

Prawnokarne skutki wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20 (zagadnienia wybrane)

Wydarzenia, które rozegrały się w Polsce pod koniec 2020 r., stanowią doskonały pretekst ku temu, by dokonać ponownej analizy granic odpowiedzialności karnej za przestępstwa z art. 152 k.k. Asumpt do tych rozważań dał przede wszystkim wyrok TK z 22.10.2020 r. (K 1/20), który dotyczył ustawowych przesłanek dopuszczalności przerywania ciąży. Ważność/skuteczność tego orzeczenia musi budzić uzasadnione wątpliwości¹. Kwestię tę jednak pominiemy na potrzeby niniejszego opracowania. Artykuł oparliśmy na (być może kontrfaktycznym) założeniu, że wyrok K 1/20 jest ważny i – od momentu jego publikacji w Dzienniku Ustaw – wywołuje skutki prawne. Głównym celem tekstu jest ustalenie, jakie konsekwencje dla granic karalności za przestępstwa z art. 152 k.k. wywarło wejście w życie tego orzeczenia².

Warunki dopuszczalności aborcji zostały określone w art. 4a ustawy z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (dalej: u.p.r.)³. W myśl art. 4a ust. 1 u.p.r. (jego wersji obowiązującej do 27.01.2021 r.) przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej; badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledze-

¹ K 1/20, OTK ZU 2021, poz. 4, wraz z glosami: A. Gliszczyńskiej-Grabias i W. Sadurskiego (*The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill) 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K1/20*, *European Constitutional Law Review* 2021, nr 1) oraz A. Rakowskiej-Treli (*Wyrok czy „niewyrok”. Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży*, *Przegląd Sądowy* 2021, nr 6). Wyrok ten został wydany w wadliwym składzie. Zasiadały w nim osoby, które zostały wybrane przez Sejm RP na miejsca już zajęte oraz osoby, które powinny wyłączyć się od orzekania z uwagi na to, że jeszcze jako parlamentarzyści sygnowały identyczny w swej treści wniosek do TK.

² Niezależnie wszak od poglądów nauki na obowiązywanie tego orzeczenia można przyjąć, że będzie on uznawany za wywołujący skutki w sferze normatywnej przynajmniej przez organy ścigania.

³ Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78.

nia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu; zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Trybunał uznał za niekonstytucyjną drugą z wymienionych przesłanek. Orzekł, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest niezgodny z art. 38 w zw. z art. 30 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Status przesłanek wymienionych w art. 4a ust. 1 u.p.r. budzi pewne kontrowersje w literaturze karnistycznej. Z jednej strony twierdzi się, że ich spełnienie powoduje, iż przerwanie ciąży nie może być uznane za bezprawne⁴. Z drugiej zaś – obecny jest w nauce pogląd mniejszościowy, że przesłanki z art. 4a ust. 1 u.p.r. wyłączają karalność (nie zaś bezprawność). Za takim stanowiskiem opowiedzieli się przede wszystkim A. Zoll⁵ oraz M. Królikowski⁶. Przyjęcie takiego punktu widzenia prowadziłoby jednak do trudnych do zaakceptowania konsekwencji. Jeżeliby uznano jego trafność, należałoby uznać, że zarówno lekarz, który dokonuje zabiegu aborcyjnego w zgodzie z przepisami ustawy, jak i kobieta zgadzająca się poddać aborcji, dopuszczają się czynu bezprawnego (naruszającego prawo), lecz niekaralnego. Takiego poglądu przyjąć jednak nie sposób. Trzeba zresztą zauważyć, że sami jego zwolennicy nazywają okoliczności wymienione w art. 4a ust. 1 u.p.r. „warunkami dopuszczalności przerywania ciąży”⁷. Trudno zresztą pominąć, że sama ustawa, w której umieszczono przesłanki dokonania aborcji, zawiera w swej nazwie to samo określenie („warunki dopuszczalności przerywania ciąży”). Jest oczywiste, że skoro prawo określone czynu dopuszcza, wówczas ich podjęcia nie można uznać za bezprawne. Nie bez znaczenia jest też, że art. 4a u.p.r. *in principio* zawiera sformułowanie: „przerwanie ciąży może być dokonane”. Trudno więc nie przyjąć, że przepis ten ma charakter legalizujący (zezwalający)⁸. Na jego podstawie można zrekonstruować normę kompetencyjną, która zezwala lekarzowi na dokonanie zabiegu aborcyjnego. Zarazem przerwanie ciąży – przy jednoczesnym spełnieniu ustawowych warunków – jest w naszej ocenie okolicznością, która powoduje, że nie zostaje przekroczona jakakolwiek z norm sankcjonowanych (wyrażająca zakaz przerywania ciąży, nakłaniania do aborcji lub udzielenia pomocy), które leżą u podstaw art. 152 k.k.⁹

⁴ B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 316–317.

⁵ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 330.

⁶ M. Królikowski, *uwaga II.2 do art. 152*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.

⁷ Zob. np. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 330–331.

⁸ Warto w tym kontekście wspomnieć o orzeczeniu TK z 15.01.1991 r., U 8/90 (OTK ZU 1991, poz. 8), w którym TK stwierdził, że przesłanki dopuszczalności aborcji stanowią odstępstwo od zakazu przerywania ciąży.

⁹ Dzieje się tak bez względu na to, czy warunki dopuszczalności aborcji zostaną uznane za kontratyipy czy też jako okoliczności współokreślające zakres społecznej tolerancji dla zachowań ryzykownych. Naszym bowiem zdaniem również kontratyipy współokreślają treść normy sankcjonowanej – szerzej zob. W. Wróbel, *Konstrukcja kontratyipy jako sposób uadekwatniania treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Pro-*

Trybunał uznał, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest niezgodny m.in. z art. 38 Konstytucji, który stanowi, że Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu prawną ochronę życia. Ustawa zasadnicza nie precyzuje, jaki jest zakres tej ochrony. Nie ma ona z pewnością charakteru absolutnego¹⁰. Jeśliby bowiem było inaczej, tytułem przykładu broniący się nie miałby nigdy uprawnień do zabicia napastnika w obronie koniecznej. Nikt natomiast nie kwestionuje tego, że takie prawo może, w skrajnych przypadkach, jednostce przysługiwać. Ochrona życia musi mieć więc także jakieś granice.

