

Chełm, 10 sierpnia 2021 r.

Dr hab. Magdalena Olczyk, prof. ALK

Katedra Prawa Cywilnego

Akademia Leona Koźmińskiego

Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Magdaleny Sobas pt: Odpowiedzialność cywilnoprawna za szkody doznane przed urodzeniem, napisanej pod kierunkiem dr. hab. M. Frasa, prof. UŚ, ss. 491

I. Podstawa prawna recenzji

Niniejsza recenzja powstała w związku z powołaniem mnie uchwałą Nr 22/2021 Rady Naukowej Instytutu Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach z dnia 27 kwietnia 2021 r. do pełnienia funkcji recenzenta w postępowaniu o nadanie stopnia naukowego doktora p. mgr Magdaleny Sobas.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz.U. z 2017 r., poz. 1789) w związku z art. 179 ust. 2 ustawy z dnia 3 lipca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2018 r., poz. 1669), recenzent ocenia, czy rozprawa doktorska stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego oraz wykazuje ogólną wiedzę teoretyczną kandydata w danej dyscyplinie naukowej oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej.

Z perspektywy tych właśnie kryteriów zostanie oceniona rozprawa doktorska przedstawiona przez mgr Magdalenę Sobas.

II. Temat, cel i metodologia pracy

Już na samym wstępie docenić należy odważny wybór tematu przez Autorkę. Jest to bowiem temat, który wobec wciąż dokonującego się rozwoju medycyny i nauk pokrewnych, stanowi zwłaszcza dla prawników praktyków niezwykle wyzwanie nie tylko, gdy chodzi o teoretycznoprawną stronę roszczeń odszkodowawczych związanych ze zdarzeniami mającymi miejsce przed narodzeniem się dziecka, ale także gdy chodzi o aksjologię przyjmowanych tu rozwiązań.

Jeżeli wziąć pod uwagę dotychczasowe opracowania odnoszące się do tego lub podobnych tematów, to żadne z wymienionych przez Autorkę opracowań (zwłaszcza monograficznych autorstwa T. Justyńskiego, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003 oraz J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010) rzeczywiście (jak słusznie zauważa) nie odnosi się w tak kompleksowy sposób do zagadnienia będącego przedmiotem Jej zainteresowania. Tym samym wybór tematu pracy oceniam jako trafny i wypełniający istniejącą w tym obszarze lukę na rynku prawniczych pozycji.

Temat pracy, jak zauważa sama Autorka, obejmuje kwestie związane odpowiedzialnością za szkody doznane przed urodzeniem i odnosi się nie tylko do okresu od momentu implementacji zarodka w macicy do dnia porodu, „ale obejmuje swoim zakresem szersze kryterium intertemporalne”. Choć w tym miejscu Doktorantka wprost o tym nie pisze, lektura dysertacji dowodzi, że owymi szkodami doznany przed urodzeniem Autorka obejmuje także następstwa zdarzeń mogących mieć miejsce w okresie preimplantacyjnym (a więc na etapie powstania embrionu czy pobranych gamet). Analiza licznych orzeczeń i problemów pojawiających się na tym etapie potwierdza słuszność przyjętego założenia.

W odniesieniu do metodologii, stwierdzić należy, że w pracy dominuje metoda formalno-dogmatyczna, metoda komparatystyczna z elementami metody historycznoprawnej. Jest to uzasadnione analizą przepisów, wypowiedzi doktrynalnych, które Autorka prezentuje w odniesieniu także do obcych systemów prawnych. Natomiast właściwie każdy z analizowanych problemów ilustrowany jest szeregiem orzeczeń sądowych. Jest to szczególnie cenne, zwłaszcza tam, gdzie zarysowane problemy dotyczą nowych rozwiązań biotechnologicznych, nowych metod związanych ze wspomaganie prokreacji, a które w Polsce nie doczekały się jeszcze albo regulacji, albo wypowiedzi judykatury. Jako przykład można wskazać na fragmenty dotyczące genetycznej diagnostyki preimplantacyjnej czy

zagadnienia związane z roszczeniami *wrongful conception*, *wrongful birth* oraz *wrongful life*. Uwagi prawnoporównawcze nie zamykają się jedynie w rozwiązaniach prawnych poszczególnych państw, ale także odnoszą się do źródeł prawa międzynarodowego (Konwencja o Ochronie Praw Człowiek i Podstawowych Wolności z 1950 r. oraz Konwencja o ochronie Praw Człowieka Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny z 1996 r.), stanowiących wobec poruszanych przez Autorkę kwestii podstawowych praw człowieka, niezwykle ważne punkty w jej analizie.

