



maj-czerwiec

5-6/2003

# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Rok XLVIII nr 545-546

Naczelna Rada Adwokacka

DRAWO  
ZA GRANICĄ

Arkadiusz Wudarski

## ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SZKODY PRENATALNE NA TLE ORZECZNICTWA SĄDÓW NIEMIECKICH I AUSTRIACKICH

Prawo cywilne musi sprostać coraz to nowym wyzwaniom, które pojawiają się w związku z rozwojem nauki, a które nie były znane w okresie jego tworzenia. Do takich dziedzin nauki, które są motorem zmian w ustawodawstwie należy zaliczyć medycynę oraz genetykę. Przeszczep organów, zmiana płci, zapłodnienie *in vitro* czy klonowanie komórek stwarzają konieczność dokonania w nim wielu istotnych zmian oraz dostosowania do nich odpowiedniej regulacji prawnej. Za szybkim postępem w medycynie często jednak nie nadąża ustawodawstwo. Coraz częściej też pojawiają się sprawy, których rozstrzygnięcie ma charakter precedensowy. Wydaje się jednak, że niektóre wątpliwości dadzą się rozstrzygnąć na podstawie obowiązujących przepisów prawnych.

Zagadnienie, które stało się ostatnio bardzo aktualne, da się sprowadzić do odpowiedzi na pytanie czy **dziecko można uznać za szkodę**? Już samo sformułowanie tego pytania wydaje się być absurdalne, a odpowiedź oczywista. Można ją oprzeć na przepisach konstytucyjnych, które potwierdzają nienaruszalność przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka jako źródła wolności i praw<sup>1</sup>. Jednakże pogodzenie tej odpowiedzi z zasadami odszkodowawczymi wywołuje kontrowersje i poprzez odmienną argumentację prowadzi do całkowicie rozbieżnych rozstrzygnięć. Precyzując postawione pytanie nale-

<sup>1</sup> Art. 30 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483); por. § 1 ustawy zasadniczej Niemieckiej Republiki Federalnej z 23 maja 1949 r. (BGBl. S. 1)/BGBl. III/FNA 100-1/ ze zm., a także § 16 i § 22 austriackiego powszechnego kodeksu cywilnego (ABGB) z dnia 1 czerwca 1811 r., JGS nr 946 ze zm.

ży rozważyć, czy rodzice mogą domagać się naprawienia szkody, która powstała w ich majątku w wyniku urodzenia się dziecka „niechcianego” czy też „nieplanowanego”. Inaczej mówiąc, czy dziecko, które „zawdzięcza” swoje istnienie błędowi lekarza, aptekarza, czy też producenta leków można uznać dla celów odszkodowawczych za szkodę w majątku rodziców.

Warto przyrzeć się tej sprawie w aspekcie prawnoporównawczym. Poniższe rozważania ograniczają się do przedstawienia orzecznictwa i dyskusji naukowej w Niemczech i Austrii. Należy jednak podkreślić, że problem ten jest znany i dyskutowany także w innych krajach<sup>2</sup>.

Orzecznictwu niemieckiemu znane są przypadki, w których to z winy lekarza doszło do zapłodnienia, co w konsekwencji spowodowało konieczność ponoszenia przez rodziców kosztów utrzymania „niechcianego” dziecka. W jednej z takich spraw rozpatrywanej przez niemiecki Sąd Najwyższy<sup>3</sup> rodzice upośledzonej od chwili urodzenia umysłowo i fizycznie córki zostali skierowani przez lekarza domowego do kliniki uniwersyteckiej w celu przeprowadzenia specjalistycznych badań, które miały wykazać czy zachodzą dziedziczne powikłania genetyczne. Rodzice chcieli bowiem przed zdecydowaniem się na kolejne dziecko wykluczyć jego genetyczną ułomność. Lekarz w wydanym orzeczeniu stwierdził, że dziedziczność powikłań jest bardzo mało prawdopodobna i nie ma powodu aby odradzać rodzicom kolejnej ciąży. W związku z tak pozytywną opinią lekarską rodzice zdecydowali się na kolejne potomstwo, które niestety dotknięte zostało tą samą chorobą co poprzednie. Rodzice uznali udzieloną poradę lekarską za błędną i wnieśli sprawę do sądu przeciwko lekarzowi oraz kierownikowi zakładu genetyki klinicznej instytutu antropologii i genetyki, a także przeciwko uniwersytetowi, w ramach którego klinika ta działała. W pozwie domagali się całkowitego naprawienia powstałej i mogącej powstać w przyszłości szkody związanej z nieprawidłową budową mózgu dziecka, w zakresie, w jakim nie zostaną one pokryte przez ubezpieczenie społeczne. Ponadto matka i upośledzone dziecko domagały się zadośćuczynienia za wyrządzone szkody niematerialne (krzywdę). Sąd pierwszej instancji (*Landesgericht*) oddalił powództwo. Sąd drugiej instancji (*Oberlandesgericht*) uznał natomiast apelację

