



ORDO IURIS

INSTYTUT NA RZECZ KULTURY PRAWNEJ

Warszawa, 8. października 2020 r.

Szanowna Pani

Julia Przyłębska

Prezes Trybunału Konstytucyjnego

al. Jana Christiana Szucha 12a

00-918 Warszawa

Sygn. akt: K 1/20

Szanowna Pani Prezes

będąc umocowanymi do reprezentacji Fundacji Instytut na rzecz kultury prawnej Ordo Iuris z siedzibą w Warszawie, KRS: 473488 (dalej jako: Instytut lub Instytut Ordo Iuris), niniejszym pragniemy przedstawić opinię *amici curiae* w sprawie wniosku grupy posłów na Sejm RP VIII kadencji z 19 listopada 2020 r., rozpoznawanego pod sygnaturą akt K 1/20.

Celem niniejszej opinii *amici curiae* jest przedstawienie stanowiska i ocen prawnych, które pozwolą na bardziej wszechstronną analizę rozpatrywanego zagadnienia (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. akt SK 30/05).

Legitymacja Instytutu

Zawisła przed Trybunałem Konstytucyjnym sprawa dotyczy zasadniczych kierunków działalności Instytutu Ordo Iuris, który jest organizacją mającą na celu ochronę ładu konstytucyjnego i jego aksjologicznej tożsamości, co wyraża się przez aktywne działanie na rzecz poszanowania w przestrzeni publicznej duchowego dziedzictwa Narodu, w którym zakorzeniona jest kultura polska.

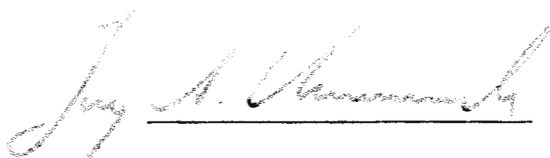
Jedną z form zaangażowania Instytutu w postępowania toczące się przed organami władzy państwowej jest występowanie ze stanowiskiem *amici curiae*, które w przeszłości Instytut Ordo Iuris przedkładał zarówno Sądowi Najwyższemu (np. w sprawie III CSK 307/13, III APa 33/16), jak i Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka w Strasburgu (m.in. w sprawach *Annen przeciwko*

Niemcom, skarga nr 70693/11, *Rabczewska przeciwko Polsce*, skarga nr 8257/13, *O.H. i G.H. przeciwko Niemcom*, skargi nr 53568/18 oraz 54741/18, *Fjölhnisdóttir przeciwko Islandii*, skarga nr 71552/17, *Dzerkhorashvili i inni przeciwko Gruzji*, skarga nr 70572/16, *Asociación Española de Abogados Cristianos przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 22604/18). Opinię *amici curiae* Instytut przedstawiał również sądom konstytucyjnym innych państw, np. Sądowi Konstytucyjnemu Republiki Chorwacji (sprawa nr U-I-60/1991) czy Federalnemu Sądowi Najwyższemu Brazylii (sprawa nr 442). Instytut Ordo Iuris posiada także status konsultacyjny przy Radzie Gospodarczej i Społecznej Organizacji Narodów Zjednoczonych (ECOSOC), przyznany na podstawie art. 71 Karty Narodów Zjednoczonych. Instytut przekazał także swoje opinie Komisji Weneckiej, Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy, Komisarzowi ds. Praw Człowieka, Komisji Spraw Politycznych i Demokracji PACE, Radzie Praw Człowieka ONZ. Instytut Ordo Iuris jest także akredytowany przy Parlamencie Europejskim (zarejestrowany pod numerem 206499215012-94).

Instytut Ordo Iuris realizuje swą statutową działalność w celu promocji dorobku polskiego prawa konstytucyjnego przez podejmowanie działań m.in. na rzecz ochrony wartości konstytucyjnych oraz afirmacji przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, a także wynikających z niej wolności i praw człowieka i obywatela, w tym w szczególności działań na rzecz prawnej ochrony życia ludzkiego na wszystkich etapach jego rozwoju, jak również poszanowania macierzyństwa, rodzicielstwa oraz promowania rozwiązań prawnych służących ich ochronie (§ 7 Statutu). Ze względu na profil swojej działalności Instytut Ordo Iuris jest umocowany do przedstawienia opinii prawnej w zawisłej przed Trybunałem Konstytucyjnym sprawie.

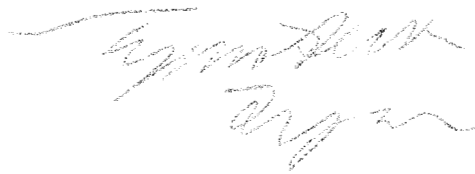
W związku z powyższym wyrażamy głębokie przekonanie, że zaprezentowane przez Instytut stanowisko będzie stanowiło istotną wartość przy rozpatrywaniu przez Trybunał Konstytucyjny wniosku grupy posłów na Sejm RP z 19 listopada 2019 r.

2 wyrazami znaczącymi



Adw. Jerzy Kwaśniewski

Prezes Zarządu



Dr Tymoteusz Zych

Wiceprezes Zarządu



Warszawa, 8 października 2020 r.

OPINIA AMICI CURIAE

Fundacji Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris

w sprawie stwierdzenia niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.) z Konstytucją RP

1. Uwagi wprowadzające

Postępowanie zostało zainicjowane przez grupę posłów na Sejm RP IX kadencji reprezentowaną przez posła dra Bartłomieja Wróblewskiego oraz posła Piotra Uścińskiego (dalej jako: Wnioskodawcy), którzy działając na podstawie o art. 191 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 188 pkt 1 Konstytucji RP wystąpili do Trybunału Konstytucyjnego (dalej również jako: Trybunał lub TK) z wnioskiem z 19 listopada 2019 r. (dalej jako: wniosek) o stwierdzenie niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży¹ (dalej jako u.p.r.) z art. 30 Konstytucji RP przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nie urodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka.

Wnioskodawcy sformułowali także wniosek ewentualny na wypadek nieuwzględnienia przez Trybunał Konstytucyjny wniosku zawartego w *petitum* jako podstawowy. We wniosku ewentualnym Wnioskodawcy domagają się stwierdzenia, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. są niezgodne z art. 38 w zw. z art. 30 i 31 ust. 3 oraz z art. 38 w zw. z art. 32

¹ Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.

ust 1 i 2 Konstytucji RP przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nie urodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nie urodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację oraz orzeczenie, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. są niezgodne z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz w zw. z art. 2 i art. 42 Konstytucji RP przez to, że legalizują przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługują się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego.

Należy zauważyć, że *petitum* wniosku w całości odpowiada *petitum* wniosku z 22 czerwca 2017 r. złożonego przez posłów VIII kadencji. Wniosek rozpoznawany był w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt K 13/17 i zostało umorzone postanowieniem z 21 lipca 2020 r.² z uwagi na zakończenie kadencji Sejmu, co stosowanie do art. 59 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (dalej jako: u.o.t.p.TK)³ stanowi obligatoryjną przesłankę umorzenia postępowania.

W przedmiotowej sprawie – na dzień sporządzania niniejszej opinii – nie zostało opublikowane stanowisko Sejmu RP oraz Stanowisko Prokuratora Generalnego. Niemniej jednak warto przypomnieć, iż w bliźniaczym postępowaniu prowadzonym pod sygnaturą K 13/17 Sejm RP – jako organ wydający objęty wnioskiem akt normatywny jest uczestnikiem postępowania z mocy art. 42 pkt 3 u.o.t.p.TK – wniósł o stwierdzenie, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. jest niezgodny z art. 30 w zw. z art. 38 Konstytucji oraz z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Na mocy art. 42 pkt 7 u.o.t.p.TK trzeci uczestnik postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie K 13/17, Prokurator Generalny, także przedstawił swoje stanowisko, zgodnie z którym art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. są niezgodne z art. 30 i art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zaś w pozostałym zakresie postępowanie powinno ulec umorzeniu na podstawie 59 ust. 1 pkt 3 u.o.t.p.TK z uwagi na zbędność wydania wyroku.

Po wnikliwym i gruntownym przeanalizowaniu sprawy Fundacja Instytut na rzecz kultury prawnej Ordo Iuris pragnie w przedmiotowej sprawie przedstawić następującą opinię:

² OTK ZU A/2020, poz. 46.

³ Dz. U. z 2019 r. poz. 2393.

- 1) art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży są niezgodne z art. 2, art. 30, art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;
- 2) art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy powołanej w pkt 1 jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP;
- 3) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

Poniżej Instytut Ordo Iuris pragnie przedstawić uzasadnienie powyższego stanowiska.

2. Analiza formalnoprawna

2.1. Legitymacja Wnioskodawcy

Z przedmiotowym wnioskiem wystąpiła grupa 119 posłów na Sejm RP IX kadencji. Legitymacja grupy co najmniej 50 posłów na Sejm RP do wystąpienia z wnioskiem o zbadanie zgodności ustawy z konstytucją wynika z art. 191 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 188 pkt 1 Konstytucji. W niniejszej sprawie legitymacja czynna podmiotu inicjującego postępowanie nie budzi zatem wątpliwości. Co warto podkreślić, jego legitymacja ma charakter ogólny, co oznacza, że podmiot inicjujący nie musi wykazywać interesu prawnego. W istocie zatem, jego legitymacja ma charakter nieograniczony.

