

„Wolałbym nie istnieć niż żyć w takim stanie”. O koncepcji krzywdy opartej na racjonalnej preferencji Joela Feinberga

Joanna Różyńska, Uniwersytet Warszawski

Czy można skrzywdzić osobę powołując ją do istnienia we wrodzonej chorobie lub niepełnosprawności? To pytanie od lat jest przedmiotem sporów w literaturze etycznej i prawniczej. Standardowa koncepcja krzywdy kontrfaktycznej nie sprawdza się bowiem na gruncie wyborów prokreacyjnych, przede wszystkim ze względu na tzw. problem nie-istnienia oraz problem nie-tożsamości. Celem niniejszego artykułu jest krytyczne przeanalizowanie alternatywnej koncepcji krzywdy wypracowanej przez Joela Feinberga – krzywdy opartej na racjonalnej preferencji. Wykazane zostanie, że koncepcja ta jest oporna na problem nie-istnienia. Rodzi jednak wiele problemów interpretacyjnych i teoretycznych, w szczególności nie jest w stanie w sposób satysfakcjonujący rozwiązać problemu nie-tożsamości.

Joel Feinberg jest filozofem prawa i autorem jednej z pierwszych prawno-etycznych analiz roszczeń odszkodowawczych z tytułu „*wrongful life*”. Roszczenia te pojawiły się w latach 60-tych XX wieku w amerykańskiej praktyce sądowej wraz z rozwojem poradnictwa i diagnostyki prenatalnej¹. W sprawach tych małoletni powodowie, reprezentowani przez przedstawicieli ustawowych, domagają się odszkodowania finansowego od lekarzy (genetyków), którzy w sposób zawiniony nie poinformowali lub błędnie poinformowali ich rodziców o prawdopodobieństwie wystąpienia u potomstwa wad rozwojowych lub genetycznych, a tym samym pozbawili ich

1 Blżej o doświadczeniach judykatury amerykańskiej oraz sądów europejskich i polskich z roszczeniami z tytułu „*wrongful life*” zob. np. J.K. Mason, *The Troubled Pregnancy. Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 189–237; M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998, s. 206–225; T. Justyński, *Poczęcia i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 225–291; Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za *wrongful conception*, *wrongful birth*, *wrongful life* w orzecznictwie europejskim (2000–2005)*, „Prawo i Medycyna” 2007, vol. 9, nr 2, s. 19–38; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, LexisNexis Polska, Warszawa 2012, s. 356–383.

możliwości (legalnego) zapobieżenia przyświeciu chorych dzieci na świat. Żądają finansowej rekompensaty za *krzywdę istnienia*² - za sam fakt przyświecia na świat w chorobie lub niepełnosprawności, której nie można było zapobiec inaczej jak tylko zapobiegając ich poczęciu lub narodzinom; za życie obciążone bólem, cierpieniem, ograniczeniami, i wiążące się ze szczególnymi potrzebami oraz kosztami.

Choć rozważania Joela Feinberga na temat podstaw i zakresu odpowiedzialności osób, których działania lub zaniechania doprowadziły do narodzin ciężko chorych lub upośledzonych dzieci, są nierozdzielnie związane z zagadnieniami prawnymi, stanowią one punkt odniesienia niemal dla wszystkich współczesnych etyków zajmujących się problemem moralnej odpowiedzialności rodziców za jakość życia przyszłego potomstwa oraz rolą zasady niekrzywdzenia na gruncie etyki prokreacyjnej. W niniejszym artykule przyjrę się bliżej ostatniej z wymienionych kwestii, koncentrując się na pytaniu czy można wyrządzić krzywdę osobie powołując ją do życia w złej kondycji zdrowotnej. Najpierw przedstawię klasyczną koncepcję krzywdy, w ujęciu Feinberga, i omówię trudności, jakie rodzi próba jej zastosowania do wyborów prokreacyjnych. Następnie, krytycznie przeanalizuję propozycje przezwyciężenia tych problemów przedstawione przez tego autora, w szczególności sformułowaną przez niego w późniejszym okresie twórczości koncepcję krzywdy opartej na racjonalnej preferencji.

1. Klasyczna koncepcja krzywdy

Aby udzielić odpowiedzi na te pytania, czy można kogoś skrzywdzić powołując go do istnienia we wrodzonej chorobie lub upośledzeniu, należy najpierw przyjrzeć się bliżej samej kategorii krzywdy, która – jak słusznie zauważa wielu autorów – jest pojęciem nieznośnie wieloznacznym³.

Według Joela Feinberga – autora jednej z najbardziej znanych i skrupulatnych analiz pojęcia krzywdy na gruncie prawa, do której odwołują się niemal wszyscy bioetycy i filozofowie moralności – krzywda oznacza „pokrzyżowanie, pogorszenie bądź zniweczenie [możliwości zaspokojenia przez jednostkę] interesu (*thwarting, setting back, or defeating of an interest*)”⁴. Mówiąc inaczej, krzywdą jest uszczerbek w dobrach,

2 W celu zachowania przejrzystości wywodu i spójności terminologicznej, w pracy posługiwać się będę przede wszystkim terminem „krzywda” (*harm*), choć na gruncie prawa (w szczególności, prawa polskiego) pojęciem nadrzędnym zakresowo jest termin „szkoda”. Tylko we fragmentach referujących zmagania sądów z powódzstwami odszkodowawczymi z tytułu „*wrongful life*” będę używać wyrażenia „szkoda”.

3 Zob. np. B. Bradley, *Analyzing Harm*, Rocky Mountain Ethics Congress, Colorado 2009, August 6-9, dostęp: http://www.colorado.edu/philosophy/center/rome/RoMe_2009_full_papers/Ben_Bradley_Analyzing%20Harm.doc; T.M. Benditt, *Benefit and Harm*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1976, vol. 37, nr 1, s. 116–120; M. Hanser, *The Metaphysics of Harm*, „Philosophy and Phenomenological Research” 2008, vol. 77, nr 2, s. 421–450.

4 J. Feinberg, *Harm to Others, The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. 4, Oxford University Press, Oxford 1987,

w których ktoś ma interes. Uszczerbek ten może polegać na zniszczeniu lub pogorszeniu stanu tych dóbr bądź też na zahamowaniu albo zatrzymywaniu ich przewidywanego przyrostu. Powyższa definicja odwołuje się do kategorii interesu, która wymaga kilku słów komentarza.

Pojęcie interesu jest jedną z podstawowych kategorii współczesnej etyki, zwłaszcza etyki konsekwencjalistycznej. Zdolność do posiadania interesów stanowi, zdaniem wielu zwolenników tego kierunku, warunek *sine qua non* posiadania przez jednostkę (jakiegokolwiek) statusu moralnego⁵. „Jeśli istota nie ma interesów – twierdzi Bonnie Steinbock – nie może mieć żadnych roszczeń wobec innych; niczego co inni są obowiązani, z perspektywy moralnej, brać pod uwagę”⁶. Czym są owe interesy? Literatura etyczna dostarcza wielu różnych odpowiedzi na to pytanie. Sam Feinberg udziela następującego wyjaśnienia: „Czyjeś interesy, ujmowane jako pewien różnorodny zbiór, składają się z tych wszystkich rzeczy, na których temu komuś zależy (*in which one has a stake*), natomiast czyjś interes, w liczbie pojedynczej – czyjś interes osobisty, interes własny (*self-interest*) – to interes w tym, aby wszystkie jego interesy w liczbie mnogiej były harmonijnie promowane i zaspokajane (*in the harmonious advancement*)⁷. Te interesy, czy może lepiej, rzeczy, w których ktoś ma interesy, stanowią wyróżnialne elementy składające się na pomyślność (*well-being*)⁸ tej osoby. Osoba ta kwitnie, gdy one kwitną; marnieje, gdy one mają się marnie. To, co promuje interesy, przynosi korzyść osobie, jest *w jej interesie*; co godzi w ich realizację, jest na szkodę tej osoby, jest *przeciwno jej interesowi*”⁹.

s. 33. Ponieważ słowo „interes” jest bardzo trudno przekładalne na język polski, omawiając dalej Feinbergowskie ujęcie krzywdy, posłużyłam się formułą opisową, odwołującą się do kategorii dobra, w którym ktoś ma interes.

- 5 Bliżej zob. np. P. Singer, *Etyka praktyczna* (tł. A. Sagan), Książka i Wiedza, Warszawa 2003, np. s. 34–35; B. Steinbock, *Life before Birth. The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford University Press, New York 1996, s. 9–41; M. Tooley, *In Defense of Abortion and Infanticide*, [w:] M.F. Goodman (red.), *What is a Person?*, The Humana Press Inc., Clifton NJ 1988, s. 86–99; M.A. Warren, *Do Potential People Have Moral Rights?*, [w:] R.I. Sikora, B. Barry (red.), *Obligations to Future Generations*, Temple University Press, Philadelphia 1978, s. 22, a także J. Feinberg, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, [w:] W.T. Blackstone (red.), *Philosophy and Environmental Crisis*, Athens, Georgia 1974, s. 43–68.
- 6 B. Steinbock, *Life before Birth*, dz. cyt., s. 10.
- 7 Feinberg celowo używa słowa „*advancement*”, a nie słowa „*fulfillment*”, aby uniknąć sugerowania, że istotą ludzkiej pomyślności jest ostateczne osiągnięcie przez jednostkę wszystkich aspiracji i celów. Niestety, z braku lepszego polskiego odpowiednika, zmuszona byłam przetłumaczyć „*advancement*” właśnie jako „promowanie i zaspokajanie”.
- 8 W języku polskim brak jest jednego, dobrego odpowiednika angielskiego terminu „*well-being*”. Jak zauważyła Weronika Chańska, słowo to jest rozmaicie tłumaczone w literaturze polskiej. Jacek Hołówka tłumaczy je jako „doskonale samopoczucie”, Wiesław Wędrzychowicz – jako „dobrostan”, a NFZ – jako „pozytywny stan”. (Zob. W. Chańska, *Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia w medycynie współczesnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009, s. 272, przypis 413.) W niniejszej pracy, za Chańską, będę tłumaczyła „*well-being*” jako „pomyślność”. Mam świadomość, że to polskie słowo nie oddaje w pełni bogactwa znaczeniowego terminu angielskiego. Wydaje się jednak, że jest mu ono stosunkowo najbliższe. Wyrażeniem „dobrostan” będę natomiast zastępować angielski termin „*welfare*”, który także sprawia wiele problemów translacyjnych.
- 9 J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 34.