Za cel pracy Autorka postawiła sobie próbę udzielenia odpowiedzi na pytania (zresztą wyliczone skrupulatnie), które w Jej zamierzeniu stanowić mają podstawę dla sformułowanych na końcu pracy konkluzji oraz jak pisze, „podstawowych problemów prawnych, związanych z możliwością przypisania określonemu podmiotowi odpowiedzialności za szkody doznane przed urodzeniem”. W mojej ocenie, cel pracy można było sformułować w sposób generalny, przez postawienie pytania, czy tezy, która następnie w pracy poddana zostaje weryfikacji i wokół której w głównej mierze budowane są rozważania. Z początku zabieg ten wydaje się zbyteczny, jednak wielość i szczegółowość poruszanych w treści pracy zagadnień, powoduje, że znajdujące się na końcu pracy wnioski, stanowią przejrzyste podsumowanie wcześniejszych rozważań. Tym samym uzasadnia przyjęty przez Doktorantkę sposób prezentacji celu pracy.

III. Układ pracy

Układ pracy jest właściwy, a przyjęta kolejność rozdziałów we właściwy sposób realizuje określone cele pracy.

Rozprawa składa się z sześciu rozdziałów merytorycznych, z których każdy zawiera krótkie podsumowanie wcześniej przeprowadzonych rozważań, co ułatwia zapamiętanie poszczególnych tez i porządkuje wiadomości i informacje z analizowanego zakresu.

Pracę kończy rozdział siódmy zawierający wnioski Autorki i szczegółowe odpowiedzi na postawione na wstępie pytania. Powtórzę, że zważywszy na szczegółowość i wielowątkowość przeprowadzonych rozważań, zbudowanie zakończenia pracy w oparciu o sześć głównych tez i zgrupowane wokół nich najważniejsze wnioski, było dobrym pomysłem Autorki.

Poszczególne rozdziały przedstawiają we właściwej kolejności problematykę odpowiedzialności za szkody doznane przed urodzeniem rozpoczynając od kwestii

najbardziej podstawowych jak pojęcie, status i prawa *nasciturusa* przez elementy mające rudymen tarne znaczenie dla powstania i przypisania konkretnym podmiotom odpowiedzialności za szkodę, aż po analizę wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r.¹ i jego wpływu na zakres tej odpowiedzialności.

Moje wątpliwości dotyczą jednak układu rozdziału III dotyczącego jednej z przesłanek odpowiedzialności cywilnoprawnej tj. związku przyczynowo - skutkowego. Umieszcza tu Autorka, na co zresztą sama wskazuje, dwa elementy decydujące o przypisaniu podmiotowi odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę (wina i bezprawność). Mimo tego, że dostrzega ten fakt i na dodatek wskazuje, że według dominującego poglądu elementy te stanowią odrębne od związku przyczynowo skutkowego składniki konieczne do przypisania odpowiedzialności, nie wyjaśnia dlaczego to miejsce, a nie na przykład bardziej pasujący rozdział IV. przeznaczyła na ich analizę. O tym, że rozdział IV byłby w tym wypadku lepszym rozwiązaniem, przekonują także rozważania samej Doktorantki, która właśnie w tym rozdziale np. na s. 256 odwołuje się do pojęcia bezprawności i winy w przypadku odpowiedzialności cywilnej, a następnie analizuje z tego punktu widzenia zdarzenia związane z diagnostyką prenatalną i opieką okołoporodową. Pisz e tam o winie organizacyjnej, o błędach diagnostycznych i leczniczych – z perspektywy staranności wymaganej od lekarzy i personelu medycznego. W mojej ocenie w tym fragmencie rozbija nieco do tej pory logicznie zarysowany układ rozważań.

IV. Strona warsztatowa

W odniesieniu do strony warsztatowej zmuszona jestem przedstawić kilka spostrzeżeń. W przekazanej mi wersji pracy, z niezrozumiałych powodów, Autorka po znaku interpunkcyjnym kropki zaczyna (niedociągnięciu to widoczne jest niemal w prawie całej pracy), nowe zdania małą literą. Można się do tego przyzwyczaić, jednak zabieg ten (chyba jednak niecelowy, a wynikający z pośpiechu lub błędu edytorskiego?) rozprasza koncentrację czytelnika.

Ponadto w pracy znajdują się błędy literówkowe, stylistyczne, a czasami nawet ortograficzne.

W niektórych przypisach pojawiają się błędnie wskazane dane publikacyjne; czasem w tekście można natknąć się na pewne niedomówienia jak np. w zdaniu, z którego może

¹ K 1/20, OTK-A 2021/1, dalej jako wyrok TK z 22.20.2020

wynikać, że koncepcja winy anonimowej jest tworem ustawodawcy, a nie orzecznictwa i doktryny s. 153-154. Czasami też opisy niektórych ze stanów faktycznych nie do końca są przejrzyste (np. w prezentowanym orzeczeniu ilustrującym *wrongful conception* w sprawie Allen przeciwko Bloomsbury Health Authority, w którym to, jak pisze Doktorantka, powódka poddała się zabiegowi sterylizacji, podczas którego lekarz rozpoznał ciążę, na której terminację było już za późno. Dlatego kobieta urodziła zdrową dziewczynkę. Nie wiadomo o czyją winę i jakie zdarzenie sprawcze chodzi, s. 327-328)

W bibliografii wykazane wyroki sądowe są wypisane niechronologicznie.

