

Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I¹

AGNIESZKA MARIA KANIA

Katedra Prawa Karnego Materialnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

W historii medycyny stwierdza się jednoznacznie, że zabiegi aborcyjne są tak dawne, jak dawna jest historia ludzkości. Praktyki przerywania ciąży znane były już przed czterema tysiącami lat i jednocześnie uznawane za najskuteczniejszą metodę zapobieżenia nadmiernej liczbie narodzin².

Prawna regulacja aborcji uległa radykalnej ewolucji, począwszy od traktowania sztucznych poronień jako sprawy wewnątrzrodzinnej, pozostającej tym samym poza sferą zainteresowania prawników, aż po objęcie jej ścisłą reglamentacją normatywną. Podejmowane działania legislacyjne oscylowały konsekwentnie między dwoma przeciwstawnymi biegunami. Z jednej strony pojawiały się tendencje zaostrażające, a z drugiej liberalizujące prawo aborcyjne. Te ostatnie zintensyfikowały się wraz z odczuwalnymi od końca XIX do lat dwudziestych XX wieku skutkami tak zwanej eksplozji demograficznej w Europie. Jej następstwa w postaci ubóstwa i bezrobocia sprawiły, że coraz większą popularność

¹ Niniejszy artykuł stanowi pierwszą z dwóch części opracowania poświęconego problematyce kryminalizacji przerywania ciąży. Dalsze rozważania zostaną podjęte w kolejnym numerze „Nowej Kodyfikacji Prawa Karnego” pod redakcją L. Boguni.

² G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 143.

zyskało, sformułowane przez ekonomistę Thomasa Malthusa, „prawo ludności”, które między innymi w procesie dekryminalizacji przerywania ciąży dostrzegało skuteczny środek zmniejszenia populacji³.

Dalsze próby legalizacji przerywania ciąży zostały podjęte w okresie powojennym, wraz z dokonującym się postępem medycyny — zwłaszcza w zakresie chirurgii aseptycznej, genetyki oraz badań prenatalnych — za pomocą którego próbowano przeforsować przekonanie o pełnym bezpieczeństwie zabiegów aborcji, a tym samym zachęcać do ich przeprowadzania⁴. Organizowane kampanie nie pozostały bez wpływu na zmianę prawa aborcyjnego w poszczególnych krajach. Z danych statystycznych z lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych minionego stulecia wynika, że w tym kulminacyjnym przedziale czasowym dziewiętnaście państw liczących ponad milion mieszkańców, w tym dziesięć rozwiniętych i dziewięć rozwijających się, zagwarantowało prawnie dostęp do przerywania ciąży. W dwunastu z nich umożliwiono przeprowadzanie zabiegów na żądanie kobiety. We wskazanym okresie tylko dwa kraje zastrzyły prawo aborcyjne — Polska oraz Salvador⁵.

Problematyka zakresu ingerencji państwa w sferę ludzkiej prokreacji stanowi w dalszym ciągu jedno z najbardziej złożonych i trudnych do rozwiązania zagadnień normatywnych. Podejmowane próby racjonalnego uzasadnienia kryminalizacji, jak również dekryminalizacji wybranych problemów prawnomedycznych, wykraczają często poza ramy tradycyjnej etymologii prawa karnego. Zasadność oraz słuszność konstruowania nowych przestępstw, pozostających w obrębie zainteresowań lekarzy i prawników, jak również deklaratoryjne potwierdzanie istniejących w poprzednich kodyfikacjach, czy wreszcie wyeliminowanie określonego typu czynów zabronionych z katalogu zakazów obwarowanych sankcją karną⁶, wymaga często odwołania się do innych dziedzin naukowych niż tylko nauki penalne.

³ Por. E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990, s. 43 nn.

⁴ M. Zubik, *Problem aborcji na świecie w dokumentach i orzecznictwie sądowym*, Warszawa 1997, s. 9.

⁵ J. Helios, *Etyczne aspekty przerywania ciąży i sztucznej prokreacji*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 68, Wrocław 2005, s. 77.

⁶ Por. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 7–8.

Wieloaspektowość kwestii z pogranicza prawa i medycyny sprawiła, że przeciwstawienie procesu ich kryminalizacji–dekryminalizacji traci wyraźnie na znaczeniu. Pomiędzy tymi skrajnościami występują sytuacje pośrednie, modelowe rozwiązania prawne, które generalny zakaz ustawowy łagodzą określonymi wyjątkami dekryminalizującymi. Za takim typem kryminalizacji — kryminalizacji częściowej — opowiedział się polski ustawodawca w zakresie regulacji przerywania ciąży. Przyjęte rozwiązanie prawne nie ma jednak charakteru czysto indykacyjnego, zezwalającego na przerwanie ciąży pod warunkiem zaistnienia ustawowo przewidzianych okoliczności. Dodatkowo zostało ono obwarowane terminami wyznaczającymi temporalne granice, w których aborcja może zostać legalnie przeprowadzona. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest przesłanka medyczna, dotycząca stanu zdrowia matki, na podstawie której aborcja jest dopuszczalna niezależnie od stadium zaawansowania ciąży⁷.

Przyjęty w polskim ustawodawstwie model niepełnej kryminalizacji aborcji powinien być rozpatrywany dwupłaszczyznowo — w odniesieniu do czynu sprawcy, w rozumieniu dyspozycji: „Kto za zgodą kobiety ciężarnej przerywa jej ciążę z naruszeniem przepisów ustawy” — art. 152 k.k. oraz w zakresie podmiotu zdolnego do ponoszenia odpowiedzialności karnej.

Uwagę zwraca niewątpliwie związane i syntetyczne brzmienie normy kryminalizującej przerywanie ciąży „za zgodą kobiety ciężarnej”. Blankietowy charakter przepisu kodeksu karnego (art. 152 k.k. — „z naruszeniem przepisów ustawy”) sprawia, że jego prawidłowa interpretacja wymaga odwołania się do innego aktu prawnego niż ustawa karna. Stosowna regulacja w zakresie tej materii została zawarta w ustawie z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach legalności przerywania ciąży⁸, która enumeratywnie wymienia przypadki legalnej aborcji. Takie unormowanie przesądza o ustawowym, ale jednocześnie o pozakodeksowym charakterze omawianego kontraktu. Przewidziany przez ustawodawcę sposób typiza-

⁷ P. Hofmański, *Granice kryminalizacji aborcji w Europie Zachodniej. Analiza prawnoporównawcza*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 6, s. 92–93.

