

KAMIŁA SZUTOWSKA*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SZKODĘ Z TYTUŁU
WRONGFUL CONCEPTION I *WRONGFUL BIRTH*
W ŚWIETLE FUNKCJI ODPOWIEDZIALNOŚCI
ODSZKODOWAWCZEJ W POLSKIM PRAWIE CYWILNYM
— CZĘŚĆ I

WPROWADZENIE

W związku z ukazaniem się precedensowych orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczących problematyki *wrongful conception*¹ i *wrongful birth*² zarówno w piśmiennictwie prawniczym, jak i w mediach, w prasie oraz w internecie na nowo rozgorzała dyskusja na temat charakteru regulacji dopuszczającej przerywanie ciąży, przyjętej w ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży³ (dalej jako ustawa o planowaniu rodziny). Rozbieżność poglądów wystąpiła także w odniesieniu do zasadności ujmowania jako szkody majątkowej kosztów utrzymania dziecka, do którego urodzenia się doszło ze względu, jak podnosili skarżący, na zawinione i bezprawne uniemożliwienie kobiecie poddania się zabiegowi przerywania ciąży, najczęściej z powodu błędu w diagnozie lekarza lub ze względu na odmowę skierowania kobiety na badania prenatalne.

* Autorka ukończyła w 2008 r. studia magisterskie na kierunku Prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie i podjęła studia doktoranckie na Wydziale Prawa Uniwersytetu Ruprechta-Karola w Heidelbergu.

¹ Wyrok SN z 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 104; uchwała SN z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSNC 2006, nr 7–8, poz. 123.

² Wyrok SN z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006, z. 6, poz. 71.

³ Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.

Elementem wspomnianej dyskusji stała się także debata⁴ nad proponowanymi zmianami w art. 30 i 38 obowiązującej Konstytucji RP⁵ dotyczącymi wprowadzenia wyraźnego postanowienia uzupełniającego wspomniane przepisy o prawnej ochronie życia człowieka i przynależnej mu godności o sformułowanie „od momentu poczęcia” oraz nad konsekwencjami wprowadzenia takich ewentualnych zmian nie tylko dla rozumienia i dalszych losów ustawy o planowaniu rodziny, lecz także dla sfery ochrony cywilnoprawnej⁶.

Nie sposób będzie także nie wspomnieć o orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej jako ETPCz) w sprawie Tysiąc przeciwko Polsce⁷, które wywołało kontrowersje interpretacyjne odnośnie do oceny przez ETPCz polskich rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych w zakresie omawianej problematyki.

Celem niniejszego artykułu jest próba analizy zagadnienia roszczeń *wrongful conception* i *wrongful birth* w prawie polskim, obejmująca przede wszystkim zbadanie podstawy ewentualnych roszczeń w świetle obowiązujących rozwiązań ustawowych, charakteru dobra podlegającego naruszeniu i zasadności zasądzania zażądanych lub odszkodowania w sprawach tego typu.

Całkowite wyeliminowanie, dla potrzeb przeprowadzenia rzeczowej i obiektywnej analizy, wysoce kontrowersyjnych i budzących emocje aspektów moralnych, etycznych i filozoficznych rozpatrywanego zagadnienia, jest nie tylko niemożliwe, ale byłoby także niewłaściwe. Rozważany problem należy bowiem do tych, które wyprzedziły stan unormowań ustawowych. Prawo pozytywne nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytania stawiane w związku z ich zaistnieniem, a w przyjęciu określonych praktycznych rozwiązań chyba największą rolę odgrywa kreatywność orzecznictwa konstytucyjnego i sądowego⁸. Dlatego też nieodzowne wydaje się sięgnięcie do aksjologicznych podstaw systemu prawa polskiego wynikających z Konstytucji RP, a przybliżonych dzięki orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego. Powinno mieć ono wpływ na sposób wykładni przepisów ustawowych oraz ocenę dopuszczalności rozwiązań i konstrukcji prawniczych przedstawianych zarówno przez sądy, jak i przedstawicieli nauki prawa cywilnego.

Dla omówienia zaprezentowanych w orzecznictwie i piśmiennictwie rozwiązań niezbędne jest również odniesienie się do dotychczasowego rozumienia funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym. Pytanie o rolę odpowiedzialności odszkodowawczej staje się bowiem coraz wyraźniejsze nie tylko na tle

⁴ Zob. stanowiący podsumowanie debaty zbiór opinii ekspertów (w:) *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, Druk sejmowy nr 993, 2007, nr 3, z serii „Przed pierwszym czytaniem”.

⁵ Z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁶ M. Zubik: *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 3, s. 21, 42–43.

⁷ Wyrok z 20 marca 2007 r. (skarga nr 5410/03).

⁸ M. Safjan: *Sędzia i bioetyka*, http://www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Komunikaty/20030210_refera... (stan strony www z 29 lutego 2008 r.).

analizy dotychczas wydanych wyroków, ale i wypowiedzi oraz artykułów prasowych ukazujących społeczny problem, jakim jest brak wystarczającej pomocy i wsparcia państwa dla rodziców dzieci niepełnosprawnych lub matek dzieci pochodzących z gwałtu, którzy podjęli się trudu rodzicielstwa. Wydaje się, iż trafnie zarysowany problem oddaje wypowiedź M. Safjana⁹: „Rodzice, którzy chcą uzyskać od państwa wsparcie na leczenie i utrzymanie dziecka z wadami genetycznymi, muszą powiedzieć: nie chcieliśmy tego dziecka, dla nas jego urodzenie jest szkodą. To sytuacja niezdrowa prawnie i moralnie (...)”.

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Tytułem wprowadzenia do szczegółowych rozważań konieczne jest wyjaśnienie używanych w artykule pojęć *wrongful conception* i *wrongful birth*, przypomnienie, w jakich przypadkach ustawa o planowaniu rodziny dopuszcza możliwość poddania się przez kobietę zabiegowi przerwania ciąży, a także przedstawienie stanów faktycznych, na tle których Sąd Najwyższy sformułował swoje rozstrzygnięcia.

1.1. POJĘCIE *WRONGFUL CONCEPTION* I *WRONGFUL BIRTH*

Pojęcia „niechciane poczęcie” (*wrongful conception*) i „niedobre urodzenie” (*wrongful birth*) obejmują przypadki, w których, odpowiednio, rodzice w ogóle nie chcieli, aby poczęcie dziecka miało miejsce, bądź też nie chcieli, by urodziło im się dziecko upośledzone, do czego jednak doszło wskutek zawnionego postępowania lekarza¹⁰. W obu przedstawionych sytuacjach powodami są rodzice. Należy odróżnić je od przypadków powództw z tytułu *wrongful life* („niechciane, niedobre życie”), które co do stanu faktycznego leżącego u ich podstaw nie różnią się niczym od powództwa z tytułu „niedobrego urodzenia”, jednakże roszczenia podnoszone są nie przez rodziców, lecz przez samo dziecko. Twierdzi ono bowiem, że ze względu na cierpienia i pokrzywdzenie związane z jego upośledzeniem lepiej by było dla niego w ogóle się nie narodzić. Należy podkreślić, iż zarówno w orzecznictwie i literaturze zagranicznej, jak i polskiej roszczenia z tytułu *wrongful life* są w przeważającej większości przypadków uznawane za niedopuszczalne. Wskazuje się zwłaszcza na brak występowania szkody po stronie powoda. Stanem pożądanym

⁹ Rozmowa z M. Safjanem: *Polskie prawo nie wspiera heroicznych rodziców*, Rzeczpospolita, <http://www.rp.pl/artykul/89398.html> (stan strony www z 29 lutego 2008 r.).

¹⁰ Zob. T. Justyński: *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Zakamycze 2003, s. 15–21, 23.

dla powoda zgodnie z jego twierdzeniem byłoby bowiem nieistnienie¹¹. Trzeba wskazać, że już w pierwszym wyroku z dnia 21 listopada 2003 r., odnoszącym się do problematyki *wrongful conception*, SN podkreślił, że zdrowemu dziecku urodzonemu w wyniku „niechcianego poczęcia” nie została wyrządzona ani krzywda, ani szkoda. Takie samo stanowisko, wbrew twierdzeniom sądów niższych instancji, które przyjęły, iż legitymowane czynnie do dochodzenia odszkodowania jest dziecko urodzone z upośledzeniem¹², zajął SN powtórnie w wyroku z dnia 13 października 2005 r., wskazując, że szkodą dla dziecka upośledzonego nie może być jego urodzenie się.

Roszczeń z tytułu *wrongful birth* nie należy mylić z roszczeniami wywodzącymi się z poniesienia przez dziecko szkód prenatalnych, tj. doznanych przez dziecko poczęte przed urodzeniem. Podstawę roszczeń dziecka stanowi w takiej sytuacji art. 446¹ k.c. W przypadku *wrongful birth* pozwanemu lekarzowi nie przypisuje się uszkodzenia płodu, ale doprowadzenie do urodzenia dziecka upośledzonego poprzez odebranie kobiecie możliwości poddania się aborcji.

Podsumowując uwagi terminologiczne, wskazać należy, iż stosowanie wyżej przedstawionych pojęć nie jest w piśmiennictwie prawniczym jednolite. W stanie faktycznym wyroku z dnia 21 listopada 2003 r. miało miejsce „niechciane poczęcie”, w wyniku którego i w następstwie uniemożliwienia kobiecie poddania się aborcji urodziło się zdrowe dziecko. W uzasadnieniu tego wyroku SN posłużył się pojęciem *wrongful conception* i tłumaczył je jako „niechciane urodzenie”. Niektórzy autorzy¹³ używają tego pojęcia przy omawianiu powołanego orzeczenia, inni¹⁴ posługują się dla określenia tej samej sytuacji pojęciem *wrongful birth*. Rozbieżności te wynikają z rozumienia pojęcia *wrongful birth* przez pierwszych z wymienionych autorów, jako obejmujących przypadki urodzenia się dziecka niechcianego wyłącznie ze względu na jego upośledzenie. Pozostali autorzy pojęciem tym określają przypadki zarówno urodzenia się zdrowego, jak i chorego dziecka, o ile roszczenia podnoszone są wobec osoby lekarza nie ze względu na to, iż w zwiniony sposób doprowadził on do poczęcia dziecka, na przykład wskutek ustalenia dla pacjentki niewłaściwej antykoncepcji, lecz dlatego, że swoim działaniem uniemożliwił kobiecie poddanie się aborcji.

¹¹ Zob. np. rozmowa z M. Safjanem: *Prawo do nie-bycia*, Tygodnik Powszechny, <http://tygodnik2003-2007.onet.pl/1547,1175003,1,dzial.html> (stan strony www z 29 lutego 2008 r.).

¹² 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. 41–43.

¹³ T. Justyński: *Wrongful conception w prawie polskim*, *Przegląd Sądowy* 2005, nr 1; M. Domański: *Urodzenie się dziecka jako źródło szkody?*, *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 2005, nr 2.

¹⁴ M. Wild: *Roszczenia z tytułu wrongful birth w prawie polskim*, *Przegląd Sądowy* 2005, nr 1; M. Wiącek: *Naruszenie prawa podmiotowego do aborcji jako przesłanka roszczeń odszkodowawczych?*, *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 2006, nr 2; L. Bosek: *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, *Przegląd Sądowy* 2008, nr 1; P. Jaworek: *Narodziny dziecka jako źródło szkody w polskim prawie cywilnym* (w:) M. Safjan (wprowadzenie), *Wybrane zagadnienia prawa cywilnego*, Warszawa 2006.

W obliczu tych rozbieżności, przyjęte na początku przedstawionych uwag terminologicznych znaczenie pojęć *wrongful conception* i *wrongful birth*, jako odpowiadające sposobowi ich rozumienia i użycia w dotychczasowym polskim orzecznictwie, wydaje się chyba jednak najbardziej odpowiednie.

1.2. PRZESŁANKI DOPUSZCZALNOŚCI PRZERYWANIA CIĄŻY NA GRUNCIE USTAWY O PLANOWANIU RODZINY

Zagadnienie dopuszczalności aborcji powiązane jest ściśle z problematyką „niechcianego poczęcia” i „nieдобrego urodzenia”. Dokonanie aborcji stanowi bowiem możliwość bądź zniwelowania skutków niechcianego poczęcia, w szczególności gdy ciąża powstała w wyniku gwałtu, bądź uniknięcia wystąpienia „nieдобrego urodzenia”, kiedy uszkodzenia płodu wskazują na prawdopodobieństwo urodzenia się dziecka upośledzonego.

Obecnie obowiązująca ustawa o planowaniu rodziny z dnia 7 stycznia 1993 r. w art. 4a dopuszcza możliwość poddania się przez kobietę zabiegowi przerwania ciąży w trzech kategoriach przypadków. Pierwszą stanowią przyczyny medyczne, tj. zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, mające swoje źródło w rozwijającej się ciąży. Do drugiej należy indykacja eugeniczna, mająca miejsce, gdy w wyniku badań prenatalnych lub na podstawie innych przesłanek medycznych zostaje zauważone duże prawdopodobieństwo istnienia ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu lub nieuleczalnej choroby, która zagraża jego życiu. Trzecią kategorię przypadków stanowi wskazanie kryminologiczne, kiedy to istnieje uzasadnione podejrzenie, iż ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Za sprzeczną z Konstytucją RP¹⁵ uznana została, wprowadzona ustawą o zmianie ustawy o planowaniu rodziny z dnia 30 sierpnia 1996 r.¹⁶, możliwość przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży w związku z występowaniem indykacji socjalnej, tj. przez wzgląd na ciężkie warunki życiowe lub trudną sytuację osobistą kobiety.

