

*Marta Soniewicka*

## Zapobieganie chorobom przenoszonym genetycznie – – problem „szkody prokreacyjnej”

### *Wprowadzenie*

Wiele problemów będących przedmiotem debat publicznych wydaje się nierozwiązywalnych z tego względu, że uczestnicy dyskusji odwołują się do niewspółmiernych wartości (mają inne przesłanki, więc nie mogą dojść do porozumienia względem wniosków) bądź posługują się odmiennymi dyskursami (posługują się odmiennie rozumianymi pojęciami z odmiennych kontekstów). Prowadzi to do wielu nieporozumień i jałowości debaty. W niniejszym artykule postawiony zostanie problem zaistnienia tzw. szkody prokreacyjnej, który jest jednym z przykładów debaty bioetycznej, w której dochodzi do pomieszania dyskursów prawniczego i etycznego. Pojęcie „szkody prokreacyjnej” zostanie przybliżone w dalszej części artykułu. We wstępie zaznaczę jedynie, iż przedmiotem rozważań jest problem zapobiegania szkodom wyrządzanym wskutek decyzji prokreacyjnych podejmowanych przez rodziców. Główny zakres rozważań będzie dotyczył decyzji prokreacyjnych podejmowanych w kontekście współczesnego rozwoju medycyny genomicznej, tj. opartej na wiedzy osiągniętej z projektu badania ludzkiego genomu.

### *1. „Zasada szkody”*

Prawo w społeczeństwach liberalnych opiera się na zasadzie szkody (*harm principle*). Słynna Millowska zasada wyznacza granice wolności jednostki poprzez wprowadzenie obowiązku zapobiegania szkodom wyrządzonym innym jednostkom. Istnieje bowiem, zdaniem Johna Stuarta Milla, jedna bardzo prosta zasada:

która winna przyświecać wszelkim próbom kontrolowania lub przymuszania jednostki przez społeczeństwo, bez względu na to, czy używa ono siły fizycznej

w postaci sankcji prawnych, czy też przymusu moralnego opinii publicznej. Zasada ta brzmi, że jedynym celem usprawiedliwiającym ograniczenie przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jakiegokolwiek człowieka jest samoobrona, że jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jego woli, jest **zapobieżenie krzywdzie innych**. [...] Osobnik może zaszkodzić innym nie tylko czynem, ale i bezczynnością i w każdym z tych wypadków słusznie odpowiada przed nimi za szkodę. [...] Regułą jest pociąganie każdego do odpowiedzialności za szkodzenie innym; pociąganie go do odpowiedzialności za to, że nie zapobiegł złu, jest stosunkowo biorąc, wyjątkiem. Jest jednak wiele wypadków dostatecznie jasnych i dostatecznie poważnych, by ten wyjątek usprawiedliwić. We wszystkich rzeczach dotyczących stosunków jednostki ze światem jest ona *de jure* odpowiedzialna przed tymi, których interesy wchodzą w grę, a w razie potrzeby przed społeczeństwem jako ich opiekunem. Istnieją często ważne powody do zwolnienia jej od odpowiedzialności, ale powody te muszą wypływać ze specjalnych okoliczności: albo dlatego, że w danym wypadku będzie ona na ogół prawdopodobnie postępować lepiej na własną rękę niż w razie poddania jej jakimukolwiek rodzajowi kontroli społecznej, lub dlatego, że próba sprawowania nad nią kontroli sprowadziłaby zło większe od tego, jakiemu by zapobiegła...<sup>1</sup>.

Zasada szkody nie ma zastosowania uniwersalnego, gdyż można czynić źle nie wyrządzając nikomu krzywdy (np. ograbiając zwłoki; nie zatrzymując się na czerwonym świetle, gdy droga jest całkiem pusta itp.). Mogą też istnieć działania, które choć mogą wyrządzać szkodę jednostkom, są dozwolone prawnie z uwagi na korzyść dla społeczeństwa (np. przymusowa kwarantanna osób chorych na choroby zakaźne itp.). Zasada ta ma zastosowanie zarówno do działań, jak i do zaniechań, które mogą wyrządzić szkodę innym. Obowiązek zapobiegania szkodom, które nie są wynikiem naszych działań czy zaniechań jest kwestią bardziej kontrowersyjną. W większości systemów prawnych istnieje rozbudowany system odpowiedzialności cywilnej wynikającej z ryzyka, co wiąże się np. z wprowadzaniem do obrotu publicznego produktów niebezpiecznych, własnością nieruchomości itp. Duże kontrowersje budzi jednak odpowiedzialność karna za niezapobieżenie złu. Nie wszyscy bowiem się zgodzą, że z zasady zakazującej wyrządzania krzywdy można wyprowadzić zasadę nakładającą obowiązek zapobiegania krzywdzie innych. O ile w prawie kontynentalnym często przewiduje się odpowiedzialność karną za nieudzielenie pomo-

<sup>1</sup> John Stuart Mill, *Utylitaryzm, O wolności*, przeł. M. Ossowska, A. Kurlandzka, PWN, Warszawa 1959, s. 256; podkreślenia M.S.

cy osobom, których życie bądź zdrowie było w zagrożeniu<sup>2</sup> czy też za niezawiadomienie organów ścigania o przestępstwie<sup>3</sup>, o tyle brak jest podobnych regulacji w anglosaskim systemie prawnym.

Uznając, że zasada szkody jest podstawą dla prawnej ingerencji w życie obywateli, należałoby postawić pytanie, czy możemy mieć do czynienia ze szkodą w kontekście decyzji prokreacyjnych podejmowanych na podstawie testów genetycznych? Aby odpowiedzieć na to pytanie przyjrzyć się wpieryw samemu pojęciu szkody.

## 2. Wyrządzenie szkody

Mill nie wyjaśnia nigdzie, co przez pojęcie szkody rozumie. Pojęcie to nie jest również zdefiniowane w polskim prawie ustawowym (a jedynie w doktrynie prawniczej). Warto więc, przytoczyć definicję szkody zaproponowaną przez amerykańskiego filozofa prawa Joela Feinberga. Wyrządzenie szkody, jak podkreśla, zawiera dwa elementy konieczne: (1) musi prowadzić do naruszenia interesów ofiary; (2) naruszenie musi powstać w wyniku bezprawnego złamania praw ofiary<sup>4</sup>. Przy czym, w niniejszym artykule posłużę się dodatkowo rozróżnieniem sytuacji szkodliwej (*harmful condition*) od sytuacji bycia poszkodowanym (*harmed condition*). W pierwszym przypadku, mamy do czynienia z sytuacją szkody, w której osoba znalazła się z przyczyn od nikogo niezależnych (można znaleźć się w sytuacji szkody np. w wyniku katastrofy naturalne typu powódź). W drugim przypadku, mamy do czynienia z sytuacją, gdzie szkoda jest wynikiem szkodzenia (czyjegoś zaniechania lub działania). Wszystkie stany szkody mają charakter szkodliwy, ale nie wszystkie mają charakter poszkodowania. W kontekście szkody prokreacyjnej będzie mowa o takich stanach szkodliwych jak niepełnosprawność czy choroba genetyczna, przy czym niektóre z tych stanów mogą powstać w wyniku czyjogoś działania bądź zaniechania (tzw. szkody prenatalne i prekoncepcyjne), a niektóre z przyczyn naturalnych.

<sup>2</sup> Art. 162 k.k.

<sup>3</sup> Art 240 § 1 k.k.

<sup>4</sup> Joel Feinberg, „Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming” (1986), w: J. Feinberg, *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*, Princeton University Press, Princeton NJ 1992, s. 3-4.

Zgodnie z definicją proponowaną przez Feinberga, można powiedzieć, że *A wyrządza szkodę B, jeśli w wyniku działania (bądź zaniechania) A, którego nie da się usprawiedliwić, zostają naruszone dobra osobiste B, co prowadzi do powstania szkodliwego skutku w postaci uszczerbku na osobie bądź mieniu B*<sup>5</sup>. Uszczerbek ów może mieć charakter szkody majątkowej, jak i niemajątkowej (krzywda). Obejmuje on zarówno straty, jak i utracone zyski, dlatego badając powstanie szkody należałoby przeprowadzić zarówno „test pogorszenia”, jak i „test kontrfaktyczności”, jak pisze Feinberg<sup>6</sup>. Test pogorszenia ma sprawdzić, czy sytuacja B *była lepsza* przed działaniem A. Test kontrfaktyczny bada również, czy sytuacja B *byłaby lepsza*, gdyby A nie zadziałał w określony sposób. Można bowiem wyrządzić szkodę także wówczas, gdy swym działaniem nie pogarszamy niczyjej sytuacji, a nawet gdy ją polepszamy. Jeśli lekarz uratuje życie umierającemu pacjentowi za pomocą określonego zabiegu medycznego, ale przeprowadzi go bez należytej staranności, powodując trwałą niewydolność organizmu pacjenta, wówczas można powiedzieć, że sytuacja pacjenta uległa polepszeniu względem sytuacji sprzed działania lekarza, jednakże jest gorsza względem sytuacji, jaka mogłaby zaistnieć, gdyby lekarz wykonał zabieg z należyłą starannością (czyli tak, jak powinien był go wykonać). Do oceny takiej sytuacji stosujemy wówczas określony standard „dobrego lekarza”, który nie został w danym przypadku spełniony.