Każdy człowiek ma bardzo liczne i różne interesy, które tworzą bogatą sieć wzajemnych powiązań i zależności¹⁰. Niektóre z nich mają fundamentalne znaczenie dla jego ogólnej pomyślności (jego interesu), inne mniejsze. Niektóre są trwałe i niezmiennie, inne pojawiają się i znikają na różnych etapach życia. Niektóre mogą być zrealizowane (bądź sformułowane) dopiero wtedy, gdy inne zostały już zaspokojone. Interesy o centralnym znaczeniu dla pomyślności każdego człowieka, które stanowią warunek *sine qua non* posiadania przez niego możliwości tworzenia i realizowania własnego planu dobrego życia, nazywa Feinberg „interesami dobrostanu” (*welfare interests*)¹¹. Kategoria interesów dobrostanu obejmuje, zdaniem filozofa, m.in. interes w tym, aby posiadać pewien minimalny poziom zdrowia fizycznego i psychicznego, który umożliwi „normalne” angażowanie się w stosunki społeczne i relacje przyjacielskie, interes w tym, aby mieć zapewniony pewien minimalny poziom bezpieczeństwa finansowego, interes w tym, aby żyć w znośnym środowisku społecznym i fizycznym oraz interes w tym, aby posiadać pewien minimalny zakres wolności¹². *Interesy dobrostanu* to, z jednej strony, „najważniejsze interesy, jakie osoba posiada, które domagają się ochrony, ponieważ jeśli nie są zaspokojone, osoba jest zgubiona. Z drugiej strony, dotyczą one bardzo przyziemnych dóbr, których posiadanie jest konieczne, ale zdecydowanie niewystarczające do tego, aby wieść dobre życie. Są one »podstawowymi warunkami pomyślności człowieka«, ale w żadnym wypadku nie są wszystkim, co składa się na tę pomyślność”¹³. Tym bowiem, co pozwala większości ludzi (i niektórym naczelnym) wznieść się ponad poziom „zwykłego dobrostanu” (*mere welfare*), jaki są w stanie osiągnąć wszystkie zwierzęta posiadające choćby rudymenarną zdolność odczuwania oraz rudymenarny aparat poznawczy¹⁴, ku prawdziwej pomyślności, jest zdolność posiadania wyższych interesów, które wyrastają z pragnienia osiągnięcia wyższych celów¹⁵. Te wyższe interesy są różne u różnych ludzi, choć część z nich powtarza się niemal u wszystkich. Niektóre z nich są napędzane pragnieniem posiadania dóbr, do których odnoszą się *interesy dobrostanu*, w stopniu przewyższającym poziom minimalny. Inne dotyczą zupełnie odmiennych dziedzin i są związane, na przykład, z życiem rodzinnym, zawodowym lub publicznym jednostki. Niektóre wyrastają z pragnienia akumulowania rzeczy materialnych, inne z chęci osobistego rozwoju, jeszcze inne z marzenia o sławie czy chwale. Wszystkie one (wraz z *interesami dobrostanu*), jeśli są harmonijnie promowane i zaspokajane, składają się na to, co czyni życie danej osoby, z jej własnej perspektywy, życiem pomyślnym, szczęśliwym.

10 Zob. tamże, s. 55–61.

11 Zob. tamże, s. 37, 57–59.

12 Tamże.

13 Tamże, s. 37.

14 Zob. J. Feinberg, *Obowiązki człowieka i prawa zwierząt* (tł. Z. Szawarski), „Etyka” 1980, vol. 18, s. 22–23.

15 Zob. J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 58–60.

Wróćmy do analizy pojęcia krzywdy. Według Feinberga, stwierdzenie, że „A skrzywdził B” („*A has harmed B*”) oznacza, że czyn A miał negatywny wpływ na interes własny B (*B's self-interest*); że na skutek zachowania A stan całej sieci interesów B, a mówiąc precyzyjniej, ogólny stan dóbr, w których B ma interesy, uległ pogorszeniu¹⁶. Ponieważ stan poszczególnych dóbr, w którym ktoś ma interesy, przekłada się na stan jego ogólnej pomyślności, dobrostanu (*sensu largo*), jakości życia, czy – jak pisze Feinberg – na jego interes własny, twierdzenie, że „A skrzywdził B” oznacza zatem, że w efekcie zachowania A osoba B znalazła się w sytuacji, w której ma niższy poziom pomyślności, dobrostanu, jakości życia czy gorszy stan interesu własnego¹⁷.

Wyobraźmy sobie, że na skutek działania Jana stan kilku dóbr, w których Janusz ma interesy, uległ pogorszeniu o 10 jednostek, a stan kilku innych uległ polepszeniu o 5 jednostek. Czyn Jana wyrządził zatem Januszowi krzywdę w wysokości 5 jednostek. „Jeśli interesy mogą być w ten sposób porównywane, to możemy mówić o przeważających korzyściach (*offsetting benefits*), a także o krzywdach netto (*net harms*) lub krzywdach w ogólnym rozrachunku (*harms on balance*). I przeciwstawiać je krzywdom składowym (*component harms*) czy krzywdom wyrządzanym interesom składowym, które mogą być kompensowane przez korzyści wyświadczane innym interesom składowym. A zatem, mówimy nie tylko o tym, co promuje czy godzi w jeden lub drugi interes jakiejś osoby, ale przede wszystkim o tym, co promuje albo godzi w jej interes własny jako całość”¹⁸.

To, jak silnie uszczerbek w jednym dobru, w którym osoba ma interes, wpływa na jej ogólną pomyślność, zależy od wartości, jaką dla tej osoby ma uzyskanie, posiadanie bądź utrzymanie tego dobra. Niewątpliwie, kradzież roweru uszczupli majątek ofiary, ale jeśli jej aktywność codzienna bądź zawodowa nie jest uzależniona od korzystania z tego środka lokomocji, strata ta nie będzie dla niej wyjątkowo dotkliwa. Inaczej jest w przypadku *interesów dobrostanu*¹⁹. Spowodowanie

16 Ujęcie to jest zgodne z koncepcją krzywdy, którą Feinberg w pełni rozwinął w artykule *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, [w:] J. Feinberg, *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*, Princeton University Press, Princeton 1992, s. 4–7. W wcześniej opublikowanej książce „*Harm to Others*”, Feinberg nie zawsze jest bowiem konsekwentny i jednoznaczny, np. w pierwszym rozdziale tej pracy, definiuje krzywdę jako uszczerbek w jakimś pojedynczym interesie osoby. (J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 34), w dalszych analizach ewidentnie jednak odwołuje się do ujęcia, które waży pozytywne i negatywne skutki zdarzenie sprawczego dla całości interesów podmiotu.

17 We współczesnej literaturze etycznej terminy „pomyślność” („*well-being*”), „dobrostan” („*welfare*”) oraz „jakość życia” („*quality of life*”) definiowane są w bardzo różny sposób. Niektórzy autorzy traktują je jako wyrażenia synonimiczne. Na przykład, Leonard W. Sumner twierdzi, że „dobrostan osoby jest mniej więcej tym samym, co jej pomyślność, interes lub (w jednym ze swych licznych znaczeń) jej dobro”. – L.W. Sumner, *Welfare, Happiness, and Ethics*, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 1. Inni autorzy – w szczególności omawiany tu Joel Feinberg – przypisują tym terminom odmienne znaczenia. W dalszej części pracy, podobnie jak Sumner, będą jednak traktować te wyrażenia jako synonimiczne.

18 Zob. J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 4.

19 Warto zauważyć, że na gruncie teorii Feinberga, interesy jednostki są silnie powiązane z jej pragnienia-

poważnego uszczerbku w dobrach, w których jednostka ma *interesy dobrostanu* (np. w zdrowiu), zawsze ma bezpośrednie przełożenie na stan wszystkich jej interesów, a zatem znaczący negatywny wpływ na poziom jej ogólnej pomyślności²⁰.

Warto zauważyć, że krzywda może być efektem zachowania człowieka, które ma postać działania bądź zaniechania. Może być także rezultatem zdarzeń o charakterze naturalnym. Jednakże, tylko w tym pierwszym przypadku, ryzyko jej wystąpienia bądź jej rzeczywiste wystąpienie uzasadnia formułowanie ocen moralnych (lub prawnych), oczywiście, o ile czyn sprawcy spełnia określone warunki podmiotowe i przedmiotowe. W szczególności, gdy można postawić sprawcy zarzut, że działał w sposób nieuprawniony (z naruszeniem prawa, bez zgody lub wbrew sprzeciwowi pokrzywdzonego), zawiniony (umyślnie lub nieumyślnie) i że dysponował zasobami intelektualnymi, fizycznymi i materialnymi, które umożliwiały mu podjęcia zachowania, które nie prowadziłyby do krzywdy. Jeśli krzywda jest skutkiem zaniechania, warunkiem pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności moralnej (lub prawnej) jest zazwyczaj wykazanie, że miał on obowiązek podjęcia działania, którego brak przyczynił się do powstania tej krzywdy.

Feinbergowska analiza pojęcia krzywdy ujawnia cztery istotne własności tego pojęcia, które wymagają kilku dodatkowych słów wyjaśnienia. Po pierwsze, pokazuje, że kategoria ta ma charakter oceny. Odnosi się do skutków zdarzeń, w szczególności skutków ludzkich zachowań, którym przypisuje się negatywną wartość. Po drugie, ujawnia, że pojęcie krzywdy ma charakter wąsko-osobowy (*narrow-person affecting*) – jest wrażliwe na tożsamość podmiotu²¹. O krzywdzie orzeka się bowiem oceniając wartość, jaką dany stan rzeczy (skutek zdarzenia lub zachowania) ma, będzie miał albo miałby (gdyby się zrealizował) *dla jednej i tej samej* jednostki. Krzywdy „nie unoszą się swobodnie”²². Nie ma krzywdy, która nie byłaby *czyjąś* krzywdą, która nie byłaby poniesiona *przez kogoś*. Krzywda zawsze dotyczy interesów, a szerzej, pomyślności czy jakości życia konkretnej jednostki²³.

mi (*wants*). Ludzie mają interesy w tym, czemu przypisują wysoką pozytywną wartość – co uznają za dobre dla nich samych (lub dla innych), na czym im zależy. Wszystkie interesy są zatem oparte na pragnieniach. Z jednym wyjątkiem. Otóż, Feinberg uznaje, że *interesy dobrostanu* są niezależne od ludzkich pragnień. To, co promuje „zwykły dobrostan”, jest dobre dla osoby, bez względu na to, czy ona on tym wie, w to wierzy i czy jej na tym zależy. Jednostka może pragnąć choroby, ale i tak zachowanie zdrowia jest w jej interesie. Wizja ludzkiej pomyślności, na której ufundowana jest Feinbergowska teoria interesów, zakłada zatem, że dobra, których dotyczą *interesy dobrostanu* są obiektywnymi i koniecznymi warunkami ludzkiej pomyślności. Bliżej zob. J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 38–45.

20 Zob. J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 37–38, 42.

21 Określenie to przyjmuję za D. Parfit, *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford 1984, s. 393 i nast. Por. też N. Holtug, *Person-affecting Moralities*, [w:] T. Tännsjö, J. Ryberg (red.), *The Repugnant Conclusion. Essays on Population Ethics*, Library of Ethics and Applied Philosophy, Springer, Netherlands 2004, s. 129–161.