Przerwanie ciąży w związku z zaistnieniem przesłanki eugenicznej dopuszczalne jest do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, natomiast w przypadku wskazania kryminologicznego — do 12. tygodnia ciąży.

Do dokonania aborcji uprawniony jest wyłącznie lekarz posiadający wymagane kwalifikacje, na podstawie zaświadczenia wydanego przez innego lekarza odpowiedzialnej specjalności¹⁷, potwierdzające zaistnienie przesłanki medycznej lub eugenicznej. Wyjątkowo, gdy ciąża zagraża bezpośrednio życiu kobiety, wystąpienie

¹⁵ Zob. obwieszczenie Prezesa TK z 18 grudnia 1997 r., Dz.U. Nr 157, poz. 1040.

¹⁶ Dz.U. Nr 139, poz. 646.

¹⁷ Na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 22 stycznia 1997 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy, uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzania, że ciąża zagraża

przesłanki medycznej może stwierdzić ten sam lekarz, który podejmuje się przerwania ciąży. Zaistnienie przesłanki kryminologicznej stwierdza prokurator.

Określenie charakteru prawnego regulacji dopuszczalności przerywania ciąży na gruncie ustawy o planowaniu rodziny jest niezwykle istotne dla analizy mającej na celu wskazanie dobra prawnie chronionego podlegającego naruszeniu w przypadkach *wrongful conception* i *wrongful birth* i tym samym podstaw ewentualnych roszczeń, dlatego też będzie ono przedmiotem rozważań w dalszej części artykułu.

1.3. ORZECZENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 21 LISTOPADA 2003 R., 22 LUTEGO 2006 R. I Z 13 PAŹDZIERNIKA 2005 R.

Tytułem przypomnienia wskazać należy, iż w pierwszej¹⁸ z omawianych spraw, zakwalifikowanej jako *wrongful conception*, SN orzekał dwa razy, po raz pierwszy w wyroku z dnia 21 listopada 2003 r.¹⁹ i powtórnie na skutek pytania prawnego sądu apelacyjnego w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r.²⁰ Natomiast na temat drugiej z omawianych spraw, określanej jako przypadek *wrongful birth*, SN wypowiedział się w wyroku z dnia 13 października 2005 r.²¹

Dla dalszej analizy przydatne jest zwięzłe streszczenie wspomnianych orzeczeń SN. Ich dokładne omówienie będzie miało miejsce w ramach późniejszych rozważań poszczególnych szczegółowych kwestii.

1.3.1. ROZSTRZYGNIĘCIE PRZYPADKU *WRONGFUL CONCEPTION*

Powódka zamierzała poddać się zabiegowi przerwania ciąży, będącej wynikiem dokonanego na jej osobie 28 lipca 1996 r. przestępstwa zgwałcenia. W wyniku błędnego jej zdaniem określenia podczas badań w szpitalu zaawansowania ciąży jako czternasto- zamiast jedenastotygodniowej, czyli odmiennie niż wskazywał wynik badania przeprowadzonego przez lekarza ginekologa, który wystawił powódce skierowanie do szpitala, zabieg, jako niedopuszczalny, nie został przeprowadzony. W celu wyjaśnienia rozbieżności prokurator powołał biegłego lekarza ginekologa, jednakże powódka w związku z chorobą, a następnie złym samopoczuciem, nie stawiała się dwukrotnie na badania. Ostatecznie, 30 kwietnia 1997 r. urodziła zdrowego syna.

życiu lub zdrowiu kobiety lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, Dz.U. Nr 9, poz. 49.

¹⁸ W literaturze wskazuje się również, iż stan faktyczny, na kanwie którego zapadł wyrok SN z 8 stycznia 1965 r., II CR 2/65, OSP 1967, z. 9, poz. 220, pozwalał na podniesienie roszczeń z tytułu *wrongful conception*, jednakże powódka tego nie uczyniła; zob. np. T. Justyński: *Wrongful conception...*, *op. cit.*, s. 37–38.

¹⁹ V CK 16/03, OSP 2004, z. 10, poz. 125.

²⁰ III CZP 8/06, OSP 2007, z. 2, poz. 16.

²¹ IV CK 161/05, OSP 2006, z. 6, poz. 71.

W stosunku do pozwanych: Skarbu Państwa, wojewody, szpitala i gminy, wskazując na uniemożliwienie jej przez szpital poddania się zabiegowi przerwania ciąży w wyniku błędnego określenia stanu jej zaawansowania, powódka przedstawiła żądanie zasądzenia w oparciu o art. 448 k.c. zadośćuczynienia za naruszenie jej dóbr osobistych, takich jak zdrowie i wolność poprzez „zmuszenie do urodzenia dziecka pochodzącego z przestępstwa”, odszkodowania z powodu uniemożliwienia wykonywania przez nią pracy zarobkowej od października 1996 r. do daty wniesienia pozwu na podstawie art. 444 § 1 k.c., a także w oparciu o art. 444 § 2 k.c., na rzecz małoletniego syna, miesięcznej renty stanowiącej równowartość kosztów jego utrzymania.

Sąd okręgowy przyjął, że szpital, nie posiadając osobowości prawnej, w październiku 1996 r. był jednostką budżetową gminy i jedynie ona może być legitymowana biernie w tej sprawie. Jednakże w związku z tym, iż dla dopuszczalności aborcji w tym przypadku konieczne było uzyskanie zaświadczenia prokuratora potwierdzającego zaistnienie przesłanki kryminologicznej, a zaświadczenie takie nie zostało wydane, powództwo względem gminy uznał za nieuzasadnione.

Sąd apelacyjny wskazał, iż możliwe było wykazanie związku przyczynowego między działaniem szpitala a niewydaniem przez prokuratora zaświadczenia i tym samym również uniemożliwieniem powódce poddania się aborcji. Jednakże powództwo nie zostało uwzględnione, gdyż, jak stwierdził SA, odpowiedzialność deliktowa za szkodę na osobie związana jest z uszkodzeniem ciała lub wywołaniem rozstroju zdrowia, do których to przypadków nie można zaliczyć urodzenia dziecka.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 listopada 2003 r. wskazał na zaistniałe naruszenie takiego dobra osobistego powódki jak rozumiana szeroko wolność, obejmująca prawo do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji RP, art. 23 k.c.), zaznaczając, iż możliwe do rozważenia jest także naruszenie dobra osobistego w postaci prawa do planowania rodziny. Zasądzenie zadośćuczynienia było jednak niedopuszczalne, gdyż art. 448 k.c. nie obejmował wtedy jeszcze takiej podstawy prawnej²². Sąd Najwyższy uznał ponadto, że w niniejszej sprawie nastąpiło bezprawne naruszenie prawa kobiety do aborcji przewidzianego w art. 4a ust. 1 pkt 3 ustawy o planowaniu rodziny, którego wynikiem jest szkoda obejmująca wydatki związane z ciążą, porodem i utratą w związku z tymi wydarzeniami spodziewanych dochodów. Żądanie zasądzenia renty na rzecz małoletniego syna SN uznał za nieuzasadnione, stwierdzając, iż dziecko nie poniosło żadnej szkody w związku z faktem swojego urodzenia się. Sprawa została przez SN przekazana sądowi okręgowemu do ponownego rozpoznania odnośnie do żądania przez powódkę odszkodowania w związku z niemożnością wykonywania zawodu od października 1996 r.

²² Pojawiła się ona dopiero w związku z nowelizacją kodeksu cywilnego, z 23 sierpnia 1996 r., która weszła w życie 28 grudnia 1996 r.

Powódka rozszerzyła żądanie pozwu, wnosząc o zasądzenie, tym razem na jej rzecz, odszkodowania za szkodę w postaci kosztów utrzymania dziecka do chwili osiągnięcia przez nie samodzielności. Powództwo w tym zakresie zostało przez sąd okręgowy oddalone, natomiast, jak już wspomniano, sąd apelacyjny zwrócił się w tej sprawie z pytaniem do SN.

W tezie uchwały z dnia 22 lutego 2006 r. SN stwierdził, iż bezprawne uniemożliwienie dokonania zabiegu przerwania ciąży, stanowiącej następstwo gwałtu, uzasadnia odpowiedzialność za szkodę obejmującą koszty utrzymania dziecka w zakresie, „(...) w jakim matka dziecka sprawująca osobiste starania o jego utrzymanie i wychowanie nie jest w stanie zaspokoić usprawiedliwionych potrzeb dziecka”. Sąd Najwyższy wskazał, iż konieczne jest oddzielenie osoby dziecka od kosztów jego utrzymania i wychowania, które to właśnie, a nie urodzenie dziecka, ujmowane są jako szkoda. Odmienne niż w wyroku z dnia 21 listopada 2003 r., Sąd Najwyższy podkreślił, że „prawo do aborcji” nie jest ani dobrem osobistym, czy to w postaci wolności (prawa do decydowania o swoim życiu osobistym), czy też w postaci elementu prawa do planowania rodziny, ani nie jest prawem podmiotowym, lecz ma charakter zbliżony do kontraktowy, w związku z czym nie jest możliwe zasądzenie zadośćuczynienia za jego naruszenie w oparciu o art. 448 k.c.” Jako podstawę zasądzenia zadośćuczynienia²³ SN wskazał naruszenie art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej²⁴ (dalej jako ustawa o z.o.z.) oraz art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty²⁵ (dalej jako ustawa o zawodzie lekarza), polegające na odebraniu kobiecie możliwości podjęcia świadomej decyzji co do poddania się zabiegowi aborcji.

1.3.2. ROZSTRZYGNIECIE PRZYPADKU *WRONGFUL BIRTH*

Powódka w marcu 1999 r. udała się, na podstawie skierowania od lekarza z poradni, do pozwanego szpitala, na konsultację z pozwanym ordynatorem oddziału ginekologii i położnictwa, w trakcie której poprosiła o dokonanie przerwania jej ciąży ze względu na bardzo trudną sytuację materialną. Po otrzymaniu informacji, iż dokonanie takiego zabiegu ze wskazanych przez nią przyczyn nie jest prawnie dopuszczalne, zażądała przerwania ciąży z przyczyn zdrowotnych, a także w związku z chorobą jej pierwszego dziecka, cierpiącego na nieuleczalną chorobę genetyczną — dysplazję kręgosłupowo-przynasadową. Chorobę pierwszego dziecka potwierdzały przedstawione przez powódkę dokumenty. Pozwany lekarz po zbadaniu powódki odmówił stwierdzenia przesłanek dopuszczalności przerwania ciąży,

²³ Jest nią art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z. w zw. z art. 448 k.c.

²⁴ Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.

²⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 ze zm.

a także skierowania powódki na badania prenatalne, twierdząc, że choroba pierwszego dziecka na taką konieczność nie wskazuje. W karcie informacyjnej zamieścił wpis o ciąży wysokiego ryzyka i podejrzeniu choroby genetycznej. Powódka złożyła bezskutecznie skargę na błędne jej zdaniem postępowanie lekarza u pozwanej zastępcy dyrektora do spraw leczenia w szpitalu. We wrześniu 1999 r. przeprowadzone w pozwanym szpitalu badania USG wskazały na prawdopodobieństwo występowania u płodu takiej samej choroby, jaką obarczone było pierwsze dziecko powódki. Powódka, doznawszy szoku, odmówiła zgody na przeprowadzenie dalszych badań przez pozwanego lekarza. Pozwany wskazał na brak możliwości przeprowadzenia tych badań przez innego lekarza w szpitalu, dlatego też powódka została z oddziału wypisana i skierowana do poradni konsultacyjnej w B., gdzie w październiku 1999 r. lekarz na podstawie wywiadu ocenił szanse urodzenia się zdrowego dziecka na 50%. 27 października 1999 r. w szpitalu w B. powódka urodziła córkę cierpiącą na tę samą chorobę co jej starszy brat. Choroby tej nie można leczyć w życiu płodowym.

Powódka i jej mąż, wskazując na nieuzasadnioną ich zdaniem odmowę skierowania na badania prenatalne i na wynikające z tego uniemożliwienie powódce poddania się zabiegowi przerwania ciąży, pomimo wystąpienia ryzyka genetycznej choroby u płodu, skierowali przeciwko pozwanemu szpitalowi i pozwanym lekarzom żądanie zasądzenia od nich solidarnie następujących kwot zadośćuczynienia i odszkodowania: na rzecz powódki zadośćuczynienia za krzywdę doznaną w związku z naruszeniem jej praw jako pacjenta oraz z psychicznymi i fizycznymi cierpieniami doznanymi w okresie ciąży i porodu, a także z załamaniem psychicznym doznanym po porodzie oraz na rzecz obojga powodów zadośćuczynienia za krzywdę wynikłą z odmowy skierowania powódki na badania prenatalne; na rzecz powódki odszkodowania z tytułu utraconych zarobków i kosztów leczenia oraz skapitalizowanej renty dla wyrównania jej zmniejszonych możliwości zarobkowych przez okres 16 lat oraz na rzecz obojga powodów odszkodowania i renty miesięcznej dla pokrycia kosztów utrzymania i wychowania upośledzonego dziecka.