Możemy mieć do czynienia ze szkodą także wówczas, gdy sytuacja poszkodowanego uległa pogorszeniu choć test kontrfaktyczny nie jest spełniony. Są to przypadki, gdy sytuacja B się pogarsza, ale pogorszyłaby się bardziej, gdyby A w ogóle nie działał. Feinberg podaje tu przykład taksówkarza, który wioząc pewnego biznesmena na lotnisko powoduje wypadek, w skutek którego biznesmen nie zdąży na swój samolot. Ciężko ranny biznesmen trafia do szpitala, gdy tymczasem samolot, którym miał lecieć rozbija się na krótko po stracie i wszyscy pasażerowie giną. Choć wypadek spowodowany przez niedbałego kierowcę ratuje życie biznesmenowi, zdrowy rozsądek podpowiada nam, jak zauważa Feinberg, że ta okoliczność nie zwalnia taksówkarza z odpowiedzialności za wyrządzoną biznesmenowi w skutek wypadku szkodę. Niezależnie od tego, czy mniejsze zło uchroniło przed większym

<sup>5</sup> Ibidem, s. 6.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 6-11.

złem, odpowiedzialność za wyrządzone szkody nie podlega kompensacji.

Mogą wreszcie zdarzyć się bardzo rzadkie przypadki, które nie przechodzą ani testu kontrfaktycznego, ani testu na pogorszenie. Przykładem może być sytuacja, gdy sportowiec został niedopuszczony do zawodów przez czyjeś działania, co pozbawiło go możliwości wygrania nagrody, ale jednocześnie uratowało przed zamachowcami, którzy chcieli go na tychże zawodach pozbawić życia. Jeśli tylko osoba uniemożliwiająca sportowcowi wystartowanie w zawodach nie działała w celu uratowania mu życia (ale np. w celu umożliwienia wygranej innemu zawodnikowi), ponosi ona odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną sportowcowi, nawet jeśli ta szkoda uratowała mu życie. Z tego względu Feinberg proponuje przeformułowanie testu kontrfaktycznego na podwójnie kontrfaktyczny:

A wyrządza szkodę B, jeśli tylko jego bezprawne działanie czyni B gorzej sytuowanym niż w sytuacji, w której by się znalazł, gdyby wszystko potoczyło się zgodnie z normalnym przebiegiem wydarzeń, na tyle na ile dały się one w tych okolicznościach rozsądnie przewidzieć<sup>7</sup>.

### 3. Szkody prenatalne i prekoncepcyjne

Zanim przejdę do kontrowersji związanych z tzw. szkodą prokreacyjną, przedstawię kilka istotnych uwag dotyczących tzw. szkód prenatalnych i prekoncepcyjnych<sup>8</sup>, które zostały wprowadzone w wielu systemach prawnych i które wykazują pewne podobieństwa do szkód prokreacyjnych. Przez szkodę prenatalną rozumie się sytuację, w której działanie, wyrządzające mającemu narodzić się dziecku szkodę, występuje w okresie między poczęciem a urodzeniem. Przykładem może być sytuacja, gdy kobieta w ciąży zostaje zarażona w szpitalu różyczką,

<sup>7</sup> Ibidem, s. 11.

<sup>8</sup> Na gruncie polskiego prawa, roszczenie dziecka z tytułu szkód wyrządzonych przed jego urodzeniem wynika z art. 446<sup>1</sup> k.c., gdzie *explicite* mowa tylko o szkodach prenatalnych, ale zgodnie ze stanowiskiem doktryny, artykuł ten nie wyklucza również możliwości dochodzenia przez dziecko odszkodowania z tytułu szkód prekoncepcyjnych (Tomasz Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 263; patrz też Gerard Bieniek, „Komentarz do kodeksu cywilnego”, art. 415-449, w: G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Ks. trzecia, Zobowiązania, t. 1, LexisNexis, Warszawa 200, s. 450-451).

na skutek czego rodzi dziecko upośledzone. Wówczas zarówno matka, jak i dziecko mogą mieć roszczenie odszkodowawcze względem szpitala za zaniedbanie, w wyniku którego doszło do zakażenia. Podobnie będzie w sytuacji, gdy kobieta w ciąży zażywa leki, nie będąc poinformowaną przez firmę farmaceutyczną o ich szkodliwości dla przebiegu ciąży. Wówczas roszczenie przeciwko firmie farmaceutycznej przysługuje zarówno matce, jak dziecku. Przez szkodę prekonceptyjną rozumie się sytuację, w której działanie, wyrządzające mającemu narodzić się dziecku szkodę, występuje jeszcze przed poczęciem. Modyfikując powyższy przykład, należy sobie wyobrazić sytuację, w której kobieta zostaje zarażona w szpitalu różyczką jeszcze przed zajściem w ciążę; nie zostaje o tym poinformowana, zachodzi w ciążę i rodzi upośledzone dziecko. Konsekwencje prawne będą tutaj takie same, jak we wcześniejszych przykładach.

We wszystkich tych przypadkach mamy do czynienia z ciekawą konstrukcją prawną, które nie zakłada wcale podmiotowości prawnej dzieci nienarodzonych. Zdolność prawną, w tym wszelkie prawa i ich egzekwowalność, zyskuje się dopiero z momentem urodzenia, jednakże prawa te mogą zostać naruszone w skutek działań mających miejsce przed ich powstaniem. W doktrynie określa się to czasem mianem „retroaktywnej ochrony praw i interesów jednostki”<sup>9</sup>. Można być bowiem poszkodowanym wskutek działań poprzedzających nasze istnienie, co Feinberg ilustruje przykładem z bombą w przedszkolu<sup>10</sup>. Bomba z opóźnionym zapłonem wybucha 6 lat po jej podłożeniu i rani 4-letnie dziecko. Ofiarą, poszkodowaną na skutek zamachu jest dziecko, choć nie było go na świecie w momencie, gdy zamachowiec podjął działanie, którego skutkiem jest wyrządzona zamachem szkoda.

Oczywiście rodzi się tutaj pytanie, jak daleko wstecz można sięgać, by dochodzić podobnych szkód. Nasuwa się odpowiedź, że tak daleko, dopóki da się udowodnić związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem a szkodą, co najczęściej będzie ograniczało zastosowanie szkód prekonceptyjnych tylko do sytuacji, gdy działanie wyrządzające szkodę wystąpiło na krótko przed poczęciem. Problem wykazania adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego budzi jednak uzasadnione kontrowersje interpretacyjne i to nie tylko w sytuacjach szkód prekonceptyjnych czy prenatalnych, ale także szkód post-natalnych.

<sup>9</sup> Por. T. Justyński, op. cit., s. 255-264.

<sup>10</sup> J. Feinberg, op. cit., s. 12.

Aby przybliżyć koncepcję retroaktywnej ochrony praw i interesów, obejmującej działania wyrządzające szkodę przed urodzeniem poszkodowanego, warto sięgnąć do prawa rzymskiego, w którym pojawia się pojęcie *nasciturus* (dziecko poczęte, nieurodzone) stosowane w kontekście prawa spadkowego. Zgodnie z prawem rzymskim, *nasciturus* dziedziczy po ojcu pod warunkiem, że dziecko urodzi się żywe. Ta ciekawa konstrukcja powstała w prawie rzymskim na skutek potrzeby ochrony praw potomków żołnierzy rzymskich, którzy stracili życie nim ich dzieci przyszły na świat. Przejęło ją następnie prawo kontynentalne, czyniąc *nasciturus* warunkowym nosicielem praw<sup>11</sup>. Podobny sposób myślenia leży u podstaw konstrukcji prawnej, chroniącej dziecko przed działaniem wyrządzającym mu szkodę w okresie poprzedzającym urodzenie.

