie przysługujących im praw pozwalał do niedawna przypuszczać, że rozważane skargi coraz częściej gościć będą na wokandach polskich sądów. Wydaje się jednak, że mamy obecnie do czynienia z sytuacją odwrotną. Wobec aktualnych uwarunkowań polityczno- prawnych należy wyrazić nadzieję, że stagnacja procesu ewolucji roszczeń odszkodowawczych dzieci

[296] M. Nesterowicz, *Prawo, etyka, religia, polityka w legislacji prokreacji medycznie wspomaganej*, Prawo i Medycyna 2009, nr 2, s. 12.
[297] M. Safjan [w:] M. Safjan red., *Prawo wobec medycyny i biotechnologii... op.cit.*, s. 11.

110:11083

upośledzonych i ich rodziców nie przerodzi się w regres, a dotychczasowy kierunek linii orzeczniczej zostanie w najbliższej przyszłości wzbogacony o nowe elementy pozwalające na pełniejszą realizację ochrony cywilnoprawnej przed zaniedbaniami ze strony podmiotów medycznych.

111:52127

BIBLIOGRAFIA

AKTY PRAWNE

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny (Dz. U. 1964, nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. 1993, nr 17, poz. 78 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 1997 nr 28 poz. 152 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta (Dz. U. 2009 nr 52 poz. 417 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. 2015 poz. 1087 z późn. zm.).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 września 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, połogu oraz opieki nad noworodkiem (Dz. U. 2012 poz. 1100 z późn. zm.).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych (Dz. U. 2013, poz. 1505 z późn. zm.).

LITERATURA

Aynès L., *Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation*, Dalloz 2001, Chron.

Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012.

Burleigh M., *Trzecia Rzesza. Nowa historia*, Kraków 2010.

EngenderHealth, *Contraceptive Sterilization. Global Issues and Trends*, Nowy Jork 2002.

Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks Cywilny Komentarz*, Warszawa 2017.

Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016.

Gutowski M. (red.), *Kodeks Cywilny Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016.

112:51502

Justyński T., *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003.

Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014.

Koziol H., Steininger B.C. (red.), *European Tort Law Yearbook 2002*, Wiedeń 2003.

Kubiak R., *Prawo medyczne*, Warszawa 2014.

Laing J., McHale J. (red), *Principles of Medical Law*, Oxford 2010.

Liszewska A., *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998.

Marek Z., *Błąd medyczny- odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007.

Nesterowicz M. , *Odpowiedzialność cywilna lekarza wobec nienarodzonego dziecka z tytułu wrongful life w prawie francuskim* [w:] Łopatka A., Kunicka-Michalska B., Kiewlicz S. (red.), *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 288.

Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2016.

Nesterowicz M., *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2017.

Olejniczak A. (red)., *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań- część ogólna*, t. 6, Warszawa 2014.

Osajda K. (red.), *Kodeks Cywilny Komentarz*, Warszawa 2017.

Peters B. G., Pierre J., *Handbook of public policy*, Londyn 2006.

Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny*, *Komentarz*, t. 1, Warszawa 2013.

Proser W., *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul 1971.

Radwański Z. (red.), *System Prawa Cywilnego*, t.3, cz. 1, Warszawa 1981.

Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania- część ogólna*, Warszawa 2014.

Safjan M. (red.) *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, Warszawa 2011.

Sośniak M., *Zagadnienie związku przyczynowego a dowód prima facie w procesach lekarskich*, Warszawa 1967.

Stecki L., *Zasada Pełnej Kompensacji szkody, zagadnienia wybrane* [w:] Błeszyński J., Rajski J. (red.) *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985.

Strzebińczyk J., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2013.

113:63045

Szpunar A., *Odszkodowanie za szkodę majątkową : szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998.

Szpunar A., *Ustalenie Odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.

Szpunar A., *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999.

Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 1989.

Tokarczyk R., *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012.