Pomimo tego, jednoznacznie należy stwierdzić, że Doktorantka sprawnie posługuje się terminologią i pojęciami z obszaru prawa cywilnego, w tym odpowiedzialności odszkodowawczej, a zakres powoływanych przez nią orzeczeń i wypowiedzi doktrynalnych (zwłaszcza zagranicznych) niezbitnie świadczy o Jej ogromnej wiedzy w tym zakresie.

V. Ocena treści pracy

Należy podkreślić z całą stanowczością, że Autorka zgromadziła ogromną ilość wyroków sądowych (nie tylko polskich sądów), skorzystała z bardzo dużej ilości wypowiedzi doktrynalnych, co każe jednoznacznie pozytywnie ocenić jej pracę. Z treści pracy wynika, co chciałabym bardzo podkreślić, bardzo duża wiedza Doktorantki i znajomość prezentowanych przez Nią zagadnień. Umiejętność prezentowania własnego stanowiska, krytyczne i odważne nieraz podejście do analizowanych kwestii, przekonuje o samodzielności myślenia i umiejętności tworzenia własnej argumentacji.

Czasami jednak proponowane przez Autorkę rozwiązania, które wypracowane zostały np. w systemach *common law*, w prosty sposób przenosi ona na grunt prawa polskiego, nie dostrzegając, że w systemie polskim istnieją pewne podobne bądź niezwykle zbliżone instytucje pozwalające na realizację roszczeń określonego typu. Przykładem może być proponowane przez Autorkę rozwiązanie sięgające do roszczenia znanego na granicy prawa angielskiego tzw. *loss of expectation of life*. Opisany przez Doktorantkę (s. 117) sens i zakres tego roszczenia niezwykle przypomina aktualny spór o roszczenia przysługujące z tytułu naruszenia więzi rodzinnych w razie wystąpienia trwałego i poważnego uszczerbku poszkodowanego.

W pracy znajduje się kilka wątków, które zwróciły moją uwagę i które pokrótce chciałabym omówić, chronologicznie odnosząc się także do treści prezentowanej w poszczególnych rozdziałach.

W rozdziale I. Doktorantkę interesują pojęcia ogólne, które stara się zdefiniować i uporządkować stosowaną w tym obszarze terminologię. Szczególne miejsce, poświęca *nasciturusowi*, jego statusowi prawnemu, co jest konieczne dla ustalenia podmiotowego zakresu przesłanek odpowiedzialności cywilnej. Autorka różnicuje tu i wyjaśnia, że pojęcia zarodek, embriion, płód są używane głównie w aktach prawnych z obszaru prawa medycznego, podczas gdy jeśli chodzi o prawo cywilne i ochronę życia i jego interesów, najczęściej spotykane to dziecko poczęte lecz jeszcze nienarodzone; dziecko już poczęte. Stąd w pracy używa pojęcia *nasciturus* w rozumieniu dziecka poczętego.

Doktorantka analizuje również rozwiązanie przyjęte na gruncie art. 8 K.c. (także w aspekcie historycznym) oraz pojęcie zdolności prawnej warunkowej w aspekcie art. 446¹ K.c., który jej zdaniem stanowi potwierdzenie faktu, że *nasciturus* pod względem prawnym nie stanowi integralnej części ciała matki na etapie rozwoju prenatalnego. a po urodzeniu zyskuje legitymację do występowania z roszczeniami przeciwko podmiotowi, który wyrządził mu szkodę. Słuszna obrona koncepcji warunkowej zdolności *nasciturusa*, która pozwala chronić jego prawa także majątkowe przed urodzeniem.

Nie do końca jasne są dla mnie pewne stwierdzenia zawarte w tym podrozdziale, jak np. to na s. 39- „Każda sytuacja naruszenia dóbr *nasciturusa* powinna być rozstrzygana indywidualnie, biorąc pod uwagę chociażby art. 5 k.c., a jej ocena powinna prowadzić do wskazania, czy jego prawa zostały naruszone”. Autorka nie wyjaśnia jaką rolę w tego typu sprawach odgrywać ma art. 5 K.c.

W omawianym rozdziale znajdują się także rozważania odnoszące się do statusu gamet, które zdaniem Doktorantki z uwagi na cechę kreacyjną (powstanie nowego życia), nie powinny być traktowane tak samo jak inne części ciała, a zatem dawca nie może dysponować w stosunku do nich prawem własności. Na uwagę zasługują powołane przez Doktorantkę jako ilustracja statusu prawnego gamet i powstających stąd problemów, orzeczenia z praktyki amerykańskiej czy niemieckiej wskazujące na różne podejście w tych systemach do tegoż zagadnienia. Przekonują one do trafności koncepcji Doktorantki.