2.2. Przedmiot kontroli

W niniejszej sprawie przedmiotem kontroli konstytucyjności są: art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. Zgodnie z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.: „Przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: [...] badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu”. Art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. stanowi natomiast, że: „W przypadkach określonych w ust. 1 pkt 2 przerwanie ciąży jest dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej.” Wnioskodawcy określili zatem część aktu normatywnego

(konkretne przepisy lub ich fragmenty), której ocena konstytucyjności jest przedmiotem rozpoznania przez Trybunał.

Wskazane przepisy (normy prawne, które można z nich wyprowadzić) – w związku z umorzeniem postępowania K 13/17 - nie były dotychczas przedmiotem badania ich zgodności z przepisami (normami) prawnymi wyższego rzędu, w tym z Konstytucją, przez Trybunał Konstytucyjny. Trybunał badał zgodność art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r. z przepisami konstytucyjnymi, które zachowały moc obowiązującą na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (dalej jako: mała konstytucja z 1992 r.)⁴, wskutek czego poddany kontroli przepis u.p.r. został uchylony, jako niezgodny z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy, ponieważ naruszał konstytucyjne gwarancje ochrony życia ludzkiego w każdej fazie jego rozwoju, które wynikały z zasady demokratycznego państwa prawnego oraz stanowiły konieczną formę realizacji ciążącego na Rzeczypospolitej Polskiej obowiązku otoczenia macierzyństwa opieką i ochroną⁵. Wśród przepisów objętych rozpoznawaniem wówczas przez TK wnioskiem grupy senatorów nie było ani art. 4a ust. 1 pkt 2, ani art. 4a ust. 2 u.p.r. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie nie zachodzi stan *rei indicatae*, a badanie konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. jest w pełni dopuszczalne.

2.3. Podstawy kontroli

Jako wzorzec kontroli Wnioskodawcy wskazali przede wszystkim art. 30 Konstytucji, zgodnie z którym: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

Poza tym Wnioskodawcy sformułowali wniosek ewentualny, w którym jako wzorzec kontroli konstytucyjności wskazano art. 38 w zw. z art. 30 i 31 ust. 3 oraz z art. 38 w zw. z art. 32 ust 1 i 2 Konstytucji. Zgodnie z art. 38 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Art. 31 ust. 3 Konstytucji stanowi z kolei, że „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub

⁴ Dz. U. Nr 84, poz. 426 z późn. zm.

⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997/2/19.

porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Zgodnie natomiast z treścią art. 32 ust 1 i 2 Konstytucji: „1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. 2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny.”

Drugi zarzut formułowany w ramach wniosku ewentualnego obejmuje art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz w zw. z art. 2 i art. 42 Konstytucji. Art. 2 Konstytucji statuuje zasadę demokratycznego państwa prawnego: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. W stosunku do art. 42 Konstytucji Wnioskodawcy w istocie odnoszą się do art. 42 ust. 1 Konstytucji, z którego wyprowadza się zasadę *nullum crimen sine lege poenali anteriori*: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego”.

Każdy z trzech podnoszonych przez Wnioskodawcę zarzutów naruszenia przepisu lub grupy przepisów Konstytucji zawiera uzasadnienie.

2.4. Rzeczywisty zakres zaskarżenia

Ustawa o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym stawia przed wnioskiem, o którym mowa w art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji, wymóg, by zawierał (1) oznaczenie podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku, (2) podanie podstawy prawnej działania podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku, (3) oznaczenie rodzaju pisma procesowego, (4) określenie kwestionowanego aktu normatywnego lub jego części, (5) wskazanie wzorca kontroli, (6) uzasadnienie (art. 47 ust. 1 u.o.t.p.TK). Zgodnie z art. 36 u.o.t.p.TK wniosek powinien ponadto spełniać wymogi przewidziane dla pisma procesowego w świetle ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (dalej jako: k.p.c.)⁶.

Niewątpliwie pismo procesowe Wnioskodawców spełnia kryteria określone w art. 47 ust. 1 u.o.t.p.TK. Niemniej w świetle 47 ust. 2 u.o.t.p.TK, w stosunku do uzasadnienia wniosku składanego przez podmiot wymieniony w art. 191 ust. 1 pkt 1–5 Konstytucji, ustawodawca zdecydował się sformułować elementy, które musi zawierać uzasadnienie, a mianowicie: (1) przywołanie treści kwestionowanego wnioskiem przepisu wraz z jego wykładnią, (2) przywołanie

⁶ Dz. U. z 2018 r. poz. 1360.

treści wzorców kontroli wraz z ich wykładnią, (3) określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności, (4) wskazanie argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności.

Uważne przesłedzenie toku uzasadnienia wniosku grupy posłów w kontekście wymagań, które stawia art. 47 ust. 2 u.o.t.p.TK – a w szczególności przywołana treść kwestionowanych przepisów wraz z ich wykładnią, przywołana treść wzorców kontroli wraz z ich wykładnią, określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności, jak również wskazanie argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności – wskazuje, że w istocie Wnioskodawcy podnieśli zarzut naruszenia wszystkich wymienionych w *petitum* wniosku przepisów Konstytucji, choć niekoniecznie w konfiguracji wskazanej w *petitum*. Takie postępowanie Wnioskodawcy może dziwić, niemniej zgodnie z zasadą *falsa demonstratio non nocet* należy uznać, że Wnioskodawca w istocie wniósł o stwierdzenie niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 2, art. 30, art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP oraz art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Tak też przedstawia się rzeczywisty zakres zaskarżenia wskazany we wniosku, o którym mowa w art. 67 u.o.t.p.TK. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wskazywał już, że identyfikacja prawidłowego zakresu zaskarżenia nie zawsze znajduje pełne odzwierciedlenie w *petitum* wniosku⁷.

Takie rozpoznanie zakresu zaskarżenia nie tylko odzwierciedla rzeczywistą intencję grupy posłów, która została wyrażona we wniosku, lecz uzasadnione jest również ciężarem gatunkowym niniejszej sprawy oraz doniosłością podniesionych w uzasadnieniu zarzutów. Nie deprecjonując jakiegokolwiek sprawy rozstrzyganej przez Trybunał Konstytucyjny – wszak dbałość o hierarchiczną zgodność norm prawnych zawsze pozostaje jednym z najdonioślejszych zadań ciążących na sądzie konstytucyjnym w demokratycznym państwie prawnym – nie każda dotyczy warunków dopuszczalności pozbawiania życia ludzkiego oraz poszanowania przez porządek

⁷ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 grudnia 2014 r., K 52/13, pkt III.1.6. W sprawie tej Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej zwrócił się z wnioskiem o zbadanie zgodności z Konstytucją (oraz Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) konkretnych przepisów ustawy w zakresie, w jakim nie zezwalają na poddawanie zwierząt szczególnym sposobom uboju przewidzianym przez obrządku religijne związków wyznaniowych o uregulowanej sytuacji prawnej i przewidują odpowiedzialność karną osoby dokonującej uboju w taki szczególny sposób. Analizując rzeczywisty zakres zaskarżenia Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „Argumentacja wnioskodawcy konsekwentnie koncentruje się na konfrontacji bezwzględego zakazu dokonywania uboju rytualnego w rzeźni z wielorakimi aspektami wolności wyznania. (...) Tym samym wnioskodawca w sposób zamierzony ograniczył się do postawienia zasadniczego problemu konstytucyjnego, którego rozstrzygnięcie ma istotne znaczenie nie tylko dla członków gmin wyznaniowych żydowskich, lecz także pozostałych wyznawców judaizmu oraz wyznawców innych religii, przede wszystkim islamu.” Dlatego też Trybunał Konstytucyjny w tamtej sprawie upoważniony był do stwierdzenia niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów „w zakresie, w jakim nie zezwala na poddawanie zwierząt ubojowi w ubojni (rzeźni) według szczególnych metod wymaganych przez obrządku religijne”. Wszystkie, a nie tylko obrządku religijne związków wyznaniowych o uregulowanej sytuacji prawnej, jak sugerowałoby *petitum* wniosku Związku Gmin Wyznaniowych Żydowskich.

prawny jego człowieczeństwa i respektowania wynikającej stąd podmiotowości prawnej. Kwestie te są bowiem najbardziej fundamentalne z punktu widzenia wywiązywania się przez ustawodawcę z obowiązku poszanowania i ochrony godności człowieka, która jest źródłem wolności i praw człowieka (art. 30 Konstytucji), jak również dla ustalenia istoty demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji) oraz traktowania Rzeczypospolitej Polskiej jako dobra wspólnego wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji). Wprawdzie w sytuacji, gdy Trybunał Konstytucyjny orzeka niezgodność zaskarżonego przepisu z jednym z wzorców wskazanym w piśmie inicjującym postępowanie, można zaniechać kontroli z pozostałymi. Trybunał zazwyczaj tak czyni, szczególnie jeśli przemawiają za tym racje natury celowościowej⁸. Niemniej niniejsza sprawa, jak podkreślano wyżej, dotyczy kwestii fundamentalnej dla ochrony godności, wolności i praw człowieka oraz wskazania istoty demokratycznego państwa prawnego, co sprawia, że uzasadnione jest przeprowadzenie przez Trybunał kontroli z każdym z przedstawionych wzorców⁹.