Trussell J., *Contraceptive efficacy* [w:] Hatcher R., Trussell J., Nelson A., Cates W., Kowal D., Policar M., *Contraceptive Technology: Twentieth Revised Edition*, Nowy Jork 2011.

van Gerven W., Lever J., Larouche P., *Tort Law*, Oregon 2000.

Warkałło W., *Odpowiedzialność odszkodowawcza- funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972.

Zajdel J., *Kompendium Prawa Medycznego*, Łódź 2008.

Zielińska E., *Oceny prawno karne przerywania ciąży. Studium Porównawcze*, Warszawa 1986.

Zielińska E., *Przerwanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990.

Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.

CZASOPISMA

Anderson L. T., Ernst M., *Self-injury in Lesch-Nyhan disease*, Journal of Autism and Developmental Disorders 1994, nr 24.

Belsky A. J., Injury as a Matter of Law: Is This the Answer to the Wrongful Life Dilemma?, University of Baltimore Law Review 1993, nr 22.

Bilecka M., *Proces o złe urodzenie (uwagi do wyroków Sądu Okręgowego w Łomży oraz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku),* Prawo i Medycyna 2005, nr 3.

Garlicki L., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych a „prawo do życia*", Państwo i Prawo 1992, nr 8.

Jacek A., „Złe urodzenie" jako źródło odpowiedzialności odszkodowawczej zakładu opieki zdrowotnej, Prokuratura i Prawo 2008, nr 12.

Justyński T., Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie orzeczenia Sądu Najwyższego RFN z dnia 27 czerwca 1995 r., Prawo i Medycyna 2000, nr 8.

114:18006

Kawecka K. , *Skarga wrongful life – charakter prawny i dopuszczalność*, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2013, nr 15.

Kowalewska- Łaguna M., *Dobrowolna sterylizacja w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Państwo i Prawo 2014, nr 1.

Kowalski M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu wrongful birth w prawie niemieckim*, Prawo i Medycyna 2002, nr 11.

Łętowska E., *Wysokie Obcasy*, dodatek do *Gazety Wyborczej*, z 22 maja 2004 r.

Liu A., *Wrongful life: some of the problems,* Journal of medical ethics 1897, nr 13.

Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przy leczeniu w prawie francuskim (według ustawy z 4 marca 2002 r., o prawach pacjentów),* Prawo i Medycyna 2002, nr 12.

Nesterowicz M., Prawo, etyka, religia, polityka w legislacji prokreacji medycznie wspomaganej, Prawo i Medycyna 2009, nr 2.

Pepłowska Z., *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA,* Prawo i Medycyna 2004, nr 1.

Rogowska A., *Prawna koncepcja „złego urodzenia" – rozwój koncepcji, terminologia i orzecznictwo zagraniczne,* IUSTITIA 2012, nr 3.

Safjan M., *Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny,* Prawo i Medycyna 1999, nr 1.

Wudarski A., Odpowiedzialność za szkody prenatalne na tle orzecznictwa sądów austriackich i niemieckich, Palestra 2003, nr 5–6.

Zielińska E., Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji, Państwo i Prawo 1985, nr 9.

Zimmermann R., *„Wrongful life" und „wrongful birth", Juristenzeitung 1997, nr 3.*

ORZECZNICTWO POLSKIE

Orzeczenie TK z 28.05.1997 r., (K. 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19).

Wyrok TK z 7.10.2015 r. (K 12/14 Dz.U. 2015 poz. 1633).

Uchwała SN z 22.02.2006 r. (III CZP 8/06, Prawo i Medycyna 2006, nr 4, s.132-140).

Uchwała SN z 10.07.2008 r. (III CZP 62/08, OSP 2010, nr 12, poz. 126).

Wyrok SN z 8.01.1965 r. (II CR 2/65, OSPiKA 1967, nr 9, poz. 220).

Wyrok SN z 8.01.1965 r. (II CR 2/65, OSPiKA 1967, nr 9, poz. 220).

