

Szkoda w polskim orzecznictwie dotyczącym „złego urodzenia”

„Szkoda” to jedno z centralnych pojęć prawa cywilnego. Wykazanie jej istnienia stanowi, obok zdarzenia sprawczego i istnienia pomiędzy nimi związku przyczynowego, podstawową przesłankę obarczenia naruszydiciela szeroko rozumianą odpowiedzialnością odszkodowawczą¹. Nie została ona jednak w polskim prawie cywilnym ustawowo zdefiniowana. Przedstawiciele doktryny są w zasadzie zgodni co do tego, że odwoływanie się jedynie do potocznego znaczenia tego pojęcia nie jest wystarczające i konieczne jest podjęcie próby skonstruowania odpowiedniej definicji². Za szkodę należy więc uznać „uszczerbek w dobrach poszkodowanego, polegający na różnicy między stanem tych dóbr, powstałym wskutek zdarzenia szkodzącego a stanem, jaki by istniał, gdyby nie zaszło to zdarzenie”³, „każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach, który wyraża się w różnicy pomiędzy stanem dóbr, jaki już istniał i jaki mógłby następnie w normalnej kolei rzeczy wytworzyć się, a stanem jaki powstał wskutek zdarzenia wywołującego zmianę w dotychczasowym stanie rzeczy, z którym to ustawodawca wiąże powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej”⁴, „każdy uszczerbek w dobrach chronionych przez prawo”⁵ czy też po prostu „wszelki uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy”⁶. To ostatnie zapatrywanie, obejmujące zakresem szkody tak uszczerbek majątkowy, jak i niemajątkowy jest obecnie powszechnie przyjęte w polskiej terminologii prawniczej i aprobowane przez judykaturę⁷. Pośród wielu zagadnień, budzących kontrowersje w trakcie rozpatrywania

¹ K. Zagrobelny, komentarz do art. 361 k.c. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz.*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 537.

² *Ibidem*; M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* (w:) System Prawa Prywatnego, Tom 6. Prawo zobowiązań, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 76-77.

³ M. Kaliński, *op. cit.*, s. 77.

⁴ T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*. Tom III. Cz. 1., red. Z. Radwański, Zakład Narodowy im. Ossolińskich Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk 1981, s. 214.

⁵ A. Ohanowicz (w:) J. Górski, A. Ohanowicz, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 46.

⁶ A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i na osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 27.

⁷ *Ibidem*, s. 25-26. Pośród wielu argumentów przemawiających na rzecz takiego stanowiska najczęściej pojawiają się te dotyczące redakcji niektórych przepisów Kodeksu cywilnego, np. art. 24 i 448 k.c., które stanowią wyraźnie o szkodzie majątkowej, co a contrario prowadzi do wniosku o istnieniu również szkody niemajątkowej; art. 445 k.c., zgodnie z którym termin „poszkodowany” odnosi się także do osoby, która doznała krzywdy; także układ przepisów dotyczących uszczerbków niemajątkowych przemawia za szerokim ujmowaniem szkody. Więcej na ten temat: A. Szpunar, *op. cit.*, s. 26, także: K. Zagrobelny, *op. cit.*, s. 535. Co do argumentów przeciwników tej koncepcji zob.: J. Rezler, *Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele lub zdrowiu (według prawa cywilnego)*, Warszawa 1968, s. 14-15; W. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza – funkcje, rodzaje, granice.*, Warszawa 1962, s. 125-126.

konkretnej sprawy z tytułu „złego urodzenia”, jak również w dyskusji doktrynalnej, na czoło wysuwa się właśnie kwestia szkody.