22 K. Bykvist, *The Benefits of Coming Into Existence*, „Philosophical Studies” 2006, vol. 135, s. 97.

23 Na marginesie warto zauważyć, że w literaturze etycznej dotyczącej problem krzywdy istnienia pojawiły się alternatywne koncepcje krzywdy nieosobowej i krzywdy międzyosobowej. Zob. np. D.W. Brock, *The*

Po trzecie, o krzywdzie orzeka się, biorąc pod uwagę wszystkie konsekwencje, jakie określone zdarzenie ma, będzie mieć lub miało dla całości interesów danej jednostki, i uwzględniając starą rzymską zasadę jurydyczną *compensatio lucri cum damno*, czyli zasadę wagi zła i dobrego skutków danego zdarzenia. Pojęcie krzywdy ma więc na gruncie prawa i na gruncie zdecydowanej większości teorii etycznych charakter agregacyjny²⁴. Nikt (albo prawie nikt) nie oskarży lekarza, który amputował pacjentowi nogę w celu ratowania jego życia, o wyrządzenie mu krzywdy (o ile oczywiście amputacja ta była celowa i konieczna). Uszczerbek w jednym dobru pacjenta został tu bowiem skompensowany przez promocję innego, dużo bardziej cennego dobra – jego życia. Działanie lekarza było dla pacjenta *per saldo* korzystne – przyniosło mu więcej dobrego niż złego²⁵.

W końcu po czwarte, odnotować należy fakt, iż pojęcie krzywdy ma charakter porównawczy. Mówimy, że ktoś został skrzywdzony, gdy chcemy podkreślić, że znajduje się on aktualnie w stanie gorszym od jakiegoś innego stanu²⁶. W standardowym ujęciu, porównanie to opiera się na teście kontrfaktycznym. Test ten polega na porównaniu wartości dwóch stanów rzeczy: wartości stanu, w jakim na skutek określonego zdarzenia (np. działania osoby A) znajduje się osoba B, oraz wartości stanu, w jakim (w normalnym toku rzeczy)²⁷ osoba B znajdowałaby się, gdyby

Non-Identity Problem and Genetic Harm – The Case of Wrongful Handicap, „Bioethics” 1995, vol. 9, nr 3/4, s. 272–273; J. Glover, *Choosing Children. Genes, Disability and Design*, Clarendon Press, Oxford 2006, s. 75; P.G. Peters Jr., *Protecting the Unconceived: Nonexistence, Avoidability, and Reproductive Technologies*, „Arizona Law Review” 1989, vol. 31, nr 3, s. 510; P.G. Peters Jr., *Harming Future Persons: Obligations to the Children of Reproductive Technologies*, „Southern California Interdisciplinary Law Journal” 1999, vol. 8, s. 383–389; P.G. Peters Jr., *How Safe is Safe Enough? Obligations to the Children of Reproductive Technologies*, Oxford University Press, New York 2004, s. 20, 27–36.

24 Określenie to przyjmują za O.J. Herstein, *The Identity and (Legal) Rights of Future Generations*, „The George Washington Law Review” 2009, vol. 77, nr 5/6, s. 1206. Niektórzy autorzy nazywają krzywdę agregacyjną „krzywdą globalną” („*global harm*”), „krzywdą *per saldo*” („*harm per saldo*”), „krzywdą »biorąc-wszystko-pod-uwagę«” („*all-things-considered harm*”) albo – jak robi to czasami Feinberg – „krzywdą netto” („*net harm*”) lub „krzywdą w ogólnym rozrachunku” („*harm on balance*”). Zob. B. Bradley, *Analyzing Harm*, dz. cyt., s. 2–3; Feinberg, J., *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 4.

25 Na marginesie dodać należy, że próbę skonstruowania nieagregacyjnej koncepcji krzywdy, w kontekście etyki prokreacyjnej, podjęli m.in. M. Hanser, *Harming Future People*, „Philosophy and Public Affairs” 1990, vol. 19, nr 1, s. 47–70; J. Harris, *The Wrong of Wrongful life*, „Journal of Law and Society” 1990, vol. 17, nr 1, s. 90–115; E. Harman, *Can we Harm and Benefit in Creating?*, „Philosophical Perspectives. Ethics” 2004, vol. 18, s. 89–113; S. Shiffrin, *Wrongful life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, „Legal Theory” 1999, vol. 5, nr 2, s. 117–148.

26 W literaturze etycznej dotyczącej krzywdy istnienia pojawiły się koncepcje krzywdy nie-porównawczej (absolutnej) i krzywdy progowej. Zob. J. Różnińska, *Złe geny, „złe życie” i koncepcja krzywdy progowej*, „Etyka” 2013, vol. 47, s. 50–66.

27 Wprowadzenie tego zastrzeżenia jest konieczne, aby możliwe było postawienie osobie A zarzutu wyrządzenia krzywdy B także w sytuacji, w której na skutek działania innego, alternatywnego czynnika sprawczego, osoba B i tak znalazłaby się czasie t_{n+m} w takiej samej albo w gorszej sytuacji od tej, w której znalazła się w t_n w efekcie działania A. Bliżej zob. np. J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 8–11; A. Norcross, *Harming in Context*, „Philosophical Studies” 2005, vol. 123, s. 163–170; M.A. Roberts, *Child versus Childmaker. Future Persons and Present Duties in Ethics and Law*, Rowman & Littlefield Publishers,

zdarzenie to nie nastąpiło (np. gdy A nie podjęła danego działania albo zachowała się inaczej). Wartość każdego stanu rzeczy jest oceniana ze względu na to, jak dany stan rzeczy oddziałuje na dobrostan (pomyślność, jakość życia, interes własny) B. Jeśli w stanie rzeczy, w którym osoba B znajduje się aktualnie na skutek działania osoby A, B ma niższy poziom dobrostanu od poziomu dobrostanu, jaki miałaby w stanie kontrfaktycznym, tj. stanie, w którym znajdowałaby się, gdyby osoba A nie podjęła danego działania, osoba B została skrzywdzona przez osobę A.

2. Krzywda i problem nie-istnienia

Koncepcja krzywdy kontrfaktycznej (w ujęciu wąsko-osobowym i agregacyjnym) jest uznawana współcześnie za standardową koncepcję krzywdy, zarówno na gruncie etyki, jak i prawa. Przeprowadzenie testu kontrfaktycznego nie nastęrcza większych trudności w przypadku zdecydowanej większości wyborów, z jakimi spotykamy się w życiu codziennym, a które Derek Parfit nazywa *wyborami dotyczącymi tych samych osób* (*same people choice*)²⁸. Wybory te wpływają na losy innych osób, ale nie determinują ich istnienia ani tożsamości. Osoba pokrzywdzona zachowaniem *x* mającym charakter *wyboru dotyczącego tych samych osób* istnieje zarówno w stanie, w którym na skutek zachowania *x* doszło do wyrządzenia jej krzywdy, jak i stanie kontrfaktycznym, w którym zachowanie *x* nie zostało zrealizowane. Można zatem – przynajmniej w teorii – bez problemu określić i porównać ze sobą poziom jej aktualnego dobrostanu z hipotetycznym poziomem dobrostanu, jaki miałaby w stanie kontrfaktycznym, czyli przeprowadzić test kontrfaktyczny. Wykonanie tego testu staje się jednak wysoce problematyczne w przypadku wyborów, które nie tylko oddziałują na interesy ludzi, ale także determinują kto zaistnieje, czyli w przypadku wyborów nazwanych przez Parfita *wyborami dotyczącymi różnych osób* (*different people choices*)²⁹. Klasycznym przykładem takich wyborów są wybory prokreacyjne. Ustalenie, że na skutek powołania do istnienia osoba B odniosła krzywdę wymaga bowiem porównania wartości, jaką dla B ma stan istnienia, w którym znajduje się ona aktualnie, z wartością stanu, w jakim osoba B znajdowałaby się, gdyby nie została powołana do życia. Czy jednak możliwe jest porównanie wartości istnienia i nieistnienia? Czy nieistnienie może mieć jakąkolwiek wartość dla nieistniejącej osoby? Z problemem tym – nazwanym w literaturze „problemem nie-istnienia”³⁰ – jako pierwsze musiały zmierzyć się sądy amerykań-

Inc., Lanham, Maryland 1998, s. 158–164.

28 D. Parfit, *Reasons and Persons*, dz. cyt., s. 356.

29 Tamże.

30 Tak np. F.A. Hanson, *Suits for Wrongful life, Counterfactuals, and Nonexistence Problem*, „Southern California Interdisciplinary Law Journal” 1996, vol. 5, s. 1–24.

skie rozpatrujące roszczenia odszkodowawcze ciężko chorych i upośledzonych dzieci z tytułu „*wrongful life*”. Przyjrzyjmy się nieco bliżej ich zmaganiom.

W bezprecedensowej sprawie *Gleitman v. Cosgrove* (New Jersey 1967)³¹, z powództwa małoletniego Jeffrey’a Gleitmana, który urodził się z zespołem wad wrodzonych wywołanych wewnątrzmacicznym zakażeniem wirusem różyczki (głuchota, ślepotą, problemy z mówieniem, upośledzenie fizyczne), Sąd Najwyższy stanu New Jersey stwierdził, że skoro odszkodowanie mierzone jest przez porównanie stanu, w jakim znajdowałby się poszkodowany, gdyby zawinione działanie osoby trzeciej nie nastąpiło, ze stanem, w jakim znajduje się on aktualnie, to w przypadku roszczeń z tytułu „*wrongful life*” ustalenie istnienia i wielkości szkody jest niemożliwe. „Małoletni powód chciałby, abyśmy zmierzyli różnicę między jego życiem z defektami a całkowitą pustą nieistnienia (*the utter void of nonexistence*), ale dokonanie takiego osądu jest niemożliwe. (...) Sąd nie może porównać wartości życia w ułomności z wartością nieistnienia samego życia. Twierdząc, że nie powinien być się urodzić, powód czyni logicznie niemożliwym dokonanie przez sąd oceny wielkości szkody, którą rzekomo odniósł, ponieważ niemożliwe jest dokonanie porównania wymaganego do ustalenia wysokości należnego mu odszkodowania”³². Sędzia J. Weintraub, w zdaniu częściowo odrębnym do wyroku, stwierdził: „Ostatecznie, powód twierdzi, że byłoby mu lepiej, gdyby się nigdy nie narodził. Człowiek, który nic nie wie o śmierci ani o nicości, nie może w żaden sposób wiedzieć, czy w istocie tak by było. Musimy pamiętać, że nie chodzi tu o wybór między przyjściem na świat w zdrowiu i przyjściem na świat bez niego (...). Wybór jest raczej między istnieniem w świecie i [nieistnieniem] w ogóle (...) Rozpoznanie prawa do nieurodzenia się oznacza wejście w sferę, w której nikt nie jest w stanie się poruszać”³³.