Sąd okręgowy, nie stwierdziwszy winy umyślnej po stronie lekarzy, zatrudnionych w szpitalu na podstawie umowy o pracę, oddalił względem nich powództwo, wskazując pozwanego szpitala jako jedynego podmiot legitymowany biernie w rozpatrywanym przypadku. W związku ze stwierdzeniem naruszenia art. 19 ust. 1 pkt 1–2 i 4 ustawy o z.o.z. oraz art. 4 ustawy o zawodzie lekarza poprzez pozbawienie powódki rzetelnej informacji o stanie jej zdrowia i ciąży oraz odmowę skierowania jej na badania prenatalne, a także pozbawienie powódki możliwości świadomego podjęcia decyzji co do przerwania ciąży oraz ze względu na naruszenie tym samym zawartego w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny prawa powódki do aborcji, za zasadne uznał zasądzenie na rzecz powódki na podstawie art. 19a ust. 1 ustawy o z.o.z. w zw. z art. 448 k.c. zadośćuczynienia za krzywdę. Przyznane powódce zadośćuczynienie miało służyć również wyrównaniu krzywdy doznanej

w związku z fizycznymi i psychicznymi cierpieniami powódki w trakcie ciąży i porodu oraz z przebyciem po porodzie załamaniem nerwowym.

Zarówno sąd okręgowy, jak i sąd apelacyjny wskazały, iż rodzice nie są legitymowani czynnie do dochodzenia odszkodowania w związku ze zwiększonymi wydatkami na utrzymanie i wychowanie dziecka upośledzonego, lecz legitymowane jest samo dziecko.

Sąd apelacyjny odmówił poza tym zasądzenia na rzecz powódki zadośćuczynienia za krzywdę, a także odszkodowania za szkodę w związku z uniemożliwieniem jej skorzystania z prawa do aborcji ze względu na brak związku przyczynowego, gdyż ustalił, że nawet gdyby pozwani lekarze postępowali prawidłowo, niemożliwe byłoby wykrycie choroby płodu w takim okresie ciąży, kiedy przeprowadzenie aborcji jest prawnie dopuszczalne.

Sąd Najwyższy, tak jak sąd okręgowy i apelacyjny, stwierdził naruszenie praw powódki jako pacjentki. Podobnie jak sąd okręgowy, a odmiennie niż apelacyjny, stwierdził jednak, iż w omawianej sprawie doszło również do naruszenia, stanowiącego prawo podmiotowe i dobro osobiste, „(...) prawa rodziców do planowania rodziny i podjęcia świadomej decyzji o posiadaniu dziecka dotkniętego wadą genetyczną lub o przerwaniu ciąży, zgodnie z przepisami ustawy o planowaniu rodziny”, co uzasadniało zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę w oparciu o art. 448 k.c. Odmiennie niż sądy niższych instancji, SN uznał także za uzasadnione zasądzenie odszkodowania na rzecz rodziców za szkodę w postaci zwiększonych kosztów utrzymania i wychowania dziecka, związanych z jego chorobą. Wskazał przy tym, iż to koszty utrzymania i wychowania, a nie dziecko, są traktowane jako szkoda, oraz że dziecko nie może być legitymowane czynnie do dochodzenia odszkodowania, ponieważ nie poniosło ono żadnej szkody poprzez fakt urodzenia się.

Podsumowując pokrótce przedstawione rozstrzygnięcia przypadków *wrongful conception* i *wrongful birth*, należy podkreślić zawarte w rozstrzygnięciach SN kwestie, które będą przedmiotem szczegółowych rozważań.

Po pierwsze, będzie to problem podstaw roszczeń o zadośćuczynienie za krzywdę i o naprawienie szkody, które SN wywiódł nie tylko z naruszenia prawa pacjenta, ale także z naruszenia, zgodnie z twierdzeniami zawartymi w wyrokach z dnia 21 listopada 2003 r. i z 13 października 2005 r., a odmiennie niż w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r., praw podmiotowych i zarazem dóbr osobistych, takich jak „prawo do aborcji” i prawo do planowania rodziny oraz oceny konsekwencji przyjęcia określonych rozwiązań tych spornych kwestii.

Po drugie, na tle przedstawionych orzeczeń, poddana zostanie analizie zasadność przyjmowania odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę majątkową z tytułu „niechcianego poczęcia” i „nieдобrego urodzenia”, głównie obejmującą koszty utrzymania i wychowania dziecka.

2. PODSTAWY ROSZCZEŃ Z TYTUŁU *WRONGFUL CONCEPTION* I *WRONGFUL BIRTH* W ŚWIETLE OBOWIĄZUJĄCYCH ROZWIĄZAŃ USTAWOWYCH

Zarówno w dotychczasowym orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie dotyczącym podstaw roszczeń o zadośćuczynienie za krzywdę z tytułu *wrongful conception* i *wrongful birth* wyrażone zostały rozbieżne poglądy odnośnie do charakteru naruszonego dobra w opisywanych przypadkach oraz konsekwencji, nie tylko cywilnoprawnych, lecz i społecznych, związanych z przyjęciem określonych rozwiązań tego problemu.

Wśród wspomnianych poglądów można wyróżnić dwa główne nurty rozumowania, związane z rozważaniami na temat natury regulacji dopuszczalności przerywania ciąży w ustawie o planowaniu rodziny:

- 1) zgodnie z pierwszym stanowiskiem, art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny konstytuuje prawo do aborcji, przez część doktryny uznawane za prawo podmiotowe²⁶, a przez niektórych również za dobro osobiste lub za przejaw takich dóbr osobistych, jak ujmowana szeroko wolność lub prawo do planowania rodziny²⁷; krzywda doznana w związku z naruszeniem tego dobra uzasadnia zasądzenie zadośćuczynienia w oparciu o art. 448 k.c.;
- 2) zgodnie z drugim stanowiskiem, dopuszczona przez art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny możliwość poddania się zabiegowi przerywania ciąży stanowi kontratyp²⁸ lub okoliczność zbliżoną do kontratypu²⁹; uniemożliwienie

²⁶ Wyrok SN z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006, z. 6, poz. 71; T. Justyński: glosa do wyroku SN z 13 października 2005 r., Państwo i Prawo 2006, z. 7, s. 113; tenże: *Wrongful conception, wrongful birth i wrongful life w orzecznictwie sądów polskich*, Rodzina i Prawo 2007, nr 2, s. 11–13; tenże: *Wrongful conception...*, *op. cit.*, s. 43; P. Jaworek: *Narodziny dziecka jako źródło szkody...*, *op. cit.*, s. 66. Natomiast D. Korszeń: *Koncepcja prawa podmiotowego przysługującego na podstawie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, Przegląd Sądowy 2008, nr 4, s. 133, 138, przedstawia koncepcję, zgodnie z którą uprawnienie do przerywania ciąży jest jednym z wielu uprawnień, znajdujących oparcie w ustawie o planowaniu rodziny, które to dopiero tworzą prawo podmiotowe do świadczeń w okresie ciąży.

²⁷ Wyrok SN z 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 104; wyrok SN z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006, z. 6, poz. 71; T. Justyński: glosa do wyroku SN z 21 listopada 2003 r., Państwo i Prawo 2004, z. 9, s. 125; tenże: glosa do uchwały SN z 22 lutego 2006 r., OSP 2007, z. 2, poz. 16, s. 103–104; M. Nesterowicz: glosa do wyroku SN z 21 listopada 2003 r., OSP 2004, z. 10, poz. 125, s. 532; tenże: glosa do uchwały SN z 22 lutego 2006 r., Prawo i Medycyna 2007, nr 1, s. 131; tenże: glosa do wyroku SN z 13 października 2005 r., OSP 2006, z. 6, poz. 71, s. 335; P. Sobolewski: glosa do wyroku SN z 21 listopada 2003 r., Palestra 2005, z. 9–10, s. 237.

²⁸ W. Borysiak: glosa do wyroku SN z 13 października 2005 r., Państwo i Prawo 2006, z. 7, s. 117–118; M. Wild: *Roszczenia z tytułu wrongful birth...*, *op. cit.*, s. 55–56; D. Korszeń: *Koncepcja prawa podmiotowego przysługującego na podstawie ustawy o planowaniu rodziny...*, *op. cit.*, s. 127–128.

²⁹ Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19, pkt 4.3; uchwała SN z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSP 2007, z. 2, poz. 16; M. Gałązka, K. Wiak: glosa do wyroku ETPCz z 20 marca 2007 r. w sprawie Alicja Tysiąc przeciwko Polsce (nr skargi 5410/03), Przegląd Sejmowy 2007, nr 3, s. 217–218; L. Bosek: *Roszczenia wrongful life i wrongful birth...*, *op. cit.*, s. 49–50; A. Górski: *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerywania ciąży w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Przegląd Sądowy 2007, nr 5, s. 29–30; M. Wiącek: *Naruszenie prawa podmiotowego do aborcji...*, *op. cit.*, s. 176–178.

kobiecie skorzystania z tej możliwości nie uzasadnia zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę na podstawie art. 448 k.c.

Należy również zauważyć, że w orzecznictwie oraz u niektórych autorów pojawia się wskazanie na naruszenie praw kobiety jako pacjentki, głównie w postaci prawa do informacji i prawa do podjęcia świadomej decyzji co do przerwania ciąży, wynikających z ustawy o z.o.z. i z ustawy o zawodzie lekarza. Uważa się, że naruszenie tych praw jest jedyną podstawą zasądzania zadośćuczynienia³⁰ w przypadkach *wrongful conception* i *wrongful birth*, bądź iż występuje obok drugiej samodzielnej podstawy, którą stanowi naruszenie prawa do aborcji czy też prawa do planowania rodziny³¹.

2.1. CHARAKTER REGULACJI DOPUSZCZALNOŚCI PRZERYWANIA CIĄŻY PRZYJĘTEJ W USTAWIE O PLANOWANIU RODZINY W ŚWIETLE ORZECZENIA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z DNIA 28 MAJA 1997 R.³²

Spośród trzech wydanych jak dotąd przez SN orzeczeń w sprawach związanych z „niechcianym poczęciem” i „nieodbornym urodzeniem”, dwa pierwsze, tj. wyrok z dnia 21 listopada 2003 r. oraz z 13 października 2005 r. nie poruszają aspektu konstytucyjnego omawianego zagadnienia. Brak tego odniesienia spotkał się w literaturze z uwagami krytycznymi³³. Zarzucono SN, iż nie odwołał się on w swojej wykładni do aksjologii konstytucyjnej, mimo podjęcia rozważań o silnym zabarwieniu etycznym i filozoficznym, do których należą przecież rozważania na temat istnienia prawa do aborcji oraz ujęcia go w postać prawa podmiotowego, samoistnego dobra osobistego albo elementu takiego dobra osobistego jak rozumiana szeroko wolność (prawo kobiety do samostanowienia) lub prawo do planowania rodziny. Interpretacji charakteru dopuszczalności przerywania ciąży w świetle tej aksjologii dokonał SN dopiero w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. Należy podkreślić, że zajął tu odmienne stanowisko aniżeli we wspomnianych wyrokach, tym razem sprzeciwiając się uznaniu prawa do aborcji za dobro osobiste, czy też za element prawa do planowania rodziny.

³⁰ W. Borysiak: glosa do wyroku SN z 13 października 2005..., *op. cit.*, s. 120; uchwała SN z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSP 2007, z. 2, poz. 16; M. Gałązka, K. Wiak: glosa do wyroku ETPCz z 20 marca 2007..., *op. cit.*, s. 222–223; A. Górski: *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerwania ciąży...*, *op. cit.*, s. 33.

³¹ Wyrok SN z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006, z. 6, poz. 71; M. Nesterowicz: glosa do wyroku SN z 13 października 2005..., *op. cit.*, s. 335.

³² K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19.

³³ M. Wild: *Roszczenia z tytułu wrongful birth...*, *op. cit.*, s. 51; A. Górski: *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerwania ciąży...*, *op. cit.*, s. 30; L. Bosek: *Roszczenia wrongful life i wrongful birth...*, *op. cit.*, s. 32; M. Gałązka, K. Wiak: glosa do wyroku ETPCz z 20 marca 2007..., *op. cit.*, s. 217.

W obliczu sporów interpretacyjnych na temat charakteru regulacji dopuszczalności przerywania ciąży podzielam poglądy, które za konieczne uznają sięgnięcie do systemu wartości wyrażonych w Konstytucji RP i stanowiących tym samym fundament porządku prawnego³⁴. Umożliwi ono przyjęcie kierunku interpretacji uwzględniającego hierarchię zasad i wartości konstytucyjnych, w celu wyboru takiego rozumienia obowiązujących przepisów, które harmonizuje z aksjologią konstytucyjną oraz dokonanie, również w tym świetle, rzetelnej oceny proponowanych konstrukcji prawnych³⁵.

