

ANDRZEJ SZLĘZAK

„NASCITURUS” W PRAWIE DELIKTOWYM USA

I. WPROWADZENIE

W ostatnim dziesięcioleciu nasiliła się znacznie dyskusja w literaturze prawniczej USA na temat problemów związanych z odszkodowaniem na rzecz dziecka lub innych osób za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym (tort) skierowanym przeciwko kobiecie ciężarnej albo czynem, którego konsekwencje ujawniają się w okresie koncepcyjnym, mimo iż samo niedozwolone działanie lub zaniechanie miało miejsce wcześniej. Dyskusja ta jest fragmentem szerszych rozważań na temat pozycji prawnej płodu angażujących autorów specjalizujących się w najróżniejszych dyscyplinach prawa. Zagadnienia dotyczące pozycji prawnej płodu znalazły także — nie po raz pierwszy zresztą — wyraz w treści kampanii politycznych, że wspomnę tylko o platformach wyborczych kandydatów do fotela prezydenckiego w wyborach roku 1984. Jest to więc w USA problem nienowy, rozpalający wiele emocji i ciągle nie rozstrzygnięty. O to ostatnie będzie zapewne niełatwo, a to ze względu na dużą ilość punktów widzenia, wartości i opinii, sprzeczność interesów różnych grup nacisku o mniejszym lub większym prestiżu społecznym czy też — niejednokrotnie — powierzchowność analiz i pochopność sądów, które miałyby przesądzić czy to na jedną, czy drugą stronę¹. Również Sąd Najwyższy USA angażował się w minionych latach w zagadnienie określenia pozycji prawnej płodu, zarówno w kwestii będącej przedmiotem niniejszych rozważań, jak i w kwestiach należących do innych dziedzin prawa. Spór — przynajmniej w jednym aspekcie — znalazł autorytatywne rozstrzygnięcie w głośnym orzeczeniu Sądu Najwyższego USA², gdzie stwierdzono

¹ Na niedostateczną jakość dyskusja o pozycji prawnej płodu zwracają uwagę np. autorzy prac zamieszczonych w zbiorze *Defining Human Life. Medical, Legal and Ethical Implications*, pod red. M. W. Shawa i A. E. Doudera, Ann Arbor-Washington D. C. 1983. Zob. zwłaszcza rozdział 8 — Ch. H. Baron, *The Concept of Person in the Law*, s. 121 - 148, oraz rozdział 9 — H. F. Pilpel, *Personhood, Abortion and the Right to Privacy*, s. 149 - 160.

² Sprawa *Roe vs. Wade* (1973 r.) Zob. obszernie omówienie np. w pracach: P. A. King, *The Juridical Status of the Fetus. A Proposal for Legal Protection of the Unborn*, Michigan Law Review 1977, nr 7, s. 1647 -1687 oraz D. H. Regan, *Rewriting*

m.in., iż płód nie jest „osobą” w rozumieniu XIV Poprawki do Konstytucji USA. Nie doprowadziło to jednak do uśmierzenia dyskusji, a sądy kilkakrotnie uznawały płód za „osobę” w rozumieniu innych, pozakonstytucyjnych aktów prawnych³.

Problematyka sytuacji „nasciturusa” w dziedzinie prawa odszkodowawczego była też przedmiotem zainteresowania przedstawicieli polskiej doktryny. Pojawiły się w ostatnich latach dwa opracowania poświęcone bezpośrednio zagadnieniom omawianym w niniejszym artykule⁴; ten z kolei ma na celu przedstawienie pojęć i definicji pojawiających się w dyskusjach na temat prawa odszkodowawczego dotyczącego „nasciturusa”, nakreślenie linii rozwojowej każdego z prezentowanych deliktów oraz określenie stopnia powszechności ochrony sądowej, z której korzystają powództwa oparte na analizowanych tutaj konstrukcjach deliktów w przekroju wszystkich stanów USA. Pominięto natomiast całą złożoną problematykę etyczną i filozoficzną pojawiającą się w związku z omawianymi zagadnieniami prawnymi, wśród nich zaś zwłaszcza w związku z pytaniem o granice odpowiedzialności lekarza. Zasługuje ona bowiem na osobne studium⁵; nam niech wystarczy stwierdzenie, że również i nasze prawo stoi obecnie przed koniecznością przewartościowania szeregu tradycyjnych koncepcji uformowanych w czasie, gdy sama tylko myśl o ingerencji medycyny w naturalne procesy rozwojowe płodu — ingerencji o zasięgu takim, jak praktykowana współcześnie — była marzeniem nielicznych, a obrazą dla większości.

Artykuł obejmuje uwagi na temat pięciu typów deliktów: roszczenia dziecka z tytułu zdarzeń mających negatywny wpływ na rozwój płodu — i w konsekwencji powodujących uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia urodzonego później dziecka — zaistniałych w okresie przedkonceptyjnym („preconception torts”) lub konceptyjnym („prenatal torts”), roszczenia dziecka o odszkodowanie „za to, że żyje” („wrongful life”), roszczenia rodziców opartego na twierdzeniu, że wskutek czyjegoś (najczęściej leka-

Roe vs. Wade, Michigan Law Review 1977, nr 7, s. 1569 -1646, a także: J. Areen, *Family Law. Cases and Materials*, New York 1985, s. 173 -181 oraz 820 - 828 i podana tam literatura.

³ Zob. np. G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding Rights of the Fetus: An Evolution Not a Revolution*, Medical Trial Technique Quarterly 1983, t. 30, s. 215; E. F. Collins, *An Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death and Wrongful Birth: Time for a New Framework*, Journal of Family Law 1984, t. 22, nr 4, s. 678; zob. także W. J. Maledon, *The Law and the Unborn Child: The Legal and Logical Inconsistencies*, Notre Dame Lawyer 1971, t. 46, nr 2, s. 351 i n.

⁴ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna według common law za szkody wyrządzone nasciturusowi przed i po jego poczęciu*, Państwo i Prawo 1983, nr 8, s. 15-24; M. Safjan, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, Państwo i Prawo 1985, nr 10, s. 99 - 108.

⁵ Zob. zwłaszcza wywody M. Safjana, *Odpowiedzialność*, s. 106 - 108, który rejestruje niektóre z pojawiających się dylematów.

rza) zaniedbania doszło do urodzenia się „nie chcianego” dziecka (np.: zdrowego „nie planowanego” dziecka, albo dziecka nawet „planowanego”, lecz obciążonego wadami, których ujawnienie w czasie ciąży doprowadziłoby do jej przerwania — „wrongful birth”) oraz roszczenia rodziców (albo innych osób) z tytułu śmierci dziecka (albo płodu) w wyniku czynu niedozwolonego wyrządzonego w okresie koncepcyjnym („wrongful death”) ⁶.

