

Maciej Zygmunt¹

Czy ustawodawca ma obowiązek penalizować przerwanie ciąży? (konstytucyjny wymiar prawnokarnej ochrony życia w fazie prenatalnej)

Is the Legislator Obligated to Criminalize the Termination of Pregnancy? (The Constitutional Dimension of the Criminal Law Protection of Life in the Prenatal Phase)

1. Wprowadzenie

Prawo karne z uwagi na intensyfikację ingerencji w sferę wolności i praw człowieka i obywatela wypełnienia w systemie prawnym zadanie specyficzne, polegające na ochronie społecznie uznanych wartości i dóbr. Powszechnie przyjmuje się, że w państwie prawa, w którym prawo karne stanowi środek *ultima ratio*, materialna legitymacja organów władzy do zastosowania instrumentów represji karnej tkwi w zakładanym *in genere* celu pozytywnie wartościowanym społecznie.

Jest przy tym irrelevantne, że każdy czyn przestępczy – a więc i bezprawny – godzi w porządek stosunków społecznych. Prawo i porządek prawny przenoszą w sferę normatywną zasady aksjologiczne leżące u podstaw danej wspólnoty politycznej. Prawna relewantność supozycji o wzajemnym sprzężeniu prawa z moralnością stanowi jedną z głównych determinant procesu wykładni i stosowania prawa. Odgrywa ona też niebagatelną rolę w procesie określenia przesłanek dopuszczalności ograniczeń praw jednostki². Nie istnieje przy tym konieczny związek między

¹ Maciej Zygmunt – student, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie / student, Jagiellonian University in Krakow; ORCID: 0000-0003-2022-221X; ✉ maciej.zygmunt@student.uj.edu.pl.

² M. Zygmunt, *Państwo...*, s. 58 i powołana tam literatura.

uznaniem określonej wartości za społecznie pożądaną (dobro społeczne) a przyznaniem jej miana dobra prawnego. Społeczeństwo za pośrednictwem ustawodawcy dokonuje hierarchizacji poszczególnych dóbr społecznych, różnicując stopień intensyfikacji ich ochrony, ale również może, bazując na porządku aksjologicznym, przyznać ochronę jurydyczną innym wartościom. Należy zatem przyznać rację S. Tarapacie, który postuluje rozróżnienie dóbr prawnych *de nomine* i tych o naturze przednormatywnej³. Cechą wspólną wszystkich wartości uznanych za dobra prawne jest jednak to, że stanowią swoisty łącznik między formalizmem samego zakazu a materialną bezprawnością⁴ wynikającą z sensu normy sankcjonowanej. Powszechnie przyjmuje się bowiem, że koniecznym warunkiem naruszenia normy sankcjonowanej jest narażenie na niebezpieczeństwo lub naruszenie dobra prawnego⁵, a do znamion koniecznych typu czynu zabronionego zalicza się znamię określające przedmiot ochrony⁶.

W zarysowanym powyżej kontekście uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że dobro prawne jako element rzutujący na wzorzec bezprawności i karalności zachowań ludzkich staje się kluczowym, a zarazem podstawowym pojęciem aksjologii prawa karnego. Choćby pobieżna analiza różnych porządków prawnych, także w ujęciu historycznym, prowadzi do wniosku, że w katalogu chronionych dóbr w niemal wszystkich systemach aksjonormatywnych społeczeństw to właśnie ludzkie życie stanowi wartość zaliczaną do hierarchicznie najwyższych. Również doktryny polityczno-prawne różnych, często przeciwstawnych sobie nurtów, zdają się traktować to zagadnienie w sposób co najmniej zbliżony. Życie jako wartość akcentują nie tylko kierunki myśli ustrojowej i społecznej odwołujące się do pewnych transcendentalnych wartości, których źródłem ma być istota boska (choćby w postaci normy „nie zabijaj”), ale również te, które w sposób czysto laicki odnoszą się do istoty człowieczeństwa. Ustalenie relacji między tymi dwoma faktami przypomina w swej istocie próbę rozwiązania dylematu Eutyfrotyna, ale też prowadzi do pytania o konieczność prawnokarnej ochrony życia.

To opracowanie ma na celu odpowiedzieć na pytanie, czy na ustawodawcy spoczywa konstytucyjny obowiązek penalizacji przerywania

³ S. Tarapata, *Kontrowersje...*, s. 119; S. Tarapata, *Dobro...*, 100 i n.

⁴ W. Wolter, *Zarys...*, s. 82.

⁵ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 39; zob. P. Kardas, *Przestępstwa...*, s. 43–62.

⁶ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 60.

cięży. Opisywany problem badawczy wymaga rozstrzygnięcia zagadnienia dopuszczalności optymalizacji kolidujących praw i wolności kobiety ciężarnej i płodu, do czego posłuży w pierwszej kolejności zdekodowanie zakresu prawnej ochrony życia – zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Rozważenia wymagają także racje uzasadniające bądź negujące możliwość wywodzenia z praw podstawowych pozytywnych obowiązków państwa polegających na użyciu środków o prawnokarnym charakterze.

W badaniach nad tematyką tego opracowania wykorzystano przede wszystkim metodę dogmatyczną. Analizie poddano aktualny stan normatywny, a także orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Istotne znaczenie miała też komparatystyczna analiza porządku prawnego Republiki Federalnej Niemiec oraz uwzględnienie dorobku konwencyjnego Rady Europy i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Z perspektywy realizacji celu badawczego uwzględnienie niemieckiej perspektywy wydaje się uzasadnione o tyle, że to właśnie w tym kraju merytoryczna regulacja przerywania ciąży następuje przy wykorzystaniu prawa karnego i oparta jest na mechanizmach uadekwatniających zastosowanie represji prawnokarnej.

2. Konstytucyjny status życia nienarodzonego

Dla ustalenia zakresu obowiązków spoczywających na organach władzy publicznej w zakresie ochrony życia w fazie prenatalnej niezbędne jest dokonanie konstytucyjnej charakterystyki tego dobra prawnego. Konstytucyjnoprawny status życia nienarodzonego można bowiem identyfikować z dwóch perspektyw: jako wartość przynależną podmiotowi praw i wolności konstytucyjnych, podlegającą ochronie za pomocą konstytucyjnego prawa podmiotowego⁷, albo jako *sui generis* wartość konstytucyjną⁸. Przyjęcie bądź zanegowanie każdego z tych ujęć może mieć niebagatelne znaczenie w procesie rekonstrukcji konstytucyjnego wymogu kryminalizacji zachowań godzących w to dobro, w tym w szczególności polegających na przerywaniu ciąży.

Ujęcie wartości życia płodowego jako *sui generis* wartości konstytucyjnej zaprezentowano w orzecznictwie konstytucyjnym pod rządami

⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., K 1/20.

⁸ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

Małej Konstytucji z 1992 r.⁹ W ówczesnym stanie normatywnym, pozbawionym regulacji praw jednostki na poziomie ustawy zasadniczej, Trybunał Konstytucyjny uznał, że ochrona tego dobra wynika z zasady państwa prawnego. Zdaniem Trybunału:

państwo takie realizuje się (...) wyłącznie jako wspólnota ludzi i tylko ludzie mogą być właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowiących w takim państwie. Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. (...) Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wprowadzanych z istoty demokratycznie stanowiącego prawa, a gwarantujących minimum sprawiedliwości, to pierwszą taką dyrektywą musi być respektowanie w państwie prawa wartości, bez której wykluczona jest wszelka podmiotowość prawna, tj. życia ludzkiego od początków jego powstania¹⁰.

Ocenę konstytucyjnego statusu życia nienarodzonego *de lege lata* poprzedzić musi obserwacja, że przedstawione powyżej dwa ujęcia niekoniecznie muszą być uznane za wzajemnie przeciwstawne. Zagadnienie relacji między podmiotowym a przedmiotowym ujęciem wartości konstytucyjnych było przedmiotem wypowiedzi orzeczniczych TK w pierwszym okresie po przyjęciu Konstytucji z 1997 r.¹¹ Trybunał wskazał wówczas, że klauzula demokratycznego państwa prawnego utraciła swój samoistny charakter w zakresie tych praw jednostki o charakterze materialnym, których ochrona – dotychczas wywodzona z tej zasady – została wyrażona w odrębnych postanowieniach ustawy zasadniczej. Sąd konstytucyjny jednoznacznie odrzucił jednak pogląd, jakoby wskazany zabieg legislacyjny powodować miał wyłączenie wskazanych treści szczegółowych z ogólnego rozumienia klauzuli demokratycznego państwa prawnego i pozostawienia tej klauzuli w „okrojonym” kształcie¹².

Oznacza to, że dobro prawne uznane za przedmiotową wartość konstytucyjną może być równolegle chronione przez prawo podmiotowe jednostki, przy czym nie w każdym wypadku będzie miało to miejsce. Konsekwentnie należy więc przyjąć, że przytoczony pogląd orzeczniczy, w świetle którego życie nienarodzone stanowi wartość chronioną

⁹ Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym, Dz.U. nr 84, poz. 426 ze zm.