⁸ Dz.U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.

cji przerywania ciąży nie może być rozważany bez odwołania się do art. 4a cytowanej ustawy, który zawiera zasadniczą materię w tym zakresie. Uwzględniając afirmację określonych wartości, w polskim systemie prawnym przyjęto, że przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza w sytuacji, gdy: a) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej; b) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu; c) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Wskazane wyjątki zezwalające na przerwanie ciąży stanowią przykład ograniczonego stosowania normy sankcjonującej. Są one rezultatem przyjętej przez ustawodawcę aksjologii oraz wynikają z systemu wartości gwarantowanych konstytucyjnie. Andrzej Zoll podkreśla, że charakter przesłanek dopuszczających przerywanie ciąży nie jest jednolity. Jedynie we wskazaniu wymienionym w art. 4a ust. 1 pkt 1 — ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej — cytowany autor dostrzega okoliczność wyłączającą bezprawność czynu. Natomiast pozostałe dwie przesłanki zostały ocenione jako działające na płaszczyźnie normy sankcjonującej, wyłączającej jedynie karalność czynu naruszającego normę sankcjonowaną. Oznacza to, że dostrzegany przez A. Zolla brak sytuacji kolizyjnej między dwoma dobrami w odniesieniu do warunków legalnej aborcji określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz 3 ustawy o planowaniu rodziny sprawia, że niezasadne byłoby traktowanie tych przypadków dopuszczalnego przerywania ciąży jako kontratypowych⁹.

Ustawowo określone warunki legalnej aborcji budzą w istocie wiele wątpliwości interpretacyjnych. Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotami o niedookreślonej konotacji powoduje liczne trudności w dokonaniu właściwej ich wykładni. Przesłanka dopuszczająca przerywanie ciąży w sytuacji, gdy stanowi ona zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, staje się szczególnie kontrowersyjna w konfrontacji z brakiem katalogu chorób, które usprawiedliwiałyby zabieg z takiej przyczyny. Otwarty charakter powyższego sformułowania sprawia, że nie tylko pewność, ale także rzeczywiste prawdopodobieństwo zagrożenia zdrowia fi-

⁹ A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 19.

zycznego lub psychicznego ciężarnej uprawnia ją do przerywania ciąży. Ustawa nie wprowadza przy tym żadnego ograniczenia czasowego dla przeprowadzenia takiego zabiegu, co w rezultacie mogłoby sugerować, że aborcja uzasadniana wskazaniami medycznymi mogłaby zostać dokonana niezależnie od stanu zaawansowania ciąży. Odmienny pogląd w tym zakresie prezentuje A. Zoll, twierdząc, że w sytuacji, gdy płód uzyskał zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki, nie istnieją żadne podstawy do przerywania ciąży kosztem jego życia. Służący zatem ratowaniu życia lub zdrowia matki zabieg powinien jednocześnie zmierzać do uratowania dziecka¹⁰.

Kontrowersyjny charakter omawianej przesłanki wzbudził zainteresowanie Rzecznika Praw Obywatelskich Janusza Kochanowskiego, który w przygotowanym wniosku do Trybunału Konstytucyjnego domagał się stwierdzenia niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o planowaniu rodziny w zakresie, w jakim używa ona niedookreślonego pojęcia „zagrożenie dla zdrowia kobiety ciężarnej”, oraz przepisu art. 4a ust. 2 ustawy w zakresie, w jakim odnosi się on do dokonywania przerywania ciąży ze względu na zdrowie kobiety ciężarnej (art. 4a ust. 1 pkt 1) oraz ze względów określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy, z art. 2, art. 31 ust. 1, art. 38 w zw. z art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W uzasadnieniu do wniosku J. Kochanowski wskazał, że ustawa nie określa rodzaju zagrożenia dla zdrowia kobiety ciężarnej, które uzasadniałoby przeprowadzenie aborcji. W rezultacie może to prowadzić do dokonywania zabiegów z niezasadnych powodów, gdy zagrożenie nie jest na tyle poważne, aby mogło spełnić powyższy warunek¹¹.

Omawiany wniosek spowodował, że ustawa o planowaniu rodziny znalazła się po raz kolejny w centrum uwagi, wywołując dyskusje nie tylko w środowisku prawniczym. Wypowiadający się w tej kwestii Piotr Winczorek zauważył, że obecne unormowanie legalnej aborcji z przyczyn, o których mowa w art. 4a ust. 1 pkt 1 ma elastyczny charakter i pozwala lekarzowi ocenić stan zdrowia kobiety zgodnie z posia-

¹⁰ A. Zoll, [w:] A. Barczak-Oplustil *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 KK*, t. 2, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 302.

¹¹ *Projekt wniosku RPO do TK w sprawie przepisów ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży* — dostęp na oficjalnej stronie internetowej RPO — www.rpo.gov.pl.

daną wiedzą oraz zasadami etyki. Takie ujęcie umożliwia tym samym uniknięcie ścisłego trzymania się regulacji ustawowej, co wydaje się niezbędne w tym wypadku. Usunięcie zatem przesłanki legalizującej przerywanie ciąży ze względu na zagrożenie zdrowia ciężarnej prowadziłoby do znacznego zaostrzenia ustawy, a aborcja z tej przyczyny nie byłaby wykonywana. Również niezadowolający byłby w tej kwestii wyrok interpretacyjny TK, który mówiłby o „poważnym” bądź „istotnym” zagrożeniu, gdyż takie określenia potwierdziłyby tylko nieostry charakter omawianej przesłanki¹².

Przeciwko enumeratywnemu wyliczeniu wszystkich okoliczności medycznych zezwalających na usunięcie ciąży przemawiałoby także wiele argumentów natury medycznej. Proste sporządzenie takiej listy nie oddawałoby złożoności wielu czynników, które lekarz musi brać pod uwagę w każdym potencjalnym przypadku dokonania zabiegu. Przede wszystkim jednak lista taka nie miałaby stałego charakteru i w rezultacie podlegałaby ciągłym uzupełnieniom oraz zmianom wraz z dokonującym się postępem medycyny. Dodatkową, sporną kwestią byłoby jednoznaczne wyznaczenie osób kompetentnych do jej przygotowania. Oczywiście względy przemawiałyby za tym, że decydentami w tym zakresie powinni być lekarze — praktycy, co niewątpliwie potwierdzałoby ich autorytet w rozstrzygnięciu tego problemu. Jednocześnie jednak niedające się usunąć rozbieżne poglądy środowiska medycznego w kontekście omawianej listy sprawiłyby nieuniknione trudności w jej szybkim opracowaniu. Wskazane zastrzeżenia mogą zatem sugerować, że choć obowiązujące prawo nie jest do końca precyzyjne, to jednak stanowi wystarczającą regulację, wskazującą lekarzom właściwą drogę postępowania¹³.

Niedookreślonego charakteru omawianej przesłanki nie powinno się zatem oceniać jednoznacznie w kategorii wady legislacyjnej. W pewnych dziedzinach, na przykład medycynie, nie sposób uniknąć nieostrych sformułowań terminologicznych. Pozostawienie fachowcom

¹² P. Winczorek, *Ustawa o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży znowu w centrum uwagi* — opinia — dostęp na oficjalnej stronie internetowej RPO — www.rpo.gov.pl.

¹³ J. Hołówka, *Uwagi do wniosku do TK w sprawie przepisów ustawy o planowaniu rodziny ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży* — dostęp na oficjalnej stronie internetowej RPO — www.rpo.gov.pl.

— lekarzom specjalistom pewnego obszaru swobody okazuje się niezbędne, gdyż nie w każdej kategorii spraw ustawodawca może dokonać precyzyjnego rozstrzygnięcia prawnego. Określoną wiedzą medyczną dysponują bowiem osoby wykształcone w tym kierunku, a ich wiedza i tak może okazać się niewystarczająca, aby kategorycznie i jednoznacznie rozstrzygnąć, które jednostki chorobowe usprawiedliwiałyby legalne przerywanie ciąży¹⁴.