Wskazano wyżej delikty („prenatal torts”, „preconception torts”, „wrongful life”, „wrongful birth”, „wrongful death”) najczęściej pojawiające się w judykaturze USA. Prócz nich występują także i inne (np. „wrongful form”, „wrongful formation”, „wrongful impairment”); są one jednak tylko odmianami jednego z pięciu podstawowych typów ⁷. Nadto terminologia, którą przytoczyłem, stosowana jest w takim jak tutaj kształcie w większości wypowiedzi doktryny amerykańskiej ⁸, nawet jeśli orzeczenia sądowe, którym dane opracowanie jest poświęcone, nie zawierają takiego zwrotu.

Wszystkie wymienione poprzednio czyny niedozwolone dotyczą zdarzeń zaistniałych przed urodzeniem się dziecka. Wszystkie też są czynami zawinionymi, przy czym do powstania odpowiedzialności wystarczy wina nieumyślna („negligence”). Ponieważ jednak niektóre z nich prowadzą do powstania roszczenia z tytułu uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia ⁹, a inne odszkodowania z tytułu śmierci ¹⁰, różny jest sposób ustalenia kręgu osób uprawnionych do odszkodowania. I tak „prenatal tort”, „preconception tort” oraz „wrongful life” to czyny niedozwolone, z tytułu których odszkodowania dochodzić może dziecko, natomiast „wrongful death” oraz „wrongful birth” (ten ostatni polegający najogólniej rzecz ujmując na naruszeniu prawa osobistego rodziców do swobodnej decyzji w kwestii posiadania albo nieposiadania potomstwa) uprawniają do odszkodowania rodziców ¹¹. Na koniec inna zasadnicza różnica: „wrongful

⁶ Co do wszystkich wymienionych typów deliktów zob. np. wywody G. Groichmana i H. L. Hirscha, *The Expanding*, s. 212 - 230; P. A. King, *The Juridical*, s. 1647 - 1687; K. R. Osborne, *Torts — The Right of Recovery for the Tortious Death of the Unborn*, *Howard Law Journal* 1984, t. 27, nr 4, s. 1649-1682); E. F. Collins, *An Overview*, s. 677-711; J. A. Parness, *Crimes Against the Unborn: Protecting and Respecting the Potentiality of Human Life*, *Harvard Journal on Legislation* 1985, t. 22, nr 1, s. 97-172; M. M. Shaw, *Conditional Prospective Rights of the Fetus*, *Journal of Legal Medicine* 1984, t. 5, nr 1, s. 63 -116; M. A. Trotzig, *The Defective Child and the Actions for Wrongful Life and Wrongful Birth*, *Journal of Legal Medicine* 1980, t. 2, nr 1, s. 85-111; Ch. H. Baron, *The Concept*, s. 121 - 148 oraz H. F. Pilpel, *Personhood*, w: *Defining Human Life*, s. 149 - 160,

⁷ Zob. E. F. Collins, *An Overview*, s. 677 - 678, 690.

⁸ Zob. prace powołane w przypisie 6.

⁹ Wskutek najróżniejszych zdarzeń, np.: wypadku komunikacyjnego, źle przeprowadzonego zabiegu usunięcia ciąży, wadliwego naświetlania promieniami X, podania niewłaściwego leku itd.

¹⁰ Zob. przypis 9.

¹¹ W przypadku deliktu „wrongful death” uprawnione mogą być także inne oso-

death" to czyn uregulowany ustawowo, podczas gdy pozostałe typy wykształcone zostały przez orzecznictwo.

Pojawia się w tym miejscu problem systematyki omawiania poszczególnych typów czynów niedozwolonych. Kwestia ta nie do końca także opracowana jest w piśmiennictwie amerykańskim, gdzie różni autorzy różnie organizują materię będącą przedmiotem analizy¹². Nie ulega jednak wątpliwości, że typem podstawowym, z którego „wykształciły się” inne formy czynów niedozwolonych dotyczących płodu, jest delikt określany mianem „prenatal tort”. Jednym z etapów ewolucji orzecznictwa sądów amerykańskich było dopuszczenie możliwości dochodzenia przez dziecko odszkodowania wówczas, gdy działanie wyrządzające szkodę miało miejsce nie (tak jak w przypadku „prenatal tort”) w czasie ciąży, lecz przed jej powstaniem. W ten sposób pojawił się termin „preconception tort”, który jednak określa czyn niedozwolony kategoryalnie należący do klasy „prenatal torts”. Jedyną bowiem różnicą dotyczy czasu wystąpienia zdarzenia wyrządzającego szkodę, a istnienie odrębnej nazwy — wydaje się — podkreśla tylko fakt, iż jest to roszczenie o stosunkowo krótkim rodowodzie, w większości stanów nie korzystające jeszcze z ochrony¹³. Niemniej łączne omówienie obu wspomnianych wyżej form czynów niedozwolonych — przy zwróceniu uwagi na dzielące je różnice — wydaje się być w pełni zasadne.

II. „PRENATAL TORTS”. „PRECONCEPTION TORTS”

Orzeczenie, które zapoczątkowało rozwój doktryny „prenatal torts” w USA, pochodzi z 1884 roku (sprawa *Dietrich vs. Inhabitants of Northampton*) i dotyczy odszkodowania żądanego przez matkę w imieniu dziecka, które urodziło się przedwcześnie wskutek obrażeń odniesionych przez matkę w czasie ciąży i zmarło wkrótce po porodzie¹⁴. Sąd orzekł wówczas, iż brak jest podstaw do zasądzenia odszkodowania na rzecz dziecka, bowiem w czasie, gdy odniosło obrażenia, było „częścią matki” (part of the mother) i nie stanowiło istoty odrębnej od niej (separate entity)¹⁵. Orzeczenie to nadało kierunek późniejszej judykaturze i — choć pojawiały się kilkakrotnie głosy podnoszące konieczność modyfikacji poglądu zaprezentowanego w sprawie „*Dietrich*” — pozostało wiążącym preceden-

by. Zob. przypis 80 niniejszego opracowania.

¹² Zob. np. prace powołane w przypisie 6.

¹³ Zob. rozważania zawarte w punkcie 2 niniejszego artykułu.

¹⁴ Por. np. J. D. Gaines, *The Infant's Right of Action for Prenatal Injuries*, *Wisconsin Law Review* 1951, nr 3, s. 518; W. J. Maledon, *The Law*, s. 355; E. F. Collins, *An Overview*, s. 678; K. R. Osborne, *Torts*, s. 1652 - 1653. Co do deliktów omawianych w tym punkcie zob. też: M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność*, s. 86 - 88.

