

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Krzysztof Mularski ■

O ARGUMENTACJI KOMPARATYSTYCZNEJ W RAMACH BADAŃ NAD CYWILNOPRAWNYMI KONSEKWENCJAMI URODZENIA DZIECKA NA SKUTEK NIEWYKONANIA NIEZAKAZANEJ ABORCJI

I. Uwagi wstępne

Od kilku lat przedmiotem żywego zainteresowania dogmatyki prawa cywilnego stał się problem urodzenia dziecka na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji jako ewentualne źródło obowiązku odszkodowawczego personelu medycznego lub zakładu opieki zdrowotnej. Szkodę stanowią przy tym mają przede wszystkim koszty utrzymania i wychowania urodzonego dziecka. O ile początkowo przeważało chyba stanowisko przyjmujące istnienie takiego obowiązku¹,

¹ Zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003, *passim*. Z artykułów i glos zob. M. Bilecka, *Proces o złe urodzenie (uwagi do wyroków Sądu Okręgowego w Łomży oraz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku)*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 3, s. 29 i n.; T. Justyński, *Wrongful conception w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 34 i n.; tenże, *Glosa do wyroku z 21 XI 2003, V CK 16/03*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 122 i n.; tenże, *Glosa do wyroku SN z 13 X 2005, IV CK 161/05*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 7, 110 i n.; tenże, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06*, OSP 2007, nr 2, poz. 16, s. 102 i n.; M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r.*, OSP 2004, nr 10, poz. 125, s. 531 i n.; tenże, *Glosa do wyroku z 13 X 2005, IV CK 161/05*, OSP 2006, nr 6, poz. 71, 333 i n.; tenże, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej*

zaakceptowane również przez trzy orzeczenia Sądu Najwyższego², o tyle ostatnimi czasy rośnie przeciwko niemu zdecydowana opozycja³. Przedmiotem niniejszego szkicu nie jest jednak przedstawienie argumentacji dogmatycznej przema-

z dnia 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06), „Prawo i Medycyna” 2006, nr 4, s. 129 in.; Z. Peplowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 1, s. 100 i n.; P. Sobołewski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r.*, „Palestra” 2005, nr 9-10, s. 232 i n.; tenże, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 13 października 2005 r.* IV CK 161/05, OSP 2006, nr 11, poz. 125, s. 585 i n.; D. Tykwińska-Rutkowska, *Powództwa wrongful birth i wrongful conception w świetle orzecznictwa sądowego. Wybrane uwagi*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 3, s. 16 i n.

² Wyrok SN z 21 listopada 2003 r.; V CK 16/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 104 (zwany dalej „SN I”); wyrok SN z 13 października 2005 r.; IV CK 161/05; OSP 2006, nr 6, poz. 71 (zwany dalej „SN II”); uchwała SN z 22 lutego 2006 r.; III CZP 8/06; OSNC 2006, nr 7-8, poz. 123 (zwana dalej „SN III”).

³ Zob. L. Bosek, *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 1, s. 33 i n.; A. Górski, *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerwania ciąży w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 5, s. 28 i n.; R. Trzaskowski, *Czy urodzenie dziecka może być źródłem szkody?*, „Palestra” 2007, nr 9-10, s. 15 i n. Wcześniej krytykę przedstawili W. Borysiak, *Glosa do wyroku z 13 X 2005*, IV CK 161/05, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 118 i n.; M. Domański, *Urodzenie się dziecka jako źródło szkody? (Rozważania na tle wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 roku V CK 16/03)*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2005, nr 2, s. 134 i n.; M. Mataczyński, *Wnioski ze spotkania z ekspertami holenderskimi na temat wybranych zagadnień ochrony dóbr osobistych oraz odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej* [tytuł skrócony] [w:] Zielona Księga, *Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006 (red. Z. Radwański), s. 249 i n.; S. Rudnicki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r.*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 10, s. 475 i n.; tenże, *Wybrane problemy z zakresu ochrony dóbr osobistych na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian*. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu, Poznań 2005 (red. A. Nowicka), s. 276 i n. (bardzo szkicowo); M. Wiącek, *Naruszenie prawa podmiotowego do aborcji jako przesłanka roszczeń odszkodowawczych?*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2006, nr 2, s. 177 i n.; M. Wild, *Roszczenia z tytułu wrongful birth w prawie polskim (Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03)*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, 49 i n. Jeszcze na długo przed trafieniem tego rodzaju spraw na wokandy polskich sądów, szeroką krytykę przedstawił M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 157 i n.; tenże, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 10, s. 106 i n. Tenże powtórzył swoje stanowisko po kilkunastu latach, zob. *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 219; tenże [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000 (red. W. Lang), s. 401 i n.; nieznacznie je chyba modyfikując, zob. *Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 6 i n. Tenże ostatnio znowu wyraźnie krytycznie [w:] *Kodeks cywilny Tom I, Komentarz do artykułów 1-449(11)*, Warszawa 2008 (red. K. Pietrzykowski), s. 1453 i n. Tale też, jak się wydaje A. Szpunar w *Głosie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1965 r., II CR/ 65*, OSPiKA 1967, nr 9, *passim*.

wiającej za którymś ze sprzecznych stanowisk, lecz próba metodologicznej analizy szczególnego rodzaju argumentacji komparatystycznej mającej uzasadniać obowiązywanie norm, na gruncie których urodzenie dziecka na skutek niewykonania niezakazanej aborcji skutkuje powstaniem obowiązku odszkodowawczego. Poddana analizie argumentacja sprowadza się w uproszczeniu do przyjęcia tezy, że obowiązywanie określonej normy w określonym systemie lub określonych systemach obcych stanowi przesłankę (jedną z wielu, a niekiedy jedyną) dla uznania obowiązywania takiej normy również na gruncie systemu polskiego. Szczególnego rodzaju argumentacja komparatystyczna, której analiza jest zadaniem niniejszego szkicu, będzie nazwana projektująco „komparatystyką prawotwórczą” i przeciwstawiona argumentacji komparatystycznej przeprowadzonej zgodnie z regułami przyjętymi w kulturze prawnej.

Analiza komparatystyki prawotwórczej wydaje się niezbędna z co najmniej dwóch względów. Po pierwsze, kontrowersyjność tematu i jego oczywiste znaczenie dla spójności aksjologicznej i pojęciowej polskiego systemu prawnego wymaga, aby wszelkie argumenty podawane za takim czy innym rozwiązaniem były argumentami dopuszczalnymi na gruncie kultury prawnej. Po drugie wydaje się, jakkolwiek potwierdzenie tej hipotezy wymagałoby bardzo wnikliwych badań teoretycznoprawnych, że wśród argumentacji niedopuszczalnych należy wyróżnić argumentację kwalifikowanie niedopuszczalne, które naruszają uznane za fundamentalne założenia o systemie obowiązującego prawa. Chodzić tu będzie zwłaszcza o tezy przyjmujące niezgodną z przyjętą koncepcję źródeł prawa lub tezy uznające, chociażby entymematycznie, możliwość rezygnacji z językowych dyrektyw wykładni. Trudno bowiem mówić o „systemie [prawa]”, gdy uzna się za obowiązujące normy

⁴ Próbuje uzasadnić istnienie obowiązku odszkodowawczego obejmującego koszty utrzymania i wychowania dziecka konstruuje się jak się wydaje m. in. projektując definicję wyrażenia „szkoda”, zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., *passim* (gdzie jednak twierdzi się, że z dogmatycznego punktu widzenia koszty utrzymania i wychowania urodzonego na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji dziecka są „normalną” szkodą w majątku rodziców dziecka). Przekonujące wątpliwości zgłoszono w cytowanej wyżej literaturze; zob. zwłaszcza R. Trzaskowski, op. cit., s. 15 i n.; M. Wild, op. cit., s. 50 i n.; A. Górski, op. cit., s. 28 i n. Nie prowadząc dogmatycznej analizy należy zauważyć, że o ile nikt nie przeczy, że lekarz „musi odpowiadać na takich samych zasadach jak piekarz” (T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 69), o tyle wyprowadzenie z tej okoliczności wniosku, że szkodą jest szereg czynności cywilnoprawnych i faktycznych, dokonywanych przez matkę (czy nawet „rodziców”; zob. niżej) stanowiących konsekwencję urodzenia się dziecka (na którą mogą się składać nawet „koszty zamiany mieszkania na większe”; *idem*, s. 75), wydaje się nietrafne. „Szkoda” w postaci ceny smoczka wynika z urodzenia dziecka zdaje się w każdym razie nie mieć nic wspólnego ze szkodą w postaci ceny zakupu bułek, które wbrew umowie okazały się czerstwe.

wyinterpretowane z jakichś nieznanych systemowi wytworów aktów normotwórczych lub zaprzeczy tezie, że wytwory faktów prawotwórczych, w szczególności przepisy prawne, formułowane są w określonym języku i dopiero nadanie tym wytworom znaczenia na gruncie reguł semantycznych i syntaktycznych tego języka pozwala na przeprowadzenie wykładni funkcjonalnej tych wytworów. Ujmując rzecz od innej strony, niemożliwe jest ocenianie w kategorii moralne/ niemoralne wyrażań, których się nawet nie spróbowało zrozumieć. Komparaty- styka prawotwórcza, przynajmniej w niektórych przypadkach, zdaje się natomiast stanowić desygnat predykatu „być kwalifikowanie niedopuszczalnym na gruncie kultury prawnej”. Uprawdopodobnienie tej hipotezy będzie jednak możliwe dopiero po przeprowadzeniu analizy komparatystyki prawotwórczej i ujęciu jej w ramy siatki pojęciowej wypracowanej przez teorię prawa.

Niniejszy szkic nie jest pierwszym, który poddaje krytyce komparatystykę prawotwórczą związaną z problemem istnienia obowiązku odszkodowawczego na skutek niewykonania niezakazanej aborcji⁵. Krytyka ta, formułowana na marginesie rozważań dogmatycznych, wymaga jednak doprecyzowania i uzupełnienia, a to co najmniej z trzech powodów. Przede wszystkim nie odróżniono komparatystyki prawotwórczej od argumentacji komparatystycznych nie uznających faktu obowiązywania jakichś norm w obcym systemie za przesłankę obowiązywania takich norm w systemie polskim, a tym samym nie przeprowadzono dokładnej analizy komparatystyki prawotwórczej. Oba rodzaje argumentacji uznano za desygnaty tych samych wyrażań, które okazują się tym samym wyrażeniami wieloznacznymi. Stąd należy ujednoznaczyć wyrażenia denotujące wszelką argumentację komparatystyczną, takie jak „nawiązywanie do obcych rozwiązań prawnych”⁶, „odwołanie do [obcych] porządków prawnych”⁷, „analogie z obcych systemów”⁸, „korzystanie z [obcej] praktyki orzeczniczej”⁹; odnosząc je kolejno do komparatystyki i komparatystyki prawotwórczej. Wreszcie, postulaty wobec podmiotów wykorzystujących wszelką argumentację komparatystyczną mają jak się zdaje charakter ilościowy, a nie jakościowy i formułowane są ęrzy użyciu bardzo nieostrych wyrażań (np. postuluje się „dużą ostrożność”¹⁰, „niezmierną

⁵ Najszerzej R. Trzaskowski, op. cit., s. 12 i n. Zob. także L. Bosek, op. cit., s. 50 i n.; A. Górski, op. cit., s. 28; G. Jędrejek, *Czy można wyróżnić dobro osobiste w postaci wolności do dokonania aborcji?* [w:] *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie. Zagadnienia wybrane* (red. P. Kasprzyk), Lublin 2005, s. 554; M. Wiącek, op. cit., s. 172; M. Wild, op. cit., s. 50 i n.

⁶ R. Trzaskowski, op. cit., s. 12.

⁷ M. Wild, op. cit., s. 50.

⁸ L. Bosek, op. cit., s. 53.

⁹ A. Górski, op. cit., s. 28.

¹⁰ R. Trzaskowski, op. cit., s. 14.

ostrożność”¹¹, „powściągliwość i krytycyzm”¹²), co w praktyce może uniemożliwić weryfikację ich spełnienia. Stąd należy podjąć również próbę zbadania, czy możliwe jest ujednoznacznienie tych wyrażań.

W niniejszej pracy wprowadzono zróżnicowanie zapisu graficznego przypisów. Przypisy wskazujące jedynie na literaturę, na gruncie której formułowany jest dany pogląd, zapisywane są czcionką zwykłą; przypisy zaś, w których znajdują się wyjaśnienia warunkujące adekwatne do zamierzeń autora zrozumienie tekstu, zapisywane są czcionką wytłuszczoną¹³.

II Komparatystyka

Jak wyżej wskazano, postulat szczególnej ostrożności przy nawiązywaniu do obcych rozwiązań prawnych w kontekście niewykonania niezakazanej aborcji jako ewentualnego źródła cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej może być rozumiany jako postulat odnoszący się do jakiegokolwiek wykorzystania w procesie wykładni obowiązujących w obcych systemach norm. Aby zbadać zasadność tego postulatu konieczne jest choćby niezwykle pobieżne naszkicowanie warunków poprawnej analizy komparatystycznej przyjętych na gruncie kultury prawnej. Co najważniejsze, szkic **elementarnych wymogów** stawianych przed argumentacją komparatystyczną przez reguły ukształtowane w kulturze prawnej stanowić będzie jedną z podstaw dla analizy komparatystyki prawotwórczej.