W tym miejscu warto przypomnieć, że pojęcie „złego urodzenia” zostało stworzone przez polską doktrynę prawniczą na oznaczenie trzech typów roszczeń, których nazw używa się zazwyczaj w niezmienniej, anglojęzycznej formie: *wrongful conception*, *wrongful birth* oraz *wrongful life*. Roszczenia z tytułu *wrongful conception* to roszczenia rodziców, którzy domagają się naprawienia szkody wynikającej z zawinionego zachowania lekarza, skutkującego poczęciem niechcianego dziecka – w tych przypadkach przyjsięcie dziecka na świat nie stanowi bowiem niezbędnego elementu konstrukcyjnego roszczenia. Inaczej sprawa przedstawia się w przypadku roszczeń *wrongful birth*. Tutaj bowiem chodzi o sytuacje, gdy lekarz w sposób zawiniony nie rozpoznał uszkodzeń płodu w czasie ciąży i tym samym uniemożliwił jej przerwanie, pozbawiając jednocześnie rodziców prawa do podjęcia decyzji co do tego, czy chcą i są w stanie podjąć się wychowania dziecka dotkniętego upośledzeniem lub kalectwem. Skargi z tytułu *wrongful life* pojawiły się chronologicznie najwcześniej, jednak przeszły swoistą ewolucję⁸. Początkowo bowiem termin ten stosowano na określenie skarg dzieci, które przyszły na świat w warunkach szeroko rozumianego pokrzywdzenia – ekonomicznego, społecznego, rodzinnego. Były więc to skargi dzieci nieślubnych, gdzie zarzutem podnoszonym przeciwko ojcu było zmuszenie do życia z piętnem dziecka niepochodzącego z małżeństwa⁹; dzieci pokrzywdzonych przez konieczność życia w gorszych warunkach materialnych niż ich rodzeństwo; dzieci z innych powodów stygmatyzowanych społecznie. Obecnie pojęcie *wrongful life* odnosi się do roszczeń dzieci upośledzonych, które, kierując przeciwko lekarzowi zarzut zmuszenia do życia w stanie upośledzenia (poprzez nierozpoznanie wad płodu w odpowiednim, możliwym z medycznego punktu widzenia czasie, który umożliwiłby rodzicom podjęcie decyzji co do przeprowadzenia prawnie dopuszczalnego zabiegu przerwania ciąży) podnoszą, że lepiej dla nich byłoby, gdyby w ogóle się nie urodziły. Już *prima facie* można stwierdzić, że tego typu skargi stanowią źródło największych wątpliwości¹⁰, które w niektórych państwach zaowocowały nawet aktami prawnymi, wykluczającymi możliwość domagania się naprawienia szkody wynikającej z konieczności życia w stanie upośledzenia¹¹. Kontrowersje tak prawne, jak i innego

⁸ Więcej informacji na temat rozwoju koncepcji „złego urodzenia” w prawie obcym zawarłam w opracowaniu *Prawna koncepcja „złego urodzenia” – rozwój koncepcji, terminologia i orzecznictwo zagraniczne* (w:) Iustitia. Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich, Nr 3 (9)/2012, s. 133-138.

⁹ Jako przykład podać można pierwszą sprawę dotyczącą tej materii, a mianowicie *Zepeda v. Zepeda*, 190 N.E. 2d 849 (Illinois 1963), zob. M. Safjan, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, Państwo i Prawo 1985, z. 10, s. 100-101.

¹⁰ Świadczy o tym chociażby zmiany, jakim uległa linia orzecznicza sądów amerykańskich w tych sprawach – od nieuwzględniania roszczeń dzieci defektywnych, przez znaczną liberalizację stanowiska [por. *Park v. Chessin*, 387 N.Y.S. 2d 204 (1976)] aż do coraz częstszego odmawiania racji bytu takim powództwom.

¹¹ W dziesięciu stanach USA wprowadzono takie regulacje prawne. Podobnie przedstawia się sprawa w Wielkiej Brytanii, gdzie od 1976 r. obowiązuje ustawa – *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, c. 28 z roku 1976, która wyraźnie wyklucza dopuszczalność powództw dzieci z tytułu *wrongful life* (dostępna na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/contents>). Na stanowisku zakazującym występowania przez dzieci z powództwami, w których domagają się one naprawienia szkody wynikającej z faktu „zmuszenia do życia w stanie upośledzenia” stoi również, przy pełnej aprobachie doktryny, judykatura niemiecka. Więcej na

rodzaju, pojawiają się jednak także w toku rozpatrywania pozostałych dwóch typów spraw, przede wszystkim z uwagi na delikatność materii oraz silne związki z uwarunkowaniami o charakterze moralnym, światopoglądowym i etycznym.

Z pewnością niezwykle przydatnym pozostaje wysoce rozbudowane i niezwykle obszerne, stanowiące wynik wieloletniej praktyki, orzecznictwo sądów zagranicznych. Przy powoływaniu się na nie warto jednak pamiętać o istotnych odrębnościach wynikających ze specyfiki systemu *common law*, ale też odmienności regulacji prawnych dotyczących dopuszczalności przerywania ciąży w Polsce i krajach będących kolebką interesujących nas spraw.