Nieostrość sformułowania „zagrożenie dla zdrowia kobiety” może się wreszcie okazać tylko pozorna. Do takiego wniosku prowadzi odwołanie się do wykładni językowej, nadającej terminowi „zagrożenie” określone znaczenie, przesądzające o tym, że posługujący się tym pojęciem ustawodawca miał na myśli poważne ryzyko utraty zdrowia, o niebłahym charakterze. Omawiana przesłanka oznacza zatem taką chorobę, której wyraźny postęp nastąpi w razie donoszenia ciąży. Prezentowana argumentacja znajduje oparcie także w wyroku TK z 28 maja 2006 roku¹⁵, w którym wyrażono pogląd, że: „Samo posłużenie się zwrotami niedookreślonymi nie narusza *per se* konstytucyjnej zasady rzetelnej legislacji. Niepodobna też stawić znak równości między posłużeniem się zwrotami niedookreślonymi a arbitralnością rozstrzygnięcia”¹⁶.

Przytoczone opinie wskazują, że próby rozstrzygnięcia precyzyjności omawianej przesłanki mogą zakończyć się niepowodzeniem. Wykładnia nazw nieostrych będzie zawsze wzbudzać pewne kontrowersje. Chociaż jej podejmowanie jest z jednej strony pożądane, to jednak z drugiej strony rodzi obawy dotyczące możliwości nadania właściwego znaczenia terminom o nieostrych zakresach. Słusznie zatem zauważa Janina Paradowska, że normatywne sprecyzowanie zwrotu „zagrożenie dla życia kobiety ciężarnej” to „niekończący się spór na lata, zapewne bez finału, czyli wojna dla wojny”¹⁷.

¹⁴ M. Boratyńska, *Problem niezgodności z Konstytucją przesłanek ustawowych dopuszczających przerywanie ciąży* — dostęp na oficjalnej stronie internetowej RPO — www.rpo.gov.pl.

¹⁵ P 18/05, Dz.U. z 2006 r. Nr 84, poz. 585.

¹⁶ E. Zielińska, *Uwagi odnośnie do założeń wniosku do TK* — opinia — dostęp na oficjalnej stronie internetowej RPO — www.rpo.gov.pl.

¹⁷ J. Paradowska, *Rzecznik własnej sprawy*, „Polityka” 2008, nr 3 (2637), s. 20–22.

Od wątpliwości interpretacyjnych nie są wolne także pozostałe dwie przesłanki legalizujące aborcję, ze względu na chorobę płodu oraz z tak zwanych przyczyn kryminalnych. Przy ich formułowaniu ustawodawca posłużył się dwoma odmiennymi wskazaniem dowodowymi. O ile w przypadku ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu wymagane jest „duże prawdopodobieństwo” ich wystąpienia, o tyle słabsza pod względem dowodowym jest przesłanka odwołująca się jedynie do „uzasadnionego podejrzenia”, że ciąża jest wynikiem czynu zabronionego¹⁸.

Analizując bliżej przytoczone fragmenty ustawy o planowaniu rodziny, warto zwrócić uwagę, że w wypadku stwierdzenia dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, ustawodawca, nie wyjaśniając treści omawianego wskazania, ograniczył się tylko do wyznaczenia, aczkolwiek w sposób mało precyzyjny, momentu, do którego dopuszczalne jest przerwanie ciąży na podstawie art. 4a ust. 2 ustawy. Wymieniony w tym przepisie punkt graniczny, ujęty opisowo jako „zdolności do samodzielnego życia”, jest kwestią o charakterze indywidualnym, wymagającą dokładnej analizy w konkretnym przypadku¹⁹.

W literaturze podkreśla się, że wskazania eugeniczno-teratologiczne stanowią podstawę do usunięcia płodu ze względu na schorzenia, które są nieodwracalne. Aborcja z tej przyczyny, jeśli ma być przeprowadzona, powinna zostać dokonana jak najwcześniej, gdyż im jest późniejsza, tym bardziej niebezpieczna staje się dla kobiety. Obowiązujące przepisy rozstrzygają zatem konflikt interesów między ciężarną a płodem na korzyść matki. Prowadzi to w rezultacie do zaniechania aborcji, gdy zdrowie lub życie matki byłoby zagrożone, i tym samym dopuszcza się do urodzenia dziecka z defektami²⁰.

Trzecia i ostatnia przesłanka legalizująca aborcję wiąże się z „uzasadnionym podejrzeniem” o kryminalnym pochodzeniu ciąży. W takim

¹⁸ R. Zdybel, *Nasciturus a aboreja. Problemy prawne czy etyczno-moralne. Prawna ochrona na gruncie art. 927 § 2 k.c. i art. 148 § 3 k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 7–8, s. 42–43.

¹⁹ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 190; według Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) płód uzyskuje taką zdolność w 21 tygodniu ciąży, po osiągnięciu masy ciała 500 gramów.

²⁰ G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 132.

wypadku przepisy ustawowe zezwalają na zabieg, jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni. Precyzyjne określenie tego momentu jest jednak uznawane za problematyczne. W tym kontekście warto przytoczyć orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego RFN w Karlsruhe z 1993 roku, który uznał, że początek ochrony dziecka nienarodzonego (czyli początek ciąży) wyznacza nidacja — zagnieżdżenie się zygoty w śluzówce macicy. Powyższa granica wyznacza tym samym chwilę, do której spędzenie zygoty jest dla prawa obojętne. Według Mariana Filara takie określenie mogłoby znaleźć poparcie także w polskiej praktyce²¹.

Przyjęty przez polskiego ustawodawcę sposób typizacji przerywania ciąży budzi w istocie wiele zastrzeżeń o charakterze merytorycznym. Poza brakiem konieczności dokonywania każdorazowej nowelizacji kodeksu karnego przy zmianie warunków dopuszczalności przerywania ciąży, trudno jest dostrzec inne zalety ogólnego brzmienia art. 152 k.k. (a także przesłanek legalizujących aborcję art. 4a cyt. ustawy). Blankietowe ujęcie omawianego przepisu kodeksowego stwarza w rezultacie sytuację prawnej niepewności. Skromna zawartość treściowa normy art. 152 k.k. rodzi obawy z kilku doniosłych powodów²². Jednym z nich jest między innymi generalna powinność znajomości prawa przez obywateli — *ignorantia iuris nocet* — implikująca po stronie państwa obowiązek zapewnienia adresatom norm możliwości właściwego rozpoznania oraz zrozumienia

²¹ M. Filar, *op. cit.*, s. 177; ustawowy zwrot wskazujący na uzasadnione podejrzenie kryminalnego pochodzenia ciąży wydaje się mało przekonywający w kontekście kazusu *Roe v. Wade*. Ta głośna i medialna sprawa Jane Roe przeciwko Henry’emu Wade miała przełomowe znaczenie w zakresie zliberalizowania prawa aborcyjnego w USA. „Bohaterka” tej spektakularnej historii, występująca pod wspomnianym pseudonimem, była mieszkanką Teksasu, w którym aborcja była zabroniona, z wyjątkiem przypadków zagrożenia życia matki. Z kolei Henry Wade był prokuratorem w Dallas, reprezentującym prawa nienarodzonego dziecka. Występująca pod pseudonimem Jane Roe Norma McCorvey utrzymywała, że jako 25-latka stała się ofiarą zbiorowego gwałtu, w wyniku którego zaszła w ciążę. Na wyznanie prawdy zdecydowała się dopiero po piętnastu latach, wywołując spore konsternacje. „Bohaterka” najważniejszej sprawy o prawo do aborcji oszukała swoich stronników. Przyznała, że nie została zgwałcona, a całą historię wymyśliła, aby ukryć fakt, że dziecko zostało poczęte w normalny sposób, por. L.H. Tribe, *Aborcja. Konfrontacja postaw*, Poznań 1994, s. 8–9, przeł. M. Stubińska.