Na gruncie literatury poświęconej teorii komparatystyki uznaje się jednolicie (pomijając bardzo sporny wymóg porównywalności¹⁴), że zestawienie ze sobą czy przeciwstawienie sobie obcych systemów prawnych jest podstawowym warunkiem przeprowadzenia poprawnej analizy komparatystycznej. Podkreśla się przy tym, że naukowy sens ma zestawienie jedynie takich systemów, które są od

¹¹ M. Wild, op. cit., s. 50.

¹² A. Górski, op. cit., s. 28.

¹³ Zob. K. Mularski, *Pozomość oświadczenia woli. Zarys problematyki semiotycznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 3, s. 614 z szerszym uzasadnieniem. Zabieg wydaje się szczególnie przydatny w pracy z założenia interdyscyplinarnej, gdzie przeciążenie przypisami może być szczególnie uciążliwe.

¹⁴ M. Ancel, *Znaczenie i metody prawa porównawczego*, Warszawa 1979, s. 33 i n.; M. Borucka-Arctowa, *Problemy metodologiczne badań porównawczych w naukach prawnych i innych naukach społecznych*, „Studia Prawnicze” 1971, nr 29, s. 5; M. Rybicki, *Badania prawnoporównawcze. Ich znaczenie dla rozwoju nauk prawnych i dla praktyki* [w:] *Metody badania prawa*, Wrocław 1970 (red. A. Łopatka), s. 42; R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków 2005, s. 39 i n.

siebie **różne**¹⁵. Wiedza uzyskana dzięki takiemu porównawczemu zestawieniu może następnie służyć do dokonania oceny poddanych badaniu systemów prawnych i w konsekwencji formułowaniu m. in. wniosków *de lege ferenda* czy do formułowaniu argumentów funkcjonalnych w procesie wykładni. Zestawienie różnych systemów wymaga przy tym analizy nie tylko obowiązujących przepisów czy treści orzeczeń sądowych, ale być może przede wszystkim refleksji nad **przyczynami ich obowiązywania**¹⁸ oraz zakładanymi **celami społecznymi**, którym obowiązujące wytwory faktów prawotwórczych mają służyć¹⁹. Wskazanie przyczyn obowiązywania określonych norm wymaga zaś zapoznania się z różnymi doktrynami prawnymi, które stanowią uzasadnienie dla obowiązujących norm czy wydawanych orzeczeń oraz uwarunkowaniami moralnymi obowiązujących norm²¹. Należy przy tym mieć świadomość, że doktryny prawne stanowiące uzasadnienie dla obowiązujących wytworów faktów prawotwórczych same są uwarunkowane przez względy polityczne, ekonomiczne i kulturowe; stąd obo-

¹⁵ Dobitnie R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 36, gdzie podnosi się, że aby można było cokolwiek porównywać, „naczelné miejsce zajmuje zróżnicowanie stosunków społecznych regulowanych prawem, zróżnicowanie ludzi, zachowań, zdarzeń, idei, praw, ustrojów etc”. Podobnie M. Ancel, *Znaczenie...*, s. 103, podkreślając wagę konfrontacji różnych systemów prawnych.

¹⁶ Zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 242 i n.

¹⁵ Tale chyba M. Ancel, op. cit., s. 172 i n. Myśl tę można odczytać również z cytowanej monografii R. Tokarczyka, aczkolwiek nie została wypowiedziana *expressis verbis*. O argumentacji komparatystycznej z teoretycznoprawnego punktu widzenia zob. & Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Mein 1991, s. 288 i n. (zwłaszcza s. 294).

¹⁸ Zob. zwłaszcza M. Ancel, *Znaczenie...*, op. cit., s. 134 i n. Tale też chyba R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 179, gdzie mowa o konieczności badania historii prawa i M. Borucka-Arctowa, *Problemy...*, op. cit., s. 11. Postulat wywodzi się chyba z idei F. Savigny'ego, zob. R. Zimmermann, *Dziedzictwo Savigny'ego. Historia prawa, prawoznawstwo porównawcze i kształtowanie się europejskiej nauki prawa*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, nr 1, s. 12 i n. (dobitnie s. 41). W kontekście przedmiotu pracy trafnie konieczność badania przyczyn stanowienia określonych norm czy wydawania określonych orzeczeń podkreśla R. Trzaskowski, op. cit., s. 12 i n.

¹⁹ Zob. M. Ancel, op. cit., s. 56; R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 68. Chyba podobnie H. Kötz, *Dogmatyka prawa a badania prawnoporównawcze*, „Studia Prawnicze” 1993, nr 1, s. 29 i n. Por. także A. Podgórecki, *Zarys socjologii prawa*, Warszawa 1971, s. 203 i n.

²⁰ Zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., ss. 37 i 64

²¹ Zob. np. M. Ancel, op. cit., s. 34 i dobitnie s. 82; M. Rybicki, op. cit., s. 36 i n.; M. Borucka-Arctowa, *Podejście socjologiczne* [w:] *Metody badania prawa*, Wrocław 1970 (red. A. Łopatka), s. 82. Obowiązek uwzględniania moralności jako warunek rzetelnego uprawiania komparatystyki podkreśla R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 116 (także s. 67). Chyba podobnie R. Zimmermann, op. cit., s. 29 i n.

wiązkiem komparatysty jest podjęcie choćby próby zbadania tych uwarunkowań. Ogólnie mówiąc, niezbędne jest badanie systemów prawnych ujmowanych całościowo, przy uwzględnieniu **społecznych kontekstów** obowiązywania określonych norm²³.

Jeśli chodzi natomiast o dopuszczalność wykorzystywania komparatystyki w procesie wykładni funkcjonalnej (nie budzi wątpliwości zakaz przełamывania argumentem komparatystycznym jednoznacznego wyniku uzyskanego w konsekwencji zastosowania dyrektyw językowych), jest ono możliwe na gruncie reguł kultury prawnej wtedy, gdy zestawiane są ze sobą systemy **podobne kulturowo**²⁴. Jak się wydaje, rekonstrukcja takiej argumentacji pozwala sprowadzić ją do schematu: „Na gruncie obcego systemu, np. S1, obowiązuje określona norma NO, której obowiązywanie doprowadziło do skutków R, a jednym z dopuszczalnych językowo wyników wykładni przepisów systemu S2 jest właśnie norma NO. Jeżeli skutek R jest aprobowany przez racjonalnego prawodawcę systemu S2, to można uznać za obowiązującą właśnie normę NO”. Uznanie za obowiązującą normy NO jest przy tym o tyle racjonalne, że przy podobieństwie między porównywanymi systemami (i nadto podobieństwie co do ocen, wartości, postaw światopoglądowych *etc* żywionych przez adresatów norm w porównywanych systemach) istnieje duże prawdopodobieństwo, że norma N rzeczywiście doprowadzi do skutków R, skoro gdzie indziej do takich skutków już doprowadziła²⁵.

Tak rozumiane „nawiązanie do obcych systemów” - **zestawienie** obowiązujących na gruncie systemu polskiego norm prawnych dotyczących aborcji z normami obowiązującymi na gruncie obcych systemów, ugruntowane w rzetelnej analizie kontekstu prawnego i pozaprawnego, w którym te normy obowiązują,

²² Zob. R Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 263 (gdzie mowa o uwarunkowaniach „rozumowań prawniczych”). Zob. także Z. Ziemiński, *Teoria prawa, filozofia prawa a szczególowne nauki prawne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, nr 3, s. 406, gdzie podkreśla się, że normy prawne wywodzą swe obowiązywanie w ostatecznej instancji nie tyle z konstytucji, co z danej doktryny politycznej.

²³ Zob. dobitnie M. Ancel, op. cit., s. 78 i n. Podobnie R Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 39.

²⁴ M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 265. W obszarze prawa cywilnego Z. Radwański, M. Zieliński [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne - część ogólna, t. I*, Warszawa 2007 (red. M. Safjan), s. 457.

²⁵ Powyższe uwagi są próbą rekonstrukcji poglądów Z. Ziemińskiego, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 23 i n. Podobnie M. Rybicki, op. cit., s. 28. Na związek komparatystyki z wykładnią funkcjonalną zwraca uwagę również R Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 255.

wyduje się działaniem celowym²⁶. W kontekście przedmiotu niniejszej pracy wypada zaznaczyć, że o ile chyba zadowalająco ukazano kontekst prawny i uwarunkowania moralne stanowiące przyczynę obowiązywania norm uznających koszty utrzymania i wychowanie dziecka urodzonego na skutek niewykonania niezaka- zanej *de lege lata* aborcji za szkodę w obcych systemach²⁷, o tyle co do skutków społecznych, do których obowiązywanie tych norm prowadzi, jak na razie formułowane są jedynie niepoparte badaniami empirycznymi hipotezy²⁸. W przypadku jednak trafności wysuniętych hipotez, skutki społeczne do jakich obowiązywanie tych norm doprowadziło, dyskwalifikowałyby w oczywisty sposób obowiązywanie takich norm na gruncie systemu polskiego, a zapewne dały także do myślenia zwolennikom tych norm na gruncie obcych systemów²⁹. Co najmniej jedna z wysuniętych hipotez wydaje się przy tym tak dobrze uzasadniona, że jej falsyfikacja jest prawdopodobnie niemożliwa³⁰; szersza analiza problemu wykracza jednak poza zakres pracy

²⁶ Chodzić będzie zwłaszcza o wszelkie normy dotyczące płodu/ nienarodzonego dziecka oraz kontekst moralny, w szczególności przekonania aksjologiczne żywione przez adresatów norm różnych systemów, a także cele społeczne, które prawodawcy w różnych systemach chcą przez normy dotyczące w jakikolwiek sposób płodu/ nienarodzonego dziecka zrealizować. Niniejszy szkic używa wyrażenia „płód/ nienarodzone dziecko”, ponieważ oba są terminami języka prawnego; terminami, które choć posiadają taką samą (w uproszczeniu) ekstensję, to jednak ich intensja jest zupełnie inną. Swobodnie mówiąc, terminy te niosą ze sobą zupełnie inne moralne skojarzenia czy wartości. Ich łączne używanie zapewni więc zgodność języka niniejszej pracy z językiem prawnym oraz oddali zarzut przemycania perswazyjnej terminologii.

²⁷ Zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., *passim*-, M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., *passim*-, tenże, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 99 i n.; tenże [w:] *Prawne problemy...*, op. cit., s. 384 i n.; tenże, *Prawo i medycyna*, op. cit., s. 207 i n. Zob. także np. Z. Peplowska, uja cit., s. 100 i n.

²⁸ Najszerzej M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., *passim*; uwagi zawarte w tej monografii zostały powtórzone we wszystkich cytowanych wyżej pracach tego Autora Chodzić będzie m. in. o „kreację lekarskiego obowiązku „wyprodukowania” dziecka doskonałego”, utwierdzanie i promowanie postaw proeugenicznych w społeczeństwach, degradację społeczną osób upośledzonych czy konieczność ustalenia zestawu cech genetycznych, których posiadanie przez człowieka jest pożądane.

²⁹ Choć od uznania za obowiązujące takich norm przez trzy orzeczenia Sądu Najwyższego minęło prawdopodobnie zbyt mało czasu, aby móc przeprowadzić jakieś badania dla systemu polskiego dla większości spośród wysuniętych (zwłaszcza przez M. Safjana) hipotez.

³⁰ Chodzi o „promowanie postaw proeugenicznych wśród personelu medycznego”, objawiające się zwłaszcza „rozstrzygnięciem na niekorzyść płodu pojawiających się wątpliwości” (tak np. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., s. 193; tenże, *Prawo i medycyna*, op. cit., 224; tenże, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 107). Przekonującą interpretację sytuacji, w której, swobodnie mówiąc, lekarzowi z jednej strony grozi wielomilionowa sankcja

Jak się wydaje, właśnie do tak rozumianego „nawiązania” należy odnosić postulat szczególnej ostrożności czy powściągliwości. Postulat ten należy przy tym uznać za zdecydowanie trafny. Po pierwsze, na podmiotach prowadzących badania komparatystyczne ciąży ogólny obowiązek zachowania ostrożności, niezależny od przedmiotu badań³¹, o ile nie chcą oni uprawiać „radosnego plagiatorstwa”³². Po drugie, ostrożność czy powściągliwość „szczególna” uzasadniona jest skrajnie kontrowersyjnym charakterem aborcji i norm prawnych dotyczących aborcji oraz faktem, że niektóre z dotychczas przeprowadzonych argumentacji komparatystycznych dotyczących tej problematyki z najswobodniej rozumianą ostrożnością czy powściągliwością nie mają nic wspólnego, stanowiąc raczej osobliwe *argumentum ad personam* pod adresem polskiego systemu prawnego³³.

odszkodowawcza, a z drugiej ewentualne wyrzuty sumienia w kontekście konstytucyjnym przedstawił najszerzej L. Bosek, op. cit., s. 46 i n. (podobnie M. Wild, op. cit., s. 52 i n.; M. Mataczyński, op. cit., s. 250 i n.). Odmienne, m. zd. bardzo naiwne, T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 211 (poprzedzając jednak wywód wyrażeniem „chyba”). Tenże następnie trafnie zauważa, że „system prawny nie powinien aktywnie wspierać aborcji”, przy czym w tym akurat przypadku „wspieranie” polegałoby na zmniejszeniu zakresu odpowiedzialności lekarza, który aborcji nie wykonał. Na następnej stronie monografii uznano jednak odmowę poddania się kolejnej aborcji w niektórych przypadkach za **działanie podstępne** (podkr. moje), wykluczające możliwość zasądzenia odszkodowania. Wydaje się, że samo prawdopodobieństwo choćby jednego - ujmując rzecz bardzo eufemistycznie - „rozstrzygnięcia na niekorzyść” płodu/ nienarodzonego dziecka prokurowane przez uznanie odpowiedzialności odszkodowawczej, wyłącza możliwość jej uznania, a to wobec całkowitej niewspółmierności wchodzących w grę wartości, które niespornie przypisać można prawodawcy (zob. niżej). Szersza argumentacja wykraczałaby jednak poza zakres pracy.