2.1.1. ARTYKUŁ 4A USTAWY O PLANOWANIU RODZINY JAKO WYRAZ ROZSTRZYGNIĘCIA KONFLIKTU DÓBR OSOBISTYCH MATKI I DZIECKA POCZĘTEGO

Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r. zapadło jeszcze w czasie obowiązywania tzw. Małej Konstytucji z dnia 17 października 1992 r.³⁶ Jednakże TK wyraźnie stwierdził³⁷, iż zachowuje ono aktualność również na gruncie Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Niezależnie od uwag krytycznych wyrażonych w stosunku do tego orzeczenia³⁸, wydaje się, iż TK w sposób przekonujący przedstawił, jaki mechanizm rozumowania legł u podstaw obecnego kształtu art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny. Przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału był między innymi zarzut niekonstytucyjności pkt 4 ust. 1 art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, który dopuszczał tzw. indykację socjalną, czyli możliwość poddania się zabiegowi aborcji ze względu na ciężkie warunki życiowe lub trudną sytuację osobistą kobiety, wprowadzoną wspomnianą już nowelizacją z dnia 30 sierpnia 1996 r.

Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż w przypadku oceny regulacji dopuszczalności przerywania ciąży, mamy do czynienia z kolizją dóbr prawnie chronionych matki i dziecka poczętego. Obecnie obowiązująca Konstytucja RP udziela ochrony tym dobrom w następujących przepisach: art. 18 (ochrona małżeństwa rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa), art. 30 (ochrona godności człowieka), art. 38 (ochrona życia każdego człowieka), art. 47 (prawo każdego do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz decydowania o swoim życiu osobistym), art. 68 ust. 1 (prawo każdego do ochrony zdrowia).

³⁴ M. Wiącek: *Naruszenie prawa podmiotowego do aborcji...*, *op. cit.*, s. 171.

³⁵ M. Safjan: *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, z. 1, s. 223–225.

³⁶ Dz.U. Nr 84, poz. 426.

³⁷ Pkt 4.9 orzeczenia.

³⁸ Zob. glosa J. Woleńskiego, *Państwo i Prawo* 1998, z. 1, odnośnie do braku logicznej spójności argumentacji TK, i glosa W. Langa, *Przegląd Sejmowy* 1997, nr 6, odnośnie do wykroczenia przez TK poza ramy swoich kompetencji.

Trybunał Konstytucyjny uznał za niebudzące wątpliwości, iż życie ludzkie podlega ochronie od chwili poczęcia, a jego wartość nie może być różnicowana, gdyż brak jest po temu miarodajnych kryteriów. Argumentację swoją oparł na wynikającym z zasady demokratycznego państwa prawnego wymogu respektowania podmiotowości prawnej człowieka. Wskazał także na pojęcie macierzyństwa, które oznacza relację między kobietą i dzieckiem, a zatem należy uznać, iż jego ochrona powinna być realizowana zarówno z punktu widzenia interesów matki, jak i dziecka. Podobny wniosek wypływa z konstytucyjnego wymogu ochrony rodziny, jej funkcji prokreacyjnej oraz relacji ojcostwa i macierzyństwa, która powstaje już w momencie poczęcia dziecka³⁹.

Uznanie wartości życia ludzkiego również w fazie prenatalnej nie oznacza jednak, iż życiu temu przysługiwać będzie w każdych okolicznościach jednolita ochrona. W pewnych sytuacjach, w których prawo do życia i zdrowia dziecka poczętego koliduje z dobrami matki, konieczność przyznania pierwszeństwa ochronie dobrom matki może oznaczać w drodze wyjątku ograniczenie ochrony życia dziecka poczętego. Uprawnionym do rozstrzygnięcia takiej kolizji jest ustawodawca zwykły, jednakże jego decyzje nie mogą oznaczać całkowitego uchylecia ochrony danego dobra⁴⁰ oraz podlegają konstytucyjnej ocenie. Ocena przeprowadzana jest według kryterium, czy stwierdzenie dopuszczalności naruszenia dobra konstytucyjnego można usprawiedliwić poprzez wskazanie, iż stanowi ono „wyraz rozstrzygnięcia kolizji określonych wartości, praw lub wolności gwarantowanych w konstytucji”, jak również, czy rozstrzygnięcie odnośnie do „ważnych” dóbr podjęte zostało zgodnie z zasadą proporcjonalności⁴¹.

Stosując opisany mechanizm ważenia dóbr dla oceny konstytucyjności pkt 4 ust. 1 art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, TK stwierdził, że prawu kobiety do niepogarszania swojego położenia materialnego nie można przyznawać ochrony kosztem ochrony życia dziecka poczętego. Trybunał Konstytucyjny wskazał na zmienność i wtórny charakter warunków egzystencji. Uznanie za dopuszczalne przez ustawodawcę naruszenia ochrony życia dziecka poczętego ze względu na ciężkie warunki życiowe kobiety oznaczałoby podważenie zasady proporcjonalności przy rozstrzygnięciu kolizji dóbr chronionych. Taki sam wniosek nasuwa się, gdy porównujemy wartość życia dziecka poczętego z dobrem mającym polegać na niepogarszaniu sytuacji osobistej kobiety, przez pojęcie której rozumieć można jej relacje z osobami bliskimi, rodziną, otoczeniem, a także możliwości realizacji określonych potrzeb czy celów⁴².

Warto zwrócić również uwagę na fakt, iż TK stwierdził naruszenie przez pkt 4 ust. 1 art. 4a ustawy o planowaniu rodziny „zasady adekwatnego określenia kryteriów

³⁹ Pkt 3 orzeczenia.

⁴⁰ Pkt 4.1 orzeczenia.

⁴¹ Pkt 4.3 orzeczenia.

⁴² Tamże.

dopuszczalności naruszenia wartości konstytucyjnej”. Użycie przez ustawodawcę niedookreślonych zwrotów — „trudna sytuacja osobista” czy też „ciężkie warunki życiowe” przesądza o braku możliwości wyznaczenia jednoznacznego zbioru sytuacji, który można by uznać za wskazanie socjalne do przerwania ciąży⁴³. Trybunał Konstytucyjny nie miał możliwości zbadania pod tym kątem pozostałych przesłanek dopuszczalności aborcji. W tym miejscu niezbędne wydaje się podkreślenie, że i pozostałe z tych przesłanek mogą budzić wątpliwości pod względem ich jednoznaczności. Artykuł 4a ust. 1 pkt 1 mówi o „zagrożeniu dla zdrowia”, art. 4a ust. 1 pkt 2 o „dużym prawdopodobieństwie ciężkiego upośledzenia płodu”. Wydaje się, że brak jest reguł interpretacyjnych przesądzających o tym, jaki stopień zagrożenia dla zdrowia usprawiedliwia dopuszczalność przerwania ciąży, jak duże musi być prawdopodobieństwo upośledzenia płodu i kiedy to upośledzenie można uznać za ciężkie⁴⁴. Na ile jest uzasadnione pozostawienie tak szerokiej swobody interpretacyjnej lekarzowi w zakresie oceny spełnienia przesłanek indykacji medycznej i eugenicznej, jest pytaniem o tyle trudnym, że pociąga za sobą kolejne, tj. w jaki sposób można by na gruncie ustawy te pojęcia doprecyzować⁴⁵. Z pewnością nie byłoby możliwe i właściwe stworzenie wyczerpującej listy przypadków chorobowych, do których wyłącznie pojęcia te miałyby się odnosić.

Niewątpliwie, przed nowelizacją z dnia 30 sierpnia 1996 r., która przeniosła przepisy o dopuszczalności przerywania ciąży z kodeksu karnego⁴⁶ do ustawy o planowaniu rodziny i stanowiła wyraźny krok w stronę ich liberalizacji, brzmienie tych przepisów, na gruncie art. 149a § 3 k.k. z 1969 r., było bardziej jednoznaczne. Użyto tam sformułowania „poważne zagrożenie dla zdrowia matki”, „przeciwdziałanie poważnemu uszczerbkowi na zdrowiu matki”, „badania prenatalne (...) wskazują na ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu”. W literaturze wskazano również, iż obecność tych przepisów w kodeksie karnym stwarzała możliwość precyzowania wspomnianych pojęć przez odwołanie się do orzecznictwa i poglądów wypracowanych w doktrynie prawa karnego. Z chwilą przeniesienia tych przepisów do ustawy o planowaniu rodziny ta możliwość została przekreślona⁴⁷.

Dodać też należy, iż w styczniu 2008 r. żywo dyskutowany był zamiar Rzecznika Praw Obywatelskich złożenia do TK wniosku o zbadanie konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o planowaniu rodziny, w zakresie, w jakim ustawa, formułując przesłankę medyczną dopuszczalności przerywania ciąży, posługuje się niedo-

⁴³ Tamże.

⁴⁴ P. Jaworek: *Narodziny dziecka jako źródło szkody...*, op. cit., s. 68–70.

⁴⁵ M. Boratyńska: *Problem niezgodności z Konstytucją przesłanek ustawowych dopuszczających przerywanie ciąży* (Materiał na spotkanie z ekspertami 22.01.2008, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich), tekst dostępny na stronie <http://www.rpo.gov.pl/pliki/1202907214.pdf> (stan strony z 11 maja 2008 r.), s. 15, uważa, że doprecyzowanie takie nie jest możliwe, a lekarzowi należy pozostawić w tym względzie swobodę dokonania oceny w świetle wiedzy medycznej.

⁴⁶ Z 19 kwietnia 1969 r., Dz.U. Nr 13, poz. 94.

⁴⁷ W. Borysiak: *Aborcja: o jaką procedurę chodziło Strasburgowi w sprawie Alicji Tysiąc*, Rzeczpospolita z 14 stycznia 2008 r., <http://www.rp.pl/arttykul/4,83502.html> (stan strony www z 29 lutego 2008 r.).

określonym pojęciem „zagrożenia dla zdrowia” matki. Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, iż to sformułowanie w powiązaniu z brakiem ograniczenia dopuszczalności przerywania ciąży z przyczyn medycznych żadnym terminem może prowadzić do silnej relatywizacji ochrony życia dziecka poczętego. Ostatecznie wniosek do TK nie został złożony. Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdził bowiem, iż możliwe jest usunięcie niejasności pojęcia „zagrożenie dla zdrowia” matki, bez wywołania na temat aborcji kolejnej debaty publicznej, która niewątpliwie miałyby miejsce, gdyby wniosek wpłynął do Trybunału. Rzecznik Praw Obywatelskich zasugerował na przykład wydanie przez władze samorządu lekarskiego odpowiednich zaleceń dla lekarzy kwalifikujących kobietę do zabiegu przerwania ciąży, lub też rozporządzenia zawierającego wytyczne dla dokonywania przez lekarzy interpretacji zwrotów niedookreślonych użytych w art. 4a ust. 1 pkt 1–2 ustawy o planowaniu rodziny⁴⁸.

Podsumowując ten wątek rozważań, stwierdzić należy, że obecny kształt regulacji dopuszczającej przerywanie ciąży w ustawie o planowaniu rodziny jest wynikiem rozstrzygnięcia przez ustawodawcę kolizji pomiędzy dobrami prawnie chronionymi dziecka poczętego, takimi jak jego godność oraz prawo do życia i zdrowia, a dobrami matki, w postaci godności, prawa do życia i zdrowia, prawa do samostanowienia (decydowania o swoim życiu osobistym) i integralności psychofizycznej.

2.1.2. PRAWO DO PLANOWANIA RODZINY A DOPUSZCZALNOŚĆ ABORCJI

Przedmiotem rozważań TK w związku z pytaniem o konstytucyjność art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy o planowaniu rodziny stało się zagadnienie, czy prawo do planowania rodziny obejmuje również prawo do aborcji. Prawo to zostało w sposób wyraźny wyartykułowane w preambule do ustawy o planowaniu rodziny, wskazując na cel, jakiemu jej wprowadzenie w życie miało służyć.

Objaśniając naturę tego prawa, TK stwierdził, że prawo do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dziecka w aspekcie pozytywnym oznacza prawo do poczęcia i urodzenia dziecka. Ingerencje w to prawo władzy publicznej lub innych osób nie są dopuszczalne. Zakazane jest wprowadzanie ograniczeń wolności posiadania dzieci, czy też negatywnych konsekwencji związanych z urodzeniem dziecka.

W aspekcie negatywnym, prawo do planowania rodziny zawiera się w prawie do odmowy poczęcia dziecka. Zakazane są wszelkie działania zmierzające do zmuszenia do jego poczęcia. Aspekt negatywny prawa do odpowiedzialnego posiadania dziecka nie obejmuje jednakże prawa do jego nieurodzenia, czyli przerywania ciąży. W momencie bowiem, kiedy dziecko zostało poczęte, jest ono już posiadane przez

⁴⁸ J. Kochanowski: *Wniosek w sprawie aborcji, którego (jeszcze) ... nie ma*, Rzeczpospolita z 14 stycznia 2008 r., <http://www.rpo.gov.pl/pliki/1200299314.pdf>; D. Frey, M. Domagalski: *Rzecznik wysyła do Trybunału ustawę anty-aborcijną*, Rzeczpospolita z 5 stycznia 2008 r., <http://www.rp.pl/artukul/81311.html> (stan stron z 4 maja 2008 r.).

rodziców. Nie można uznać, że matce przysługuje swoboda decyzji co do przerwania ciąży, gdyż oznaczałoby to całkowite zaprzeczenie godności dziecka poczętego i jego prawa do życia i zdrowia.