²² E. Zielińska, *Wybrane problemy typizacji przestępstwa przerywania ciąży za zgodą kobiety*, „Studia Iuridica” 10, 1982, s. 140–141.

ich treści²³. Tymczasem rozdzielenie regulacji przerywania ciąży pomiędzy dwoma aktami normatywnymi, uzupełnionymi dodatkowo przepisami rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 1999 roku²⁴, określającymi kwalifikacje lekarza uprawnionego do dokonywania tego rodzaju zabiegów, utrudnia przeciętnemu obywatelowi poznanie oceny prawnej danego zjawiska. Blankietowy charakter przepisu kodeksu karnego nie daje zatem adresatowi bezpośredniej możliwości zorientowania się, czy w określonym przypadku czyn sprawcy jest zagrożony przez ustawę karną, czy też nie i czy za jego popełnienie grozi odpowiedzialność karna. Takie ujęcie pozostaje w opozycji do ogólnego przesłania zasady *nullum crimen sine lege*, a zwłaszcza do wynikającego z niej postulatu maksymalnej określoności tworzonych typów przestępstw (*nullum crimen sine lege certa*)²⁵. Ponadto zwraca się uwagę, że odsyłająca do innego aktu prawnego redakcja dyspozycji normy prawnokarnej, dotycząca w szczególności kwestii etycznych, może stanowić *sui generis* „wygodną pozycję” dla ustawodawcy karnego, gwarantującego na kartach kodeksu pozornie niezmienną aksjologię. W istocie „akceptowany” system wartości okazałby się niestabilny i nie stwarzałby żadnej bariery zabezpieczającej przed wprowadzeniem szerokiej liberalizacji prawa aborcyjnego²⁶.

Przechodząc do drugiego z zasygnalizowanych zagadnień, czyli braku pełnej kryminalizacji przerywania ciąży w aspekcie podmiotowym — decydującym w istocie o braku odpowiedzialności karnej — warto zauważyć, że choć większość opracowań naukowych stoi na stanowisku, że występki z art. 152 k.k. stanowi przykład przestępstwa ogólnosprawczego (*delicta communia*), to jednak poza kręgiem podmiotów zdolnych do jego popełnienia pozostawiają konsekwentnie kobietę ciężarną zezwalającą na przeprowadzenie zabiegu czy też dokonującą samodzielnie aktów „samoaborcji”. Ze względu na brak jednoznacznego stwierdzenia ustawowego należałoby zastanowić się, czy matka przerywająca ciążę nie popełnia przestępstwa, czy też je popełnia, ale nie podlega karze. Odpowiedź na tak postawione pytanie była klarowna pod rządami kodeksu

²³ A. Zieliński, *Pewność prawa*, [w:] *Jakość prawa*, Warszawa 1996, s. 45.

²⁴ Dz.U. Nr 9, poz. 48 i 49.

²⁵ L. Gardocki, *Typowe zakłócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, „Studia Iuridica” 10, 1982, s. 45.

²⁶ Por. E. Zielińska, *Wybrane problemy...*, s. 141.

karnego z 1969 roku. Wynikała ona *expresis verbis* z ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²⁷ (art. 7), która wprowadzając art. 149a do kodeksu karnego z 1969 roku, przewidywała, że matka dziecka poczętego „nie podlegała karze” w przeciwieństwie do lekarza przerywającego ciążę w ustawowo wskazanych przypadkach, który „nie popełniał przestępstwa”. Wspomniany art. 149a dawnego k.k. został uchylony na mocy przepisów wprowadzających w życie kodeks karny z 1997 roku²⁸, z tym jednak, że tylko w takim zakresie, w jakim uległ zmianie w świetle przepisów nowego kodeksu. Tymczasem obowiązujący kodeks karny nie zawiera żadnego unormowania dotyczącego nieodpowiedzialności kobiety, co skłaniałoby do uznania, że w dalszym ciągu obowiązuje przepis dawnej ustawy karnej. Na podstawie powyższego wyводу Krystyna Daszkiewicz stwierdza, że kobieta ciężarna „tylko nie podlega karze”²⁹.

Zgoła odmienny pogląd w omawianej kwestii wyraził Leon Tyszkiewicz, konkludując, że z kręgu możliwych podmiotów omawianego przestępstwa wyłączona jest kobieta ciężarna, która nie ponosi odpowiedzialności karnej zarówno za przerwanie swojej ciąży, jak i za pomoc i podżeganie do przestępstwa z art. 152 k.k.³⁰

Podobne stanowisko zajęli Andrzej Zoll, Andrzej Marek oraz Maciej Szwarczyk, uznając, że sprawcą przestępstwa z art. 152 k.k. może być każdy, z wyjątkiem kobiety ciężarnej³¹.

W omawianym kontekście warto przytoczyć także pogląd prezentowany przez Eleonorę Zielińską, która zauważa, że regulacja prawna, przewidująca tylko depenalizację bezprawnego przerywania ciąży dokonanego przez kobietę ciężarną, skłania do przyjęcia, że płód podlega ochronie prawnokarnej i lepiej koreluje z unormowaniem aborcji na podstawie modelu wskazań. Dekryminalizacja, według cytowanej autor-

²⁷ Dz.U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.

²⁸ Przepisy wprowadzające kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 554.

²⁹ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX KK — Komentarz*, Warszawa 2000, s. 268–269.

³⁰ L. Tyszkiewicz, [w:] M. Bojarski *et al.*, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 503.

³¹ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Toruń 2007, s. 322; A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz...*, s. 302; M. Szwarczyk, [w:] T. Bojarski *et al.*, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 263.

ki, akcentuje silnie prawo kobiety do „dysponowania płodem”, tak jak własnym życiem czy zdrowiem. W tym ostatnim ujęciu aborcję można by zestawić z niekaralnym usiłowaniem samobójstwa lub samouszkodzeniem. Natomiast sytuację, gdy kobieta ciężarna poddaje się nielegalnemu zabiegowi, można by, w powyższym znaczeniu, porównać na przykład do zabójstwa na żądanie, za które odpowiedzialność ponosi osoba trzecia³².