³¹ Szczególnie dobitnie o obowiązku ostrożności pisał M. Ancel, czyniąc go jednym z podstawowych warunków prowadzenia badań komparatystycznych, przestrzegając przed „wtłaczaniem obcych instytucji w... ramy...własnego prawa” (M. Ancel, op. cit., s. 138). Co do ostrożności w komparatystyce zob. także M. Borucka-Arctowa, *Problemy...*, op. cit., s. 14 i n.; Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, op. cit., s. 23 i n.; M. Rybicki, op. cit., s. 37; R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 23. Obowiązek zachowania ostrożności zauważa także SN III. Obowiązek ostrożności był dotąd uznawany także przez przedstawicieli dogmatyki dyscyplin szczegółowych; należy zwłaszcza przytoczyć odważny pogląd, iż możliwe jest „odrzuć argumentów z systemów innych państw socjalistycznych” z racji „odmiennej struktury prawa polskiego” [tak W Czachórski [w:] *System Prawa Cywilnego, t. III, część I*, Ossolineum 1981 (red. Z. Radwański), s. 583]. Ostatnio np. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 10.

³² R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 251. Zob. także Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, op. cit., s. 23 i n.

³³ Jedynie tytułem przykładu wskazać można wypowiedź E. Zielińskiej, która porównuje obowiązujące w Polsce prawo do systemu obowiązującego „w Rumunii w czasie reżimu

Nie wydaje się przy tym możliwe doprecyzowanie postulatu „szczegółnej” ostrożności w badanym tutaj kontekście; funktor ten musi chyba pozostać wyrażeniem nieostrym.

III Komparatystyka prawotwórcza

3.1. Na gruncie powyższych szkicowych uwag można stwierdzić, że dopiero bardzo ostrożne zestawienie norm obowiązujących w różnych systemach (a w przypadku norm nawet pośrednio dotyczących aborcji - skrajnie ostrożne zestawienie) oraz ich domniemanego uzasadnienia aksjologicznego, poprzedzone jeszcze ostrożniejszym zbadaniem kontekstu społecznego, zwłaszcza zinter- nalizowanych w danym społeczeństwie norm moralnych, pozwala na wyprowadzanie z przeprowadzonej analizy wniosków *de lege ferenda* lub wykorzystania wyników badań w ramach wykładni funkcjonalnej. Takie wnioski mają charakter w tym sensie naukowy, że intersubiektywnej weryfikacji poddaje się zarówno zestawienie różnych systemów jak i argumentacja mająca przemawiać za przyjęciem określonych wniosków *de lege ferenda* lub argumentów funkcjonalnych. Tymczasem komparatystyka prawotwórcza, wykorzystywana przez kilku przedstawicieli doktryny oraz dwa orzeczenia Sądu Najwyższego z (tak rozumianą) komparatystyką zdaje się nie mieć nic wspólnego. Adekwatna analiza komparatystyki prawotwórczej wymaga przyjęcia kilku, jak się wydaje niespornych założeń (Z):

Caucescu”; zapewne przez przypadek nie zestawiając prawa obowiązującego w USA czy Wielkiej Brytanii z systemem KRLd w czasie reżimu Kim Ir Sena czy ZSRR do roku 1936 w czasie reżimu Lenina i Stalina {zob. też [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000 (red. W Lang), s. 245}. Taż twierdzi następnie, że „Rozwiązanie prawne przyjęte w Polsce jest.. .wyrazem instrumentalnego traktowania kobiety, której podmiotowość w przypadku, gdy zajdzie w ciążę, jest całkowicie przekreślana” (podkr. moje); przeciwstawiając następnie demokracje prawdziwe („przyznające kobiecie prawa do decydowania w sprawach reprodukcji”) - demokracji polskiej. Przy najskrajniej życzliwej interpretacji wypowiedź powyższą należy uznać za definicję projektującą wyrażenia „podmiotowość [prawna?] kobiety”, która znaczy tu tyle co „możliwość dokonania aborcji na żądanie”. R Dębski (*Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej - refleksje klinicysty*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 42) przeciwstawia natomiast system polski systemom „trochę bardziej cywilizowanym”; skądinąd wyszydzając wręcz tezę, jakoby w stanie faktycznym rozpatrywanym przez SN II zachodziły eugeniczne wskazania do wykonania aborcji.

Z1: pomiędzy normami dotyczącymi depenalizacji aborcji (Na) obowiązującymi w systemie polskim (SP), gdzie aborcja jest co do zasady zakazana a normami obowiązującymi w systemach obcych (S1-Sn), gdzie aborcja jest co do zasady niezakazana, zachodzi co najmniej relacja niezgodności, a niekiedy sprzeczności, co można jak się wydaje³⁵ zapisać „[S1-Sn(Na)] SP (~Na)”³⁶.

Z2: pomiędzy aksjologiczną oceną preferencyjną (O), którą należy przypisać prawodawcy polskiemu³⁷ i którą *expressis verbis* wypowiedział Trybunał

³⁵ Zob. ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.; zwana dalej „upropłwdpc” oraz art. 152 i n. kodeksu karnego. Toporny skrót zapewnia nie- perswazyjny charakter wypowiedzi, w których ustawa będzie powoływana. Wypada zauważyć, że powszechny w publicznym dyskursie (a pojawiający się również w dogmatyce) termin „ustawa antyaborcyjna” jest nieadekwatny i perswazyjny; nieadekwatny, ponieważ ustawa nazywa się inaczej i wyrażenie „aborcja” w ogóle w niej nie pada; perswazyjny, ponieważ wyrażenie „anty” kojarzy się raczej źle, wyrażenie „ochrona” raczej dobrze.

³⁶ Schematy wykorzystane w pracy nie roszczą pretensji do zgodności z surowymi wymaganiami logiki, zwłaszcza z wymaganiami rachunku predykatów; są jedynie próbą uściślenia i graficznego zobrazowania poddanych analizie argumentacji; próbą w bardzo albo jeszcze bardziej nieudolny sposób nawiązującą do metodologii wykorzystywanej w tzw. poznańskiej szkole teorii prawa, gdzie niejednokrotnie wykorzystywany jest podobny (?) zapis (np. „norma N obowiązująca w systemie S”). Zastrzeżenie „jak się wydaje” odnosi się do wszystkich prób rekonstrukcji w niniejszej pracy, za wyjątkiem jednego wniosku opartego na wynikaniu logicznym normy z normy, co zostanie podkreślone wyżej.

³⁷ Sprzeczność zachodzi w szczególności pomiędzy systemem polskim a systemem prawnym USA, gdzie przyjmuje się nieograniczone i co do zasady nieograniczalne prawo do aborcji, mające umocowanie w konstytucji (zob. zwłaszcza L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych a „prawo do życia”*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 8, s. 41 in.). Niezgodność zachodzi również pomiędzy systemem polskim a systemem niemieckim, mimo uznania aborcji za „bezprawną” przez tamtejszy sąd konstytucyjny (zob. wyrok niemieckiego sądu konstytucyjnego z 28 maja 1993 r.; BVerfGE 88/203). Na gruncie znaczenia wyrażenia „bezprawny” nie można bowiem sensownie twierdzić, że bezprawny jest czyn, którego wykonanie jest prawem podmiotowym, którego niewykonanie może rodzić sankcje, również karne, i którego nazwanie „bezprawnym” rodzi cywilnoprawną odpowiedzialność podmiotów używających tego sformułowania za naruszenie dóbr osobistych podmiotów wykonujących owe „bezprawne” czyny (zob. wyrok BGH z 1 kwietnia 2004 r., VI ZR 366/02, „Neue Juristische Wochenschrift” 2003, s. 2012). Na nieporozumienie związane z nazywaniem czynu będącego przedmiotem prawnego obowiązku jednych podmiotów, a prawem podmiotowym innych czynem „bezprawnym” zwraca także uwagę doktryna niemiecka {zob. E. Zielińska [w:] *Prawne...*, op. cit., s. 201}. Wydaje się, że niemiecki sąd konstytucyjny w bardzo nieudolny sposób próbował wyrazić przekonanie, że ustawodawca nie uważa owego „bezprawnego” czynu za czyn godny moralnej aprobaty.

³⁸ Niesporność przypisania prawodawcy polskiemu wskazanej wyżej oceny preferencyjnej również stanowi konsekwencję założenia o jego racjonalności aksjologicznej; kilku podmiotom, które twierdzą, że to nie ocena [życia] płodu/ nienarodzonego dziecka jako

Konstytucyjny³⁸ a aksjologiczną oceną preferencyjną, którą przypisać należy prawodawcom państw obcych zachodzi sprzeczność³⁹; co można zapisać „[S1-Sn(~O)] ^SP(O)”. Ocenę preferencyjną O, którą przypisać należy polskiemu prawodawcy, można chyba nieperswazyjnie ująć w wyrażenie „życie człowieka [przedstawiciela gatunku *H sapiens*] przed urodzeniem jest ważniejsze od statusu majątkowego lub stanu psychicznego innego, urodzonego już człowieka”. Na gruncie systemów obcych przyjmuje się natomiast aksjologiczną ocenę preferencyjną ~O „życie człowieka przed urodzeniem nie jest ważniejsze od statusu majątkowego lub stanu psychicznego innego, urodzonego już człowieka (gdyż on tylko ma status osoby ludzkiej)”.

Z3: Sprzeczność ocen preferencyjnych jest konsekwencją niezgodnych założeń ontycznych (ZO) przyjętych przez prawodawcę polskiego i prawodawców obcych dotyczących płodu/ nienarodzonego dziecka, co można zapisać „[S1-Sn(-ZO)] → Na ~ [SP(ZO) → ~Na]”⁴⁰

Z4: pomiędzy normą N nakazującą zapłatę odszkodowania obejmującego przede wszystkim koszty wychowania i utrzymania urodzonego na skutek niewy-

obiekty cennego i cenniejszego niż inne kolidujące z tym obiektem dobra, zwłaszcza najszerzej rozumiane dobra majątkowe, a np. chęć uprzedmiotowienia polskich kobiet kierowała prawodawcą stanowiącym m. in. art. 4a, pomyliło się uprawianie nauki z ideologiczną agitacją.

³⁸ Uzasadnienie wyroku z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19; zwanego dalej „TK 97”.

³⁹ Należy zauważyć, że powyżej przyjęto jedynie treść ocen preferencyjnych, a nie merytorycznych; ustalono jedynie preferencje prawodawcy (na gruncie założenia o jego racjonalności aksjologicznej, którego konsekwencją jest założenie, że oceny prawodawcy są asymetryczne i przechodnie; zob. zwłaszcza L. Nowak, *Interpretacja prawnicza Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 53 i n.). Ustalenie preferencji uchodzi za mniej sporne i prostsze niż ustalenie treści konkretnej oceny merytorycznej także w literaturze metaetycznej, tak. np. M. Przełęcki, *Sens i prawda w etyce*, Warszawa 2004, s. 35 i n. Ustalenie dokładnej treści ocen merytorycznych prawodawcy dotyczących płodu/ nienarodzonego dziecka wymagałoby prawdopodobnie szerokiego studium.

⁴⁰ Na gruncie obcych systemów nie kwestionuje się (nie miałyby to, swobodnie mówiąc, sensu), przynależności płodu/ nienarodzonego dziecka do gatunku *H sapiens* na gruncie powszechnie przyjętej w naukach biologicznych filogenetycznej koncepcji gatunku (pomijając nieistotny w kontekście aborcji problem, czy nowy przedstawiciel gatunku powstaje z chwilą ukończenia procesu zapłodnienia czy też procesu pierwszego podziału mitotycznego zapłodnionej już komórki), wskazując jednak, w skrajnym uproszczeniu, że status „osoby” zależy nie tylko od posiadania ludzkiego genotypu, lecz także innych czynników, np. możliwości bycia podmiotem stosunków społecznych, zdolności odczuwania bólu *etc.* (zob. np. W. Lang [w:] *Prawne...*, op. cit., s. 15 i n.). Najszerzej o niezgodności założeń ontycznych co do statusu płodu/ nienarodzonego dziecka w systemie polskim i systemach obcych L. Bosek, op. cit., s. 33 i n.

konania niezakazanej aborcji dziecka obowiązującą na gruncie obcych systemów a normą Na, oceną preferencyjną $\sim O$ i założeniem ontycznym $\sim ZO$ zachodzi związek, co można zapisać „ $S1-Sn[(Na^{\wedge} \sim O^{\wedge} \sim ZO) \rightarrow N]$ ”⁴¹

Analizie poddane zostaną kolejno wypowiedzi sformułowane w języku prawniczym, uznanym za język przedmiotowy, zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwo, oraz jedna wypowiedź metajęzykowa. Wypowiedzi języka przedmiotowego zostaną podzielone na takie, które z obowiązywania normy N w systemach S1 -Sn wywodzą obowiązywanie takiej normy w systemie polskim oraz na takie, które z różnego rodzaju norm, konstrukcji doktrynalnych czy praw podmiotowych (x), przyjętych w systemach S1-Sn, stanowiących jedną albo jedyną podstawę obowiązywania normy N na gruncie tych systemów, wywodzą istnienie tych obiektów na gruncie systemu prawa polskiego - co uzasadniać ma pośrednio obowiązywanie normy N na gruncie tego systemu. Argumentacja w pierwszym przypadku przebiega według schematu „ $S1-Sn(N) \rightarrow SP(N)$ ”; w drugim „ $[S1-Sn(x \rightarrow N)] \rightarrow SP(x \rightarrow N)$ ”. W trudnej do dokładnego określenia relacji do członów podziału pozostają takie wypowiedzi, które w związku z analizą obcych systemów tworzą nowe konstrukcje pojęciowe, mające uzasadniać obowiązywanie normy N na gruncie systemu polskiego.