2.1.3. LEGALIZUJĄCY CHARAKTER REGULACJI DOPUSZCZALNOŚCI PRZERYWANIA CIĄŻY W USTAWIE O PLANOWANIU RODZINY

W tym miejscu niezbędne będzie poczynienie kilku uwag z zakresu dziedziny prawa karnego, które jednakże są niezbędne dla rzetelnych rozważań na tle cywilistycznym. Przypomnieć należy bowiem, że zarówno niektórzy autorzy, jak i SN w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. przyjmują, że dopuszczalność przerywania ciąży na gruncie ustawy o planowaniu rodziny jest kontratypem lub okolicznością zbliżoną do kontratypu⁴⁹.

Do czynienia z kontratypem mamy wtedy, gdy pomimo tego, że dany czyn narusza normę sankcjonowaną, wskazując tym samym na bezprawność zachowania i realizując wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, zachodzą okoliczności usprawiedliwiające naruszenie normy sankcjonowanej i wyłączające bezprawność popełnionego czynu. W przypadku kontratypu wszystkie znamiona czynu zabronionego zostają zrealizowane, lecz bezprawność naruszenia normy sankcjonowanej jest wtórnie wyłączona, przez wzgląd na istnienie okoliczności usprawiedliwiających. W opisie zachowania kontratypowego konieczne jest nawiązanie zarówno do przepisu określającego czyn naruszający normę sankcjonowaną, jak i do przepisu, który to naruszenie usprawiedliwia⁵⁰. W sytuacji gdy nie wszystkie znamiona typu czynu zabronionego są zrealizowane, czyn taki jest legalny od samego początku i posługiwanie się wtedy konstrukcją kontratypu jest nieuzasadnione. Konstrukcja kontratypu umożliwia usprawiedliwienie naruszenia lub zniszczenia dobra prawnie chronionego, którego ochrona koliduje z udzieleniem ochrony innemu dobru. Dla ochrony jednego z dóbr zachodzi więc konieczność poświęcenia innego dobra. Dodać jednak należy, że czyn sprzeczny z normą sankcjonowaną nie tylko musi naruszać lub niszczyć chronione dobro, ale zarazem naruszać reguły postępowania z tym dobrem⁵¹. Brak naruszenia reguł postępowania z danym dobrem, pomimo naruszenia samego dobra, oznacza niezrealizowanie znamion typu czynu zabronionego.

W literaturze cywilistycznej zaprezentowano pogląd, że art. 4a ustawy o planowaniu rodziny wyłącza bezprawność jedynie w rozumieniu prawa karnego, a nie cywilnego. Aborcja, nie stanowiąc przestępstwa, przynależy jako naruszająca zasa-

⁴⁹ Zob. pkt 2 artykułu.

⁵⁰ K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 198–204; A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Zakamycze 2004, s. 458–459.

⁵¹ K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne, op. cit.*, s. 125, 198; A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 458–459.

dy współżycia społecznego do „szarej strefy”, czego konsekwencją jest niedopuszczalność wzajemnych roszczeń między stronami w związku z wadliwą realizacją zobowiązań⁵².

Czy jednak na gruncie art. 4a ustawy o planowaniu rodziny w jej obecnym kształcie dopuszczalność przerywania ciąży rzeczywiście jest kontratypem, czy też zachowaniem pierwotnie legalnym? W celu znalezienia odpowiedzi na to pytanie trzeba prześledzić rozwiązania ustawowe w tej materii sprzed i po nowelizacji ustawy o planowaniu rodziny z dnia 30 sierpnia 1996 r.

Obecnie obowiązująca ustawa o planowaniu rodziny z dnia 7 stycznia 1993 r. uchyliła ustawę z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁵³, a do kodeksu karnego z 1969 r. wprowadziła art. 149a i 149b. Artykuł 149a k.k. z 1969 r. w § 1 typizował zachowanie sprzeczne z normą sankcjonowaną „Kto powoduje śmierć dziecka poczętego (...)”. W § 3, odwołując się do § 1, wskazywał na okoliczności usprawiedliwiające zachowanie sprawcy, wyłączając jego bezprawność: „Nie popełnia przestępstwa określonego w § 1 lekarz, podejmujący to działanie w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, w przypadku gdy (...)”. Na gruncie ówczesnego kodeksu karnego wymienione przypadki dopuszczalności przerywania ciąży stanowiły zatem sytuacje kontratypowe.

Jak już wspomniano, nowelizacja ustawy o planowaniu rodziny z dnia 30 sierpnia 1996 r. skreśliła art. 149a i 149b k.k. z 1969 r., w zamian za to wprowadzając do ustawy o planowaniu rodziny art. 4a, a do kodeksu karnego z 1969 r. art. 152a i 152b. Zmiana ta nie była jednak zabiegiem wyłącznie technicznym, lecz przejawem liberalizacji regulacji dopuszczającej przerywanie ciąży. Otóż art. 152b § 1 brzmiał następująco: „Kto za zgodą kobiety, lecz z naruszeniem przepisów ustawy, przerywa jej ciążę (...)”. Zawierał zatem w sobie odesłanie do art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny: „Przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy (...)”. Rolą tego odesłania było wyłączenie z zakresu normy sankcjonowanej przypadków określonych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny. Oznaczało to dokonanie przez ustawodawcę legalizacji naruszenia dobra prawnie chronionego w postaci życia dziecka, w przypadkach określonych w ustawie o planowaniu rodziny, a nie, jak w obowiązującym poprzednio stanie prawnym, jedynie uchylenie bezprawności takiego naruszenia przy posłużeniu się konstrukcją kontratypu. Zabicie dziecka poczętego w warunkach określonych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny zostało zatem uznane przez ustawodawcę za legalne od samego początku.

Nie inaczej wygląda obowiązujący stan prawny na gruncie kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.⁵⁴ Artykuł 152 § 1 k.k. stanowi: „Kto za zgodą kobiety przerywa jej ciążę z naruszeniem przepisów ustawy (...)”, wyłączając z zakresu zachowań

⁵² M. Wild: *Roszczenia z tytułu wrongful birth...*, *op. cit.*, s. 52–53, 55–56.

⁵³ Dz.U. Nr 12, poz. 61 ze zm. Dz.U. Nr 13, poz. 95.

⁵⁴ Dz.U. Nr 88, poz. 553.

naruszających normę sankcjonowaną przypadki określone w ustawie o planowaniu rodziny. Aborcja dokonana zgodnie z tą ustawą nie wypełnia znamion typu czynu zabronionego z art. 152 § 1 k.k.⁵⁵ Zabieg przerwania ciąży nienaruszający przepisów ustawy o planowaniu rodziny jest pierwotnie legalny. Nie mamy tu do czynienia z przypadkiem, kiedy jego bezprawność byłaby następczo wyłączana przez daną normę prawną. Nie jest to możliwe, gdyż on sam nie stanowi czynu zabronionego⁵⁶.

Na stanowisku, iż na gruncie art. 4a ustawy o planowaniu rodziny mamy do czynienia z przypadkami legalizacji zachowań generalnie zabronionych, a nie tylko uchYLENIEM ich karalności, stanął również TK w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r., badając konstytucyjność społecznej przesłanki dopuszczalności aborcji. Trybunał Konstytucyjny wskazał⁵⁷, iż: „Nie można na gruncie obowiązującego stanu prawnego twierdzić, iż wykonanie przez lekarza przerwania ciąży z tzw. warunków społecznych (...) ma charakter wyłącznie okoliczności wyłączającej możliwość stosowania w takim przypadku sankcji karnej, nie przesądzając o legalności czy bezprawności samego zabiegu. (...) nie pozostawia cienia wątpliwości, iż obowiązujące od 4 stycznia 1997 r. przepisy (kodeksu karnego — moje uzupełnienie) uznają przerwanie ciąży w warunkach określonych w art. 4a ust. 1 pkt 4 (ustawy o planowaniu rodziny — moje uzupełnienie) za legalne”. W uzasadnieniu dla tego stwierdzenia TK zauważył, że pogląd przeciwny miałby prawdopodobnie rację bytu, gdyby art. 4a ustawy o planowaniu rodziny znajdował się w kodeksie karnym, tak jak to było w art. 149a § 3 k.k. z 1969 r., a także gdyby ustawodawca w art. 4b ustawy o planowaniu rodziny nie ustanowił obowiązku finansowania zabiegów aborcji przeprowadzanych w publicznych z.o.z. ze środków publicznych oraz podjęcia innych czynności organizacyjnych niezbędnych do przeprowadzania w publicznych z.o.z. tych zabiegów. O charakterze tych obowiązków i znaczeniu art. 4b ustawy o planowaniu rodziny będzie jeszcze dalej mowa.

Dodać w tym miejscu należy, iż również SN w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r., uwzględniającej omawiane orzeczenie TK, nie uznał przypadków dopuszczalności aborcji w ustawie o planowaniu rodziny za sytuacje kontratypowe, lecz wskazał, że „mają charakter zbliżony do kontratypu”. Sąd Najwyższy wskazał, iż wspomniane przypadki „wiążą się z wyłączeniem bezprawności”, co jest sformułowaniem nietrafnym i przeczącym pierwszemu z jego zacytowanych stwierdzeń. Wydaje się, że SN chciał poprzez stwierdzenie o wyłączeniu bezprawności wskazać raczej na fakt zalegalizowania niektórych przypadków czynów generalnie zakazanych. Słusznie SN podkreślił, że przypadki te obrazują istnienie właściwej dla kontratypu kolizji

⁵⁵ Zob. A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Zakamycze 2006, s. 302–303; M. Szwarczyk (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2006, s. 262–263; L. Tyszkiewicz (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, Warszawa 2006, s. 502. Inaczej A. Marek: *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 169.

⁵⁶ Zob. także W. Lang (red.): *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000, s. 198–199; D. Korszeń: *Koncepcja prawa podmiotowego przysługującego na podstawie ustawy o planowaniu rodziny...*, *op. cit.*, s. 136.

⁵⁷ Pkt 4.3 orzeczenia.

dóbr, gdyż rzeczywiście, kiedy do takiej kolizji dochodzi i istnieje konieczność poświęcenia jednego z dóbr w imię ochrony innego dobra, zazwyczaj ustawodawca decyduje się, jak już wspomniano w ramach przypomnienia pojęcia kontratypu, na uregulowanie takiej sytuacji jako sytuacji kontratypowej. W obecnym stanie prawnym jednakże ustawodawca wybrał dla rozstrzygnięcia tej kolizji formę legalizacji.

Sam w sobie sposób rozstrzygnięcia przez ustawodawcę kolizji dóbr matki i dziecka poczętego w postaci legalizacji naruszenia dobra dziecka, a nie jedynie rezygnacji z ochrony tego dobra w określonych sytuacjach, zgodnie z uzasadnieniem TK, nie wskazuje od razu na niekonstytucyjność regulacji⁵⁸. Przedmiotem analizy TK było bowiem zagadnienie, czy legalizacja obejmuje rozstrzygnięcie kolizji dóbr dokonane zgodnie z zasadami proporcjonalności oraz adekwatności określenia kryteriów dopuszczalności naruszenia wartości konstytucyjnej, o których już była mowa. W przypadku badanym, tj. indykacji socjalnej aborcji, TK orzekł, że rozstrzygnięcie ustawodawcy zwykłego kolizji dóbr matki i dziecka poczętego nastąpiło z pogwałceniem tych zasad, co pociągało za sobą stwierdzenie jego niekonstytucyjności.

W ramach podsumowania tego wątku rozważań trzeba wyraźnie podkreślić, że wspomniane już prace nad zmianami art. 30 i 38 Konstytucji RP, mające na celu wprowadzenie wyraźnych sformułowań akcentujących ochronę godności i życia człowieka od momentu poczęcia, a także burzliwa debata społeczna mogą świadczyć o tym, iż przedstawione ujęcie dopuszczalności przerywania ciąży na gruncie kodeksu karnego i ustawy o planowaniu rodziny być może nie do końca odpowiada etycznym i moralnym wartościowaniom społeczeństwa. Stanowić to może impuls do zmiany tej regulacji w kierunku ujęcia przypadków dopuszczalności aborcji jako sytuacji kontratypowych, tak jak to było na gruncie art. 149a k.k. z 1969 r.

2.1.4. PODSUMOWANIE KONSTYTUCYJNYCH I KARNOPRAWNYCH ELEMENTÓW OCENY CHARAKTERU REGULACJI DOPUSZCZALNOŚCI PRZERYWANIA CIĄŻY

Dotychczasowa analiza charakteru regulacji dopuszczalności przerywania ciąży w świetle orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r. wskazuje, iż jest usprawiedliwione przyjęcie następujących wniosków.