115:41458

Wyrok SN z 7.01.1966 r. (I CR 396/65, OSPiKA 1966, nr 12, poz. 278).

Wyrok SN z 5.07.1967 r. (I PR 76/67, OSN 1968, nr 2, poz. 26).

Wyrok SN z 26.11.1998 r. (III CKN 4/98, LEX nr 50231).

Wyrok SN z 18.05.2000 r. (III CKN 810/98, niepubl.).

Wyrok SN z 18.10.2000 r. (V CKN 111/00, Lex nr 52740).

Wyrok SN z 14.03.2002 r. (IV CKN 826/00, niepubl.).

Wyrok SN z 23.10.2002 r. (II CKN 1185/00, LEX nr 77034).

Wyrok SN z 21.11.2003 r. (V CK 16/03, OSP 2004, nr 10, poz. 125).

Wyrok SN z 13.11.2005 r. (IV CK 161/05, OSP 2006, nr 6, poz. 71).

Wyrok SN z 17.10.2007 r. (II CSK 285/07, LEX nr 490418).

Wyrok SN z 22.01.2008 r. (II CSK 377/07, Lex nr 492167).

Wyrok SN z 19.06.2008 r. (V CSK 19/08, Lex nr 424433).

Wyrok SN z 12.06.2008 r. (III CSK 16/08, OSNC 2009, nr 3, poz. 48).

Wyrok SN z 12.06.2008 r. (III CSK 16/08, OSNC 2009, nr 3, poz. 48).

Wyrok SN z 6.05. 2010 r. (II CSK 580/09, OSP 2011, nr 2, poz. 13).

Wyrok SN z 6.05.2010 r. (II CSK 580/08 OSP 2011, nr 2, poz. 13).

Wyrok SN z 6.05.2010 r. (II CSK 580/09, OSP 2011, nr 2, poz. 13).

Wyrok SN z 10.02.2010 r. (V CSK 287/09, OSP 2012, nr 10, poz. 95).

Wyrok SN z 27.01.2012 r. (I CSK 211/11, Lex nr 1147728).

Wyrok SN z 8.05.2014 r. (V CSK 353/13, LEX nr 1466586).

Wyrok SA w Lublinie z 21.02.2006 r. (I ACA 69/06, Prawo i Medycyna 2007, nr 4, s. 130 i n.).

Wyrok SA w Białymstoku z 4.07.2008 r. (I ACa 278/08, LEX nr 531750).

Wyrok SA w Lublinie z 10.11.2009 r. (I ACa 523/09, Prawo i Medycyna 2011, nr 3, s. 127 i n.).

Wyrok SA w Poznaniu z 10.08.2011 r. (I ACa 1082/10, LEX nr 898633).

116:12823

ORZECZNICTWO ZAGRANICZNE

1. Wykaz orzeczeń amerykańskich

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego Kalifornii w sprawie Custodio v. Bauer, 59 Cal.R. 463 (California 1967).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego USA dla Dziesiątego Okręgu w sprawie Jorgensen v. Meade Johnson Laboratories, 483 F.2d 237 (10th Circuit 1973).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Illinois w sprawie Renslow v. Mennonite Hospital, 351 N.E 2d 870 (Illinois 1976).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Illinois w sprawie Wilczynski v. Goodman, 391 N.E. 2d 479 (Illinois 1979).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Illinois w sprawie Zepeda vs. Zepeda, 190 N.E. 2d 849 (Illinois 1963).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Kalifornii w sprawie Curlender v. Bio- Science Laboratories 165 Cal.R. 477 (California 1980).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Michigan w sprawie Troppi v. Scarf, 187 N.W. 2d 511 (Michigan 1971).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w stanie Floryda w sprawie Lane v. Cohen, 201 So. 2d 804 (Florida 1967).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w stanie Nowy Jork w sprawie Becker v. Schwartz, 46 2d 401 (New York 1978).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w stanie Nowy Jork w sprawie Williams v. State of New York, 18 N.Y.2d 481 (New York 1966).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Teksasie w sprawie Garwood v. Locke, 552 S.W. 2d 892 (Texas 1977).