⁴¹ Związek ten jest ewidentny, aczkolwiek nie zachodzi tu oczywiście wynikanie logiczne (stąd symbol nie oznacza tu wynikania logicznego, zob. przypis 35). Zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., *passim*; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., *passim*; tenże, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 99 i n.; tenże [w:] *Prawne problemy...*, op. cit., s. 384 i n.; tenże, *Prawo i medycyna*, op. cit., s. 207 i n. Zob. także np. Z. Pełowska, op. cit., s. 100 i n. Zob. także Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 2006, s. 264. W szczególności odnotować należy wpływ orzeczenia Roe/Wade, uznającego nieograniczone i w szerokim zakresie nieograniczone prawo do aborcji (dopuszczalnej w niektórych stanach do bardzo swobodnie rozumianej chwili urodzenia), za chronioną konstytucyjnie wolność obywatelską, na ukształtowanie się orzecznictwa amerykańskiego i pośrednio także orzecznictwa w innych państwach, zwłaszcza w RFN. Fakt ten podkreślają także ci przedstawiciele doktryny, którzy uznają istnienie cywilnoprawnego obowiązku odszkodowawczego w związku z urodzeniem dziecka na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji, zob. np. T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 181; Z. Pełowska, op. cit., s. 106; D. Tykwińska-Rutkowska, op. cit., s. 22. Co do znaczenia precedensu Roe/Wade dla wykształcenia się cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej zob. także M. Safjan, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 101; T. Smoczyński, *Nasciturus w świetle ustawodawstwa o przerywaniu ciąży*, „*Studia Prawnicze*” 1993, nr 1, s. 80; A. Szlęzak, „*Nasciturus*” w prawie deliktowym USA, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 1987, nr 2, s. 140. Powoływane jako argument za obowiązywaniem w systemie polskim norm uznających istnienie obowiązku odszkodowawczego, zwłaszcza w zakresie kosztów utrzymania i wychowania dziecka orzecznictwo odwołuje się niekiedy bezpośrednio do precedensu Roe/Wade, tak np. precedens uznający skargę „*wrongful birth*” Park/Chessin z 1978 r. (za M. Safjanem, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 102).

3.2.1. Jeśli chodzi o wypowiedzi języka przedmiotowego wywodzące obowiązki normy N w systemie polskim z faktu obowiązywania tej normy w innych systemach, wskazać należy w pierwszej kolejności na uzasadnienie uchwały SN II Dla poparcia tezy o istnieniu obowiązku odszkodowawczego w zakresie kosztów utrzymania i wychowania dziecka urodzonego na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji skład orzekający argumentował, że koszty utrzymania i wychowania uznawane są za szkodę w zdecydowanej większości krajów, w których dochodzi do tego typu procesów. Z faktu przyjęcia określonych norm przez orzecznictwo systemów S1-Sn wywodzi się (między innymi), obowiązywanie takiej normy w systemie polskim, co można zapisać „[S1-Sn(N)]→SP(N)”. Argumentacja ta całkowicie pomija orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (co skądinąd zostało odnotowane już nie tylko przez dogmatykę⁴², ale nawet przez sam Sąd Najwyższy w kolejnym orzeczeniu), nie odnosi się również w jakikolwiek sposób nie tylko do sprzeczności założeń ontycznych i ocen aksjologicznych, ale nawet do sprzeczności norm Na w powołanych systemach. Co więcej, SN II nie podaje żadnych danych pozwalających swój pogląd zweryfikować, w tym zwłaszcza liczby krajów w których do procesów dochodzi, a w których nie dochodzi⁴³. Np. w monografii T. Justyńskiego, z której niemal na pewno czerpał wiedzę SN II, opisywany jest stan prawny jedynie kilku krajów europejskich i pozaeuropejskich (przy czym orzecznictwo czy poglądy doktryny państw, w których obowiązywałyby podobne normy dotyczące prawnokarnej ochrony płodu/nienarodzonego dziecka ugruntowane w podobnych założeniach aksjologicznych nie jest ani razu nawet wzmiankowane; skądinąd w monografii T. Justyńskiego podkreśla się również, że w omawianych systemach przed przyjęciem normy Na roszczenia były niemal powszechnie oddalane).

W zakresie, w jakim komparatystyka prawotwórcza wykorzystywana jest przez kilku przedstawicieli doktryny, wskazać należy w pierwszym rzędzie na obce

⁴² A. Górski, op. cit., s. 30. Tak też, jak się wydaje R. Trzaskowski, op. cit., s. 14; L. Bosek, op. cit., s. 50.

⁴³ Co jest skądinąd również przypadłością doktryny, np. M. Kowalski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu wrongful birth w prawie niemieckim*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11, s. 65 głosi, że skarga „wrongful birth” znajduje akceptację w „wielu krajach Europy Zachodniej i USA”, powołując w przypisie 1 orzeczenie z Anglii, 1 z Holandii oraz 2 z Francji. Krytycznie o komparatystyce w uzasadnieniu SN II zwłaszcza R. Trzaskowski, op. cit., s. 13 i n. Tak też chyba A. Górski, op. cit., s. 30. T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 39 wskazuje natomiast, że stanowisko uznające za szkodę koszty utrzymania i wychowania dziecka „zwykłyżło wszędzie tam, gdzie problem *wrongful conception* się pojawił”. Trudno powiedzieć, na jakiej podstawie Autor używa wielkiego kwantyfikatora, skoro omawia jedynie kilka systemów z ponad 200 istniejących.

orzecznictwo przytoczone jako jeden z argumentów na rzecz tezy, że obowiązkiem odszkodowawczym objęte są nie tylko zwiększone w związku z upośledzeniem dziecka koszty jego utrzymania i wychowania, lecz koszty wszelkie. Rodzice chcieli bowiem uniknąć wszelkich kosztów, a nie jedynie kosztów zwiększonych. Pomija się tu jednak m. in. okoliczność (albo uznaje za pozbawioną znaczenia), że w przeciwieństwie do norm obowiązujących na gruncie obcych systemów aborcja z tzw. przyczyn społecznych czy ekonomicznych w polskim systemie jest nie „uświęconym prawem”⁴⁷, a przestępstwem zagrożonym karą pozbawienia wolności. Rekonstrukcja analizowanej argumentacji może być ujęta w schemat „[S1-Sn(Na→N)]→SP(N)”, gdy wiadomo, że „SP(~Na)”.

Podobnie jak naszkicowana wyżej „bezpośrednia” komparatystyka prawotwórcza, również pośrednie uzasadnienie obowiązywania normy N w systemie polskim dokonywane jest zarówno przez orzecznictwo jak i przez doktrynę. Jeśli chodzi o orzecznictwo, SN I uznał za argument przemawiający za istnieniem cywilnoprawnego obowiązku odszkodowawczego dwa orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „JETPC”) nie uznające legalizacji aborcji za naruszenie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W dużym uproszczeniu, Konwencja ta zakazuje państwom - stronom naruszania

⁴⁴ Żaden obowiązujący przepis i żadne reguły wykładni nie upoważniają do formułowania tezy, aby tak czy inaczej rozumiane „pozbawienie kobiety prawa do aborcji” rodziło obowiązek odszkodowawczy również wobec ojca dziecka (męża matki?). Skądinąd, presu- pozycją pojawiającego się niekiedy wyrażenia „x pozbawił rodziców możliwości dokonania aborcji” (tak np. Z. Pełowska, op. cit., s. 100) jest zdanie „Rodzice mają możliwość dokonania aborcji”. Presupozycja ta jest oczywiście fałszywa - na gruncie dostępnej rzeczywistości aborcja to przerwanie ciąży (jakkolwiek jest to definicja perswazyjna), a w ciąży może być tylko kobieta, stąd tylko kobietę można pozbawić możliwości dokonania aborcji. Wyrażenie o fałszywej presupozycji jest zaś - w zależności od koncepcji filozoficznej - albo zdaniem [„analitycznie”] fałszywym, albo nonsensem. Do powyższego można dodać, że wyrażenie „możliwość” można by rozumieć normatywnie tylko wówczas, gdyby jakaś norma nakazywała lekarzowi albo kobiecie dokonać aborcji na żądanie mężczyzny; wolno przypuszczać, że takie normy, przynajmniej oficjalnie, nigdzie nie obowiązują.

⁴⁵ T. Justyński, *Glosa SN II*, op. cit., s. 115; M. Nesterowicz, *Glosa SN II*, op. cit., s. 335 (podkreślając jednak, że orzecznictwo to jest rozbieżne).

⁴⁶ T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 109 i n., s. 216.

⁴⁷ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza wobec nienarodzonego dziecka z tytułu wrongful life w prawie francuskim* [w:] Prawo. Społeczeństwo. Jednostka, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu, Warszawa 2003, s. 293 (cytując pogląd odnoszący się do prawa francuskiego i nie odnosząc go wyraźnie do systemu polskiego). Pomijając już nawet sam przedmiot owegoż uświęcenia, osobiłwa jest teza, że prawo stanowione może cokolwiek uświęcać; osobiłwsza, że prawo stanowione może coś uświęcać w laickiej z założenia Francji; a najosobiłwsza, że cokolwiek może być uświęcone „pod warunkiem”.

stypizowanych w niej praw człowieka, a podmiotom, których prawa zostały naruszone, zapewnia możliwość żądania ochrony prawnej przed ETPC. Jednocześnie podkreśla się, że ETPC upoważniony jest do kwalifikowania określonych sytuacji określonych podmiotów na gruncie Konwencji, nie przyznano mu natomiast jakichkolwiek kompetencji walidacyjnych⁴⁸. Stąd już *prima facie* bardzo trudno zrozumieć, jakie znaczenie dla dogmatycznej analizy art. 415 i n. kc ma mieć fakt, że określone normy generalne i abstrakcyjne obowiązujące w systemach państw - stron Konwencji nie zostały uznane za naruszenie Konwencji⁴⁹. Sąd Najwyższy, przytaczając pozbawione związku ze sprawą orzeczenia ETPC pominął tymczasem wyrok TK 97, którego związek z rozpoznawanym problemem jest ewidentny⁵⁰. Podejmując próbę rekonstrukcji komparatystyki normatywnej, wydaje się, że SN I fakt obowiązywania w określonych systemach normy Na (pozostającej w odnotowanym przez sam Sąd ścisłym związku z normą N) w koniunkcji z faktem, że norma Na została uznana za nienaruszającą określoną umowę międzynarodową przez podmiot nieupoważniony do orzekania o naruszaniu albo nienaruszaniu przez normę Na tej umowy międzynarodowej, wywodzi obowiązywanie normy N w systemie polskim. Ujmując rzecz od nieco innej strony, fakt obowiązywania określonej normy Na w systemach obcych w koniunkcji z faktem, że norma ta nie narusza umowy międzynarodowej został uznany za argument przemawiający na rzecz obowiązywania jakiejś normy na gruncie systemu polskiego przy pominięciu faktu, że w systemie polskim obowiązuje norma ~Na, mająca umocowanie nie tylko w przepisach ustawy, lecz także orzecznictwie sądu kon-

⁴⁸ Zob. np. M.A Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Zakamycze 2006, s. 64-67; R. Kuźniar, Prawa człowieka Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe, Warszawa 2006, s. 180. Zob. także P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Antwerpen-Oxford 2006, s. 241-245, 275-278. Za konsultację literatury przedmiotu dziękuję serdecznie P. Magistrowi B. Pawelczykowi.

⁴⁹ Zob. zwłaszcza M. Wild, op. cit., s. 50. Sam skład orzekający zauważa zresztą, że rozstrzygnięcia w obcych systemach zależą od aktualnego ustawodawstwa aborcyjnego.

⁵⁰ Od strony zasad procesu cywilnego chyba poza sporem jest okoliczność, że powoływanie nie mających żadnego związku z rozpoznawanym problemem orzeczeń ETPC, przy jednoczesnym całkowitym pominięciu wiążącego SN I wyroku TK 97, naraża skład orzekający, jak to eufemistycznie ujął M. Wild, na zarzut jednostronności (M. Wild, op. cit., s. 51). Należy dodać, że w innych (niż SN I i SN II) przypadkach dotyczących, najogólniej rzecz ujmując, płodu/ nienarodzonego dziecka obowiązek respektowania orzeczenia TK 97 Sądowi Najwyższemu nie umyka; por. zwłaszcza SN III i uchwała SN z 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSN IKIW 2007, poz. 97. Choć uchwała SN z 26 października 2006 r. ma bardzo odległy związek z przedmiotem niniejszej pracy, należy odnotować wyjątkową precyzję językową jaką się cechuje, w tym zwłaszcza świadomość nominalnego charakteru definicji legalnych.

stytucyjnego. Argumentację SN I można ująć w schemat „[S1 -Sn (Na)]→SP(N)”; gdy podmiot argumentujący wie, że „SP(~Na)”.