W pozostałym zakresie wskazanym w *petitum*, a zwłaszcza w zakresie niezgodności art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 38 w zw. z art. 2 i art. 42 Konstytucji, uzasadnienie wniosku w istocie nie wskazuje problemu konstytucyjnego ani nie wyjaśnia, na czym polega jego niekonstytucyjność, nie tłumaczy nawet sposobu ujęcia związku wzorców kontroli, jak również nie podaje argumentów na rzecz naruszenia przez art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. zasady określoności prawa (co czyni się jedynie w odniesieniu do art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.). To wszystko skłania do przyjęcia opinii, że w tym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

3. Podmiotowość prawna dziecka poczętego

3.1. Podmiotowość prawna dziecka poczętego w świetle prawodawstwa krajowego

⁸ Zob. zachowujące we wskazanym zakresie aktualność w obowiązującym obecnie stanie prawnym wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK ZU 2007/A/10/129, pkt III.1.3; 30 września 2008 r., K 44/07, OTK-A 2008/7/126, pkt III.9; jak również wydany pod rządami obecnie obowiązującej u.o.t.p.TK wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 czerwca 2018 r., SK 19/17, OTK-A 2018/42, pkt III.5.3. Zob. również: M. Wiącek, M. Zubik, *Kompetencje sądu konstytucyjnego a granice swobody orzekania przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 4 (2009), s. 49-50, którzy wskazują, że dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w tej kwestii nie jest konsekwentne i pożądane jest wypracowanie reguł, kiedy postępowanie ulega umorzeniu ze względu na zbędność orzekania, a kiedy należy dokonywać kontroli w zakresie podniesionych zarzutów merytorycznych w całej rozciągłości.

⁹ Analogicznie Trybunał Konstytucyjny postąpił rozpatrując wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego o zbadanie zgodności art. 122a ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz. U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696, z późn. zm.) z art. 38, art. 31 ust. 3, art. 2, art. 26 oraz art. 30 Konstytucji RP, gdy w wyroku z 30 września 2008 r., K 44/07, stwierdził niezgodność zaskarżonego przepisu z art. 2, art. 30 i art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a więc prawie wszystkimi podstawami kontroli wskazanymi we wniosku. Rozpatrywana wówczas sprawa również dotyczyła ustawowych ograniczeń prawnej ochrony życia ludzkiego.

Przedmiotem rozstrzygnięcia w toczącym się postępowaniu jest kwestia o **rudymenarnym znaczeniu z punktu widzenia praw człowieka**. Wnioskodawcy dążą do poprawy standardu prawnej ochrony życia ludzkiego na prenatalnym etapie rozwoju. Stwierdzenie niekonstytucyjności objętych wnioskiem przepisów u.p.r. przyczyni się bowiem do ograniczenia przesłanek dopuszczalności aborcyjnego uśmiercenia dzieci w Polsce, a w konsekwencji do zdecydowanego zmniejszenia ich liczby, ponieważ znaczącą większość aborcji stanowią przypadki uśmiercania dzieci nienarodzonych z powołaniem się na przesłanki określone w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Według danych dostępnych w sprawozdaniu Rady Ministrów z wykonywania oraz o skutkach stosowania w 2016 r. ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w roku 2016 na 1098 zabiegów przerywania ciąży ogółem aż 1042 nastąpiło w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu¹⁰. W kolejnych latach zachowała się podobna tendencja, choć liczba przeprowadzanych aborcji nieco spadła – w 2017 r. na 1057 aborcji ogółem, 1035 nastąpiło w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. W 2018 r. było to już odpowiednio 1076 oraz 1050 aborcji¹¹

Współczesne prawo polskie uznaje **interesy osobiste i majątkowe dziecka poczętego za wartość prawnie doniosłą**. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w jednym z najważniejszych swych judykatów, tj. w orzeczeniu z 28 maja 1997 r.: „Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana”¹². Podkreślić trzeba, że wraz z wejściem w życie obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej konstytucyjny standard ochrony życia ludzkiego – a zatem także życia dziecka poczętego – uległ wzmocnieniu poprzez sformułowanie *expressis verbis* przepisu ustanawiającego obowiązek zapewnienia prawnej ochrony życia ludzkiego. Zwrócił na to uwagę Trybunał, który kończąc uzasadnienie zacytowanego orzeczenia stwierdził: „Uchwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa

¹⁰ Druk sejmowy nr 2238/VIII kadencja, dostępny pod adresem internetowym: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/B0072078C8CBCBC6C125822C00350C1B/%24File/2238.pdf> (dostęp: 1 października 2020 r.).

¹¹ Dane za 2017 oraz 2018 r. według sprawozdania Rady Ministrów z wykonywania oraz o skutkach stosowania w 2018 r. ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w roku 2016, druk sejmowy 339/IX kadencja, dostępny pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/87A2E0C9C942E854C125854B0035C032/%24File/339.pdf> (dostęp: 1 października 2020 r.).

¹² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 3.

konstytucyjna, na której oparł swoje orzeczenie Trybunał Konstytucyjny, znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP¹³. Trzeba również podkreślić, że zawarte w orzeczeniu z 1997 r. tezy – w szczególności te dotyczące rozumienia istoty demokratycznego państwa prawnego oraz konstytucyjnej ochrony macierzyństwa – wciąż zachowują aktualność¹⁴.

Życie dziecka poczętego jest również bezpośrednim przedmiotem ochrony przy przestępstwach określonych w art. 152-154 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁵ (dalej jako: k.k.). Pogląd taki – mimo, że różnie niuansowany – dominuje w literaturze przedmiotu¹⁶. Znalazł on również uznanie w orzecznictwie sądowym¹⁷. Warto przytoczyć fragment z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r.: „Polskie ustawodawstwo karne chroni życie ludzkie od momentu poczęcia do śmierci. Różne są natomiast intensywność i zakres ochrony życia «człowieka» i życia w fazie prenatalnej, a więc podmiotu określonego w przepisach art. 152, art. 153 i art. 157a k.k. jako «dziecko poczęte». Ochrona

¹³ *Ibidem*, pkt 4.9. Por. również: K. Wiak, *Polskie prawo karne wobec dziecka poczętego*, [w:] *Ius et lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grzeskowiak, K. Wiak, Lublin 2002, s. 102; L. Bosek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne do zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie prenatalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe*, [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia*. Druk sejmowy nr 993, M. Królikowski et al., Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 56 i n.

¹⁴ Tak np. R. Trzaskowski, *Opinia prawna na temat oceny cywilnoprawnych konsekwencji zmiany art. 38 Konstytucji RP* (Druk Sejmowy nr 993), [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia...*, s. 34.

¹⁵ Dz. U. z 2017 r. poz. 2204.

¹⁶ Por. R. Krajewski, *Prawne kontrowersje wokół ochrony życia człowieka. Studium z prawa polskiego i prawa kanonicznego*, Płock 2004, s. 85 i n.; K. Wiak, *Polskie prawo...*, s. 103; *idem*, komentarz do art. 152, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, SIP Legalis, nb. 4; A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia...*, s. 103; *idem*, komentarz do art. 152..., uwaga 11; W. Wróbel, *Opinia prawna odnosząca się do pytań dotyczących poselskiego projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP*, [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia...*, s. 26; J. Potulski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dn. 26 marca 2009 r.*, I KZP 2/09, „Gdańskie Studia Prawnicze” 4 (2009), s. 137; M. Olszówka, *Początek człowieka a początek życia ludzkiego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, [red.] L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 216-217; A. Księżpolska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 64; Ł. Czebotar, Z. Gądzik, *Prawnokarna ochrona...*, s. 262; M. Królikowski, komentarz do art. 152, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, *Komentarz do art. 117-221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, SIP Legalis, nb. 1; M. Szwarczyk, komentarz do art. 152, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Lex 2016, uwaga 2; P. Rafałowicz, *Początek ochrony życia dziecka poczętego – analiza przedmiotu ochrony przestępstw aborcyjnych*, „Pomeranian J Life Sci” 62/3 (2016), s. 63-64; E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 4/20 (2016), s. 7; M. Budyn-Kulik, komentarz do art. 152, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Lex 2017, uwaga 1; R. Kokot, komentarz do art. 152, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2017, SIP Legalis, nb. 4-5. Por. również K. Szczucki, [w:] *Prawo karne – część szczególna. Orzecznictwo*, [red.] M. Królikowski, M. Ostrowski, Warszawa 2012, s. 64.

¹⁷ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 26 marca 2009 r., I KZP 2/09, Lex nr 486166; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16 października 2008 r., II AKa 255/08, Lex nr 477889.

prawnokarna dziecka poczętego jest w Polsce konsekwencją traktowania jako zasady zakazu przerywania ciąży¹⁸.