Do tej pory na gruncie polskim za kanwę rozważań służyły, z wyłączeniem orzecznictwa zagranicznego, następujące orzeczenia sądowe: wyrok SN z dnia 21.11.2003 r.¹², uchwała SN z dnia 22.02.2006 r.¹³ (dotyczą tego samego stanu faktycznego), wyrok SN z dnia 13.10.2005 r.¹⁴, wyrok SA z dnia 04.07.2008 r.¹⁵ (dotyczą tej samej sprawy) oraz wyrok SN z dnia 06.05.2010 r.¹⁶ Widać więc, że orzecznictwo polskich sądów w przedmiotowym zakresie jest raczej ubogie, w szczególności w porównaniu z dorobkiem judykatury amerykańskiej, brytyjskiej, czy, bliżej naszego porządku prawnego – niemieckiej. Stanowi jednak niezwykle istotny głos w sprawie dopuszczalności roszczeń z tytułu „złego urodzenia”, co, jak się wydaje, zaowocuje większą ich liczbą w przyszłości (szczególnie biorąc pod uwagę specyfikę polskich rozwiązań dotyczących przerywania ciąży oraz ich praktyczną realizację).

W toku rozpatrywania wymienionych wyżej spraw, sądy musiały odpowiedzieć na wiele pytań, poczynawszy od samej dopuszczalności tego rodzaju roszczeń, przez możliwość wyróżnienia szkody, aż do wykazania, co jest i może być potencjalnie szkodą w okolicznościach konkretnego przypadku.

W kwestii samego wystąpienia szkody w przedmiotowych sprawach, sądy polskie stanęły na stanowisku ugruntowanym w judykaturze zagranicznej – dopatrzyły się bowiem jej istnienia w każdej ze wspomnianych spraw. Największe rozbieżności dotyczyły jednak tego, co można zakwalifikować jako szkodę. W wyroku z dnia 21.11.2003 r.¹⁷,

ten temat: Z. Peplowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA*, Prawo i Medycyna Nr 1/2004; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 278–288. Sądy polskie do tej pory nie zetknęły się z klasyczną sprawą z tytułu *wrongful life*. Jednak w toku rozpatrywania tzw. „sprawy łomżyńskiej” sądy I i II instancji odmówiły rodzicom dziecka upośledzonego legitymacji procesowej twierdząc, że legitymowane czynnie do dochodzenia odszkodowania w przedmiotowej sprawie jest samo dziecko. Dopuszcili więc powództwo *wrongful life*, zob. M. Bilecka, *Proces o złe urodzenie (uwagi do wyroków Sądu Okręgowego w Łomży oraz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku)*, Prawo i Medycyna 3/2005, s.41-44.

¹² V CK 16/03, OSN Izba Cywilna Nr 6/2004, s. 116.

¹³ III CZP 8/06, OSNC 2006, z. 7-8, poz. 123.

¹⁴ IV CK 161/05, OSP 2006, z. 6 poz. 71, s. 328.

¹⁵ I ACa 278/08.

¹⁶ II CSK 580/09, OSP 2011, Nr 2, poz.13, s.81.

¹⁷ W lipcu 1996 r. powódka została zgwałcona, w wyniku czego zaszła w ciążę. Postępowanie karne w tej sprawie zostało umorzone z powodu niewykrycia sprawcy. Pomimo skierowania powódki do pozwanego szpitala z zaleceniem usunięcia ciąży będącej wynikiem przestępstwa, odmówiono jej przeprowadzenia tego zabiegu z uwagi na rozbieżności w określeniu zaawansowania ciąży (lekarz wystawiający skierowanie ocenił ciążę jako jedenastotygodniową, zaś w szpitalu wskazano jakoby wiek płodu wynosił czternaście

Sąd Najwyższy stwierdził, że „bezprawne uniemożliwienie wykonania zabiegu przerwania ciąży – w sytuacji określonej w art. 4a ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży – uprawnia kobietę do dochodzenia wyrównania szkody wynikłej z tego zdarzenia”. Jednocześnie stwierdził, że szkoda w tym przypadku obejmuje zarówno krzywdę, jak i szkodę majątkową. Roszczenie powódki o zadośćuczynienie oparte zostało na zarzucie naruszenia jej dobra osobistego, poprzez „zmuszenie jej do narodzenia dziecka pochodzącego z przestępstwa zgwałcenia”. Sąd Najwyższy wskazał, że dobrem osobistym jest rozumiana szeroko wolność, z której wypływa możliwość decydowania każdego o swoim życiu osobistym. Podkreślił także, że prawo takie wynika bezpośrednio z art. 47 Konstytucji. Nasuwa to oczywiste skojarzenia z funkcjonującym na gruncie amerykańskim prawem do autonomii prokreacji, mieszczącym się w prawie do prywatności, które z kolei zawiera się w konstytucyjnym prawie do wolności¹⁸. Na prawo do autonomii prokreacji składają się dwa prawa o równym znaczeniu: prawo do prokreacji oraz prawo do uniknięcia prokreacji. Jak wskazuje M. Nesterowicz, to drugie w orzecznictwie sądowym jest uznawane za silniejsze¹⁹.