Przedstawionemu powyżej modelowi wskazań aborcyjnych przypisywano słusznie miano kompromisu³³, zajmującego miejsce pomiędzy modelem aborcji na żądanie z jednej strony a modelem zakazującym bezwzględnie przerywania ciąży z drugiej strony. Nie oznacza to oczywiście, że przyjęta regulacja w zakresie dopuszczalności przeprowadzania legalnej aborcji stanowi *sensu stricto* konsensus, który przesądzałby o wyrazie powszechnej akceptacji wyboru takiego modelu oraz o zaniechaniu podejmowania prób jego zmian.

Bacząc na konstytucyjną gwarancję prawnej ochrony życia (art. 38 Konstytucji) oraz podkreślany w orzecznictwie Sądu Najwyższego brak „prawa do aborcji”³⁴, można by zastanowić się nad sensem rozważenia zmiany obecnych ram kryminalizacji przerywania ciąży w kierunku ich rozszerzenia. Takie posunięcie legislacyjne oznaczałoby zasadniczy zwrot w zakresie prawnej ochrony życia nasciturusa. Objęcie życia w fazie prenatalnej pełną ochroną wiązałoby się z przyjęciem określonej, przede wszystkim bardziej zdecydowanej i jednoznacznej niż dotychczas, aksjologii. Wybór zaś konkretnego systemu wartości wymagałby pogłębionej analizy, szczególnie w zakresie poszukiwania właściwych kryteriów decydujących o jego akceptacji. Istotna rola w tym zakresie przypadłaby

³² E. Zielińska, *Wybrane problemy...*, s. 177–178.

³³ Inny pogląd w tym zakresie wyraża M. Boratyńska, przyjmując, że obowiązujące rozwiązanie ma charakter „zgniłego kompromisu”. Por. M. Boratyńska, *O łamaniu przepisów dopuszczających przerywanie ciąży*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 1, s. 88.

³⁴ Por. Uchwała SN z 22 lutego 2006 roku, III CZP 8/06, OSP, rok LI, Indeks 2007, „Samo »prawo do aborcji« nie jest dobrem osobistym [...] właściwa dla kontraktu kolizja dóbr wyłącza możliwość konstruowania prawa podmiotowego, którego przedmiotem byłoby dobro osobiste, polegające na możliwości naruszenia dóbr osobistych innych osób. Nie można też podzielić poglądu, że prawo do aborcji jest elementem prawa do planowania rodziny” oraz Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 roku, K 26/96, OTK ZU 1997, z. 17, poz. 19 i powołane tam tezy.

niewątpliwie postulatowi zachowania uniwersalności, z tym jednak, że nie należałoby tej ostatniej traktować jako wyrazu pełnej aprobaty dla zakazu przeprowadzania aborcji przez ogół społeczeństwa. Przyjęcie jednolitej orientacji światopoglądowej byłoby z oczywistych względów niemożliwe, a ponadto wywoływałoby w sposób nieunikniony niepopularne, a wręcz szkodliwe, inklinacje totalitarne. Postulat „uniwersalności” należałoby raczej utożsamić z wymogiem zachowania godziwości prawa, czyli stworzenia prawa respektującego założenia, które nie okażą się dla nikogo krzywdzące³⁵. Tylko takie pojmowanie „uniwersalności” mogłoby bowiem usprawiedliwić podejmowanie prób ewentualnego rozszerzenia prawnych ram ochrony życia ludzkiego w oparciu o określoną doktrynę moralną. Kwestią otwartą pozostaje jednak problem jej wyboru, a następnie odpowiedniego dla niego uzasadnienia.

Poszukiwanie właściwej ideologii moralnej występującej w roli fundamentu dla rozwiązań prawnych jest w istocie bardzo trudne. Za taki stan rzeczy odpowiadają liczne komponenty wpływające na obniżenie rangi i znaczenia danej doktryny. Za jeden z nich można uznać w pierwszej kolejności zarzucany doktrynom konwencjonalny oraz temporalnie zmienny charakter, zależny od elementów historycznych i etymologicznych kształtujących społeczeństwo w danym przedziale dziejowym³⁶. Oznacza to, że pożądane jest poszukiwanie i opieranie się na takich doktrynach moralnych, które w fundamentalnych sprawach pozostają niezmiennie.

Constans oraz *continuum* myśli w zakresie ochrony ciągłości życia ludzkiego od momentu poczęcia reprezentują konsekwentnie przedstawiciele doktryny katolickiej. Jak podkreśla Roman Krajewski: „Kościół od początku twierdził, że złem moralnym jest każde spowodowanie przerwania ciąży, a nauczanie na ten temat nie uległo zmianie i pozostaje niezmiennie”³⁷. Wydaje się, że zaaprobowanie takiego stanowiska, wbrew obawom niektórych środowisk, nie uczyniłoby z Rzeczypospolitej Polskiej państwa wyznaniowego. Oczywiście prawdy zawarte w Dekalogu,

³⁵ T. Styczeń, *Etyka jako teoria prawa naturalnego wobec prawa przeciwko życiu. Analiza etyczno-kulturowa*, [w:] *Medycyna i prawo: za czy przeciw życiu*, red. E. Sgreccia et al., Lublin 1999, s. 178–179.

³⁶ T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2004, s. 279 nn.

³⁷ R. Krajewski, *Prawne kontrowersje ochrony życia człowieka. Studium z prawa polskiego i prawa kanonicznego*, Płock 2004, s. 107.

jak na przykład „nie zabijaj”, „nie kradnij”, nie stanowią przykładu anachronizmów prawnomoralnych, lecz znajdują także obecnie potwierdzenie w aktach o charakterze normatywnym. Aktualna w omawianej kwestii norma moralna „nie zabijaj”, odnoszona także do dzieci poczętych, zmieniłaby swój charakter z wyłącznie atrybutywnego, otrzymując nowy wymiar imperatywno-atrybutywny³⁸.

Jednakże, nawet przypisanie danemu czynowi niemoralnej oceny, stanowiące punkt wyjścia spornych rozważań prawnoeuropejskich, nie przesądza jeszcze o automatycznym uznaniu go za czyn karalny. Powstaje zatem wątpliwe pytanie — czy można w ogóle wskazać czynniki decydujące o kryminalizacji ludzkich zachowań?

W doktrynie prawa karnego nie wyrażono jednolitego poglądu co do zakresu okoliczności, które powinny być brane pod uwagę przy uznaniu konkretnego czynu za przestępstwo. Trudno jest zatem stwierdzić jednoznacznie, czy wystarczającym kryterium wystawienia mu pejoratywnej oceny jest społeczna szkodliwość, przekraczająca znikomy stopień, możliwość jego wykrycia przez organy ścigania czy pozytywna reakcja opinii publicznej na objęcie kolejnej sfery zachowań procesem kryminalizacji³⁹. Brak możliwości wskazania podstawowego czynnika lub czynników przemawiających bądź za uznaniem danego czynu za przestępstwo, bądź za zwiększeniem zakresu jego bezprawności, dopuszcza zatem wahania w dwóch przeciwnych kierunkach. Relacjonując tę ostatnią uwagę do problematyki przerywania ciąży, należałoby stwierdzić, że z jednej strony traktowanie kryminalizacji jako *ultima ratio* nakazywałoby ostrożne podejście do kwestii zawężenia przesłanek aborcyjnych, ale z drugiej strony, ustawodawca może i powinien konstruować typy przestępstw z abstrakcyjnego niebezpieczeństwa, skoro nie istnieją żadne potwierdzenia, że niekryminalizowane zachowanie nie wywołało ujemnych następstw społecznych⁴⁰.