¹⁵ Zob. literatura podana w przypisie 17.

sem do roku 1946¹⁶. Sądy, opowiadając się za rozstrzygnięciem z 1884 roku, posługiwały się różnymi argumentami. Wskazywano na brak precedensu orzekającego inaczej, na niemożność ustalenia związku przyczynowego między zdarzeniem a szkodą, a także na niebezpieczeństwo pojawienia się fikcyjnych roszczeń¹⁷. Niektóre z tych argumentów traciły w miarę upływu czasu na znaczeniu (choćby wskutek postępu wiedzy medycznej i wynikającej z tego coraz pewniejszej metody ustalania przyczynowości), inne pozostały aktualne do teraz, lecz pojawiają się w odmiennym kontekście¹⁸. Wreszcie, w roku 1946, w sprawie *Bonbrest vs. Kotz* sąd odstąpił od poglądu z roku 1884, podnosząc — tak jak to uczynił już w roku 1900 sędzia Boggs w „*votum separatum*” do orzeczenia wspierającego linię „*Dietrich*” — że jeśli dziecko urodziło się żywe, winno mieć możliwość dochodzenia odszkodowania pod warunkiem, że w czasie, gdy doznało szkody, było płodem rozwiniętym w stopniu wystarczającym do samodzielnego życia poza organizmem matki („*viable child*”)¹⁹. Wkrótce — do roku 1967 — wszystkie sądy orzekające w sprawach „*prenatal torts*” podzieliły pogląd wyrażony w 1946 roku przez sąd z Waszyngtonu (D.C.)²⁰. Wśród argumentów znalazły się i takie, że w razie utrzymywania stanowiska sądu z 1884 roku dziecko musiałoby iść przez życie niosąc znamię czyjegoś niedbalstwa bez możliwości rekompensaty²¹. Równocześnie z upowszechnieniem się nowego precedensu pojawiła się w doktrynie i orzecznictwie linia wskazująca na konieczność dalej niż orzeczenie z 1946 roku idącej liberalizacji przesłanek roszczenia odszkodowawczego na rzecz dziecka. Podnoszono, iż kryterium „potencjalnej zdolności płodu do samodzielnego życia poza organizmem matki” jest mało precyzyjne²² oraz że płód stanowi odrębną istotę już od momentu poczęcia²³.

¹⁶ Por. np. J. D. Gaines, *The Infant's*, s. 518 i n. (obszerne wywody na temat historii „*prenatal torts*”). Zob. też E. F. Collins, *An Overview*, s. 678 - 679; W. J. Maledon, *The Law*, s. 355.

¹⁷ Zob. np. J. D. Gaines, *The Infant's*, s. 518 i n.; G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 213 - 214.

¹⁸ W sprawach typu „*wrongful life*” oraz „*wrongful death*” — patrz niżej.

¹⁹ Pojawienie się takiej zdolności lokuje się między 16 i 20 tygodniem ciąży, przy czym nie wyłącza istnienia takiej zdolności to, że dziecko — poza organizmem matki — utrzymywane byłoby przy życiu w sposób sztuczny, tj. przy pomocy aparatury medycznej. Zob. G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 217; *Black's Law Dictionary*, wyd. 5, St. Paul (Minnesota) 1979, s. 1404. Co do orzeczeń z 1900 i 1946 r. — zob. np.: E. F. Collins, *An Overview*, s. 680; J. D. Gaines, *The Infant's*, s. 525.

²⁰ P. A. King, *The Juridical*, s. 1660.

²¹ J. D. Gaines, *The Infant's*, s. 527.

²² Argument ten — jak się wydaje — zyskuje na znaczeniu zwłaszcza w świetle postępu wiedzy i techniki medycznej, umożliwiającego stałe obniżanie granicy „przeżywalności” wcześniaków w szpitalnych warunkach, tj. poza ustrojem matki. Zob. E. F. Collins, *An Overview*, s. 680; J. A. Parness, *Crimes*, s. 153, przypis 253.

²³ E. F. Collins, *A Overview*, s. 681; K. R. Osborne, *Torts*, s. 1655.

Wreszcie, w 1977 roku, jeden z sądów orzekł, że dziecko może podnieść roszczenie odszkodowawcze nawet wówczas, gdy zdarzenie wyrządzające szkodę miało miejsce przed początkiem ciąży, jeśli wykaże istnienie związku przyczynowego między tym zdarzeniem a późniejszą szkodą²⁴. Stan faktyczny w tamtej sprawie był dość interesujący. Otóż osiem lat przed urodzeniem się dziecka przeprowadzono wadliwie zabieg transfuzji krwi, przetaczając kobiecie krew grupy Rh+ zamiast Rh—. W konsekwencji urodzone w wiele lat później dziecko przyszło na świat z licznymi poważnymi wadami. Sąd uznał wówczas istnienie prawa dziecka do „przyjścia na świat w zdrowiu psychicznym i fizycznym” (a legal right of a child to be born with sound mind and body)²⁵ i ustalił odpowiedzialność lekarza (oraz szpitala) argumentując, że w czasie transfuzji można było rozsądnie przewidzieć, że kobieta w przyszłości wyjdzie za mąż i będzie miała dzieci²⁶. W ten sposób pojawił się czyn niedozwolony „preconception tort”, dwukrotnie jeszcze później stanowiący podstawę do zasądzenia odszkodowania — raz w przypadku wadliwie dokonanego cesarskiego cięcia przy pierwszym porodzie i wynikających stąd konsekwencjach dla drugiego dziecka przy kolejnym²⁷, zaś drugi raz w przypadku odpowiedzialności producenta środków antykoncepcyjnych, które wywołały zmiany w chromosomach matki i w rezultacie przyjsięcie na świat bliźniaków z chorobą Downa²⁸. Choć przedstawiciele doktryny przewidują, iż dalszy rozwój judykatury pójdzie w kierunku upowszechniania się roszczeń typu „preconception torts”²⁹, w chwili obecnej tylko trzy jurysdykcje dopuszczają możliwość zasądzenia odszkodowania na tej podstawie³⁰. Równocześnie w orzecznictwie rozwija się krytyka tego kierunku. Wskazuje się na trudności w ustalaniu związku przyczynowego, możliwości nadużywania praw, niebezpieczeństwo skonstruowania doktryny nieograniczonej odpowiedzialności lekarza, a także nieuchwytności treści „prawa dziecka do urodzenia się w zdrowiu fizycznym i psychicznym”³¹. Niemniej historia rozwoju deliktu „prenatal tort” wskazuje na coraz dalej idącą ochronę prawną dziecka przed zdarzeniami mogącymi mieć wpływ na jego rozwój w czasie ciąży i nie wydaje się, by wykształcone przez orzecznictwo roszczenie typu „preconception tort” nie przystawało do ogólnego kierunku ewolucji omawianej w tym punkcie instytucji.

²⁴ M. W. Shaw, *Conditional*, s. 92; E. F. Collins, *An Overview*, s. 682 - 684.

²⁵ G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 213.

²⁶ Ibidem, s. 223; M. W. Shaw, *Conditional*, s. 92. Zob. szerzej odnośnie do stanu faktycznego M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność*, s. 88.

²⁷ M. W. Shaw, *Conditional*, s. 92; J. (A. Parness, *Crimes*, s. 153.