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Waszyngtonie w sprawie Wuth v. Valley Medical Center and LabCorp, 71497-0 (Washington 2015).

117:56752

Orzeczenie Sądu Dystryktowego USA dla Dystryktu Ohio w sprawie Herring v. Knab, 458 F.Supp. 359 (Ohio 1978).

Orzeczenie Sądu Dystryktowego USA dla Dystryktu Ohio w sprawie Smith v. United States, 392 F.Supp. 654 (Ohio 1975).

Orzeczenie Sądu Hrabstwa Lycoming w sprawie Shaheen v. Knight, 11 Pa.D. & C. 2d 41 (Pensylwania 1957).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Arizony w sprawie Walker by Pizano v. Mart, 790 P.2d 735 (Arizona 1990).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Delaware w sprawie Coleman v. Garison, 327 A. 2d 757 (Delaware 1974).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Delaware w sprawie Coleman v. Garison, 349 A. 2d 8 (Delaware 1975).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Delaware w sprawie Peters v. Gelb, 303 A. 2d 685 (Delaware 1973).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie Turpin v. Sortini, 31 Cal. 3d 220 (California 1982).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Massachusetts w sprawie Burke v. Rivo, 406 Mass. 764 (Massachusetts 1990).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Minnesoty w sprawie Christensen v. Thornby, 255 N.W. 620 (Minnesota 1934).

Orzeczenie Sądu Najwyższego New Hampshire w sprawie Smith v. Cote, 128 N.H. 231 (New Hampshire 1986).

Orzeczenie Sądu Najwyższego New Jersey w sprawie Berman v. Allan, 404 A.2d 8 (New Jersey 1979).

Orzeczenie Sądu Najwyższego New Jersey w sprawie Gleitman v. Cosgrove, 227 A. 2d 692, 693 (New Jersey 1967).

118:41193

Orzeczenie Sądu Najwyższego Nowego Meksyku w sprawie Lovelace Medical Center v. Mendez, 805 P. 2d 603 (New Mexico 1991).

Orzeczenie Sądu Najwyższego stanu Nowy Jork w sprawie Stewart v. Long Island College Hospital, 35 A.D.2d 531 (New York 1970).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Teksasu w sprawie Jacobs v. Theimer, 519 S.W.2d 846 (Texas 1975).

Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Orzeczenie Sądu Najwyższego w stanie Nowy Jork w sprawie Park v. Chessin 60 A.D.2d 80 (New York 1977).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Wisconsin w sprawie Dumer v. St. Michael's Hospital, 233 N.W.2d 372 (Wisconsin 1975).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Wisconsin w sprawie Slavek v. Stroh, 215 N.W. 2d 9 (Wisconsin 1974).

Orzeczenie Sądu Najwyższego Zachodniej Wirginii w sprawie James G. v. Caserta, 332 S.E.2d 872 (West Virginia 1985).

2. Wykaz orzeczeń niemieckich

Orzeczenie Sądu Najwyższego Rzeszy z 1924 r., RGZ 108, s. 87.

Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, BverfGE 88, s. 203.

Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, NJW 1998, s.519.

Orzeczenie BGH, NJW 1980, s. 1450.

Orzeczenie BGH, NJW 1980, s. 1452.

Orzeczenie BGH, NJW 1983, s. 1371.

Orzeczenie BGH, NJW 1983, s. 1371.

Orzeczenie BGH, NJW 1984, s. 2625.

Orzeczenie BGH, NJW 1984, s. 658.

119:60094

Orzeczenie BGH, NJW 1984, s. 658.

Orzeczenie BGH, NJW 1988, s.763.

Orzeczenie BGH, NJW 1995, nr 37, s. 2407.

Orzeczenie BGH, NJW 2002, s. 2636.

Orzeczenie BGH, NJW 2002, s. 886.

Orzeczenie BGH, VI ZR 136/01.