Po pierwsze należy stwierdzić, że regulacja dopuszczalności przerywania ciąży na gruncie ustawy o planowaniu rodziny i kodeksu karnego jest wyrazem rozstrzygnięcia przez ustawodawcę zwykłego kolizji prawnie chronionych dóbr matki

⁵⁸ Tamże. Odmienny, nietrafny pogląd, który nie wynika z uzasadnienia orzeczenia, przypisuje Trybunałowi L. Bosek: *Roszczenia wrongful life i wrongful birth...*, *op. cit.*, s. 48, stwierdzając, iż TK uznał za niedopuszczalne posłużenie się przez ustawodawcę zwykłego przy rozstrzygnięciu kolizji dóbr matki i dziecka metodą legalizacji przypadków zachowań z reguły zabronionych, a nie depenalizacji.

i dziecka poczętego. W określonych w ustawie o planowaniu rodziny sytuacjach przyznaje ona ochronę dobrom matki, kosztem ochrony dóbr dziecka poczętego.

Po drugie, TK wskazał, iż dopuszczalność przerwania ciąży nie stanowi elementu prawa do planowania rodziny (prawa do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci), a jedynie, jak już powiedziano, jest wynikiem przyznania dobrom matki kolidującym z dobrami dziecka poczętego ochrony kosztem dóbr tego ostatniego, w określonych sytuacjach.

Po trzecie, ustawodawca zwykły dokonał rozstrzygnięcia kolizji dóbr prawnie chronionych matki i dziecka poczętego w postaci legalizacji, tj. uznania przypadków dopuszczalności aborcji wymienionych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny za zgodne z prawem od samego początku, a nie w formie depenalizacji, tj. uchylenia karalności i wtórnego wyłączenia ich bezprawności poprzez uznanie je za sytuacje kontratypowe. Oznacza to, iż określone przypadki zachowania generalnie zakazane tego uznane zostały przez ustawodawcę za pierwotnie zgodne z prawem.

2.2. OCENA LEGALNOŚCI PRZERYWANIA CIĄŻY W PRZYPADKACH OKREŚLONYCH W USTAWIE O PLANOWANIU RODZINY NA PŁASZCZYŹNIE PRAWA CYWILNEGO

Uznanie przerywania ciąży w przypadkach określonych w ustawie o planowaniu rodziny za zachowanie legalne z góry jeszcze nie przesądza braku bezprawności tego zachowania na obszarze prawa cywilnego. O ile bowiem czyn zabroniony na gruncie prawa karnego jest zawsze zachowaniem bezprawnym i w innych dziedzinach prawa, o tyle zachowanie uznane za bezprawne przez daną dziedzinę prawa, na przykład przez prawo cywilne, nie zawsze jest czynem zabronionym w prawie karnym⁵⁹. Nie przeczy to monistycznej naturze bezprawności, gdyż naruszenie każdej normy pociąga za sobą uznanie zachowania za bezprawne względem całości porządku prawnego, co nie oznacza jednakże konieczności określenia sankcji takiego zachowania przez każdą z dziedzin prawa⁶⁰. Bezprawność zachowania oznacza ujemną jego ocenę przez wzgląd na sprzeczność z porządkiem prawnym. Na płaszczyźnie prawa cywilnego nie tylko zachowanie sprzeczne z wyraźnym przepisem ustawy jest bezprawne. Przymiot taki posiada również zachowanie naruszające zasady współżycia społecznego⁶¹.

Nie można uznać za bezprawne na obszarze prawa cywilnego dokonania zabiegu aborcji zgodnie z przepisami ustawy o planowaniu rodziny.

⁵⁹ M. Sośniak: *Bezprawność zachowania jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za czyny niedozwolone*, Kraków 1959, s. 90–91.

⁶⁰ Tamże, s. 89.

⁶¹ Tamże, s. 103, 108–109; zob. także A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 132.

W piśmiennictwie wskazano, iż nie jest bezprawne zachowanie, które nie pozostaje w sprzeczności z normą sankcjonowaną, będącą wyrazem rozstrzygnięcia kolizji dóbr, powstającej przy próbie wyznaczenia zakresu ochrony, jaka powinna im przysługiwać⁶². Zabieg przerywania ciąży w przypadkach ujętych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, legalny w świetle obowiązujących przepisów ustawowych, nie jest również sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, gdyż określone przypadki możliwości jego dokonania zostały wyraźnie przez ustawodawcę dopuszczone, stanowiąc przejaw dokonanego przez niego wartościowania dóbr prawnie chronionych i wyważenia, również w świetle założeń etycznych, ochrony prawnej, jaka tym dobrom powinna zostać przyznana⁶³. Dokonanie przez ustawodawcę rozstrzygnięcia w świetle wspomnianych założeń etycznych musi być akceptowane jako odpowiadające, przynajmniej w świetle domniemania zgodności ustaw z Konstytucją RP, aksjologii konstytucyjnej. Przypomnieć bowiem należy, że TK miał jak dotąd okazję wypowiedzieć się jedynie odnośnie do indykcji socjalnej do przerywania ciąży, lecz nie odnośnie do konstytucyjności pozostałych przesłanek. Trudno prognozować, jak TK orzekłby o ich konstytucyjności, wskazać jednak trzeba, iż z pewnością wątpliwości budzi ich zgodność z zasadą adekwatnego określenia kryteriów dopuszczalności naruszenia wartości konstytucyjnej.

2.3. PRAWO DO ABORCJI JAKO DOBRO OSOBISTE?

W świetle powyżej poczynionych ustaleń należy podjąć próbę oceny ujęcia dopuszczalności przerywania ciąży jako dobra osobistego.

Mając na względzie, iż w literaturze powstał spór⁶⁴ co do tego, czy dobra osobiste należy uznawać za przedmiot praw podmiotowych osobistych, przybliżenie którego to sporu przekraczałoby ramy niniejszego artykułu, dalsze rozważania obejmą najpierw próbę odpowiedzi na pytanie, czy dopuszczalność aborcji na gruncie ustawy o planowaniu rodziny można uznać za dobro osobiste w ogóle, tj. bez względu na to, czy regulacja ta ustanawia prawo podmiotowe po stronie kobiety.

⁶² A. Zoll: *Uwagi o charakterze prawnym stanu wyższej konieczności*, Studia Iuridica 1994, t. XXI, s. 183; B. Gawlik: *Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych*, Zeszyty Naukowe UJ, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, z. 41, Kraków 1985, s. 139.

⁶³ Dlatego też nie można uznać, że bezprawność naruszenia dobra osobistego dziecka w postaci jego życia zostaje następczo wyłączona przez fakt działania w ramach porządku prawnego. Działanie wymierzone w życie dziecka jest w przypadkach określonych w ustawie o planowaniu rodziny dozwolone od samego początku. Odnośnie do wyłączenia bezprawności naruszenia dobra osobistego zob. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 132 i n. Autor wskazuje, że choć zgodnie z dominującym poglądem dawnej nauki prawa wyłączenie bezprawności zabiegu lekarskiego wiązano z wystąpieniem m.in. takich okoliczności jak zgoda pacjenta, to w nowszej nauce uznaje się raczej, że zabieg taki jest pierwotnie dozwolony, jeżeli pacjent wyraził na niego zgodę.

⁶⁴ Zob. np. B. Gawlik: *Ochrona dóbr osobistych...*, *op. cit.*; Z. Radwański: *Koncepcja praw podmiotowych osobistych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1988, z. 2; M. Safjan: *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań...*, *op. cit.*, s. 241; A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 85–86.

Ocena zasadności twierdzenia o istnieniu prawa podmiotowego do aborcji zostanie przedstawiona w kolejnej części artykułu.

Tytułem przypomnienia należy wskazać, iż dobra osobiste powszechnie ujmuje się w literaturze jako wartości niemajątkowe, ściśle związane z osobowością człowieka⁶⁵. Praźródłem tych wartości na płaszczyźnie konstytucyjnej, którego prawo do ochrony jest prawem niejako pierwotnym względem innych praw w sposób wyraźny sformułowanych w przepisach konstytucyjnych, jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka (art. 30 Konstytucji RP). Z obowiązku jej poszanowania i ochrony wypływa obowiązek stworzenia przez ustawodawcę skutecznych mechanizmów ochrony wspomnianych wartości nie tylko w relacji wertykalnej, tj. państwo–jednostka, a zatem w prawie publicznym, lecz również w relacji horyzontalnej, tj. między podmiotami prawa prywatnego. Funkcjonowanie tych mechanizmów powinno pozostawać w zgodzie z aksjologią konstytucyjną⁶⁶.

Artykuł 23 k.c. wymienia dobra osobiste pozostające pod ochroną prawa cywilnego jedynie w sposób przykładowy. Zgodnie z poglądem przeważającym w literaturze⁶⁷, dla celów wyróżnienia określonych wartości niemajątkowych, ściśle związanych z osobowością człowieka, jako dóbr osobistych, należy posłużyć się kryterium obiektywnym. Dobrem osobistym nie będzie zatem wartość, którą indywidualna jednostka w swoim subiektywnym przekonaniu za takie uznaje, lecz wartość, którą dane społeczeństwo powszechnie uważa za godną otoczenia ochroną przed naruszeniami. Podstawę udzielenia ochrony może stanowić zarówno wyraźny przepis ustawy, jak i powszechnie przez społeczeństwo akceptowane normy moralne, przekonania etyczne, obyczajowość⁶⁸. Dlatego też wraz z rozwojem społeczeństwa zmienia się katalog dóbr osobistych⁶⁹, a istotną rolę w jego odkrywaniu i kształtowaniu odgrywa orzecznictwo sądowe.

Na tle tych uwag rozważyć należy pytanie, czy możliwość poddania się zabiegowi przerwania ciąży można uznać za dobro osobiste, tak jak to uczynił SN w wyroku z dnia 13 października 2005 r.

Jak stwierdzono już w wyniku analizy regulacji dopuszczalności aborcji w aspekcie konstytucyjnym i karnoprawnym, przerywanie ciąży na podstawie przepisów ustawy o planowaniu rodziny jest zachowaniem zgodnym z porządkiem prawnym, także z punktu widzenia prawa cywilnego, a zatem nie tylko nie przeczy przepisom ustawy, ale także zasadom współżycia społecznego. Czy jednak można powiedzieć, że według obiektywnych kryteriów oceny, a więc wedle powszechnego przekonania społeczeństwa przedstawia ono sobą wartość zasługującą na ochronę?

⁶⁵ B. Gawlik: *Ochrona dóbr osobistych...*, *op. cit.*, s. 124; Z. Radwański: *Koncepcja praw podmiotowych...*, *op. cit.*, s. 3.

⁶⁶ M. Safjan: *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań...*, *op. cit.*, s. 226–228.

⁶⁷ B. Gawlik: *Ochrona dóbr osobistych...*, *op. cit.*, s. 125–126, zestawiał zbieżne poglądy różnych autorów odnośnie do omawianego problemu.

⁶⁸ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 88–89.

⁶⁹ S. Rudnicki: glosa do wyroku SN z 21 listopada 2003 r., *Monitor Prawniczy* 2004, nr 10, s. 476.

Czy możliwość poddania się zabiegowi przerwania ciąży, a zarazem i konsekwencje wynikające ze skorzystania z takiej możliwości, czyli zabicie dziecka poczętego, można uznać przez wzgląd na jakiegokolwiek okoliczności, nawet te wyrażone w ustawie o planowaniu rodziny, za pożądane? Z pewnością jedyną odpowiedzią na te pytania jest odpowiedź negatywna. Czym innym jest bowiem tolerowanie możliwości przerywania ciąży i unicestwienia dziecka poczętego przez wzgląd tylko i wyłącznie na potrzebę ochrony innych wartości, czym innym zaś uznanie, że możliwość ta stanowi dobro osobiste, a zatem wartość godną ochrony, tj. wartość, której ochrona jest nie tylko tolerowana, lecz i pożądana. Gdyby w jakikolwiek inny sposób niż poprzez zabicie dziecka poczętego można było dobrom matki kolidującym z dobrem dziecka w postaci jego życia przyznać ochronę w sytuacjach takich, jakie przewiduje ustawa o planowaniu rodziny, oczywiście jest, że wybrano by ten inny sposób. To, że ustawodawca, dopuszczając aborcję w określonych przypadkach, wybrał tzw. mniejsze zło, nie usprawiedliwia próby nazwania tego zła dobrem⁷⁰.

Warto jeszcze raz podkreślić, że uznanie dopuszczalności aborcji za zgodną z zasadami współżycia społecznego w określonych w ustawie o planowaniu rodziny przypadkach nie wymaga uznania jej za wartość godną szczególnej ochrony, podniesienia jej do rangi dobra osobistego. Chociaż nie można uznać bowiem rozstrzygnięcia kolizji dóbr prawnie chronionych za bezprawne, gdyż wszak właśnie w wyniku rozstrzygnięcia tej kolizji formułuje się reguły postępowania z kolidującymi dobrami, to jednak przyznanie pierwszeństwa ochrony jednemu z pozostających w kolizji dóbr oznacza jedynie konieczność tolerowania naruszeń innego dobra. Nie oznacza natomiast wcale ich aprobowania. Jak wskazał SN w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r., istotą dobra osobistego nie może być możliwość naruszania dóbr osobistych innych osób. A przecież dobro osobiste matki w postaci możliwości przerwania ciąży polegałoby właśnie na unicestwieniu dobra osobistego dziecka poczętego w postaci jego życia⁷¹.