¹⁰ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP, Konstytucja.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 listopada 1997 r., K 26/97.

w polskim porządku prawnym z perspektywy zasad demokratycznego państwa prawa, nie wyczerpuje zagadnienia konstytucyjnego charakteru ochrony tego dobra. Oceny wymaga, czy podstawy konstytucyjoprawnej ochrony życia płodowego równolegle dostarczają regulacje praw i wolności jednostki, których podmiotem miałyby być dziecko poczęte.

3. Podmiot konstytucyjnego prawa do ochrony życia

Sposób sformułowania przepisu art. 38 Konstytucji, zapewniającego każdemu człowiekowi prawną ochronę życia, jest bardzo ogólny i nie przesądza w swej treści o fundamentalnych kwestiach praktycznej realizacji tego prawa. W szczególności analiza tego przepisu czyniona w oderwaniu od pozostałych norm i zasad konstytucyjnych nie pozwala na jednoznaczną odpowiedź co do granic temporalnych ochrony życia, w szczególności w odniesieniu do przysługiwania i ewentualnej intensyfikacji ochrony w okresie prenatalnym.

Zdaniem P. Sarneckiego przepisy konstytucyjne nie zawierają żadnych przesłanek w kwestii uznawania lub nieuznawania pewnych podmiotów za „ludzi” bądź pewnych sytuacji biologicznych za „życie ludzkie”¹³. Skutkiem braku określeń pozwalających na jednoznaczną odpowiedź dotyczącą konstytucyjnej dopuszczalności przerywania ciąży jest konieczność wyprowadzania wniosków na drodze wykładni funkcjonalnej i systemowej, a także sięgnięcie do argumentów pozaprawnych, w szczególności o charakterze bioetycznym.

Mnogość argumentów na poparcie różnych hipotez musi prowadzić do tego, że w literaturze przedmiotu odnaleźć można całe spektrum interpretacji wskazanych regulacji konstytucyjnych w tym zakresie – od tych, które wyrażają pogląd o możliwości zastosowania praw i wolności konstytucyjnych wyłącznie od urodzenia¹⁴, po te uznające, że konstytucyjne sformułowanie „każdy człowiek” obejmuje wszystkie istoty ludzkie na każdym etapie rozwoju, w tym w okresie prenatalnym¹⁵.

¹³ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 38, teza 13.

¹⁴ Zob. np. L. Garlicki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 30, teza 18; W. Skrzydło, w: *Konstytucja...*, s. 50.

¹⁵ Zob. np. W. Wróbel, *Konstytucyjne...*, s. 29; M. Granat, *Opinia...*, s. 143; L.K. Paprzycki, *Istota...*, s. 8; B. Banaszak, w: *Konstytucja...*, wprowadzenie do komentarza do rozdziału II, nb. 8.

W doktrynie podkreśla się, że milczenie ustrojodawcy w kwestii zakresu temporalnego ochrony jest zabiegiem celowym, na co wskazuje przebieg działań Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. Podczas jej prac dyskutowano nad wieloma różnymi wariantami, ostatecznie przyjmując aktualne brzmienie tego przepisu jako najbardziej neutralne. W trakcie debaty M. Borowski, autor ostatecznego sposobu sformułowania art. 38 Konstytucji RP, powiedział, że w jego rozumieniu dziecko poczęte przed urodzeniem mieści się w pojęciu człowieka, choć jednocześnie dodał, że nie jest jego intencją, „aby w konstytucji przesądzić czy dać pełne podstawy do tego, aby później każda ustawa zezwalająca na przerywanie ciąży była automatycznie blokowana przez Trybunał Konstytucyjny”¹⁶. Wskazał jednak, że to nie jego wola będzie wiążąca dla sądu konstytucyjnego, a sposób językowego sformułowania przepisu.

Jak już uprzednio wskazano, proces argumentacyjny służący odpowiedzi na pytanie, czy życie w fazie prenatalnej jest wartością chronioną konstytucyjnie, przedstawił Trybunał Konstytucyjny we wspomnianym orzeczeniu K 26/96. Podkreślenia wymaga przy tym, że TK bezpośrednio nie analizował wówczas zagadnienia, czy nienarodzonym przysługuje prawo podmiotowe do ochrony życia z uwagi na to, że w ówczesnym stanie normatywnym brak było odpowiednika dzisiejszego art. 38 Konstytucji¹⁷. Wydaje się jednak, że argumenty podnoszone przez Trybunał mogą stanowić istotne podłoże argumentacyjne również dla rozstrzygnięcia problemu zakresu temporalnego prawa przewidzianego w art. 38 Konstytucji. Szczególnie uwidacznia to wyrażone przez TK w uzasadnieniu wspomnianego orzeczenia zapatrywanie, że: „uchwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa konstytucyjna, na której oparł swoje orzeczenie Trybunał Konstytucyjny znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP”¹⁸.

Dla uzasadnienia swojego rozstrzygnięcia Trybunał wskazał po pierwsze, że brak jest dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie różnicowania wartości ludzkiego życia w zależności od fazy rozwojowej. Po drugie, powołano preambułę

¹⁶ „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego”, t. XLV, debata z 13 marca 1997 r., s. 46.

¹⁷ W. Wróbel, *Opinia...*, s. 20.

¹⁸ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

do ratyfikowanej przez Polskę Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.¹⁹, która, nawiązując do Deklaracji Praw Dziecka²⁰, deklaruje, iż dziecko, z uwagi na swą niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, a zwłaszcza właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu. W końcu po trzecie, Trybunał wskazał na regulacje ustawowe mające stanowić dowód uznania przez prawodawcę, że ochrona życia przysługuje istocie ludzkiej od chwili poczęcia.

Odnosząc się do pierwszego z argumentów, trzeba zauważyć, że co do zasady wyznaczenie kryteriów, od których uzależnione jest uznanie danej istoty za człowieka, jest zasadniczo domeną innych niż nauki prawne dyscyplin naukowych. Z tych przyczyn próby rozstrzygnięcia przedmiotowego zagadnienia koncentrować winny się wokół próby recepcji wiedzy medycznej do wyznaczenia momentu, od którego zapłodnioną pojedynczą komórkę człowieka można uznać za niewątpliwą, indywidualny organizm człowieka²¹.

W tym kontekście niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 25 lutego 1975 r., 1 BvF 1-6/74²², wskazał, że rozpoczęty proces rozwoju dziecka poczętego jest procesem ciągłym, nieposiadającym ostrych przerw i niepozwalającym na precyzyjne rozgraniczenie poszczególnych etapów rozwoju w życiu człowieka. Trzeba przy tym jednocześnie zaznaczyć, że cezurę początkową procesu rozwoju dziecka poczętego i fizycznego istnienia jako człowiek w sensie antropologicznym FTK wyznaczył na zakończenie procesu nidacji zapłodnionej komórki jajowej, co następuje około 14. dnia po zapłodnieniu²³.

Agata Niżnik-Mucha trafnie zauważa jednak, że godność osobowa przysługuje ze względu na samą przynależność do gatunku ludzkiego, z czego wywodzi, że to zapłodnienie, a nie nidację, należy traktować jako

¹⁹ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526.

²⁰ Deklaracja Praw Dziecka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 listopada 1959 r.

²¹ M. Sachs, *Verfassungsrecht...*, s. 258.

²² Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Februar 1975, 1 BvF 1-6/74.

²³ Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Februar 1975, 1 BvF 1-6/74; Urteil des Zweiten Senats des Verfassungsgerichtshofs vom 28. Mai 1993, 2 BvF 2/90, 4-5/92.

zdarzenie, z którym ustrojodawca łączy skutek w postaci początku podmiotowości prawnej człowieka w rozumieniu art. 30 Konstytucji²⁴. Skoro więc od momentu poczęcia człowiekowi przysługuje godność, a ta stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela (art. 30 zd. 1 Konstytucji RP), to – jak słusznie zauważa Leszek Bosek – uznanie człowieczeństwa istoty ludzkiej w okresie prenatalnym wyklucza wyjęcie tej grupy spod ochrony prawnej w zakresie tak fundamentalnego prawa jak prawo do ochrony życia²⁵. Życie ludzkie, pozostając w koniecznym związku z zasadą godności jako jej żywotna podstawa, ze swej istoty jest warunkiem wstępnym wszystkich innych praw podstawowych. Szerokie rozumienie pojęcia „człowiek”, obejmujące także istotę ludzką w prenatalnej fazie rozwoju, znajduje więc silne uzasadnienie w ochronie godności ludzkiej²⁶.

Pozostała argumentacja z orzeczenia K 26/96 odnosi się już do kwestii ściśle prawnych. Tezy trybunalskie odnoszące się do uwzględnienia norm prawa międzynarodowego w procesie rekonstrukcji zakresu prawnej ochrony życia uznać należy za trafne, co wymaga jednakże krótkiego komentarza. Nie może ulegać wątpliwości, że Konstytucja jest hierarchicznie najwyższym aktem normatywnym w Polsce (art. 8 ust. 1 Konstytucji RP), co w świetle zasady hierarchiczności systemu źródeł prawa i art. 188 pkt 1 Konstytucji RP musi skutkować rozstrzygnięciem kolizji między prawem międzynarodowym i ustawą zasadniczą zasadniczo na korzyść tej drugiej. W niniejszym przypadku brak jednak takiej kolizji. Co więcej, z art. 9 Konstytucji RP wynika obowiązek takiego ukształtowania procesu rekonstrukcji norm, by zapewnić zgodność prawa krajowego z wiążącym Rzeczpospolitą prawem międzynarodowym. Obowiązek wykładni w zgodzie z prawem międzynarodowym wobec zakazu *lege non distinguente nostrum est distinguere*, a także *ratio* samej regulacji art. 9 Konstytucji RP zestawionego z art. 27 zd. 1 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów²⁷, dotyczy również samej ustawy zasadniczej. Wykładnia konstytucji ma więc zawsze charakter adaptacyjny, a proces wykładni poszczególnych postanowień ustawy zasadniczej

²⁴ A. Niżnik-Mucha, *Prawna...*, s. 138.