W przypadku szkód wyrządzonych przed urodzeniem, oprócz fikcji prawnej w postaci *nasciturus*, wprowadza się dodatkowo abstrakcyjną konstrukcję prawną, jaką jest *concipiendus* (dziecko nienarodzone i nie-poczęte). O ile więc *nasciturus* jest warunkowym podmiotem prawa, o tyle *concipiendus* będzie jedynie możliwością podmiotu prawnego (nie jest on przyszłym dzieckiem, lecz raczej pomysłem na dziecko, możliwością bycia przyszłym dzieckiem). Pojawienie się tej nowej konstrukcji prawnej oraz poszerzenie retroaktywnej ochrony praw wiąże się z rozwojem technologii, która pozwala nam w szerszym zakresie przewidywać przyszłość, jak i w szerszym zakresie wyjaśniać przeszłość poprzez przypisywanie przyczyn skutkom. Może ono jednak, z uwagi na swą abstrakcyjność, budzić pewne kontrowersje. W dalszej części tego punktu posłużę się więc bardziej rozpowszechnionym w myśleniu prawniczym przykładem *nasciturus*.

Ze względu na warunkowość przyznanych *nasciturusowi* praw, kontrowersje budzi odpowiedzialność karna za nieumyślne spowodowanie śmierci *nasciturus* (np. w wyniku wypadku drogowego, w którym brała udział kobieta w ciąży), jak i odpowiedzialność odszkodowawcza w takiej sytuacji (firmy ubezpieczeniowe odmawiają odszkodowań z tytułu śmierci nienarodzonego dziecka w drodze wypadku drogowego). Przykładem dla tego typu kontrowersji może też być kazus lekarza, który w skutek nienależycie przeprowadzonego zabiegu lub błędu doprowadza do śmierci płodu. Lekarz ten nie będzie ponosił odpowie-

<sup>11</sup> Art. 927§2 k.c. Dziecko poczęte, nieurodzone ma tzw. warunkową zdolność prawną.

działności karnej za nieumyślne spowodowanie śmierci przyszłego dziecka, co było przedmiotem również jednego z wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>12</sup>. Polski kodeks karny przewiduje bowiem jedynie penalizację umyślnych czynów doprowadzających do przerwania ciąży przez kobietę w skutek przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem<sup>13</sup>. W polskim prawie karnym nie przewiduje się rozciągnięcia odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci na dziecko poczęte, nienarodzone. Odpowiedzialność odszkodowawcza względem przyszłego dziecka pojawia się zaś pod warunkiem, że dziecko urodzi się żywe. Wydaje się więc paradoksem fakt, że lekarz ponosi dodatkową odpowiedzialność wobec dziecka, które urodzi się upośledzone na skutek błędu lekarskiego, a nie ponosi dodatkowej odpowiedzialności, gdy na skutek błędu lekarskiego płód zostanie uśmiercony (ponosi wówczas jedynie odpowiedzialność wobec matki dziecka). Tego typu rozwiązania prawne stają się jasne, gdy zrozumie się, że są konsekwencją przyznania zdolności bycia podmiotem praw i obowiązków każdemu chwilą urodzenia. Nie stoi to w sprzeczności z tym, że prawa przysługujące od momentu urodzenia mogą być w pewnym ograniczonym zakresie chronione wstecznie.

Retroaktywne prawo do niebycia poszkodowanym wyposaża w roszczenia rozciągnięte na wszystkich, którzy mogą wyrządzić szkodę, włącznie z matką dziecka. Przeciwno odpowiedzialności matki za szkody wyrządzone nienarodzonemu dziecku podnosi się czasem zarzut paradoksalności ochrony płodu, będący odwróceniem zarzutu wobec wspomnianej wyżej odpowiedzialności lekarskiej. Argumentuje się, że skoro kobieta w niektórych systemach prawnych ma prawo usunąć ciążę, niekonsekwentnym jest przypisywanie jej odpowiedzialności prawnej za uszkodzenie płodu, gdy zdecyduje się urodzić dziecko<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> *Vo v. Francja* (skarga nr 53924/00). Trybunał uznał, że środki prawno-karne nie są konieczne do zastosowania, gdy do przerwania ciąży nie doprowadzono w sposób umyślny. Trybunał orzekł również, że nie ma potrzeby ustalania w sposób abstrakcyjny, czy dziecko nienarodzone jest osobą w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Por.: Bożena Gronowska, „Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo* przeciwko Francji (dot. ochrony prawnej płodu ludzkiego w związku z wadliwym zabiegiem lekarskim)”, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 11-12, s. 221-229; Oktawian Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 111 i nast.

<sup>13</sup> Art. 153 k.k.

<sup>14</sup> Patrz: Bonnie Steinbock, *Life Before Birth. The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford University Press, New York 1992, s. 96 i nast.



Podobnie jednak jak w przypadku odpowiedzialności lekarskiej, nie ma w tych rozwiązaniach prawnych niekonsekwencji. Wszystko sprowadza się do ustalenia istnienia podmiotowości prawnej, która umożliwia dochodzenie roszczeń wobec innych. O ile prawna ochrona nie obejmuje jedynie podmiotów prawnych (prawnej ochronie mogą podlegać również przedmioty, natura ożywiona i nieożywiona), o tyle posiadanie interesów czy praw, które mogą być naruszone, prawo wiąże jedynie z podmiotami prawa, posiadającymi zdolność prawną. Konstrukcja szkód prekoncepcyjnych i prenatalnych nie zakłada więc istnienia prawa do bycia urodzonym, ale przyjmując, że dziecko urodzi się żywe, wyposaża je w prawo do niebycia przez nikogo poszkodowanym.

Odpowiedzialność matki za szkody wyrządzone dziecku przed urodzeniem budzi jednak uzasadnione kontrowersje z innych względów. Przedmiotem sporów w doktrynie amerykańskiej były np. takie kwestie, jak: poddawanie przymusowemu odwykowi kobiet w ciąży, pozabawianie praw rodzicielskich kobiet nadużywających alkoholu i używających narkotyków w czasie ciąży itp.<sup>15</sup>. Po pierwsze, kontrowersje związane są z konfliktem pomiędzy autonomią matki a warunkowymi prawami mającego narodzić się dziecka. Po drugie, pojawia się wątpliwość dotycząca tego, czy podobne roszczenia stanowią najlepszą ochronę dla dziecka z uwagi na ich negatywny skutek dla relacji matka-dziecko, której to ochrona jest również w interesie dziecka. Pojawienie się roszczeń odszkodowawczych za szkody prenatalne względem matki w prawie amerykańskim można zrozumieć jedynie w kontekście amerykańskiego prawa ubezpieczeniowego. Pierwsze bowiem tego typu roszczenie w USA sąd uznał, gdy chodziło nie tyle o domaganie się przez dziecko odszkodowania od matki, co o wspólne uzyskanie odszkodowania z ubezpieczenia zarówno matki, jak i dziecka<sup>16</sup>. Matka i dziecko nie byli więc tutaj adwersarzami; roszczenie dziecka przeciwko matce zostało wykorzystane jedynie po to, by uzyskać rekompensatę za szkodę dziecka także z ubezpieczenia matki. Gdy przeniesiemy tego typu konstrukcję prawną na grunt prawa kontynentalnego, gdzie mamy powszechny system ubezpieczeń, może pojawić się pytanie, jakiego typu odszkodowania dziecko może dochodzić od matki

<sup>15</sup> Ibidem, s. 89-125 oraz s. 133-163.

<sup>16</sup> *Grodin v. Grodin*, Mich. App., 301 N. W. 2d869 (1981); ibidem, s. 96 i nast.

w sytuacji, gdy matka pozostaje jego prawną opiekunką i ponosi koszty opieki nad dzieckiem.

W dalszej części artykułu chciałabym zwrócić uwagę na sytuację tzw. szkody prokreacyjnej, w której oprócz wspomnianych tu problemów (autonomia matki, ochrona relacji matka-dziecko) dochodzi dodatkowy problem, związany z zastosowaniem samego pojęcia szkody.

#### 4. „Szkoda prokreacyjna” i brak osoby poszkodowanej

##### 4.1. „Szkoda prokreacyjna”

Przez szkodę prokreacyjną rozumiem w tym artykule szkodę wyrządzoną na skutek podjęcia decyzji prokreacyjnej. W szczególności interesuje mnie tutaj sytuacja, w której podjęcie decyzji prokreacyjnej jest wynikiem zaniedbania (nienależytej staranności) matki czy rodziców, pomijając tu sytuacje, w których podjęcie owej decyzji jest skutkiem zaniedbania osób trzecich (lekarzy, personelu medycznego itp.), które przyczyniają się swym działaniem do podjęcia określonej decyzji.