Interesy majątkowe dziecka poczętego chronione są na gruncie prawa cywilnego¹⁹. Jakkolwiek art. 8 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny²⁰ (dalej jako: k.c.) został uchylony, to jak wskazuje M. Pazdan: „[s]zereg przepisów wyraźnie dopuszcza warunkową możliwość nabycia przez *nasciturusa* określonych praw lub możliwość nabycia praw i obowiązków na określonej drodze²¹. Trzeba przy tym pamiętać, że pomiędzy pojęciem podmiotowości prawnej a określonym w art. 8 § 1 k.c. pojęciem zdolności prawnej nie można stawiać znaku równości²². Jakkolwiek zagadnienie to nie jest w literaturze przedmiotu rozstrzygnięte w sposób jednoznaczny, to stanowisko takie zostało wyraźnie wyartykułowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, że „[z]dolność prawna, o której mówią przepisy kodeksu cywilnego, ma charakter czysto funkcjonalny i odnosi się wyłącznie do instytucji prawa cywilnego. W szczególności nie można utożsamiać zdolności prawnej określonej w art. 8 k.c. z podmiotowością prawną w całym systemie prawa. Podmiotowość prawna przynależna jest każdemu człowiekowi²³. Uchylenie przez ustawodawcę art. 8 § 2 k.c. pozostaje zatem indyferentne dla podmiotowości dziecka poczętego i zakresu ochrony, jaka mu przysługuje²⁴. Warto również dodać, że Trybunałem Konstytucyjnym, że „[s]amo skreślenie generalnej klauzuli zawartej w art. 8 § 2 k.c. nie musi prowadzić automatycznie do braku jakiejkolwiek zdolności prawnej dzieci poczętych. Brak, przed 1993 r., derogowanej w 1996 r. klauzuli nie przeszkadzał sądom w konstruowaniu takiej zdolności w zakresie niektórych praw przewidzianych w kodeksie cywilnym, na zasadzie interpretacji poszczególnych przepisów prawa cywilnego. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że wprowadzenie do kodeksu cywilnego art. 8 § 2 nie stanowiło «istotnej nowości w stosunku do tego, co judykatura i doktryna przyjmowały na tle dotychczasowych przepisów kodeksu cywilnego» (zob. A. Mączyński, K. Zawada, *Kwartalnik*

¹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW 2006/11/97; zob. również: L. Tyszkiewicz, *Prawno-karna ochrona...*, s. 7.

¹⁹ Por. T. Smoczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Druk Sejmowy nr 993)*, [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia...*, s. 17-18; M. Chajda, *Nasciturus i jego ochrona w prawie cywilnym*, [w:] *Status prawny i ochrona prawna dziecka poczętego*, [red.] L. Tyszkiewicz, Bielsko-Biała 2014, s. 64 i n.

²⁰ Dz.U. z 2017 r. poz. 459.

²¹ M. Pazdan, komentarz do art. 8, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-449*¹⁰, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 87. Tak również: M. Zięba, *Podmiotowość prawna wspólnot mieszkaniowych*, Warszawa 2016, s. 5.

²² Zob. R. Majda, komentarz do art. 8, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Lex 2014, uwagi 2-6; S. Kalus, komentarz do art. 8, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, *Część ogólna*, red. M. Frasz, M. Habdas, WKP 2018, uwaga 3.

²³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.4.

²⁴ R. Majda, komentarz do art. 8..., uwaga 3. Por. również P. Nazaruk, komentarz do art. 8, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, LexisNexis 2013, uwaga 6; R. Trzaskowski, *Opinia prawna...*, s. 42.

Prawa Prywatnego, z. 3/1995, s. 418). Nie ma podstaw do negowania dalszej aktualności tego dorobku po uchyleniu art. 8 § 2 k.c.²⁵.

Interesy majątkowe dziecka poczętego są zatem chronione przez przepisy szczególne. Wskazać tu należy art. 446¹ k.c., zgodnie z którym z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanym przed urodzeniem oraz art. 927 § 2 k.c., stanowiący, że dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte, może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe. Odnośnie do art. 927 § 2 k.c. w literaturze przedmiotu powstały pewne rozbieżności związane z konstrukcją prawną zastosowaną przez ustawodawcę dla zabezpieczenia interesów spadkowych dziecka poczętego²⁶. Zastosowanie w tym przypadku znanej z prawa rzymskiego fikcji prawnej, polegającej na przyjęciu już po narodzinach dziecka, że urodziło się ono przed zdarzeniem warunkującym nabycie określonych praw podmiotowych (tj. przed otwarciem spadku), wydaje się jednak nieadekwatne do treści przepisu²⁷ oraz nieuzasadnione w świetle aksjologii konstytucyjnej. Podkreślić bowiem należy, jak słusznie zauważył P. Nazaruk, że przysługujące na mocy tych przepisów warunkowe prawa podmiotowe *nasciturusa*, z chwilą jego urodzenia nabierają charakteru bezwzględnego, jednakże ich tożsamość nie ulega zmianie (są to dalej te same prawa podmiotowe)²⁸.

Zgodnie z art. 182 ustawy z dnia 25 lutego 1964 – Kodeks rodzinny i opiekuńczy²⁹ (dalej jako: k.r.o.), dla zabezpieczenia praw dziecka poczętego ustanowić można kuratora (*curator ventris*). Odnosząc się do funkcji kuratora ustanowionego dla *nasciturusa*, G. Jędrejek wskazał, że „[p]rawa majątkowe dziecko nabędzie z chwilą urodzenia. Z chwilą poczęcia nabywa prawa niemajątkowe, w tym prawo do życia. Kurator reprezentuje dziecko poczęte w sprawach dotyczących zarówno praw już istniejących, których przedmiotem jest np. życie lub zdrowie, jak i praw, które dziecko nabędzie z chwilą urodzenia”³⁰.

W tym kontekście warto jeszcze przywołać wyrok zapadły 30 listopada 2016 r. (III PK 17/16) w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego: „W systemie prawa polskiego jest zasada, że – niezależnie od dokonywanych zmian normatywnych – obowiązujące przepisy akcentują podmiotowy charakter *nasciturusa*. Jeszcze na tle przepisów

²⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.4.

²⁶ Por. J. Piątkowski, B. Kordasiewicz, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 58. Obszerny, choć jednocześnie niezawężony do zagadnień związanych z art. 927 § 2 k.c. przegląd stanowisk prezentuje W. Bendza: *Zdolność prawna nasciturusa – ze szczególnym uwzględnieniem kwestii odszkodowawczych*, „Przegląd Legislacyjny” 3/97 (2016), s. 27 i n.

²⁷ Stanowisko, jak się wydaje, odmienne prezentują A. Kidyba oraz E. Niezbecka: komentarz do art. 927, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV, *Spadki*, Lex 2015, uwaga 5.

²⁸ P. Nazaruk, komentarz do art. 8..., uwaga 7.

²⁹ Dz. U. z 2017 r. poz. 682.

³⁰ G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, Lex 2018, kom. do art. 182, uwaga 3.

Kodeksu zobowiązań podkreślano, że prawidłowa wykładnia prawa, zgodna z duchem humanizmu, nakazuje przyjąć, że dziecko poczęte, jeżeli urodzi się żywe, musi być traktowane z punktu widzenia prawa na równi z dzieckiem już urodzonym, jeżeli sfery ich uprawnień są zbieżne ze sobą. Wykładnia, która by zmierzała do pozbawienia tego dziecka roszczeń, jakie przysługują jego rodzeństwu, tylko dlatego, że w momencie zdarzenia, które uzasadnia roszczenie, wprowadzie było już poczęte, ale jeszcze nieurodzone – nie mogłaby być uznana za trafną³¹.

Szczególne znaczenie dla ochrony interesów i praw dzieci poczętych ma ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (dalej jako: u.RPD)³². W świetle art. 1 ust. 2 tej ustawy „Rzecznik Praw Dziecka, zwany dalej Rzecznikiem, stoi na straży praw dziecka określonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Konwencji o prawach dziecka i innych przepisach prawa, z poszanowaniem odpowiedzialności, praw i obowiązków rodziców”. Ustawa *expressis verbis* uznaje przy tym, że dzieckiem w jej rozumieniu jest „każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności” (art. 2 ust. 1 u.RPD)³³. Art. 3 ust. 1 u.RPD stanowi, iż Rzecznik Praw Dziecka podejmuje działania mające na celu zapewnienie dziecku pełnego i harmonijnego rozwoju, z poszanowaniem jego godności i podmiotowości. Natomiast zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 1 u.RPD Rzecznik Praw Dziecka działa na rzecz ochrony prawa dzieci (w tym również dzieci poczętych) do życia i ochrony zdrowia, zaś w myśl ust. 4 tego samego artykułu **Rzecznik powinien otaczać dzieci niepełnosprawne szczególną troską i pomocą**. Tak więc w świetle ustawy podmiotami szczególnej troski Rzecznika Praw Dziecka są **dzieci niepełnosprawne, które jeszcze się nie narodziły, a w szczególności ich prawo do życia oraz ochrony zdrowia**.