²⁵ L. Bosek, *Opinia...*, s. 145.

²⁶ T. Sroka, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 38, nb. 101.

²⁷ Konwencja Wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990, nr 74, poz. 439.

z uwagi na powiązania treściowe, funkcjonalne i logiczne z pozostałymi elementami systemu źródeł prawa w rzeczywistości obejmuje interpretację całego systemu prawa²⁸. Argumentacja służąca zakotwiczeniu w konstytucji wartości, których skuteczną ochronę przewidują regulacje prawa międzynarodowego, musi być więc uznana za trafną pomimo pozornej sprzeczności z zasadą autonomii pojęć konstytucyjnych.

Z uwagi na wskazaną autonomię pojęć konstytucyjnych i zakaz dokonywania wykładni ustawy zasadniczej przez pryzmat regulacji ustawowych traci na znaczeniu argument trzeci odnoszący się do regulacji ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²⁹ jako dowodu, że konstytucyjna ochrona życia przysługuje istocie ludzkiej od chwili poczęcia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ustawodawca zwykły może przyznawać pewne prawa, chronione następnie przez system prawny, w szerszym zakresie niż wynika to z regulacji konstytucyjnych.

Niezależnie od powyższego zauważyć trzeba, że za uznaniem, że dziecko poczęte jest podmiotem konstytucyjnego prawa do ochrony życia, przemawiają również inne racje.

Zauważyć bowiem trzeba, że przepis art. 38 Konstytucji otwiera konstytucyjny katalog wolności i praw osobistych, a takie usytuowanie uwidacznia szczególnie jego rolę w krajowym systemie ochrony praw jednostki. Skłania jednocześnie do przyjęcia dyrektywy interpretacyjnej o charakterze gwarancyjnym, wedle której wszelkie możliwe wątpliwości co do charakteru i zakresu ochrony życia powinny być rozstrzygane według zasady *in dubio pro vita humana*³⁰.

Analiza oparta na wykładni językowej (zwłaszcza na zakazie wykładni *per non est*) wskazuje również, że życie w Konstytucji RP uznane jest za wartość zastaną. O identyfikacji przednormatywnego charakteru tego dobra przez ustrojodawcę świadczy użycie określenia „ochrona życia”, wskazującego, że ustrojodawca świadomie zrezygnował z ustanowienia prawa do życia *sensu stricto*, w przeciwieństwie choćby do ustrojodawcy niemieckiego, który na gruncie przepisu art. 2 ust. 2 zd. 1

²⁸ M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 255.

²⁹ Obecnie Dz.U. 2022, poz. 1575.

³⁰ J. Boć, *Konstytucje...*, s. 78; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03.

Ustawy Zasadniczej RFN³¹ przyznaje każdemu prawo do życia i integralności fizycznej. Analizowany przepis można zatem odbierać w kontekście swoistej transpozycji norm prawa naturalnego do konstytucyjnego porządku prawnego. Pozwala na to założenie, że życie nie może być przedmiotem konwencjonalnego prawa pozytywnego, gdyż to nie państwo i jego aparat są dysponentem tego dobra. Przyjęcie przez ustrojodawcę aprobaty dla poglądu o przednormatywnym charakterze nakazu ochrony życia uniemożliwia przyjęcie, że poza jego zakresem pozostaje życie we wczesnej jego fazie.

W podobnym tonie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, stwierdzając że przyrodzony charakter prawnej ochrony życia (wyprowadzonej, przypomnijmy, z zasady demokratycznego państwa prawnego) nie jest zależny od woli ustawodawcy, co oznacza, że wpływu na obowiązywanie tego prawa nie może mieć fakt, czy zostanie ono wyrażone bezpośrednio w regulacjach ustawowych, czy też nie. W przywołanym orzeczeniu uznano za niekonstytucyjny przepis stanowiący, że dziecko poczęte podlega ochronie w granicach ustawowych. Zdaniem Trybunału powierzenie ustawodawcy prawa do określania, czy i w jakim zakresie życie *nasciturusa* podlega ochronie prawnej, oznacza, że dla obowiązywania w systemie prawnym zakazu naruszenia jego życia konieczna jest ustawowa podstawa takiego zakazu, a to stoi w sprzeczności z istotą prawa do ochrony życia³².

Z tych powodów należy więc uznać, że dziecko poczęte jest podmiotem prawa do prawnej ochrony życia, zaś konstytucyjny status życia nie sprowadza się wyłącznie do przedmiotowego ujęcia ochrony wskazanego dobra prawnego. Rozstrzygnięcie omawianego problemu odnoszące się do zakresu temporalnego prawnej ochrony życia nie wyczerpuje jednak zagadnienia charakteru prawnego tego prawa podstawowego.

³¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl., S. 1. W oryginale przepis ten brzmi: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden“ [Każdy ma prawo do życia i integralności fizycznej. Wolność człowieka jest nienaruszalna. Ingerować w te prawa można tylko na podstawie ustawy – tłum. M.Z.].

³² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

4. Pozytywne obowiązki państwa odnoszące się do ochrony życia

Z przednormatywnego charakteru analizowanego prawa niektórzy przedstawiciele doktryny prawa konstytucyjnego wywodzą postulat posługiwania się pojęciem wolności życia³³. Tradycyjnie przyjmuje się, że wolności powiązane są z negatywnym obowiązkiem państwa, polegającym na zaniechaniu ingerencji w określoną sferę autonomii człowieka. Z kolei prawo wyznacza zakres, w którym władza jest zobowiązana do podejmowania określonych działań pozytywnych. Z uwagi jednak na płynność granic między prawem a wolnością rozróżnienie to przybiera postać typologii, nie podziału logicznego. Zagwarantowanie ochrony wolności konstytucyjnych nie ogranicza się do wskazania dopuszczalnych granic ingerencji, lecz wymaga też ustanowienia instytucjonalnych ram pozwalających jednostce na korzystanie z jej wolności. Dowodzi to sformułowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka koncepcja pozytywnych obowiązków państwa³⁴. Niezależnie od kwestii terminologicznych trzeba więc zauważyć, że również w odniesieniu do prawnej ochrony życia państwo jako gwarant tej wartości konstytucyjnej jest zobowiązane zapewnić jego prawną ochronę poprzez właściwe regulacje prawne i działania swoich organów.

Potwierdza to orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który wskazywał, że prawna ochrona życia ma charakter wieloaspektowy i nie można mówić o ochronie godności człowieka, jeżeli nie zostały stworzone wystarczające podstawy do ochrony życia³⁵. Należy mieć przy tym na uwadze, że pogląd ten został ukształtowany na kanwie sprawy związanej z organizacją systemu ochrony zdrowia, a więc na gruncie kontroli realizacji pozytywnych obowiązków państwa. Bardziej jednoznaczną wypowiedź orzeczniczą można z kolei odnaleźć w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98, w którym wywieziono, że niezależnie od obronnej treści prawa do ochrony życia, z art. 38 Konstytucji RP wynika także zobowiązanie władz publicznych do podejmowania działań służących ochronie życia.

³³ Zob. np. M. Piechowiak, *Wokół...*, s. 31; B. Banaszak, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 38, teza 1.

³⁴ Zob. M. Florczak-Wątor, *Obowiązki...*

³⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03.

5. Dopuszczalność optymalizacji konstytucyjnej ochrony życia

Przyjmując pogląd, że dziecku poczętemu przysługuje prawo do ochrony życia, należy określić reguły badania dopuszczalności ograniczania tego prawa. Zagadnienie ograniczania prawa do ochrony życia przez pryzmat kolizji wartości Trybunał Konstytucyjny poruszył w wyrokach w sprawach o sygn. K 1/20 i K 44/07. Trybunał *expressis verbis* dopuścił w tych judykatach stosowanie ogólnej klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do prawnej ochrony życia zarówno w fazie prenatalnej, jak i postnatalnej.

Odmienną strategię interpretacyjną przedstawił M. Piechowiak, prezentując pogląd o tym, że klauzula limitacyjna z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie znajduje zastosowania do ograniczania prawa do ochrony życia³⁶. Przytaczając za M. Wyrzykowskim, wskazał, że nie podlegają ograniczeniom prawa jednostki, dla których ustrojodawca nie przewidział możliwości ograniczenia (tak jak w odniesieniu do godności), jak również te prawa, w stosunku do których dopuszczalność ograniczeń wyłączają normy prawa międzynarodowego³⁷. Z kolei określone w art. 2 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁸ prawo każdego człowieka do życia nie może zostać uchylone, poza sytuacjami mieszczącymi się w enumeratywnym katalogu wyjątków zawartym w ust. 2 tego artykułu³⁹. Konwencyjna ochrona życia przyjmuje więc postać reguły prawnej, co oznacza, że prawo to nie może być spełnione w określonym stopniu, lecz jest wyrażane przez normę, która bądź jest, bądź nie jest spełniona⁴⁰. Powyższe założenia pozwoliły M. Piechowiakowi na uzasadnienie twierdzenia, że prawo do ochrony życia (art. 38 Konstytucji RP) jest regułą prawną, która nie ma optymalizacyjnego charakteru.