Szkodą majątkową natomiast są majątkowe skutki nieprzeprowadzenia aborcji w odniesieniu do kobiety ustawowo uprawnionej do tego zabiegu. Zgodnie z regulacją art. 361 § 1 i 2 k.c. w przedmiotowej sprawie obejmują one wydatki związane z ciążą i porodem oraz utracone spodziewane zarobki w następstwie tych zdarzeń. Jako podstawę wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym przez kobietę Sąd Najwyższy podał art. 444 § 1 k.c., co w doktrynie budziło pewne kontrowersje, a które to stanowisko zostało w późniejszym czasie zweryfikowane przez sam Sąd Najwyższy na rzecz odpowiedzialności z art. 415 k.c. Nie budzi natomiast wątpliwości powołanie się na art. 444 § 1 k.c. gdyby podczas porodu, bądź w jego następstwie, kobieta doznała uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia, bądź innych powikłań. Wówczas zakresem szkody można byłoby objąć także tego typu uszkodzenia²⁰.

Natomiast urodzenie się dziecka, jak również sama osoba dziecka nie mogą być w żadnym przypadku traktowane w kategoriach szkody – szkodą są jedynie koszty powstające w związku z jego przyjściem na świat. Takie podejście stanowi wynik specyficznego

tygodni, co stanowi zaawansowanie uniemożliwiające przerwanie ciąży z indykacji kryminologicznej), w wyniku czego powódka urodziła syna.

¹⁸ M. Nesterowicz, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSP 2004, nr 10, poz. 125 – odszkodowanie w razie bezprawnego uniemożliwienia dokonania zabiegu przerwania ciąży (w:) M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012, s. 391.

¹⁹ Jako przykład można podać chociażby głośną sprawę Evans przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga nr 6339/05, dostępna na stronie <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>), w której Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że w przypadku braku zgody jednego z partnerów na użycie zapłodnionych in vitro embrionów w celu zaimplantowania ich w macicy, embriony podlegają zniszczeniu, nawet w sytuacji, gdy jest to jedyna szansa na posiadanie przez drugą stronę biologicznego potomstwa.

²⁰ Tak m.in. M. Nesterowicz, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r..., s. 393.

zabiegu myślowego, wypracowanego przez doktrynę i judykaturę niemiecką²¹, polegającego na oddzieleniu osoby dziecka od szkody. Za takim rozwiązaniem przemawia przede wszystkim brak uzasadnienia dla zwolnienia lekarza (szpitala) z odpowiedzialności odszkodowawczej w sytuacji naruszenia przez niego obowiązków i niedochowania należytej staranności przy ich wykonywaniu.

Aprobując i jednocześnie uzupełniając zapatrywanie wyrażone w wyroku z 2003 r. w części dotyczącej szkody majątkowej, Sąd Najwyższy, odpowiadając na pytanie prawne zadane mu w toku ponownego rozpatrzenia sprawy przez Sąd Apelacyjny w Katowicach²² w uchwale z dnia 22.02.2006 r., krytycznie odniósł się do możliwości wyróżnienia dobra osobistego w postaci prawa do aborcji, wskazując jako bardziej odpowiednią konstrukcję zbliżoną do kontraktu²³. Sąd stanął na stanowisku, że podstawą wyróżnienia takiego prawa nie mogą być przepisy art. 4a i 4b ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, które, zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28.05.1997 r.²⁴, mają charakter legalizujący zachowania, które są z zasady zabronione także na gruncie innych regulacji odnoszących się do *nasciturusa*, zapewniających mu ochronę od momentu poczęcia. Również zanegował możliwość wyróżnienia prawa do prokreacji w znaczeniu negatywnym, wyrażającym się w możliwości podjęcia decyzji co do nie posiadania dzieci, ograniczając jego zakres jedynie do odmowy poczęcia. Z momentem poczęcia, zdaniem Sądu, prawo do planowania rodziny może być realizowane jedynie w aspekcie pozytywnym.