³⁸ A. Breczko, *Prawo i moralność w teorii i praktyce wczoraj i dziś*, Białystok 2004, s. 61 nn.

³⁹ Por. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 57 nn.

⁴⁰ A. Wąsek, *Czyn niemoralny — czyn społecznie niebezpieczny — czyn przestępny*, „*Studia Iuridica*” 16, 1988, s. 236; por. także G. Arzt, *Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens*, „*Kriminalistik*” 1981, nr 3, s. 118

Ta ostatnia tendencja, wywodząca swój sens z nauk penalnych, odegrała w istocie główną rolę przy opracowywaniu projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP (druk nr 993), z dnia 25 września 2006 roku. Zaproponowane w nim nowe brzmienie art. 38 Konstytucji miało zostać rozbudowane w porównaniu z dotychczasową treścią cytowanego przepisu poprzez dodanie słów precyzujących temporalne granice ochrony — „od momentu poczęcia”. W uzasadnieniu tego projektu wskazano, że w obowiązujących ustawach dotyczących życia ludzkiego w początkowej fazie rozwoju brakuje norm prawnych, które w sposób klarowny i bezpośredni chroniłyby życie dziecka poczętego. Projektodawcy wskazali, że konieczne jest zatem wprowadzenie do przepisów ustawy zasadniczej norm, które zapewniałyby całkowitą ochronę życia dzieci poczętych, a zarazem nie podważałyby bezwzględnej wartości prawa do życia. Zaakcentowano przy tym wyraźnie, że „życie ludzkie i prawo do życia nie jest przedmiotem umowy i negocjacji, ale podstawowym prawem każdego człowieka i każde demokratyczne społeczeństwo powinno zapewnić mu całkowitą i bezwzględną ochronę”⁴¹.

W opiniach ekspertów, sporządzonych w związku z dyskusją o zmianie Konstytucji, wskazywano, że w obecnym stanie prawnym brzmienie zarówno art. 30 ustawy zasadniczej, traktującego o przyrodzonej i niezbywalnej godności, jak i art. 38, nie świadczy, że godność oraz życie istoty ludzkiej w okresie prenatalnym podlega ochronie konstytucyjnej. Uznano także, że tak ogólnikowe sformułowanie nie przesądza również, czy określenie „każdy człowiek” obejmuje embrion. Powyższy argument posłużył zatem ocenie, że „projektowana nowelizacja [...] wydaje się być naturalnym sprecyzowaniem obowiązujących norm konstytucyjnych. Zmiana ta miała potwierdzić i ugruntować istniejący stan prawny, co miało sprzyjać pewności prawa (art. 2 Konstytucji)”⁴².

— autor zauważa, że ustawodawca nie musi mieć całkowitej pewności co do szkodliwości środka chemicznego wprowadzanego do wody lub powietrza, aby kryminalizować tego rodzaju zachowania.

⁴¹ A. Szmyt, *Opinia prawna w sprawie poprawki do propozycji zmiany art. 38 Konstytucji*, [w:] *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia. Druk sejmowy 993*, „Biuro Analiz Sejmowych” (BAS) 2007, s. 88.

⁴² L. Bosek, *Opinia prawna jakie zmiany w polskim ustawodawstwie zwykłym są niezbędne dla zapewnienia godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie pre-*

Eksperci zajmujący się problematyką wyznaczenia zakresu ochrony życia na płaszczyźnie Konstytucji stwierdzili ponadto, że realizacja celu legislacyjnego zakładanego przez wnioskodawców wymaga precyzyjnego określenia granic przysługującej człowiekowi podmiotowości prawnej. Autorytatywne rozstrzygnięcie konstytucyjne w zakresie statusu podmiotowego — człowieczego istoty ludzkiej w okresie prenatalnym przesądziłoby jednoznacznie, że gwarancje konstytucyjne, chroniące integralność człowieka przed ingerencjami genetycznymi i biotechnologicznymi, będą miały zastosowanie także wobec nasciturusa. Podkreślano przy tym, że „istotą inicjatywy ustawodawczej [...] nie jest [...], »wy-cinkowe« zagwarantowanie nasciturusowi prawa do życia, lecz ogólne konstytucyjne rozstrzygnięcie, iż człowiekiem w rozumieniu polskiego porządku prawnego jest istota ludzka od momentu poczęcia”⁴³.

Projektowana zmiana przepisów konstytucyjnych, silnie wzmacniająca prawną ochronę życia w fazie prenatalnej, zakładała w rezultacie zerwanie z dotychczasowym modelem wskazań aborcyjnych na rzecz wprowadzenia bezwzględnego zakazu przerywania ciąży. W praktyce oznaczałoby to, że zakres ochrony płodu ludzkiego pokrywałby się z zakresem ochrony człowieka urodzonego, co zmuszałoby do zastanowienia się nad pytaniem — czy poprzestanie na konstytucyjnej gwarancji prawnej ochrony życia od poczęcia byłoby wystarczające w zakresie swej skuteczności, czy może wymagałoby jednak wzmocnienia w przepisach niższych rangą?

Przypisanie normom ustawy zasadniczej charakteru *leges imperfectae* skłania do udzielenia odpowiedzi negatywnej. Takie stwierdzenie może, przy powierzchownej strukturze rozumowania, pozostawać w opozycji w stosunku do powszechnego przekonania o prymacie Konstytucji względem pozostałych źródeł prawa. Skoro bowiem ustawa zasadnicza jest aktem o najwyższej randze, to również jej normy powinny być pod każdym względem doskonałe⁴⁴. Tymczasem niemożność ich wyegzekwowania powoduje, że sankcja konstytucyjna oparta tylko

natalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny, wyznaczone przez standardy międzynarodowe?, [w:] *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia. Druk sejmowy 993*, „Biuro Analiz Sejmowych” 2007, s. 56.

⁴³ L. Bosek, *op. cit.*, s. 57.

⁴⁴ Por. S. Kaźmierczyk, *Zagadnienie sankcji norm konstytucyjnych (na tle ogólnej teorii norm)*, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzcíński, Warszawa 1997, s. 157 nn.

na sile autorytetu ustawy zasadniczej może okazać się niewystarczająca. Jak zauważył S. Rozmaryn: „Konstytucja jako ustawa zasadnicza nie jest nigdy normą karną”. Podążając w tym kierunku myślenia, cytowany autor stwierdził następnie, że „normy konstytucyjne mogą być stosowane przez prokuraturę i sądy jedynie w przypadku ich rozwinięcia i konkretyzacji w odpowiednich ustawach karnych (kodeks karny lub ustawy odrębne), a nigdy samoistnie”⁴⁵. Postępowanie wbrew tej zasadzie godziłoby w fundamentalne zasady prawa karnego (art. 1 k.k.), a także byłoby skierowane przeciwko podstawom całego ustroju prawnego, obowiązującego w państwie (art. 40 Konstytucji RP).