Kompleksowa rekonstrukcja treści prawa podstawowego z art. 38 Konstytucji RP wymaga jednak uwzględnienia odmienności zakresów zastosowania norm rekonstruowanych na mocy przepisów konwencyjnych i konstytucyjnych. W świetle orzecznictwa Europejskiego

³⁶ M. Piechowiak, *Klauzula...*, s. 67–70.

³⁷ M. Wyrzykowski, *Granice...*, s. 58.

³⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm., dalej: EKPC.

³⁹ D. Lubowski, *Ochrona...*, s. 80.

⁴⁰ R. Alexy, *Teoria...*, s. 78–79.

Trybunału Praw Człowieka nienarodzonego dziecka nie uważa się za osobę bezpośrednio chronioną w art. 2 Konwencji⁴¹. Wobec braku zastosowania EKPC do sytuacji prawnej dziecka poczętego nie zachodzą przesłanki do odstąpienia od stosowania klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP do prawnej ochrony życia w fazie prenatalnej. Wprawdzie trybunał strasburski dopuścił w niektórych sytuacjach objęcie dziecka poczętego prawem z art. 2 ust. 1 Konwencji, niemniej jednocześnie wskazał, że prawo dziecka do życia byłoby w takiej sytuacji w sposób dorozumiany ograniczone ze względu na prawa i interesy matki⁴². O ile więc można dopuścić zastosowanie prawa do życia względem płodu na gruncie EKPC, to z uwagi na jego optymalizacyjny charakter norma prawa podstawowego nie będzie stanowiła reguły prawnej, lecz będzie to zasada prawna. Do istoty zasad należy bowiem to, że dopuszczalny stopień ich niespełnienia zależy od stopnia ważności spełnienia kolidującej zasady⁴³. W przypadku konfliktu między zasadami relacji napięcia nie da się rozwiązać w duchu absolutnego pierwszeństwa jednego z tych obowiązków państwa, żaden z nich nie cieszy się bowiem pierwszeństwem⁴⁴.

Dla uniknięcia wszelkich wątpliwości należy wyjaśnić, że odmowa uznania optymalizacyjnego charakteru prawnej ochrony życia w fazie postnatalnej nie oznacza, że jest ona absolutna. Po pierwsze, bezpośrednia klauzula limitacyjna uzasadniająca ingerencję w to prawo zawarta jest w art. 2 ust. 2 EKPC. Po drugie, w niektórych stanach faktycznych kolizja reguł może uzasadniać stwierdzenie uznania tej reguły za nieobowiązującą, czego przykładem może być kodeksowy kontratyp kolizji obowiązków (art. 26 § 5 k.k.⁴⁵ w zw. z art. 26 § 1 k.k.). Na marginesie trzeba również zauważyć, że nie każde zachowanie służące realizacji celu wyznaczonego przez normę prawa podstawowego musi mieścić

⁴¹ Zob. w szczególności wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*, skarga nr 53924/00, § 80; D. Lubowski, *Ochrona...*, s. 90; A. Barczak-Oplustil, w: *System...*, s. 302–303.

⁴² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*, skarga nr 53924/00, § 80.

⁴³ R. Alexy, *Teoria...*, s. 133.

⁴⁴ Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Juni 1979, 2 BvR 1060/78.

⁴⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 1600, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

się w zakresie działań nakazanych władzy publicznej, choćby w sferze normy *prima facie*⁴⁶.

W tym kontekście uzasadniony wydaje się pogląd, że prawo do ochrony życia na gruncie Konstytucji RP z 1997 r. ma mieszany charakter, a kryterium jego podziału ma charakter temporalny. Tożsamość regulacji art. 38 Konstytucji RP w zakresie, w jakim przepis ten odnosi się do sytuacji prawnej istoty ludzkiej od narodzin oraz art. 2 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przesądza o konieczności takiej rekonstrukcji normy prawa podstawowego, by przybrała ona postać reguły prawnej. Z kolei w odniesieniu do sytuacji nieobjętej zakresem zastosowania konwencyjnego prawa do życia, a więc również odnoszącej się do dziecka poczętego, prawna ochrona życia dopuszcza stosowanie klauzuli limitacyjnej i uwzględnienie tym samym optymalizacyjnego charakteru tej zasady prawnej. Powyższa interpretacja pozwala jednocześnie uzasadnić pogląd orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego wyrażony na kanwie sprawy K 26/96, wskazujący na zróżnicowanie intensywności ochrony życia w poszczególnych jego fazach, a także późniejsze orzecznictwo dopuszczające stosowanie ogólnej klauzuli limitacyjnej w stosunku do prawa z art. 38 Konstytucji RP.

6. Przerwanie ciąży jako kolizja wartości

Poddanie ograniczania prawa do ochrony życia poczętego ogólnym regułom z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oznacza, że dopuszczalność wprowadzania ograniczeń w korzystaniu z tego prawa podmiotowego zależy od spełnienia szeregu przesłanek. Aspekt formalny odnosi się do kompetencji, procedury i formy wprowadzanych ograniczeń („tylko w ustawie”). Wśród aspektów materialnych można z kolei wyróżnić „przesłankę racjonalności” w postaci harmonizacji ochrony praw i wolności z określonymi wartościami konstytucyjnymi (celami prawowymi, zd. 1 *in fine*). Wskazuje się także dwa kryteria związane z wyznaczeniem maksymalnych granic dla wprowadzanych ograniczeń: zasadę proporcjonalności („konieczne”) i zakaz naruszania istoty prawa (zd. 2). Krzysztof Wojtyczek wymienia także wymóg uwzględnienia zasad państwa

⁴⁶ M. Zygmunt, *Rozstrzygnięcie...*, s. 9–25; co do praw *prima facie* i tych o definitywnym charakterze w kontekście teorii zewnętrznej (niem. *Außentheorie*) zob. P. Tuleja, *Stosowanie...*, s. 145.

demokratycznego jako osobnej przesłanki rekonstruowanej z treści klauzuli limitacyjnej⁴⁷.

W kontekście harmonizacji prawnej ochrony życia kluczowa jest identyfikacja kolidujących praw i wolności, których podmiotem jest kobieta ciężarna, a także zagadnienie ustalenia warunkowej relacji pierwszeństwa pomiędzy prawem do ochrony życia dziecka i przedmiotowymi prawami podstawowymi matki. Pomimo tego, że ustalenie warunkowych relacji pierwszeństwa co do zasady przynależy do sfery stosowania prawa⁴⁸, to z uwagi na specyfikę argumentacji ważeńiowej praktyka obrotu prawnego wymaga wyznaczania warunkowych relacji pierwszeństwa na poziomie podkonstytucyjnym⁴⁹. Ustawodawca nie może więc uchylać się od rozstrzygnięcia w sposób generalny kolizji, jakie mogą powstawać w związku z praktyczną realizacją wartości konstytucyjnych⁵⁰.

W doktrynie wskazuje się, że *de lege lata* przerwanie ciąży jest zasadniczo zachowaniem bezprawnym, zaś system prawny dopuszcza jej przeprowadzenie tylko ze względu na istniejącą kolizję dóbr i niemożność jej rozwiązania na innej drodze niż poświęcenie jednego z kolidujących dóbr⁵¹. Kontratypowy charakter wskazań uzasadniających przerwanie ciąży uzasadnia zastosowanie przy wykładni przepisów regulujących te warunki zasady głoszącej, że wyjątków nie wolno interpretować rozszerzająco⁵².

Także w orzecznictwie trybunalskim przyjmuje się, że kryterium konieczności, będące częścią klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, należy w kontekście ochrony życia interpretować szczególnie restryktywnie, w kierunku zbieżnym z kryterium „absolutnej konieczności”⁵³. Warunkiem ograniczenia prawa do prawnej ochrony życia jest zaistnienie sytuacji, w której jest niewątpliwe, że nie da się ono pogodzić z analogicznymi prawami innych osób – w sytuacji przerwania ciąży kobiety ciężarnej. Leon Kieres, poddając to stwierdzenie krytyce, zwraca

⁴⁷ K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 78; zob. M. Zygmun, *Państwo...*, s. 58–75.

⁴⁸ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt...*, s. 1; M. Kordela, *Kategoria...*, s. 28; J. Holoher, *Topiczna...*, s. 44; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 219–220, 536.

⁴⁹ M. Zygmun, *Ważenie...*, s. 131.

⁵⁰ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

⁵¹ A. Barczak-Oplustil, w: *System...*, s. 328, nb. 61.

⁵² A. Barczak-Oplustil, w: *System...*, s. 329, nb. 62.