Kolejne orzeczenia w sprawach z tytułu „*wrongful life*” trzymały się kierunku wyznaczonego przez precedens *Gleitman v. Cosgrove*³⁴. W 1977 roku, dziesięć lat po kazusie *Gleitman v. Cosgrove*, Sąd Apelacyjny stanu Nowy Jork w sprawie *Park v. Chessin*³⁵, jako pierwszy w historii, uznał jednak zasadność roszczenia dziecka z tytu-

31 *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (New Jersey 1967). Państwo Gleitman wystąpili w imieniu małoletniego syna Jeffrey’a z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko lekarzowi, który błędnie zapewnił matkę, gdy ta przechodziła w pierwszym trymestrze ciąży różyczkę, o braku jakiegokolwiek ryzyka dla zdrowia płodu. W wyniku zaniedbania lekarza, kobieta nie otrzymała należytej i adekwatnej informacji o ryzyku dla zdrowia płodu, a tym samym została pozbawiona możliwości legalnego usunięcia ciąży, która zakończyła się narodzinami poważnie chorego dziecka.

32 Tamże.

33 Tamże, s. 711.

34 Np. *Stewart v. Long Island College Hospital* (New York 1968), *Dumer v. St. Michael’s Hosp.* (Wisconsin 1975), *Jacobs v. Theimer* (Texas 1975), *Stills v. Gratton* (California 1976).

35 *Park v. Chessin*, 400 N.Y. S. 2d 110 (New York 1977). Bliżej zob. np. H.F. Klodowski, *Wrongful life and a Fundamental Right to Be Born Healthy: Park v. Chessin; Beker v. Schwartz*, „Buffalo Law Review” 1978, vol. 27, nr 3, s. 537–561.

W następstwie błędnej informacji lekarza o „zerowym” prawdopodobieństwie przekazania kolejnemu dziecku

łu „*wrongful life*”. Przyznając małoletniemu powodowi odszkodowanie, sąd stwierdził, że naruszenie przez lekarza przysługującego matce prawa do autonomii prokreacyjnej (w tym prawa do informacji o stanie płodu oraz do podjęcia w oparciu o te informacje decyzji o legalnym przerwaniu ciąży), musi być uznane za działanie skierowane jednocześnie przeciwko „fundamentalnemu prawu dziecka do urodzenia się jako zdrowa i w pełni funkcjonalna istota ludzka (*fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being*)”. I to właśnie naruszenie tego prawa – bez konieczności dokonywania jakichkolwiek karkołomnych porównań metafizycznych istnienia z nieistnieniem – uzasadnia przyznanie choremu dziecku rekompensaty za doznawany ból i cierpienia.

W 1978 roku decyzja sądu w sprawie *Park v. Chessin* została jednak uchylona przez Wyższy Sąd Apelacyjny przy okazji rozpatrywania innej sprawy z tytułu „*wrongful life*” – *Becker v. Schwartz*³⁶ z powództwa dziecka dotkniętego zespołem Downa. Odmawiając uznania roszczeń obydwójga powodów (tj. małoletniego Parka i Beckera), sąd stwierdził, że nie doznali oni prawnie kompensowalnej szkody, gdyż nie istnieje żadne prawo do narodzenia się jako zdrowa i w pełni funkcjonalna istota ludzka³⁷. Nie da się także przeprowadzić testu kontrfaktycznego, który pozwalałby na ustalenie, że powodowi doznali szkody przez sam fakt przyjścia na świat, albowiem pytanie, „czy lepiej jest się nigdy nie urodzić, czy też urodzić się z ciężkim defektem, jest zagadką, którą raczej powinno zostawić się do rozwiązania filozofom i teologom”³⁸.

Również kolejne sprawy z tytułu „*wrongful life*” – *Elliot v. Brown* (Alabama 1978), *Gildner v. Thomas Jefferson University Hospital* (Pensylwania 1978), *Speck v. Finegold* (Pensylwania 1979), *Berman v. Allan* (New Jersey 1979) – skończyły się oddaleniem żądań małoletnich powodów, między innymi ze względu na *problem nieistnienia*. Jednakże, w ostatniej z wymienionych spraw Sąd Najwyższy stanu New Jersey uznał, że odmawianie upośledzonemu dziecku odszkodowania tylko z tego powodu, że niemożliwe jest precyzyjne policzenie wielkości poniesionej przez nie szkody, jest „perwersją sprawiedliwości”³⁹. Sąd odmówił jednak pozytywnego rozpatrzenia powództwa, stwierdzając, że życie, bez względu na jego jakość, jest zawsze

ciężkiej genetycznej choroby nerek, Państwo Park podjęli decyzję o poczęciu drugiego potomka. Wbrew zapewnieniom specjalisty, dziecko urodziło się jednak obciążone śmiertelnym defektem. Zmarło w wieku dwóch i pół roku.

36 *Becker v. Schwartz*, 386 N.E. 2d 807 (New York 1978). W sprawie tej pozwanym był lekarz prowadzący ciążę 37-letniej kobiety, który nie poinformował pacjentki o podwyższonym ryzyku wystąpienia wad wrodzonych u jej przyszłego dziecka oraz o dostępności amniopunkcji. W efekcie zaniedbania lekarza, pacjentka została pozbawiona możliwości przeprowadzenia badań prenatalnych i podjęcia świadomej decyzji o kontynuowaniu lub przerwaniu ciąży. Ta zakończyła się narodzinami dziecka dotkniętego zespołem Downa

37 Tamże, s. 812

38 Tamże, s. 814.

39 *Elliott v. Brown*, 361 So.2n 546 (Alabama 1978)

cenniejsze od nieistnienia („*life with or without a major handicap is better than no life at all*”)⁴⁰. I dodał, że nawet ciężko upośledzone dziecko doświadcza takich uczuć, jak miłość, szczęście i przyjemność, których wartość jest zawsze większa od doznawanego przez nie bólu i cierpienia⁴¹. W istocie dokonał więc porównania wartości życia w chorobie z wartością nieistnienia, choć twierdził, że porównania takiego nie da się przeprowadzić.

Zasadniczym przełomem w sądowej historii deliktu „*wrongful life*” była sprawa *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (Kalifornia 1980)⁴², w której Sąd Apelacyjny przyznał odszkodowanie dziecku urodzonemu z chorobą Tay-Sachsa. Sąd kalifornijski uważnie przeanalizował argumenty podnoszone w orzecznictwie przeciwko roszczeniom z tytułu „*wrongful life*” i stwierdził, że przy rozpatrywaniu żądań chorego dziecka nie ma potrzeby wdawać się w metafizyczne dysputy na temat wartości nieistnienia i istnienia w chorobie. „Realność konstrukcji »*wrongful life*« – napisał sąd – polega na tym, że taki powód zarówno żyje, jak i cierpi w następstwie niedbalstwa innych. Nie jest tu ani konieczne ani właściwe, aby wdawać się w medytacje nad tajemnicami życia. Nie musimy przejmować się faktem, że gdyby pozwani nie postąpili niedbale, powód mógłby nigdy nie zostać powołany do istnienia”⁴³. Sąd podkreślił również, że zasady porządku publicznego, wyrażające się w społecznym zainteresowaniu jakością usług z zakresu poradnictwa genetycznego i diagnostyki prenatalnej, silnie przemawiają za uznaniem roszczeń z tytułu „*wrongful life*”⁴⁴. W konsekwencji, sąd przyznał dziecku z chorobą Tay-Sachsa odszkodowanie za ból i cierpienia, jakich będzie ono doznawać przez całe swoje ograniczone w czasie życie (*general damages*), oraz odszkodowanie za wydatki, jakie będzie ponosiło w związku z leczeniem choroby (*special damages*). Oszacowania szkody dokonał sąd, porównując sytuację dziecka zdrowego z sytuacją dziecka dotkniętego chorobą Tay-Sachsa. Zignorował

40 Tamże, s. 547–548

41 Tamże.

42 *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 165 Cal. Rptr. 477 (California 1980). Bliżej zob. G.J. Annas, *Righting the Wrong of Wrongful life*, [w:] Idem, *Judging Medicine*, Humana Press, Clifton, New Jersey, 1988, s. 103–107; M. Lona-Wiant, *Curlender v. Bio-Science Laboratories: the Pricing of Non-Existence?*, „Western State University Law Review” 1980, vol. 8, nr 1, s. 103–11; M.F. Nelson, *Wrongful life – Impaired Infant’s Cause of Action Recognized: Curlender v. Bio-Science Laboratories*, „Brigham Young University Law Review” 1980, vol. 3, s. 677–683. Curlenderowie podejrzewali, że mogą być nosicielami zmutowanego genu odpowiedzialnego za rozwój choroby Tay-Sachsa. Udali się do jednego z laboratoriów firmy *Bio-Science Laboratories* w celu przeprowadzanie testów w kierunku nosicielstwa genu tej choroby. W wyniku błędu popełnionego przez pracowników laboratorium, małżonkowie zostali błędnie poinformowani, że tylko jedno z nich jest nosicielem zmutowanego genu, a zatem, że nie ma żadnego ryzyka wystąpienia choroby Tay-Sachsa u ich przyszłego potomstwa. Ufając zapewnieniom specjalistów, zdecydowali się na poczęcie dziecka. Shauna Tamar Curlender przyszła na świat kilkanaście miesięcy później. Wbrew zapewnieniom lekarzy, już kilka dni po porodzie, u dziewczynki zdiagnozowano chorobę Tay-Sachsa.

43 Tamże, s. 489.

44 Tamże, s. 486–487.

zatem *problem nie-istnienia* i obowiązujące na gruncie prawa cywilnego zasady ustalania wielkości szkody oraz należnego odszkodowania.

Pomimo pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy z powództwa Shauny Curlender, już w następnym roku Sąd Apelacyjny stanu Kalifornia oddalił powództwo z tytułu „*wrongful life*” wniesione w imieniu dziecka dotkniętego genetyczną wadą słuchu. Sprawa *Turpin v. Sortini*⁴⁵, bo o niej mowa, trafiła jednak przed Sąd Najwyższy stanu Kalifornia, który częściowo uznał żądanie dziecka i przyznał mu odszkodowanie w wysokości nadzwyczajnych wydatków wynikających z jego szczególnych potrzeb edukacyjnych, wychowawczych i leczniczych (*special damages*). Sąd wyraził pogląd, że nie można przyznać dziecku odszkodowania za ból i cierpienia psychiczne (*general damages*), ponieważ nie da się racjonalnie ustalić, czy przez sam fakt urodzenia się z konkretnym upośledzeniem, zamiast nieurodzenia się w ogóle, powód doznał jakiegokolwiek prawnie kompensowalnej szkody. A nawet gdyby ustalenie takiej szkody było możliwe, to niemożliwe byłoby określenie jej wielkości w sposób niearbitralny i wolny od spekulacji⁴⁶. W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Najwyższy, jako pierwszy w historii, głośno zakwestionował jednak istnienie społecznego konsensusu co do tego, że życie z ciężkimi defektami jest zawsze lepsze od nieistnienia⁴⁷. Czyniąc analogię do instytucji „*right to die*” (prawa każdej kompetentnej osoby do podjęcia autonomicznej decyzji o kontynuowaniu bądź przerwaniu leczenia podtrzymującego życie), stwierdził, że każda jednostka ma „prawo do samodzielnego ocenienia względnej wartości życia i śmierci”⁴⁸.