²⁸ Ibidem.

²⁹ E. F. Collins, *An Overview*, s. 686; G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 228; nieco szerzej J. A. Parness, *Crimes*, s. 153.

³⁰ E. F. Collins, *An Overview*, s. 683; J. A. Parness, *Crimes*, s. 153.

³¹ Zob. np. E. F. Collins, *An Overview*, s. 682 - 684.

Podsumowując, w 1984 roku, spośród 36 jurysdykcji wypowiadających się na temat odpowiedzialności za czyny wpływające negatywnie na rozwój ciąży, w szesnastu dziecko, które przyszło na świat żywe, może uzyskać odszkodowanie, jeśli w chwili zaistnienia zdarzenia rodzącego odpowiedzialność ciąży zaawansowana była w stopniu umożliwiającym samodzielne (choć nie bez pomocy aparatury medycznej) trwanie życia poza ustrojem matki („viability”)³². Siedemnaście jurysdykcji dopuszcza możliwość zasądzenia odszkodowania z tytułu czynu niedozwolonego wy---dzonego w jakimkolwiek momencie ciąży, a trzy wymagają tylko ustalenia związku przyczynowego między zdarzeniem — choćby nawet miało miejsce przed początkiem ciąży — a późniejszymi wadami w rozwoju płodu i urodzonego w wyniku ciąży dziecka³³.

III. „WRONGFUL LIFE”

Kolejnym typem czynu niedozwolonego, uprawniającego dziecko do Wystąpienia z roszczeniem o odszkodowanie, jest delikt „wrongful life”. Generalnie rzecz ujmując, żądanie odszkodowania oparte jest tutaj na twierdzeniu, że wskutek czyjegoś zawinonego czynu doszło do urodzenia się dziecka, które nie powinno w ogóle przyjść na świat³⁴. W doktrynie amerykańskiej różnicę między deliktem „prenatal (preconception) tort” a „wrongful life” ujmuje się w ten sposób, że w pierwszym przypadku dochodzi do uszkodzenia ciała czy rozstroju zdrowia dziecka dopiero wskutek czyjegoś zawinonego działania mającego wpływ na przebieg ciąży (tj. bez niego dziecko urodziłoby się zdrowe), natomiast w drugim zawinione działanie nie jest przyczyną powstania ułomności fizycznych czy Psychicznych urodzonego później dziecka, a powoduje jedynie to, że rodzice podejmują decyzję o posiadaniu potomstwa — której nie podjęliby, gdyby mieli świadomość, że dziecko urodzi się z wadami, albo też nie podejmują decyzji o przerwaniu ciąży, co miałyby miejsce, gdyby nie za-inione działanie osoby trzeciej³⁵. Powyższa decyzja wskazywałaby na to, że roszczenie typu „wrongful life” pojawia się tylko w przypadku dziecka urodzonego z defektami fizycznymi lub umysłowymi. Istotnie, aktualny stan prawny uzasadnia takie twierdzenie. Proces kształtowania się omawianej w tym miejscu instytucji rozpoczął się jednak — w 1963 roku — od roszczeń zdrowych dzieci „z nieprawego łoża”, które „niegod-

³² Ibidem, s. 680 - 681 oraz tabela na s. 710 - 711.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, s. 700-701; M. W. Shaw, *Conditional*, s. 104; M. A. Trotzig, *The Defective*, s. 85. Co do deliktu omawianego w tym punkcie zob. też M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność*, s. 89 - 90; M. Safjan, *Odpowiedzialność*, s. 99 i n.

³⁵ M. W. Shaw, *Conditional*, s. 108.

ność" swego pochodzenia chciały naprawić zastrzykiem gotówki³⁶. Sądy we wszystkich tego typu sprawach odmawiały ochrony interesu powodów³⁷. Równie nieskuteczne były roszczenia podnoszone przez dzieci, zarówno zdrowe, jak i ułomne, będące „wynikiem” nieudanego zabiegu przerwania ciąży albo nieskutecznie przeprowadzonej sterylizacji³⁸. Wreszcie nie znalazły także uznania w oczach sądów roszczenia dzieci ułomnych, których rodzice nie przerwali ciąży, polegając na bezzasadnych zapewnieniach lekarzy co do nieistnienia zagrożeń dla płodu ze strony zdarzeń, które wystąpiły w trakcie rozwoju ciąży³⁹. W wyżej przedstawionych okolicznościach sądy posługiwały się różnego rodzaju argumentami, z których większość pojawiała się wcześniej w sprawach typu „prenatal, (preconception) torts” czy omawianych w kolejnym punkcie roszczeniach „wrongful birth”. W szczególności wskazywano na „świętość” życia ludzkiego⁴⁰ (argument nośny zwłaszcza w okresie poprzedzającym orzeczenie w sprawie *Roe vs. Wade*⁴¹, które doprowadziło do uchylecia albo zliberalizowania znacznej części amerykańskiego ustawodawstwa zakazującego przerywania ciąży), trudności w ocenie wysokości szkody (bo jakże porównać „istnienie” z „nieistnieniem” w kategoriach pieniężnych — mimo iż tego typu zabieg w czasie, gdy stosowano ten argument, przeprowadzano bez szczególnych trudności w sprawach o odszkodowanie z tytułu śmierci — zob. punkt 5 tego opracowania)⁴², wreszcie obawiano się nadużywać oraz nadmiernego wpływu spraw typu „wrongful life”, gdyby dopuścić możliwość odszkodowania z tego tytułu⁴³, a także nie chciano nadmiernie poszerzać odpowiedzialności lekarzy⁴⁴. W końcu, w roku 1980, pojawiło się orzeczenie zasądające na rzecz dziecka odszkodowanie na podstawie deliktu „wrongful life”, jednak sąd podkreślił w wyroku, że chodzi nie tyle o rekompensatę za to tylko, że dziecko żyje — choć nie powinno było przyjść na świat — lecz za to, że powołane zostało do życia nieszczęśliwego, życia naznaczonego piętnem poważnej i nieuleczalnej choroby wrodzonej⁴⁵. W kolejnych latach (do roku 1984) sądy amerykańskie jeszcze dwukrotnie zasądzały odszkodowanie z tytułu „wrongful life”. W jednym przypadku podstawą faktyczną żądania było

³⁶ Ibidem, s. 105; E. F. Collins, *An Overview*, s. 701.

³⁷ Ibidem, s. 701 oraz przypis 109.

³⁸ Ibidem, przypisy 110, 111.

³⁹ Choroba zakaźna matki w czasie ciąży. Należy zauważyć, że tego typu stan faktyczny uzasadnia zasądzenie na rzecz rodziców odszkodowania z tytułu deliktu „wrongful birth” — zob. pkt 4 niniejszego opracowania, a także E. F. Collins, *An Overview*, s. 701, przypis 113.

⁴⁰ Ibidem, s. 702 - 703; M. A. Trotzig, *The Defective*, s. 93.