<sup>2</sup> Odpowiedzialność za tzw. „bezprawne życie” (*wrongful life*) i „bezprawne narodzenie” (*wrongful birth*) prawo angielskie reguluje w *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* z 1976 r. Odrzuca ono roszczenie odszkodowawcze dziecka ułomnego, przyznaje natomiast obszerne roszczenia odszkodowawcze dla rodziców w przypadku nieplanowanego porodu. Zakres roszczenia obejmuje odszkodowanie za uciążliwości związane z ciążą, koszty utrzymania, a także rekompensatę za utratę możliwości zarobkowych matki, a nawet odszkodowanie za obciążenie psychiczne spowodowane przez urodzenie dziecka ułomnego. W podobnych sprawach orzekały też sądy francuskie. *Cour de Cassation* oddalił roszczenia odszkodowawcze matki w związku z nieplanowanym ale całkowicie normalnym porodem. Natomiast w przypadku nieplanowanego porodu dziecka ułomnego francuski sąd kasacyjny przychylił się do roszczeń odszkodowawczych matki, a także dziecka, przy czym roszczenia tego ostatniego zostały zakwestionowane przez *Conseil d'Etat*. Ustawodawstwo amerykańskie charakteryzuje się natomiast różnorodnością przeciwstawnych rozstrzygnięć; Zob. bliżej: Stürmer, *Juristenzeitung* (JZ) 1998, s. 321 i n.; por. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, 1998, s. 118 i n.; Safjan, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, PIP 10/1985, s. 99 i n.

<sup>3</sup> Orzeczenie szóstej izby niemieckiego Sądu Najwyższego (*Bundesgerichtshof* – BGH) z dnia 16 listopada 1993 r. (w:) zbiorze orzeczeń niemieckiego Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych (BGHZ) s. 124, 128, 136 i n. = JZ 1994, s. 305 i n.

za uzasadnioną i zasądził od kierownika zakładu genetyki klinicznej odszkodowania za szkodę materialną powstałą w wyniku narodzenia się dziecka ułomnego, a także przyjął jego odpowiedzialność za szkody mogące powstać w przyszłości z tego tytułu. Sąd zobowiązał ponadto solidarnie kierownika i lekarza udzielającego porady do zapłaty zadośćuczynienia na rzecz matki dziecka w wysokości 10 000 DM. Pozostałe roszczenia sąd oddalił. Rewizję od wyroku wniesioną przez kierownika zakładu genetyki klinicznej Sąd Najwyższy uznał za nieuzasadnioną w zakresie dotyczącym szkody materialnej.

W podobnej sprawie w Austrii rodzice dziecka, które, nieoczekiwanie dla wszystkich, urodziło się bez rąk oraz z innymi zniekształceniami ciała, zaskarżyli szpital o odszkodowanie w wysokości zwiększonych kosztów utrzymania dziecka, wynikających z jego ułomności. W czasie ciąży zrobiono zdjęcia ultrasonograficzne embrionu, na których przy wnikliwej analizie uszkodzenie płodu było wyraźnie widoczne. Lekarz nie zauważył jednak zniekształceń płodu i nie poinformował o tym rodziców. W jednym z zarzutów podniesionych w pozwie stwierdzono, że przy odpowiednio wcześniej udzielonej informacji nienarodzone dziecko zostałoby usunięte. Nie byłoby więc zwiększonych kosztów utrzymania dziecka, wynikających z jego ułomności. Podczas gdy sądy niższej instancji oddaliły pozew, austriacki Sąd Najwyższy<sup>4</sup> opowiedział się za przyznaniem żadanego odszkodowania.

W dyskusji naukowej<sup>5</sup> można wyróżnić dwa przeciwstawne stanowiska. Punktem spornym jest interpretacja pojęcia szkody. Według prostego modelu odszkodawczego<sup>6</sup>, chodzi o zawinione i bezprawne wyrządzenie szkody majątkowej rodzicom w postaci kosztów utrzymania dziecka. Jeżeli przeciwstawimy rzeczywisty majątek rodziców przed urodzeniem dziecka temu, który posiadaliby po jego urodzeniu, to koszty utrzymania dziecka określimy jako szkodę. Dokonuje się więc tu oddzielenia osoby dziecka od kosztów jego utrzymania i w takim rozróżnieniu upatruje się podstaw modelu odszkodowawczego. Argumentację taką przyjął niemiecki Sąd Najwyższy<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Orzeczenie austriackiego Sądu Najwyższego (*Oberster Gerichtshof* – OGH) z 25 maja 1999 r., 1 Ob. 91/99k (OLG Wien 29.10.1997, 16 R 158/97s; LGZ Wien 1.7.1996, 21 Cg 312/93v); (w:) *Juristische Blätter* (JBl.) 1999, s. 593 i n.

<sup>5</sup> Wyczerpujące omówienie problematyki dziecka jako przyczyny odszkodowawczej ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa niemieckiego i austriackiego zob. Bydlinski F., *Kind als Schadensursache im österreichischen Recht* (w:) *European Tort Law*, 2000, s. 29 i n.

<sup>6</sup> Za przyznaniem odszkodowania opowiedzieli się między innymi: Deutsch, *Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden*, (w:) *Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung* (VersR) 1995, s. 613 i n.; Deutsch, *Berufshaftung und Menschenwürde*: Akt III (w:) *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1998, s. 510; Giesen, *JZ* 1994, s. 286 i n.; Wagner, *Das behinderte Kind als Schaden?*, *NJW* 2002, s. 3379 i n.