Co się zaś tyczy szkody majątkowej, jak zostało wcześniej wspomniane, Sąd Najwyższy w zasadzie zgodził się z wcześniejszymi ustaleniami w przedmiotowej sprawie, jednocześnie uzupełniając rozważania o kwestię kosztów utrzymania dziecka. Po rozszerzeniu przez powódkę żądania pozwu na koszty utrzymania dziecka w okresie do uzyskania przez nie zdolności do samodzielnego utrzymania się, Sąd Najwyższy zdecydowanie potwierdził, że tego typu koszty stanowią szkodę w sprawach z tytułu *wrongful birth*. Ponadto zajął się wyjaśnieniem kilku problematycznych kwestii, pojawiających

²¹ Chodzi o tzw. teorię rozdzielnosci, powszechnie przyjętą w państwach o większym doświadczeniu orzecznictwym w sprawach dotyczących „złego urodzenia”; więcej na ten temat: M. Kowalski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu wrongful birth w prawie niemieckim*, Prawo i Medycyna 11/2002, s. 66-68, T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie dziecka jako źródło szkody*, Zakamycze 2003, s. 55 i n.

²² Pytanie prawne brzmiało: „Czy w przypadku bezprawnego uniemożliwienia dokonania zabiegu przerywania ciąży będącej następstwem gwałtu, zakres obowiązku naprawienia szkody obejmuje koszty utrzymania dziecka? – a w razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie: Czy w przypadku niewykrycia sprawy gwałtu zakres obowiązku naprawienia szkody obejmuje koszty utrzymania dziecka ponoszone przez matkę także w części, która obciążałaby ojca dziecka?”.

²³ Skłaniając się ku temu stanowisku, obszernej analizie charakteru regulacji art. 4a ust.1 ustawy o planowaniu rodziny dokonała K. Szutowska, zob. K. Szutowska, *Odpowiedzialność za szkodę z tytułu wrongful conception i wrongful birth w świetle funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej w polskim prawie cywilnym – część 1 i 2*, Transformacje Prawa Prywatnego 1/2008 i 2/2008.

²⁴ K 26/96, więcej na ten temat: J. Woleński, glosa do orzeczenia z dnia 28.05.1997, K 26/96 (Nie zgodność ustawy „antyaborcyjnej” z Małą Konstytucją), Państwo i Prawo 1998, z. 1, s. 88-98, także zdania odrębne sędziego TK Z. Czeszejko-Sochackiego i sędziego TK Lecha Garlickiego, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 12/1997, s. 210-245.

się w toku rozważań. Przede wszystkim uznał, że fakt, że wydatki na dziecko są ponoszone świadomie (a więc zgodnie z, a nie wbrew woli poszkodowanego²⁵) nie wyklucza istnienia szkody – w przeważającej mierze z uwagi na to, że obarczenie kobiety, którą bezprawnie pozbawiono możliwości podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży, kosztami utrzymania dziecka w całości byłoby społecznie nieakceptowalne. Należy więc uznać, że wydatki na utrzymanie i wychowanie dziecka stanowią szkodę, pomimo, że ponoszone są świadomie i w celu podtrzymania życia dziecka, a nie ograniczenia negatywnych skutków zdarzenia, jak zwykle się przyjmować biorąc pod uwagę zasady ogólne. Mamy tutaj do czynienia z wyjątkową sytuacją stanowiącą tzw. przypadek graniczny, bowiem zdarzenie sprzeczne z prawem spowodowało zdarzenie uchodzące ogólnie w społeczeństwie za wartościowe, tj. urodzenie się dziecka. Nie zawsze zatem można uznać kryterium sprzeczności z wolą poszkodowanego za uniwersalne, mogące jednoznacznie stanowić o zakwalifikowaniu danego uszczerbku jako szkody bądź nie.