Modyfikując powyższe przykłady szkód preconcepcyjnych, możemy sobie wyobrazić sytuację, w której kobieta zarażona różyczką zostaje poinformowana o zagrożeniu jakie choroba powoduje dla ewentualnej ciąży. Mimo to zachodzi w ciążę, nie dbając o to, jak bardzo jej stan może wpłynąć na zdrowie przyszłego dziecka. Możemy też sobie wyobrazić sytuację, gdy kobieta poddana jest leczeniu farmakologicznemu, które ma negatywny wpływ na zdrowie płodu. Zostaje poinformowana przez lekarza, że nie powinna zachodzić w ciążę przez najbliższe trzy miesiące, dopóki leczenie nie zostanie zakończone. Nie zważając na ostrzeżenie, kobieta zachodzi w ciążę w trakcie leczenia. Kolejnym przykładem może być para, która przed podjęciem decyzji o prokreacji poddaje się testom genetycznym na nosicielstwo zmutowanego genu choroby Tay-Sachsa i mimo pozytywnego wyniku u obojga z nich oraz konsultacji genetycznej, w trakcie której zostali uświadomieni o bardzo dużym ryzyku, że ich dziecko urodzi się chore, decydują się na poczęcie. Wreszcie, możemy sobie wyobrazić parę osób głuchoniemych, która korzysta z metody *in vitro*, by począć dziecko, a genetyczne badania preimplantacyjne wykorzystuje do selekcji embrionu z większym prawdopodobieństwem dziedzicznej wady słuchu (bądź też korzysta z odpowiednich badań, by dokonać selekcji gamet w tym samym celu). Jakkolwiek ten ostatni przykład różni się od po-

przednich tym, że mamy do czynienia z intencjonalnym działaniem nakierowanym na powołanie do życia osoby z określoną wadą genetyczną, a w poprzednich ze swego rodzaju zaniechaniem bądź niedbałością w działaniu, której wynikiem jest urodzenie upośledzonego dziecka. Jak była jednak mowa wyżej, pojęcie szkody dotyczy zarówno działania, jak i zaniechania we wszystkich swych odmianach.

#### 4.2. Problem braku tożsamości

Jak podkreślają filozofowie, powyższe sytuacje różnią się od sytuacji opisanych przy omawianiu szkód prenatalnych i prekonceptyjnych, nawet gdy rezultat w postaci choroby dziecka będzie taki sam. Problemem jest brak tożsamości podmiotowej dziecka urodzonego w sytuacji szkodliwej i dziecka, które mogłoby się narodzić, gdyby rodzice postąpili w sposób, jaki można by od rozsądnych rodziców oczekiwać, tj. powstrzymaliby się od poczęcia dziecka w określonej sytuacji, określonym czasie czy o określonych cechach. We wspomnianym wcześniej przykładzie, w którym kobieta zostaje zarażona w szpitalu różyczką przed poczęciem, tożsamość podmiotowa poczętego dziecka wydaje się być zachowana. Gdyby obsługa szpitala wykazała się należytą starannością, nie doszłoby do zakażenia kobiety i dziecko poczęte przez nią na krótko po wyjściu ze szpitala byłoby prawdopodobnie całkowicie zdrowe. W tym przypadku możemy porównać sytuację dziecka, które urodziłoby się zdrowe (na skutek normalnego przebiegu ciąży) z sytuacją dziecka, które urodziło się upośledzone (na skutek ciąży matki zakażonej różyczką). Natomiast w przedstawionych w ostatnim punkcie sytuacjach, możemy jedynie porównać sytuację dziecka z sytuacją *innego* dziecka, które mogło być urodzić się zdrowe, gdyby wstrzymano się z prokreacją na jakiś czas<sup>17</sup>.

Na szeroko dyskutowany w literaturze problem braku tożsamości podmiotowej (*The Non-Identity Problem*) zwrócił uwagę Derek Parfit,

<sup>17</sup> W innym momencie czasu doszłoby do połączenia innych gamet, w wyniku czego powstałaby inna pod względem genetycznym osoba. Nie byłaby to więc dokładnie ta sama osoba, choć pod wieloma względami mogłaby być taka sama do osoby, która mogłaby przyjść na świat nieco później (por. Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford 1987, s. 355). Poza tym ludzie są innymi osobami, nawet gdy nie różnią się pod względem genotypu – np. bliźniaki jednojajowe. Każdy z nich jest oddzielnym bytem, gdyż każde osobno i w innym czasie przyszło na świat (Jeffrey Reiman, „Being Fair to Future People: The Non-Identity Problem in the Original Position”, *Philosophy & Public Affairs* 35 (1), 2007, s. 83).

ilustrując go przykładem dziewczyny, która zostaje matką w wieku 14 lat<sup>18</sup>. Lepiej byłoby, gdyby dziewczyna poczekała parę lat z zachowaniem w ciąży, gdyż nastoletnia mama nie jest w stanie zagwarantować swemu dziecku tak dobrego startu w życiu, jaki jest w stanie zagwarantować kobieta pełnoletnia. O ile jednak, łatwo się zgodzić, że lepiej byłoby gdyby nastoletnia dziewczyna nie zachodziła w ciążę, o tyle trudniej się zgodzić, że byłoby tak lepiej dla owego dziecka, które urodziła mając 14 lat. Gdyby bowiem zdecydowała się poczekać parę lat z macierzyństwem, urodziłaby już zupełnie inne dziecko. W przykładzie z lekami, wskutek których rodzi się upośledzone dziecko, sprawa jest poważniejsza, gdyż chodzi o uszczerbek na zdrowiu dziecka, problem braku tożsamości jest jednak ten sam. Jeśli kobieta posłuchała by lekarza i poczekała trzy miesiące na zakończenie kuracji, co nie wydaje się nadmiernym wysiłkiem, urodziłaby prawdopodobnie zdrowe dziecko. Mimo to, kobieta zignorowała ostrzeżenie lekarskie i zaszła w ciążę, w wyniku czego urodziła ciężko upośledzone dziecko<sup>19</sup>. Intuicyjnie do tego podchodząc, łatwo się zgodzić, że kobieta postąpiła źle. Trudno jednak przyznać, iż postąpiła źle w stosunku do urodzonego przez nią dziecka, bo gdyby postąpiła zgodnie z zaleceniem lekarza, owo upośledzone dziecko nigdy by się nie narodziło. Zaszkodzenie dziecku jest oczywiste w przypadkach, gdy kobieta nie dostarcza potrzebnych leków swemu dziecku lub odmawia wzięcia koniecznych dla płodu leków, będąc w ciąży, na skutek czego staje się ono niepełnosprawne<sup>20</sup>. Tak samo nie budzi większych wątpliwości sytuacja odwrotna, gdy kobieta bierze w trakcie ciąży leki powodujące uszkodzenie płodu, a także gdy zażywa w ciąży narkotyki czy nadużywa alkoholu, co może wpłynąć znacząco na stan zdrowia przyszłego dziecka. Choć efekt we wszystkich tych sytuacjach jest taki sam, pojawia się problem, czy tradycyjne pojęcie szkody można rozciągnąć na sytuację, w której alternatywą dla decyzji prokreacyjnej jest urodzenie innego dziecka albo nieurodzenie dziecka w ogóle. Dotyczy to również genetycznych interwencji prokreacyjnej rodziców, jak np. selekcja określonej płci czy określonych cech dziecka (w tym również upośledzenia, jak np. wrodzona

<sup>18</sup> D. Parfit, op. cit., s. 358 i nast.

<sup>19</sup> Podobny przykład opisują: Allen Buchanan, Dan W. Brock, Norman Daniels, Daniel Wikler, *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 244.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 244-245.

wada słuchu czy karłowatość) na podstawie genetycznych testów preimplantacyjnych. Dla tych *określonych* upośledzonych dzieci, które rodzice wydają na świat w skutek swego zaniedbania bądź w skutek podjętych świadomie decyzji, rodzice nie mogli uczynić nic lepszego. Dzieci te, jakkolwiek urodzone w sytuacji szkodliwej, nie zostały przez nikogo pozbawione w pełni wartościowego życia (zdrowego), które by mogły w innych okolicznościach wieść. Takiej alternatywy dzieci z powyższych przykładów nie miały.