<sup>7</sup> Niemiecki Sąd Najwyższy wypowiedział się w tej kwestii już wielokrotnie; zob. następujące grupy orzeczeń: 1) orzeczenia dotyczące błędnej porady lekarskiej wskutek czego urodziło się dziecko ciężko upośledzone (BGH 18.1.1983 – VI ZR 114/81 = BGHZ 86, 240 i n. = JZ 1983, 447; BGH, 22.11.1983 – VI ZR 85/82 = BGHZ 89, 95 i n. = JZ 1984, 886, a także BGH, 7.7.1987 – VI ZR 193/86 = VersR 1988, 155 i n.); BGH – VI ZR 136/01 = NJW 2002, 2636 i n.; 2) orzeczenia dotyczące nieudanej sterylizacji (BGH, 18.3.1980 – VI ZR 105/78 = BGHZ 76, 249 i n. = JZ 1980, 406; BGH, 18.3.1980 – VI ZR 247/87 = BGHZ 76, 259 i n. = JZ 1980, 409; BGH, 18.3.1980 – VI ZR 15/78 = VersR 1980, 719; BGH, 2.12.1980 – VI ZR 175/78 = VersR 1981, 278 i n.; BGH 10.12.1981 – VI ZR

Zwolennicy przeciwstawnego modelu<sup>8</sup>, określanego mianem **prawnoosobowego**, zwracają szczególną uwagę na godność ludzką, która stanowi istotną wartość każdego człowieka, a więc też dziecka. Nie można jej lekceważyć poprzez abstrakcyjne oddzielenie istnienia dziecka od kosztów jego utrzymania. Przemawia za nim fakt, że nikt, komu urodziło się dziecko, nie twierdził dotąd, że przez powstałe koszty jego utrzymania doznał szkody. Ogół niematerialnych i majątkowych stosunków prawnych między rodzicami a dzieckiem nie jest odbierany jako „szkoda”. Zwolennicy tego modelu są zdania, że dziecko wraz z nierozdzielnie związanymi z nim wydatkami nie może być uznane za szkodę.

Jak trudny to dylemat widać najlepiej w słynnym sporze obu izb niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego<sup>9</sup>. Za modelem prawnoosobowym opowiedziała się druga izba<sup>10</sup> niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. W orzeczeniu z 28 maja 1993 r.<sup>11</sup> określiła ona zasadę, zgodnie z którą zakwalifikowanie dziecka jako przyczyny odszkodowawczej jest konstytucyjnie niedopuszczalne i sprzeczne z art. 1 niemieckiej Konstytucji, która gwarantuje poszanowanie i ochronę godności ludzkiej<sup>12</sup>. Orzeczenie to jest wyrazem bezwzględnej poparcia dla życia ludzkiego jako dobra samego w sobie. Wychodząc z tego założenia Izba nakłada na rodziców oraz społeczeństwo obowiązek akceptacji dziecka oraz opowiada się za porzuceniem jakichkolwiek sporów co do jego prawa do istnienia z chwilą urodzenia. Prawo rodziców do świadomego planowania rodziny oraz odpowiedzialność lekarza ustępują prawu do życia z chwilą poczęcia, a ostatecznie z chwilą urodzenia się dziecka. Oznacza to, że kwestia zgodnego czy też sprzecznego z prawem narodzenia się człowieka nie powinna być w ogóle podnoszona<sup>13</sup>.

Argumentacji tej zarzuca się przede wszystkim nieuwzględnienie zasad prawa odszkodowawczego, w szczególności zaś ignorowanie jego funkcji rekompensacyjnej i prewencyjnej. Mimo wystąpienia przesłanek odpowiedzialności, przeczy on bowiem powstaniu szkody majątkowej z powodu powiązania jej z dobrami niematerialnymi<sup>14</sup>. Rekompensata szkód majątkowych korzyściami niematerialnymi nie jest z reguły możliwa. Z orzeczeniem tym polemizuje też

202/79 = VersR 1981, 730 i n.; BGH, 19.6.1984 – VI ZR 76/83 = VersR 1984, 864 i n.; BGH, 30.6.1992 – VI ZR 337/91 = VersR 1992, 1229 i n.); 3) orzeczenia dotyczące nieudanego zabiegu przerywania ciąży (BGH, 9.7.1985 – VI ZR 244/83 = BGHZ 95, 199 i n. = JZ 1986, 140; BGH, 27.11.1984 – VI ZR 43/83 = VersR 1985, 240 i n. = JZ 1985, 331 i n.; BGH, 25.6.1985 – VI ZR 270/83 = VersR 1985, 1068 i n.; BGH, 15.4.1986 – VI ZR 72/85 = VersR 1986, 896 i n.; BGH, 25.2.1992 – VI ZR 44/91 = VersR 1992, 829 i n.).

<sup>8</sup> Zob. m.in. Picker, *Schadenersatz für das unerwünschte Kind* (w:) Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 195 (1995) 483 i n.; Stürmer, *Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?*, JZ 1998, 317 i n.

<sup>9</sup> Zob. np. Deutsch, NJW 1998 510; Stürmer, JZ 1998, 317 i n.