Szkic komparatystyki prawotwórczej wykorzystywanej przez doktrynę należy rozpocząć od poglądu ML Nesterowicza. Tenże, odnosząc się do sporu, czy art. 4a uproplwdpc konstruuje jakieś prawo podmiotowe, czy też ma jedynie charakter kontratypu, którego rozstrzygnięcie uważane jest za istotne dla uznania zasadności roszczeń odszkodowawczych stwierdza, że „(...) bardziej przekonuje mnie stanowisko orzecznictwa amerykańskiego, gdzie w wielu wyrokach podkreśla się, że istnieje prawo do autonomii prokreacji, które mieści się w prawie do prywatności, a to zawiera się w konstytucyjnym prawie do wolności”⁵¹. Teza powyższa, łamiąc najbardziej nawet swobodne reguły wykorzystywania argumentów funkcjonalnych w toku wykładni⁵², przechodzi do porządku dziennego nad tym choćby faktem, że prawo do prywatności (*right to privacy*) o którym mowa, zostało uznane w USA za prawo konstytucyjnie chronione w kontekście aborcji na gruncie przytoczonego już orzeczenia Roe/Wade, uznającego w określonym zakresie nieograniczone i nie- ograniczalne prawo do aborcji. Tymczasem nie wzmiankowane nawet w przypisie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, uznające za prawo konstytucyjnie chronione nie „prawo do prywatności”, a tzw. „prawo do życia” , jest **sprzeczne** z orzecznictwem amerykańskim. Tym samym ocena ~O stanowiąca uzasadnienie aksjologiczne normy Na, które łącznie stanowią uzasadnienie dla prawa podmiotowego P w systemie amerykańskim została uznana za uzasadnienie aksjologiczne tegoż samego prawa podmiotowego P w systemie, w którym obowiązuje norma ~Na, uzasadniona oceną O; co można zapisać „S{[(Na ^ ~O)-> P]→N}→SP(P→ N)”, gdy wiadomo, że „SP(~Na O)”. Rekonstrukcja zdaje się ukazywać nieporozumienie, jakim jest uznawanie *de lege lata* za przejaw „wolności” czynu, za którego wykonanie grozi co do zasady kara pozbawienia wolności.

Do powyższego należy dodać, że analizowany przypadek komparatystyki prawotwórczej nie jest poprzedzony jakąkolwiek próbą ani wykładni językowej

⁵¹ M. Nesterowicz, *Glosa SN III*, op. cit., s. 130.

⁵² Zob. np. E. Łętowska, *Boska sztuka interpretacji* [w:] Prawo. Społeczeństwo. Jednostka, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu, Warszawa 2003, s. 25 i n. gdzie mowa m. in. o słuszności, której osiągnięcie ma umożliwić odejście od pozytywistycznego paradygmatu wykładni, lecz jest to - jak się wydaje - jakieś zobiektywizowane ujęcie słuszności, odwołujące się m. in. do „mądrości prawniczej” czy doświadczenia życiowego ogółu prawników, a nie jedynie prywatnych przekonań określonego podmiotu co do tego, co jest słuszne, a co nie-słuszne.

⁵³ Skrót „tzw” został użyty jedynie z tego powodu, że poprawniejsze wydaje się mówienie nie o „prawie do życia”, a o „życiu chronionym prawem”; życie jest raczej pewną zaszczością warunkującą posiadanie praw, niż przedmiotem jakiegoś prawa; co skądinąd podkreśla jego wartość (tak też fragmenty uzasadnienia wyroku TK 97).

obowiązujących przepisów, ani wykładni funkcjonalnej, która byłaby poparta jakimikolwiek ocenami moralnymi (chyba, że za taką uznać przytoczenie fragmentu uzasadnienia SN I), które możnaby choćby spornie przypisać racjonalnemu aksjologicznie prawodawcy, a podmiot argumentujący używa funktora intensjonalnego „bardziej przekonuje mnie stanowisko, że” (zob. wniosek).

Podobny charakter ma uzasadnienie tezy, że dla przeprowadzenia aborcji z przyczyn eugenicznych nie jest konieczne przeprowadzenie badań prenatalnych faktem „podobnego stanowiska sądów amerykańskich”⁵⁴. Przechodzi się tu do porządku dziennego nad art. 4a ust. 2 upr. oraz wydanym na jego podstawie rozporządzeniem, które w § 2 ust. 2 stanowi, iż „wystąpienie okoliczności wskazujących na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu stwierdza lekarz (...) na podstawie badań genetycznych, lub (...) obrazowych badań ultra-sonograficznych”⁵⁵. Tymczasem rozwiązanie przyjęte w systemie amerykańskim ma oczywiste uzasadnienie - skoro aborcja dozwolona jest co do zasady zawsze (a nie, jak w systemie polskim, wyjątkowo), to wymóg prowadzenia badań prenatalnych poprzedzających aborcję z przyczyn eugenicznych prowadziłby do niezgodności w tamtym systemie. Komparatystyka prawotwórcza przybiera tu schemat: skoro w systemie S obowiązuje norma Na z której wynika logicznie norma Na1, to na gruncie systemu prawa polskiego, gdzie obowiązuje norma $\sim$ Na (której obowiązywanie jest przemilczane, ale nie kwestionowane otwarcie), obowiązuje norma Na1. Należy to zapisać „ $[S(Na \rightarrow Na1)] \rightarrow [SP(\sim Na \rightarrow Na1)]$ ”. Nietrafność powyższego wnioskowania (jeśli próba rekonstrukcji jest trafna) jest już uderzająca; implikacja $N \rightarrow N1$ jest analityczną prawdą, implikacja $\sim N \rightarrow N1$

⁵⁴ M. Nesterowicz, *Glosa SM II*, op. cit., s. 335, popierając stanowisko SN.

⁵⁵ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 22 stycznia 1997 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy, uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzania, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety ciężarnej lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, Dz. U. Nr 9, poz. 49. Odnosząc się do uzasadnienia SN II wydaje się, że jeśli zdaniem organu orzekającego pomiędzy tymi aktami normatywnymi zachodzi niezgodność, winien on do tego konfliktu ustosunkować się w uzasadnieniu, a najlepiej przekazać sprawę do rozstrzygnięcia Trybunałowi Konstytucyjnemu; nie zaś zbywać obowiązujące prawo milczeniem.

⁵⁶ Przy świadomości kłopotów i wątpliwości, jakie rodzi wynikanie normy z normy na gruncie różnych logik norm i logik deontycznych. W tym przypadku chodzić będzie o pod-rzędność zakresu zastosowania normy Na1 w relacji do zakresu zastosowania normy Na, przy tożsamości zakresu normowania obu norm. „Wynikanie logiczne normy z normy” rozumie się tu za Z. Ziemińskiego, *Logika praktyczna*, Warszawa 2002, s. 249; w tym jednym przypadku uchyla się zastrzeżenie ostrożnościowe przedstawione w przypisie 35.

analitycznym fałszem, stąd cała implikacja jest zdaniem analitycznie fałszywym. Należy dodać, że komparatystyka normatywna nie została poparta nawet próbą wykładni czy to językowej, czy to funkcjonalnej obowiązujących w systemie polskim wytworów faktów prawotwórczych (chyba, że za taką uznać pogląd, że uzasadnienie wyroku jest „trafne”).

Komparatystyka prawotwórcza przybiera niekiedy postać tezy, że skoro w systemach S1 -Sn przyjmuje się istnienie obowiązku odszkodowawczego zarówno wtedy, kiedy dziecko urodziło się na skutek nieskutecznej sterylizacji jak i wtedy, kiedy dziecko urodziło się na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji, to tożsamość skutków obu zdarzeń zachodzi również w systemie polskim⁵⁷. Zarówno aborcja, jak i sterylizacja i antykoncepcja uznane są w tym ujęciu za desygnat bardzo już osobliwej nazwy „szeroko rozumiana antykoncepcja”⁵⁸. Wydaje się, że argument z komparatystyki prawotwórczej ma w tym przypadku ustanowić związek w płaszczyźnie odpowiedzialności odszkodowawczej pomiędzy niewykonaniem aborcji a nieudaną sterylizacją czy antykoncepcją. Jeśli bowiem chodzi o nieudaną sterylizację, to argumentów na rzecz tezy, że może ona rodzić obowiązek odszkodowawczy jest znacznie więcej niż w przypadku niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji, jakkolwiek i tu miałoby to zapewne miejsce na gruncie projektującej definicji wyrażenia „szkoda”. Nie wchodząc w zawile szczegóły, penalizacja sterylizacji „dla wygody” jest *de lege lata* przedmiotem sporu⁵⁹. Niezależnie od tego, czy uzna się, że czyn ten podpada pod art. 156 § 1 kk, za czym opowiada się w przeważającym stopniu dogmatyka prawa karnego, czy też uzna się pogląd przeciwny, to zarówno jego penalizacja jak i de- penalizacja znajdowałaby uzasadnienie w zupełnie innych ocenach aksjologicznych prawodawcy niż penalizacja aborcji co do zasady i depenalizacja kilku od tej zasady wyjątków. Uznanie obowiązku odszkodowawczego w tym przypadku nie groziłoby w każdym razie wywołaniem skutków społecznych rażąco sprzecznych

⁵⁷ Tak, jak się wydaje T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 20 i n. Należy jednak zastrzec, że w tym przypadku nie nastąpiło jakieś wyraźne odwołanie do obcych systemów jako argument w procesie wykładni; odwołania mają charakter raczej entymematyczny. Tożsamość skutków analizowanych zdarzeń zakładana jest m. in. przez samą konstrukcję tzw. skargi „*wrongful conception*” (dobitnie *idem*, s. 27).

⁵⁸ Pojęciem tym, odnosząc je jednak również do prawa polskiego, posługuje się konsekwentnie T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 79 („obowiązki związane z aborcją, sterylizacją i innymi formami antykoncepcji”), s. 94 (antykoncepcja to „wąsko rozumiana antykoncepcja”), s. 224 („antykoncepcja rozumiana szeroko”), s. 218 („środek antykoncepcyjny rozumiemy tu szeroko”).

⁵⁹ Zob. np. E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, „*Studia Iuridica*” 1988, t. XVI, s. 245 i n. i podana tam literatura.

z ocenami aksjologicznymi przypisanymi prawodawcy, nie byłoby też chyba niezgodne z założeniami ontycznymi przypisanymi temu prawodawcy. Uznanie obowiązku odszkodowawczego nie prowadziłooby wreszcie do uznanych chyba słuszenie za niesprawiedliwe rozstrzygnięć, w których podmiot pragnący dokonać czynu choć niezakazanego, to jednak ocenianego negatywnie przez prawodawcę, byłby premiowany gigantycznym odszkodowaniem, w przeciwieństwie do podmiotów realizujących w stopniu niekiedy heroicznym wartości zgodne z preferencyjnymi ocenami aksjologicznymi przypisanymi prawodawcy⁶⁰. Te same uwagi należałoby odnieść również do antykoncepcji, tym bardziej, że jej prawna dopuszczalność nie budzi niczych wątpliwości. Do powyższego można dodać - jakkolwiek jest to jedynie skrajnie ostrożna hipoteza - że uznanie obowiązku odszkodowawczego w dwóch ostatnich przypadkach, choć i tak niezwykle wątpliwe z dogmatycznego punktu widzenia, byłoby być może bardziej zgodne ze społecznym poczuciem słusności, które chyba inaczej oceni podmiot, który o kilka dni pomylił wiek płodu/ nienarodzonego dziecka, a inaczej podmiot, który np. dla żartu albo zaspokojenia prywatnych przekonań aksjologicznych zamiast przepisanego środka antykoncepcyjnego wyda w aptecce multiwitaminę.

W związku z powyższym należy zauważyć, że na gruncie obcych systemów niezakazane są wszystkie trzy wymienione wyżej czyny; więcej, stanowią w takim czy innym zakresie niekwestionowane prawo podmiotowe, a niekiedy chronioną konstytucyjnie wolność⁶¹. Zrównanie skutków tych czynów na gruncie cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej uzasadnione jest m. in. przyjętymi w tamtych systemach założeniami ontycznymi co do statusu płodu/nienarodzonego dziecka oraz związanymi z tymi założeniami ocenami aksjologicznymi; w pewnym uproszczeniu można więc powiedzieć, że zarówno antykoncepcja, sterylizacja „dla wygody” (Ns) jak i aborcja wchodzi w zakres nazwy „szeroko rozumiana antykoncepcja”. Stąd podobieństwo między systemami polskim a obcymi zachodzi wyłącznie w zakresie dopuszczalności antykoncepcji, rzecz można, *sensu stricte* (Sk) i być może sterylizacji. Komparatystyka normatywna przybiera więc postać schematu: „{[Sl-Sn(Na[^]Ns[^]Nk) ^ ~O ^ ~ZO]→N}→ SP(N)”, w sytuacji, gdy na gruncie systemu polskiego obowiązują

⁶⁰ Na problem ten zwracają uwagę A Górski, op. cit., s. 32; M. Mataczyński, op. cit., s. 149 i n.; M. Wild, op. cit., s. 53 i 59.

⁶¹ Np o sterylizacji dla wygody jako fragmencie konstytucyjnego prawa człowieka do samookreślenia na gruncie systemu niemieckiego zob. np. T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie orzeczenia Sądu Najwyższego RFN z 27 czerwca 1995 r.*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 2, s. 65; tenże, *Poczęcie...*, op. cit., s. 83 i n.

normy $\sim Na$ i Ns ?, a prawodawcy należy przypisać założenie ontyczne ZO i preferencyjną ocenę aksjologiczną O⁶².