Za niezasadne zatem należy uznać twierdzenie o istnieniu w naszym systemie prawnym dobra osobistego w postaci uprawnienia do przerwania ciąży. Niezbędne jest jednak jeszcze ustosunkowanie się do zagadnienia, czy uprawnienie do przerwania ciąży można uznać za przejaw prawa do samostanowienia lub prawa do planowania rodziny.

O uznawaniu obecności w naszym systemie prawnym prawa do planowania rodziny świadczy nie tylko orzecznictwo TK i SN w sprawach związanych z dopuszczalnością przerywania ciąży oraz „niechcianym poczęciem” i „złym urodzeniem”, lecz także próby bliższego określenia treści tego prawa w literaturze cywilistycznej⁷². Wskazuje się, iż możliwość kierowania swoim postępowaniem i podej-

⁷⁰ Tamże.

⁷¹ A. Górski: *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerwania ciąży...*, *op. cit.*, s. 30.

⁷² M. Kowalski: *Koncepcja prawa do planowania rodziny w systemie dóbr osobistych*, Przegląd Sądowy 2003, nr 5.

mowania decyzji w sprawach prokreacji, stanowiąc przejaw samorealizacji i mając ogromny wpływ na całą sferę życia prywatnego człowieka, jest wartością zasługującą na ochronę należną dobrom osobistym⁷³. Preambuła ustawy o planowaniu rodziny akcentuje w sposób wyraźny „prawo każdego do odpowiedzialnego posiadania dzieci” oraz „prawo dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa i środków”, umożliwiających korzystanie z prawa wymienionego jako pierwsze.

Należy podzielić pogląd SN, wyrażony w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. i powołujący się na przedstawione przez TK w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r. rozumienie prawa do planowania rodziny, przeciwny uznaniu za słuszne twierdzenia, iż prawo to obejmuje także uprawnienie do przerywania ciąży⁷⁴. Jak już bowiem powiedziano⁷⁵, planowanie rodziny czy też decyzja co do posiadania dziecka nie odnoszą się do sytuacji, kiedy dziecko zostało już poczęte i w tym sensie jest już posiadane przez rodziców⁷⁶. Z tego też względu zaaprobowanie przez SN w wyroku z dnia 21 listopada 2003 r. zarzutu powódki naruszenia jej dobra osobistego poprzez „zmuszenie jej do urodzenia dziecka pochodzącego z przestępstwa” należy uznać za nieuzasadnione. Relacje macierzyństwa i ojcostwa, zgodnie z aksjologią Konstytucji RP, nawiązują się już w momencie poczęcia dziecka, a nie dopiero od chwili jego urodzenia. Od momentu poczęcia dziecka relacje te podlegają ochronie zarówno z punktu widzenia interesów rodziców, jak i dziecka.

Przez wzgląd na powyżej wymienione racje, trzeba zakwestionować powoływanie się na orzecznictwo amerykańskie w argumentacji na rzecz uznania, że uprawnienie do poddania się zabiegowi przerywania ciąży jest przejawem prawa do planowania rodziny czy też prawa do samostanowienia kobiety⁷⁷. Nie wolno bowiem zapominać, że punkt widzenia amerykańskiej aksjologii konstytucyjnej na ochronę godności, życia i zdrowia dziecka poczętego jest odmienny niż w większości krajów europejskich, w tym w Polsce.

W orzecznictwie USA odmówiono potwierdzenia istnienia na gruncie Konstytucji gwarancji prawa dziecka poczętego do życia, zaakcentowano natomiast bardzo silnie prawo kobiety do prywatności, które obejmuje także prawo decydowania o przerywaniu ciąży. Mimo że określono w taki sposób „prawo do aborcji” nie przyznawano nigdy absolutnego charakteru, to jednak ograniczenia przeprowadzania zabiegu przerywania ciąży uzasadniano przede wszystkim we wcześniejszych stadiach ciąży zagrożeniem dla zdrowia lub życia matki, a w późniejszych tym, iż

⁷³ Tamże, s. 55–56.

⁷⁴ Tak SN w wyroku z 21 listopada 2003 r. oraz z 13 października 2005 r. Zob. także T. Justyński: *Wrongful conception*..., *op. cit.*, s. 42.

⁷⁵ Punkt 3.1.2 niniejszego artykułu.

⁷⁶ Pogląd ten znajduje również coraz szersze poparcie w literaturze cywilistycznej. Zob. W. Borysiak: glosa do wyroku SN z 13 października 2005..., *op. cit.*, s. 119; A. Górski: *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerywania ciąży*..., *op. cit.*, s. 30; M. Wiącek: *Naruszenie prawa podmiotowego do aborcji*..., *op. cit.*, s. 173.

⁷⁷ M. Nesterowicz: glosa do wyroku SN z 21 listopada 2003..., *op. cit.*, s. 532; tenże: glosa do uchwały SN z 22 lutego 2006 r., *Prawo i Medycyna* 2007, nr 1, s. 131; T. Justyński: *Wrongful conception*..., *op. cit.*, s. 42.

dziecko poczęte uzyskuje zdolność do życia poza organizmem matki, a więc przysługuje mu gwarancja ochrony prawa do życia, gdyż uznawane jest już wtedy za osobę w rozumieniu Konstytucji⁷⁸.

Podsumowując, możliwości poddania się zabiegowi przerwania ciąży nie można uznać ani za element prawa do planowania rodziny, ani szerszego jeszcze prawa do decydowania o swoim życiu osobistym. Pomimo bowiem, iż zdrowie i życie dziecka poczętego jest w aspekcie fizjologicznym w pełni zależne od matki, to zgodnie z aksjologią polskiego porządku prawnego podlega ono ochronie należnej człowiekowi, co wyklucza traktowanie wyjątkowych przypadków legalnej aborcji, a więc przypadków jego zgodnego z prawem unicestwienia, jako przejawu dobra osobistego kobiety. Dlatego też uniemożliwienie kobiecie poddania się zabiegowi przerwania ciąży w przypadkach określonych w art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny nie uzasadnia zasądzenia na jej rzecz w oparciu o art. 448 k.c. zadośćuczynienia za krzywdę doznaną w związku z naruszeniem dobra osobistego.

2.4. NARUSZENIE PRAW KOBIETY JAKO PACJENTKI W PRZYPADKACH *WRONGFUL CONCEPTION* I *WRONGFUL BIRTH*

Zarówno w wyroku z dnia 13 października 2005 r., jak i w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r., SN za uzasadnione uznał roszczenia powódki o zadośćuczynienie za krzywdę doznaną w związku z naruszeniem jej praw jako pacjentki. Podstawę dla takich roszczeń przewiduje art. 19a ustawy o z.o.z. Trzeba wskazać, że 5 grudnia 1997 r. na mocy nowelizacji ustawy o z.o.z.⁷⁹, zamieszczono w ustawie rozdział 1a oznaczony tytułem „Prawa pacjenta”. Wtedy też art. 19 ustawy uzyskał swoją obecną treść. Jednakże już przed wskazaną nowelizacją art. 19 stanowił między innymi, iż pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej oraz prawo do uzyskania informacji o swoim stanie zdrowia. Natomiast art. 19a wprowadzony został dopiero na mocy nowelizacji. Podniesienie roszczenia o zadośćuczynienie nie było więc możliwe przez powódkę przed wydaniem wyroku przez SN z dnia 21 listopada 2003 r., ponieważ wydarzenia, z zaistnieniem których wiązała ona doznaną krzywdę i szkodę, miały miejsce w październiku 1996 r. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. wskazał w sposób wyraźny na naruszenie art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o z.o.z. (przed nowelizacją był to art. 19 pkt 1 ustawy o z.o.z.). Zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę doznaną w związku z naruszeniem praw powódki jako pacjentki byłoby zatem możliwe, gdy-

⁷⁸ L. Garlicki: *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych a „prawo do życia”*, Państwo i Prawo 1992, z. 8, s. 41–43.

⁷⁹ Z 20 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 104, poz. 661.

by zdarzenie, w związku z którym doświadczyła ona krzywdy, miało miejsce około rok i trzy miesiące później.

Należy zauważyć, iż w wyroku z dnia 13 października 2005 r. SN uznał naruszenie praw pacjentki jako samodzielną podstawę zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę, obok drugiej podstawy, którą określił jako naruszenie dobra osobistego powódki w postaci prawa do planowania rodziny oraz prawa do aborcji poprzez uniemożliwienie jej poddania się zgodnemu z prawem zabiegowi przerwania ciąży. Jak już wskazano, zaaprobowanie przez SN drugiej z wymienionych podstaw zasądzenia zadośćuczynienia nie znajduje uzasadnienia w polskim porządku prawnym. W uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. SN wskazał na naruszenie praw powódki jako pacjentki jako na wyłączną podstawę zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę. Stanowisko to należy podzielić. Spotkało się ono jednak w literaturze zarówno z poparciem⁸⁰, jak i z zarzutem⁸¹, iż SN tylko pozornie zaprzecza istnieniu prawa do aborcji, gdyż tak naprawdę jedynie umiejscawia je poza sferą naruszenia art. 4a ustawy o planowaniu rodziny. Niezbędne jest zatem bliższe przyjrzenie się wspomnianym przepisom i podjęcie próby wyjaśnienia nasuwających się wątpliwości.

Artykuł 19a ust. 1 ustawy o z.o.z. stanowi, że w razie zawinionego naruszenia praw pacjenta, sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c. W związku z tym, że przepis ten w wyraźny sposób odsyła do art. 448 k.c., a tym samym i do wypracowanych na jego gruncie w orzecznictwie i doktrynie zasad zasądzania zadośćuczynienia, za słuszne należy uznać, tak jak to czynił dotychczas SN, podawanie obu wspomnianych przepisów jako łącznej podstawy roszczeń⁸².

Prawa pacjenta, o których mowa w art. 19a ust. 1, ujęte zostały w art. 18 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz art. 19 ust. 1 pkt 1–4 i ust. 3. Na gruncie spraw związanych z „niechcianym poczęciem” i „niedobrym urodzeniem” rolę odgrywają przede wszystkim prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej oraz prawo do informacji o swoim stanie zdrowia, na naruszenie których wskazały powódki. Pojęcie świadczenia zdrowotnego określa bliżej ustawa o z.o.z. w art. 3, stanowiąc, że obejmuje ono działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania, między innymi również związane z badaniem i poradą lekarską, badaniem diagnostycznym i analityką medyczną, orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia, opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem.

⁸⁰ W. Borysiak: glosa do wyroku SN z 13 października 2005..., *op. cit.*, s. 120; A. Górski: *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerwania ciąży...*, *op. cit.*, s. 33. Podobne uwagi na tle orzeczenia ETPCz Tysiąc v. Polska przedstawiają także M. Gałązka, K. Wiak: glosa do wyroku ETPCz z 20 marca 2007..., *op. cit.*, s. 222–223.

⁸¹ T. Justyński: *Wrongful conception, wrongful birth i wrongful life...*, *op. cit.*, s. 13.

⁸² M. Safjan: *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, Prawo i Medycyna 2005, nr 1, s. 10.

W wyroku z dnia 13 października 2005 r. SN wskazał ponadto na naruszenie art. 37 ustawy o zawodzie lekarza, zgodnie z którym lekarz powinien w razie wątpliwości diagnostycznych lub terapeutycznych z własnej inicjatywy bądź na wniosek pacjenta, jeżeli uzna to za uzasadnione w świetle wymagań wiedzy medycznej, zasięgnąć opinii właściwego lekarza specjalisty lub zorganizować konsylium lekarskie. W uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. SN stwierdził naruszenie art. 4 ustawy o zawodzie lekarza, w świetle którego lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością.

Przechodząc do bliższego omówienia prawa pacjentki do informacji, w tym informacji dotyczącej stanu jej ciąży i zdrowia dziecka poczętego, poczynione dotychczas uwagi odnośnie do stanu prawnego wymagają uzupełnienia jeszcze o przypomnienie, że zarówno ustawa o zawodzie lekarza w art. 31, jak i Kodeks Etyki Lekarskiej⁸³ (dalej jako KEL) w art. 13, 16–18 przewidują obowiązek udzielenia pacjentowi informacji przez lekarza odnośnie do stanu zdrowia. Podobnie o prawie pacjenta do informacji mówi art. 10 podpisanej, ale jeszcze przez Polskę nie ratyfikowanej, konwencji bioetycznej z Oviedo, z 4 kwietnia 1997 r.⁸⁴

Z analizy powyższych przepisów wynika nakaz poszanowania autonomii informacyjnej pacjenta. Odrzucając paternalizm w relacji lekarz–pacjent⁸⁵, obecne rozwiązania prawne starają się zagwarantować pacjentowi jego świadomy udział w leczeniu. Mimo iż przewidują one także sytuacje, w których lekarz może ograniczyć udzielenie pacjentowi informacji bądź to w przypadku, gdy takie życzenie wyrazi sam pacjent (art. 16 ust. 1 KEL, art. 31 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza), bądź gdy lekarz w związku na przykład z niepomyślnymi rokowaniami jest przekonany, że udzielenie informacji wywołałoby poważne cierpienia chorego lub niekorzystne następstwa dla jego zdrowia (art. 17 KEL, art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza), to jednak zawsze na wyraźne żądanie pacjenta lekarz jest obowiązany udzielić mu pełnej i wyczerpującej informacji. Jak wskazał SN w wyroku z dnia 13 października 2005 r.: „Dezinformacja, informacja nierzetelna, jak również brak informacji stanowi o winie lekarza”. Dostarczona pacjentowi informacja powinna zatem zostać mu podana w sposób dla niego zrozumiały, tak aby świadomie mógł on podejmować decyzje w sprawach dotyczących jego zdrowia i w innych ze stanem zdrowia związanych sprawach osobistych⁸⁶.