Sąd Najwyższy podtrzymał również wyrażoną po raz pierwszy w wyroku z dnia 13.10.2005 r. w tzw. „sprawie łomżyńskiej”²⁶ opinię, że w przedmiotowych sprawach do zakresu szkody majątkowej włączone mogą zostać jedynie zwiększone koszty utrzymania dziecka, tj. takie, których rodzice nie ponosiliby, gdyby dziecko urodziło się zdrowe. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13.10.2005 r. uzasadnia, że „mogą one obejmować jedynie szkodę wywołaną zwiększonymi kosztami utrzymania upośledzonego dziecka. Gdyby bowiem płód nie był dotknięty wadami genetycznymi, powodowie nie mieliby prawa do przerwania ciąży zgodnie z art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, a zatem musieliby ponosić koszty utrzymania zdrowego dziecka, które by się urodziło”. Takie rozwiązanie nasuwa najwięcej wątpliwości, a być może jest nawet obciążone pewnym błędem logicznym. Zgodnie przecież z przyjętą za dominującą w polskim prawie cywilnym metodą dyferencyjną ustalania wysokości szkody majątkowej, należałoby

²⁵ Tu można by się jednak zastanowić, czy możliwe byłoby zakwalifikowanie ich jako ponoszonych wbrew woli poszkodowanego w tym znaczeniu, że jest on do tego zmuszony – tak m.in. M. Kaliński, *op. cit.*, s. 79.

²⁶ Na początku marca 1999 r. okazało się, że powódka jest w ciąży, chociaż małżonkowie z uwagi na ciężką sytuację materialną oraz poważną chorobę pierwszego dziecka wystrzegali się drugiej ciąży. Na podstawie skierowania od lekarza powódka udała się więc do szpitala na konsultację z ordynatorem oddziału ginekologii i położnictwa, w trakcie której poprosiła o dokonanie przerwania ciąży. Jako podstawę podała przyczyny zdrowotne oraz ciężką, nieuleczalną chorobę genetyczną pierwszego dziecka, co potwierdzały przedłożone przez nią dokumenty. Ordynator odmówił skierowania powódki na badanie prenatalne uznając, że choroba pierwszego dziecka nie jest wystarczającym powodem przeprowadzenia takich badań i wykonał jedynie badanie USG na wyraźne żądanie powódki. Dyrekcja szpitala nie podjęła interwencji w tej sprawie. Jednocześnie cały czas zapewniano, że dziecko urodzi się zdrowe. Z uwagi na ciężką sytuację materialną powodów, nie byli oni w stanie skorzystać z poradnictwa szpitala w innym mieście. We wrześniu przeprowadzono kolejne badanie USG, które potwierdziło prawdopodobieństwo wystąpienia u płodu tej samej choroby, na którą cierpiało pierwsze dziecko powodów. Powódka doznawszy szoku, nie zgodziła się na prowadzenie dalszych badań przez ordynatora. Została jednak poinformowana o braku możliwości zmiany lekarza i skierowana do poradni w innym mieście. W październiku lekarz z poradni konsultacyjnej w Białymstoku na podstawie samego tylko wywiadu ocenił, że szanse urodzenia się zdrowego dziecka wynoszą 50%, natomiast po przeprowadzeniu badań stwierdził wadę płodu. Pod koniec października powódka urodziła córkę obciążoną tą samą chorobą genetyczną, którą stwierdzono u pierwszego dziecka powodów (nieopisana do tej pory w literaturze medycznej ciężka postać dysplazji kręgosłupowo-przynasadowej).

dokonać porównania dwóch stanów: stanu obecnego, istniejącego po zaistnieniu zdarzenia wywołującego szkodę, oraz stanu hipotetycznego, który istniałby, gdyby to zdarzenie nie miało miejsca²⁷. W omawianych sprawach upośledzenie lub inne wady dziecka nie są wynikiem działania lub zaniechania lekarza – wówczas mielibyśmy przecież do czynienia ze szkodą prenatalną. Nie ma tu więc alternatywy „zdrowe dziecko – dziecko dotknięte upośledzeniem”. Zachowanie lekarza, gdyby było prawidłowe, a więc gdyby dochował on wszelkich obowiązków, polegających na skierowaniu powódki do poradni genetycznej oraz określeniu ciąży jako obciążonej wysokim prawdopodobieństwem wystąpienia ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu, umożliwiłyby podjęcie decyzji co do przeprowadzenia aborcji. Zatem alternatywą, istotną dla oceny istnienia szkody, jest tutaj sytuacja, gdy rodzice podjęli decyzję o przeprowadzeniu aborcji, a więc potencjalne nieurodzenie się dziecka²⁸. Nie mamy tu jednak, jak interpretuje tę sytuację Sąd Najwyższy, do czynienia z wyborem pomiędzy zdrowiem a chorobą, a pomiędzy życiem w chorobie lub nie-życiem w ogóle. Pomimo, że orzecznictwo światowe nie jest w tym względzie jednolite²⁹, wydaje się, że na gruncie polskiego porządku prawnego zakresem potencjalnej szkody w tej³⁰ i podobnych sprawach powinny być objęte także zwykle koszty utrzymania i wychowania dziecka, a więc takie, które nie wynikają z jego choroby bądź upośledzenia³¹.