3.2. Podmiotowość dziecka poczętego w świetle prawa międzynarodowego

Prawo do ochrony życia chronione jest również przez akty prawa międzynarodowego. Podkreślić trzeba, że **nie różnicują one zakresu ochrony życia ludzkiego w fazie pre- i postnatalnej**. Wskazać zatem należy, że zgodnie z art. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 30 listopada 2016 r., III PK 17/16.

³² Dz. U. z 2017 r. poz. 922.

³³ Analogiczna definicja znajduje się w przygotowanym przez zespół ekspercki przy uprzednim RPD projekcie kodeksu rodzinnego (zob. art. 21 pkt 3 projektu), który w założeniach jego pomysłodawców zastąpić ma obowiązujący k.r.o. Projekt w formie elektronicznej dostępny jest pod adresem internetowym: http://brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks_rodzinny_projekt_z_uzasadnieniem.pdf (dostęp: 1 października 2020 r.).

1948 r.³⁴ każdy człowiek ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa swej osoby. Art. 6 ust. 1 zd. pierwsze Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich z 16 grudnia 1966 r.³⁵ stanowi z kolei: „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia”. Zgodnie z art. 2 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.³⁶: „Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego, skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę”. Podobnie art. 2 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r., który stanowi, że: „Każdy ma prawo do życia”³⁷. Niezależnie od różnych komentarzy i (re)interpretacji, należy zdecydowanie podkreślić, że wszystkie wyżej wymienione traktaty, jak również Powszechna Deklaracja Praw Człowieka oraz Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej w żadnym ze swoich postanowień nie ograniczają horyzontu czasowego ochrony prawnej życia ludzkiego, w szczególności nie formułują one zwrotu, że przysługuje dopiero „od urodzenia” ani nie zawierają żadnego równoważnego sformułowania lub chociażby sugestii, że nie przysługuje w okresie prenatalnym³⁸.

Potwierdzeniem powyższego spostrzeżenia oraz istotną wskazówką interpretacyjną dla ustalenia zakresu podmiotowego prawnej ochrony życia ludzkiego, która jest przewidziana w prawie międzynarodowym (a w konsekwencji i prawie krajowym – o czym ostatecznie przesądza art. 91 ust. 1 Konstytucji), dają postanowienia Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r.³⁹ (dalej jako: k.p.d.). Jak wskazuje Preambuła tej umowy międzynarodowej, każdy człowiek może korzystać z praw określonych Powszechną Deklaracją Praw Człowieka oraz Międzynarodowymi Paktami Praw Człowieka bez względu na jakiegokolwiek różnice wynikające z okoliczności jego narodzin, zaś **dziecko – z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową – wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu.** Prawo do ochrony życia dziecka poczętego jest zatem także wyraźnie wyartykułowane w art. 6

³⁴ Deklaracja przyjęta została w formie Rezolucji 217/III A, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1948 r. – oryginalny tekst Deklaracji dostępny pod adresem internetowym: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (dostęp: 1 października 2020 r.). Polskie tłumaczenie dostępne jest pod adresem internetowym <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html> (dostęp: 1 października 2020 r.).

³⁵ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

³⁶ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

³⁷ Dz. Urz. UE C 202/2 z 7 czerwca 2016 r., s. 389.

³⁸ M. Olszówka, *Analiza zgodności z prawem obywatelskiego projektu ustawy o prawach kobiet i świadomym rodzicielstwie*, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.ordoiuris.pl/analiza-zgodnosci-z-prawem-obywatelskiego-projektu-ustawy-o-prawach-kobiet-i-swiadomym> (dostęp: 2 października 2020 r.).

³⁹ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 z późn. zm.

ust. 1 k.p.d, zgodnie z którym: „Państwa-Strony uznają, że każde dziecko ma niezbywalne prawo do życia”. Zarówno przed, jak i po urodzeniu.

Do podobnych wniosków prowadzi analiza postanowień Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 r.⁴⁰ (dalej jako: k.p.o.n.), która w art. 10 wyraźnie stanowi: „Państwa Strony potwierdzają, że każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia i podejmą wszelkie niezbędne środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym skutecznego korzystania z tego prawa, na zasadzie równości z innymi osobami”. Zgodnie ze stanowiskiem Komitetu ONZ ds. Praw Osób Niepełnosprawnych: „Przepisy, które wyraźnie dopuszczają aborcję z powodu upośledzenia, naruszają Konwencję o prawach osób niepełnosprawnych (art. 4, 5, 8). Nawet jeśli stan zostanie uznany za śmiertelny, nadal decyzja zostaje podjęta na podstawie upośledzenia. Często nie można stwierdzić, czy upośledzenie ma charakter krytyczny. Doświadczenie pokazuje, że oceny dotyczące upośledzenia są często fałszywe. Nawet jeśli nie jest to fałsz, ocena utrwała stereotypy dotyczące niepełnosprawności jako niezgodnej z dobrym życiem”⁴¹. Warto podkreślić, że w swej niewiążącej opinii Komitet ONZ ds. Praw Osób Niepełnosprawnych **zakwestionował zgodność prawa krajowego dopuszczającego aborcję eugeniczną z ogólnymi zobowiązaniami państwa-strony wynikającymi z k.p.o.n., zakazem dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność oraz ciążyącym na państwie-stronie obowiązku podnoszenia świadomości społeczeństwa w zakresie poszanowania praw osób niepełnosprawnych i podejmowania działań na rzecz ich akceptacji.**

Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 9 Konstytucji Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego (do którego nie zalicza się opinii i komentarzy różnych komitetów i gremiów międzynarodowych), a w myśl art. 91 ust. 1 Konstytucji każda ratyfikowana umowa międzynarodowa stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Takie zaś zastrzeżenie w odniesieniu do chroniących życie człowieka przepisów wspomnianych paktów i konwencji nigdzie nie występuje. W świetle ustalonej konstytucyjnie hierarchii źródeł prawa, umowy międzynarodowe ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie mają wyższą moc prawną w stosunku do

⁴⁰ Dz. U. z 2012 r. poz. 1169.

⁴¹ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Comments on the draft General Comment No36 of the Human Rights Committee on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights*: „Laws which explicitly allow for abortion on grounds of impairment violate the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Art. 4,5,8). Even if the condition is considered fatal, there is still a decision made on the basis of impairment. Often it cannot be said if an impairment is fatal. Experience shows that assessments on impairment conditions are often false. Even if it is not false, the assessment perpetuates notions of stereotyping disability as incompatible with a good life” – całość cytowanego dokumentu dostępna jest pod adresem internetowym: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/CRPD.docx> (dostęp: 2 października 2020 r.).

ustaw (art. 188 pkt 2 Konstytucji) oraz korzystają z pierwszeństwa stosowania przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową (art. 91 ust. 2 Konstytucji). Natomiast same umowy międzynarodowe nie mogą być z kolei sprzeczne z ustawą zasadniczą (zob. art. 188 pkt 1 Konstytucji).

3.3. Sytuacja prawna dziecka poczętego a charakter aborcji w prawie polskim

Jak słusznie zauważa W. Borysiak, **polskie prawodawstwo nie zna pojęcia „prawa podmiotowego do aborcji”⁴²**. Niekaralność aborcji w prawie polskim rozpatrywana może być w kategoriach **kontratypu** (względnie instytucji do kontratypu zbliżonej) lub **znamienia negatywnego** czynu zabronionego z art. 152 k.k. Stanowisko doktryny odnośnie do tej kwestii nie jest jednak jednoznaczne. Zwolennicy koncepcji kontratypu wskazują, że dokonanie aborcji zgodnie z przepisami u.p.r. uchyla bezprawność uśmiercenia dziecka poczętego wskutek przerwania ciąży (art. 152 k.k.)⁴³. Pogląd ten znajduje poparcie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, pochodzącym z czasów sprzed wejścia w życie u.p.r., kiedy jeszcze obowiązywały przepisy dopuszczające dokonanie aborcji w zdecydowanie szerszym zakresie aniżeli ma to miejsce obecnie: „Ustawa ta [tj. ustawa z 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży – przyp. Ordo Iuris] określa warunki dopuszczalności przerywania ciąży, a więc w swoim założeniu dotyczy sytuacji, które powinny być wyjątkowym legalizowaniem zachowania z reguły bezprawnego. Dlatego też traktuje się te przepisy w doktrynie prawa karnego jako określające kontratyp, czyli okoliczność wyłączającą bezprawność czynu. Nałożenie obowiązku zachowania kontratypowego może być czymś zupełnie wyjątkowym i dotyczy z reguły określonych służb działających w celu przywrócenia porządku publicznego lub wykonania decyzji władzy. **Nie można uznać za trafne stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich, przyjmującego, że istnieje wolność kobiety do przerywania ciąży**

⁴² W. Borysiak, *Głos do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 roku, IV CK 161/05*, „Państwo i Prawo” 7 (2006), s. 118. Tak również: M. Chajda, *Nasciturus i jego ochrona...*, s. 61.