⁵³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r., K 44/07; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., K 1/20.

uwagę, że w świetle przytoczonej tezy stwierdzenie konstytucyjności przepisów ograniczających prawną ochronę życia *nasciturusa* byłoby w zasadzie możliwe tylko w wypadku rozwiązań realizujących zasadę „życie za życie”, gdyż jedynie wówczas zachodziłaby symetria (analogia) dóbr poświęcanego i ratowanego⁵⁴.

Taka interpretacja Trybunału zdaje się całkowicie pomijać kwestię optymalizacji praw konstytucyjnych w odniesieniu do godności (mającej przecież wymiar absolutny i niepoddającej się konstytucyjnie dopuszczalnym ograniczeniom) czy nietykalności osobistej kobiety ciężarnej. Pomija również wytyczne wynikające z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który wskazuje, że ustawodawstwo regulujące przerywanie ciąży każdorazowo dotyka sfery życia prywatnego (art. 8 EKPC) kobiety z uwagi na ścisły związek tej sfery jej życia z rozwijającym się płodem oraz nakazuje dla oceny zgodności z prawami człowieka zakazu przerywania ciąży identyfikację i wazenie kolidujących praw i wolności matki, ojca i nienarodzonego dziecka⁵⁵. Trafnie zauważa K. Wojtyczek, że to, iż dana wartość w abstrakcyjnej hierarchii wartości zajmuje wyższe miejsce niż druga, nie oznacza, że w pewnych sytuacjach nie może ona zostać poświęcona dla urzeczywistnienia wartości zajmującej niższe miejsce w tej hierarchii⁵⁶.

Także w orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN (sprawy o sygn. akt 1 BvF 1-6/74, 2 BvF 2/90, 4-5/92) wskazuje się, że biologiczne powiązanie procesu rozwojowego dziecka poczętego z organizmem matki prowadzi do tego, że realizacja jej praw podstawowych (prawa do życia, zdrowia, godności, prywatności czy życia rodzinnego) nie pozostaje bez wpływu na sytuację płodu. Ponadto stwierdził, że w okresie prenatalnym matka i dziecko stanowią swoiste „dwoje w jednym”. Płód, pozostając do chwili porodu w organizmie matki, stanowi bowiem jednocześnie część tego organizmu oraz twór o samoistnym charakterze. W odniesieniu do zasady równości

⁵⁴ Zdanie odrębne sędziego TK Leona Kieresa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., K 1/20.

⁵⁵ Decyzja Komisji z 19 maja 1976 r. w sprawie Brüggemann i Scheuten v. Niemcy, skarga nr 6969/75; wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z dnia 8 lipca 2004 r., w sprawie Vo przeciwko Francji, skarga nr 53924/00, § 80; z dnia 16 października 2010 r. w sprawie A, B i C przeciwko Irlandii, skarga nr 25579/05, § 213; z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie R.R. v. POLSKA, skarga nr 27617/04, § 181.

⁵⁶ K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 42.

konsekwencją tego jest zatem to, by różnicować sytuację prawną dziecka przed i po porodzie.

Nie oznacza to jednak konstytucyjności przerywania ciąży w każdych okolicznościach. W niemieckim orzecznictwie konstytucyjnym podkreśla się, że z uwagi na szacunek dla nienarodzonego życia co do zasady kolizja ta jest wciąż rozstrzygana na korzyść prawa do życia, choć i ta reguła nie jest absolutna. Trybunał uwzględnił zatem fakt, że przysługujące nienarodzonemu prawo do życia może nakładać na kobietę ciężarną pewne obciążenia. Granicę stopnia tych obciążeń, których znoszenie państwo może kobiecie nakazać, wyznaczył jednak w oparciu o jej godność. To z niej Trybunał wyinterpretował zakaz narzucania takich poświęceń, które istotnie przekraczałyby zwykłą miarę utrudnień i ofiar, jakie wynikają z ciąży, porodu i wychowania dziecka. Okoliczności powodujące te obciążenia muszą mieć przy tym na tyle poważny charakter, że utrudniają wypełnianie obowiązków w tak nadzwyczajny sposób, by przekroczone zostało to, czego można w sprawiedliwy sposób oczekiwać od osoby zobowiązanej. Do takich okoliczności w wyroku z 1975 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny zaliczył zagrożenie życia lub naruszenia poważnego stanu zdrowia kobiety, wskazania eugeniczne (embriopatologiczne), etyczne, socjalne, dyktowane sytuacją konieczności (niem. *Notlage*) oraz generalnej sytuacji nędzy. W takich sytuacjach Trybunał z przepisów Ustawy Zasadniczej RFN wyprowadził zakaz penalizacji przerywania ciąży, choć stwierdził jednocześnie, że w tej sytuacji państwo może zastosować inne środki zachęcające kobietę do utrzymania ciąży.

Wydaje się, że kolizję w powyższych przypadkach należałoby rozstrzygnąć co do zasady podobnie i na gruncie polskiego porządku prawnego. We wskazanych w orzeczeniu FTK sytuacjach harmonizację prawnej ochrony życia należy bowiem rozpatrywać na płaszczyźnie kolizji naruszenia istoty prawnej ochrony życia dziecka (i jego godności) z godnością kobiety – matki bądź ochrony istoty innego jej konstytucyjnego prawa podmiotowego. W takim wypadku rekonstrukcja normy prawnej ochrony życia o definitywnym charakterze musi nastąpić poprzez włączenie do prawnej ochrony życia *prima facie* klauzuli wyjątku, która usunie sprzeczność między kolidującymi regułami. Zachodzący wówczas konflikt, gdy reguły prowadzą do sprzecznych konkretnych sądów powinnościowych, można rozwiązać bowiem tylko w ten sposób, że do jednej z reguł zostanie włączona klauzula o wyjątku, która usunie konflikt

lub co najmniej jedną z reguł trzeba uznać za nieobowiązującą (obowiązanie reguł nie jest bowiem stopniowalne)⁵⁷. W takich sytuacjach niedopuszczalne byłoby podejmowanie przez państwo jednostronnego i autorytatywnego wyboru zabezpieczonego przymusem państwowym co do ochrony godności jednostki kosztem godności innej, bowiem wówczas doszłoby do naruszenia przez państwo konstytucyjnego zakazu naruszania godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP) bądź zakazu naruszania wynikającej z tej godności istoty konstytucyjnych praw i wolności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 30 Konstytucji RP).

Z kolei w wypadkach, gdy istota prawa do ochrony życia dziecka koliduje z innymi konstytucyjnymi prawami podmiotowymi jednostki, a rozstrzygnięcie tej kolizji na rzecz prawa do ochrony życia nie uchyła istoty konstytucyjnych praw podmiotowych innej jednostki, zastosowanie powinien mieć art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RP przewidujący zakaz naruszania istoty ograniczanego prawa lub wolności (tu: prawnej ochrony życia).

Prawo karne musi respektować powyższe ustalenia niezależnie od sposobu rozstrzygnięcia warunkowych relacji pierwszeństwa między kolidującymi zasadami prawa, tj. niezależnie od tego, czy w danej sytuacji faktycznej pierwszeństwo uzyskają prawa i wolności dziecka, czy też nie.

7. Prawo karne jako środek prawnej ochrony życia w fazie prenatalnej

Skoro uznaje się życie, także w fazie prenatalnej, za wartość konstytucyjną – zarówno w aspekcie przedmiotowym, jak i podmiotowym – to na państwie i jego organach ciąży prawny obowiązek jego ochrony. Jak już uprzednio wskazano, obowiązek ochrony dobra konstytucyjnego obejmuje nie tylko zakaz bezpośredniej ingerencji państwa w to dobro, ale także nakazuje państwu odgrywać wobec niego rolę opiekuńczą i wspierającą. Nie wystarczy wskazanie dopuszczalnych granic ingerencji w życie ludzkie w fazie prenatalnej, skoro z Konstytucji wyprowadza się też obowiązek ustanowienia instytucjonalnych ram pozwalających jednostce na korzystanie z jej praw i wolności. Jest to refleks przyjmowanego przez Trybunał Konstytucyjny poglądu, że ustawa zasadnicza to źródło obiektywnego systemu wartości, z którego wynika skierowany do ustawodawcy

⁵⁷ R. Alexy, *Teoria...*, s. 79.

obowiązek stanowienia prawa o takiej treści, by była możliwa ochrona i realizacja tych wartości w jak najszerszym zakresie⁵⁸. Podkreśla się, że konstrukcja praw podstawowych z istoty uzasadnia oczekiwanie, że w systemie prawnym stworzone zostaną instrumenty pozwalające maksymalnie realizować wartości leżące u podstaw ustanowienia tych praw⁵⁹. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jednym z elementów realizacji pozytywnego aspektu praw konstytucyjnych jest wykorzystanie środków represji prawnokarnej w zakresie niezbędnym do jego ochrony⁶⁰.