<sup>10</sup> Dosl. Senat.

<sup>11</sup> Orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego 88, 203 = wydanie specjalne JZ 1993; zob. też JZ 1998, 356 i n.

<sup>12</sup> Art. 1 „(1) Godność ludzka jest nienaruszalna. Szanować ją i chronić jest obowiązkiem wszelkiej władzy państwowej. (2) Naród niemiecki uznaje nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka jako podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie”.

<sup>13</sup> Zob. Stürmer, JZ 1998, 317.

<sup>14</sup> Zob. np. Deutsch, NJW 1998, 510.

pierwsza izba niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego<sup>15</sup>, która w ślad za orzeczeniem szóstej izby cywilnej Niemieckiego Sądu Najwyższego<sup>16</sup> podkreśla prawo rodziców do świadomego i odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci i opowiada się za modelem odszkodowawczym. Jeżeli bowiem postęp medycyny umożliwi pomoc lekarską w zakresie świadomej prokreacji, to funkcją prawa odszkodowawczego zarówno *ex contractu* jak i *ex delicto* jest chronić zagrożone przez ten postęp prawa osobiste człowieka, nienaruszalność cielesną kobiety, a także prawa rodziców do samookreślenia. Gdyby bowiem zawinione działanie lekarza pozostało bez żadnych sankcji, to jego skutkami obciążeni byłiby wyłącznie rodzice.

W przedstawionej wyżej sprawie Niemiecki Sąd Najwyższy podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, zgodnie z którym w przypadku błędnej porady lekarskiej, nieudanej, zawinionej przez lekarza sterylizacji, a także w przypadku uniemożliwienia lub błędnego przeprowadzenia zabiegu przerywania ciąży, można dochodzić od lekarza odszkodowania w wysokości kosztów utrzymania dziecka. Sąd uznał w prezentowanym orzeczeniu, że z dokonanych ustaleń wynikało bezspornie, że rodzice nie zdecydowaliby się na kolejne potomstwo gdyby udzielono im prawidłowej i pełnej porady lekarskiej. Jeżeli doszło więc do urodzenia się dziecka genetycznie upośledzonego w wyniku błędnej porady lekarskiej, to rodzice mają prawo domagać się całkowitego pokrycia kosztów utrzymania dziecka<sup>17</sup>. Nie-wywiązanie się z przyjętego przez lekarza zadania musi bowiem pociągać za sobą odpowiedzialność odszkodowawczą<sup>18</sup>. Umowa, której celem jest uzyskanie porady genetycznej, tak samo jak umowa o dokonanie sterylizacji czy też zabiegu przerywania ciąży prowadzi do odpowiedzialności za skutek<sup>19</sup>. Tak więc jeżeli lekarz przy wypełnianiu obowiązków wynikających z takich właśnie umów popełni błąd, w rezultacie którego dojdzie do urodzenia się dziecka, to jego odpowiedzialność musi obejmować związane z tym skutki finansowe<sup>20</sup>.

Sąd odrzucił jednak roszczenia samego dziecka z tzw. „*wrongful life*”. Prawo do świadomego decydowania o posiadaniu dzieci przysługuje tylko rodzicom, a nie dziecku, które powinno przyjąć swoje istnienie tak, jak stworzyła je natura. Nie przysługuje mu roszczenie z tytułu urodzenia się<sup>21</sup>. Nie jest bowiem możliwe porównanie życia z upośledzeniem, a nienarodzeniem się<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> JZ 1998, 352 i n.

<sup>16</sup> Zob. przypis 4, a także Giesen, JZ 1994, 286 i n.

<sup>17</sup> Niemiecki Sąd Najwyższy nie stosuje jednak tego modelu konsekwentnie, ponieważ przynajmniej rodzicom tylko zwykle koszty utrzymania dziecka (plus koszty opieki), a nie zwiększone o kwotę, którą dobrze sytuowani rodzice mogliby przeznaczyć na jego kurację. Jest to z punktu widzenia prawa odszkodowawczego niezrozumiałe; Bydliński F., 2000, 34 i n.

<sup>18</sup> Por. orzeczenie BGH z dnia 18 czerwca 2002 r. VI ZR 136/01, NJZ 2002, 2636 i n.; Wagner NJW 2002, 3379 i n.

<sup>19</sup> JZ 1994, 307.

<sup>20</sup> Tak też Deutsch, NJW 1998, 510 odwołując się do USA (Callagher v. Duke University, 852 F 2 d 773 (*wrongful conception*)), gdzie koszty utrzymania dziecka w takich przypadkach uważa się za szkodę, a odpowiedzialność zawodowa ginekologa czy genetyka w świetle rozważań o godności człowieka nie jest kwestionowana; por. Nestorowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa*, PiP 1/1999, 17 i n.

<sup>21</sup> Zob. JZ 1998, 352, Stürmer; JZ 1998, 318; tak samo orzecznictwo austriackie por. przypis 5.

<sup>22</sup> Tak też Bydliński F., 2000, 64 i n.; zob. Zimmermann 1997, 131; na tle porównawczym zob. Stürmer; JZ 1998, 322; por. Wojtaszek, *Odpowiedzialność cywilna z tytułu szkód wyrządzonych dziecku przed jego poczęciem*, NP 10–12/1990, 96.