Orzeczenie LG Duisburg, VersR 1975, s. 432.

Orzeczenie LG Freiburg, NJW 1977, s. 340.

Orzeczenie LG Itzehoe, VersR 1969, s. 265.

Orzeczenie LG Itzehoe, VersR 1969, s. 265.

Orzeczenie OLG Bamberg, NJW 1978, s. 1685.

Orzeczenie OLG Bamberg, NJW 1978, s. 1687.

Orzeczenie OLG Celle, NJW 1978, s.1688.

Orzeczenie OLG Düsseldorf, NJW 1975, s. 595.

Orzeczenie OLG Düsseldorf,, VersR 1985, s. 457.

Orzeczenie OLG Düsseldorf, VersR 1987, s. 93.

Orzeczenie OLG Düsseldorf,, VersR 1995, s. 1498

Orzeczenie OLG Frankfurt nad Menem, NJW 1983, s. 341.

Orzeczenie OLG Hamm, VersR 1987, s. 1146.

Orzeczenie OLG Hamm, VersR 1989, s. 1298.

Orzeczenie OLG Koln, VersR 1988, s. 43.

Orzeczenie OLG München, NJW 1981, s. 2017.

Orzeczenie OLG Zweibrucken, NJW 1978, s. 2340.

3. Wykaz orzeczeń brytyjskich

Orzeczenie w sprawie McKay v. Essex Area Health Authority (1982) 2 All E.R., s. 771, Court of Appeal.

120:85538

Orzeczenie w sprawie Udale v. Bloomsbury Area Health Authority (1983) 2 All E.R., s. 522, Queen's Bench Division.

Orzeczenie w sprawie Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority (1984) 3 All E.R., s. 1044, Court of Appeal, Civil Division.

Orzeczenie w sprawie Benarr and Another v. Kettering Health Authority (1988) 138 N.L.J., s. 179, Queen's Bench Division.

Orzeczenie w sprawie Allan v. Bloomsbury Health Authority (1993) 1 All E.R., s. 651, Queen's Bench Division.

Orzeczenie w sprawie Crouchman v. Burke (1997) 40 B.M.L.R., s. 163, Queen's Bench Division.

Orzeczenie w sprawie McFarlane v. Tayside Health Board; (2000) 2 A.C. 59, House of Lords.

Orzeczenie w sprawie Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust, (2004) 1 A.C. 309, House of Lords.

Orzeczenie w sprawie Hardman v. Amin, (2001) P.L.N.R. 11, Queen's Bench Division.

Orzeczenie w sprawie Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust, (2002) QB 266, Court of Appeal, Civil Division.

Orzeczenie w sprawie Meadows v Khan, (2017) EWHC 2990, Queen's Bench Division.

4. Wykaz orzeczeń francuskich

Orzeczenie Sądu Kasacyjnego z 16 lipca 1991 r., Bull. civ. 1991, nr 248.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Wersalu z 8 lipca 1993 r., D. 1995, Somm. 98

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 17 grudnia 1993 r., D. 1995, Somm. 99.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Bordeaux z 26 stycznia 1995 r., JCP 1995, IV, nr 1568.

Orzeczenie Sądu Kasacyjny z 26 marca 1996 r., D. 1997, J. 35.

Orzeczenie Sadu Kasacyjnego z 17 listopada 2000 r., D. 2000, J. 42.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Bordeaux z 19 września 2001 r., D. 2001, J., I.R. 2805.

INNE

Bacz A., *Różyczka u kobiet w ciąży*, https://ciaza.mp.pl/przebiegciazy/65627,rozyczka-u-kobiet-w-ciazy (dostęp na dzień: 01.03.2018 r.).

121:53640

Banaszak B., Malicka A. (tłum), Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) z dnia 23 maja 1949 r., Warszawa 2008, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Barczyński B., *Badania prenatalne,* Medycyna Praktyczna, https://ciaza.mp.pl/ przebiegciazy/63104,badania-prenatalne (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

Becker v. Schwartz, https://www.leagle.com/decision/197844746 ny2d4011413 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Berman v. Allan, https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1979/80-n-j-421-0.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Burke v. Rivo, https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/1990/406-mass-764-3.html. (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Cambridge Dictionary, https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-polish/policy (dostęp na dzień 15 listopada 2017 r.).