Jednocześnie regulacje nakładające na organy władzy publicznej obowiązek prawnej ochrony życia i kreujące po stronie jednostki konstytucyjne prawo podmiotowe kwalifikują deontycznie nie dane zachowanie nakazane lub zakazane, lecz osiągnięcie określonego – pożądanego – stanu rzeczy. Piotr Tuleja słusznie zwraca uwagę na trudności w przekładzie konstytucyjnych wolności i praw na jednoznaczne normy prawne, wobec czego model interpretacji Konstytucji wymaga zastosowania wielu reguł interpretacyjnych o zróżnicowanym charakterze oraz metod argumentacji prawniczej o charakterze aksjologicznym⁶¹. Oczywistym wydaje się przy tym to, że tak jak w przypadku każdego konstytucyjnego prawa podmiotowego, także i w wypadku prawnej ochrony życia możliwa jest rekonstrukcja norm, które będą obejmować poszczególne zachowania służące realizacji celu wyznaczonego przez ustrojodawcę. Organy państwa, na których spoczywa obowiązek prawnej ochrony życia, zobowiązane są do samodzielnego skonstruowania zindywidualizowanego wzorca zachowania zakazanego bądź nakazanego w oparciu o aktualny stan wiedzy empirycznej i rozumowania logiczne w odniesieniu do zachodzących relacji kauzalnych⁶². Pozwala to na powierzenie ustawodawcy względnej swobody realizowania określonej polityki zapewniającej skuteczność stanowionych norm merytorycznych, niemniej jej granice wyznacza konieczność zapewnienia tym dobrom „dostatecznej ochrony” (niem. *Untermaßverbot*⁶³).

⁵⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2002 r., K 36/00.

⁵⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2021 r., III CZP 27/20.

⁶⁰ P. Tuleja, *Zasada...*, s. 10, 16.

⁶¹ P. Tuleja, *Interpretacja...*, s. 480 i 484.

⁶² M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 229.

⁶³ Zob. np. M. Florczak-Wątor, *Konstytucja...*, s. 128–129, 131; P. Tuleja, *Granice...*, s. 132; P. Tuleja, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 31.

Odpowiedź na pytanie o to, czy na ustawodawcy spoczywa konstytucyjny obowiązek *prima facie* penalizacji zachowań stanowiących naruszenie normy sankcjonowanej rekonstruowanej z przepisów konstytucyjnych wyznaczających prawną ochronę życia, metodologicznie sprowadza się więc do ustalenia, czy życiu w fazie prenatalnej da się zapewnić dostateczny poziom ochrony bez użycia środków represji prawnokarnej. Konkluzywne określenie, czy regulacja ustawowa zapewnia konstytucyjnym dobrom prawnym ochronę na dostatecznym poziomie następuje przy wykorzystaniu mechanizmu ważenia dóbr, tzw. odwrotnej zasady proporcjonalności⁶⁴.

W przytaczanym uprzednio wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 26/96 wskazano, że obowiązkowi zapewnienia ochrony określonym wartościom konstytucyjnym nie można sprowadzać wyłącznie do ustanowienia zakazów ich naruszania. Dla zapewnienia standardu konstytucyjnego niezbędne są również gwarancje przestrzegania i egzekwowania owych zakazów, przy czym gwarancje te mogą mieć różny charakter – zarówno cywilny, jak i administracyjny czy w ostateczności karny⁶⁵.

Jednocześnie w orzecznictwie konstytucyjnym wskazuje się, że ustawodawcy przysługuje względna swoboda, czy konkretne prawo lub wolność winno być chronione za pomocą środków o charakterze prawnokarnym, czy też za pomocą środków o charakterze cywilnoprawnym⁶⁶. Wolność ustawodawcy w badanym zakresie nie ma charakteru absolutnego, lecz jest ograniczona zarówno z perspektywy nakazu zapewnienia dostatecznej ochrony (niem. *Untermaßverbot*), jak i zakazu nadmiernej ingerencji w sferę konstytucyjnych praw i wolności jednostki (niem. *Übermaßverbot*).

Podobne wytyczne wywieść można również z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Trybunał, różnicując konieczność wykorzystania w określonych sytuacjach środków represji prawnokarnej dla zapewnienia realizacji pozytywnych obowiązków państwa, wskazał, że o ile w wielu sytuacjach prawo cywilne, prawo administracyjne lub profesjonalne sposoby nadzoru mogą wystarczyć dla ochrony praw

⁶⁴ K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 46; P. Tuleja, *Granice...*, s. 132.

⁶⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

⁶⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2001 r., SK 8/00; K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 43.

człowieka, o tyle w sytuacjach charakteryzujących się bardziej dotkliwymi uszczerbkami w dobrach innych osób za konieczną uważa się kryminalizację szkodliwego postępowania⁶⁷.

Truizmem wydaje się stwierdzenie, że w świetle funkcji ochronnej prawa karnego, jak i założenia uznającego represję za środek *ultima ratio*, zadaniem *ius puniendi* w państwie prawa jest ochrona najistotniejszych dóbr prawnych. Oznacza to, jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, że sięganie do instrumentów prawnokarnych uzasadnione jest tylko wtedy, gdy pożądanego celu nie można osiągnąć w żaden inny sposób⁶⁸. Wynika z tego również, że brak bądź ograniczenie środków ochrony prawnokarnej nie musi implikować twierdzenia, że przewidziana w porządku prawnym inna ochrona jest niedostateczna z punktu widzenia kryteriów konstytucyjnych⁶⁹. Trafnie wskazuje więc J. Kulesza, że odwołanie do instrumentarium prawnokarnego należy uznać za ostateczność, a nie standard ochrony praw i wolności jednostki⁷⁰. Tak rozumiana zasada subsydiarności prawa karnego zaliczana jest do podstawowych zasad konstytucyjnych prawa represyjnego⁷¹. Z drugiej strony trzeba również uwzględnić, że kryminalizacja określonych zachowań jest dopuszczalna wyłącznie wówczas, gdy korzyści realizacji celu ochronnego dóbr prawnych przeważają ujemną wartość użytego środka⁷².

Relacja wspomnianych reguł nakazujących dostateczną ochronę wartości konstytucyjnych i zakazujących nadmiernej ingerencji w nie dotychczas była przedmiotem rozważań doktrynalnych. W tym kontekście za interesujące należy uznać poglądy wskazujące na to, że zapewnienie dostatecznego poziomu ochrony konstytucyjnych praw jednostki powinno przeciwdziałać absolutyzacji zasady *ultima ratio* prawa karnego oraz zasady *in dubio pro libertate*, co wynika z symetrycznego zakresu afirmacji tych zasad przez ustrojodawcę⁷³.

W tym kontekście nie budzi wątpliwości, że do katalogu wartości, które zasługują na ochronę prawnokarną, należy przede wszystkim życie. Należy jednak zauważyć, że jedynie z tych dwóch faktów nie da

⁶⁷ V. Stoyanova, *Positive...*, s. 175 i powołane tam orzecznictwo.

⁶⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2001 r., SK 8/00.

⁶⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2001 r., SK 8/00.

⁷⁰ J. Kulesza, *Problemy...*, s. 75.

⁷¹ K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 38.

⁷² M. Cieślak, *Polskie...*, s. 124–125.

⁷³ J. Kulesza, *Problemy...*, s. 73 i powołana tam literatura.

się wyprowadzić wniosku, że na ustawodawcy spoczywa obowiązek penalizacji przerywania ciąży, gdyż takie wnioskowanie byłoby oparte na błędzie formalnym. Denotacja pojęcia „dobro prawne” jest szersze treściowo aniżeli termin „przedmiot ochrony prawnokarnej”⁷⁴. Także Trybunał Konstytucyjny wskazał, że intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją chronionego dobra, wpływa na nią bowiem szereg czynników różnorodnej natury, do których uwzględnienia zobowiązany jest ustawodawca zwykły⁷⁵.

Na trudności w wyznaczeniu minimalnych granic ochrony wartości konstytucyjnych zwracają uwagę sędziowie Wiltraut Rupp-von Brünneck i Helmut Simon. Wart przytoczenia *in extenso* jest ich pogląd wyrażony w zdaniu odrębnym do orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 1975 r.:

Oczywiście ustawa zasadnicza zakłada, że państwo może również wykorzystać uprawnienia karne do ochrony uporządkowanego współistnienia w ramach porządku konstytucyjnego. (...) Celem praw podstawowych nie jest jednak domaganie się takiego zobowiązania, ale wyznaczanie mu granic. Odwrotna interpretacja nieuchronnie prowadzi do nie mniej alarmującego rozszerzenia kontroli sądów konstytucyjnych: nie chodzi już tylko o sprawdzenie, czy przepis karny zbyt nie wkracza w sferę prawną obywatela, ale i odwrotnie – czy państwo nie karze za mało⁷⁶.

Przedmiotem wypowiedzi orzeczniczych FTK w przytoczonym wyroku było właśnie zagadnienie wymogu użycia *ius puniendi* dla zapewnienia adekwatnego poziomu ochrony życia jednostki, które to niemiecki sąd konstytucyjny wyraził przy ocenie konstytucyjności regulacji antyaborcyjnej. W postępowaniu przed FTK Rząd Federalny powoływał się na zasadę prymatu prewencji nad represją karną, próbując wykazać, że ustawodawca nie musi decydować się na powszechną ochronę kar-noprawną życia nienarodzonego pod warunkiem, że inne zastosowane środki (w szczególności poradnictwo) spełniają wymogi godnej ochrony życia nienarodzonego⁷⁷.

⁷⁴ S. Tarapata, *Dobro...*, s. 69.