⁴³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 167 i 184-186; L. Bosek, *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przegląd Sądowy” 1 (2008), s. 49-50; W. Borysiak, *Głos...*, s. 117; A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, WK 2016, rozdz. IV, pkt 2; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Oficyna 2008, rozdz. III, pkt 1; J. Banasiuk, *Głos do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r. (sygn. V CK 16/03)*, [w:] „Ochrona życia ludzkiego”. Przegląd wybranego orzecznictwa Sądu Najwyższego, opieka mer. Z. Strus, Warszawa 2013, s. 18-19; K. Walinowicz, *Głos do wyroku Sądu z dnia 13 października 2005 roku (sygn. akt: IV CK 161/05)*, [w:] „Ochrona życia ludzkiego”. Przegląd wybranego orzecznictwa Sądu Najwyższego, opieka mer. Z. Strus, Warszawa 2013, s. 27; B. Lewandowski, *Głos do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2009 r. (sygn. I KZP 2/2009)*, [w:] „Ochrona życia ludzkiego”. Przegląd wybranego orzecznictwa Sądu Najwyższego, opieka mer. Z. Strus, Warszawa 2013, s. 30 i n.; M. Olszówka, *Dopuszczalność przerywania ciąży – kontratyp przekształcony w prawo podmiotowe?*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 1 (2009), s. 228-236. W podobnym duchu, lecz bez kategoriycznych stwierdzeń: M. Królikowski, *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerywania ciąży*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, [red.] L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 181.

ograniczona ustawą z 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Stan prawny jest wręcz odwrotny. Pierwotny jest zakaz przerywania ciąży [pogrubienie – Ordo Iuris], a ustawa określa jedynie warunki dopuszczalności odstępstwa od tego zakazu⁴⁴. Cytowane orzeczenie zachowało całkowitą aktualność w przytoczonym zakresie.

Stanowisko powyższe – już na gruncie przepisów obowiązującej u.p.r. – w pełni podzielił Sąd Najwyższy, który podkreślił, że: „okoliczności wskazane w art. 4a ust. 1 ustawy mają charakter zbliżony do kontratypu, a więc wiążą się z wyłączeniem bezprawności. Nie jest to jednak równoznaczne z uznaniem «prawa do aborcji» za dobro osobiste, wskazać bowiem należy, że właściwa dla kontratypu kolizja dóbr wyłącza możliwość konstruowania prawa podmiotowego, którego przedmiotem byłoby dobro osobiste, polegające na możliwości naruszenia dóbr osobistych innych osób”⁴⁵.

Prezentując odmienne stanowisko, wskazuje się natomiast, że jakkolwiek przepisy u.p.r. uchylają bezprawny charakter czynu (względnie – wg A. Zolla – jego karalność), to jednak dokonując niekaralnej aborcji nie realizuje się znamion żadnego czynu zabronionego, a zatem przyjęta w prawie polskim konstrukcja polega na określeniu znamion negatywnych przestępstwa z art. 152 Kodeksu karnego⁴⁶. A Zoll podkreśla przy tym, że konstrukcja kontratypu mogłaby być zastosowana jedynie w przypadku uśmiercenia dziecka poczętego w celu ratowania życia matki, bowiem jedynie wówczas rozwiązuje się kolizję dwu dóbr przedstawiających określoną wartość społeczną⁴⁷.

Nie mając na celu definitywnego rozstrzygnięcia tej teoretycznie doniosłej kwestii, powtórzyć jedynie można, że polski porządek prawny nie zna „prawa podmiotowego do aborcji”⁴⁸. Pomimo pewnych zauważalnych tendencji w judykaturze, sytuacja normatywna określona w art. 4a u.p.r. nie może być rozpatrywana również na gruncie ochrony dóbr osobistych jako odrębne dobro osobiste⁴⁹. W orzecznictwie Sądu Najwyższego stwierdzono mianowicie, że dokonanie aborcji w

⁴⁴ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 15 stycznia 1991 r., U 8/90, OTK 1991/1/8. Zob. również: M. Olszówka, *Początek człowieka...*, s. 200-202.

⁴⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSN Izba Cywilna 2006/7-8/123.

⁴⁶ Tak: K. Wiak, *Polskie prawo karne...*, s. 105-106; *idem*, komentarz do art. 152..., nb. 9; A. Zoll, komentarz do art. 152..., uwaga 16; R. Kokot, komentarz do art. 152..., nb. 14; F. Cieply, *Aborcja eugeniczna a dyskryminacja osób niepełnosprawnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2/19 (2014), s. 71. W podobnym duchu wypowiedział się W. Wróbel: *Opinia prawna odnosząca się do pytań...*, s. 28. Por. również: T. Justyński, *Głos do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05*, „Państwo i Prawo” 7 (2006), s. 114.

⁴⁷ A. Zoll, komentarz do art. 152..., uwaga 16.

⁴⁸ W. Borysiak, *Głos...*, s. 118; M. Chajda, *Nasciturus i jego ochrona...*, s. 61; M. Królikowski, komentarz do art. 152..., nb. 11; J. Banasiuk, *Głos do wyroku...*, s. 22; K. Walinowicz, *Głos do wyroku...*, s. 27; M. Wild, *Roszczenia z tytułu wrongful birth w prawie polskim*. (Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03), „Przegląd Sądowy” 1 (2005), s. 53.

⁴⁹ Por. cytowaną uchwałę Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSN Izba Cywilna 2006/7-8/123.

przypadkach dopuszczonych przepisami ustawy stanowi „dobro osobiste”⁵⁰. Stanowisko takie jest w oczywisty sposób sprzeczne z judykaturą Trybunału Konstytucyjnego, który zaznaczył, że w demokratycznym państwie prawnym, chroniącym macierzyństwo „[n]ie można decydować o posiadaniu dziecka w sytuacji, gdy dziecko to już rozwija się w fazie prenatalnej i w tym sensie jest już posiadane przez rodziców. Prawo do posiadania dziecka może być więc interpretowane wyłącznie w aspekcie pozytywnym, a nie jako prawo do unicestwienia rozwijającego się płodu ludzkiego”⁵¹. Nawet, gdyby zaakceptować to błędne stanowisko przyjmowane przez niektóre składy Sądu Najwyższego, to trudno uznać tego rodzaju „dobro osobiste” za równoważne z dobrami dziecka poczętego, jakie objęte są ochroną na gruncie polskiego prawa, w szczególności karnego, cywilnego, jak i konstytucyjnego. Matka dziecka poczętego ma istotny status gwaranta, z którego wynika konieczność szczególnej troski o jej zdrowie i życie⁵², jednakże **nie sposób przyjąć, że w świetle aksjologii konstytucyjnej powinno przysługiwać jej z tego tytułu prawo do uśmiercenia dziecka poczętego**, u którego stwierdzono prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Nie ma tu bowiem żadnej proporcji dóbr objętych ochroną prawną⁵³. Proporcja taka mogłaby występować jedynie w przypadku bezpośredniego zagrożenia życia matki, co pozwalałoby zresztą rozpatrywać całą zaistniałą sytuację z punktu widzenia konstrukcji zbliżonej do kodeksowego stanu wyższej konieczności (por. art. 26 § 2 k.k.)⁵⁴. Rozważania w tym zakresie wykraczają jednak poza zakres sprawy zawisłej przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Przedstawiony powyżej w pkt 3.1 i 3.2 przegląd zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej oraz dorobku polskiej judykatury, w tym Trybunału Konstytucyjnego, pozwala już na

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2010 r., II CSK 580/09, OSP 2011/2/13 z krytyczną glosą B. Lewandowskiego: *Glosa do wyroku...*, s. 40 i n. Podobne stanowisko Sąd Najwyższy zajął m.in. w wyrokach z: 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSNC 2003/7/104; z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006/6/71; z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC 2009/3/48, w których w mniej lub bardziej zawołowany sposób przyjął na gruncie u.p.r. – wbrew jej brzmieniu, orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego i znakomitej części doktryny – istnienie „prawa do przerwania ciąży”. Podobną interpretację u.p.r. przyjął Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 20 marca 2007 r. w sprawie *Tysiiąc p-ko Polsce*, skarga nr 5410/03 (zob. szerzej M. Królikowski, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 marca 2007 r. w sprawie Alixia Tysiiąc przeciwko Polsce (nr skargi 5410/03)*, „Przegląd Sejmowy” 3 (2007), s. 200 i n.; M. Gałazka, K. Wiak, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 marca 2007 r. (nr skargi 5410/03)*, „Przegląd Sejmowy” 3 (2007), s. 215 i n.; tak też to orzeczenie ETPC interpretuje autor zdania konkurencyjnego (*separate opinion*) sędzieja Giovanni Bonello) oraz niektórzy przedstawiciele doktryny, np. T. Justyński, *Wronguł conception w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 1 (2005), s. 40-43.

⁵¹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.3.

⁵² Por. M. Królikowski, komentarz do art. 152..., nb. 8 i 38; W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia...*, s. 31.

⁵³ Warto przytoczyć tu opinię W. Wróbla: „Wskazania eugeniczne, o ile mają mieć jakieś samoistne znaczenie, dotyczyć więc muszą takich sytuacji, w których nie można jeszcze mówić o zagrożeniu dla zdrowia (w tym zdrowia psychicznego) kobiety ciężarnej. Okazuje się jednak, iż wówczas wartość, jaką jest określony komfort psychiczny kobiety ciężarnej w okresie ciąży i urodzenia dziecka, nie ma na tyle istotnego charakteru, by uzasadniać dopuszczalność pozbawienia życia dziecka poczętego” – W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 32.