Podobny problem pojawia się w tzw. roszczeniach typu *wrongful life*, które są przedmiotem obszernej literatury i w większości przypadków nie są uznawane przez sądy. Roszczenia *wrongful life* mogą mieć bardzo wąski zakres zastosowania, gdyż dotyczą przypadków tak ciężkiego upośledzenia związanego z cierpieniem (np. wspomniana w jednym z przykładów choroba Tay-Sachs), że rozważa się możliwość, czy nie lepiej byłoby dla dziecka w ogóle się nie urodzić, niż urodzić się w takim stanie. Główny problem z ustaleniem szkody sprowadza się tu do nieporównywalności tych dwóch sytuacji – bycia urodzonym z niebyciem urodzonym. Trudno też mówić o prawie do bycia bądź niebycia urodzonym, czy też czyimkolwiek interesie w tym, by się nie narodzić. Tego typu sytuacje wymykają się naszej wyobraźni. Tak ciężkie upośledzenia, w których można by w ogóle stawiać tego typu pytanie, są na tyle rzadkie, że z pewnością jakakolwiek regulacja prawna polegająca na przymusie ze strony państwa, mogłaby wyrządzić zdecydowanie więcej szkody niż pożytku, zgodnie z zasadą, że trudne przypadki tworzą złe prawo. O wiele częstsze przypadki dotyczą sytuacji urodzenia w stanie upośledzenia, które nie jest aż tak ciężkie, by można było rozważać niebycie urodzonym jako atrakcyjniejszą opcję. W literaturze określa się te przypadki mianem *wrongful disabilities* (co można by tłumaczyć jako „bezprawne spowodowanie niepełnosprawności”)<sup>21</sup>. Samo życie nie jest chorobą, a w omawianych tu przypadkach spowodowania życia nie da się oddzielić od spowodowania upośledzenia. Jest to pewien paradoks, który próbuje się rozwiązać na różne sposoby.

Parfit dochodzi w swych rozważaniach do wniosku, że problem braku tożsamości nie ma znaczenia, gdyż nie ma moralnej różnicy pomiędzy działaniami, które szkodzą określonym osobom a działaniami, które prowadzą do sytuacji, gdzie taka sama liczba osób znajdzie się w sytu-

<sup>21</sup> Ibidem, s. 225 i nast.

acji tak samo szkodliwej. Parfit nazywa swoje stanowisko „poglądem o braku różnicy” (*No-Difference View*)<sup>22</sup>. Pogląd ten Parfit uzasadnia poprzez odwołanie się do utylitarystycznej zasady, którą określa mianem „twierdzenia o jakości tej samej liczby” (*The Same Number Quality Claim*):

*Twierdzenie o Jakości Życia Tej Samej Liczby Ludzi, lub J*: Jeśli w wyniku obu z dwóch możliwych wyborów naszych działań będzie żyła taka sama liczba ludzi, to byłoby czymś gorszym, gdyby ci, którzy żyją, znaleźli się w gorszej sytuacji lub mieli niższą jakość życia od tych, którzy mogliby żyć<sup>23</sup>.

Zdaniem Parfita, działanie może być złe z moralnego punktu widzenia nawet gdy nikomu konkretnemu nie wyrządzi ono zła. Podstawą oceny jest tu porównanie jakości życia tej samej liczby ludzi dotkniętych daną decyzją, a nie tych samych ludzi. Podobną argumentację proponuje Don Locke w swym komentarzu do problemu braku tożsamości Parfita<sup>24</sup>. Locke formułuje tzw. zasadę możliwej osoby, zgodnie z którą słuszność bądź niesłuszność (*rightness, wrongness*) działania należy oceniać, uwzględniając nie tylko tych którzy istnieją lub będą istnieć, ale też tych, którzy mogliby zaistnieć, jeśli podjęto by inną decyzję. Jednakże należy zauważyć, że przyjęcie zasady Dona Locke’a powoduje jednocześnie uznanie aborcji za niedopuszczalną. Śladem argumentacji Parfita podążają również autorzy książki *From Chance to Choice*, formułując „zasadę niedotyczącą osoby”: (*a non-person-affecting principle*):

N: Ludzie są moralnie zobowiązani, by nie dopuścić do tego, by jakiegokolwiek dziecko lub inna zależna od nich osoba, za których dobro odpowiadają, doświadczyli poważnego cierpienia bądź ograniczenia szans, bądź poważnego uszczerbku na szczęściu bądź poważnej utraty dobra, jeśli mogą, bez zmiany liczby osób, które będą istnieć i bez ponoszenia przez siebie czy innych znaczących obciążeń czy kosztów, czy strat zysków, doprowadzić swym działaniem do tego, by żadne dziecko czy inna zależna od nich osoba, za których dobro odpowiadają, nie doświadczyli poważnego cierpienia bądź ograniczenia szans, bądź poważnego uszczerbku na szczęściu bądź poważnej utraty dobra<sup>25</sup>.

Jednakże, zdaniem powyższych autorów, „zasada tej samej liczby” (*the same-number principle*) nie będzie miała zastosowania do każdej

<sup>22</sup> D. Parfit, op. cit., s. 367.

<sup>23</sup> D. Parfit, „Problem braku tożsamości”, tłum. M. Rutkowski, *Etyka Praktyczna* 2/2012, s. 18.

<sup>24</sup> Don Locke, „The Parfit Population Problem”, *Philosophy*, 62 (240), 1987, s. 138.

<sup>25</sup> A. Buchanan, D. Brock, N. Daniels i D. Wikler, op. cit., s. 249.

decyzji prokreacyjnej dotyczącej powołania do życia osoby niepełnosprawnej. W sytuacji, gdy rodzice nie mogą mieć dziecka zdrowego, alternatywą urodzenia osoby niepełnosprawnej jest nieurodzenie nikogo, a zatem jest to sprawa dotycząca innej liczby narodzonych dzieci (*different-number case*), do której nie ma zastosowania podana wyżej zasada N. W takich przypadkach posiadanie niepełnosprawnego dziecka nie zawsze będzie wyborem moralnie złym. Jednakże w przypadkach, gdy liczba osób powołanych do życia się zgadza, rodzice mają, zdaniem autorów, moralny obowiązek zdecydować się na powołanie do życia dzieci zdrowych.

Do podobnych wniosków dochodzi filozof R.M. Hare, który również opiera się na utylitarystycznym rozumowaniu, by uzasadnić argument, że rodzice mają obowiązek brać pod uwagę jakość życia potomstwa przy podejmowaniu decyzji prokreacyjnych<sup>26</sup>. Hare przeprowadza eksperyment myślowy, w którym rozważa interesy wszystkich potencjalnych stron, zaangażowanych w decyzję prokreacyjną. Oprócz interesów dziecka, matki, innych członków rodziny, osób spoza rodziny, w tym personelu medycznego, a także pacjentów i całego społeczeństwa, proponuje, by wziąć również pod uwagę interesy fikcyjnego dziecka, które jest „następne w kolejce”. Mamy wyobrazić sobie, że uczestniczymy w prenatalnej dyskusji mającego się narodzić upośledzonego dziecka z dzieckiem zupełnie zdrowym, które mogłoby się narodzić, gdyby nie doszło do narodzenia tego pierwszego. Zakładając, iż celem jest maksymalizacja szczęścia na świecie poprzez przyjście na świat istoty ludzkiej z wyższą perspektywą szczęścia, potencjalnie poczęte zdrowe dziecko dysponuje lepszymi argumentami, zdaniem autora, niż aktualnie poczęte dziecko upośledzone.

Inny sposób na ominięcie problemu braku tożsamości proponuje Jeffrey Reiman, opierając swą argumentację na eksperymencie myślowym Johna Rawlsa z sytuacją pierwotną i zasłoną niewiedzy<sup>27</sup>. Jego zdaniem, eksperyment ów udowadnia, że przyszłe pokolenia mają również swoje prawa i moralne interesy, które mogą zostać naruszone w skutek decyzji podjętych przez osoby żyjące, nawet gdyby jedyną dla nich alternatywą byłoby to, że nigdy by się nie urodzili. Strony usytuowane symetrycznie w sytuacji pierwotnej za zasłoną niewiedzy

<sup>26</sup> Richard M. Hare, *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford 2002, s. 185-189.