W czasie prac legislacyjnych nad art. 38 Konstytucji celowo nie zastrzeżono w nim wyraźnie, że chodzi o życie od momentu poczęcia. Nie chciano bowiem przesądzać na poziomie konstytucyjnym sporów światopoglądowych na temat potencjalnej dopuszczalności aborcji, które zdarzają się przecież w każdym społeczeństwie i są zwykle pełne emocji. W szczególności nie chciano wylewać przysłowiowego „dziecka z kąpielą” przez wyraźne wskazanie, że zezwalanie na dokonywanie zabiegu przerywania ciąży jest bezwzględnie niemożliwe, niezależnie od okoliczności faktycznych (których pewnie w czasie uchwalania konstytucji przewidzieć nie sposób)¹¹. W konsekwencji ustalenie zakresu ochrony przewidzianej przez art. 38 Konstytucji (oraz inne przepisy) uzależnione będzie każdorazowo od światopoglądu osób tworzących prawo lub zasiadających w TK. Próba jego narzucania obywatelom, którzy mają inne spojrzenie na problem dopuszczalności aborcji, może prowadzić do intensywnych napięć społecznych. Dlatego w pluralistycznym społeczeństwie istotne jest, aby w systemie prawa został wdrożony optymalny kompromis aborcyjny, czyli taki, który w największym stopniu godzi różne poglądy na temat przerywania ciąży. Wyrok K 1/20 ewidentnie się do osiągnięcia takiego stanu nie przyczynił, a wręcz znacząco się od jego realizacji oddalił.

W Konstytucji próżno szukać wyraźnych regulacji, za pomocą których dałoby się w łatwy sposób ustalić hierarchię chronionych wartości. Nie trzeba jednak przekonywać, że dobro w postaci życia odgrywa w polskim porządku prawnym szczególną rolę. Stanowi ono jedną z najważniejszych wartości, która jest bezpośrednio i nierozzerwalnie związana z ochroną godności ludzkiej (podlega wzmożonej ochronie konstytucyjnej)¹². Życie nie jest traktowane jako prawo, lecz uznaje się je za wolność konstytucyjną (dlatego w Konstytucji jest mowa o „ochronie życia”, a nie „prawie do życia”)¹³. Podkreśla się, że państwo nie może człowiekowi przyznać prawa do egzystencji, a jedynie jest w stanie

fesora Macieja Zielińskiego, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 369–383; S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 355–396.

¹⁰ Tak radykalnej tezy nie wyrażono nawet w wyroku K 1/20.

¹¹ O trafności tej tezy świadczy jedna z wypowiedzi M. Borowskiego: „nie mogę zgodzić się na to, aby w konstytucji przesądzić, czy dać pełne podstawy do tego, aby później każda ustawa zezwalająca na przerywanie ciąży była blokowana przez Trybunał Konstytucyjny” (Biuletyn KKZN 1997, nr 45, s. 46).

¹² T. Sroka, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 925.

¹³ M. Zubik, *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 3, s. 22.

podkreślić jej istnienie i znaczenie, poddając ją szczególnej ochronie¹⁴. Życie to bowiem wolność naturalna i przyrodzona, która sama w sobie nie ma charakteru normatywnego¹⁵.

W orzecznictwie TK oraz w literaturze przyjmuje się, że życie człowieka powinno być chronione w bardzo szerokim zakresie. Ochrona ta powinna być gwarantowana od momentu poczęcia (a więc też w fazie prenatalnej) aż do naturalnej śmierci¹⁶. Przyznaje się jednak, że dopuszczalne jest odstępstwo od prawnej ochrony życia, jeśli jest to konieczne z punktu widzenia ochrony innych praw lub wolności o charakterze konstytucyjnym. Ograniczenia takie muszą oczywiście spełniać konstytucyjny test proporcjonalności, stosowany przy zachowaniu szczególnej rozwagi i restrykcyjnie. Poświęcenie życia powinno być absolutnie konieczne¹⁷.

W świetle dotychczasowych ustaleń nie może budzić kontrowersji twierdzenie, że u podstaw wszelkich przesłanek aborcyjnych istnieje kolizja konstytucyjnie chronionych dóbr. Ochrona życia stanowi regułę, zaś możliwość przerwania ciąży – wyjątek. Uprawnia to do przyjęcia poglądu, że przesłanki wymienione w art. 4a u.p.r. to okoliczności kontratypowe (eliminujące bezprawność)¹⁸. Zazwyczaj bowiem przerwanie ciąży wykracza poza zakres społecznie akceptowanego ryzyka dla dóbr prawem chronionych, lecz w niektórych ekstraordynaryjnych sytuacjach (z uwagi na konieczność ochrony innych wartości) zachowania takie są tolerowane przez ustawodawcę.

Z uchwalonych w latach 90. XX w. czterech przesłanek dopuszczalności aborcji weryfikacji przez TK doczekały się dwie z nich. Obydwie przesłanki, tj. społeczna i embriopatologiczna¹⁹, przeszły ją negatywnie, gdyż zostały uznane za niezgodne z Konstytucją. Lektura uzasadnienia wyroku w sprawie K 1/20 ukazuje, iż – mimo że nie było to przedmiotem wniosku i konsekwentnie rozpoznania – TK odniósł się także do konstytucyjności przesłanek z pkt 1 i 3²⁰. Wiążąca jest

¹⁴ Zob. J. Boć, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 78.

¹⁵ M. Piechowiak, *Wokół konstytucyjnej ochrony życia. Próba oceny propozycji nowelizacji Konstytucji RP*, Przegląd Sejmowy 2010, nr 1, s. 31; T. Sroka, [w:] *Konstytucja...*, s. 925.

¹⁶ Szerzej T. Sroka, [w:] *Konstytucja...*, s. 940–944 oraz cyt. tam lit. i orzecznictwo.

¹⁷ Orzeczenie TK z 28.05.1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19; wyrok TK z 30.09.2008 r., K 44/07, OTK 2008, nr 7, poz. 126; P. Sarnecki, *uwaga 7 do art. 38*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016. T. Hobbes wyraźnie wskazywał, że nikt nie może zabronić człowiekowi dążenia do przetrwania (przeżycia) – T. Hobbes, *Leviathan. The Longman Library of Primary Sources in Philosophy*, Routledge 2016, s. 208. Stąd zasadne jest twierdzenie, że to nie państwo zezwala nam żyć, a jedynie powinno nas chronić, ale także nie zmuszać, byśmy pozwolili się pozbawić życia.

¹⁸ Zob. też A.M. Kania, *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2011, t. XXVII, AUWr nr 3325, s. 97–98.

¹⁹ W orzeczeniu K 1/20 warunek ten, stosując nieuczciwie intelektualnie zabiegi, nazwano eugenicznym.