⁴¹ Zob. literatura podana w przypisie 2.

⁴² E. F. Collins, *An Overview*, s. 702; M. W. Shaw, *Conditional*, s. 107.

⁴³ Ibidem, s. 109; M. A. Trotzig, *The Defective*, s. 95.

⁴⁴ E. F. Collins, *An Overview*, s. 702; M. A. Trotzig, *The Defective*, s. 95.

⁴⁵ E. F. Collins, *An Overview*, s. 703.

— tak jak w sprawie z 1980 roku — niewykrycie przed powstaniem ciąży niebezpieczeństwa urodzenia dziecka obciążonego genetycznie, a w drugim brak informacji ze strony lekarza co do szkodliwości medykamentów zażywanych przez matkę przed zajęciem w ciążę i w jej trakcie⁴⁶. We wszystkich sprawach zakończonych po myśli powoda sądy nie przyznały jednak odszkodowania w pełnej wysokości (general damages), tj. odpowiadającego wartości wszystkich kosztów utrzymania i wychowania dziecka, lecz zasądzały odszkodowanie, które wyrównywać miało różnicę między kosztami utrzymania i wychowania dziecka zdrowego i ułomnego (special damages)⁴⁷. Podsumowując, roszczenie z tytułu „wrongful life” nie przetarło sobie jeszcze w pełni drogi do sądów amerykańskich. Uznawane jest tylko w dwóch jurysdykcjach (Kalifornia, Washington)⁴⁸, a w innych napotyka na sprzeciwy, w których treści pobrzmiewają argumenty dawno już pokonane w sprawach opartych na innych typach powództw o odszkodowanie z tytułu szkody wyrządzonej przed urodzeniem się dziecka. Również doktryna jest nader ostrożna w ocenach kierunku dalszej ewolucji omawianej w tym punkcie instytucji⁴⁹. Sugeruje się jej wchłonięcie przez delikt „prenatal (preconception) tort”⁵⁰, przeważa jednak postawa wyczekiwania na kolejny krok ze strony organów sądowych lub reakcję ciał ustawodawczych⁵¹.

Kończąc rozważania na temat czynów niedozwolonych uprawniających dziecko do odszkodowania należy zatrzymać się przy jednej jeszcze kwestii. Mianowicie powstaje pytanie, czy dziecko może podnieść zarzut niedozwolonego działania przeciwko każdej osobie, czy też niektóre z nich korzystają z immunitetu chroniącego je przed odpowiedzialnością. Otóż przez długi czas — bo do roku 1950 — dzieci nie były uprawnione do obrony swych praw w drodze powództwa z tytułu czynów niedozwolonych skierowanego przeciwko rodzicom⁵². Doktryna „immunitetu wewnątrzrodzinnego” (intrafamilial immunity), sformułowana na podstawie trzech orzeczeń wydanych w końcu XIX i na początku XX wieku, wyłączała taką możliwość mimo nieraz bardzo drastycznych okoliczności faktycznych, jak choćby w sprawach, które skonstruowały omawianą tutaj koncepcję⁵³. W krótkim czasie większość sądów podzieliła pogląd zawarty we wspom-

⁴⁶ M. W. Shaw, *Conditional*, s. 106 - 107.

⁴⁷ E. F. Collins, *An Overview*, s. 704.

⁴⁸ M. W. Shaw, *Conditional*, s. 105 - 106.

⁴⁹ Zob. np. rozważania E. F. Collinsa, *An Overview*, s. 700 - 707.

⁵⁰ Ibidem, s. 707.

⁵¹ Zob. np. M. A. Trotzig, *The Defective*, s. 101.

⁵² M. W. Shaw, *Conditional*, s. 112.

⁵³ Pierwsza sprawa (1891) r. dotyczyła roszczenia córki o odszkodowanie od matki za złośliwe umieszczenie w szpitalu dla umysłowo chorych, druga (1903 r.) — o odszkodowanie od ojczyrna za okrutne i nieludzkie traktowanie, trzecia (1905 r.) — za gwałt na córce, za który zresztą ojciec skazany został przez sąd karny. Zob. M. W. Shaw, *Conditional*, s. 112.

nianych wyżej orzeczeniach, a doktryna „immunitetu” stosowana była powszechnie zarówno w przypadku deliktów wyrządzonych z winy umyślnej, jak i nieumyślnej⁵⁴. Jednakże po roku 1950 sądy zaczęły stopniowo odchodzić od coraz mniej popularnej doktryny i w chwili obecnej w pełni akceptują ją tylko 3 stany, 5 odrzuciło ją całkowicie, a pozostałe zachowały „immunitet” w ograniczonym zakresie i to z wieloma wyjątkami⁵⁵. Co do roszczeń omawianych dotąd w tym artykule (tj. „preconception torts”, „prenatal torts”, „wrongful life”), wskazuje się, że doktryna „wewnątrzrodzinnego immunitetu” chroni rodzica tylko w takim stopniu, w jakim jego działania można określić jako „rozsądne”⁵⁶, natomiast nie korzysta z ochrony rodzic, który wyrządził szkodę czynem niedozwolonym z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa (international and gross negligence torts)⁵⁷. Ponadto, wraz z pojawieniem się zakończonych po myśli powoda procesów opartych na delikcie „wrongful life”, legislatura stanu Kalifornia (tj. stanu, który pierwszy uznał roszczenie dziecka oparte na tej podstawie) wprowadziła klauzulę o nieodpowiedzialności rodziców wobec dziecka w sprawach tego typu, uchylając tym samym odmienny pogląd wyrażony przez sąd przy okazji rozpatrywania roszczenia dziecka przeciwko osobie trzeciej, winnej niewłaściwego przeprowadzenia testów genetycznych i wprowadzenia tym samym rodziców w błąd co do nieistnienia zagrożeń dla dziecka, które zamierzali w przyszłości wydać na świat⁵⁸.

IV. „WRONGFUL BIRTH”

Co nie udało się dzieciom, udało się rodzicom. Tak w skrócie scharakteryzować można obecny stan rozwoju kolejnego w niniejszych wywodach czynu niedozwolonego — „wrongful birth”. Przypomnę, że jest to roszczenie przysługujące rodzicom przeciwko osobie, która swoim działaniem „spowodowała” przyjście na świat „nie chcianego” dziecka⁵⁹. Analizowany obecnie czyn niedozwolony może w szczególności polegać albo na tym, że rodzice pozbawieni zostali możliwości zrezygnowania z poczęcia dziecka (np.: wskutek wadliwie przeprowadzonej sterylizacji, błędnego

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 225; J. A. Parness, *Crimes*, s. 154, przypis 256.

⁵⁷ M. W. Shaw, *Conditional*, s. 113.

⁵⁸ Ibidem, s. 95 - 96 oraz przypis 113.