Sąd Najwyższy podzielił natomiast pogląd drugiej izby niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym dziecko nie może być uznane za szkodę<sup>23</sup>. Podkreślił jednak, że szkodą nie jest dziecko, a koszty jego utrzymania. Tym samym Sąd Najwyższy dokonał oddzielenia osoby dziecka, jako podmiotu prawa od kosztów związanych z jego utrzymaniem, które zakwalifikował jako szkodę wyrządzoną w majątku rodziców. Przy takim ujęciu problemu rodzice nie będą oczywiście zwolnieni z obowiązku opieki nad dzieckiem, a odszkodowanie ma jedynie rekompensować ich finansowe obciążenie.

Podtrzymując tę argumentację pierwsza izba niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego podniosła ponadto, że uznanie podmiotowości dziecka nie polega przecież na przejęciu kosztów utrzymania go przez rodziców. Urodzenie się dziecka jest tylko jednym z warunków, od których prawo cywilne<sup>24</sup> uzależnia powstanie obowiązku ponoszenia kosztów jego utrzymania, który nawet wtedy nie zawsze powstaje<sup>25</sup>. Obowiązek ponoszenia kosztów utrzymania i rodzicielstwo nie muszą się zawsze pokrywać<sup>26</sup>, a adopcja półsieroty nie oznacza obowiązku ponoszenia całkowitych kosztów jej utrzymania<sup>27</sup>. Tak samo objęcie *nasciturusa* ubezpieczeniem od nieszczęśliwych wypadków nie zakłada przecież, że narusza się jego godność poprzez to, że osoby zobowiązane do alimentacji otrzymają świadczenia z tytułu ubezpieczenia<sup>28</sup>.

Stosując metodę dyferencyjną należy więc w celu określenia wysokości szkody dokonać porównania stanu majątku rzeczywistego z majątkiem hipotetycznym, który posiadaliby rodzice nie obciążeni kosztami utrzymania dziecka. Sąd podkreśla tu jednak wyraźnie, że nie chodzi o porównanie istnienia i nieistnienia dziecka. W takim bowiem przypadku narodzenie się dziecka należałoby ocenić negatywnie. Przedmiotem porównania jest tutaj sytuacja majątkowa rodziców.

Sąd Najwyższy uznał również, że przyznanie odszkodowania nie tylko nie narusza godności i podmiotowości dziecka, ale może przynieść mu wymierne korzyści, w szczególności poprawić sytuację finansową oraz podnieść jego pozycję w rodzinie. Wprowadzenie natomiast zakazu partycypowania w kosztach utrzymania, temu, kto w wyniku nienależytego wypełnienia swoich obowiązków przyczynił się do ich powstania z pewnością nie poprawi sytuacji dziecka. W omawianym przypadku Sąd Najwyższy nie ograniczył się tylko do zasądzenia odszkodowania w wysokości wykraczającej poza zwykłe koszty utrzymania, a związanych z ułomnością dziecka, a wychodząc z funkcji rekompensacyjnej prawa odszkodowawczego przyznał odszkodowanie w pełnej wysokości<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Zob. także: BGH, 18.3.1980 – ZR 105/78 = BGHZ 76, 249, 253 i n. = JZ 1980, 406 i n.

<sup>24</sup> Zob. § 1601 i n. (obowiązek alimentacyjny) niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) z 18 kwietnia 1896 r., BGNI. III 400-2 ze zm.

<sup>25</sup> § 1602 ust. 2 BGB: „(2) Młodoletnie i niepozostające w związku małżeńskim dziecko może domagać się od swoich rodziców, nawet jeśli ma swój własny majątek, zapewnienia środków utrzymania, o ile przychody z tego majątku oraz dochody z jego pracy nie są wystarczające na pokrycie kosztów utrzymania”; por. art. 133 § 1 polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

<sup>26</sup> Por. BGHZ 72, 299; BGH NJW-RR 1987, 898; BGHZ 129, 297.

<sup>27</sup> Por. § 1755 ust. 1 zd. 2 BGB w zw. z § 48 ust. 6 księgi VI niemieckiego kodeksu socjalnego (SGB).

<sup>28</sup> JZ 1998, 355; zob. też orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego 45, 376 = JZ 1977, 751 in.

<sup>29</sup> JZ 1994, 309. Sąd uznał, że nie da się podzielić kosztów utrzymania, na takie które rodzice powinni ponieść w przypadku urodzenia się dziecka zdrowego, oraz te które są wyłącznie związane z

Ponadto pierwsza izba Trybunału Konstytucyjnego odrzuciła argumentację skarżącego, zgodnie z którą dotychczasowe orzecznictwo niemieckiego Sądu Najwyższego narusza zasady prawa rodzinnego. Izba nie podzieliła też obawy, że dziecko narażone będzie na duży, trudny nawet do określenia szok psychiczny, kiedy dowie się, że nie powinno było się w ogóle urodzić. Wystąpienie takiej sytuacji pierwsza izba uzależniła bowiem od ukształtowania się stosunków rodzinnych między rodzicami i dzieckiem, a nie od finansowego obciążenia rodziców<sup>30</sup>.