Podobnie ciekawe rozważania dotyczą embriionu i jego statusu. Tu z kolei nie do końca jest dla mnie jasne, czy pojęcie embriionu ludzkiego, któremu przypisywana jest już cecha

godności, odnosi do zapłodnionej komórki jajowej czy też jeszcze szerzej-niezapłodnionej, pobudzonej drogą partenogenezy do rozwoju. Wydaje się, że odwołując się do orzeczeń Trybunału, Autorka zawężyła stanowisko swoje jedynie każdej komórki jajowej, począwszy od momentu jej zapłodnienia.² Jednak z orzeczenia wcześniej przez Nią powołanego wynika nieco szerszy zakres pojęcia, tzn. także obejmujący niezapłodnioną komórkę jajową mającą wrodzoną zdolność rozwinięcia się w jednostkę ludzką, która powinna ona być traktowana we wszystkich stadiach swojego rozwoju w taki sam sposób, jak zapłodniona ludzka komórka jajowa³.

Niezależnie od powyższego, niezwykle silnie akcentowany jest tu przez Autorkę element godnościowy osoby ludzkiej, który jej zdaniem stanowi naturalną konsekwencję przyjęcia szerokiej definicji embrionu ludzkiego. W mojej opinii godność jest aspektem przypisywanym określonym podmiotom, a nie definiensem embrionu. Nie wydaje mi się by z przymiotu człowieka jakim jest godność można było przejść do definicji embrionu, tym bardziej, że Autorka uważa, że chociaż godność można przypisać embrionowi (z czym się można zgodzić), intensywniejsza ochrona przysługuje dopiero po implantacji. Stwierdzenie to, nie przeszkodziło Autorce na postawienie tezy, że embrion i ewentualne wystąpienia zdarzenia wyrządzającego już na tym etapie szkodę winno być – i to słuszne stanowisko – objęte zakresem art. 446¹ K.c. (s. 54)

Aspekt godnościowy, na który Doktorantka kładzie bardzo silny nacisk, widoczny jest także w dalszej części jej rozważań. Słuszne jest Jej stwierdzenie, że godność przynależy nie tylko człowiekowi urodzonemu, ale także *nasciturusowi*, co pozostaje w zgodzie z przepisami chroniącymi jego życie i zdrowie. Stwierdzenie to prowadzi Ją następnie do szczegółowego, także włączając w to akty prawa międzynarodowego, omówienia sytuacji *nascitura* jako pacjenta, a także uprawnionego do ochrony zdrowia i życia. We fragmentach tych uderza szczegółowe przedstawienie problematyki, jak ją nazywa Autorka, granic temporalnych życia. W tym znaczeniu zwraca uwagę na Konstytucję, która w art. 38, nie zawiera wprost normy odnoszącej się do ochrony życia przed poczęciem. Jednak dalej (s. 87) we fragmencie, w którym Autorka ocenia granice temporalne ochrony prawnej *nascitura* pisze: „Po drugie zaś, Konstytucja - stanowiąca podstawowe źródło praw przysługujących jednostkom w danym kraju i nie chroniąca *nascitura* – byłaby niezgodna z przepisami kodeksu cywilnego”. Zdanie to chyba nie do końca przejrzyste, sugerować może wzajemny stosunek

² Stwierdzenie to jak wskazuje Autorka wynika z orzeczenia TS UE w sprawie C-34/10

³ Powyższe stwierdzenie wynika z kolei z orzeczenia TSUE w sprawie C-364/13 (sprawa Stem Cell)

przepisów o charakterze ustawowym i Konstytucji, w sposób dający się zinterpretować inaczej niż nadrzędność Konstytucji na przepisami K.c.

Zgadzam się z Doktorantką, że wprowadzenie do art. 38 Konstytucji zmian, z których wynikałaby ochrona życia *nasciturusa* prowadziłaby do szeregu trudnych do rozwiązania kolizji prawnych, np. w zakresie przyjętych rozwiązań ustawowych w zakresie aborcji czy art. 8 K.c.

Kolejny rozdział dotyczył analizy pojęcia i zakresu szkody doznanej przed urodzeniem. Tu Autorka dochodzi do trafnego wniosku, że w zakresie szkody doznanej przed urodzeniem mieści się również kategoria szkód następczych (prekonceptyjnych) mających miejsce jeszcze przed poczęciem *nasciturusa*.