<sup>27</sup> J. Reiman, op. cit., s. 69-92.

są pozbawione informacji o swoich własnych cechach i warunkach życia – nie znają swojej płci, rasy, wieku, pozycji społecznej, zdolności, zamieszkania, a także nie wiedzą, do której generacji należą. Tak usytuowane strony muszą wybrać zasady sprawiedliwości, którymi będą kierować się w społeczeństwie. Jako istoty racjonalne, wybiorą takie zasady, które będą najkorzystniejsze dla najmniej uprzywilejowanych, do których sami mogą należeć, jak opadnie zasłona niewiedzy. Brak wiedzy o przynależności pokoleniowej ma zagwarantować przyjęcie rozsądnych obowiązków także względem przyszłych pokoleń, w czym Reiman upatruje podstawę dla swych rozważań na temat obowiązków rodziców względem przyszłego potomstwa. Zdaniem autora, sytuacja pierwotna reprezentuje interesy przyszłych ludzi, tak jakby ich właściwości (czy to właściwości dotyczące ich osoby, czy też świata, w którym będą żyć) miały wagę moralną i jednocześnie tak jakby nie miało wagi moralnej to, którą osobą jako taką będą<sup>28</sup>. W sytuacji pierwotnej strony reprezentujące ludzi mają interesy niezależnie od tego, kim reprezentowani przez nich indywidualni ludzie okażą się być. Zdaniem autora, z punktu widzenia przyszłych osób można mówić o ich interesie w tym, by mieć określone właściwości czy w określonych okolicznościach się urodzić, ale nie można mówić o interesie w tym, by urodzić się konkretną osobą. Dla osób aktualnie żyjących jest istotne, czy są sobą, czy też zostaną zastąpieni inną osobą o tych samych właściwościach. Interesy ludzi przyszłych należy jednak rozumieć, zdaniem autora inaczej niż interesy osób aktualnie żyjących. Sytuacja pierwotna ma wyeliminować asymetrię praw i obowiązków między osobami żyjącymi, a osobami mającymi kiedyś się urodzić<sup>29</sup>. Można więc zdaniem Reimana sformułować zasadę, że:

każda przyszła osoba ma prawo do tego, by aktualnie żyjący ludzie podjęli rozsądne wysiłki, by zapewnić przyszłym osobom zdolność normalnego funkcjonowania i normalnej ekspektyw życia<sup>30</sup>.

Jest to, jego zdaniem, zasada deontologiczna, gdyż, w przeciwieństwie do wyżej wspomnianych zasad utylitarystycznych, nie wymaga porównywania jakości życia osób urodzonych z jakością życia tych, którzy mogliby się urodzić w wyniku innych decyzji. Zgodnie z tą zasadą, nie ma moralnej różnicy pomiędzy naruszeniem praw osoby żyją-

<sup>28</sup> Ibidem, s. 84.

<sup>29</sup> Ibidem, s. 88-89.

<sup>30</sup> Ibidem, s. 89.



cej a naruszeniem praw osoby, która będzie żyć. Innymi słowy, autor wykazuje, iż decyzję o poczęciu dziecka upośledzonego można uznać za niesprawiedliwą wobec przyszłych ludzi, nawet gdy nie da się wykazać, że dotyczy ona konkretnych ludzi. Naruszenie praw przyszłych ludzi abstrahuje od tego, jakimi konkretnymi osobami ci ludzie będą, gdyż w sytuacji pierwotnej nikt nie zna swej tożsamości. Problem braku tożsamości nie może tu być brany pod uwagę. Ludzie posiadają pewne prawa i interesy, które prawo powinno chronić, a wśród nich interes każdego człowieka w tym, by urodzić się zdrowym, niezależnie od tego kim się będzie (jaką tożsamość będzie się miało). Dla poparcia intuicyjności swej tezy, Reiman odwołuje się do przykładu matki, która podejmując decyzję prokreacyjną nie myśli o konkretnej mającej się urodzić osobie, ale o przyszłym dziecku, kimkolwiek ono będzie<sup>31</sup>. Podobną argumentację możemy znaleźć u Ronalda M. Greena, który twierdzi, że życie ludzkie rozpatrywane przed poczęciem, a nawet przed urodzeniem jest „zamienne” (*fungible*) – przyszli ludzie są postrzegani jako jednostki zamienne, a nie jako identyfikowalne i unikalne<sup>32</sup>. Wyciąga on więc wniosek, że:

rodzice mają *prima facie* obowiązek nie powoływać do życia, celowo czy z niedbałości, dziecka, którego status zdrowotny prawdopodobnie będzie w znacząco większym stopniu upośledzenia i cierpienia lub dziecka, które będzie miało w znaczącym stopniu ograniczone możliwości życiowe, w stosunku do innych dzieci, z którymi będzie dorastało<sup>33</sup>.

Feinberg dochodzi z kolei do podobnych wniosków co wyżej wspomniani autorzy utylitarystyczni, stwierdzając, że mimo iż w takich sytuacjach rodzice nie uczynili nic złego narodzonemu dziecku, jednakże uczynili coś złego, wprowadzając na świat niepotrzebne cierpienie, czego można było uniknąć<sup>34</sup>.

Nie jest moim celem analiza i krytyka powyższych stanowisk, co przekraczałoby ramy niniejszego artykułu. Celem moim jest odniesienie tych rozważań filozoficznych do analizowanego w tym tekście pojęcia szkody prokreacyjnej, do czego przejdę w kolejnym punkcie.

<sup>31</sup> Ibidem, s. 85.

<sup>32</sup> R.M. Green, „Parental Autonomy and the Obligation Not to Harm One’s Child Genetically”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 25 (1), 1997, s. 8.

<sup>33</sup> R.M. Green, op. cit., s. 10.

<sup>34</sup> J. Feinberg, op. cit., s. 27.

### 4.3. Podmiot prawny a uszkodzenie

Stosując omówioną wyżej utylitarną „zasadę dotyczącą liczby” do pojęcia szkody, należałoby przedstawić na wstępie pojęcie szkody zmodyfikować w ten sposób, by obejmowało ono nie tylko sytuację szkody dotyczącej osoby (*person-affecting harm*), ale i sytuację szkody dotyczącej tej liczby osób niezależnie od ich tożsamości (*number-affecting harm*). W pierwszym przypadku zapobieganie szkodzie zastosowane jest do decyzji dotyczących tej samej osoby. W drugim zaś, zapobieganie szkodzie zastosowane jest do pewnej klasy ludzi, a nie do kogoś konkretnego. Rozumowanie to oparte jest na utylitarystycznej zasadzie maksymalizowania szczęścia na świecie i minimalizowanie cierpienia (średniej ilości ludzi albo jak największej ilości ludzi – ale nikt konkretnego). Pojęcie szkody oderwane od osoby uszkodzonej jest jednak dość sprzeczne z intuicją, jak również z prawną konstrukcją tego pojęcia. Trudno mówić o wyrządzeniu szkody, gdy nie ma podmiotu, który został uszkodzony.

Bardziej przekonujące wydaje się stanowisko Feinberga, zgodnie z którym w omówionych przykładach nie mamy do czynienia ze szkodą, ale raczej mielibyśmy do czynienia z sytuacją niesłusznego działania (*wrongdoing*). Zło, które się tu wyrządza byłoby złem wobec abstrakcyjnie pojętego społeczeństwa, które tworzą przeszłe, teraźniejsze i przyszłe pokolenia. Uzasadnieniem niesłusznosci czy niesprawiedliwości tego działania mógłby być eksperyment z sytuacją pierwotną. Problematiczne wydaje się jednak utrzymywanie, iż można mówić o złamaniu interesów czy praw w oderwaniu od tego, do kogo konkretnie te prawa i interesy należą. Indywiduum w sytuacji pierwotnej to konstrukcja, która była szeroko krytykowana w filozofii politycznej, zwłaszcza przez komunitarystów, których zdaniem nie da się zrozumieć siebie i swoich zobowiązań moralnych w oderwaniu od kontekstu społecznego, konkretnego „ja” i określonego „tu i teraz”<sup>35</sup>. Abstrakcyjna czysta jaźń po prostu nie istnieje, więc nie da się, ich zdaniem, opierać na takim założeniu teorii sprawiedliwości. Poza tym, wątpliwości może budzić owa abstrakcyjna konstrukcja przyszłych

<sup>35</sup> Will Kymlicka „Liberalizm a komunitarianizm”, w: Paweł Śpiewak (red.), *Komunitarianie: wybór tekstów*, przeł. P. Rymarczyk, Fundacja Aletheia, Warszawa 2004, s. 151-178; W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, przeł. A. Pawelec, Fundacja Aletheia, Warszawa 2009, s. 273-281.

pokoleń jako strony, wobec której aktualni ludzie mieliby mieć jakiegokolwiek zobowiązania prawne.