²⁰ Do 27.01.2021 r. zdawało się, że większych wątpliwości konstytucyjnych nie powinien budzić warunek z art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Pojawiły się one jednak wskutek radykalnego poglądu wyrażonego w orzeczeniu K 1/20. TK wyraźnie podkreślił, że terminacja ciąży byłaby konstytucyjnie dopuszczalna jedynie wtedy, gdy zagrożone jest życie kobie-

jednak jedynie sentencja wyroku TK, która została opublikowana w Dzienniku Ustaw. Twierdzenia zawarte w uzasadnieniu w zakresie wykraczającym poza przedmiot rozpoznania można pominąć jako *obiter dictum*. Pozostaje postawić pytanie, jak można ustalić konsekwencje wejścia w życie omawianego orzeczenia TK, by w możliwie największym stopniu zostały uzewnętrznione najważniejsze wartości chronione przez ustawę zasadniczą. Naszym celem jest przede wszystkim rozstrzygnięcie, czy niektóre sytuacje, które ujęto w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., mogą mieścić się również w innych przepisach statuujących okoliczności kontratypowe (których nie derogowano).

Nie można wykluczyć, że przesłanki uprawniające do dokonania aborcji wystąpią w konkretnej sytuacji kumulatywnie. Może się przecież zdarzyć, że ciąża powstała w wyniku przestępstwa i jednocześnie stanowi zagrożenie dla życia kobiety ciężarnej. Wówczas równolegle zaktualizują się dwie przesłanki umożliwiające dokonanie aborcji. Trybunał uznał, że samoistnym powodem przerwania ciąży nie może być jedynie to, że badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Przypadkom opisanym w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. mogą natomiast towarzyszyć okoliczności wymienione w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Stanie się tak np. wówczas, kiedy badania prenatalne wskazują na duże prawdopodobieństwo nieuleczalnej choroby zagrażającej egzystencji płodu, która – jeśli się zdynamizuje – może stanowić zagrożenie dla życia kobiety ciężarnej. W takim przypadku, zdaniem TK, przeprowadzenie zabiegu aborcyjnego byłoby dopuszczalne.

Powyższe spostrzeżenie dowodzi, że według TK życie kobiety ciężarnej ma jednak pierwszeństwo przed życiem nienarodzonego dziecka. Trybunał dokonał w tym zakresie rozstrzygnięcia kolizji zagrożonych dóbr – uznał, że jedno z nich jest ważniejsze. O ustalaniu, które dobro ma w konkretnej sytuacji priorytet (pierwszeństwo), nie zawsze decyduje jego rodzaj. Interpretator tekstu prawnego nie dysponuje matematycznym algorytmem umożliwiającym takie ważenie wartości, które zawsze dawałoby precyzyjne wyniki. Ustalanie hierarchii kolidujących ze sobą dóbr dokonywane jest wszechstronnie, czyli przy uwzględnieniu wielu różnych perspektyw, oraz dynamicznie. Nie tylko zresztą o wartość nominalną dóbr chodzi, ale także o zakres i intensywność wkroczenia w każde z nich. Powinno się przede wszystkim wziąć pod uwagę kontekst sytuacyjny, w którym dochodzi do kolizji wartości²¹. Kiedy na szali jest egzystencja dziecka

ty ciężarnej. Wykluczył zaś, aby dokonanie aborcji było możliwe w celu ochrony zdrowia matki. Przyjęcie takiego punktu widzenia prowadzi do daleko idących oraz niebezpiecznych konsekwencji. Opierając się bowiem na nim, należałoby stwierdzić, że niezgodny z Konstytucją jest też ten fragment art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r., który mówi o dopuszczalności przerwania ciąży wówczas, gdy zagraża ona zdrowiu matki. Jeśli więc doniesienie ciąży grozi kobiecie np. trwałym paraliżem całego ciała (a więc ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu), lecz nie musi powodować jej śmierci, wówczas zezwolenie na usunięcie dziecka poczętego opierałoby się na niekonstytucyjnej regulacji. Wniosku takiego jednak nie sposób zaakceptować. Nie można pogodzić się z poglądem, że ustawodawca w demokratycznym państwie może zmuszać matki do poświęcenia swego zdrowia w celu urodzenia dziecka. Jest to tak duża ofiara, że trudno jej od kogokolwiek wymagać.

²¹ Warto w tym kontekście przytoczyć stanowisko TK: „Stwierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie,

i kobiety ciężarnej, należy wziąć również pod uwagę inne kolidujące dobra, zwłaszcza godność matki. W takim przypadku nie dość, że musi ona poświęcić się trudom donoszenia ciąży i porodu, to jeszcze może przypłacić to życiem. Jest to ofiara, której cywilizowany system prawny nie może od nikogo wymagać i która niebezpiecznie nasuwa skojarzenia z uprzedmiotowieniem osoby matki, w celu realizacji jakiejś aksjologicznej polityki państwa. W takich sytuacjach ustawodawca powinien zagwarantować matce autonomię w zakresie tego, czy się poświęcić i urodzić dziecko, czy poddać się zabiegowi usunięcia ciąży. Możliwe jest więc obronienie tezy, że w omawianych przypadkach życie matki oraz jej wolność decyzyjna ma pierwszeństwo w stosunku do egzystencji nienarodzonego dziecka²².

Skoro rodzaj dobra prawnego nie musi jeszcze przesądzać pożądanego sposobu rozstrzygnięcia jego kolizji z inną wartością, to tym bardziej dziwić musi łatwość, z jaką TK przyjął pogląd (ale stanowiący jedynie niewiążące *obiter dictum*), że w świetle Konstytucji nie można zezwolić na poświęcenie egzystencji dziecka poczętego w celu ratowania wyłącznie zdrowia kobiety ciężarnej. Tymczasem to matka daje życie i musi znosić ogromne trudy donoszenia ciąży. W sytuacji, kiedy urodzenie dziecka może wyrządzić niepowetowane szkody w jej zdrowiu, sprawiedliwe i humanitarne jest pozostawienie jej (trudnego przecież) wyboru, czy pomimo np. zagrożenia kalectwem decydując się wydać na świat potomka, czy też nie jest skłonna aż tak dalece się poświęcić. W takim układzie sytuacyjnym niewątpliwie dochodzi do specyficznej kolizji dóbr. Z jednej strony jest bowiem życie dziecka, z drugiej zaś – zdrowie matki, które zostało zagrożone przez ciążę. Zachodzi tu pewne podobieństwo do innych przypadków, w których dochodzi do kolizji wartości. Nawet gdy życie dziecka już narodzonego jest zagrożone, ojciec lub matka nie są zmuszani do tego, by poświęcać zdrowie, aby ocalić swego potomka. Biorąc pod uwagę takie rozstrzygnięcie aksjologiczne i zakładając spójność systemu prawnego, próżno szukać przekonującego powodu, by kobieta ciężarna, ryzykując uszczerbkiem na zdrowiu, miała być zmuszana do donoszenia ciąży. Argumenty wskazane w orzeczeniu K 1/20 nie mogą więc stanowić podstawy, by w przyszłości zakwestionować konstytucyjność prze-

nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. Intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły, decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności. Ochrona ta jednak powinna być zawsze dostateczna z punktu widzenia chronionego dobra” (orzeczenie TK z 28.05.1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19).