Centers for Disease Control and Prevention, *Achievements in Public Health: Elimination of Rubella and Congenital Rubella Syndrome in the United States, 1969-2004*, https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm5411a5.htm (dostęp na dzień: 10.03.2018 r.).

Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, https://www.csioz.gov.pl/fileadmin/ user_upload/Wytyczne/statystyka/icd10tomi_56a8f5a554a18.pdf (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.)

Chambers 21st Century Dictionary, http://chambers.co.uk/search/?query=policy&title=21st (dostęp na dzień 15.11.2017 r.).

Coleman v. Garison, https://www.courtlistener.com/opinion/ 1962630/coleman-v-garrison/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.); https://www.courtlistener.com/opinion/1538699/ coleman-v-garrison/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Curlender v. Bio- Science Laboratories, https://law.justia.com/cases/ california/court-of-appeal/3d/106/811.html(dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Custodio v. Bauer, http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/ 1771185.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Damm H., Gerschel K. (tłum.), Niemiecki kodeks cywilny wraz z ustawą wprowadczą, Bydgoszcz 1922, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/doccontent?id=34280 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Dumer v. St. Michael's Hospital, https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1975/57-1974-3.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

122:59150

Garwood v. Locke, https://www.courtlistener.com/opinion/2452419/garwood-v-locke/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Genetics Home Reference, *Duchenne and Becker muscular dystrophy*, https://ghr.nlm.nih.gov/condition/duchenne-and-becker-muscular-dystrophy (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

Genetics Home Reference, *Trisomy 13*, https://ghr.nlm.nih.gov/condition/trisomy-13 (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

Genetics Home Reference, *Trisomy 18*, https://ghr.nlm.nih.gov/condition/trisomy-18 (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

Gieruszczak- Białek D., *Zespół Downa*, Medycyna Praktyczna, https://pediatria.mp.pl/choroby/genetyka/152284, zespol-downa (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

Gleitman v. Cosgrove, https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).
Hardman v. Amin, http://swarb.co.uk/hardman-v-amin-qbd-2001/ (dostęp na dzień: 12.03.2018 r.).

Herring v. Knab, https://www.leagle.com/decision/1978817458 fsupp3591750 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf (dostęp na dzień: 29.03.2018 r.).

Idaho Legislature, https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title5/T5CH3/SECT5-334/ (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

Jacobs v. Theimer, https://www.courtlistener.com/opinion/2405862/jacobs-v-theimer/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

James G. v. Caserta, https://www.courtlistener.com/opinion/1321887/ james-v-caserta/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

La loi nº 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Journal Officiel z 5 marca 2002 r., https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015 &categorieLien=id (dostęp na dzień: 18.04.2018 r.).

Lane v. Cohen, https://www.courtlistener.com/opinion/1616728/lane-v-cohen/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Law Comission, *Law Comission Report in injuries to Unborn Children*, 1974, Law Com. nr 60, Cmnd 5709, https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage 11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/LC.-060-REPORT-ON-INJURIES-TO-UNBORN-CHILDREN-ADVICE-

123:11438

TO-THE-LORD-CHANCELLOR-UNDER-SECTION-31E-OF-THE-LAW-COMMISSIONS-ACT-1965.pdf (dostęp na dzień: 10.04.2018 r.).

Lovelace Medical Center v. Mendez, https://law.justia.com/cases/new-mexico/supreme-court/1991/18766-0.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Mazeaud D., *Réflexions sur un malentendu*, D. 2001, s. 332, https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/Mazeaud_sur_perruche.pdf (dostęp na dzień: 18.04.2018 r.).

McFarlane v. Tayside Health Board, https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm (dostęp na dzień: 12.03.2018 r.).