⁵⁹ Por. E. F. Colins, *An Overview*, s. 690-691; M. W. Shaw, *Conditional*, s. 104; zob. też na temat deliktu omawianego w tym punkcie: M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność*, s. 38 - 90, oraz M. Safjan, *Odpowiedzialność*, s. 99 i n.

przepisania przez lekarza środków uspokajających zamiast antykoncepcyjnych czy bezzasadnych zapewnień lekarza co do braku zagrożeń o podłożu genetycznym dla planowanej ciąży⁶⁰), albo że pozbawieni zostali możliwości przerwania ciąży (np.: wadliwie przeprowadzona aborcja czy bezzasadne zapewnienia lekarza co do braku zagrożeń dla istniejącej już ciąży)⁶¹. Są to więc podstawy, które w większości nie zostały przez sądy uznane za wystarczające dla zasądzenia odszkodowania dla dziecka z tytułu deliktu „wrongful life”⁶². Tymczasem powództwa rodziców wskazujące na istnienie powyższych okoliczności faktycznych zyskały ochronę oraz doprowadziły do wykształcenia przez orzecznictwo deliktu „wrongful birth” (uznawanego w chwili obecnej w 16 jurysdykcjach⁶³). Nie od razu jednak i nie bez oporów. Tak jak delikt „wrongful life”, omawiany obecnie typ czynu niedozwolonego ma stosunkowo krótki rodowód. Jego początki sięgają roku 1967⁶⁴, a większy napływ spraw tego rodzaju sądy zarejestrowały dopiero po roku 1973, w szczególności po pojawieniu się powoływanego już wcześniej orzeczenia w sprawie *Roe vs. Wade*⁶⁵. Przed rokiem 1973 judykatura niezbyt chętnym okiem patrzyła na powództwa oparte na zarzucie, iż skutek pozbawienia możliwości wyboru co do poczęcia lub urodzenia dziecka naruszone zostało prawo osobiste rodziców do decydowania o własnej prokreacji⁶⁶. Najczęściej występującymi argumentami w orzeczeniach sądowych były twierdzenia, iż życie dziecka jest wartością najwyższą, że korzyści z faktu posiadania potomstwa przenoszą straty, wreszcie że trudno ustalić wysokość szkody⁶⁷. Natomiast skutek upowszechnienia się poglądu wyrażonego w sprawie *Roe vs. Wade*, iż matka ma wolność decydowania o losie swej ciąży — zwłaszcza w pierwszym trymestrze jej trwania — argument o istnieniu prawa do nieskrępowanego sterowania własną prokreacją zyskał na znaczeniu. Coraz częściej też w wypowiedziach sądów zauważyć można było opinie, iż „nie planowane” dziecko może faktycznie być źródłem uciążliwości, zarówno ekonomicznych, jak i psychicznych — zwłaszcza jeśli przyszło na świat z wadami wrodzonymi⁶⁸. W końcu więc ustalił się pogląd o dopuszczalności zasądzenia odszkodowania na podstawie deliktu „wrongful birth”, zarówno wówczas, gdy „nie planowane” dziecko urodziło się z wadami,

⁶⁰ E. F. Collins, *An Overview*, s. 693 - 694.

⁶¹ Ibidem; W. J. Maledon, *The Law*, s. 361.

⁶² Zob. wywody poprzedniego punktu, zwłaszcza tekst opatrzone przypisami 38 i 39.

⁶³ M. Safjan, *Odpowiedzialność*, s. 105.

⁶⁴ E. F. Collins, *An Overview*, s. 692.

⁶⁵ Zob. przypis 2.

⁶⁶ E. F. Collins, *An Overview*, s. 691 - 692; M. W. Shaw, *Conditional*, s. 104 - 105

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ E. F. Collins, *An Overview*, s. 692 - 693.

jak i wtedy, gdy było zdrowe i normalne. W tej ostatniej jednak sytuacji powództwa rodziców napotykały i napotykają do dziś na większe opory ze strony judykatury⁶⁹.

Na koniec kilka uwag o sposobie ustalania wysokości odszkodowania w sprawach typu „wrongful birth”. Obecnie stosowane są cztery metody, przy czym jedna — w opinii doktryny — tracić będzie stopniowo na znaczeniu⁷⁰. Rozpoczynając od tegoż właśnie rozwiązania, polega ono na zasądzeniu „pełnego odszkodowania” (full recovery, general damages) obejmującego zarówno koszty ciąży⁷¹, koszty okołoporodowe⁷², jak i koszty późniejszego wychowania i wykształcenia dziecka. W praktyce więc wszystkie lub prawie wszystkie koszty wynikające z pojawienia się dziecka na świecie zostają „przerzucone” z rodziców na pozwanego⁷³. Natomiast pozostałe metody charakteryzują się tym, że każda z nich — choć różnymi drogami — zdąża do wynalezienia sposobu ograniczenia wysokości odszkodowania do kwoty obejmującej koszty ciąży⁷⁴ i koszty okołoporodowe⁷⁵ oraz — w przypadku dziecka obarczonego wadami wrodzonymi — koszty wynikające ze szczególnych potrzeb takiego dziecka⁷⁶. Metody miarkowania odszkodowania są różne. Wskazuje się względy społeczne (public policy considerations), podkreślając wartość życia ludzkiego oraz obowiązki moralne spoczywające na rodzicach, zestawia się „koszty” pojawienia się dziecka na świecie z „korzyściami”, które z faktu jego istnienia przypadną w udziale rodzicom, czy wreszcie stosuje się reguły wypracowane w kolejnych orzeczeniach (case-by-case method), dopuszczające zasądzenie kwot obejmujących takie, lecz nie inne koszty, reguły wsparte autorytetem precedensu⁷⁷. Bez względu jednak na to, która z tych metod zyska przewagę, doktryna stoi na stanowisku, że w przyszłości regułą będzie zasądzanie odszkodowania w wysokości odpowiadającej kosztom ciąży, w tym zabiegów podejmowanych w celu jej zapobieżenia lub przerwania, kosztom okołoporodowym oraz kosztom wynikającym z konieczności zaspokojenia zwiększonych lub szczególnych potrzeb ułomnego fizycznie lub psychicznie dziecka⁷⁸.

⁶⁹ M. W. Shaw, *Conditional*, s. 105.

⁷⁰ E. F. Collins, *An Overview*, s. 699 - 700.

⁷¹ Koszty ciąży mogą obejmować też straty wynikające z konieczności zaprzestania przez ciężarną matkę wykonywania pracy zawodowej. Por. M. W. Shaw, *Conditional*, s. 105.

⁷² W tym kwotę z tytułu zadośćuczynienia za doznany ból przy porodzie; por. M. W. Shaw, *Conditional*, s. 105.

⁷³ E. F. Collins, *An Overview*, s. 699-700.

⁷⁴ Zob. przypis 71.

⁷⁵ Zob. przypis 72.