²² Podobne twierdzenia można znaleźć w wyroku TK z 30.09.2008 r., K 44/07 (OTK 2008, nr 7, poz. 126): „W pewnych sytuacjach, zwłaszcza po uwzględnieniu określonego kontekstu sytuacyjnego, związanego z nierozwiązywalną w inny sposób kolizją prawa do życia dwóch osób, prawo może depenalizować czyny polegające na odebraniu życia innemu człowiekowi (np. kontratyp obrony koniecznej)”. W przypadku obrony koniecznej występuje wartość dodana sprowadzająca się do naruszenia przez napastnika dodatkowego dobra prawnego w postaci wolności, bezpieczeństwa oraz porządku prawnego, a także godności (w przypadku przestępstw seksualnych). W bilansie „zysków i strat” życie napastnika ustępuje życiu, godności, wolności ofiary oraz konieczności zapewnienia realnego funkcjonowania przyjętego porządku prawnego.

słanki określonej w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Odmienna sugestia w tym zakresie zaprezentowana w tym wyroku wynika ze zbyt powierzchownej i niewłaściwej oceny TK w kwestii ustalenia pierwszeństwa kolidujących ze sobą wartości.

Stosując rozumowanie *lege non distinguente* – da się bez większych problemów uzasadnić twierdzenie, że art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. dotyczy nie tylko zdrowia fizycznego, ale też psychicznego kobiety ciężarnej²³. Pozwala to zaakceptować twierdzenie, że jeśli badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, co może później spowodować zagrożenie dla zdrowia psychicznego matki, wówczas zaktualizuje się przesłanka określona w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Implikacja ta zajdzie wtedy, gdy kobieta ciężarna ma świadomość, że istnieje możliwość urodzenia przez nią ciężko i nieuleczalnie chorego lub martwego dziecka – może to prowadzić do pojawienia się u niej lub rozwinięcia choroby psychicznej. Nie chodzi tu, rzecz jasna, o każde niebezpieczeństwo zdrowotne dla matki. Na gruncie art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. wymaga się, by – ze względu na wartość życia dziecka poczętego – przesłanką do przerwania ciąży było poważne zagrożenie dla zdrowia kobiety ciężarnej²⁴. W przepisie tym powinno mieścić się więc niebezpieczeństwo wywołania u matki ciężkich rozstrojów psychicznych. Wiadomo przecież, że praktycznie zawsze świadomość zagrożenia wystąpienia ciężkich wad u płodu obciążająco działa na psychikę kobiety ciężarnej. W art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. muszą się zatem mieścić jedynie takie zagrożenia dla zdrowia psychicznego, które swą dolegliwością przekraczają intensywność występujących zazwyczaj zaburzeń psychicznych. O ich istnieniu powinien się wypowiedzieć lekarz psychiatra. Powyższe prowadzi nas do wniosku, że w przypadku, gdy wady embriopatologiczne płodu jednocześnie powodują poważne zagrożenia w sferze psychiki matki, aktualizuje się przesłanka aborcyjna z art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. i konsekwentnie usunięcie z systemu prawnego przesłanki z pkt 2 w tym przypadku niczego nie zmieniło.

Trybunał Konstytucyjny, pomimo wskazania, że nie jest uprawniony do wprowadzania kryminalizacji, przyznał, że wskutek wejścia w życie wyroku K 1/20 nastąpi nominalne rozszerzenie zakresu znamion typów czynów zabronionych z art. 152 k.k. Dał w ten sposób do zrozumienia, że od opublikowania orzeczenia (od 27.01.2021 r.) dokonanie aborcji (oraz nakłanianie do niej lub udzielanie pomocy) przy spełnieniu wyłącznie przesłanek z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. stało się zachowaniem bezprawnym i karalnym. Jest to naturalną konsekwencją derogacji z systemu prawa jednego z mechanizmów ustawowego rozstrzygnięcia kolizji dóbr. Postawić jednak trzeba pytanie, czy przypadki, o jakich mowa w derogowanym art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., w zakresie, w jakim nie spełniają jednocześnie przesłanek z pkt 1 (gdy ciąża nie rodzi jednoczesnego zagrożenia dla życia lub poważnego zagrożenia dla zdrowia kobiety ciężarnej), mogą się mieścić (przynajmniej częściowo) w obrębie art. 26 § 1 k.k. Przeciwnicy aborcji będą twierdzić, że skoro TK zdecydował o konieczności derogacji z systemu prze-

²³ Zob. F. Ciepły, *Aborcja eugeniczna a dyskryminacja osób niepełnosprawnych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2014, nr 2, s. 80, 82 (w tym przypis nr 50).

²⁴ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 331.

słanki embriopatologicznej, to interpretator tekstu prawnego nie może jej wprowadzać „tylnymi drzwiami” na podstawie art. 26 § 1 k.k. Należy rozważyć, czy istnieją racjonalne argumenty, które pozwoliłyby podważyć taki punkt widzenia.

Jeśli wyrok K 1/20 uznać za skuteczny i wywołujący skutki prawne, wówczas trzeba przyjąć, że organ uprawniony do badania konstytucyjności aktów normatywnych przesądził, co zresztą wprost wynika z uzasadnienia orzeczenia, że duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu nie może samoistnie uzasadniać możliwości wykonania aborcji. Trybunał uznał zatem, że sam brak zgody kobiety na urodzenie chorego dziecka nie przemawia za tym, by terminować ciążę. Taki punkt widzenia wynika zresztą też z wcześniejszego orzecznictwa trybunalskiego, w którym wskazywano, że życie człowieka nie podlega wartościowaniu ze względu m.in. na jego wiek, stan zdrowia, przewidywany czas jego trwania ani ze względu na jakiegokolwiek inne kryteria²⁵. Tezę taką można również wyprowadzić, analizując inne regulacje istniejące w systemie prawnym. Biorąc zatem pod uwagę niektóre rozstrzygnięcia aksjologiczne ustawodawcy, TK uznał trafność twierdzenia, że dziecko poczęte, dotknięte wadami embriopatologicznymi, nie może być dyskryminowane ze względu na stan zdrowia i dlatego nie może uprawniać do podejmowania decyzji o aborcji²⁶. Do dyskryminacji takiej mogłoby zaś dojść w wyniku zastosowania art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Jednak trzeba mieć na uwadze, czego TK bezzasadnie nie docenił, że ciężkie i nieodwracalne upośledzenia płodu albo nieuleczalna choroba zagrażająca jego życiu są przypadkami, które mają jednakże charakter stopniowalny. Może tu chodzić o bardzo szerokie spektrum schorzeń. Z jednej strony można mieć do czynienia z zespołem Downa, a dotknięte nim dziecko ma realne szanse na dłuższe i szczęśliwe życie, a z drugiej – zdarzają się wady letalne. Jeśli chodzi o zespół Downa, da się odnaleźć ważne racje przemawiające za tym, by kobieta nie mogła podjąć samodzielnej decyzji o przerwaniu ciąży²⁷. Inaczej dzieje się wówczas, gdy dziecko poczęte może lub musi umrzeć wraz z przyjściem na świat. Należy więc rozważyć, czy jeśli płód dotknięty jest najcięższymi wadami i dojdzie do przerwania ciąży, to powstanie możliwość powołania się na stan wyższej konieczności. Chcąc to uczynić, trzeba nieco przybliżyć istotę tej (w praktyce rzadko stosowanej) instytucji.