⁵⁴ Zob. M. Królikowski, komentarz do art. 152..., nb. 38; *idem*, *Problem interpretacji...*, s. 181.

udzielenie odpowiedzi na fundamentalne pytanie: czy rzeczywiście istnieją jakiekolwiek aksjologiczne przesłanki, dla których dziecko poczęte, względem którego badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, miałyby być pozbawione ochrony prawnej (w pierwszej kolejności osobistej, a w dalszej również majątkowej), w tym ochrony prawnokarnej? Podkreślić trzeba, że w stosunku do osób już narodzonych, których stan zdrowia pozwalałby uznać je za „ciężko i nieodwracalnie upośledzone” albo dotknięte „nieuleczalną chorobą zagrażającą ich życiu”, analogicznych wątpliwości w zakresie konieczności zapewnienia prawnej ochrony życia oraz innych praw wynikających z przyrodzonej godności, w tym majątkowych, w cywilizowanym świecie się nie formułuje. W świetle polskiego prawa pozbawienie ich życia jest penalizowane przez art. 148 k.k.

3.4. Uwagi terminologiczne

W tym miejscu należy jeszcze odnieść się do zagadnień terminologicznych. Zauważyć trzeba, że jakkolwiek przepisy u.p.r. posługują się konsekwentnie terminem „płód”, to wskazane jest **jednoznaczne stwierdzenie, że na gruncie prawnym jest to pojęcie tożsame z terminem „dziecko poczęte”** (*nasciturus*)⁵⁵, którym to terminem posługują się inne obowiązujące w Polsce ustawy. Wniosek taki wyprowadzić można chociażby z przepisów k.p.d., której Preambuła przypomina, iż każdy człowiek może korzystać z praw określonych Powszechną Deklaracją Praw Człowieka oraz Międzynarodowymi Paktami Praw Człowieka bez względu na jakiekolwiek różnice wynikające z okoliczności jego narodzin, a dziecko – z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową – wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu.

Określenia takie jak płód, embrion, zygota i im podobne są właściwe dla nauk biomedycznych i niekoniecznie odnosić się muszą do istoty ludzkiej⁵⁶, chyba że zostaną uzupełnione przymiotnikiem „ludzki”, co rozwiewa wszelkie wątpliwości, że chodzi o człowieka znajdującego się w najwcześniejszej, prenatalnej fazie rozwoju. Jak słusznie zauważył F. Ciepły, zawarte są one przede wszystkim w aktach prawnych określających procedury medyczne lub regulujących zagadnienia farmaceutyczne⁵⁷. Określenia takie jak „dziecko poczęte” podkreślają natomiast **wysoką rangę objętych ochroną prawną dóbr *nasciturusa*, takich jak jego życie czy**

⁵⁵ Szeroko na temat terminologii związanej z *nasciturusem*, zob. F. Ciepły, *Prawne określenia człowieka w prenatalnej fazie rozwoju*, „Ius Novum” 4 (2015), s. 79 i n.

⁵⁶ Zob. I. Korziński, *Podmiotowość prawna dziecka nienarodzonego*, „Roczniki Teologii Katolickiej” 15/1 (2016), s. 16.

⁵⁷ F. Ciepły, *Prawne określenia człowieka...*, s. 96.

zdrowie⁵⁸. Ponadto, w literaturze przedmiotu uznaje się je za **lepiej oddające aksjologiczne założenia polskiego systemu prawa**⁵⁹. Nadmienić warto, że sformułowanie „płód” na określenie człowieka na prenatalnym etapie rozwoju jest nie do końca prawidłowe również z punktu widzenia biologicznego, ponieważ w prenatalnej fazie rozwoju człowieka wyróżnia się okres życia przedzarodkowego, zarodkowego i płodowego⁶⁰.

Zastąpienie określenia „płód” – którym najczęściej posługują się przeciwnicy ochrony praw ludzi nienarodzonych, przypisując mu dehumanizacyjny charakter – jednoznacznym terminem „dziecko poczęte” jest uzasadnione również w świetle regulacji krajowych, w tym przede wszystkim brzmieniem art. 2 ust. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka, art. 927 § 2 k.c. („dziecko już poczęte”), art. 182 k.r.o. („dziecko poczęte, lecz jeszcze nieurodzone”) i art. 152 § 3 k.k. („dziecko poczęte”)⁶¹. Stąd w dalszym toku wywodu terminy te – wspólnie z łacińskim wyrazem „*nasciturus*” – traktowane będą jako preferencyjne względem określenia „płód”, zawartego w przepisach u.p.r.

4. Przedmiot kontroli

4.1. Wykładnia i stosowanie art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Artykuł 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. statuuje tzw. **eugeniczne (teratologiczne) przesłanki przerwania ciąży**⁶², które może być dokonane przez lekarza, w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo:

- 1) ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu,
- 2) nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu⁶³.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Zob. A. Zoll, komentarz do art. 152..., uwaga 10; M. Królikowski, komentarz do art. 152..., nb. 9.

⁶⁰ Zob. D. Miłkuła-Wesłowska, *Rozwój prenatalny człowieka*, [w:] *Status prawny i ochrona prawna dziecka poczętego*, [red.] L. Tyszkiewicz, Bielsko-Biała 2014, s. 122.

⁶¹ Por. M. Chajda, *Nasciturus i jego ochrona...*, s. 66. Zauważyć należy, że pierwotnie art. 152 § 3 k.k. zawierał w swojej treści określenie „płód”. Ustawą z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza (Dz. U. Nr 64, poz. 729) prawodawca zdecydował się na zmianę określenia „płód” na „dziecko poczęte”. Tego rodzaju modyfikacja była świadomym i celowym zabiegiem ustawodawcy, mającym na celu podkreślenie podmiotowości płodu ludzkiego i jego człowieczeństwa *par excellence* (każde dziecko jest człowiekiem). W tym względzie zob. przede wszystkim wywody E. Zielińskiej, która wyprowadza z używania przez ustawodawcę terminu „płód” określone – niekorzystne dla ochrony dziecka poczętego – konsekwencje prawne: E. Zielińska, *Z problematyki wykładni przepisów karnych dotyczących ochrony płodu ludzkiego*, „Państwo i Prawo” 2 (1995), s. 28-29.

⁶² W literaturze przedmiotu często jest mowa o „przesłance eugenicznej”, jednakże w istocie przepis art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. statuuje dwie samodzielne okoliczności (obie o charakterze eugenicznym), które pozwalają na uśmiercenie *nasciturusa* bez narażenia się na odpowiedzialność karną – zob. M. Królikowski, *Problem interpretacji...*, s. 175 i n.; *idem*, komentarz do art. 152..., nb. 39.

Przyjęta przez ustawodawcę redakcja przepisu rodzi daleko idące skutki. Przede wszystkim należy zauważyć, że w świetle powołanej regulacji dla uśmiercenia dziecka poczętego **nie jest wymagana pewność ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia lub nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu**. Wystarczające jest natomiast „duże prawdopodobieństwo”. Ocena, czy takowe zachodzi należy *de facto* do lekarza, przy czym powinien je stwierdzić inny lekarz niż dokonujący przerwania ciąży (art. 4a ust. 5 u.p.r.). Standard ochrony *nasciturusa*, określony dyspozycją art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., jest zatem rażąco niski. W istocie decydująca jest opinia jednego lekarza, ponieważ lekarz dokonujący przerwania ciąży nie ma obowiązku samodzielnego badania jej poprawności.

Istniejący standard ochrony dziecka poczętego można porównać z uregulowaniami gwarancyjnymi przysługującym osobom, względem których sformułowany został wniosek o ubezwłasnowolnienie (zob. art. 545 k.p.c.). Wydanie postanowienia o ubezwłasnowolnieniu następuje po przeprowadzeniu postępowania odbywającego się przed sądem okręgowym orzekającym w składzie trzech sędziów zawodowych (art. 544 § 1 k.p.c.). Do wniosku o ubezwłasnowolnienie z powodu choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego sąd obligatoryjnie żąda przedstawienia zaświadczenia lekarskiego wydanego przez lekarza psychiatrę lub opinii psychologa o stopniu niepełnosprawności umysłowej osoby, której wniosek dotyczy (por. art. 552 § 1 k.p.c.). Następnie osoba ta musi być zbadana przez biegłego lekarza psychiatrę lub neurologa, a także przez biegłego psychologa, zaś względem samej opinii ustawodawca sformułował określone wymogi kwalifikowane (por. art. 553 § 1 i 2 k.p.c.). Osoby, której dotyczy