Do powyższego należy dodać, że apriorycznie przyjęte założenie o tożsamości skutków niewykonania aborcji, nieudanej sterylizacji i nieudanej antykoncepcji w płaszczyźnie odpowiedzialności cywilnoprawnej zdaje się wykluczać możliwość prowadzenia wykładni funkcjonalnej. Z góry zakłada się bowiem, że pomiędzy tymi zdarzeniami nie ma istotnych różnic, co ustala wynik wykładni jeszcze przed jej rozpoczęciem. Wynik ten jest przy tym uzasadniony wyłącznie ideologicznie, twierdzi się mianowicie, że zróżnicowanie skutków tych zdarzeń w płaszczyźnie odpowiedzialności odszkodowawczej „„oznaczałoby „karę” wobec kobiet pragnących poddać się aborcji””⁶³. Pomijając problem sterylizacji, nie wiadomo, dlaczego sytuacja, w której obowiązująca norma Na prowadzi do skutku $S1$, a inna obowiązująca norma $N2$ prowadzi do skutku $S2$, miałyby stanowić jakąś „karę”. Normy te regulują chyba nieporównywalne pod względem

⁶² Dowodzenie, że polskiemu prawodawcy nie można przypisać oceny aksjologicznej na gruncie której aborcja to rodzaj „szeroko rozumianej antykoncepcji” wydaje się zbędne; teza taka bywa jak się zdaje rzadko głoszona nawet przez najbardziej radykalne ugrupowania pozaparlamentarne.

⁶³ T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 213. Argumentacja Autora, odwołująca się do metadyrektywy *lege non distinguente*... stanowi jaskrawe już nieporozumienie. Autor twierdzi, że jeśli ustawodawca przyznaje kobietom prawo do aborcji, to korzystanie z tego prawa w pełni akceptuje, tak samo jak akceptuje antykoncepcję (podkr. moje). Gdyby ustawodawca negatywnie oceniał aborcję, to zrezygnowałby z prawnego sankcjonowania jej bytu. Skoro zaś tak nie postąpił i nie wprowadził przepisów obie sytuacje różniących, to brak jakichkolwiek podstaw dla ich różnicowania (*idem*, s. 213). Jeśli dla Autora różnica pomiędzy kodeksem karnym a rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 17.05.2007 r. w sprawie recept lekarskich (Dz. U. Nr 97, poz. 646; § 8 ust. 1; wydane na podstawie art. 45 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry) oraz rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 02.11.2007 r. w sprawie limitów leków i wyrobów medycznych wydawanych świadczenio-biorcom odpłatnie, za opłatą ryczałtową lub częściową odpłatnością (Dz. U. Nr 227, poz. 1653; załączniki, wydane na podstawie art. 38 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych; powołane akty można uznać za podstawę legalności obrotu środkami antykoncepcyjnymi) nie jest „wyrażną różnicą normatywną”, a pomoc społeczna dla rodziców dzieci upośledzonych tudzież niekwestionowane założenie, że człowiek przed urodzeniem podlega ochronie prawa (w takim czy innym zakresie) oznacza „pełną akceptację” dla aborcji, dyskusja nie wydaje się możliwa. Nie dość jak widać powtarzać, że sam fakt depenalizacji jakiegoś czynu nie upoważnia do wysnuwania wniosku, że czyn taki jest przez prawodawcę „w pełni akceptowany”. Należy jednak zastrzec, że teza o pełnej akceptacji dla aborcji przez polskiego prawodawcę zyska znamiona powagi, jeśli na gruncie reguły konsekwencji zacznie się również głosić, że prawodawca ten „w pełni akceptuje” pijaństwo, niszczenie własnego mienia, uwodzenie i porzucanie piętnastoletnich dziewcząt itd. Gdyby bowiem prawodawca „negatywnie oceniał” pijaństwo *etc*, to „zrezygnowałby z prawnego sankcjonowania jego bytu”.

aksjologicznym zdarzenia; co więcej, nieporównywalne są również w płaszczyźnie dogmatycznej - jedna stanowi poddawany w pewnym zakresie w wątpliwość co do swej konstytucyjności wyjątek⁶⁴, druga zaś (na gruncie norm prawnych) niekwestionowaną zasadę.

Znamiennym przykładem komparatystyki prawotwórczej jest również pogląd T. Justyńskiego, który uznaje, że podstawą dla obowiązywania normy N (w tym przypadku w postaci tzw. roszczeń z tytułu „*wrongful birth*”) jest między innymi „prawo do planowania rodziny”, „uznane obecnie niemal powszechnie za granicą”⁶⁵. Ma to być prawo rodziców zadecydowania o tym, czy i kiedy chcą się obciążyć wychowaniem oraz utrzymaniem dzieci⁶⁶. Prawo to wynika na gruncie obcych systemów z szeregu przepisów prawnych, często utwierdzonych orzecznictwem sądów konstytucyjnych; w kontekście aborcji, która uznana jest za postać realizacji tego prawa tak samo, a w każdym razie bardzo podobnie jak stosowanie antykoncepcji, znajduje nadto ugruntowanie w poglądach moralnych i ontologicznych przeważających części tamtych społeczeństw. Tymczasem na gruncie prawa polskiego podstawę „prawa do planowania rodziny” stanowić ma wyrwany z kontekstu fragment preambuły uproplwdpc, nazwany (w liczbie mnogiej)

⁶⁴ L. Bosek, op. cit., s. 46 i s. 53, z podaną tam literaturą prawa konstytucyjnego. W dogmatyce prawa karnego zob. np. K. Wiak, *Polskie prawo karne wobec dziecka poczętego* [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 114. W ogromnym uproszczeniu chodzić będzie przede wszystkim o posługiwanie się zwrotami nieokreślonymi. Choć nie jest to przedmiotem niniejszego szkicu, trudno uznać za zgodną z konstytucją sytuację, w której podmiot/przyszły podmiot uzależniony jest od zwrotu niedookreślonego; bardzo różnie zresztą interpretowanego.

⁶⁵ T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 34 i n.; tenże, *Poczęcie...*, op. cit., s. 105 i n. Planowanie rodziny - cokolwiek miałoby akurat znaczyć, jest przy tym uważane za podstawę roszczeń; podnosi się wręcz., iż „sprawy te związane są przecież nie tyle z lecznictwem, co planowaniem rodziny” (T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 23 i s. 105 i n.; dla uzasadnienia rozciągnięcia obowiązku odszkodowawczego również wobec ojca dziecka). Bardzo podobnie M. Nesterowicz, *Glosa SN I*, op. cit., s. 532, gdzie obce orzecznictwo przytoczone jest również jako argument obowiązywania „prawa do planowania rodziny”; jego podstawę stanowią także tytuł ustawy i jej preambuła (podkr. moje). Zob. także M. Kowalski, *Koncepcja prawa do planowania rodziny w systemie dóbr osobistych*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 5, s. 60, gdzie również fragment preambuły uopropwdpc (nazwany „preambulą”) oraz, jak się zdaje, prywatne przekonanie Autora co do tego, że „aktualny katalog dóbr osobistych nie zapewnia wystarczającej ochrony sfery życia człowieka związanej z planowaniem potomstwa” nazwano „wyraźnymi podstawami normatywnymi”. Na okoliczność, że prawo do planowania rodziny w systemie niemieckim obejmuje m. in. możliwość określenia przez rodziców „w jakim zakresie gotowi są poddać się obciążeniu finansowym, które przynoszą ze sobą dzieci” T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie...*, op. cit., s. 65.

⁶⁶ Najściślej T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 42.

„wyraźnymi podstawami normatywnymi”⁶⁷, a w jednym przypadku nawet tytuł ustawy o planowaniu rodziny (...). Powyższy poglądy łamią bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia niesporne jak dotąd założenia co do normatywnego charakteru tekstów prawnych, na gruncie których preambuły, ich wyrwane z kontekstu fragmenty, a tym bardziej tytuły ustaw nie mogą stanowić samoistnego źródła praw i obowiązków⁶⁸. Twierdzi się przy tym, że *de lege lata* prawo do aborcji służy, przynajmniej między innymi, uniknięciu kosztów utrzymania niechcianego dziecka⁶⁹, niczym nieuzasadnioną hipotezę co do *ratio legis* przepisu czyniąc podstawą czyjejś odpowiedzialności.

Rekonstrukcja tego przypadku komparatystyki prawotwórczej ukazuje dalsze osobliwości. Na gruncie systemów S1-Sn norma nakazująca zapłacić odszkodowanie obejmujące w szczególności koszty utrzymania i wychowania dziecka podmiotowi, który w taki czy inny sposób uniemożliwił wykonanie aborcji, uzasadniona jest między innymi przyznaniem przez systemy S1-Sn określonego prawa podmiotowego P. Prawo to, które wynika z szeregu przepisów prawnych (P1-Pn), orzeczeń sądów konstytucyjnych (W), uznanych przez prawodawcę i większość adresatów norm ocen aksjologicznych i założeń ontycznych ma być argumentem za przyznaniem przez prawodawcę polskiego prawa podmiotowego takiej samej treści (choć o węższym zakresie) w sytuacji, gdy nie obowiązują żadne przepisy na gruncie których uznanie takiego prawa byłoby możliwe, gdy orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego *expressis verbis* stwierdza, że „prawo do planowania rodziny” ma jedynie swój aspekt pozytywny - nie można bowiem planować tego co już jest (na podstawie przyjętych założeń ontycznych i związanych z nimi ocen aksjologicznych rodzina „jest” od chwili poczęcia dziecka), gdy

⁶⁷ M. Kowalski, *Koncepcja...*, op. cit., s. 60

⁶⁸ Co do preambuł zob. np. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 369 i n.; tenże, *Uzasadnienie aktu prawodawczego*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 1, s. 28; Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1960, nr 1, s. 111. Najszerzej S. Lewandowski, *Charakter normatywny preambuł*, „Studia Iuridica” 1998, t. XXXVI, *passim* i podana tam literatura Autor podkreśla wyjątkowość sytuacji, w której z preambuły można wyinterpretować jakąś normę; dotyczyć to ma wyłącznie „preambuł merytorycznych” na gruncie typologii zaproponowanej przez tego Autora Wyinterpretowana norma nie może być przy tym podstawą jakiegokolwiek rozstrzygnięcia Przyjmując typologię i wnioski S. Lewandowskiego należy stwierdzić, że mający rzekomo stanowić podstawę czyichś praw fragment preambuły uproszczony ma charakter motywacyjno-teleologiczny i nie stanowi podstawy dla obowiązywania jakiegokolwiek normy w systemie; w szczególności takiej, której naruszenie miałoby skutkować potencjalnie wielomilionową sankcją odszkodowawczą. Szersze dowodzenie, że tytuł ustawy nie stanowi podstawy do wyinterpretowania jakiegokolwiek normy, jest zbędne.

⁶⁹ T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 42.

wreszcie pogląd przeciwny został uznany przez TK 97 za niezgodny z Konstytucją z kilkunastu powodów Argumentacja przebiega więc tu według schematu „ $\{[S1-Sn(P1-Pn \wedge W \wedge \sim O \wedge \sim ZO) \rightarrow P] \rightarrow N\} \rightarrow SP(P \rightarrow N)$ ”, gdy wiadomo, że $SP[(\sim P1-Pn) \wedge \sim W \wedge O \wedge ZO]$.

Niekiedy odwołania do obcych systemów jedynie pośrednio wywierają wpływ na wykładnię, prowadząc do konstruowania kategorii pojęciowych o wyraźnym zabarwieniu ocennym, nieznanym polskiej dogmatyce. Przykładowo jeden z wyroków Sądu Najwyższego RFN został uznany za „dobrą ilustrację zaawansowanego poziomu niemieckiej judykatury „medycznej”⁷⁰. Autor, wyraźnie wiążąc zaawansowanie judykatury niemieckiej z brakiem zaawansowania polskiej pomija okoliczność, iż podstawowym kryterium kwalifikacji decyzji sądowych jest nie ich „zaawansowanie”, a praworządność⁷¹. Decyzje podmiotów stosujących prawo w ogromnym uproszczeniu wtedy są praworządne, jeśli znajdują uzasadnienie w obowiązujących na gruncie danego systemu normach prawnych. Tymczasem „zaawansowane orzeczenie” zostało wydane na gruncie co najmniej kilku założeń nieadekwatnych dla polskiego systemu, tj. przyznania każdemu prawa podmiotowego do sterylizacji „dla wygody”, obowiązywania doktrynalnej koncepcji tzw. „sfery ochronnej umowy”⁷², tezy, że zapłodnienie do którego doszło wbrew woli kobiety stanowi naruszenie jej ciała czy tezy, stanowiącej chyba bardziej ocenę aksjologiczną niż jakąś normą oraz że sterylizacja „dla wygody” „służy planowaniu rodziny” (cokolwiek miałyby to wyrażenie oznaczać). Tym samym funktor nazwotwórczy „zaawansowane” znajduje odniesienie nie do dogmatycznych walorów orzeczenia na gruncie systemu polskiego, a niemieckiego. Sam fakt obowiązywania różnych norm w różnych systemach zdaje się natomiast

⁷⁰ Zob. T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie*..op. cit., s. 59.

⁷¹ Zob. zwłaszcza Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 291 (w kontekście wykładni językowej) i s. 476 i n. ; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa* Warszawa 1988, s. 82 i n.