Specyfika konstrukcji stanu wyższej konieczności, jaką przewiduje art. 26 § 1 k.k., sprawia, że poprawne ustalenie zakresu zastosowania tego kontratywu budzi nie lada trudności. Nie chodzi tutaj jednak o dyskusję, czy normatywne ujęcie tej instytucji jest zbyt szerokie, czy zbyt wąskie²⁸, ale o warunek wstępny (brzegowy) jej stosowania. Tutaj dochodzimy do *clou* zagadnienia stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania – czy jest dopuszczalne powołanie się na procedurę charakterystyczną dla stanu wyższej konieczności w przypadku istnienia innej procedury, *prima facie* dekretującej wiążąco preferencje ustawodawcy

²⁵ Wyrok TK z 30.09.2008 r., K 44/07.

²⁶ F. Cieplý, *Aborcja...*, s. 71–87.

²⁷ Trzeba jednak zaznaczyć, że celem niniejszego tekstu nie jest jednoznaczne i ostateczne przesądzenie tej kwestii.

²⁸ W. Zontek, *Modele wyłączenia odpowiedzialności karnej*, Kraków 2017, s. 327–330.

w danym obszarze? Powszechnie w doktrynie przyjmuje się chociażby, że ani lekarz, ani funkcjonariusz publiczny nie mogą sięgać po ten kontratyp właśnie z uwagi na szczegółowe regulacje dotyczące sfery, w jakiej mają podejmować decyzje²⁹. Powyższe twierdzenie nie koncentruje się jednak na pewnych subtelnościach związanych z istotą rozstrzygnięcia określonej grupy kolizji przez ustawodawcę. Nie zawsze bowiem będzie ono miało taki charakter, który *a limine* wykluczy możliwość optymalizacji za pomocą innego dostępnego w prawie mechanizmu (np. stanu wyższej konieczności). W literaturze, zwłaszcza anglo-amerykańskiej, zwraca się uwagę na to, że chodzi wyłącznie o takie przypadki, w których dane zagadnienie jest uregulowane kompleksowo, tj. z celu aktu normatywnego wynika wprost wykluczenie stanu wyższej konieczności³⁰. Kiedy jednak nie możemy, stosując przyjęte w danym kręgu kultury prawnej mechanizmy wykładni (np. *lex specialis derogat legi generali*), uzyskać jednoznacznego rozstrzygnięcia kolizji dóbr zachodzącej *in concreto*, pozostaje otwarta możliwość powołania się na stan wyższej konieczności. Zresztą sam art. 26 k.k. wymaga takiej weryfikacji, statuując bardzo stanowczy warunek subsydiarności. Nie ma powodów, by twierdzić, że dotyczyć miałyby on jedynie alternatyw faktycznych odwracania niebezpieczeństwa, a nie tych o charakterze prawnym (innych szczególnych rozwiązań normatywnych).

Można zadać pytanie, dlaczego akurat w kodeksie karnym przewidziano wprost stosunkowo ogólną regulację wyższej konieczności, a nie czyni się tego powszechnie w innych aktach normatywnych³¹. Odpowiedź na to pytanie

²⁹ Zob. także A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 577–578 i cyt. tam lit. W piśmiennictwie i sferze publicznej pojawiają się tezy, jakoby szczególne przypadki pozwalały przełamać taki zakaz M. Małecki, M. Pach, *Stan wyższej konieczności konstytucyjnej*, PiP 2018, nr 7, 38–57; polemicznie wobec M. Małeckiego i M. Pacha zob. P. Radziejewicz, *O niedostatkach teorii stanu wyższej konieczności konstytucyjnej*, PiP 2018, nr 11, s. 114–126. Zob. jednak Stanowisko Rady Ministrów z 1.12.2020 r. w sprawie terminu publikacji wyroku TK, K 1/20: „Zaistniała sytuacja nosi znamiona stanu wyższej konieczności. Niewątpliwie wyrok Trybunału Konstytucyjnego podlega ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw. Jednocześnie jednak sytuacja bardzo poważnych napięć społecznych wymaga przeanalizowania właściwej daty tej publikacji. Prezes Rady Ministrów nie może podjąć decyzji o niepublikowaniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego, podjętego zgodnie z obowiązującą procedurą. Jednocześnie nie istnieje regulacja zobowiązująca Prezesa Rady Ministrów do publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego w terminie oznaczonym konkretną liczbą dni lub datą”.

³⁰ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford 2000, s. 793–794. Zob. także: „§ 3.02 Model Penal Code Justification Generally. Choice of Evils. (1) Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that (...) (c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear [„Zachowanie, które sprawca uważa za konieczne dla uniknięcia krzywdy lub zła dla siebie lub innej osoby, jest usprawiedliwione pod warunkiem, że (...) (c) cel ustawy, by wyłączyć możliwość takiego usprawiedliwienia, nie jawi się jako oczywisty”]. Co ciekawe, podaje się zwykle właśnie zagadnienie aborcji jako przykład takiego wielopłaszczyznowego rozważenia argumentów za ustanowieniem stosownej, precyzyjnej procedury dokonywania zabiegu przerywania ciąży.