W toku ponownego rozpoznania sprawy Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dn. 04.07.2008 r. wcielił w życie wytyczony przez Sąd Najwyższy kierunek orzecznictwa, orzekając, że szkodą jest: krzywda powódki, wynikająca z naruszenia jej prawa do informacji i badań prenatalnych oraz pozbawienia jej prawa do podjęcia decyzji co do przerwania ciąży, utracone przez nią zarobki w okresie załamania psychicznego oraz połowa utraconych przez nią zarobków z uwagi na konieczność sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, koszty leczenia depresji w okresie 6 miesięcy po urodzeniu dziecka; krzywda powoda, polegająca na pozbawieniu go prawa do planowania rodziny i obciążeniu go obowiązkiem wychowywania drugiego niepełnosprawnego dziecka; zwiększone koszty utrzymania dziecka, wśród których za uzasadnione uznał m.in. koszty rehabilitacji, zajęć na basenie z udziałem osoby towarzyszącej, pobytu opiekuna podczas terapii sanatoryjnej, leczenia stomatologicznego, przejazdów na rehabilitację oraz

²⁷ M. Nesterowicz, *Prawo Medyczne*, s. 79; M. Kaliński, *op. cit.*, s. 82 i n.; A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 38 i n., B. Bładowski, A. Gola, *Szkoda i odszkodowanie*, Warszawa 1984, s. 5.

²⁸ Warto jednak od razu zaznaczyć, że dla oceny istnienia samego naruszenia nie jest konieczne, aby rodzice zadeklarowali, że podjęliby decyzję o przerwaniu ciąży.

²⁹ Zob. Z. Peplowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza...*, s. 110 i n.

³⁰ Inną kwestią pozostaje, że powodowie w przedmiotowej sprawie swoje żądania ograniczyli do zwiększonych kosztów utrzymania dziecka, więc wyrok *in concreto* jest słuszny. Wydaje się jednak, w obliczu obszerności uzasadnienia wyroku w przedmiotowej sprawie, że Sąd mógł wypowiedzieć się także co do zwykłych kosztów, a przynajmniej tę problematykę zasygnalizować.

³¹ Tak również: T. Justyński, glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku – I Wydział Cywilny z dnia 4 lipca 2008, I ACa 278/08, *Prawo i Medycyna* 4/2009, s. 132-133; M. Nesterowicz, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05 – dochodzenie przez rodziców roszczeń odszkodowawczych w przypadku urodzenia dziecka upośledzonego, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2006, z. 6, poz. 71, s. 333-336;

w innych celach, z uwagi na niesamodzielność dziecka powodów, wydatki związane z zakupem sprzętu ortopedycznego, zwykłego (a nie, jak wnioskowali powodowie, elektrycznego) wózka inwalidzkiego oraz elektronicznego inhalatora.

Ostatnią sprawą dotyczącą *wrongful birth*, która znalazła się na wokandzie Sądu Najwyższego, była sprawa rozstrzygnięta wyrokiem z dnia 06.05.2010 r.³² Sąd Najwyższy zdecydowanie opowiedział się za istnieniem prawa do podjęcia świadomej decyzji o przerwaniu ciąży zagwarantowanego w art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny, stanowiąc, że „pozwany lekarz (...) dopuścił się czynu niedozwolonego polegającego na bezprawnym pozbawieniu powódki prawa do podjęcia decyzji o ewentualnym przerwaniu ciąży”, co uzasadnia zasądzenie zadośćuczynienia na podstawie art. 448 k.c. W odniesieniu do szkody majątkowej natomiast potwierdził ugruntowane już wcześniej stanowisko, jakoby jej zakresem objęte mogły zostać jedynie „nadzwyczajne wydatki wynikające z tego, że potrzeby dziecka kalekiego bywają bardziej kosztowne niż dziecka zdrowego”. Orzekł jednocześnie, co zostało już wcześniej zasygnalizowane, że w przedmiotowych sprawach raczej nie będzie miał zastosowania art. 444 § 1 k.c.³³ – miałyby on bowiem zastosowanie wtedy, gdyby lekarz swoim zachowaniem spowodował upośledzenie płodu, zaś obowiązek naprawy szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym wynika z art. 415 k.c. Takie zapatrywanie zasługuje na aprobatę, należy jednak pamiętać, że przepisy art. 444 § 1 i art. 415 k.c. nie stanowią antynomii. Pierwszy z nich jest przepisem odszkodowawczym, drugi dotyczy podstawy odpowiedzialności. W związku z tym M. Nesterowicz proponuje, by tezę omawianego orzeczenia³⁴ uzupełnić o stwierdzenie „[obojgu rodzicom kalekiego dziecka przysługuje natomiast roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 415] w zw. z art. 361 § 2 k.c.”³⁵