Zdaniem Sądu Najwyższego, popartego orzeczeniem pierwszej izby Trybunału Konstytucyjnego, przyznanie odszkodowania nie godzi w godność człowieka, a wprost przeciwnie, wspiera ją i chroni.

Nie brak jednak głosów odrzucających taką argumentację<sup>31</sup>. Przeciwnicy wyżej wskazanego poglądu zarzucają dogmatyczną niepoprawność rozróżnienia dziecka i kosztów jego utrzymania i twierdzą, że takie rozdzielenie jest nie do pogodzenia z zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej. Wynika to z funkcjonalnego powiązania sposobów naprawienia szkody (tj. restytucji naturalnej oraz zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej). Zapłata sumy pieniężnej jest tylko alternatywą – obok restytucji naturalnej – formą naprawienia szkody. Oczywiście nie oznacza to, że w każdym przypadku można domagać się przywrócenia stanu poprzedniego. Zawsze jednak odszkodowanie pieniężne służy rekompensowaniu stanu, który spowodował powstanie strat majątkowych. Tak więc roszczenie o odszkodowanie pieniężne powstaje wtedy, gdy restytucja naturalna ze względów faktycznych, normatywnych lub umownych nie jest możliwa. Jest więc ono rozwiązaniem zastępczym, a często „wyjściem awaryjnym”<sup>32</sup>. Podkreśla się przy tym, że próba definiowania szkody jako kosztów utrzymania w abstrakcyjnym wyizolowaniu ich od dziecka jest poglądem chybiącym, ponieważ jest to podział sztuczny i tak samo nie do przyjęcia, jak twierdzenie, że nie wgniecenie blachy w samochodzie, a dopiero koszty jego naprawy, nie nabycie przez pełnomocnika rzeczy z przekroczeniem zakresu umocowania, a dopiero wynikające z tego skutki finansowe<sup>33</sup>, czy też w końcu nie trwale uszkodzenie ciała, a dopiero wywołane przez nie podwyższone potrzeby poszkodowanego uznać należy za szkodę<sup>34</sup>.

Ponadto przyznanie prawa rodzicom do planowania rodziny charakteru bezwzględnie-  
go<sup>35</sup>, uwidacznia przedmiotowe traktowanie dziecka. W całym tym procesie zakłada się bowiem istnienie „nieplanowanego” dziecka za stan niepożądany, naruszający swobodę (prawo) rodziców. Prawo do planowania rodziny oznaczałoby więc „wolność” od „niechcianych” dzieci. Tak więc samo istnienie dziecka niezależnie od kosztów jego utrzymania naru-

ułomnością dziecka. Niezbędne nakłady dla zapewnienia egzystencji dziecka ciężko upośledzonego nie dają się podzielić; zob. też BGH 22.11.1983 – VI ZR 85/82 = 89, 95, 105.

<sup>30</sup> JZ 1998, 355.

<sup>31</sup> Picker, AcP 195 (1995), 503 i n.; Zimmerman, JZ 1997, 131.

<sup>32</sup> Picker, AcP 195 (1995), 503 i n.

<sup>33</sup> Inaczej BGBZ 76, 249, 253.

<sup>34</sup> Picker, AcP 195 (1995), 504.

<sup>35</sup> Tak np. Giesen (w:): *Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1970, 569; Fischer (w:): *Juristische Schulung* (JuS) 1984, 437 i n.; Stürner, FamRZ 1985, 760 i n. Przeciwno tej koncepcji: np. Mertens, FamRZ 1969, 252 i n.; Reinelt, FamRZ 1970, 572 i n.; Selb JZ 1971, 207.

szaloby prawo rodziców, którzy chcieliby uniknąć potomstwa niekoniecznie ze względów finansowych, ale chociażby w związku z przyjętym sposobem życia, wykonywanym zawodem, chęcią zachowania swobody i nieograniczonej dyspozycyjności. Czynniki finansowy nie odgrywa więc tu pierwszorzędnej roli, a naruszenie prawa następowałoby już w wyniku samego urodzenia się dziecka, które w ten sposób stałoby się przedmiotem, a nie podmiotem praw. Sprawą bardzo trudną jest wycena tak powstałej szkody. Należy bowiem odpowiedzieć na pytanie ile są warte cierpienia, czy też niedogodności rodziców związane z urodzeniem się niechcianego dziecka. Warto tu również wspomnieć, że przesunięcie punktu ciężkości w kierunku zapewnienia rodzicom prawa do planowania rodziny nie rozwiązuje istniejącego problemu, a jedynie przesuwa ją na inną płaszczyznę.

W literaturze niemieckojęzycznej<sup>36</sup> podnosi się też, że negatywne skutki psychiczne dla dziecka są nie do uniknięcia, szczególnie zaś w przypadku dziecka o normalnym rozwoju umysłowym. Kiedy dorastające dziecko dowie się, że w przeciwieństwie do innych dzieci jest dzieckiem „nieplanowanym” a koszty jego utrzymania pokrywane są z zasądzonej sumy odszkodowania nastąpi obciążenie psychiczne, a tym samym naruszenie przez porządek prawny psychiki człowieka.