³¹ Mimo że można znaleźć orzeczenia TK wprost uznające jakieś rozwiązanie ustawowe za niekonstytucyjne właśnie z uwagi na brak wprowadzenia tego mechanizmu. Warto sięgnąć do wyroku TK z 11.10.2016 r., K 24/15 – TK wyraźnie wskazał, że niektóre przepisy ustawy z 5.01.2011 r. o kierujących pojazdami w zakresie, w jakim nie przewiduje

wydaje się ściśle powiązana z istotą stanu wyższej konieczności z art. 26 k.k. Spoglądając na ten przepis nieco „z zewnątrz”, wypada przyznać, że zawiera on dość standardową (gdy chodzi o sposób legislacyjnego wyrażenia) procedurę rozstrzygnięcia zaistniałych kolizji wartości, której celem jest ostatecznie realizacja norm prawa materialnego. W tym konkretnym przypadku jej celem jest optymalizacja rozstrzygnięć, które formalnie realizują znamiona typu czynu zabronionego i potencjalnie powinny być wartościowane przy użyciu tychże norm. Innymi słowy, jeżeli podejmiemy się takiego zachowania, to – w braku spełnienia przesłanek owej procedury optymalizacyjnej – powinniśmy ponieść odpowiedzialność karną.

„Wyciągnięcie przed nawias” w kodeksie karnym przepisu przewidującego stan wyższej konieczności było zapewne podyktowane specyfiką prawa karnego (a szerzej – prawa przewidującego kary³²), które przyjmuje określoną formę jako akt prawny. Typy czynów zabronionych są egzemplifikacją preferencji ustawodawcy co do ukształtowania wzajemnych relacji społecznych przez bardzo stanowcze ukazanie, które zachowania w danym obszarze aktywności człowieka są niedopuszczalne. W tym sensie przepisy karne są nabudowane na normach regulacyjnych (merytorycznych), które z kolei w sposób pierwotny determinują preferowany kształt danej sfery relacji – społecznej, gospodarczej, cywilnej, administracyjnej itp. Zatem, gdy zbierzemy w jednym akcie prawnym (np. w kodeksie karnym) tego rodzaju specyficzne przepisy, które w swojej skomplikowanej formie ukazują nam niejako „finał” poszczególnych rozważań ustawodawcy na temat wielu sfer funkcjonowania społeczeństwa, może zaistnieć potrzeba wprowadzenia swoistej metaprocedury pozwalającej na uporządkowanie relacji między tymi właśnie rozstrzygnięciami. W bardzo interesujący sposób ten mechanizm opisał G.P. Fletcher – jako tzw. *individual second guessing* (indywidualna wtórna weryfikacja)³³. Skoro przepis karny – zdaniem tego autora – promuje określone wartości kosztem innych, to niewykluczone, a może i nawet konieczne jest zaistnienie sytuacji, w której zestawienie wyniku kolizji takich kategoriowych decyzji ustawodawcy (wynikających z kilku przepisów karnych) będzie nie do pogodzenia³⁴. Wszak penalizacja z jednej strony jest zerojedynko-

sytuacji usprawiedliwiających – ze względu na stan wyższej konieczności – kierowanie pojazdem z przekroczeniem dopuszczalnej prędkości o więcej niż 50 km/h na obszarze zabudowanym, jest niezgodny z art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji.

³² W wyroku TK w sprawie K 24/15 padło bardzo ważne stwierdzenie: „W prawie administracyjnym – podobnie jak ma to miejsce w prawie karnym i prawie wykroczeń – powinien być uwzględniany przypadek kolizji dóbr, wartości i interesów usprawiedliwiający niezastosowanie się przez jednostkę do nakazów i zakazów ustanowionych przepisami prawa, których naruszenie jest sankcjonowane przez prawo”.

³³ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford 2000, s. 793–795.

³⁴ Tak chociażby można spojrzeć na ustawową regulację tzw. kolizji obowiązków. W doktrynie raczej uznaje się, że system prawny jest obecnie tak bardzo złożony i dynamiczny, że nie jest możliwe już na etapie tworzenia norm prawnych całościowe uregulowanie wszelkich potencjalnych konfiguracji faktycznych wzajemnych relacji między dobrami prawnymi – W. Zontek, *komentarz do art. 26 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, nb. 34 i cyt. tam lit. Zatem wskazuje się, że skoro sam ustawodawca zdecydował się na zamieszczenie w kodeksie karnym art. 26 § 5 k.k., przyjął, że do kolizji będzie dochodzić.

wa (coś jest karalne albo nie), a z drugiej – stopień determinacji ustawodawcy w owym promowaniu określonych postaw czy wartości względem innych może być różny (częściowo odczytać można to z ustawowego zagrożenia karą konkretnego typu). Dlatego pojawia się potrzeba identyfikacji jakiegoś mechanizmu powtórnej weryfikacji nie tyle samej decyzji kryminalizacyjnej, ile właśnie wzajemnego pozycjonowania kilku takich rozstrzygnięć względem siebie. Instytucja stanu wyższej konieczności stanowi właśnie taki metamechanizm optymalizacyjny. Do tego sprowadza się owo *second guessing* Fletchera – refleksji nad tym, co postanowiłby ustawodawca, gdyby już na etapie legislacyjnym był świadomy jakiegoś konkretnego zdarzenia, w którym konieczne byłoby ponowne wartościowanie i ponowna ocena, czy przypadkiem zachowanie uznane za bezprawne i karalne nie powinno jednak być *in concreto* preferowane. Możliwe, że mając świadomość pewnego typowego i charakterystycznego zbiegu rozbieżnych preferencji w obliczu kolizji wartości, na etapie regulacyjnym odniósłby się do tego, tworząc szczególne rozwiązanie.