Meadows v. Khan, http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2018/05/Meadows-v-Khan-2017-EWHC-2990-QB-23-November-2017.pdf (dostęp na dzień: 17.03.2018 r.).

Minnesota Statues, https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=145.424 (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

Missouri Revised Statutes https://law.justia.com/codes/missouri/2011/titlexii/chapter188/section188130/ (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

Nesterowicz M., Karczewska N., *Stosowanie klauzuli sumienia (kwestie prawa a fakty)*, http://www.ptb.org.pl/pdf/nesterowicz_ karczewska_klauzula_1.pdf (dostęp na dzień: 30.03.2018 r.).

Obwieszczenie Prezesa TK z dnia 18.12.1997 r. o utracie mocy obowiązującej art. 1 pkt 2, art. 1 pkt 5, art. 2 pkt 2, art. 3 pkt 1 i art. 3 pkt 4 ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 1997 nr 157 poz. 1040).

Pan American Health Organization, *Americas region is declared the world's first to eliminate rubella*, http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10798%3Aamericas-free-of-rubella&catid=740%3Anews-press-releases&Itemid=1926&lang=en (dostęp na dzień: 10.03.2018 r.).

Park v. Chessin, https://casetext.com/case/park-v-chessin-1(dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Parliament of the United Kingdom, *Number of successful claims for wrongful birth made in each year between 2003 and 2013*, http://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written -question/Commons/2014-09-09/208751/ (dostęp na dzień: 17.03.2018 r.).

Peters v. Gelb, https://law.justia.com/cases/delaware/superior-court/1973/303-a-2d-685-5.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

124:77133

Projekt ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw z dnia 17 grudnia 2008 r., http://www.law.uj.edu.pl/users/kk/czytelnia/bio/Projekt.pdf (dostęp na dzień: 25.04.2018 r.).

Roe v. Wade, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/ case.html (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Slavek v. Stroh, https://www.courtlistener.com/opinion/1921024/slawek-v-stroh/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Smith v. Cote, https://www.leagle.com/decision/1986359128nh2311325 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Smith v. United States, https://www.leagle.com/decision/19751046392f supp6541916 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

South Dakota Legislature, http://sdlegislature.gov/statutes/Codified_laws/DisplayStatute. aspx?Statute=21-55-1&Type=Statute (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z dnia 12 listopada 2013 roku w sprawie tzw. klauzuli sumienia, http://www.bioetyka.pan.pl/images/stories/Pliki/ Stanowisko%20KB%20nr%204-2013.pdf (dostęp na dzień: 30.03.2018 r.).

Stewart v. Long Island College Hospital, https://www.leagle.com/decision/ 197056635ad2d5312396 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

The Center for Reproductive Rights, *World Abortion Laws Map*, http://worldabortionlaws.com/map/ (dostęp na dzień 22.12.2017 r.).

Troppi v. Scarf, https://www.leagle.com/decision/197127131michapp 2401213 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Turpin v. Sortini, https://scocal.stanford.edu/opinion/turpin-v-sortini-30626 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 z późn. zm. - Kodeks Etyki Lekarskiej, https://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Utah Code, https://law.justia.com/codes/utah/2006/title78/78_0f029.html (dostęp na dzień 15.14.2018 r.).

Walker by Pizano v. Mart, https://www.courtlistener.com/opinion/1425762/ walker-by-pizano-v-mart/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

WHO, *Congenital anomalies*, http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs370/en/ (dostęp na dzień: 28.03.2018 r.).

125:15045

Wilczynski v. Goodman, https://www.courtlistener.com/opinion/ 2126504/wilczynski-v-goodman/? (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Williams v. State of New York, https://www.leagle.com/decision /196649918ny2d4811441 (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

Wuth v. Valley Medical Center and LabCorp, https://www.courtlistener. com/opinion/2830183/ oliver-l-wuth-v-valley-medical-center-and-labcor/ (dostęp na dzień: 13.05.2018 r.).

126:13620