Przedstawione obawy rodziłyby tym samym postulaty wzmocnienia konstytucyjnej deklaracji w aktach niższych rangą, które skonkretyzowałyby przestrzeganie przepisów ustawy zasadniczej na podstawie właściwych im regulacji. Wybór odpowiedniej dziedziny prawa i wskazanie stosownych instrumentów mieszczących się w jej zakresie należałby do ustawodawcy.

Postrzeganie prawa karnego jako *ultima ratio* zakłada, że prawodawca karny powinien ingerować w sferę nieakceptowanych społecznie zachowań ludzkich tylko w ostateczności, kiedy inne formy odpowiedzialności nie byłyby w stanie przynieść pożądaných rezultatów. Tymczasem wiedza o nieskuteczności instrumentów niemających charakteru prawnokarnego, podobnie jak i na temat tych mających charakter penalny, nie jest wiedzą pewną. Można jedynie przypuszczać, że kryminalizacja danego zachowania szczególnie silnie oddziałuje na psychikę społeczną, stając się bezspornie hamulcem zmuszającym do rozważenia konsekwencji popełnianego czynu. Kara stanowi niewątpliwie najostrzejszą formę reakcji porządku prawnego, mogącą silnie wzmocnić autorytet nakazu konstytucyjnego. Jednakże ten środek reakcji państwowej nie powinien być nadużywany.

Przed konsekwencjami nadmiernej punitowności przestrzegał już św. Tomasz z Akwinu, stwierdzając, że „prawo ludzkie nie może tego wszystkiego zakazywać, czego zabrania prawo natury [...] prawo ludzkie nie zabrania wszystkich występków, od których stronią ludzie cnotliwi. Zabrania tylko tych cięższych występków, od których może

⁴⁵ Por. S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1967, s. 309 nn.

się powstrzymać przeważająca część masy ludzkiej. Zwłaszcza tych, które są ze szkodą dla innych”⁴⁶. Podobne stanowisko prezentował Jeremy Bentham, sugerując ograniczenie stosowania kary do przypadków mających na celu wyeliminowanie „większego zła”⁴⁷. Poglądy te, choć wypowiedziane przed wieloma laty, nie straciły w niczym na swej aktualności. Odwołując się do wskazanych założeń, niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny zauważył, że: „Norma prawa karnego stanowi w pewnym sensie *ultima ratio* w instrumentarium ustawodawcy”. Oznacza to tym samym, że „Zgodnie z zasadą proporcjonalności obowiązującą w państwie prawa na gruncie całego porządku prawa publicznego, łącznie z prawem konstytucyjnym, korzystanie z tego środka powinno odbywać się ostrożnie i z umiarem”⁴⁸. W jeszcze innym orzeczeniu FTK orzekł, że: „Prawo karne nie jest podstawowym środkiem ochrony prawnej”. Powinno ono ingerować wtedy, gdy „pewne zachowanie [...] jest szczególnie szkodliwe społecznie i nie do zniesienia dla uporządkowanego współżycia między ludźmi”⁴⁹.

Powyższe założenia implikują niejako *per se* obowiązek rozważenia kwestii zagwarantowania prawnej ochrony życia od momentu poczęcia za pomocą środków mniej represyjnych niż instrumenty prawnokarne, na przykład administracyjnych, cywilnych bądź deontologicznych. Kryminalizacja może zatem nastąpić jedynie wtedy, gdy jest ona absolutnie niezbędna. Jak słusznie bowiem zauważył Andrzej Wąsek, niemoralność i społeczna szkodliwość określonego zachowania jest wprawdzie warunkiem koniecznym, ale jednak niewystarczającym do objęcia go wspomnianym procesem⁵⁰.

⁴⁶ Św. Tomasz z Akwinu, *Summa teologiczna*, t. 13. Prawo, 95. 2, przeł. P. Bełch, Londyn 1985, s. 69; QA, pkt 19–23; EV, pkt 68–74, za: M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005.

⁴⁷ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, przeł. B. Nawroczyński, Kraków 1958, s. 236.

⁴⁸ Por. orzeczenie BVerfG 39, 1 (47), za: I.B. Nestoruk, *Zasada ultima ratio na przykładzie niemieckiego prawa karnego*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Katowice 2006, s. 28.

⁴⁹ Por. orzeczenie BVerfG 88, 203 (258), BVerfG 96, 245 (249), za: I.B. Nestoruk, *op. cit.*, s. 28.

⁵⁰ A. Wąsek, *op. cit.*, s. 228.

Wszechstronna analiza możliwości wyegzekwowania konstytucyjnego nakazu ochrony życia od momentu poczęcia musiałaby poprzedzić decyzję ustawodawcy o kryminalizacji aborcji także ze względu na obawę naruszenia autorytetu normy prawnokarnej. Właściwa jej ranga jest niewątpliwie narażona na niebezpieczeństwo uszczuplenia, a nawet unicestwienia, nie tylko w sytuacji dekryminalizacji zachowań wymagających objęcia reglamentacją prawnokarłą, ale również wtedy, gdy kryminalizacji poddawane są czyny, co do których brakuje racjonalnego uzasadnienia poddania ich omawianej procedurze.

Nadanie prawu karnemu przymiotu „ostatecznego środka” reglamentacji prawnej wiąże się z jego szczególną rolą delimitującą wolność ludzkich zachowań. Charakter norm prawnokarnych sprawia, że prawo karne materialne jest słusznie nazywane prawem granic⁵¹. Ingerując bowiem w sferę wolności kobiety ciężarnej, pozwala oddzielić przypadki legalnej i nielegalnej aborcji. Zakres wspomnianej ingerencji będzie uzależniony od tego czy i w jakim zakresie płód ludzki będzie zasługiwał na objęcie go ochroną, co stanowi z kolei „kliniczny przykład bezradności prawa”⁵², nie tylko prawa karnego.

Rozwiązanie wskazanego problemu mogłoby zatem nastąpić poprzez odrzucenie reguły sztywnego postrzegania prawa karnego jako *ultima ratio*. Bezwzględne bowiem stosowanie zasady subsydiarności, jak przekonuje Lech Gardocki, traci wyraźnie na znaczeniu, gdy konieczność zapewnienia właściwej ochrony prawnej jest relacjonowana względem dóbr o szczególnej wartości, do których bezspornie należą życie, zdrowie czy godność ludzka. Posłużenie się w takich wypadkach innymi niż prawnokarne środkami reakcji uchylałoby pod względem proporcjonalności wysoko ocenianej randze wymienionych dóbr. Skierowane na podstawowe i fundamentalne wartości zamachy, stanowiące jednocześnie przejaw największej pogardy dla istoty człowieczeństwa, budzą nie tylko społeczną dezaprobatę, ale również potrzebę napiętnowania sprawcy. Objęcie takich działań represją penalną byłoby bez wątpienia najwłaściwszą reakcją, gdyż, jak zauważa Gardocki, „inne alter-

⁵¹ Por. W. Wolter, *Granice i zakres prawa karania*, „Państwo i Prawo” 1999, s. 235 nn.