W tej części rozważania, zilustrowane ciekawymi sprawami z praktyki sądowej, dotyczące szkód pośrednich i bezpośrednich, mają znaczenie z uwagi na obowiązującą w prawie polskim zasadę, że poszkodowanym jest zwykle ten, w stosunku do którego skierowane było bezpośrednio zdarzenie szkodzące. Charakteryzując szkody pośrednie dotyczące *nasciturusa*, pisze Doktorantka m.in. o uszczerbkach, odnoszących się do jego potencjalnych relacji rodzinnych, np. gdy wskutek deliktu dochodzi do śmierci ojca. Tu pojawia się pytanie w odniesieniu do zasygnalizowanego problemu odpowiedzialności za tę szkodę, ale w sytuacji gdyby śmierć rodzica (ojca) nastąpiła jeszcze przed poczęciem, a skutki miałyby miejsce już po urodzeniu. W wypadku tzw. macierzyństwa zastępczego, Doktorantka dopuszcza roszczenie (opisane na s. 110) z tytułu szkód doznanych przed urodzeniem, gdy śmierć ponosi matka genetyczna, a dziecko urodzone jest przez inną kobietę. Roszczenie miałyby w tym wypadku obejmować krzywdę (naruszenie dobra osobistego w postaci prawa do życia w rodzinie lub utworzenia więzi z matką genetyczną). Proponuje tu Autorka najpierw zaprzeczenie macierzyństwu matki biologicznej, czyli kobiety, która je urodziła, a dopiero potem wystąpienie z właściwym roszczeniem. W rozważaniach tych brakuje jednak podstawy prawnej dla takich roszczeń, zwłaszcza mając na uwadze treść art. 61¹² § 1 K.r.o.

W rozdziale II znajduje się również fragment, którego nie mogła Autorka pominąć, a dotyczący pojmowania urodzenia się dziecka jako szkody. Ostatecznie, zgodnie z przytoczonymi twierdzeniami i orzecznictwem sądów, także zagranicznych, Autorka opowiada się za słusznym stanowiskiem o niemożności uznania urodzenia się dziecka jako szkody. Ewentualnie za taką mogłyby być uznane koszty związane z utrzymaniem i zapewnieniem dziecku (zwłaszcza z niepełnosprawnością) godnego życia.

Rozdział III poświęciła Autorka na analizę związku przyczynowego. W podrozdziale, w którym Autorka opisuje test *conditio sine qua non*, brakuje umiejscowionych w jednym miejscu rozważań teoretycznoprawnych, opisujących dwuetapowość oceny związku przyczynowego. Najpierw test *conditio sine qua non*, a następnie dopiero badanie dodatkowego kryterium adekwatności⁴. Autorka o tym wprawdzie wspomina, lecz zamiast przedstawić pełną dogmatyczną analizę na ten temat, od razu ilustruje istnienie związku adekwatnego w poszczególnych przypadkach. Dopiero po kilkunastu stronach następuje właściwy podrozdział, odnoszący się do rozumienia normalnych następstw na tle szkód przedurodzeniowych, a w mojej ocenie powinien uzupełniać teoretyczne rozważania o związku przyczynowym na gruncie art. 361 K.c. ponieważ te rozważania mając decydujące znaczenia dla przypisania odpowiedzialności.

W tym rozdziale oczekiwałam dosyć szczegółowego omówienia, niezwykle istotnego z perspektywy zasinienia związku przyczynowego, zwłaszcza gdy chodzi o procesy lekarskie, tzw. dowodu *prima facie*. Doktorantka wspomina o nim na kartach dysertacji, przewija się w orzeczeniach, ale w moim odczuciu potrzebne byłoby wprowadzenie teoretycznoprawne i analiza tej instytucji (źródła, funkcja), ponieważ odgrywa ona w przypadku związku przyczynowo-skutkowego niezwykle istotną rolę w zakresie przypisania odpowiedzialności w procesach lekarskich.

Bardzo ciekawe rozważania zawarte zostały w odniesieniu do utraconej szansy z odwołaniem się do orzecznictwa zwłaszcza francuskiego i próby zastosowania tej instytucji w prawie polskim. Wątpliwość jaka nasuwa się przy czytaniu tego fragmentu dotyczy głównie miejsca w którym się ona znajduje, a więc czy nie lepiej byłoby umieścić ten fragment w rozdziale dotyczącym szkody. Sama Autorka analizuje bowiem tę instytucję w podrozdziale zatytułowanym utrata szansy- związek przyczynowy a szkoda, w której treści jednak więcej miejsca zajmują fragmenty łączące się z pojęciem i zakresem szkody, aniżeli związku przyczynowego. Na s.177 teorię utraty szansy opisuje jako postać swoistego elementu krzywdy, a zatem uszczerbek o charakterze niemajątkowym w przypadku *nasciutrusa*: „W przypadku szkód doznanych przed urodzeniem, utratę szansy należałoby rozumieć jako uszczerbek o charakterze pośrednim, należy jednak zaznaczyć, że dotyczy sytuacji, gdy ryzyko wystąpienia szkody już zaistniało, ale mógł jeszcze nie wystąpić określony skutek w

⁴ „Założeniem teorii adekwatności jest wartościowanie związku przyczynowego ustalonego według testu *conditio sine qua non*. Zależność kondycjonalną uważa się za relewantną, gdy spełnia ona dodatkowe kryterium odpowiedniego stopnia zdadności przyczyny do wywołania skutku.”, Tak M. Kaliński, w: *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań- część ogólna. Tom 6*, (red. A. Olejniczak) Warszawa 2018, s. 130

postaci uszczerbku oraz sytuacja, gdy to ryzyko rzeczywiście przerodziło się w skutek w postaci szkody” (s. 181-182)