⁷² T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 107 i n. Autor odnosząc się do krytycznych uwag A Kocha, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 111 i n. stwierdza, że są one „niesłuszne”, gdyż koncepcja „sfery ochronnej umowy” nie grozi nadmiernym rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności, ale ten zakres ogranicza. Chyba niemożliwe jest zrozumienie, jak „sfera ochronna umowy” ma ograniczać zakres odpowiedzialności, skoro została wykorzystana m. in. dla jej rozszerzenia tak, aby podmiotem uprawnionym do odszkodowania był także ojciec dziecka Skądinąd podstawowym zarzutem wobec „Normzwecklehre” wysuniętym przez A Kocha (do którego T. Justyński w żaden sposób się nie odnosi) jest fakt, że teoria ta jest teorią bezprawności, a nie związku przyczynowego.

nie upoważniać do oceniania orzecznictwa opartego na tych różnych normach jako zaawansowanego albo niezaawansowanego⁷³. Powyższa argumentacja stanowi być może nieuświadomioną próbę stworzenia projektującej definicji predykatu „być orzeczeniem na zaawansowanym poziomie”. Brzmiałaby ona mniej więcej tak: „x jest orzeczeniem na zaawansowanym poziomie, jeśli x jest zgodne z założeniami jakiegoś obcego systemu”, gdzie „x” to zmienna przebiegająca zbiór orzeczeń sądów polskich. Definicja wywiera przy tym pośredni, aczkolwiek ewidentny wpływ na wykładnię, który przejawia się w perswazyjnej presupozycji, że orzeczenia nie spełniające definicji są niezaawansowane, i stąd (entymematycznie) godne modyfikacji.

3.3. Odrębny charakter ma prawdopodobnie jedyna wypowiedź metajęzykowa uznająca trafność konkretnego przypadku komparatystyki prawotwórczej. Warto przytoczyć ją *in extenso*. „Rozważania [SN II] są wnikliwe oraz interesujące, tym bardziej że Sąd Najwyższy umiejętnie wykorzystał bogaty dorobek judykatury zagranicznej. Dzięki temu dorobkowi dyskusja w prawie polskim może rozpocząć się od innego punktu wyjściowego niż toczona przed kilkudziesięciu laty za granicą. Wiele problemów zostało już przecież rozpoznanych oraz definitywnie rozwiązanych. W wielu kwestiach osiągnięto dale-

ko idącą zgodność poglądów”⁷⁴.

O powyższej tezie można napisać prawdopodobnie odrębny artykuł, należy jednak skoncentrować się na dwóch zagadnieniach. Po pierwsze, głosi się tu jak się zdaje postulat **receptji** określonych norm. Chyba niemożliwe jest inne rozumienie tezy, że skoro na gruncie określonych systemów obowiązuje określona norma, to jej obowiązywanie należy przyjąć na gruncie prawa polskiego, ponieważ problemy z tą normą związane zostały na gruncie obcych systemów „definitywnie rozwiązane”. O problemie receptji będzie mowa we wnioskach; w tym miejscu należy skoncentrować się na drugim zagadnieniu, mianowicie postulatowi **rewolucji naukowej**, którą chyba nieświadomie głosi Autor. Na gruncie powyższej wypowiedzi zerwany został bowiem paradygmat w ogromnym uproszczeniu mówiący, że w nauce problemów „rozwiązanych definitywnie” nie ma i w związku z tym każde twierdzenie może zostać poddane badaniu przez każdego innego badacza na okoliczność swej trafności, funkcjonując

⁷³ O założeniu aksjologicznej równości systemów w badaniach komparatystycznych zob. R. Tokarczyk. *Komparatystyka...*, op. cit., s. 260.

⁷⁴ T. Justyński, *Glosa SN II*, op. cit., s. 111. Skądinąd tenże jeszcze rok wcześniej uważał zagadnienie za „niezwykle skomplikowane jurydycznie” (T. Justyński, *Glosa SN I*, op. cit., s. 122 i n.).

w nauce dopóki, dopóty jego nietrafność nie zostanie wykazana. Z powyższej wypowiedzi (i wypowiedzi ją poprzedzających, zob. cytowany artykuł) wynika bowiem, że pewne zdanie deontyczne: „niewykonanie niezakazanej *de lege lata* aborcji rodzi obowiązek odszkodowawczy, a szkodę stanowią zwłaszcza koszty utrzymania i wychowania urodzonego dziecka ponoszone przez jego rodziców” wchodzi do nauki - jako wynik „definitywnego” rozwiązania problemu dogmatycznego - na stałe i nie może podlegać już falsyfikacji. Postulat ten zdaje się również stanowić bardzo śmiało nawiązanie do metodologicznego postulatu nakazującego podejmowanie starań dla integrowania ze sobą różnych dyscyplin naukowych. Dogmatyka prawa cywilnego została tu bowiem bardzo ściśle zintegrowana z teologią, gdzie również pewne zdania deontyczne, jako orzekające o normach ustanowionych przez nieomylnego, wszechwiedzącego i absolutnie dobrego Boga wchodzi do systemu „definitywnie”.

IV Wnioski

Niniejsza praca uczyniła przedmiotem dalece szkicowej i nieroszczącej pretensji do zupełności analizy schemat argumentacyjny nazwany projektują- co „komparatystyką prawotwórczą”. Wydaje się, że szkic upoważnia do sformułowania kilku wniosków, które wychodząc od reguł poprawnej argumentacji komparatystycznej przyjętej w kulturze prawnej, będą stanowić próbę zinterpretowania powyższego schematu na gruncie założeń co do metod prowadzenia wykładni i jej przedmiotu, teorii prawa, semiotyki, teorii argumentacji oraz rudymenarnych założeń dotyczących różnicy pomiędzy działalnością naukową a działalnością nie - naukową. Wyprowadzenie możliwie dobrze uzasadnionych wniosków zdaje się wymagać wyodrębnienia trzech typów komparatystyki prawotwórczej; zasadą typologii jest stopień naruszenia założeń co do sposobu prowadzenia wykładni.

Komparatystyka prawotwórcza w swej najłagodniejszej wersji zdaje się stanowić argument funkcjonalny na rzecz przyjęcia obowiązkiwania normy N w systemie polskim. Wobec szeregu faktów, takich jak niezgodność, a niekiedy sprzeczność norm dotyczących aborcji, które obowiązują w systemie polskim i w systemach obcych, sprzeczności założeń ontycznych dotyczących płodu/ nienarodzonego dziecka i związanych z nimi ocen preferencyjnych przypisanych polskiemu prawodawcy i prawodawcom obcym, kontekstu historycznego, zwłaszcza wpływu de- penalizacji aborcji w innych systemach (w tym w szczególności precedensu Roe/Wade w USA), kontekstu społecznego, w tym zwłaszcza zinternalizowanych w różnych systemach niezgodnych norm moralnych przez adresatów norm tych

systemów⁷⁵ należy stwierdzić, że **jeśli obowiązywanie normy N (lub obiektów stanowiących jej uzasadnienie, np. „prawa do planowania rodziny”) stanowi argument funkcjonalny na rzecz jakiejś tezy, to tezy o nieobowiązywaniu normy N w systemie polskim**. Należy jednak zastrzec, że taki argument sam przez się nie rozstrzyga sporu na rzecz nieobowiązywania normy N w systemie polskim.

Wnioski płynące ze szkicowej analizy komparatystyki prawotwórczej w jej najmniej skrajnej wersji nie wyczerpują się jednak w stwierdzeniu jej nietrafności. Komparatystyka ta czyni bowiem argumentem na rzecz obowiązywania normy N w systemie polskim różne obiekty uzasadnione aksjologicznie oceną preferencyjną $\sim O$, gdy tymczasem w systemie polskim prawodawcy należy przypisać ocenę O . Zdaje się to prowadzić do sprzeczności aksjologicznej w systemie, co zresztą już wiele lat temu szeroko uzasadniał M. Safjan. W tym miejscu można jedynie dalece skrótowo zauważyć, że nie jest chyba możliwe pogodzenie oceny O przyjętej przez polskiego prawodawcę z tezą, jakoby koszty utrzymania i wychowania dziecka urodzonego na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji były szkodą; ponieważ teza ta zdaje się, swobodnie mówiąc, implikować ocenę $\sim O$ {„nie jest tak, by życie człowieka - nawet tego już urodzonego - było ważniejsze od statusu majątkowego lub psychicznego innego człowieka [ponieważ koszty tego życia są szkodą dla innego podmiotu]”}⁷⁶.

W skrajniejszym ujęciu komparatystyka prawotwórcza przechodzi do porządku dziennego nad niekwestionowanym od dziesięcioleci obowiązkiem rozpoczęcia procesu wykładni od zastosowania dyrektyw językowych. Obowiązujące w Polsce przepisy są wprawdzie przytaczane, lecz nie podejmuje się nawet próby przydania im znaczenia na gruncie reguł semantycznych i syntaktycznych języka ogólnego głosząc, że wynika z nich jakaś norma czy prawo podmiotowe, ponieważ norma ta czy prawo podmiotowe jest przyjmowana prawie wszędzie

⁷⁵ Jak trafnie zauważono w doktrynie (zob. np. L. Bosek, op. cit., s. 36 i n.; A. Górski, op. cit., s. 30; M. Wiącek, op. cit., s. 174 i n. M. Wild, op. cit., s. 51;), a fakt ten dostrzega również T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 213, aborcja jest uważana powszechnie za zło - niechby i w skrajnych sytuacjach „mniejsze” (S. Rudnicki, Głosa SN I, s. 475 i n.) - a nie godny moralnej aprobaty akt samostanowienia, nazwany w jednym miejscu wręcz „uświęconym prawem”.

⁷⁶ Odmienne najszerzej T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 52 i n. Do powyższego należy dodać, że sama konstrukcja skarg zakłada odpowiedzialność za urodzenie dziecka „niechcianego”, co pogłębia aksjologiczne rozdarcie systemu. Stosunek psychiczny jednego podmiotu do drugiego, będący dotąd jedynie bardzo smutnym stanem faktycznym, któremu racjonalny aksjologicznie prawodawca starał się w ten czy inny sposób zaradzać (np. poprzez pomoc dla rodzin zastępczych) został jak się zdaje uznany za relewantne na gruncie prawa cywilnego zdarzenie prawne.

tam, gdzie np. „dochodzi do [podobnych] procesów”. Ignorowane są także niekwestionowane jak dotąd założenia teoretycznoprawne, choćby takie, że tytuły ustaw lub wyrwane z kontekstu fragmenty preambuł nie stanowią „wyraźnych podstaw normatywnych” dla jakiegoś prawa podmiotowego i skorelowanego z nim obowiązku.

W swej wersji najskrajniejszej komparatystyka prawotwórcza nie trudzi się już nawet przytoczeniem obowiązujących w polskim systemie przepisów, wywodząc obowiązywanie *de lege lata* jakiś norm np. z „podobnego stanowiska sądów amerykańskich”. Nie trzeba szerzej udowadniać, że art. 87 i n. Konstytucji nie znają takiego źródła prawa jak „podobne stanowisko sądów amerykańskich”. Próba zinterpretowania komparatystyki w tym ujęciu musi chyba doprowadzić do tezy, że jest ona raczej próbą dokonania recepcji norm, których obowiązywanie byłoby pożądane przez kilku przedstawicieli doktryny na gruncie prywatnego moralnego sprzeciwu tych podmiotów wobec norm obowiązujących w polskim systemie. Szersze dowodzenie, że podmiotom tym nikt kompetencji do działań walidacyjnych nie udzielił, wydaje się zbędne⁷⁷.

Próbując natomiast wyjaśnić komparatystykę prawotwórczą, przynajmniej w jej najskrajniejszej wersji, na gruncie teorii prawa, właściwym narzędziem wydaje się koncepcja H.L.A. Harta. Otóż podmiot, który wykładni danego przepisu nawet nie próbuje dokonać albo w toku interpretacji powołuje się na oceny sprzeczne z tymi, które stanowią jego niekwestionowane uzasadnienie aksjologiczne⁷⁸, sam wyklucza się poza obowiązujący system prawny i poza ukształtowaną na jego gruncie kulturę prawną. Podmiot taki nie dokonuje bowiem „wykładni” w znaczeniu przypisanym temu terminowi przez kulturę prawną, a kwalifikuje dany akt normatywny „spoza” systemu. Mówiąc językiem H. L. A. Harta, podmiot taki

⁷⁷ Nawet gdyby powyższy wniosek okazał się nietrafny, a komparatystyka prawotwórcza traktowała obiekty takie jak „podobne stanowisko sądów amerykańskich” nie jako fakt normotwórczy relewantny dla polskiego systemu, a [po prostu] jako pewien fakt, stanowiłaby w takim przypadku, jak się wydaje, ewidentny przykład błędu naturalistycznego.

⁷⁸ W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na fragment uzasadnienia SN I, gdzie skład orzekający odwołał się do poglądów „upodmiotowujących kobietę w sprawach pro- kreacji, sprzeciwiających się jej instrumentalnemu traktowaniu”. Wyrażenia tego, wzięwszy pod uwagę również kontekst wypowiedzi, nie można chyba rozumieć inaczej, niż jako „odwołanie się do panujących w określonych kręgach społeczeństwa opinii na temat prawa do aborcji” (S. Rudnicki, Wybrane problemy..., s. 279). Nie wydaje się zadaniem prac prawniczych podejmowanie prób rozstrzygnięcia, które ze sprzecznych ocen aksjologicznych aborcji są słuszne, niemniej jeśli analizowana w teorii prawa formuła „x jest niepraworządnym stosowaniem prawa” może być kiedykolwiek spełniona, to uzasadnienie składu orzekającego, który odwołuje się w procesie interpretacji danej normy do ocen, na gruncie których ta norma **w ogóle nie powinna obowiązywać, jest niepraworządnym stosowaniem prawa.**

przyjmuje względem systemu eksternalny (zewnętrzny) punkt widzenia⁷⁹; nie uznaje przepisów **za prawo**, któremu winien jest posłuszeństwo, a za obiekt jakiegoś innego rodzaju, który z racji jego np. rzekomej niesłuszności czuje się upoważniony ignorować.