Przechodząc do zagadnienia ustawowych przesłanek przerywania ciąży, przyjmując zarysowane w niniejszym opracowaniu założenie, że stanowią one okoliczności, które powodują, że nie zostaje przekroczona jakakolwiek z norm sankcjonowanych (wyrażająca zakaz przerywania ciąży), należy poddać je ocenie pod kątem kompletności i kompleksowości, by ocenić, czy w istocie wykluczają one optymalizację kolizji innym mechanizmem. Chodzi przede wszystkim o to, by ocenić, czy uregulowanie legalnego przerywania ciąży stanowi pewien zamknięty aksjologicznie wybór, neutralizujący jakiegokolwiek inne argumenty na rzecz odmiennego rozstrzygnięcia kolizji dóbr, z jakimi mamy w tych dramatycznych przypadkach do czynienia. Analizując art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r., dostrzec można wyraźną paralelę do stanu wyższej konieczności, gdyż mowa jest o zagrożeniu życia lub zdrowia kobiety ciężarnej. Co ciekawe, regulacja ta jest zakresowo szersza niż to, co znamy z art. 26 k.k., gdyż niebezpieczeństwo nie musi być bezpośrednie, a także proporcja dóbr (życie dziecka poczętego i zdrowie matki) niekoniecznie odpowiada kryteriom wartościowania dobra ratowanego i poświęcanego identyfikowanych w procesie interpretacji tego przepisu³⁵. Oznacza to, że ustawodawca, z uwagi na przyjęty standard aksjologiczny, w określony sposób ocenił wzajemną relację dóbr stojących na szali w obliczu zagrożenia. Przesądził w sposób abstrakcyjny kontratypowy charakter poświęcenia życia dziecka poczętego, by ratować życie lub zdrowie matki, nie wprowadzając przy tym np. kryterium czasowo-kausalnego (bezpośredniości). Przesłanka z 4a ust. 1 pkt 3 u.p.r. z kolei wymyka się już tak prostemu porównaniu z omawianym kontratypem z art. 26 k.k. Jednak nie budzi wątpliwości, że za uznaniem przestępczej proweniencji ciąży, jako wystarczającego powodu dla legalizacji jej przerywania, musiała stać ocena aksjologiczna konsekwencji w sferze godności i dobrostanu psychicznego np. zgwałconej kobiety. Jednak ustawodawca także i w tym wypadku nie przeszczerzył kryterium bezpośredniości niebezpieczeństwa dla określonych dóbr prawnych. Można bez ryzyka popełnienia większego błędu założyć, że w razie naruszenia godności

³⁵ Chodzi o równowartościowość życia ludzkiego i wyłączenie jedynie winy w przypadku poświęcenia życia jednej osoby dla ratowania życia innej osoby.

kobiety (przez przedmiotowe potraktowanie jej przez sprawcę czynu zabronionego, który dodatkowo doprowadził do niechcianej ciąży) fundamentalne dobro prawne stojące u podstaw naszego człowieczeństwa zostało zniweczone. Z kolei uwzględniając kwestie dobrostanu psychicznego kobiety, ustawodawca uznał, że nie wymaga się dowodu, czy zdrowie psychiczne konkretnej kobiety jest w istocie realnie zagrożone. Zapewne prowadzenie postępowania dowodowego w tym kierunku stanowić mogłoby jedynie pogłębienie wiktyimizacji oraz dalsze wkraczanie w sferę godności ofiary.

Trzeba wreszcie przeanalizować przesłankę z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., stanowiącą przedmiot oceny jej konstytucyjności i powód kontrowersji związanych z rezultatem sprawy K 1/20. Ma ona niewątpliwie charakter hybrydowy. Z jednej strony zawiera w stosunku do pewnych elementów jej zakresu zastosowania racjonalizację tożsamą do przesłanki ochrony zdrowia kobiety, gdy ciąża z powodu wady płodu prowadziłaby do zagrożenia zdrowia lub życia matki, albo zagrożiła dobrostanowi psychicznemu kobiety zmuszonej do donoszenia ciąży i urodzenia dziecka martwego lub niezdatnego do przeżycia poza jej organizmem. Z drugiej strony nie sposób nie odnaleźć pierwiastka dotyczącego ochrony godności kobiety, która w razie zmuszenia jej do donoszenia ciąży byłaby uprzedmiotowiona i sprowadzona do roli inkubatora dla dziecka, którego wady np. nie dają mu szans na przeżycie. Warto przytoczyć rozważania TK z wyroku z 30.09.2008 r. (K 44/07), dotyczącego problematyki zestrzelenia samolotu porwanego przez terrorystów. Ustosunkowując się do kwestii naruszenia godności osób znajdujących się na pokładzie, Trybunał orzekł, że „skutkiem zastosowania zakwestionowanego przepisu jest «depersonalizacja» i «reifikacja» pasażerów znajdujących się na pokładzie (...) Osoby te stają się jedynie obiektem (przedmiotem) akcji ratunkowej, skierowanej na zapobieganie hipotetycznym, dalszym i prawdopodobnie większym stratom”.

Odnosząc się do omawianej przesłanki, należy stwierdzić, że nakaz donoszenia ciąży, gdy wystąpiły zmiany embriopatologiczne płodu, byłby narzędziem realizowania określonego wyboru aksjologicznego ustawodawcy, który wymagałby *sui generis* reifikacji kobiety ciężarnej. Musiałaby ona, niezależnie od wszelkich uwarunkowań medycznych i społecznych, znosić stan tego rodzaju ciąży.

Oceniając trzy wskazane przesłanki legalnego przerwania ciąży przed 27.01.2021 r., na pierwszy rzut oka można odnieść wrażenie, że w istocie problematyczne byłoby odnalezienie w tej procedurze dodatkowej przestrzeni dla stosowania art. 26 k.k. Wydaje się, że teoretycznie byłoby to możliwe jedynie wówczas, gdy np. w przypadku powstania ciąży z czynu zabronionego przesłanka zachodzi, ale minął już okres 12 tygodni, lub w przypadku kryterium embriopatologicznego płód uzyskał już zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety. Nie przesądzając poprawności tych cezur czasowych, można pokusić się o konstatację, że powyższe przesłanki reprezentują holistycznie ukonstytuowaną procedurę, która w istocie przewiduje szersze granice legalizacji przerwania ciąży niż nastąpiłoby to na gruncie art. 26 § 1 k.k. W tym sensie zasadne wydaje się, że ustawodawca dokonał kompleksowej regulacji określonego wycinka funkcjonowania jednostki w społeczeństwie i – na ile to możliwe – wypośrodkował racje.

Pojawia się jednak pytanie, czy usunięcie w całości przesłanki embriopatologicznej może być uznane za zasadną z aksjologicznego punktu widzenia korektę uprzednio „zbyt szerokiej” procedury, która pozostaje nadal kompletna w tym sensie, że wyklucza optymalizację kolizji dóbr za pomocą innego normalnego mechanizmu. Naszym zdaniem w przypadku podzielenia dotychczasowego rozumienia istotności konstytucyjnej i treści zasady godności ludzkiej w orzecznictwie TK, można powziąć daleko idące wątpliwości, czy w sytuacji, gdy wady płodu są tego rodzaju, że dalsze donoszenie ciąży stanowiłoby reifikację czy depersonifikację matki i sprowadzenie jej do roli inkubatora – dokonanie zabiegu przerwania ciąży przy zastosowaniu mechanizmu stanu wyższej konieczności nie byłoby zasadne. Derogując bowiem w całości art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., TK sprawił, że państwo zbyt dalece limituje ochronę godności kobiety. Czy art. 26 k.k. mógłby stać się remedium w pewnych przypadkach, które w przeszłości były objęte usuniętym przepisem, a nie spełniają kumulatywnie innej – pozostawionej w ustawie przesłanki? Nie jest to wykluczone, zwłaszcza że przesłanki z art. 26 k.k. zostały zarysowane wężej niż omawianych procedur. Stawia on warunek bezpośredniości zagrożenia dla dobra prawnego, co nakłada w pierwszej kolejności obowiązek identyfikacji tego dobra³⁶. Ponadto trzeba uzasadnić (na potrzeby uznania sytuacji za kontratypową), że z uwagi na całościową ocenę aksjologiczną kontekstu, w jakim przychodzi nam działać – proporcja ta jest *in plus*. Naszym zdaniem test wyższej konieczności byłby spełniony jedynie wtedy, gdy jest wyraźne wykazanie, że *in concreto* naruszamy przyrodzoną godność konkretnej kobiety i stanowi temu chcemy przeciwdziałać. Chodzi tu z pewnością o sytuacje, kiedy obowiązek urodzenia dziecka skutkowałby automatycznie koniecznością prowadzenia wobec niego po urodzeniu uporczywej terapii. W takich bowiem sytuacjach nie dość, że w istocie nie dochodzi do żadnej ochrony życia (lecz raczej do przedłużenia stanu wegetatywnego płodu), to jeszcze samej matce funduje się tortury. Podejście takie jest niehumanitarne i prowadzi do uprzedmiotowienia matki.