⁷⁶ E. F. Collins, *An Overview*, s. 695 - 700; M. W. Shaw, *Conditional*, s. 105

⁷⁷ E. F. Collins, *An Overview*, s. 695 - 700.

⁷⁸ Ibidem, s. 700.

V. „WRONGFUL DEATH”

Jeśli wynikiem uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia jest śmierć poszkodowanego, wszystkie systemy prawne USA⁷⁹ przewidują możliwość dochodzenia przez określone osoby — najczęściej małżonka, wstępnych i zstępnych⁸⁰ — odszkodowania od sprawcy. W doktrynie amerykańskiej ujmuje się stan faktyczny obejmujący spowodowanie w sposób zawiniony śmierci w ramy niezależnego od innych deliktów czynu niedozwolonego i określa się go mianem „wrongful death”⁸¹. Jest to delikt skonstruowany przez ustawodawstwo, które w tym przypadku wypełniło „lukę” (aksjologiczną) istniejącą pod rządami prawa sądowego. Począwszy bowiem od 1808 roku prawo angielskie — a za nim amerykańskie — stało na stanowisku, że śmierć człowieka nie może być podstawą skargi odszkodowawczej⁸². Pogląd ten spotkał się z żywą krytyką; wskazywano, że w konsekwencji orzeczenia z 1808 roku prawo cywilne łagodniej obchodzi się ze sprawcą, który pozbawił życia swą ofiarę, niż z tym, który ją tylko okaleczył, skoro ten drugi zobowiązany będzie zapłacić odszkodowanie, a pierwszy — nie⁸³. Inicjatywę więc przejęły ciała ustawodawcze i w 1846 roku parlament angielski uchwalił ustawę *Lord Campbell's Act*, która później stała się wzorem dla amerykańskich ustaw regulujących odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu spowodowania śmierci czynem niedozwolonym⁸⁴. Ale dziewiętnastowieczne legislatury nie mogły przewidzieć — ku utrapieniu nam współczesnych — że w krótkim stosunkowo czasie roszczenia odszkodowawcze podnosić będą rodzice nie narodzonych jeszcze dzieci⁸⁵. Innymi słowy, brak w tekstach tych aktów prawnych definicji pojęcia „osoby”, w szczególności zaś nie ma wzmianek o tym, czy za „osobę” uznać można także płód w łonie matki. Ponadto, jeśli nawet w wyniku zabiegów interpretacyjnych uzyskano by odpowiedź twierdzącą na powyższe pytanie, pojawia się kolejne, mianowicie czy stopień zaawansowania ciąży w chwili zaistnienia czynu niedozwolonego wywołującego śmierć płodu ma znaczenie dla powstania odpowiedzialności z tytułu „wrongful de-

⁷⁹ K. R. Osborne, *Torts*, 1658.

⁸⁰ Także przez inne osoby, w tym np. wykonawcę testamentu czy zarządcę spadku — ustawy poszczególnych stanów różnie określają krąg uprawnionych; zob. K. R. Osborne, *Torts*, s. 1649 przypis 3, 1656 -1657.

⁸¹ Zob. *Black's Law Dictionary*, s. 1446. Co do tego typu deliktu zob. M. Nestorowicz, *Odpowiedzialność*, s. 90-91.

⁸² Zob. K. R. Osborne, *Torts*, s. 1656 -1657 i przytoczoną tam wypowiedź Lorda Ellenborough w sprawie *Barker vs. Bolton* z 1808 r.: „in a civil court, the death of a human being could not be complained of as an injury”.

⁸³ Por. E. F. Collins, *An Overview*, s. 687; K. R. Osborne, *Torts*, s. 1679.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Por. K. R. Osborne, *Torts*, s. 1669 -1670.

ath"? Są to więc pytania podobne do tych, na które odpowiadało orzecznictwo w sprawach dotyczących deliktów „prenatal torts”⁸⁶. Podobny też był kierunek ewolucji poglądów w tych kwestiach, choć rezultaty są nieco inne dla deliktu „prenatal tort” i inne dla „wrongful death”. Ewolucja ta rozpoczęła się w 1949 roku, kiedy to pojawiło się pierwsze orzeczenie uznające za „osobę” w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności z tytułu „wrongful death” martwo urodzony płód, który jednak w momencie wyrządzenia szkody był rozwinięty w stopniu umożliwiającym jego przetrwanie poza organizmem matki („viable fetus”)⁸⁷. Kryterium „potencjalnej zdolności płodu do samodzielnego życia” w chwili dokonywania przez sprawcę czynu niedozwolonego stanowi do dzisiaj podstawowy — choć nie jedyny (zob. niżej) — element oceny możliwości uznania martwo urodzonego płodu za „osobę” w sprawach typu „wrongful death”⁸⁸. Przypomnijmy, że w przypadku deliktów „prenatal torts” linię demarkacyjną decydującą o powstaniu odpowiedzialności wyznacza w większości jurysdykcji moment poczęcia⁸⁹. Ponadto wiele jurysdykcji nie przychyliło się do poglądu zaprezentowanego w orzeczeniu z 1949 roku i nadal uznaje za „osobę” tylko takie dziecko, które przyszło na świat żywe⁹⁰, a przy tym wymaga się, by zdarzenie wywołujące później śmierć dziecka wystąpiło w czasie, gdy płód był „potencjalnie zdolny do życia poza organizmem matki”⁹¹. Nie pojawiły się wszakże orzeczenia, które — tak jak to było w przypadku „preconception torts” — wiązałyby odpowiedzialność z tytułu „wrongful death” ze zdarzeniami mającymi miejsce przed początkiem ciąży, a wywołującymi skutki w czasie jej trwania (śmierć płodu) albo po urodzeniu się dziecka (tj. późniejsza śmierć żywo urodzonego dziecka w konsekwencji takich zdarzeń). Podsumowując, aktualnie 29 jurysdykcji interpretuje termin „osoba” jako odnoszący się również do martwo urodzonego płodu, z czego 25 wymaga ponadto, by działanie powodujące śmierć miało miejsce po osiągnięciu przez płód „potencjalnej zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki”; pozostałe 4 warunkują takiego nie formułując — wystarczy, jeśli zdarzenie wywołujące szkodę wystąpi w jakimkolwiek czasie po zapłodnieniu⁹². Dalej — 12 jurysdykcji nadal nie uznaje za „osobę” w

⁸⁶ Zob. pkt 2 niniejszej pracy.

⁸⁷ K. R. Osborne, *Torts*, s. 1059; E. F. Collins, *An Overview*, s. 688.

⁸⁸ Por. K. R. Osborne, *Torts*, s. 1649 - 1650; E. F. Collins, *An Overview*, s. 687 - 688 oraz tabela na s. 710-711; G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 213; J. A. Parness, *Crimes*, s. 151 - 152; W. J. Maledon, *The Law*, s. 358 - 359.

⁸⁹ Zob. rozważania zawarte w punkcie 2.