Istnieją co najmniej dwa inne rozwiązania omawianego tu problemu na gruncie prawa, w których zastosowanie pojęcia szkody prokreacyjnej będzie zbędne. Pierwszy sposób polegałby na podciągnięciu niektórych z omawianych wyżej przykładów pod pojęcie szkody prekonceptyjnej, bez zmiany samego pojęcia szkody oraz bez popadania w filozoficzne tarapaty dotyczące tożsamości człowieka. Prawo nie rozstrzyga filozoficznych i teologicznych kwestii dotyczących osoby ludzkiej (jakie ma właściwości, kiedy powstaje itp.)<sup>36</sup>. Nie jest to na gruncie prawa konieczne, gdyż „mieszkańcami świata prawnego nie są ludzie, lecz podmioty prawne”, jak zauważa Tomasz Gizbert-Studnicki, dodając dalej, że „Podmiotem prawa nie jest dany człowiek jako osoba, tj. wiązka pewnych właściwości indywidualizacyjnych”, ale jako wiązka pewnych praw, które mogą przysługiwać także „tworom nie mającym substratu ludzkiego (np. fundacja)”<sup>37</sup>. Zadaniem prawa jest przypisanie praw, które mogą być egzekwowane wobec innych czy też wobec państwa. Z punktu widzenia prawa, można by więc argumentować, że sytuacja, w której kobieta zachodzi w ciążę podczas szkodliwej dla płodu kuracji leczniczej, nie różni się od brania szkodliwych dla płodu leków podczas ciąży. W obu przypadkach kobieta wyrządza, na gruncie tej argumentacji, szkodę przyszłemu dziecku, które będzie miało roszczenie odszkodowawcze do niej, jeśli się urodzi żywe. Dziecko rodzi się bowiem gorzej sytuowanym, niż w sytuacji, w której mogłoby się urodzić, gdyby wszystko potoczyło się zgodnie z normalnym przebiegiem wydarzeń, tj. takim przebiegiem wydarzeń, w którym matka zachowuje się rozsądnie i nie zachodzi w ciążę podczas leczenia ani nie bierze szkodliwych leków w czasie ciąży). Innymi słowy, należałoby tutaj posłużyć się jakimś standardem „rozsądnego macierzyństwa”. Problem braku tożsamości można na gruncie prawa obejść, argumentując, że chodzi każdorazowo o pewien podmiot prawa, tj. określoną wiązkę praw, a nie cech indywidualizacyjnych. Będzie to zatem określone w kolejności (np. pierwsze) dziecko konkretnej kobiety. Po-

<sup>36</sup> Patrz: Bartosz Brożek, „Pojęcie osoby w dyskusjach bioetycznych”, Jerzy Stelmach, B. Brożek, Marta Soniewicka, Wojciech Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 50-55.

<sup>37</sup> Tomasz Gizbert-Studnicki, „Język prawny a obraz świata”, w: Grażyna Skapska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Wydawnictwo A. Marszałek, Toruń 1992, s. 154.

równanie dotyczyłoby tu sytuacji upośledzenia z sytuacją braku upośledzenia, gdyby wszystko potoczyło się normalnie. Prawo nie stosuje tutaj utylitarystycznej zasady tej samej liczby czy porównywania jakości życia osoby aktualnie żyjącej z tą, która mogłaby żyć. Z punktu widzenia prawa istotna jest sama relacja matka-dziecko, a powstała w wyniku tej relacji szkoda może być wynikiem niedbałości matki w stosunku do dziecka, które przyszło na świat upośledzone, choć mogło przyjść na świat dziecko nieupośledzone.

Powyższa argumentacja ma wiele wad i może budzić kontrowersje. Przede wszystkim ma ona ograniczone zastosowanie i nie można jej stosować do przypadków, gdzie alternatywą do urodzenia dziecka upośledzonego jest przerwanie ciąży. Nie ma w tych wypadkach niedbałości polegającej na poczęciu osoby niepełnosprawnej, a prawo do nieurodzenia nikomu nie przysługuje i nie może być podstawą roszczeń odszkodowawczych. Poza tym, konstrukcja ta opiera się na widocznej fikcji prawnej podmiotu poszkodowanego, która może wydawać się zbyt odbiegająca od potocznego, zdroworozsądkowego pojęcia osoby poszkodowanej (ludzie myślą o sobie jako o konkretnych bytach indywidualnych, a nie jako o wiązkach praw). Wątpliwości może budzić też, jak była mowa wyżej, sama konstrukcja szkód preconcepcyjnych. Wreszcie, wątpliwości budzi przyznawanie roszczeń odszkodowawczych przeciwko matce w kontekście szkód powstałych przed urodzeniem dziecka.

Ingerencja państwa w delikatną sferę ludzkiej prokreacji zawsze powinna być postrzegana jako ostateczność. Z tego względu wydaje się rozsądniejsze drugie, znacznie mniej restrykcyjne, rozwiązanie dla omawianych w tym artykule problemów. Rozwiązanie to polegałoby na zrezygnowaniu z pojęcia szkody w omawianych tu sytuacjach dotyczących decyzji prokreacyjnych rodziców. Prowadziłoby to do ograniczenia ingerencji prawnej do działań pośrednich, jak np. różnego rodzaju programy społeczne i edukacyjne promujące odpowiedzialną prokreację (tak jak np. programy społeczne przeciwdziałają ciążom nastolatek, tak odpowiednie programy edukacyjne oraz konsultacje genetyczne powinny uświadamiać przyszłym rodzicom rodzaje zagrożenia, jakie niosą określone choroby genetyczne). Prawnie uzasadnione mogłoby być również pewne ograniczenia dostępu do technik prokreacji medycznie wspomaganej (np. ograniczenia ze względu na wiek; ograniczenia w selekcji embryonów itp.), czy ograniczenia w korzystaniu z genetycznych badań prenatalnych i preimplantacyjnych (np. ogra-

niczenie testów tylko do cech relewantnych dla zdrowia oraz tylko do najpoważniejszych wad genetycznych bądź tych, które podlegają działaniom terapeutycznym).

#### 4.4. Odpowiedzialność moralna w związku z prokreacją

Prawny język roszczeniowy oparty na zasadzie szkody wydaje się nieadekwatny do relacji rodzicielskiej w kontekście podejmowania decyzji prokreacyjnych. Rozważając tę problematykę z moralnego punktu widzenia, należałoby raczej odwoływać się do pojęcia odpowiedzialności<sup>38</sup>. Mówiąc tu o odpowiedzialności rodziców, nie mam na myśli odpowiedzialności karnej czy cywilnej związanej z działaniem, zaniechaniem, ryzykiem czy z prawnym terminem „należytej staranności”. Mówię tu o odpowiedzialności w sensie moralnym, która wiąże się nie tylko z poniesieniem wszystkich konsekwencji własnych decyzji (w tym wypadku prokreacyjnych), ale również z obowiązkami moralnymi, które wynikają ze znalezienia się w określonej sytuacji czy relacji (w tym wypadku w relacji rodzicielskiej). Moralna odpowiedzialność rodzicielska jest znacznie szersza od prawnej odpowiedzialności rodzicielskiej (praw i obowiązków rodziców względem dzieci) i polega na kierowaniu się w swych decyzjach najwyższym dobrem potomstwa oraz budowaniu trwałej więzi rodzicielskiej opartej na miłości, zaufaniu i szacunku względem potomstwa. Rodzice, którzy z egoistycznych względów przedkładają własną chęć posiadania potomstwa nad dobro potomstwa nie zachowują się w sposób w pełni odpowiedzialny z moralnego punktu widzenia. Przykładem mogą być pary będące nosicielami zmutowanego genu choroby Tay-Sachsa, które wiedzą o zagrożeniu przed poczęciem dziecka. Oczywiście sytuacja całkowicie się zmienia i komplikuje, gdy informacja o zagrożeniu wystąpienia choroby Tay-Sachsa jest dostępna rodzicom w momencie, gdy dziecko zostało już poczęte. Usunięcie ciąży jest bowiem czymś innym od po-

<sup>38</sup> Podobne rozwiązanie proponuje Bonnie Steinbock, formułując zasadę odpowiedzialności rodzicielskiej (*principle of parental responsibility*), jako kryterium oceny decyzji prokreacyjnych rodziców, która nie może być jedynie efektem chęci realizacji własnych interesów rodziców, ale musi przed wszystkim uwzględnić dobro przyszłego dziecka i to co rodzice są mu w stanie zagwarantować niezależnie od tego, co to będzie za dziecko (niezależnie od tożsamości, nie chodzi tu bowiem o dobro konkretnego dziecka, ale dobro dziecka, które rodzice mogą wydać na świat w określonych okolicznościach), B. Steinbock, op. cit., s. 73 i nast.