Jak wskazuje G.P. Fletcher, ograniczenie stanu wyższej konieczności przez wymóg wykazania działania w obliczu bezpośredniego, natychmiastowego zagrożenia i istnienie istotnej dysproporcji wartości *in plus* ma uzasadnienie w tym, że – co do zasady – to państwo jest kompetentne do wybierania ofiar i beneficjentów określonych decyzji³⁷. Obywatel uzyska jedynie usprawiedliwienie dla swojej reakcji w wąskim zakresie potencjalnych rozstrzygnięć, by zminimalizować negatywne konsekwencje dla systemu ochrony dóbr prawnych. Ustawodawca przekazuje w ręce obywatela, a następnie wymiaru sprawiedliwości część swoich uprawnień i – co naturalne – limituje je w porównaniu do tego, w jaki sposób sam mógłby daną kolizję rozwiązać. Stan wyższej konieczności stanowi wentyl bezpieczeństwa, swoistą korekturę napięć. W tym sensie nie jest jednak równorzędnym mechanizmem optymalizacyjnym. Prezentowane w tym tekście rozwiązanie nie jest przecież w stanie naprawić wszelkich negatywnych konsekwencji, jakie

³⁶ Podkreślić to należy z całą stanowczością – w przypadku art. 4a ustawy nie ma obowiązku weryfikacji tego, jakie dobra stoją na szali i jak należy je wartościować względem siebie. To przesądził za nas ustawodawca.

³⁷ G.P. Fletcher, *Rethinking...*, s. 795; W. Zontek, *Modele...*, s. 304–305.

powstały w wyniku wejścia w życie wyroku K 1/20. Lekarze, nie mogąc się już powołać na kontratyp przesłanki embriopatologicznej, zapewne nie będą skłonni przeprowadzać zabiegów przerywania ciąży w przypadku istnienia wad letalnych płodu. Przesłanki stanu wyższej konieczności są bowiem o wiele bardziej ocenne niż warunki, jakie były określone w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Lekarze nie będą się decydować na ryzyko, że to prokurator i sąd ostatecznie stwierdzą, że np. nie zaktualizował się kontratyp z art. 26 § 1 k.k. Naszym zadaniem jest jedynie wskazanie, że z teoretycznego i dogmatycznego punktu widzenia w pewnych przypadkach, kiedy dochodzi do usunięcia ciąży z uwagi na wady embriopatologiczne, powołanie się na stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność musi być możliwe. W sytuacjach, gdy nie aktualizuje się żadna z pozostałych dwóch przesłanek aborcyjnych, a dochodzi do reifikacji kobiety, która jest traktowana jako inkubator z uwagi na fakt, że zmusza się ją do donoszenia ciąży przy istnieniu letalnej wady embriopatologicznej płodu, naruszenie godności matki naszym zdaniem pozwala na skorzystanie z mechanizmu optymalizacyjnego zawartego w art. 26 § 1 k.k. To jednak, o jak szeroki krąg układów sytuacyjnych może tutaj chodzić, jest tematem na szerszą dyskusję, która powinna być skoncentrowana nieco mniej na emocjach, a bardziej na wskazaniach współczesnej medycyny.

Criminal Law Consequences of the Constitutional Tribunal's Judgment of 22 October 2020, K 1/20. Selected Issues

The following paper addresses the consequences in the field of criminal law of the judgment of the Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K 1/20, which judgment eliminated the so-called embryopathological grounds for termination of pregnancy. It is indicated that some cases which used to be included in the derogated grounds for termination may currently meet the criteria of justifications identified in criminal law. It is possible to invoke a state of necessity as a justification of an individual's act of abortion when the conceived child has a lethal condition.

Słowa kluczowe: kontratypy, aborcja, przerywanie ciąży, godność kobiety, przesłanka embriopatologiczna

Keywords: *justifications, abortion, termination of pregnancy, woman's dignity, embryopathological grounds*

Bibliografia

- Boć J., [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998
- Cieply F., *Aborcja eugeniczna a dyskryminacja osób niepełnosprawnych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2014, nr 2
- Hobbes T., *Leviathan. The Longman Library of Primary Sources in Philosophy*, Routledge 2016
- Fletcher G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford 2000
- Gliszczyńska-Grabias A., Sadurski W., *The Judgement That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill)*, European Constitutional Law Review 2021, nr 1
- Kania A.M., *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2011, t. XXVII, AUWr nr 3325
- Królikowski M., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2017
- Małecki M., Pach M., *Stan wyższej konieczności konstytucyjnej*, PiP 2018, nr 7
- Michalski B., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010
- Sarnecki P., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016
- Sroka T., [w:] *Konstytucja RP, t I, Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016
- Piechowiak M., *Wokół konstytucyjnej ochrony życia. Próba oceny propozycji nowelizacji Konstytucji RP*, Przegląd Sejmowy 2010, nr 1.
- Radziejewicz P., *O niedostatkach teorii stanu wyższej konieczności konstytucyjnej*, PiP 2018, nr 11
- Rakowska-Trela A., *Wyrok czy „niewyrok”. Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży*, Przegląd Sądowy 2021, nr 6
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016
- Wróbel W., *Konstrukcja kontratypu jako sposób uadekwatniania treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010
- Zoll A., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, t. I*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016
- Zoll A., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017
- Zontek W., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017
- Zontek W., *Modele wyłączenia odpowiedzialności karnej*, Kraków 2017
- Zubik M., *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 3