W 1983 roku Sąd Najwyższy stanu Waszyngton, jako drugi w historii, uznał zasadność roszczeń dzieci z tytułu „*wrongful life*” w sprawie *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*⁴⁹. Idąc tropem Sądu Najwyższego stanu Kalifornia, sąd waszyngtoński przyznał małoletnim powodom odszkodowanie w wysokości nadzwyczajnych wydatków, jakie będą ponosić przez całe swoje dorosłe życie w związku z chorobą (*special damages*). Rekompensatę za szczególne uciążliwości finansowe wynikające z wychowywania, kształcenia i leczenia upośledzonych dzieci do osiągnięcia przez nie pełnoletniości, sąd przyznał rodzicom. Za przykładem judykatury kalifornij-

45 *Turpin v. Sortini*, 182 Cal. Rptr. 337 (California 1982); Zob. też K.J. Kearl, *Turpin v. Sortini: Recognizing the Unsupportable Cause of Action for Wrongful life*, „California Law Review” 1983, vol. 71, nr 4, s. 1278–1297.

46 *Turpin v. Sortini*, 182 Cal. Rptr. 337, 346 (California 1982).

47 Tamże, s. 345–346.

48 Tamże, s. 345.

49 *Harbeson v. Parke-Davis Inc.*, 656 P.2d 483 (Washington 1983). Zob. też P.J. Vanderhoef, *Recent Development: Washington Recognizes Wrongful Birth and Wrongful life – a Critical Analysis – Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, „Washington Law Review” 1983, nr 58, s. 649–678. Dwoje dzieci małżeństwa Harbeson urodziło się z poważnym upośledzeniem w wyniku zażywania przez matkę-epilepticzkę leku antykonwulsyjnego. Kobieta kontynuowała kurację Dilantinem w czasie ciąży, opierając się na błędnym zapewnieniu udzielonym jej przez lekarza, że lek nie ma wpływu na rozwój płodu.

skiej, sąd odmówił dzieciom odszkodowania w zakresie *general damages* wskazując na trudności z ustaleniem ich wysokości, wynikające z *problemu nie-istnienia*. Sąd stwierdził, że „[p]orównanie wartości upośledzonego życia z nieistnieniem jest zadaniem, które wykracza (poza kompetencje) śmiertelników, czy to sędziów, czy też ławników”⁵⁰.

W 1984 roku kolejny stanowy Sąd Najwyższy uznał roszczenie dziecka z tytułu „*wrongful life*”. Sprawa *Procanik v. Cillo*⁵¹ trafiła przed oblicze Sądu Najwyższego stanu New Jersey na skutek powództwa wniesionego w imieniu dziecka, które przyszło na świat z zespołem wad wrodzonych wywołanych zakażeniem wewnątrzmacicznym płodu wirusem różyczki. Powołując się na decyzje zapadłe w sprawach *Turpin v. Sortini* i *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, sąd przyznał dziecku odszkodowanie za nadzwyczajne koszty związane z życiem w upośledzeniu (*special damages*). W uzasadnieniu wyroku podkreślił, że za zasądzeniem rekompensaty przemawiają przede wszystkim potrzeby chorego dziecka i jego rodziny, a nie porównanie wartości jego ułomnego istnienia z nieistnieniem. „Nie musimy zajmować się (...) tymi rozważaniami metafizycznymi. Nasza decyzja (...) nie opiera się na przekonaniu, że nieżycie jest lepsze od ułomnego życia, ale na uznaniu potrzeb istniejącej [osoby]. Staramy się tylko odpowiedzieć na wołanie istniejącego [dziecka] o pomoc w znoszeniu ciężarów wynikających z choroby”⁵². Sąd podkreślił jednak, że „nie istnieje żaden racjonalny sposób porównania bólu i cierpienia z nicością, z powodu chimerycznej i nielogicznej natury roszczenia (*a capricious and illogical nature of the claim*)”⁵³. Podobnie jak dwa poprzednie sądy, Sąd Najwyższy stanu New Jersey odmówił zatem przyznania dziecku odszkodowania za ból i cierpienie, ze względu na *problem nie-istnienia*.

Do połowy lat osiemdziesiątych tylko trzy stany amerykańskie udzieliły (częściowej) ochrony prawnej dziecku narodzonemu z wadami genetycznymi lub rozwojowymi w wyniku błędów popełnionych przez lekarzy (lub przedstawicieli innych profesji medycznych) przy świadczeniu usług z zakresu poradnictwa i diagnostyki prekonceptyjnej bądź prenatalnej. Mimo iż od tego czasu liczba powództw z tytułu „*wrongful life*” systematycznie wzrastała, zasadnicza większość judykatur pozostała na stanowisku wyznaczonym przez kazus *Gleitman v. Cosgrove*. Do końca lat dziewięćdziesiątych, zdecydowana większość stanów zakazała ich dochodzenia bądź na drodze sądowej, bądź ustawowej⁵⁴. Jednym z podstawowy argumentów o charakterze praw-

50 *Harbeson v. Parke-Davis Inc.*, 656 P.2d 483, 496 (Washington 1983).

51 *Procanik v. Cillo*, 478 A. 2d 755 (New Jersey 1984).

52 Tamże, s. 762–763.

53 Tamże, s. 763–764.

54 Uznania roszczeń z tytułu „*wrongful life*” odmówiły: (1) Sądy Najwyższe 23 stanów: *Elliott v. Brown* (Alabama 1978), *Walker v. Mart* (Arizona 1990), *Lninger v. Eisenbaum* (Colorado 1988), *Garrison v. Med. Ctr. of Del., Inc.* (Delaware 1989), *Haymon v. Wilkerson* (District Columbia, 1987), *Kush v. Lloyd* (Florida 1992), *Atlanta*

nym na rzecz odmowy rozpoznawania skarg odszkodowanych z tytułu „*wrongful life*” był argument odwołujący się do problemu nie-istnienia.

Jednak nie tylko sędziowie byli przekonani, że nie da się sensownie porównać istnienia z nieistnieniem. Taki pogląd podziela także zdecydowana większość filozofów i bioetyków⁵⁵. Zgadza się z nim również Joel Feinberg: „Pytanie, czy bezprawne zachowanie A spowodowało, że powstałe dziecko znalazło się w sytuacji gorszej niż ta, w której byłoby w innym przypadku, sprowadza się do pytania, czy dla tego dziecka »byłoby lepiej, gdyby się ono nigdy nie narodziło«. Ponieważ jednak ktoś musi z konieczności być, *aby być w lepszej sytuacji od alternatywnej (it's necessary to be if one is to be better off)*, twierdzenie, że ktoś mógłby być w lepszej sytuacji, gdyby nie istniał, jest logiczną sprzecznością. Gdyby A zapobiegł narodzinom B, powstrzymując się od prokreacji, stosując antykoncepcję albo przerywając ciążę, B nie byłby na skutek tego w lepszej sytuacji, albowiem B w ogóle wówczas by nie było. Nieistnienie nie byłoby stanem lepszym dla B od bycia w nim, ponieważ nie byłoby ono w ogóle stanem B”⁵⁶. Stan nieistnienia nie ma żadnej wartości dla nieistniejącego. „Nie można przypisać poziomemu dobrostanu, niskiego, wysokiego, żadnego (*nil*), do »stanu niebycia narodzonym«. Nic nie jest dla nas takie jak nieistnienie, nawet bardzo długa noc, ponieważ tam *nas* nie ma. Nie można zadać komuś pytania, jak to by było doświadczyć własnego nieistnienia, bowiem w stanie nieistnienia nie ma podmiotu doświadczenia”⁵⁷.

3. Krzywda istnienia a zło istnienia

W pracy „*Harm to Others*”, opublikowanej w 1984 roku, Feinberg przeanalizował konstrukcję „*wrongful life*” przez pryzmat tradycyjnej koncepcji krzywdy kontrfaktycznej,

Obstetrics & Gynecology Group v. Abelson (Georgia 1990), *Blake v. Cruz* (Idaho 1984), *Siemieniec v. Lutheran General Hospital* (Illinois 1987), *Cowe v. Forum Group, Inc.* (Indiana 1991), *Bruggeman v. Schimke* (Kansas, 1986), *Schork v. Huber* (Kentucky 1983), *Pitre v. Opelousas General Hospital* (Louisiana 1988), *Viccaro v. Milunsky* (Massachusetts 1990), *Hickman v. Group Health Plan, Inc.* (Minnesota 1986), *Wilson v. Kuenzi* (Montana 1988), *Smith v. Cote* (New Hampshire 1986), *Becker v. Schwartz* (New York 1978), *Azzolino v. Dingfelder* (North Carolina 1985), *Ellis v. Sherman* (Pennsylvania 1986), *Nelson v. Krusen* (Texas 1984), *James G. v. Caserata* (West Virginia 1985), *Dumer v. St. Michael's Hospital* (Wisconsin 1975), *Beardsley v. Wierdsma* (Wyoming 1982); (2) Sądy apelacyjne 3 stanów: *Donnelly v. Candelwood Obstetric-Gynecological Assocs.* (Connecticut 1992), *Strohmaier v. Assocs. In Obstetrics & Gynecology* (Michigan 1986), *Flanagan v. Williams* (Ohio 1993). Kilka stanów wprowadziło zakaz ustawowy podnoszenia roszczeń z tytułu „*wrongful life*”: Indiana (1993), Maine (1989), Minnesota (1993), Missouri (1992), North Dakota (1993), South Dakota (1987), Utah (1993). W stanach Idaho, Pennsylvania i North Carolina ustawowe zakazy dochodzenia roszczeń z tytułu „*wrongful life*” zostały uznane za niekonstytucyjne.

55 Zob. J. Różyńska, *Wartość (nie)istnienia*, „Etyka” 2011, vol. 44, s. 124–147.

56 J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt. s. 16. Zob. też. J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 99–101.