⁸³ Aktualny tekst kodeksu jest dostępny na stronie www Naczelnej Izby Lekarskiej, http://www.nil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/kel (stan strony z 30 kwietnia 2008 r.). Na podstawie art. 41 ustawy o izbach lekarskich z 17 maja 1989 r. (Dz.U. Nr 30, poz. 158), lekarze ponoszą odpowiedzialność zawodową za naruszenie przepisów KEL.

⁸⁴ „Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie”. Tekst konwencji dostępny jest m.in. na stronie http://www.coe.org.pl/re_konw/ETS_164.pdf (stan strony z 30 kwietnia 2008 r.).

⁸⁵ Zob. np. J. Szpara: *Prawo do informacji medycznej w relacjach pacjenta z lekarzem*, Prawo i Medycyna 1999, nr 4; F. Wojciechowski: *Prawo pacjenta do informacji a lekarze*, Prawo i Medycyna 1999, nr 4.

⁸⁶ J. Szpara: *Prawo do informacji...*, *op. cit.*, s. 136.

Na tym etapie rozważań trzeba wskazać, że w literaturze powstały spory co do charakteru praw pacjenta, do których odsyła art. 19a ustawy o z.o.z., jako dóbr osobistych, a także odnośnie do relacji tego przepisu do przepisów dotyczących ochrony dóbr osobistych na gruncie kodeksu cywilnego. W przypadku uznania, iż ustawodawca w wyraźny sposób zaliczył wspomniane prawa do katalogu dóbr osobistych⁸⁷, do ochrony tych praw przed naruszeniami znaleźć mogą zastosowanie również przepisy kodeksu cywilnego, gdyż zgodnie z art. 23 k.c. dobra osobiste pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Ze stwierdzenia tego wynika, że art. 19a ustawy o z.o.z. nie można uznać za przepis szczególnie względem przepisów kodeksu cywilnego odnoszących się do ochrony dóbr osobistych, gdyż oznaczałoby to nieuzasadnione pogorszenie sytuacji pacjenta, polegające choćby na tym, iż nie przysługiwałaby mu względem z.o.z. ochrona innych spośród jego dóbr osobistych niż tych wymienionych w ustawie o z.o.z.⁸⁸

W piśmiennictwie przeważa pogląd, który sens art. 19a upatruje w ułatwieniu pacjentowi dochodzenia zadośćuczynienia za krzywdę doznaną w związku z naruszeniem jego praw. Pacjent musi jedynie wskazać na naruszenie prawa, do którego odsyła art. 19a, ale nie musi udowadniać, że naruszono jego dobro osobiste⁸⁹. Wskazuje się przy tym, że część z praw wymienionych w ustawie o z.o.z. z pewnością można uznać za prawa osobiste, tj. będące przejawem ochrony określonych dóbr osobistych pacjenta, co do innych jest to natomiast wątpliwe⁹⁰. Nie budzi zastrzeżeń uznanie prawa pacjenta do informacji za prawo osobiste. Wartością podlegającą ochronie w tym przypadku jest autonomia pacjenta, wiedza o sobie samym⁹¹. Jej poszanowanie umożliwi pacjentowi decydowanie o swoim życiu osobistym w aspekcie związanym ze zdrowiem, jest przejawem szerszego prawa do samostanowienia. Podobnie i prawo do świadczeń zgodnych ze standardem medycznym związane jest z ochroną takich dóbr osobistych jak zdrowie czy integralność cielesna⁹².

Tytułem uzupełnienia trzeba wskazać, że pomimo milczenia ustawy w tym względzie⁹³, brak jest argumentów przemawiających przeciwko uznaniu dopuszczalności roszczenia pacjenta w oparciu o art. 19a w zw. z art. 448 k.c. o zasądzenie sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny, zamiast zadośćuczynienia.

Warto wspomnieć także, iż ciężar dowodu odnośnie do spełnienia przez lekarza obowiązku udzielenia pacjentowi informacji, a także zgodności świadczenia zdrowotnego ze standardem medycznym spoczywa na lekarzu⁹⁴.

⁸⁷ Tak M. Kolański: *Ochrona dóbr osobistych w prawie medycznym*, Prawo i Medycyna 2002, nr 11.

⁸⁸ M. Safjan: *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia...*, *op. cit.*, s. 9–10.

⁸⁹ Tamże, s. 11.

⁹⁰ Tak M. Safjan: *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia...*, *op. cit.*, s. 10–11; A. Górski, J.P. Górski: *Zadośćuczynienie za naruszenie praw pacjenta*, *Palestra* 2005, z. 5–6, s. 89.

⁹¹ M. Safjan: *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia...*, *op. cit.*, s. 19.

⁹² Tamże, s. 11, 14.

⁹³ M. Kolański: *Ochrona dóbr osobistych...*, *op. cit.*, s. 42.

⁹⁴ A. Górski, J.P. Górski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 91; wyrok SN z 17 grudnia 2004 r., II CK 303/04, *OSP* 2005, z. 11, poz. 131.

Dodać poza tym należy, że zadośćuczynienie za krzywdę na podstawie art. 19a ustawy o z.o.z. w zw. z art. 448 k.c. może zostać zasądzone nie tylko wtedy, gdy za naruszenie prawa do informacji lub prawa do świadczeń zdrowotnych zgodnych ze standardem medycznym z.o.z. odpowiada w oparciu o reżim *ex delicto*, lecz także w ramach reżimu *ex contractu*⁹⁵. Jest to wyjątek od zasady, iż zadośćuczynienie może zostać zasądzone jedynie za krzywdę wyrządzoną czynem niedozwolonym⁹⁶.

W rozpatrywanym przypadku *wrongful conception*, biorąc pod uwagę fakt zaistnienia dużej rozbieżności w wynikach przeprowadzonych badań USG, które miały określić stan zaawansowania ciąży powódki, SN słusznie wskazał w uzasadnieniu uchwały z dnia 22 lutego 2006 r., iż mogło dojść w tej sprawie do naruszenia prawa pacjentki do świadczenia zdrowotnego odpowiadającego wymaganiom wiedzy medycznej (art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o z.o.z.). Podkreślić należy, że w tej sytuacji błędny mógł być tak wynik pierwszego badania, tj. przed skierowaniem do szpitala, jak i badania w szpitalu. Wydaje się, że w omawianym przypadku można by także wskazać na naruszenie prawa pacjentki do informacji poprzez błędne ustalenie stanu jej ciąży (art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy o z.o.z.).

W przypadku *wrongful birth*, SN również zasadnie stwierdził w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2005 r. naruszenie obu wspomnianych praw pacjentki. Sąd Najwyższy ustalił, iż w związku z występowaniem u pierwszego dziecka powódki choroby genetycznej istniało realne ryzyko, że także kolejne jej dziecko będzie obciążone taką chorobą. Odmowa lekarza skierowania powódki na badania prenatalne w takiej sytuacji była nieuzasadniona. Sąd Najwyższy podkreślił, iż nawet w przypadku, gdyby lekarz z powodu swoich przekonań etycznych (art. 39 ustawy o zawodzie lekarza) nie chciał wydać skierowania na badania prenatalne, lub też z jakichkolwiek innych powodów nie mógłby go wydać, to miał obowiązek poinformowania pacjentki o możliwościach uzyskania skierowania gdzie indziej lub dostępu do tych badań w inny sposób, czego jednak w stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy nie zrobił.

Na zakończenie tej części rozważań warto jeszcze wrócić do pytania, czy uzasadniony jest zarzut, iż SN nie neguje prawa do aborcji, a jedynie sytuuje je poza ustawą o planowaniu rodziny. Owszem, użyte przez SN w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. sformułowanie: „Celem tych norm (art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o z.o.z. i art. 4 ustawy o zawodzie lekarza — moje uzupełnienie) jest umożliwienie kobiecie podjęcia świadomej decyzji co do przerwania ciąży” może nasuwać na pierwszy rzut oka wątpliwości. Jednakże zauważyć trzeba, że w zdaniu kolejnym SN stwierdza, iż: „Podmiot odpowiedzialny za bezprawne działanie lekarza może więc odpowiadać tylko za pozbawienie tej możliwości”. W dalszych wywodach SN ujmuje zwrot „prawo do aborcji” w cudzysłów i stwierdza, że podstawą jego wyróżnienia nie

⁹⁵ A. Górski, J.P. Górski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 88; M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 29.

⁹⁶ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 74.

może być art. 4a lub 4b ustawy o planowaniu rodziny. Z przytoczonych fragmentów uzasadnienia SN wynika, że neguje on byt „prawa do aborcji” nie tylko na gruncie ustawy o planowaniu rodziny, lecz w ogóle na gruncie polskiego porządku prawnego⁹⁷. Sąd Najwyższy mógł przecież, gdyby uznawał to za uzasadnione, wskazać podstawę wyróżnienia „prawa do aborcji”. Nie uczynił tego jednak, w zamian akcentując, że naruszenie prawa pacjentki do świadczenia zdrowotnego odpowiadającego wymaganiom medycznym pozbawiło ją możliwości podjęcia decyzji co do przerwania ciąży, a nie o przerwaniu ciąży. Ciężar argumentacji SN spoczywa zatem na stwierdzeniu braku właściwego poinformowania powódki o stanie jej ciąży, dlatego też SN tak wyraźnie wskazuje, że wyłącznie za pozbawienie pacjentki możliwości podjęcia świadomej decyzji z.o.z. jest odpowiedzialny.

Taki sam wniosek nasuwa się przy lekturze uzasadnienia wyroku SN z dnia 13 października 2005 r. Sąd Najwyższy próbował, jak już wiadomo — niezasadnie, wyróżnić na gruncie ustawy o planowaniu rodziny „prawo do aborcji”, będące dobrem osobistym i w związku z jego naruszeniem wskazywać na możliwość zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę. Osobną natomiast podstawę zasądzenia zadośćuczynienia widział w naruszeniu prawa pacjentki do informacji o stanie jej ciąży i prawa do świadczenia zdrowotnego zgodnego ze standardami wiedzy medycznej. W toku argumentacji związanej z oceną naruszenia tych praw SN położył nacisk, tak jak moim zdaniem i w późniejszej uchwale z dnia 22 lutego 2006 r., na fakt, iż skutek naruszenia polegał na ograniczeniu autonomii pacjentki, pozbawieniu jej prawa „(...) do samodzielnego decydowania w sprawach osobistych o najistotniejszym znaczeniu (...)”. Możliwość podjęcia decyzji, o których mowa, mogła, ale wcale nie musiała dotyczyć poddania się przez powódkę zabiegowi przerwania ciąży. Będąc należycie poinformowana, gdzie może uzyskać dostęp do badań prenatalnych, powódka mogła z nich skorzystać w celu upewnienia się co do stanu zdrowia i rozwoju swojego poczętego dziecka. Ich wynik potwierdzający chorobę nie przesądzałyby, że powódka poddałaby się zabiegowi aborcji. Gdyby chorobę dziecka można było leczyć już w życiu płodowym, co w tym konkretnym przypadku nie miało miejsca, ale jest coraz powszechniejsze dzięki postępom w medycynie, rodzice mogliby zdecydować się na pomoc ich dziecku jeszcze przed jego narodzeniem. Gdyby powódka wiedziała, że cierpi ono na tę samą chorobę co jej pierwsze dziecko, mogłaby przygotować się na jego przyjście na świat, nie przeżywając miesięcy niepewności i lęku oraz załamania psychicznego po urodzeniu dziecka w związku z otrzymaniem informacji o tym, że jest chore. Nie można przecież uznać, że typową reakcją matki, która dowie się, iż jej poczęte dziecko jest obciążone chorobą genetyczną, jest zdecydowanie się na przerwanie ciąży.

Naruszenie prawa kobiety ciężarnej do świadczeń zdrowotnych zgodnych z wymogami wiedzy medycznej i prawa do informacji o stanie zdrowia nie różni

⁹⁷ Podobnie M. Nesterowicz: glosa do uchwały SN z 22 lutego 2006..., *op. cit.*, s. 130.

się od naruszenia tych praw przysługujących innym pacjentom. Próby wiązania z ich naruszeniem, lub konstruowania w oparciu o ich naruszenie, naruszenia „prawa do aborcji” wydają się z wyżej wymienionych powodów nieprzekonujące. Zakładają poza tym istnienie gdzieś na gruncie polskiego porządku prawnego „prawa do aborcji”. Z dotychczasowych rozważań, które będą dalej jeszcze kontynuowane, wynika natomiast, że przekonanie o istnieniu tego prawa nie ma w obowiązującym stanie prawnym racji bytu.