⁵² J. Błachut, K. Krajewski, *Projekt ustawy o prawnej ochronie dziecka poczętego (Uwagi kryminalnopolityczne i kryminologiczne)*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 5, s. 36.

natywne środki są pozbawione elementów retribucji”⁵³. Prezentowane stanowisko pozostaje przy tym w zgodzie z konstytucyjną zasadą proporcjonalności ograniczania wolności jednostki (art. 31 ust. 3 Konstytucji) w aspekcie jej przydatności. Wspomniana „przydatność” nakazuje bowiem rozważenie podejmowania środków do stawianych celów. Towarzyszące kryminalizacji przerywania ciąży założenie o konieczności zwiększenia zakresu ochrony życia dziecka w fazie prenatalnej, a także ochrony moralności publicznej, niewątpliwie spełnia akcentowany postulat⁵⁴. Wymienione wartości nie powinny być zatem naruszane nawet w imię „tolerancji”⁵⁵.

Przedstawiony pogląd prowadzi do konkluzji, że trudno byłoby przyjmować założenie o ostateczności stosowania sankcji karnej w sytuacji, gdy sprawca swym czynem narusza dobra o wymiarze niematerialnym, niewykazujące żadnych ekonomicznych komponentów. W takich wypadkach należałoby odrzucić zasadę subsydiarności prawa karnego ze względu na obawę jej jednostronnego działania jako czynnika zmierzającego tylko w kierunku dekryminalizacji. Ścisłe bowiem przestrzeganie omawianej zasady prowadzi do wniosku, że prawo karne z właściwym mu majestatem oraz arsenałem środków może wkraczać dopiero wtedy, gdy inne środki nie rokują skuteczności.

Zaaprobowanie zatem tezy o nadrzędności życia ludzkiego pociąga za sobą prawnie relewantną konsekwencję. Skłania bowiem do przyjęcia dyrektywy interpretacyjnej, zakładającej, że wszelkie pojawiające się wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony — *in dubio pro vita humana*. Mając tym samym na uwadze dobro o priorytetowym znaczeniu, jakim jest życie ludzkie, wypadałoby stwierdzić, że zasada subsydiarności i wynikające z niej traktowanie prawa karnego jako *ultima ratio* tracą wyraźnie na znaczeniu. W zakresie ochrony życia ludzkiego, niezależnie od jego fazy rozwojowej, odwołanie się do instrumentów prawnokarnych wydaje się najwłaściwszym rozwiązaniem. Oznacza to, że w sprawach fundamentalnych,

⁵³ L. Gardocki, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate — jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 12, s. 65.

⁵⁴ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 2, s. 34–35.

⁵⁵ Por. M. Gałązka, *op. cit.*, s. 156.

do których bezspornie można zaliczyć kwestie związane z ochroną życia ludzkiego w fazie prenatalnej, zasada *ultima ratio* powinna zostać zastąpiona zasadą *sola ratio* czy *unica ratio*. Właściwa reakcja karnoprawna wydaje się w takich wypadkach odgrywać pierwszoplanową rolę⁵⁶.

Konsekwencją zaakceptowania powyższego stanowiska byłoby utożsamienie przerywania ciąży ze zbrodnią zabójstwa. Nieobjęcie kryminalizacją omawianego procederu mogłoby bowiem zostać opacznie odczytane jako przyzwolenie na aborcję i sprawiać wrażenie, że ustawodawca nie uważa jej za przestępstwo. Radykalna zmiana w zakresie ochrony życia dziecka poczętego, będąca następstwem kryminalizacji, chroniłaby jego życie nie tylko w zakresie umyślnych, ale także nieumyślnych zbrodni i występków przeciwko życiu i zdrowiu. Wprowadzenie takiej regulacji spowodowałoby, że wszelkie rozważania przewidujące alternatywne formy odpowiedzialności za proceder aborcyjny musiałyby zostać odrzucone. Również działania o charakterze prewencyjnym, w postaci na przykład pomocy psychologicznej czy deklaracji opieki nad ciężarną, nie wydawałyby się dostatecznie przekonującymi instrumentami dla wyegzekwowania nakazu poszanowania życia ludzkiego. Tego rodzaju substytuty reakcji karnoprawnej rażą przede wszystkim swym nieudolnym symplifyzmem, który przejawia się w ich nierealnym, utopijnym charakterze⁵⁷. Powyższe uzasadnienie wprowadzenia kryminalizacji pozostaje jednocześnie w zgodzie z wyodrębnianym w ramach zasady proporcjonalności elementem konieczności, formułującym wymóg rozważenia przed podjęciem decyzji o kryminalizacji alternatywnych środków⁵⁸.

Rozszerzenie ochrony płodu ludzkiego niosłoby za sobą jeszcze inną, ważną konsekwencję. Ustawodawca musiałby zająć wyraźne stanowisko w zakresie prawnej kwalifikacji czynu kobiety ciężarnej, która zezwala na bezprawne przerwanie ciąży bądź samodzielnie dokonuje aborcji. Zerwanie z modelem wskazań na rzecz pełnej kryminalizacji

⁵⁶ Por. I.B. Nestoruk, *op. cit.*, s. 30; M.A. Niggli, *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten „subsidiären oder sekundären Natur“ des Strafrechts*, SZR 1993, z. 3, s. 249–252, za: M. Gałązka, *op. cit.*, s. 215.

⁵⁷ R. Zdybel, *Nasciturus a aborcja. Problemy prawne czy etyczno-moralne. Prawna ochrona na gruncie art. 927 § 2 k.c. i 148 § 3 k.k.*, „Przegląd Sądowy”, nr 7–8, s. 37 nn.

⁵⁸ K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 37 nn.

przerywania ciąży akcentowałoby bardzo silnie nadaną konstytucyjnie płodowi ludzkiemu ochronę. Zarówno klauzula niekaralności, jak i regulacja o braku realizacji ustawowych znamion z art. 152 k.k. przez kobietę ciężarną nie korespondowałaby z tak rygorystycznym prawem aborcyjnym, co z kolei przemawiałoby jednogłośnie za uznaniem odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej. Nieodpowiedzialność bądź niekaralność ciężarnej rodziłaby bowiem obawę przed nieuzasadnionym korzystaniem przez nią z „prawa”, zachowanego z poprzedniej regulacji. Dalszą zaś kwestią, wymagającą starannego rozważenia, byłaby prawnokarna refleksja nad sensem wprowadzenia ustawowej modyfikacji w zakresie orzekanej wobec kobiety ciężarnej kary, przewidującej łagodniejszy jej wymiar czy nawet odstępianie od jej wymierzenia. Takiego impulsu legislacyjnego mógłby dostarczyć wzgląd na pojawiające się zagrożenie dla życia czy zdrowia ciężarnej w związku z przeprowadzaniem tego rodzaju zabiegów, a także szczególny stan psychiczny kobiety ciężarnej, pozostający w ścisłej relacji z zachodzącym w jej organizmie procesem ciąży.

Określony na nowo status prawny dziecka poczętego spowodowałby także konieczność dokonania rewizji poglądów w zakresie traktowania płodu jako człowieka w rozumieniu ochrony prawnokarnej.