wstrzymania się od prokreacji i z moralnego punktu widzenia może budzić silne wątpliwości. Matka, która nie troszczy się o to, czy dziecko urodzi się chore czy zdrowe i lekceważy rady lekarskie, by powstrzymać się w określonym czasie od prokreacji też nie zachowuje się odpowiedzialnie. Nie chodzi tu o zachowanie względem określonego dziecka, ale o zachowanie jej jako przyszłej matki, dla której powinno być istotne zdrowie potomstwa. Oczywiście problem nieodpowiedzialności w prokreacji nie dotyczy tylko omawianych tu kwestii wpływu decyzji rodzicielskich na zdrowie przyszłego potomstwa. Na takiej samej zasadzie dotyczy też kwestii społecznych. Przykładem mogą być rodziny patologiczne, w których rodzą się kolejne dzieci, choć rodzice nie chcą i nie potrafią obdarzyć ich miłością ani opieką. Jak słusznie zauważa Mill, dar życia jest błogosławieństwem, ale w niektórych sytuacjach może stać się również przekleństwem, jeśli nie uwzględnimy tej największej odpowiedzialności, jaka wiąże się z powołaniem do życia istoty ludzkiej<sup>39</sup>. Nie można przyjmować, że prokreacja w każdych okolicznościach i za wszelką cenę jest właściwa z moralnego punktu widzenia, gdyż prokreacja nie powinna być uważana za środek do realizacji własnych celów (satisfakcji życiowej itp.), ani też nie powinna być uważana za cel sam w sobie. Celem prokreacji powinno być raczej stworzenie owej więzi pomiędzy rodzicami a dziećmi, opartej na miłości, szacunku i zaufaniu, a z tym wiąże się gotowość przyjęcia owej odpowiedzialności moralnej za dobro dziecka powołanego na świat, niezależnie od tego, jakie ono będzie. Jak podkreśla Michael Sandel, to właśnie owa oparta na miłości i akceptacji relacja rodzicielska w największym stopniu wpływa na zagwarantowanie pełnego rozwoju dziecka i na ukształtowanie jego tożsamości<sup>40</sup>.

Biorąc to pod uwagę, należy patrzeć na decyzje prokreacyjne rodziców w bardziej zróżnicowany sposób. Jakakolwiek ocena decyzji prokreacyjnej wymaga niezwyklej wrażliwości, zależy bowiem od bardzo wielu czynników i okoliczności. Jeśli rodzice dziecka chorego na hemofilię wiedzą, po przeprowadzeniu badań genetycznych, o zagrożeniu urodzenia kolejnego chorego na hemofilię syna i mimo to podej-

<sup>39</sup> J.S. Mill, op. cit., s. 275.

<sup>40</sup> Michael Sandel, *The case against perfection*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, London 2007, s. 45 i nast.; podobnie: Michael Walzer, *Sfery sprawiedliwości. Obrona pluralizmu i równości*, przeł. M. Szczubińska, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2007, s. 369.

mują ryzyko, nie znaczy to wcale, że zachowują się nieodpowiedzialnie. Przeciwnie, jeśli decydują się na to ryzyko, gotowi ponieść wszelkie trudności związane z wychowaniem chorego dziecka i chcą obdarzyć je należytą opieką i miłością, zachowują się raczej w sposób heroiczny niż nieodpowiedzialny. Zwłaszcza że hemofilia jest chorobą, którą można w dużej mierze kontrolować, minimalizując jej skutki. Posługiwanie się pojęciem szkody prokreacyjnej (szkody przez urodzenie) w dyskusjach bioetycznych czy pojęciem roszczeń z tytułu złego życia w dyskusjach prawnych może prowadzić do zepchnięcia owych heroicznych rodziców na margines społecznej patologii i promować postawy eugeniczne. Oczywiście, nosicielom zmutowanego genu Tay-Sachsa będzie znacznie trudniej udowodnić, że podejmując decyzję o poczęciu dziecka kierują się miłością dla tego dziecka a nie własnym egoizmem, by za wszelką cenę posiadać własne potomstwo. Nie ma jednak żadnych ogólnych standardów odpowiedzialności rodzicielskiej, wszystko zależy zarówno od rodzaju choroby, jak i od indywidualnej relacji, jaką rodzice są w stanie stworzyć z dziećmi. Z tego też względu, standard ten nie poddaje się prawnym uregulowaniom i nie powinien być egzekwowany prawnie.

#### *Uwagi końcowe*

Reasumując, uważam, że pojęcie „szkody prokreacyjnej” nie daje się dobrze uzasadnić i nie powinno być wprowadzone do regulacji prawnych na wzór szkód prenatalnych i prekonceptyjnych, które również mogą budzić pewne wątpliwości. Poza tym, należy w tym wypadku rozróżnić dyskurs prawniczy od dyskursu etycznego, gdyż wiele problemów filozoficznych (np. omówiony w tym artykule problem braku tożsamości) nie jest istotnych z punktu widzenia prawa. Nowa wiedza genetyczna, w którą mogą dziś być wyposażeni potencjalni rodzice nie uzasadnia prawnej ingerencji w sferę decyzji prokreacyjnych, może jednak uzasadniać prawne ograniczenia w dostępie do technik prokreacji medycznie wspomaganey. Większa wiedza na temat prokreacji i jej skutków nakłada jednakże większą odpowiedzialność moralną na przyszłych rodziców i zmusza do większej rozwagi przy podejmowaniu decyzji prokreacyjnych wobec świadomości ryzyka przekazywanych genetycznie chorób. Roszczeniowy język prawniczy, przeciwstawiający dzieci rodzicom, nie powinien przenikać, ani tym bardziej

determinować dyskusji na temat moralnego wymiaru prokreacji i moralnych zobowiązań pomiędzy rodzicami i dziećmi. Posługiwanie się zapożyczonym z języka prawniczego pojęciem szkody, nic nie wnosi, a jedynie zaciemnia dyskusję etyczną na temat decyzji prokreacyjnych, gdzie bardziej adekwatnym jest stosowanie moralnego pojęcia odpowiedzialności<sup>41\*</sup>.

*Marta Soniewicka*

**Abstract.** The paper addresses the problem of genotypic prevention, i.e. it poses the question of whether prospective parents may be obliged to prevent the so called “reproductive harm”, caused by genetically transmitted diseases. First, the paper analyses the harm principle developed by John Stuart Mill. Second, a legal concept of harm is specified, invoking the distinction between a harmful condition and a harmed condition given by Joel Feinberg. It is argued, after Feinberg, that acts of harming must meet some specific conditions, among others there must be a person who is harmed; and either the counterfactual condition or the worsening condition. Third, the conception of prenatal harm and preconception harm is discussed and then distinguished from the so called “reproductive harm” which is understood as harm caused by giving birth to a person which would be born in a harmful position (with a disability or a disease). The conception of “procreative harm” poses a philosophical question concerning the non-identity problem suggested by Derek Parfit and discussed by such philosophers as Buchanan, Wikler, Brock, Daniels, Hare, Reiman, Green, Locke to name only some of them. The non-identity problem undermines the concept of procreative harm, since there is no person harmed by the procreative decision when the only alternative for a particular disabled child was not to be born. These considerations lead to the conclusion that a legal concept of “reproductive harm” is not justified and that it should be replaced by the idea of moral procreative responsibility in the given context.

**Keywords:** reproduction, procreation, harm, PGD, PND, ART, non-identity problem, No-Difference View, The Same Number Quality Claim; the same-number principle, non-person-affecting principle, wrongful life, prenatal harm, preconception harm, law and reproduction, medical law, biotechics and law

**Słowa kluczowe:** reprodukcja, prokreacja, szkoda, krzywda, badania preimplantacyjne, diagnostyka prenatalna, prokreacja sztucznie wspomagana, problem braku tożsamości, „poglądem o braku różnicy”, „twierdzenia o jakości tej samej liczby”, „zasada tej samej liczby”, „zasada niedotycząca osoby”, roszczenie z tytułu złego życia, szkody prenatalne i prekonceptyjne, prawo i prokreacja, prawo medyczne, bioetyka i prawo

<sup>41</sup> Tekst uwzględnia polski stan prawny na dzień 1 stycznia 2014 roku.

\* Tekst powstał w ramach realizacji projektu finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na lata 2013-2016.