³² Powódka w czasie ciąży przeszła trzy badania USG: pierwsze – w ósmym tygodniu ciąży, podczas którego lekarz prowadzący ciążę nie zauważył żadnych nieprawidłowości w rozwoju płodu; drugie – w dwudziestym pierwszym tygodniu ciąży – zgodnie z zasadami ogólnej wiedzy medycznej, w tym czasie możliwe było rozpoznanie nieprawidłowości. Lekarz wykonujący badanie jednak ich nie zauważył; trzecie, ostatnie USG wykonano gdy powódka była w dwudziestym dziewiątym tygodniu ciąży. Wówczas pozwany rozpoznał skrócenie kończyn płodu, ale postanowił nie informować o tym powódki, by, jak stwierdził, niepotrzebnie jej nie stresować, mogłoby to bowiem pogorszyć stan płodu i wywołać wcześniejszy poród. Córka powodów urodziła się z wrodzonymi wadami: brakiem uda, podudzia, przedramienia i dłoni. O kalectwie dziecka powodowie dowiedzieli się dopiero po jego przyjściu na świat.

³³ Na taki stan rzeczy wskazywał już w odniesieniu do okoliczności faktycznych orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21.11.2003 r. S. Rudnicki, stojąc na stanowisku, że art. 444 § 1 k.c. nie może mieć zastosowania, a in casu roszczenia powódki powinny zostać oparte na obowiązującym wówczas jeszcze art. 420¹ k.c. Więcej na ten temat: S. Rudnicki, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21.11.2003 r., *Monitor Prawniczy* 10/2004.

³⁴ Teza omawianego wyroku brzmi następująco: „1. W przypadku czynu niedozwolonego polegającego na pozbawieniu matki dziecka możliwości podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży z powodu ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu art. 444 § 1 k.c. nie ma zastosowania. Obojgu rodzicom kalekiego dziecka przysługuje natomiast roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 415 k.c.

2. Prawo do planowania rodziny i wynikające z niego uprawnienie do legalnego przerwania ciąży w warunkach określonych w art. 4a ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży jest dobrem osobistym”.

³⁵ M. Nesterowicz, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 580/09 – roszczenie odszkodowawcze przysługujące rodzicom upośledzonego dziecka (w:) M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 364-365; zob. też: T. Justyński, glosa do wyroku SN z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 580/09, *Państwo i Prawo* 3/2012.

Analiza orzecznictwa polskich sądów w zakresie „złego urodzenia” uwidacznia, z jak niezwykle skomplikowaną pod względem prawnym, moralnym i etycznym problematyką przyszło się im w toku rozpatrywania wyżej omówionych spraw zmierzyć. Stawia także dowód tego, jak daleka droga czeka jeszcze polską judykaturę, by wypracować w miarę jednolitą linię orzeczniczą w kwestii zakresu szkody w sprawach o „złe urodzenie”. Mając na uwadze liczne spory doktrynalne dotyczące przede wszystkim interpretacji regulacji art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, wydaje się, że pomimo przewagi orzeczeń uznających istnienie dobra osobistego w postaci prawa do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu aborcji, kwestia ta nadal pozostaje otwarta. Podobnie należy traktować problematykę kosztów utrzymania i wychowania dziecka, które, jak wynika z powyższych wywodów, do tej pory są kwalifikowane jako szkoda jedynie w tzw. „zwiększonym zakresie”, wynikającym z upośledzenia lub kalectwa dziecka. Pojawia się jednak pytanie, co ze zwykłymi kosztami, które zasadniczo towarzyszą wychowaniu i utrzymaniu każdego dziecka? Na podkreślenie w tym kontekście zasługuje fakt, że sprawy z tytułu „złego urodzenia” obejmują także sytuacje, w których bezprawne zachowanie lekarza przyczyniło się do niechcianego poczęcia dziecka, które przyszło na świat zdrowe. Niewątpliwie jednak optymizmem napawa już samo dopuszczenie tego rodzaju roszczeń w polskim porządku prawnym.