57 P. Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford, Clarendon Press 1993, s. 383 za: M.A. Roberts, *Can it Ever Be Better Never to Have Existed at All?*, dz. cyt. s. 174; R.M. Hare, *Abortion and the Golden Rule*, dz. cyt. s. 184, przypis 38.

rozszerzając zakres podmiotów, wobec których ciężko chore lub upośledzone dzieci mogłyby kierować skargi także na rodziców. Doszedł wówczas do następujących konkluzji: „(1) Nagannie (*wrongfully*) powołując do istnienia dziecko, pomimo [posiadania] wiedzy o ryzyku, że będzie ono (powiedzmy) genetycznie uszkodzone, A i/lub C (biologiczni rodzice) nie krzywdzą B (dziecka), nawet jeśli B zostaje powołane do istnienia w stanie, który czyni niemożliwym posiadanie »życia wartego przeżycia« (*life worth living*). B przyszło na świat w stanie niezmiernie *krzywdzącym* (*condition extremely harmful*) dla niego, ale precyzyjnie rzecz ujmując, nie jest to stan *skrzywdzenia* (*harmed condition*), nie jest on skutkiem uprzedniego aktu skrzywdzenia. Zostać skrzywdzonym, to znaleźć się w stanie gorszym niż ten, w którym by się było, gdyby niedbały czyn nie nastąpił (znaleźć się w gorszym położeniu; *to be made „worse off”*). Ale, gdyby niedbały czyn nie został dokonany, [dziecko] B w ogóle by nie zaistniało. (...) (2) Jednakże, naganny czyn A i/lub C może wyrządzić zło B, nawet jeśli, mówiąc precyzyjnie, nie krzywdzi on B, o ile jego konsekwencje są dla B tak poważne, że czynią jego życie niewartym przeżycia (*life not worth living*). W takim przypadku, B przychodzi na świat ze wszystkimi swoimi podstawowymi „przyrodzonymi prawami” (*„birth-rights”*) od razu pogwałconymi. I ma ono uzasadniony żal moralny (*moral grievance*) do swojego rodzica (rodziców). W odpowiedzi na obronę rodzica, że jedyną alternatywą dla tak krzywdzącego istnienia było nieistnienie (...), dziecko może twierdzić, że nieistnienie było alternatywą preferowaną (*preferred*), chociaż nie byłoby ono stanem, w którym B miałyby się lepiej (*„better off”*). Każda istota racjonalna, może ono dodać, wolałaby nie istnieć, niż istnieć w jego stanie”⁵⁸.

Wczesny pogląd Feinberga był więc następujący: nie można skrzywdzić dziecka, powołując je do istnienia, nawet tak tragicznego, że uzasadnionym jest twierdzenie, że jest ono niewartego przeżycia. Powołując kogoś do życia, można co najwyżej wyrządzić mu zło. „Jedna osoba wyrządza zło drugiej (*wrongs another*) wówczas, gdy swoim zachowaniem, na które nie ma żadnej obrony (którego nie da się usprawiedliwić i z odpowiedzialności za które, nie może się ona zwolnić) narusza prawa drugiego. Takie zachowanie zawsze, poza określonymi i bardzo wyjątkowymi przypadkami, będzie skutkowało także naruszeniem interesów drugiego, a zatem będzie krzywdzące w powyżej wyjaśnionym sensie”⁵⁹. Za taki wyjątkowy przypadek uznał Feinberg w omawianej pracy właśnie sytuację „*wrongful life*” – powołanie do życia niewarte przeżycia. Nie powoduje ona krzywdy, ale prowadzi do wyrządzenia zła, którego istota polega na pogwałceniu „przyrodzonych praw” dziecka, tj. praw, które stoją na straży najbardziej fundamentalnych interesów każdej osoby ludzkiej. Jeśli rodzice przewidują, że dziecko, które mogą powołać do istnienia, będzie dotknięte tak tragicznym

58 J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 102.

59 Tamże, s. 34.

upośledzeniem lub chorobą, że zaspokojenie tych najbardziej podstawowych interesów nigdy nie będzie możliwe, decydując się na prokreację, naruszają prawa przyszłej osoby, a co za tym idzie, wyrządzają jej zło⁶⁰. Feinberg zastrzega, że nie postuluje tu istnienia czegoś takiego, jak „prawo do nieurodzenia się”. Twierdzi, że „mówienie o »prawie do nieurodzenia się« jest to tylko skrótowym sposobem wyrażanie rozsądnego postulatu moralnego, zgodnie z którym, żadne dziecko nie powinno być wydane na świat, jeśli nie są spełnione pewne bardzo minimalne warunki posiadania przez nie pomysłowości, a pewne jego podstawowe »interesy przyszłe« nie są z góry zabezpieczone, przynajmniej w takim sensie, że możliwość zaspokojenia tych interesów przez tę osobę pozostaje otwarta”⁶¹. Dzieci powołane do życia niewartego przeżycia, czyli takiego, wobec którego alternatywa nieistnienia wydaje się lepsza, doświadczają więc zła, ale nie krzywdy. Natomiast osoby, które przyszły na świat w kondycji upośledzonej, ale nie aż tak tragicznej, aby uzasadnionym było twierdzenie, że nieistnienie byłoby dla nich stanem lepszym, nie są ofiarami żadnej krzywdy ani nie doświadczają żadnego zła. Nie oznacza to jednak, że ci, którzy przyczynili się do ich narodzin, nie popełnili czynu moralnie nagannego. Przeciwnie, postąpili moralnie źle, ale zło, którego się dopuścili ma charakter bezosobowy – polega na „lekkomyślnym sprowadzeniu pewnego zła na świat (*wontonly introducing certain evil into the world*), nie na skrzywdzeniu jakiejś osoby”⁶².

We wczesnych rozważaniach Feinberga na temat prawnej i moralnej odpowiedzialności rodziców (innych podmiotów) za wybory skutkujące narodzinami chorych lub upośledzonych dzieci, kategoria krzywdy (kontrafaktycznej) nie pełni zatem żadnej roli eksplanacyjnej. Nie wyjaśnia moralnej naganności takich decyzji prokreacyjnych, ponieważ, zdaniem autora, logicznie niemożliwe jest porównanie stanu istnienia ze stanem nieistnienia, zgodnie z wymogami testu kontrafaktycznego⁶³. Te wczesne analizy zawierają jednak liczne idee, które posłużyły Feinbergowi do sformułowania nowej koncepcji krzywdy – krzywdy opartej na racjonalnej preferencji.

4. Krzywda oparta na racjonalnej preferencji

Koncepcję krzywdy opartej na racjonalnej preferencji przedstawił Feinberg w artykule „*Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*”, opublikowanym w 1987 roku. Analizując ponownie etyczne i prawne aspekty dopuszczalności roszczeń z tytułu „*wrongful life*”, doszedł do wniosku, że „test kontrafaktyczny musi zostać

60 Tamże, s. 98-99.

61 Tamże, s. 101.

62 Tamże, s. 103.

63 Tamże, s. 99-100.

przeformułowany (...), jeśli ma służyć jako adekwatny test i miernik krzywdy w sprawach „*wrongful life*”⁶⁴. Musimy zreinterpretować wyrażenie „byłoby gorzej (lepiej) dla B, gdyby nie istniał” w sposób, który nie będzie wymagał on nas porównywania wartości stanu, w którym B znajduje się aktualnie (bądź znajdzie się w przyszłości), dla B, z wartością kontrfaktycznego stanu nieistnienia dla B. Zdaniem Feinberga, doświadczenie życiowe dostarcza podpowiedzi, jak wyrażenie to powinniśmy rozumieć. Kiedy osoba zmagająca się z nieuleczalną chorobą, bólem i cierpieniem twierdzi, że byłoby dla niej lepiej, gdyby już umarła, to nie opiera ona tego sądu na porównaniu wartości, jaką będą miały dla niej ostatnie dni czy miesiące życia, z wartością, jaką będzie miało dla niej pośmiertne nieistnienie. Stwierdza raczej, że *przedkłada* szybką śmierć nad dalsze życie; że woli nie istnieć, niż istnieć w cierpieniu i chorobie; że *preferuje* śmierć.

Wydaje się, że nikt rozsądny nie zaprzeczy, że istnieją sytuacje, w których człowiek może racjonalnie przedkładać natychmiastową śmierć nad dalsze życie. Co więcej, wydaje się, że nikt nie zaprzeczy, że istnieją sytuacje, w których jednostka może racjonalnie twierdzić, że wolałaby nigdy się nie narodzić, niż istnieć w kondycji, w której istnieje⁶⁵. Wyobraźmy sobie osobę, która została uprowadzona przez sadystycznego mordercę. Gdyby osoba ta wiedziała, że nie ma żadnych szans na ucieczkę i że zanim umrze z rąk oprawcy będzie przez niego okrutnie torturowana, czymś jak najbardziej racjonalnym byłoby, gdyby wolała umrzeć natychmiast, niż znosić te katusze. Wyobraźmy sobie inną osobę, która urodziła się w niewoli u sadysty, i która przez całe swoje dotychczasowe życie była poddawana najbardziej wymyślnym torturom. Czy byłoby czymś irracjonalnym, gdyby, patrząc wstecz na bezmiar cierpień i upokorzeń, jakich doznała oraz wiedząc, że nie ma żadnych szans na ucieczkę, osoba ta stwierdziła, że wolałaby się nigdy nie narodzić, niż wieść życia, jakie stało się jej udziałem? Nie ma podstaw, aby tak sądzić⁶⁶. Jak słusznie zauważa Derek Parfit, jeśli ktoś może racjonalnie przedkładać nieistnienie nad to, co go czeka w przyszłości, to „może on zdecydować, że gdyby, w jakimś momencie w przeszłości, wiedział co go czeka, chciałby albo nie chciałby przeżyć reszty swojego życia. Może on zatem uznać, że te części jego życia były lepsze albo gorsze od niczego. Jeśli jednak takie twierdzenia mogą odnosić się do części życia, to sądzę – konkluduje Parfit – że mogą także odnosić się do całych żyć”⁶⁷.

64 J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 16.

65 Bliżej o rodzajach motywacji, które mogą leżeć u podstaw takiej preferencji zob. B. Williams, *Resenting One's Own Existence*, [w:] Idem, *Making Sense of Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 79–89; S. Smilansky, *Preferring Not to Have Been Born*, „Australasian Journal of Philosophy” 1997, vol. 75, nr 2, s. 241–247.

66 Zakładam, że moralne znaczenie mają zarówno preferencje prospektywne, czyli dotyczące przyszłych stanów rzeczy, jak i preferencje retrospektywne, a więc te, dotyczące minionych stanów rzeczy. Bliżej zob. J. Ryberg, *Do Possible People have Moral Standing?*, „Danish Yearbook of Philosophy” 1995, vol. 30, s. 109.