⁷⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

⁷⁶ Zdanie odrębne sędziów Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Wiltraut Rupp-von Brünneck i Helmuta Simona do wyroku Pierwszego Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 1975 r., 1 BvF 1-6/74.

⁷⁷ Stanowisko Federalnego Ministra Sprawiedliwości przedstawione w imieniu Rządu Federalnego w postępowaniu przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie 1 BvF 1-6/74.

Zdaniem niemieckiego sądu konstytucyjnego państwo, aby spełnić swój obowiązek ochrony, musi podjąć wystarczające środki o charakterze normatywnym i faktycznym, które prowadzą do osiągnięcia adekwatnej, i co za tym idzie skutecznej ochrony – z uwzględnieniem sprzecznych interesów prawnych, co wymaga ochrony łączącej elementy ochrony prewencyjnej i represyjnej. Trafnie Trybunał wskazał, że prawo karne nie jest podstawowym środkiem ochrony prawnej, choćby ze względu na swój najbardziej inwazyjny charakter. Środki z zakresu *ius puniendi* muszą być traktowane więc jako *ultima ratio*. Trybunał określając je jako „ostatnią deskę ratunku” ochrony wartości konstytucyjnych, wskazał, że ich użycie jest niezbędne, gdy określone zachowanie, poza zakazem, jest szczególnie szkodliwe społecznie i nieakceptowalne z perspektywy prawidłowego współżycia ludzi, dlatego też zapobieganie mu jest szczególnie istotne. Jednocześnie FTK uznał, że choć ustawodawcy przysługuje względna swoboda w określeniu środków służących ochronie życia, te muszą nadawać się do zapewnienia niezbędnej ochrony⁷⁸.

Uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że ustawodawca może zrezygnować z wykorzystania środków represyjnych do zabezpieczenia prawnej ochrony życia w fazie prenatalnej i generalnego zakazu przerywania ciąży, o ile tylko zapewni konstytucyjnie wystarczające środki ochronne innego rodzaju, czyniące ochronę życia dostateczną. W tym kontekście prawna ochrona życia wiąże ustawodawcę co do rezultatu⁷⁹, zaś określenie katalogu środków niezbędnych do realizacji konstytucyjnego celu ochronnego prawa podstawowego musi uwzględniać całokształt uregulowań występujących w systemie prawnym. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa bowiem cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły, decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności⁸⁰. Standard konstytucyjny ma więc charakter dynamiczny w tym sensie, że treść norm nakładających na państwo obowiązek

⁷⁸ Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN z dnia 25 lutego 1975 r., 1 BvF 1-6/74; zob. także wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 marca 2000 r. w sprawie Kiliç p. Turcji, skarga nr 22492/93, § 62; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 marca 2000 r. w sprawie Mahmut Kaya p. Turcji, skarga nr 22535/93, § 85.

⁷⁹ M. Florczak-Wątor, *Konstytucja...*, s. 129.

⁸⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r., K 44/07.

określonego zachowania z przepisu o kierunkowym charakterze (wyznaczającym cel w postaci dostatecznego poziomu prawnej ochrony życia) nie jest niezmienna, lecz musi uwzględniać szereg czynników relewantnych dla ustalenia poziomu adekwatności ochrony dobra prawnego, jak i poziomu ochrony, jaki rzeczywiście zapewniono temu dobru.

Biorąc pod zagadnienie obowiązku penalizacji przerywania ciąży, należy również zwrócić uwagę na specyfikę podmiotu ochrony. Wydaje się, że zapewnienie dostatecznej ochrony w odniesieniu do dziecka poczętego nie może nastąpić przy wykorzystaniu innych środków ochronnych niż te z zakresu *ius puniendi*. Nie da się bowiem z oczywistych względów skonstruować systemu środków ochrony prawnej, które mogłyby przysługiwać dziecku poczętemu i być przez nie wdrażane jeszcze w fazie prenatalnej. Prawo cywilne wprowadzając wyjątki od reguły braku zdolności prawnej *nasciturusa* (art. 8 § 1 k.c.⁸¹), konstruuje je – także w zakresie odpowiedzialności deliktowej (art. 446¹ k.c.) – na zasadzie założenia, że zachodzi potrzeba zabezpieczenia i ochrony praw dziecka poczętego na wypadek, gdy uzyska ono zdolność prawną z chwilą żywego urodzenia⁸². Założenie to nie przystaje zatem do sytuacji, w których środki prawa cywilnego miałyby stanowić środek ochrony przed doprowadzeniem do śmierci płodu.

Z drugiej zaś strony trzeba również uwzględnić to, czy w obecnych warunkach społecznych kryminalizacja przerywania ciąży jest adekwatnym mechanizmem ochrony dobra prawnego w postaci życia dziecka poczętego w zakresie prewencji generalnej w aspekcie pozytywnym. Faktem notoryjnym jest bowiem dostępność zabiegów przerwania ciąży w innych państwach Unii Europejskiej w kontekście specyfiki wspólnego rynku usług medycznych. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, zabieg przerwania ciąży podlega traktatowej swobodzie przepływu usług⁸³. Pozwala to jednocześnie podać w wątpliwość, czy w takiej sytuacji spełniona pozostaje przesłanka przydatności ingerencji prawnokarnej do zapewnienia dostatecznej ochrony dobru prawnemu. Zagadnienie to wymaga jednak szerszych analiz na gruncie

⁸¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. 2023, poz. 1610, dalej: k.c.

⁸² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1971 r., III CRN 255/71; M. Pazdan, w: *Prawo...*, s. 1054.

⁸³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 października 1991 r., w sprawie *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd przeciwko Stephen Grogan i in.*, skarga nr C-159/90, § 21.

innych niż nauki prawne dziedzin szczegółowych, przede wszystkim z zakresu socjologii.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na to, że *de lege lata* kryminalizowane jest zachowanie polegające na przerwaniu ciąży (odpowiednio za zgodą i bez zgody kobiety – art. 152 k.k. i 153 k.k.), przy czym znamię czynności sprawczej nie obejmuje spowodowania śmierci dziecka poczętego. Oznacza to, że do realizacji znamion typu czynu zabronionego dojdzie z chwilą przerwania procesu ciąży bez względu na dalszy los płodu⁸⁴. W świetle aktualnej wiedzy medycznej przedwczesne przerwanie ciąży prowadzi w większości przypadków do śmierci płodu, jednak znane są również przypadki, w których dziecko przeżyło taki zabieg. Pomimo skutkowego charakteru przestępstw przerwania ciąży należy zatem przyjąć, że w odniesieniu do dobra prawnego w postaci życia *nasciturusa*⁸⁵ analizowane typy mają charakter abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo⁸⁶.

Biorąc pod uwagę konstytucyjne wymogi prawa represyjnego, należy zwrócić uwagę, że racja bytu przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo oraz przestępstw z konkretnego narażenia i naruszenia dobra prawnego jest zasadniczo tożsama i polega na stwierdzeniu istnienia relacji między zachowaniem pretendującym do kryminalizacji a dobrem, które ustawodawca zamierza chronić. Różnicę stanowi jedynie to, że w przypadku typów z abstrakcyjnego zagrożenia owa zdadność do zagrożenia lub naruszenia dobra została arbitralnie przesądzona przez ustawodawcę⁸⁷, a organy procesowe są zwolnione z obowiązku ustalenia tej relacji w realiach konkretnego układu faktycznego. Choć nie ulega wątpliwości, że konstytucyjnie dopuszczalne jest rozszerzenie karnoprawnej ochrony już na przedpole naruszenia dobra prawnego chronionego normą sankcjonowaną⁸⁸, to równie oczywiste

⁸⁴ V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 152 k.k., teza 2; O. Luty, w: *Kodeks...*, s. 96; odmiennie, aczkolwiek nietrafnie, Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 30 września 2008 r., II AKa 231/08 i A. Zoll, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 152 k.k., teza 26.

⁸⁵ Należy w tym miejscu zasygnalizować, że przedmiot ochrony typu z art. 153 k.k. nie zamyka się wyłącznie w życiu dziecka poczętego, ale obejmuje również dobra przynależne kobiecie; zob. A. Zoll, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 153 k.k., teza 2.

⁸⁶ Co do relacji konstrukcji typu czynu zabronionego i zagrożenia chronionego dobra zob. P. Kardas, *O osobliwościach...*, s. 105; E. Hryniowicz, *Przestępstwa...*, s. 155 i n.

⁸⁷ M. Filipczak, *Przedpole...*, s. 98.

⁸⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 r., SK 35/12; A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 9 i n.

jest, że dla zapewnienia dostatecznej ochrony dobra prawnego nie jest wymagane penalizowanie takich zachowań, które nie przejawiają zdolności do stworzenia stanu zagrożenia dla dobra. Przemawia za tym założenie zróżnicowania stopnia ostateczności ingerencji prawa karnego w przestrzeni pomiędzy możliwością kryminalizacji (zakazem nadmiernej ingerencji) a jej obowiązkiem (nakazem zapewnienia dostatecznej ochrony). Ustawodawca zarazem musi wykorzystać środki prawnokarne jedynie tam, gdzie jest to niezbędne do ochrony najistotniejszych dóbr konstytucyjnych przed naruszeniami, którym nie można zapobiec w inny sposób niż przez zastosowanie sankcji karnej – o czym nie sposób mówić w sytuacji, gdy *in concreto* zachowanie sprawcze nie przejawia zdolności do stworzenia stanu realnego zagrożenia dla dobra.