⁹⁰ Por. K. R. Osborne, *Torts*, s. 1650; E. F. Collins, *An Overview*, s. 687 - 689 oraz tabela na s. 710-711; G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 216.

⁹¹ Zob. K. R. Osborne, *Torts*, s. 1666.

⁹² Ibidem, s. 1649 - 1650; zob. też E. F. Collins, *An Overview*, s. 687 - 689 oraz tabela na s. 710-711.

rozumieniu swych ustaw o odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu „wrongful death” martwo urodzonego płodu; niezbędny jest więc żywy poród oraz pojawienie się czynnika doprowadzającego do śmierci w okresie między momentem uzyskania przez płód „potencjalnej zdolności do życia poza organizmem matki” a porodem⁹³. Wreszcie — 10 jurysdykcji nie wypowiedziało się dotąd w kwestii będącej przedmiotem niniejszych rozważań⁹⁴.

Powyższe zestawienie uwidacznia przewagę „potencjalnej zdolności płodu do samodzielnego życia” w chwili zaistnienia zdarzenia powodującego śmierć — jako kryterium wyznaczającego treść pojęcia „osoby” w odniesieniu do płodu w rozumieniu ustaw regulujących problematykę deliktu „wrongful death”. Powtórzmy, że w przypadku „prenatal torts” kryterium to — jako określające jedną z przesłanek powstania odpowiedzialności sprawcy powodującego uszkodzenie ciała czy rozstrój zdrowia urodzonego później dziecka — ustępuje obecnie kryterium „poczęcia”. Rzecz jasna jednak, w przypadku „prenatal torts”, dziecko przychodząc na świat żywe daje „dowód” swego niezależnego od innych istnienia; w przypadku śmierci płodu przed porodem „dowodem” istnienia odrębnej „osoby” ma być jej potencjalna zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki w momencie wyrządzenia szkody. Tak mniej więcej uzasadnia się w orzecznictwie uznającym za „osobę” martwo urodzony płód, lecz nie wymagającym „żywego porodu” konieczność zachowania kryterium „potencjalnej zdolności płodu do samodzielnego życia”, choć tłumaczenie to spotyka się z krytyką, która — tak jak w przypadku „prenatal torts” — wskazuje, iż „odrębna istota” pojawia się nie w okolicach 16-20 tygodnia ciąży, lecz w chwili poczęcia⁹⁵. Przedmiotem krytyki jest także podtrzymywany przez niektóre jurysdykcje wymóg „żywego porodu” dla uznania istnienia „osoby” w rozumieniu przepisów regulujących odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu „wrongful death”⁹⁶. Wskazuje się, że argumenty, które sądy stosują dla obrony swych poglądów — takie jak literalne brzmienie ustaw (nie zawierających wzmianki o dziecku „nie narodzonym”) czy powoływanie się na „intencje ustawodawcy” — są chybione z tego przede wszystkim względu, że ustawy te pochodzą z czasów, gdy o prawach płodu takich, jak omawiane w niniejszym opracowaniu nie było i nie mogło być mowy⁹⁷. Wreszcie — tak

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Zob. E. F. Collins, *An Overview*, s. 689-690; K. R. Osborne, *Torts*, s. 1662 i n. oraz rozważania w punkcie 2 omawiające inne argumenty powołane przeciwko kryterium „potencjalnej zdolności płodu do samodzielnej egzystencji poza organizmem matki”.

⁹⁶ Zob. K. R. Osborne, *Torts*, s. 1678-1682; E. F. Collins, *An Overview*, s. 689 - 690; W. J. Maledon, *The Law*, s. 360.

⁹⁷ K. R. Osborne, *Torts*, s. 1651, 1669-1670.

w doktrynie, jak i w orzecznictwie odmiennie zapatrującym się na wymóg „żywego porodu” — parafrazuje się argument powoływany przeciwko orzeczeniu z 1808 roku — że sprawca, który uśmiercił płód przed porodem wyjdzie z sądu „z czystym kontem”, gdy ten, który spowodował tylko uszkodzenie płodu i dziecko urodziło się później z wadami — będzie zobowiązany do płacenia odszkodowania z tytułu „prenatal tort”⁹⁸. Wyraża się jednak przekonanie, że dalszy rozwój prawa sądowego i statutowego w kierunku wyznaczonym przez kolejne orzeczenia wprowadzające nowe elementy do tradycyjnych konstrukcji prawa odszkodowawczego jest tylko kwestią czasu⁹⁹.

Na koniec kilka uwag o zakresie odszkodowania. Większość stanów dopuszcza zasądzenie odszkodowania, które rekompensować miałyby straty majątkowe¹⁰⁰. W takiej sytuacji zwykłe objęte kwotą odszkodowania będą koszty opieki medycznej, pogrzebu — ale także wartość wsparcia, które dziecko mogłoby świadczyć, gdyby przeżyło (the value of prospective services and assistance)¹⁰¹. Ta ostatnia kwestia nie jest jednak tak samo rozstrzygana we wszystkich ustawodawstwach; niektóre uznają tego typu straty za zbyt spekulatywne i odmawiają zasądzenia odszkodowania obejmującego wyżej wskazany element¹⁰². Natomiast ustawodawstwa dopuszczające uwzględnienie w kwocie oszkodowania strat niemajątkowych zezwalają także na pieniężne zadośćuczynienie za cierpienia psychiczne związane ze śmiercią dziecka, a także za utratę przyszłego towarzystwa dziecka (loss of society and companionship)¹⁰³. Wreszcie niektóre ustawodawstwa — zarówno te, które ograniczają odszkodowanie do strat materialnych, jak i te, które tego wymogu nie formułują — przewidują różnego rodzaju kwotowe ograniczenia wysokości świadczenia należnego z tytułu spowodowania śmierci czynem niedozwolonym „wrongful death”¹⁰⁴.

„NASCITURUS” IN THE LAW OF TORTS OF THE USA

S u m m a r y

The article presents recent developments in the tort law concerning the protection of the interests of the unborn and/or the parents of the unborn and attempts to reconstruct basic notions and definitions appearing in the court decisions

⁹⁸ Ibidem, s. 1668; G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 218-219.

⁹⁹ Zob. np. E. F. Collins, *An Overview*, s. 689 - 690.

¹⁰⁰ K. R. Osborne, *Torts*, s. 1675.

¹⁰¹ Ibidem, s. 1676 -1678; G. Groichman, H. L. Hirsch, *The Expanding*, s. 218 -220.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Np. do 25 tys. dol. w stanie Kansas czy 10 tys. dol. w stanie West Virginia; K. R. Osborne, *Torts*, s. 1658, przypis 76.

and legal writings dealing with the said branch of tort law. Five types of delicts have been described: preconception torts, prenatal torts, wrongful life, wrongful birth and wrongful death. Included are the remarks on the origin and evolution of each of the delicts as well as on their enforcement in the judicial decisions throughout the fifty states.