Zastosowanie modelu odszkodowawczego może wywołać też niepożądane skutki dla środowiska lekarskim. Dla uniknięcia odpowiedzialności lekarze będą bowiem przyjmować pozycję defensywną polegającą na unikaniu pozytywnych ocen wyników swoich badań przy jednoczesnym nadmiernym podkreślaniu nie dającego się przeczyć całkowicie wykluczyć ryzyka, co w żadnym wypadku nie oznacza podniesienia jakości świadczonych przez nich usług. W przypadku zaś badań patologicznych embrionu „najbezpieczniejsza” droga może często prowadzić w praktyce do „usprawiedliwionych” zabiegów przerywania ciąży. Tendencja ta może też przybierać na sile<sup>37</sup>. W związku z postęпами medycyny w zakresie analizy rozwoju *nascitursa* powiększają się bowiem paradoksalnie granice niepewności i ryzyka.

Podsumowując, model osobowy prowadzi do ignorowania odpowiednich zasad prawa odszkodowawczego i odrzuca przyznanie jakiegokolwiek odszkodowania. Model odszkodowawczy natomiast, przez całkowite abstrakcyjne wyizolowanie sfery majątkowej, nie uwzględnia podmiotowości dziecka. Zasady odnoszące się do godności osobistej i opieki rodzinnej przemawiają za modelem prawnosobowym, natomiast prawnoodszkodowawcze podstawy odpowiedzialności za rozwiązanie odszkodowawczym. Mamy więc tu do czynienia z kolizją zasad prawnych. Zasady te nie mogą być realizowane w pełnym zakresie. Należy więc dokonać ich wzajemnego porównania, które określi relacje między nimi. Nie chodzi tu jednak o wykazanie nadrzędności czy też podrzędności którejkolwiek z nich. Metoda porównawcza dwóch kolidujących ze sobą zasad prawnych powinna wskazać rozwiązanie pośrednie, które jest nie tylko prawnie możliwe, ale nawet uzasadnione<sup>38</sup>. Niezbędne okaże się więc ograniczenie stosowania kolidujących ze sobą zasad. Dokonując takiego ograniczenia należy jednak pamiętać, że ograniczenie zakresu stosowania jednej zasady jest dopuszczalne o tyle, o ile jest to niezbędne do realizacji innej zasady.

Takie pośrednie rozwiązanie wybrał austriacki Sąd Najwyższy<sup>39</sup>. Tym samym odrzucił obydwa modele w ich skrajnej postaci i opowiedział się za przyznaniem ograniczonego odszkodowania<sup>40</sup>. Najpierw wypowiedział się wyraźnie przeciwko uznaniu narodzin dziecka niechcianego jako przyczyny odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę majątkową. Jednakże powstające stosunki rodzinne ocenił jako niekorzystne, a więc uznał je za szkodę, jeżeli stanowią one dotkliwie obciążenie dla rodziców. Za takie obciążenie austriacki Sąd Najwyższy uważa wzrost kosztów utrzymania powstałych w związku z upośledzeniem dziecka. Rozwiązanie przyjęte przez austriacki Sąd Najwyższy leży więc między odszkodowawczym, a prawnosobowym punktem widzenia. Dopuszcza się tu, jak to zazwyczaj ma miejsce przy porównaniu zasad, różne rozwiązania pośrednie, np. podział kosztów utrzymania dziecka na dwie części: alimentacyjną i odszkodowawczą. Dokładne zbadanie problemu prowadzi do wniosku, że należy dać pierwszeństwo kryterium „dotkliwego obciążenia”. Uznaje ono wartość dziecka samą w sobie za pierwszoplanową aż do chwili, kiedy to funkcje rekompensacyjne i prewencyjne prawa odszkodowawczego zostają dodatkowo wzmocnione zasadą minimum egzystencji, chroniącą prawnie osobę, a więc do czasu, kiedy rodzicom i dziecku grozi dotkliwe obciążenie finansowe, spowodowane dysponowaniem niskimi środkami utrzymania<sup>41</sup>. Podstawą ustaleń rzeczywistej szkody majątkowej nie jest więc tutaj istnienie dziecka, ale obniżenie standardu życia rodziny, spowodowane brakiem odszkodowania. Wysokość tego odszkodowania powinna zostać ustalona przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów określających minimum egzystencji. Dziecko nie jest traktowane jako szkoda, stanowią ją finansowe obciążenia związane z jego istnieniem. Koszty jego utrzymania ponoszą w zasadzie rodzice, jeżeli jednak zasądzi im się w ten sposób odpowiednie odszkodowanie, to będzie ono dotyczyć istotnej wartości osoby ludzkiej tylko w marginalnym zakresie.