67 D. Parfit, *Reasons and Persons*, dz. cyt., s. 487

Feinberg podziela ten pogląd i uważa, że *podobnie* powinniśmy interpretować zarzuty podnoszone przez upośledzone dzieci w sprawach z tytułu „*wrongful life*”. Podobnie, ale nie tak samo. W przypadku tego typu roszczeń mamy bowiem zazwyczaj do czynienia z osobami, które ze względu na wiek, a także chorobę bądź upośledzenie, nie są (i być może nigdy nie będą) zdolne do formułowania i wyrażania racjonalnych preferencji – czy wołałyby istnieć, czy też nie. W imieniu tych osób występują przedstawiciele ustawowi, którymi najczęściej są sami rodzice. To ich ocena wartości życia upośledzonego dziecka jest przedmiotem badania sądu. Jak jednak należy interpretować twierdzenie rodziców, że byłoby lepiej dla ich dziecka, gdyby nigdy nie istniało? „Kiedy jedna strona mówi, że druga miałaby się lepiej, gdyby się nigdy nie narodziła, to – zdaniem Feinberga – twierdzi, że (preferowanie)⁶⁸ przedkładanie jednego stanu rzeczy nad inny jest racjonalne. I abstrahując od tego, czy twierdzenie to jest [w danych okolicznościach] prawdziwe, czy też nie, jest ono sensowne i nie prowadzi do żadnych sprzeczności czy paradoksów. Pytanie, na które musimy odpowiedzieć w sprawach „*wrongful life*” brzmi zatem »czy nieistnienie lub niezycie jest (preferowalne; *preferable*) przedkładalne nad życie obciążone określoną ułomnością«⁶⁹. Jeśli w danym przypadku nieistnienie jest stanem preferowalnym, to czyn, który powołał osobę do takiego życia, wyrządził jej krzywdę. Zostać skrzywdzonym przez sam fakt powołania do istnienia, to znaleźć się w takim stanie, że „byłoby czymś racjonalnym (preferować) przedkładać nieistnienie nad ten stan (*it would be rational to prefer nonexistence to that condition*)”⁷⁰. Analogicznie, doświadczyć korzyści na skutek powołania do życia, to znaleźć się w stanie istnienia, nad który stan nieistnienia nie jest racjonalnie przedkładalny. „Racjonalna preferowalność” (*rational preferability*) stanowi istotę nowej koncepcji krzywdy (korzyści) – krzywdy (korzyści) opartej na racjonalnej preferencji.

Ta nowa koncepcja krzywdy (korzyści), zdaniem Feinberga, powinna zastąpić krzywdę kontrfaktyczną tylko na gruncie szczególnych wyborów, jakimi są wybory prokreacyjne (oraz wybory dotyczące końca życia)⁷¹. W pozostałych kontekstach moralnych i prawnych powinniśmy nadal posługiwać się tradycyjną koncepcją krzywdy kontrfaktycznej.

68 Ponieważ składnia czasownika „preferować” jest inna w języku angielskim, niż w języku polskim, w niektórych kontekstach czasownik ten będą tłumaczyć za pomocą czasowników „przedkładać” lub „woleć”. To samo dotyczy terminów pochodnych, w szczególności przymiotnika „preferowany” i „preferowalny”. Przytaczając wypowiedzi Feinberga, w których słowo „preferować” lub „preferowalny” występuje w strukturze składniowej nieznanego językowi polskiemu, będę jego obecność sygnalizować, zamieszczając je w nawiasie, obok zastępnika polskiego.

69 J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 17

70 Tamże, s. 17, 19.

71 Tak też uważa np. J. Ryberg, *Do Possible People have Moral Standing?*, dz. cyt., s. 106–110; C. Strong, *Harming by Conceiving*, dz. cyt., s. 485–496.

5. Problem racjonalnej „preferowalności”

Koncepcja krzywdy opartej na racjonalnej preferencji ma wiele zalet i licznych zwolenników⁷². Po pierwsze, unika ona *problemu nie-istnienia*, bo nie wymaga dokonywania porównania wartości istnienia z wartością nieistnienia dla danej osoby. Po drugie, dostarcza uzasadnienia dla tzw. *intuicji asymetrii moralnej*, czyli dość powszechnie podzielanego przekonania, że nie ma nic moralnie nagannego w powstrzymaniu się od prokreacji i sprowadzenia na świat kolejnej osoby, która będzie miała dobre życie; nagannym jest natomiast nie powstrzymanie się od powołania do istnienia osoby, która będzie miała złe życie⁷³. Jeśli potencjalni rodzice mają uzasadnione podstawy, aby przypuszczać, że życie dziecka, które mogą powołać do istnienia, będzie tak złej jakości, że nieistnienie byłoby racjonalnie przedkładalne nad takie życie, to świadomie powołując to dziecko do istnienia wyrządzają mu krzywdę. Ich decyzja jest więc *prima facie* moralnie zła. Jeśli jednak rodzice wiedzą, że ich potomstwo mogłoby mieć dobre i wartościowe życie, ale pomimo tej wiedzy, nie decydują się na prokreację, nie wyrządzają *nikomu* krzywdy, *ergo* nie działają w sposób moralnie naganny.

Feinbergowska koncepcja krzywdy opartej na racjonalnej preferencji rodzi jednak poważne problemy interpretacyjne. Pojęcie „racjonalnej preferowalności”, która stanowi jej istotę nie jest bowiem ani oczywiste, ani jednoznaczne.

Zdaniem Feinberga, standard „racjonalnej preferowalności” powinien być ukształtowany odmiennie dla osób kompetentnych, tj. takich, które są w stanie zrozumieć kondycję, w jakiej się znajdują, i „naturę” stanu dla niej alternatywnego, czyli

72 Za rozwiązaniem *problemu nie-istnienia* poprzez odwołanie się do standardu „racjonalnej preferowalności” opowiadają się także m.in. D. Benatar, *Better Never to Have Been. The Harm of Coming into Existence*, Clarendon Press, Oxford 2006, s. 28; D. Benatar, *The Wrong of Wrongful life*, „American Philosophical Quarterly” 2000, vol. 37, s.175–183; D.W. Brock, N. Daniels, D. Wikler, *From Chance to Choice. Genetic and Justice*, Cambridge University Press, New York 2000, s. 293; H. Clarkeburn, *Parental Duties and Untreatable Genetic Conditions*, „Journal of Medical Ethics” 2000, vol. 26, s. 402; oraz niektórzy przedstawiciele nauk prawnych, komentujący sprawę z tytułu „*wrongful life*”, np. A.J. Belsky, *Injury as a Matter of Law: Is This the Answer to the Wrongful life Dilemma?*, University of Baltimore Law Review 1993, vol. 22, s. 229, 233, 267; T.J. Dawe, *Wrongful life: Time for a „Day in Court”*, „Ohio State Law Journal” 1990, vol. 51, s. 495. Koncepcję tę rozważa również J. McMahan, *Problems of Population Theory (Review Essay)*, „Ethics” 1981, vol. 92, nr 1, s. 106; D. Parfit, *Reasons and Persons*, dz. cyt., s. 487–488.

73 Jan Narveson, jeden z pierwszych etyków zajmujących się problematyką etyki populacyjnej i prokreacyjnej, sformułował tę zasadę następująco: „Popieramy czynienie ludzi szczęśliwymi, ale pozostajemy neutralni wobec produkowania szczęśliwych ludzi. (*We are in favour of making people happy, but neutral about making happy people.*) – J. Narveson, *Moral Problems of Population*, „The Monist” 1973, vol. 57, s. 75. Bliżej o zasadzie asymetrii zob. np. J. McMahan, *Problems of Population Theory*, dz. cyt., s. 100 i nast.; J. Bennett, *On Maximizing Happiness*, [w:] R.I. Sikora, B. Barry (red.), *Obligations to Future Generations*, Temple University Press, Philadelphia 1978, s. 61–73; D.J. Elstein, *The Asymmetry of Creating and not Creating Life*, „The Journal of Value Inquiry” 2005, vol. 39, s. 49–59; S. Rachels, *Is it Good to Make Happy People?*, „Bioethics” 1998, vol. 12, nr 2, s. 93–100; M. Tooley, *Value, Obligation and the Asymmetry Question*, „Bioethics” 1998, vol. 12, nr 2, s. 111–124; J.P. Sterba, *Explaining Asymmetry: a Problem for Parfit*, „Philosophy and Public Affairs” 1987, vol. 16, nr 2, s. 188–192; J.P. Sterba, *Abortion, Distant Peoples, and Future Generations*, „Journal of Philosophy” 1980, vol. 77, s. 424–440.

stanu nieistnienia, oraz dokonać porównania wartości obu tych stanów rzeczy przez pryzmat własnych preferencji, oraz dla osób, które dokonują takiego osądu w imieniu jednostek trwale (lub przejściowo) niekompetentnych. W przypadku podmiotu kompetentnego, „ocena, że jego nieistnienie byłoby (preferowalne) przedkładalne nad jego istnienie w takiej a takiej kondycji (...) jest poprawna jeśli: (1) faktycznie ma on wolną i »poinformowaną« preferencję, w zależności od przypadku, prospektywną albo retrospektywną, na rzecz nieistnienia; (2) preferencja ta jest racjonalna w słabym sensie, to znaczy, jest niesprzeczna z rozumem (*not contrary to reason*), choć inne równie racjonalne osoby, znajdujące się w jego sytuacji, mogłyby jej nie podzielać”⁷⁴. Feinberg zakłada zatem, że osoby kompetentne, dotknięte taką samą chorobą bądź upośledzeniem, mogą odmiennie oceniać swój stan, a co za tym idzie, odmiennie plasować go w rankingach własnych preferencji. Różnice te zasługują na szacunek, albowiem wynikają z odmienności indywidualnych systemów wartości, w tym celów, ideałów i aspiracji życiowych, oraz z różnic osobowościowych i psychologicznych, które mają istotny wpływ na samoocenę jakości życia dokonywaną przez poszczególne jednostki⁷⁵.

Zupełnie inaczej, w opinii Feinberga, powinien kształtować się standard „racjonalnej preferowalności” w przypadku osób, które wyrażają preferencje w imieniu niekompetentnych podmiotów. Feinberg rozważa dwa modele takiego standardu⁷⁶. Pierwszy z nich ma charakter empatyczny. Nakazuje on osobie kompetentnej wczuć się w sytuację jednostki niekompetentnej i postawić sobie pytanie: czy gdybym była *nią*, mogłabym racjonalnie woleć nie istnieć, niż dalej żyć w takiej kondycji? Feinberg odrzuca jednak ten model, słusznie zauważając, iż osoba w pełni zdrowa na ciele i na umyśle nie może w sposób nieprowadzący do psychologicznego (i logicznego) absurdu, z jednej strony negocjować (części) swoich władz umysłowych, aby jak najbardziej upodobnić się do osoby niekompetentnej, a z drugiej strony korzystać z tych władz, aby sformułować racjonalną preferencję. Proponuje on zatem przyjęcie drugiego modelu, który ma naturę powierniczą (fiducjarną). Model ten nie wymaga „hipotetycznego mieszania tożsamości (*mixing of selves*) w wyobraźni decydenta zastępczego (*proxy chooser*)”⁷⁷. Zadaniem tego ostatniego nie jest bowiem (sztuczne) przypisywanie niekompetentnemu podmiotowi własnych preferencji, a tylko reprezentowanie i chronienie jego interesów. Kiedy decydent zastępczy⁷⁸ twierdzi, że dla

74 J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 22-23.

75 Bliżej o psychologicznych aspektach samooceny dobrostanu zob. D. Benatar, *Better Never to Have Been*, dz. cyt., s. 64-69 i cytowana tam bogata literatura przedmiotu.