Przy omawianiu lekarskiego obowiązku informacyjnego, okazuje się jak istotna z perspektywy rozważań Doktorantki jest kwestia przyczynienia się do powstania lub zwiększenia istniejącej szkody. Wprawdzie nie jest to element przez Autorkę pominięty, jednak nie został w pracy należycie w jednym miejscu (podobnie jak rozważania dotyczące dowodu *prima facie*) wyeksponowany; brakuje analizy teoretycznej kwestii tłumaczących przyczynienia, jego postaci⁵. Chyba brak teoretycznego podejścia skutkuje właśnie, przyjęciem przez Doktorantkę konkretnej teorii w twierdzenia zamykającym się w jednym zdaniu, na s. 153, w którym czytamy, że „Przyjmując, że przyczynienie się poszkodowanego występuje, gdy – w świetle przepisu art. 361 k.c. – zachowanie się poszkodowanego może stanowić jeden z elementów, prowadzących do wystąpienia skutku w postaci uszczerbku, należałoby jednocześnie wskazać, że zachowanie to powinno nosić cechę obiektywnej naganności”. Przypomnieć należy, że teoria, o której wspomina Autorka jest jedną z kilku tłumaczących ujęcie przyczynienia. Łatwiej byłoby też zrozumieć dywagacje Doktorantki na at. 385, na temat przyczynienia się kobiety, która wobec niemożliwości przeprowadzenia zabiegu aborcji – ostatecznie dziecko urodziła, „ale przyczyniła się do powstania szkody, rozumianej jako konieczność ponoszenia kosztów związanych z utrzymaniem wychowaniem dziecka (...)”. Przyczynienia się Doktorantka np. upatruje w niestosowaniu antykoncepcji bądź w stosowaniu jej w sposób nieprawidłowy. Tu bez odpowiedzi pozostaje pytanie o przyczynienie się także innych osób trzech, do powstania tak obliczonej szkody.

Zgadzam się z twierdzeniem Autorki, że naruszenie obowiązku informacyjnego np. poprzez niepoinformowanie pacjentki o wynikach badań, o skutkach zamierzonego zabiegu i tym samym uniemożliwienie podjęcia decyzji powinno być brane pod uwagę jako potencjalne zdarzenie szkodzące.

Konsekwentne ujęcie przesłanek odpowiedzialności za szkody doznane przed urodzeniem, skłoniło Doktorantkę do przedstawienia w najbardziej rozbudowanym IV rozdziale dysertacji, szeregu zdarzeń mogących stanowić przesłankę tej odpowiedzialności.

W tym rozdziale pojawia się też analiza dotycząca więzi rodzinnej jako dobra osobistego, której naruszenie w opisany przez Doktorantkę sposób, może powodować określone szkody. W tym miejscu, mimo przyjęcia, jak mi się zdaje, stanowiska o istnieniu więzi rodzinnej jako

⁵ Zob. np. M. Kaliński, *System Prawa ...*, s. 191-195, analizujący kilka koncepcji przyczynienia,

dobra osobistego, brakuje analizy i odwołania się do uchwały Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 27 marca 2018 r., III CZP 60/17, zgodnie z którą „Sąd może przyznać zadośćuczynienie za krzywdę osobom najbliższym poszkodowanego, który na skutek czynu niedozwolonego doznał ciężkiego i trwałego uszczerbku na zdrowiu”. Następuje natomiast odwołanie i analiza stanowiska Sądu Najwyższego zaprezentowanego w drugiej z uchwał 7 sędziów z dnia 22 października 2019 r., I NSNZP 2/19, która stanowi zaprzeczeniem tej pierwszej. W konsekwencji nadal, tj. do dnia dzisiejszego (o czym Doktorantka nie pisze), nie mamy rozstrzygniętego pytania prawnego w tej kwestii, a z ostatniej informacji prasowej wynika, że w dniu 25.05.20201 r. odroczone zostało posiedzenie składu połączonych Izb Sądu Najwyższego.⁶

Nawiązując do ochrony dóbr osobistych *nasciturusa*, warto odnotować także, że Doktorantka uważa, że w grę wchodzi także takie jego dobra osobiste jak wizerunek. Podaje tu przykład przypadku ze zdjęciem USG, które wykorzystano jak się okazało, bez zgody matki w kampanii reklamowej placówki, w której zostało wykonane⁷. Doktorantka stwierdza tu, że „słuszną wydaje się teza, że w przypadku gdyby sposób rozpowszechniania wizerunku *nasciturusa* pozwalał na jego zidentyfikowanie nie tylko przez matkę i jej najbliższych, mogłoby dojść do naruszenia jego dobra osobistego” (s. 208) W jaki sposób te inne osoby, a nawet najbliżsi mieliby zidentyfikować konkretnego *nasciturusa* na zdjęciu USG, pozostaje jednak kwestią do wyjaśnienia.