W piśmiennictwie niemieckim należy odnotować też propozycję szukania rozwiązania w systemie ubezpieczeń i pomocy socjalnej<sup>42</sup>. Jeżeli tak rozumiana szkoda wyrządzona zostaje poprzez udzielanie porady genetycznej, dokonywanie zabiegów sterylizacji, czy też usuwanie ciąży, proponuje się stworzenie odpowiedniego funduszu, z którego można byłoby dodatkowo zaspokajać potrzeby dzieci. Fundusz miałby być zasilany środkami pochodzącymi z zakładów świadczących takie usługi, a także od rodziców korzystających z nich i świadczenia z niego powinny być wypłacane niezależnie od tego, czy ma miejsce błąd lekarza, jeżeli stosując się do wskazań lekarskich doszło do urodzenia się „nieplanowanego” dziecka. Kolejne źródło finansowania upatruje się w umowach ubezpieczeniowych. Lekarze oraz ośrodki medyczne byłiby również dotknięci skutkami źle wykonanej pracy. Rodzice mogliby domagać się od nich dodatkowych świadczeń, jednakże w ograniczonym zakresie. Należy jednak zauważyć, że świadczenia z systemu opieki socjalnej, a także ubezpieczeń społecznych mają charakter subsydiarny i nie mają one na celu zastępowania odpowiedzialności odszkodowawczej<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Zob. przypis 5.

<sup>40</sup> W austriackiej literaturze wypowiedzieli się za takim rozwiązaniem m.in. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* (1997), 33 i n.; Mirecki, *Bemerkungen zum Ersatz des Unterhaltsschadens*, (w:) *Österreichische Juristen-Zeitung* (ÖJZ) 1990, 796 i n.; Bydliński F., 2000, 46, 65 i n.

<sup>41</sup> Bydliński F., (2000), 45 i n.

<sup>42</sup> Stürmer, JZ 1998, 325 i n.

<sup>43</sup> Por. Bydliński F., 2000, 46.

<sup>36</sup> Stürmer JZ 1998, 324 i n.; w prawie austriackim: Bydliński F. 2000, 50 i n., 60 i n.

<sup>37</sup> W roku 2001 w Niemczech dokonano 135 000 legalnych zabiegów przerywania ciąży, Wagner NJW 2002, 3380.

<sup>38</sup> Zob. Bydliński F., 2000, 38 i n.

\*

Prezentowane zagadnienie stało się ostatnio bardzo aktualne w naszym kraju. Przed Sądem Okręgowym w Łomży wszczęto bowiem postępowanie, w którym matka domaga się naprawienia szkody, która powstała w jej majątku w wyniku urodzenia się dziecka ułomnego. Winą obciąża lekarza, który nie wypełnił swoich obowiązków zawodowych i nie skierował jej na specjalistyczne badania prenatalne, w wyniku czego urodziło się dziecko upośledzone.

Przy rozważaniu powyższego problemu należy uwzględnić jeszcze kwestię dopuszczalności przerywania ciąży. Gdyby bowiem aborcja była prawnie zabroniona, to dochodzenie odszkodowania stałoby się bezprzedmiotowe, ponieważ niedozwolone korzyści nie mogłyby prowadzić do powstania obowiązku odszkodowawczego. Kosztów utrzymania dziecka ułomnego można byłoby więc uniknąć tylko w przypadku popełnienia czynu zabronionego, to jest aborcji. W Polsce kwestię dopuszczalności przerywania ciąży reguluje ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży<sup>44</sup>. Art. 4a cytowanej ustawy dopuszcza możliwość przerywania ciąży przez lekarza w trzech enumeratywnie wymienionych przypadkach<sup>45</sup>. Zabieg jest dopuszczalny, kiedy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, a także kiedy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Jednocześnie art. 2 ust. 2a zapewnia kobiecie swobodny dostęp do informacji i badań prenatalnych, szczególnie wtedy, gdy istnieje podwyższone ryzyko bądź podejrzenie wystąpienia wady genetycznej lub rozwojowej płodu, albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu płodu.

Zakładając spełnienie jednej z wymienionych przesłanek należy uznać, że aborcja była prawnie dopuszczalna, choć niekoniecznie moralnie usprawiedliwiona. Do celów odszkodowawczych należałoby również założyć, że gdyby wyniki badań prenatalnych wykazały nieodwracalne uszkodzenie płodu, to matka zdecydowałaby się na jego usunięcie<sup>46</sup>. W przeciwnym razie brak byłoby związku przyczynowego między odmową przeprowadzenia badań przez lekarza, a ponoszeniem kosztów utrzymania dziecka ułomnego przez rodziców.

Przedstawione modele stanowią ciekawe tło prawnoporównawcze dla polskiego orzecznictwa. Opowiadam się za przyjętym przez austriacki Sąd Najwyższy rozwiązaniem „pośrednim”. Uważam, że zachowuje ono pełną zasadność także na gruncie prawa polskiego. Jeżeli zważyć nadto, że w warunkach polskich koszty utrzymania dziecka są w stosunku do dochodów bardzo wysokie, a dodatkowe koszty związane z ułomnością dziecka dotyczą rodziny w bardzo złej sytuacji materialnej, to można byłoby się także wspomóc pojęciem zasad współżycia społecznego. Dlatego też opowiadam się za przyznaniem matce odszkodowania w wysokości zwiększonych kosztów utrzymania dziecka, wynikających z jego ułomności.

<sup>44</sup> Dz.U. z 1993 Nr 17, poz. 78 ze zm.

<sup>45</sup> Ponadto muszą być spełnione inne dodatkowe przesłanki; bliżej zob. Nestorowicz, 1998, 113 i n.

<sup>46</sup> Ciężar dowodu przeciwnego obciąża lekarza; por. JZ 1984, 866 i n.