Jednocześnie wydaje się, że brak jest dostatecznych racji, by abstrakcyjnie ograniczać ewentualny obowiązek penalizacji wyłącznie do sytuacji naruszenia dobra prawnego. Stan niebezpieczeństwa wygenerowany przez sprawcę charakteryzuje się bowiem ze swej istoty dynamicznym rozwojem. Trafnie zauważa więc E. Hryniewicz, że eliminacja niebezpiecznych zachowań już na etapie, na którym zaistniało zagrożenie dóbr prawnych, ma w wysokim stopniu charakter prewencyjno-ochronny⁸⁹, w konsekwencji czego może być ona pożądana zwłaszcza w przypadku dóbr o wysokiej wartości społecznej. Rozszerzenie wymogu penalizacji na przedpole naruszenia dobra prawnego, jak się wydaje, wymaga jednak dodatkowych racji związanych ze specyfiką zachowania stwarzającego niebezpieczeństwo dla dóbr prawem chronionych.

Biorąc powyższe pod uwagę, przyjęć należy, że ewentualny obowiązek penalizacji przerywania ciąży obejmować mogłby jedynie takie zabiegi, z którymi wiązać może się co najmniej możliwość naruszenia bądź realnego zagrożenia dla życia dziecka poczętego.

8. Podsumowanie

Nie może ulegać wątpliwości, że problem dopuszczalności przerywania ciąży i penalizacji takich zabiegów wbrew przepisom prawa jest zakotwiczony w treści i aksjologii ustawy zasadniczej. Konstytucyjne regulacje statuujące prawną ochronę życia i szereg innych praw podstawowych

⁸⁹ E. Hryniewicz, *Przestępstwa...*, s. 135.

jednostki oraz kreujące reguły rozstrzygania kolizji praw i wolności konstytucyjnych muszą być bowiem uwzględnione przy wyznaczaniu zakresu normowania norm sankcjonowanych. Zaproponowana w tym opracowaniu koncepcja podwójnego charakteru prawnej ochrony życia w zależności od temporalnych cech podmiotu tej ochrony, zbudowana na bazie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i teorii prawa, pozwala poddać pod dyskusję dotychczasowe ustalenia doktryny i orzecznictwa co do charakteru prawa z art. 38 Konstytucji RP. Konsekwencje tych odmienności wpływają zasadniczo na ocenę dopuszczalności przerywania ciąży, a więc – w konsekwencji – także zakresu kryminalizacji tych czynów z uwagi na reguły rozstrzygania kolizji między zasadami i między regułami prawa. Trzeba również zwrócić uwagę na to, że na ustawodawcy zasadniczo nie spoczywa obowiązek wprowadzania środków represyjnych do zabezpieczenia prawnej ochrony życia w fazie prenatalnej i generalnego zakazu przerywania ciąży, o ile tylko zapewni konstytucyjnie wystarczające środki ochronne innego rodzaju. Środki te mogą mieć zróżnicowany charakter, a do ustalenia, czy regulacje normatywne zapewniają dostateczny poziom ochrony życia, wymagana jest wiedza empiryczna, także co do zachodzących relacji kauzalnych. W tym zakresie należy wziąć pod uwagę w szczególności faktyczną możliwość zapewnienia ochrony przy wykorzystaniu środków o charakterze nie-represyjnym, adekwatność wykorzystania środków prawnokarnych dla zapewnienia prewencji generalnej, jak i samą zdolność kryminalizowanego zachowania do wywołania zagrożenia dla dobra prawnego w postaci życia dziecka poczętego.

Summary

The text analyzes the issue of the obligation to criminalize abortion from the perspective of the positive constitutional obligations of the State. For this purpose, the scope of the constitutional protection of life is delineated and the thesis of its dual nature depending on the temporal characteristics of the subject of protection is justified. Based on the analysis of the case law of the Constitutional Tribunal, the European Court of Human Rights and the German Federal Constitutional Court, it is assumed that the legislator may be obliged to recognize conduct harmful to legal interests as prohibited under criminal law. However, the instruments of criminal law are not a standard means of protecting the rights and freedoms of an individual, and the obligation to use them becomes effective when the protection of the property cannot be adequately ensured by means of other protective measures.

Keywords

termination of pregnancy, obligation to criminalize, positive obligations of the state, sufficient protection of the legal good, reverse proportionality principle

Bibliography

- Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2014.
- Barczak-Oplustil A., w: *System Prawa Medycznego. Tom II. Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, Warszawa 2018.
- „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego”, t. XLV.
- Boć J., *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998.
- Bosek L., *Opinia prawna w sprawie projektu nowelizacji art. 30 i art. 38 Konstytucji i zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy z dnia 30 marca 2004 r. o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995.
- Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.
- Filipczak M., *Przedpole zagrożenia dla dobra prawnego a opis czynu z art. 178a § 1 k.k.*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 7.
- Florczak-Wątor M., *Konstytucja jako źródło obowiązków państwa w stosunku do obywatela*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 1.
- Florczak-Wątor M., *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2018.
- Garlicki L., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. II, Warszawa 2016.
- Gizbert-Studnicki T., *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 1.
- Granat M., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym macierzyństwie*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Holocher J., *Topiczna teoria argumentacji prawniczej – między tradycyjną a neokonstytucjonalną koncepcją państwa prawa*, w: *Prawo i polityka w sferze publicznej. Perspektywa wewnętrzna*, red. P. Jabłoński, J. Kaczor, M. Pichlak, Wrocław 2017.
- Hryniewicz E., *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012.
- Kardas P., *O osobliwościach przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 11.
- Kardas P., *Przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo a brak zagrożenia dla dobra prawnego jako źródło prawniczego paradoksu*, „Forum Prawnicze” 2022, nr 3.
- Konarska-Wrzosek V., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2023.

Czy ustawodawca ma obowiązek penalizować przerwanie ciąży?

- Kordela M., *Kategoria norm, zasad oraz wartości prawnych. Uwagi metodologiczne w związku z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 5.
- Kulesza J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.
- Lubowski D., *Ochrona płodu w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2016, nr 1.
- Luty O., w: *Kodeks karny. Przepisy stosowane w sprawach medycznych. Komentarz*, red. R. Tymiński, Warszawa 2023.
- Niżnik-Mucha A., *Prawna regulacja medycznie wspomaganej prokreacji w Polsce i wybranych państwach europejskich*, Kraków 2016.
- Paprzycki L.K., *Istota ludzka – zagadnienia graniczne ochrony w prawie karnym*, „Medyczna Wokanda” 2009, nr 1.
- Pazdan M., w: *Prawo cywilne – część ogólna. Tom 1. System Prawa Prywatnego*, red. M. Safjan, Warszawa 2012.
- Piechowiak M., *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2.
- Piechowiak M., *Wokół konstytucyjnej ochrony życia. Próba oceny propozycji nowelizacji Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 1.
- Sachs M., *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin–Heidelberg 2017.
- Sarnecki P., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. II, Warszawa 2016.
- Skrzydło W., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. W. Skrzydło, Warszawa 2013.
- Sroka T., w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Stoyanova V., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. Within and Beyond Boundaries*, Oxford 2023.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- Tarapata S., *Kontrowersje wokół wyznaczania granic dobra prawnego – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 23 września 2009 r. (sygn. akt I KZP 15/09)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 1.
- Tuleja P., *Granice konstytucjonalizacji prawa pracy (artykuł recenzyjny)*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 9.
- Tuleja P., *Interpretacja konstytucji*, w: *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzcіński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996.
- Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003.
- Tuleja P., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021.
- Tuleja P., *Zasada proporcjonalności jako podstawa prawnokarnej ingerencji w prawa jednostki*, w: *Kryminalizacja narażania dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, red. J. Majewski, Warszawa 2015.

- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Wojtyczek K., *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 2.
- Wolter W., *Zarys systemu prawa karnego*, t. I, Kraków 1933.
- Wróbel W., *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, w: *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk sejmowy nr 993*, red. M. Królikowski, M. Bajor-Stachańczyk, Warszawa 2007.
- Wróbel W., *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (druk sejmowy nr 993)*, w: *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk sejmowy nr 993*, red. M. Królikowski, M. Bajor-Stachańczyk, Warszawa 2007.
- Wrzykowski M., *Granice praw i wolności – granice władzy*, w: *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10. lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*, w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007.
- Zoll A., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
- Zoll A., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Zygmunt M., *Państwo demokratyczne w klauzuli limitacyjnej. Redundancja, aksjologiczna konieczność czy praktyczna potrzeba?*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2023, nr 5.
- Zygmunt M., *Rozstrzygnięcie kolizji praw i wolności konstytucyjnych z obowiązkami państwa wynikającymi z norm programowych*, w: *Ochrona bezpieczeństwa państwa i praw jednostki w sytuacjach kryzysowych*, red. K. Bała, M. Chrzanowski, W. Mojski, Lublin 2022.
- Zygmunt M., *Ważenie praw i wolności konstytucyjnych w procesie sądowego stosowania prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2023, nr 3.