Niezwykle ciekawe natomiast są rozważania Autorki w zakresie odpowiedzialności za szkody doznane w związku z preimplanacyjną diagnostyką genetyczną, np. w kwestii *savior sibling*, *child designer* i *designer disability*. Osobiście mam duże wątpliwości odnośnie do dopuszczalności koncepcji *savior sibling*, czyli akceptacji dla powoływania do życia tzw. „zbawczego rodzeństwa”. Skoro jednak taka możliwość, w pewnych wypadkach, jest dla Autorki możliwa do zaakceptowania, poszukuje ona w tej sytuacji podstawy roszczenia tegoż dziecka. Autorka wskazuje na potencjalną jego szkodę w postaci krzywdy i cierpienia dziecka, mającego spełniać rolę zbawczego rodzeństwa (z uwagi na zmusne i bolesne działania medyczne jakim zostało poddane. (s. 240). Nie widzę jednak w tym momencie analizy podstawy prawnej tego roszczenia i wskazania gdzie w tej sytuacji upatruje Doktorantka np. przesłankę bezprawności.

⁶ <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/posiedzenie-dwoch-izb-w-sprawie-wiezi-rodzinnych-sn-odroczone,507450.html>

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 września 2017 r., I ACa 954/16

W rozdziale IV znajduje się również bardzo ciekawa analiza przypadków i zdarzeń związanych z diagnostyką prenatalną i opieką okołoporodową. Świadczy ona o dużej wiedzy Doktorantki nie tylko już z dziedziny prawa cywilnego.

Ciekawym także zagadnieniem, jest poruszana przez Doktorantkę, kwestia macierzyństwa zastępczego. Tu wysunięty został przez Nią postulat interwencji ustawodawcy w tej kwestii. Nie pisze jednak jak wyobrażałaby sobie taką regulację i w jakim akcie prawnym.

Praca także dotyka w rozdziale V problematyki roszczeń z tytułu *wrongful conception*, *wrongful birth* and *wrongful life*, słusznie odróżnianych od roszczeń z tytułu szkód doznanych przed urodzeniem na podstawie art. 446¹ K.c.. Najpierw Autorka wyjaśnia koncepcję tych roszczeń, identyfikuje podmioty legitymowane czynnie, analizuje podstawę prawną (szuka jej w dobrach osobistych – tu przedstawia różne stanowiska doktrynalne albo w przepisach ustawy o prawach pacjenta- głównie prawo do informacji czy do świadczeń zdrowotnych), pisze też o szkodzie i związku przyczynowym. Niezwykle pozytywnie oceniam szczegółowe także i tutaj odniesienie się do wyroków sądów w systemach *common law*, w których roszczenia te mają swoje korzenie.

Wydaje mi się, że w części, w której Autorka pisze o interpretacji pojęcia *public policy* w kontekście roszczeń *wrongful conception*, pojawia się też ważny argument w dyskusji nad dopuszczalnością tychże roszczeń, np., przeciwko roszczeniu- że zasądzając koszty utrzymania dziecka, sąd spowodowałby traumę, związaną ze świadomością, że jest dzieckiem niechcianym (s. 328) albo (na korzyść roszczenia), że możliwość kompensacji szkód w związku z *wrongful conception* może stanowić impuls do odstąpienia od aborcji i podjęcia wychowania dziecka (s. 329) Ciekawe też są rozważania Autorki w zakresie roszczeń *wrongful life*, wraz z filozoficznym pytaniem dotyczącym istnienia prawa do nienarodzenia się. Odpowiedź udzielana przez sądy, jest taka, że każde życie jest lepsze niż jego brak, samo urodzenie dziecko nie stanowi szkody, stąd roszczenia te w zdecydowanej większości omówionych przypadków nie były dopuszczalne.

Ostatni szósty rozdział stanowi szerokie omówienie treści i wpływu wyroku TK z dnia 22 października 2020 r. na odpowiedzialność cywilną za szkody doznane przed urodzeniem. Autorka zauważa, że wyrok ten eliminujący przesłankę embriopatologiczną, znacznie zawęzi możliwości terminacji ciąży i jednocześnie przyczyni się w dużym stopniu do ograniczenia

diagnostyki prenatalnej⁸. To z kolei uniemożliwić może w dużej części wypadków już na etapie ciąży przeprowadzenie leczenia wewnątrzmacicznego. Stanowiąc to może w Jej ocenie naruszenie prawa pacjenta do informacji na temat jego stanu zdrowia. Z przepisów ustawy o zawodzie lekarza (art. 4) i z przepisów Kodeksu Etyki Lekarskiej (art. 38ust 3.) wynika, zdaniem Doktorantki, obowiązek lekarza wykonania tych badań, a jego zaniechanie może rodzić odpowiedzialność cywilnoprawną. Podzielić należy stanowisko Autorki, że prawo do informacji o stanie *nasicturusa*, jest także prawem kobiety wynikającym z aktów prawa międzynarodowego (EKPCz) W ramach istniejących podstaw do przerwania ciąży, Autorka wskazuje również na zdarzenia, które mogą doprowadzić do odmowy przeprowadzenia aborcji (zarówno gdy chodzi o nieuzasadnione wydłużenie procedur, jak przez nieuzasadnioną odmowę). Pojawia się tu także kwestia ewentualnej odpowiedzialności, którą rozważa także Autorka w świetle art. 417 K.c, a zatem w przepisach dotyczących szkody powstałej w związku z wykonywaniem władzy publicznej.