Odrębnym zagadnieniem jest charakter semiotyczny komparatystyki prawotwórczej. Przynajmniej niektóre wypowiedzi stanowią mniej lub bardziej ewidentną **ocenę** polskiego systemu prawnego, zwłaszcza obowiązującej w nim normy Na; względnie jakiś sformułowany entymematycznie wniosek *de lege ferenda*⁸⁰. Nic nie stoi oczywiście na przeszkodzie formułowaniu takich wniosków pod adresem ustrojodawcy, niemniej nazywanie ich „wykładnią” stanowi nieporozumienie. Jeszcze ostrzej osobliwość komparatystyki prawotwórczej widoczna jest w przypadkach, w których dane wyrażenie poprzedzone jest funktorem in- tensjonalnym, co każę traktować je raczej jako ekspresję prywatnych przekonań moralnych, niż poddające się intersubiektywnej weryfikacji zdanie.

Komparatystykę prawotwórczą należy również zakwalifikować pod kategorie pojęciowe skonstruowane przez teorię argumentacji. Schemat wnioskowania będący chyba cechą swoistą rozumowań stanowiących desygnat nazwy „kom- paratystyka normatywna” stanowi przykład popularnego sofizmu „z powszechnego mniemania”. Z tego, że większość sądzi, że *p* wnosi się, że *p*⁸². Oczywiście należy zastrzec, że schemat wnioskowania „z powszechnego mniemania” nie zawsze przybiera postać sofizmu; więcej, nie ma chyba pracy naukowej, która nie powołałaby się na „*communis opinio*” panujące co do jakiegoś zagadnienia. Poprawne powołanie się podmiotu P na „*communis opinio*” podmiotów P2-Pn dotyczy jednak

⁷⁹ Co do zewnętrznej oceny prawa z punktu widzenia określonych wartości zob. zwłaszcza J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 83; por. także H. L. A. Hart, *Pojęcia prawa*, Warszawa 1998, s. 144 i n.

⁸⁰ O wypowiedziach zabarwionych ocennie, służących przede wszystkim wyrażeniu aprobaty albo dezaprobaty w prawoznawstwie zob. Z. Ziemiński, *Rodzaje sporów w prawoznawstwie*, „Studia Metodologiczne” 1968, nr 4, s. 173.

⁸¹ O cechach swoistych w relacji do cech istotowych desygnatów nazw zob. J. J. Jadacki, *Spór o granicę języka*, Warszawa 2005, s. 106.

⁸² Zob. np. K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2005, s. 242. Sofizmat ten można uznać za szczególny typ sofizmu „z autorytetu” (*ad verecundiam*); „autorytetem” jest w tym przypadku nie konkretny podmiot, lecz zdanie większości; tak jak się zdaje A. Schopenhauer, *Erystyka, czyli sztuka prowadzenia sporów*, Warszawa 2000, s. 92 i n. („sposób 30”). Rzecz wymaga dalszych badań - które o ile udało się ustalić nie były prowadzone - bo uznanie wyrażenia „zdanie większości” za podpadające pod nazwę „autorytet”, dosłownie rzecz biorąc jest nonsensem (syntaktycznym), a w najlepszym razie metaforą. Problem chyba zniknie, jeśli za „autorytet” będzie można uznać także zbiór podmiotów, a za „powszechną opinię” - opinię żywioną przez większość podmiotów z jakiegoś zbioru.

poglądów, które mogą zostać przyjęte przez podmiot P⁸³, a nie obowiązywania norm w systemach, które pod niektórymi przynajmniej względami nie mają z systemem polskim nic wspólnego. Argument, że w większości państw roszczenia takie są uznawane i aprobowane przez doktrynę (jakkolwiek wydaje się, że w przeciągu ostatnich kilku lat niektóre z tych państw zaczynają rewidować swoje stanowisko⁸⁴) nie stanowi żadnego argumentu na rzecz ich uznawania na gruncie systemu polskiego. Podobnie np. możliwość rozwiązania małżeństwa przez mężczyznę poprzez list rozwodowy w państwach islamskich, zapewne znajdująca bardzo gorącą aprobatę w tamtejszej doktrynie, nie stanowi żadnego argumentu na rzecz obowiązywania takiej normy w systemie krajowym.

Komparatystyka prawotwórcza zdaje się stanowić zagrożenie nie tylko dla normatywnej i aksjologicznej spójności systemu obowiązującego prawa, lecz również dla dogmatyki prawa cywilnego. Po pierwsze, bez szerszego uzasadnienia uznaje się zasadność obowiązywania obcych konstrukcji doktrynalnych, wykształconych na gruncie obcych systemów. Znowu należy zastrzec, że nic nie stoi oczywiście na przeszkodzie uznaniu zasadności np. koncepcji „sfery ochronnej” umów zobowiązaniowych, która to konstrukcja służy m. in. uzasadnieniu rozciągnięcia obowiązku odszkodowawczego również wobec ojca dziecka (męża matki?). Zasadnym byłoby chyba jednak przedstawienie jakiś argumentów wychodzących poza rzekomą słuszość skutków do jakich ta konstrukcja ma prowadzić i podjęcie choćby próby polemiki z poglądami, które już kilkadziesiąt lat temu uznały niezasadność i nieadekwatność tej koncepcji na gruncie rodzimego systemu. Nie od rzeczy byłaby chyba również chociaż próba wyobrażenia sobie, do czego recepcja konstrukcji stworzonej m. in. dla przezwyciężenia mankamentów związanych z wąskim ujęciem deliktu na gruncie § 823 BGB, może doprowadzić w systemie, gdzie przyjęto szerokie unormowanie art. 415 kc⁸⁵. Niekiedy bywa i tak, że dwie konkurujące ze sobą konstrukcje uzasadniające obowiązek odszkodowawczy na

⁸³ Zob. np. Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, Warszawa 2004, s. 106 i n.

⁸⁴ Co dotyczy Wlk. Brytanii i Hiszpanii, gdzie ostatnio powództwa z tzw. „*wrongful birth*” zostały oddalone, zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za wrongful conception, wrongful birth, wrongful life w orzecznictwie europejskim (2000-2005)*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 21 i n. (angielskie orzeczenie wprowadzając radykalną zmianę w dotychczasowym stanie rzeczy zostało określone mianem „konserwatyizmu”).

⁸⁵ O osobliwościach niemieckiego reżimu odpowiedzialności kontraktowej na tle unormowań europejskich zob. np. R. Zimmermann, op. cit., s. 32 i n. Na tle powyższego zob. F. Bossowski, *Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego*, Kraków 1925, s. 7, gdzie opisuje się postępowanie prawników rzymskich, którzy „w instytucje prawa rzymskiego wciskali, świadomie czy nieświadomie, greckie pojęcia prawne”. Analizowana w pracy metodologia nie jest więc jak widać zjawiskiem nowym.

gruncie systemu obcego („pokrzyżowanie planowania rodziny” i „sfera ochronna umowy”), które na gruncie tego systemu zdają się wzajem wykluczać; a przynajmniej konkurować⁸⁶, przyjmowane są jako zarazem obowiązujące w systemie polskim. Uderzająco nieadekwatne wydają się także kalki konstrukcji dogmatycznych wykształconych w *common law*, pomijające m. in. fundamentalne różnice pomiędzy systemami prawa kontynentalnego a *common law* oraz niezgodności w zakresie kluczowych pojęć bezpośrednio wpływających na wykładnię, zwłaszcza niezgodne z polskim rozumieniem zasad prawa czy podstawowych instytucji prawa cywilnego, np. związku przyczynowego⁸⁹.

Co jednak wydaje się najważniejsze, komparatystyka prawotwórcza w swej wersji metajęzykowej, uznając pewne już *prima facie* niezwykle trudne problemy za „rozwiązane definitywnie”, zdaje się godzić w najbardziej elementarne intuicje i założenia związane z nauką. Wydaje się bowiem, że w nauce rozumianej jako - mówiąc nieco mętnie - obowiązek nieustannego poszukiwania prawdy, problemów „definitywnie rozwiązanych” *ex definitione* nie ma

Kończąc należy podkreślić, że jeśli powyższe analizy zostaną uznane za trafne, okoliczność ta nie pociągnie za sobą konieczności uznania za nietrafne poglądu przyjmującego istnienie obowiązku odszkodowawczego obejmującego koszty utrzymania i wychowania urodzonego na skutek niewykonania niezaka-

⁸⁶ Zob. T. Justyński, *Poczucie...*, op. cit., s. 108.

⁸⁷ Zob. zwłaszcza R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Kraków 2003, *passim* (o osobliwościach prawa deliktowego s. 223 i n.). Zob. także np. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 343 (gdzie podkreślono powszechną praktykę opierania argumentacji na przekonaniach przyjętych w danym środowisku); Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, op. cit., s. 75; M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 6, s. 70. M. Ancel, op. cit., s. 119 podkreśla, że *common law* to nie tylko system prawa, ale także „sposób życia czy myślenia i działania, które wykraczają poza ramy techniki prawnej”. Z drugiej strony obserwowane jest jednak zbliżanie się do siebie obu koncepcji prawa, zob. np. A. Piotrowski, *Precedens w systemie polskiego prawa ustawowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, nr 4, s. 79. Zob. także R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 73 i n. i s. 250 i n.; na s. 255 *expressis verbis* wskazując na ryzyko wykładni *contra legem* przy porównywaniu prawa kontynentalnego z *common law*. O fundamentalnych różnicach w doktrynalnych uwarunkowaniach systemów zob. R. Zimmermann, op. cit., s. 19. W kontekście obowiązku odszkodowawczego zob. zwłaszcza R. Trzaskowski, op. cit., s. 12 i n.

⁸⁸ Zob. zwłaszcza R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, *passim*. Zob. także np. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Warszawa 1993, s. 89.

⁸⁹ A. Peczenik, *W obronie dogmatyki prawa* [w:] W kręgu teoretycznych i praktycznych apeksów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa profesora Bronisława Ziemiańskiego, Szczecin 2005, s. 75; podkreślając jednak, że odmienne koncepcje prowadzą najczęściej do zbieżnych wyników. Co do podobieństw i rosnących zbieżności między systemami R. Zimmermann, op. cit., s. 25 i n.

zanej aborcji dziecka. Zadaniem niniejszej pracy było bowiem podjęcie próby obalenia jednego z argumentów wysuwanych na poparcie tego poglądu, a nie polemika z samym poglądem.

ABOUT THE COMPARATIVE ARGUMENTATION IN THE RESEARCH ON A BIRTH OF A CHILD BORN IN EFFECT OF AN UNPERFORMED NON-BANNED ABORTION, AS A SOURCE OF A LIABILITY FOR COMPENSATION

There is a current discussion in Polish civil law whether an unperformed non-banned abortion can result in the formation of a liability for compensation, which includes in particular the costs of maintenance and upbringing of a born child. The aim of this article is not a research on the mentioned problem, but an attempt of analysis of one of the arguments used in the discussion.

A formation of the liability for compensation has been accepted in foreign law orders, which can be presented as a proof of the existence of the same liability in Polish civil law. However, this argument, referred to as 'The normative compar- atistics', has been deemed as erroneous. First, norms of Polish law regarding abortion, according to which abortion is generally banned, are discordant and sometimes even contradictory to norms of law present in foreign legal systems in which abortion in principle is admissible. Second, discordant norms of law are justified in the light of discordant axiological values attributed to Polish legislator and foreign legislators; legislators were attributed preferential, instead of merit-related, opinions as, *inter alia*, definitely easier to determine and less disputable. Preferential axiological value attributed to Polish legislator was expressed in a way of following sentence: "life of a human [representative of the *Homo sapiens* species] before a birth is more important than financial position or mental state of other born human", whereas in foreign legal systems there is assumed preferential axiological value resulting in following sentence: "life of a human before a birth is not more important than financial position or mental state of other born human". Diversity of preferential axiological values originates from discordance or possible contradiction in ontic presuppositions regarding *nasciturus* assumed in Polish and foreign systems; on the ground of foreign systems there is assumed, simplifying, that *nasciturus* is not a human being. Finally, there are different social purposes, which these discordant and sometimes contradictory norms of law are designed to serve.

The research allowed formulating conclusions that pose an attempt to interpret obtained outcomes on the ground of - *inter alia* - the assumptions concerning the methods of interpretation and its subject, the theory of law, the semiotics and the theory of argumentation. With regard to the assumptions concerning the methods of interpretation and its subject there have been indicated three types of the normative comparatistics'; the level of infringement of the rules of the interpretation accepted in Polish law culture has been deemed as the criterion of typology. The first and the most common type infringes the assumptions of rules of the functional interpretation. The second - infringes the order of the linguistic guidelines of interpretation and the third one rejects the hierarchy of Polish sources of the law and accepts as a source of a law - for example - verdicts of the foreign courts. The last type has been recognized as an attempt to introduce of the foreign laws into the Polish legal system by the subjects, which do not exercise legislative power. With respect to the theory of law, on the basis of the H. L. A. Hart's concept, it has been regarded that subjects attempting to adopt foreign laws to Polish legal system assume so called "external point of view" in reference to norms of law which are not in accordance with adopted norms of law. With regard to the semiotics, at least some of analyzed opinions do not have the nature of deontic propositions, but the nature of assessment (values) of Polish legal system. Eventually, with respect to the theory of argumentation, the normative comparatistics' takes the form of the "generally accepted view - fallacy", which is considered as a particular type of so called "appeal to authority - fallacy" (*argumentum ad verecundiam*).

A research on the rightness of thesis, which is accepted by some scholars that unperforming of non-banned abortion may result in the formation of a liability for compensation, which includes also the costs of maintenance and upbringing of a born child, was not the purpose of this work. Therefore, possible refutation of the comparative argument will not entail refutation of the thesis, which is supported by other arguments as well.