76 Zob. J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 22.

77 Tamże, s. 23.

78 Polskim odpowiednikiem angielskiego „*proxy chooser*” jest wyrażenie „przedstawicieli ustawowy”. Aby nie narzuć dalszym wywodom nadmiernie „prawniczego” charakteru, postanowiłam zastąpić je wyrażeniem

danego dziecka (dla jego interesów) byłoby lepiej, gdyby dziecko to nigdy nie istniało, to w istocie stwierdza on, że „byłoby czymś irracjonalnym – wbrew wymogom rozumu (*contrary to what reason decrees*) – gdyby reprezentant lub protektor tych interesów (preferował) przedkładał kontynuowanie życia w tej kondycji nad nieistnienie”⁷⁹. Preferencja decydenta zastępczego musi być zatem racjonalna w – jak pisze Feinberg – mocnym sensie tego słowa. Nie wystarczy, aby była ona niesprzeczna z rozumem. Musi być ona podyktowana przez rozum; zgodna z wymogami rozumu (*required by reason*)⁸⁰. I tu pojawia się fundamentalne pytanie: czy i kiedy preferencja przedkładająca nieistnienia nad istnienie w stanie choroby lub upośledzenia może być racjonalna w mocnym sensie tego słowa?

Feinberg nie udziela jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie, co jest w pełni zrozumiałe, jeśli weźmie się pod uwagę z jak delikatną materią się mierzy. Więcej, przyznaje wprost, że nie jest możliwe przedstawienie żadnych konkluzywnych argumentów na rzecz tezy, iż preferowanie nieistnienia *może* w ogóle być racjonalne w mocnym sensie tego słowa. Uważa jednak, że następujący „eksperyment wyobraźniowy może sprawić, że twierdzenie to będzie wydawać się bardziej wiarygodne”⁸¹. Feinberg proponuje, aby każdy z nas wyobraził sobie, że po śmierci jego ciała, staje przed nim bóstwo i składa mu następującą propozycję: możesz ponownie się narodzić, ale tylko jako dziecko dotknięte chorobą Tay-Sachsa, albo możesz zostać natychmiast unicestwiony. Jeśli wybierzesz opcję pierwszą, zyskasz do czterech lat życia pełnego bólu i cierpienia, których zwieńczeniem będzie twoja ponowna śmierć i nieodwracalne unicestwienie. „Myślę, że musiałbyś być szalony – pisze Feinberg – żeby wybrać opcję pierwszą. (...) Podobnie, nie zawahałbyś się, o ile jesteś racjonalny, wybrać natychmiastowego nieistnienia, gdyby bóstwo zażądało od ciebie dokonania wyboru między tymi alternatywami w imieniu osoby, którą kochasz, powiedzmy, twojego małżonka lub dziecka; w imieniu kogoś, o kogo dobro naprawdę się troszczysz”⁸². Zdaniem Feinberga, każda racjonalnie myśląca osoba wolałaby nie istnieć, niż żyć z chorobą Tay-Sachsa. Eksperyment ten ma przemawiać za przyjęciem poglądu, że możliwe jest posiadanie racjonalnej preferencji na rzecz nieistnienia. Kiedy jednak, poza przypadkiem choroby Tay-Sachsa, taka preferencja może być mocno racjonalna?

Dyskutując nową koncepcję krzywdy, Feinberg stwierdza, że „jeśli w danym przypadku nieistnienie byłoby obiektywnie preferowalne (*objectively preferable*), a oceny takiej możemy dokonać, przyjmując na przykład często stosowany w prawie

„decydent zastępczy”, które mniej legalistyczne i bardziej pojemne zakresowo.

79 J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 23.

80 Zob. tamże, s. 20–22.

81 Tamże, s. 22.

82 Tamże.

wzorzec »rozsądnej osoby« (*»reasonable person«*), to każde naganne działanie bądź zaniechanie, które doprowadziło (dopuszcilo) do narodzin danego dziecka może być uznane za wyrządzające mu krzywdę⁸³. Zdaje się zatem, że uważa on, iż możliwe jest przyjęcie jakiegoś obiektywnego standardu „życia niewartego przeżycia”, na który przystałaby każda racjonalnie myśląca osoba. Jak taki standard mógłby wyglądać nie jest jednak do końca jasne. Z jednej strony Feinberg sugeruje, że jest on spełniony tylko w takiej sytuacji, gdy zasadnym jest twierdzenie, że „*jakiegokolwiek* interesy upośledzona strona może mieć albo może rozwinąć, będą one z góry skazane na niezaspokojenie (*doomed to defeat*) z powodu jej aktualnej nieuleczalnej kondycji⁸⁴. Z drugiej strony, pisze jednak, że „nie wszystkie interesy nowo narodzonego dziecka powinny i mogą być objęte prenatalną ochroną, ale tylko te najbardziej podstawowe (*basic*), których zaspokojenie uznawane jest za warunek konieczny posiadania (minimalnie) godziwego życia (*minimally decent life*)⁸⁵. W jeszcze innym miejscu, podaje natomiast przykłady kondycji zdrowotnych, które – w jego opinii – są tak głęboko dewastujące dla osoby, że racjonalnym byłoby woleć nie istnieć, niż żyć życiem nimi obciążonym. Taką mocno racjonalną preferencję można, zdaniem Feinberga, wyrazić w imieniu osób, które dotknięte są cięższymi przypadkami „deformacji mózgu, rozszczepu kręgosłupa (*spina bifida*), chorobą Tay-Sachsa, policystyczną chorobą nerek, zespołem Lesch-Nyhana i tych, które, z jakiegokolwiek przyczyny, urodziły się niewidome i głuche, w stanie permanentnego braku kontroli nad własnym ciałem (*non-continent*), głęboko upośledzone umysłowo i w chronicznym bólu lub w stanie bliskim totalnemu paraliżowi, z perspektywą tylko kilku lat życia⁸⁶.”

Powyższe wypowiedzi nie dostarczają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, kiedy, w opinii Feinberga, nieistnienie jest racjonalnie (preferowalne) przedkładalne nad życia w chorobie lub upośledzeniu. Niewątpliwie, sytuacja, w której *wszystkie* interesy osoby (aktualne i przyszłe) są z góry skazane na niezaspokojenie, nie musi być tożsama z tą, w której osoba nie ma (minimalnie) godziwego życia. Uważna lektura feinbergowskich rozważań pozwala jednak na wysunięcie wniosku, że uznaje on, iż decydent zastępczy może żywić mocno racjonalną preferencję na rzecz nieistnienia tylko wówczas, gdy preferencja ta dotyczy jednostki, która znajduje się bądź może się znaleźć w pierwszym z wyróżnionych stanów. Życie jest, w opinii

83 Tamże, s. 17.

84 Tamże s. 22. Por też J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 98.

85 Tamże, s. 24-25. Fragment ten stanowi autocytat z J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 98-99.

86 Tamże, s. 17. Warto odnotować, że lista ta różni się od listy, którą Feinberg przedstawił we wcześniejszej pracy. Wówczas, do przypadłości czyniących życie osoby niewartym przeżycia, zaliczył on głębokie upośledzenie umysłowe, wrodzony syfilis, ślepotę, głuchotę, głębokie uzależnienie od heroiny, całkowity paraliż lub brak kontroli nad ciałem, pewne niedożywienie oraz bardzo złą sytuację ekonomiczną – J. Feinberg, *Harm to Others*, dz. cyt., s. 99.

autora, gorsze dla osoby od nieistnienia tylko wówczas, gdy jest obarczone tak tragiczną, nieuleczalną i bolesną chorobą bądź tak głębokim i nieodwracalnym upośledzeniem fizycznym i umysłowym, że osoba nie jest w stanie rozwinąć żadnych kompensujących interesów⁸⁷. Tylko takiego życia *żadna* racjonalnie myśląca osoba *nie mogłaby chcieć* dla siebie samej lub dla swoich najbliższych. Ktoś, kto świadomie powołuje osobę do takiego życia, które jest *par excellence* niewarte przeżycia⁸⁸, wyrządza jej krzywdę, a co za tym idzie, działa *prima facie* moralnie nagannie. Jak słusznie zauważa Bonnie Steinbock, w istocie „jest mało prawdopodobne, żeby ten szalenie restrykcyjny standard był spełniony w wielu przypadkach. Być może spełnia go przypadek choroby Tay-Sachsa lub zespołu Lesch-Nyhana (...). Wydaje się jednak, że w większości przypadków [życia w upośledzeniu lub chorobie – JR] racjonalni ludzie mogą nie zgadzać się co do tego, czy życie jest warte przeżycia. Tylko w relatywnie nielicznych przypadkach, jeśli w jakichkolwiek, można twierdzić, że decydent zastępczy, który optuje za nieistnieniem dziecka, działa »wbrew rozumowi« (»*contrary to reason*«)»⁸⁹.

6. Słowo końcowe

Feinbergowska koncepcja krzywdy opartej na racjonalnej preferencji dostarcza rozwiązania dla *problemu nie-istnienia* i pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy można wyrządzić osobie krzywdę, powołując ją do życia w ciężkiej chorobie lub upośledzeniu. Odpowiedź ta nie dla wszystkich będzie jednak satysfakcjonująca. W szczególności, nie zadowoli tych, którzy podzielają przekonanie, że rodzice krzywdzą swoje dziecko celowo lub lekkomyślnie powołując je do życia, które jest warte przeżycia, ale którego jakość jest niższa od jakości życia innego dziecka, które, zamiast tego pierwszego, mogli byli (bez narażanie się lub innych na nadmierne obciążenia lub straty) powołać do istnienia. Koncepcja ta nie dostarcza więc rozwiązania dla innego fundamentalnego problemu etyki powoływania ludzi do istnienia – *problemu nie-tożsamości*⁹⁰. Analiza tego problemu, szeroko dyskutowanego w literaturze, wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania⁹¹.

87 Tak interpretuje Feinberga także B. Steinbock, *Life before Birth*, dz. cyt., s. 121–124. Zob. też B. Steinbock, R. McClamrock, *When is Birth Unfair to Child?*, „Hastings Center Report”, 1994, vol. 24, nr 2, s. 16–17.

88 J. Feinberg, *Wrongful life and the Counterfactual Element in Harming*, dz. cyt., s. 35.

89 B. Steinbock, *Life before Birth*, dz. cyt., s. 121.

90 Zob. D. Parfit, *Reasons and Persons*, dz. cyt., rozdz. 16.

91 Zob. np. M.A. Roberts, D.T. Wasserman (red.), *Harming Future Persons. Ethics, Genetics and the Nonidentity Problem*, Springer Science+Business Media B.V. 2009.

Abstract**„I'd rather not be then live this way". On idea of harm based on Joel Feinberg's rational preference.**

Can we harm a person by bringing her into the world with a congenital disease or disorder? This question has been discussed by lawyers and ethicists for year. The standard counterfactual concept of harm fails, when applied to reproductive choices, as it gives rise to the so called *non-existence problem* and the *non-identity problem*. The aim of this article is to present Joel Feinberg's alternative theory of harm – harm based on rational preferability. It is argued that this account of harm is unaffected by the *non-existence problem*, but it is prone to other interpretational and theoretical problems, in particular it is unable to provide a satisfactory solution to the *non-identity problem*.