Poruszona została problematyka klauzuli sumienia w tym kontekście. Dominującą jednak w tym wypadku podstawą prawną dokonanej odmowy z uwagi na klauzulę jest art. 39 u.z.l. chociaż również, jak pisze Autorka, dopuszcza się wskazanie art. 38 ust. 1 mówiącego o odmowie leczenia pacjenta. Ale do końca jest jasne w jakim celu tworzona jest tu alternatywa do art. 39.

Nie do końca zrozumiałe jest dla mnie stosowane przez Autorkę rozróżnienie prawa do aborcji jako prawa podmiotowego czy dobra osobistego. Z treści zaprezentowanych rozważań nie mogę stwierdzić, gdzie przebiega linia demarkacyjna między nimi (konceptję dobra osobistego jak rozumiem tu odrzuca); czy jest to prawo podmiotowe chronione za pomocą instytucji dóbr osobistych (s. 394?)

Wątpliwości moje wzbudził też fragment dotyczący rozproszonej kontroli konstytucyjności w kwestii roszczeń dochodzonych w związku z nieprzerwaniem ciąży i doznaniem przez kobietę krzywdy w postaci chociażby obaw psychicznych, związanych z potencjalną koniecznością urodzenia dziecka dotkniętego ciężką i nieuleczalną chorobą. Fragment ten dotyczy podstawy

⁸ Twierdzenie to potwierdzają prezes Federacji na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny, która na pytanie o ilość zabiegów od dnia 27 stycznia 2021 (*dzień publikacji wyroku TK), stwierdziła, że było ich „Ok. 20-30. Dla porównania w latach przed wprowadzeniem w życie orzeczenia TK takich aborcji przeprowadzało się ok. 1200 rocznie. 99 proc. przeprowadzano z powodu wad płodu, czyli teraz, po 7 miesiącach, powinno być ich ok. 700. A mamy 20-30. Różnica jest astronomiczna.” Tak K. Kacpura, szefowa Federacji na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny w wywiadzie K. Trębackiej, Aborcja nie zniknęła. "Kobieta była i jest zostawiona zupełnie sama" <https://kobieta.wp.pl/aborcja-nie-zniknela-kobieta-byla-i-jest-zostawiona-zupelnie-sama-6670372462053920a> (dostęp 9.08.2021)


prawnej roszczeń, którą Autorka widzi w art. 417¹ § 2 K.c., a w konkluzji stwierdza, że „Wydaje się więc, że możliwość zastosowania koncepcji kontroli rozproszonej polegałaby w tym przypadku na wystąpieniu przez określony podmiot z roszczeniem z tytułu pozbawienia go możliwości dokonania zabiegu terminacji ciąży, zaś rolą sądu mogłoby być niezastosowanie przepisu w indywidualnej sprawie, który to przepis – wobec rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie – skutkowałby zastosowaniem normy sprzecznej z Konstytucją, a tym samym wydaniem orzeczenia z pokrzywdzeniem tegoż podmiotu”. Nie wyjaśnia jednak Doktorantka którego przepisu sąd miałby tu nie zastosować i który pozostawałby w tej sytuacji sprzeczny z powołanymi przez nią przepisami ustawy zasadniczej.

VI. Wnioski

Recenzowana rozprawa doktorska podejmuje próbę rozwiązania ważnych problemów, istotnych także z praktycznego punktu widzenia. Autorka w pełni zrealizowała założone cele, przedstawiła jasno sformułowane tezy, do których doprowadziła ją szczegółowa analiza prezentowanych w pracy zagadnień. Odważne podejście do analizowanych zagadnień, samodzielność i oryginalność prezentowanych rozwiązań, do których dochodzi drogą drobiazgowej analizy orzecznictwa sądowego, stanowią co należy jeszcze raz podkreślić, o ogromniej wiedzy Doktorantki. Przedstawiona analiza zawiera rozwiązania oryginalne i wnoszące nowe spojrzenie na wiele z zaprezentowanych problemów. Wielość poruszanych problemów, jak też niezwykle praktyczne ich ujęcie, świadczą o zaangażowaniu w temat i szerokiej wiedzy w obszarze prawa cywilnego.

Z uwagi na powyższe stwierdzam, że rozprawa doktorska może stanowić podstawę do dalszych czynności w przewodzie doktorskim, a więc spełnia wymogi określone w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz.U. z 2017 r., poz. 1789).

Wnoszę o dopuszczenie jej do publicznej obrony.


dr hab. Magdalena Olczyk, prof. ALK