⁶³ Według *Słownika wyrazów obcych* ([red.] E. Sobol, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 1997, s. 314), termin „eugenika” etymologicznie wywodzi się od greckiego *eu-genes* (dobrze urodzony) i oznacza system poglądów opartych na założeniach genetyki, głoszących możliwość doskonalenia cech dziedzicznych człowieka, jako gatunku. Jak wskazuje się w literaturze, owo „doskonalenie” następować ma w istocie poprzez „wylaminowanie ze społeczeństwa genetycznych nieprawidłowości, dzięki możliwościom, jakie daje inżynieria genetyczna (diagnostyka prenatalna, testy genetyczne)”, co „polega przeważnie na eliminacji nosicieli tych nieprawidłowości już na samym początku ich życia” – A. Rudziewicz, *Eugenika a osiągnięcia współczesnej genetyki*, „Semina Scientiarum” 4 (2005), s. 119-120. Słusznie zatem W. Wróbel wiąże przesłanki eugeniczne, określane przezeń, jako „przesłanki eugeniczne *sensu stricto*”, z dbałością o jakość kodu genetycznego (W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 32). Teratologia jest to natomiast nauka zajmująca się badaniem wad rozwojowych i potworności u ludzi i zwierząt (*Słownik wyrazów...*, s. 1103). Natomiast wedle wydania internetowego Encyklopedii Powszechnej PWN teratologia jest to „dziedzina dysmorfologii zajmująca się wadami wrodzonymi wywołanymi przez czynniki środowiskowe (dawniej zakres t. obejmował wszystkie wady)” – informacje dostępne pod adresem internetowym: <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/teratologia;3986567.html> (dostęp: 2 października 2020 r.). Dyskusyjne jest zatem twierdzenie zawarte w stanowisku Prokuratora Generalnego przedłożonym w sprawie K 13/17, jakoby określenie „przesłanki eugeniczne” było „nie w pełni adekwatne” (s. 13-14). Czynniki warunkujące powstanie chorób lub upośledzeń, o jakich mowa w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., nie muszą mieć bowiem charakteru teratogenów (czynników środowiskowych, np. alkohol spożywany przez matkę, różnego rodzaju infekcje). Obecna praktyka nie wiąże wykonania aborcji eugenicznej z koniecznością zaistnienia malformacji dziecka (potworkowość). Stąd określenie teratologiczne jest nieadekwatne, w przeciwieństwie do oddającego istotę rzeczy terminu „eugeniczny”. Na marginesie tylko dodać należy argument natury historycznej, iż określenie „względnie eugeniczne” pojawia się w judykaturze Trybunału Konstytucyjnego – zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.6.

wniosek, należy też wysłuchać w obecności biegłego psychologa oraz biegłego lekarza psychiatry lub neurologa (art. 547 § 1 k.p.c.).

Zestawienie obydwu regulacji świadczy o **bardzo niskim standardzie ochrony prawnej życia dzieci nienarodzonych**, zarówno tych zdrowych, a błędnie zdiagnozowanych, jak i tych rzeczywiście chorych. Wydane postanowienie o ubezwłasnowolnieniu sąd obligatoryjnie uchyła, gdy ustaną przyczyny, dla których je orzeczono. Nieodwracalnej w skutkach dla dziecka i jego rodziców decyzji o dokonaniu aborcji cofnąć po jej dokonaniu nie sposób. Jednakże właśnie ta nieodwracalna decyzja o aborcyjnym uśmierceniu dziecka podejmowana jest jedynie na podstawie stwierdzenia przez jednego lekarza prawdopodobieństwa – nawet jeżeli jest to duże prawdopodobieństwo – ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia lub nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu. Tego rodzaju sytuacja godzi również w prawo rodziców do należytej informacji o zdrowiu dziecka poczętego.

Na tym tle powstaje pytanie o zasadność wykorzystania przez prawodawcę zwrotu ocennego „**duże prawdopodobieństwo**” przy formułowaniu regulacji dotyczącej najbardziej podstawowego dobra człowieka, jakim jest jego życie. Jak zauważył M. Królikowski, dokonując oceny tego, czy prawdopodobieństwo jest rzeczywiście „duże”, trudno jest o łatwo uchwytne kryteria, które mogłyby gwarantować prawidłowość decyzji lekarza⁶⁴.

Wadliwie sformułowane są również same przesłanki. W przypadku ciężkiej choroby dziecka poczętego dla dokonania przerwania ciąży niezbędne jest zagrożenie życia dziecka, podczas gdy przesłanka ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia *nasciturusa* nie musi wcale pociągać za sobą ryzyka dla jego życia⁶⁵. Praktyczne zastosowanie zaskarżonego przepisu może być zatem bardzo szerokie i uzależnione jest od decyzji jednego człowieka – lekarza, który na mocy zaskarżonych przepisów na podstawie przeprowadzonych badań prenatalnych lub innych przesłanek medycznych może zadecydować, czy dziecko kwalifikuje się do zabicia z przyczyn eugenicznych (ostateczną decyzję o uśmierceniu dziecka podejmuje matka, czasem „zachęcana” przez lekarza)⁶⁶. Katalog przykładów ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia obejmuje także

⁶⁴ M. Królikowski, *Problem interpretacji...*, s. 181.

⁶⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2010 r., II CSK 580/09.

⁶⁶ Jedną z sytuacji tego rodzaju była opisywana przez prasę. Brzemienna matka została poinformowana o tym, że poczęte bliźnięta obciążone są licznymi wadami genetycznymi („wszystkimi możliwymi wadami genetycznymi”), przy czym lekarze w sposób uporczywy namawiali ją do dokonania aborcji, na co się nie zgodziła. Diagnoza okazała się w znacznej mierze błędna, a dzieci poddano skutecznym zabiegom operacyjnym – zob. materiały prasowe dostępne pod adresem internetowym: <https://deon.pl/inteligentne-zycie/dziecko/miala-byc-masakra-lekarz-kilkakrotnie-zachecal-do-aborcji,498501> (dostęp: 2 października 2020 r.). Do dokonania aborcji namawiana była również żona posła do Parlamentu Europejskiego, dra Patryka Jakiego – <https://www.pch24.pl/posel-patryk-jaki--zachekali-nas--bysmy-dokonali-aborcji--niezwykle-swiadectwo-pro-life,36922,i.html> (dostęp: 2 października 2020 r.).

przypadki stwierdzenia u dziecka prawdopodobieństwa zespołu Downa lub zespołu Turnera. Jednakże w tych jednostkach chorobowych (zespołach chorobowych) poszczególne objawy występować mogą w różnym natężeniu⁶⁷, co znacząco utrudnia stwierdzenie, czy upośledzenie nadaje się do zakwalifikowania jako „ciężkie”⁶⁸. Podkreślić należy, że w przypadku zespołu Turnera znane są sytuacje, gdy osoby dotknięte tym schorzeniem uzyskiwały wyższe wykształcenie, kończąc m.in. studia medyczne (w Polsce np. Pani Malina Świc)⁶⁹. Warto również wspomnieć o Pani Karen Gaffney, która jako pierwsza w historii osoba z zespołem Downa otrzymała doktorat *honoris causa*⁷⁰.

Druga z przedmiotowych przesłanek dotyczy nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu dziecka poczętego. Problemu nastrocza już pozornie jasny zwrot „nieuleczalna choroba”. Jak trafnie podkreśla R. Kubiak, wiąże się to głównie z dynamicznym postępem nauk medycznych⁷¹. Autor ten wskazuje również, że ustawa nie stwierdza, czy zagrożenie życia musi być bezpośrednie czy być może wystarczające jest, by było ono jedynie potencjalne⁷².

W literaturze przedmiotu postuluje się możliwie najbardziej prokonstytucyjną interpretację przesłanek eugenicznych z punktu widzenia prawnej ochrony życia dziecka poczętego, czyli wykładnię zawężającą (właściwą dla wyjątków). M. Królikowski podkreśla, że decyzja o uśmierceniu dziecka poczętego opierać się musi na kryteriach obiektywnych⁷³. Bliższa analiza art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nasuwa jednak refleksję, że w obecnym stanie prawnym trudno jest

⁶⁷ Zob. Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – na ponowną interpelację posła Bartosza Kownackiego na interpelację nr 11352 w sprawie uzyskania danych dotyczących przypadków aborcji przeprowadzonych w latach 2010-2011 w placówkach służby zdrowia – dostępna pod adresem internetowym: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/Interpelacja?Tresc.xsp?key=30721859> (dostęp: 2 października 2020 r.).

⁶⁸ W ocenie niektórych lekarzy zespół Downa nie stanowi podstawy do przeprowadzenia aborcji z powołaniem na przesłankę eugeniczną, o której mowa w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Przypadek odmowy uśmiercenia dziecka z zespołem Downa miał miejsce w Klinice Rozrodczości Poznaniu, gdzie matka dziecka otrzymała orzeczenie lekarskie, w którym wskazano: „U płodu nie stwierdza się ultrasonograficznie wad narządów wewnętrznych, a zespół Downa nie musi oznaczać ciężkiego upośledzenia ani nie jest zagrożeniem życia”. Jak wyjaśniał dyrektor Kliniki, prof. dr hab. J. Skrzypczak: „Te dzieci [tj. dzieci z zespołem Downa – uwaga O.I.] oczywiście rozwijają się gorzej, ale zazwyczaj biorą udział w normalnym życiu (...) Nie jest tajemnicą, że także interpretacja ustawy bywa niestety różna. Część kobiet, u których dzieci wykryto zespół Downa, prosi o aborcję i takowe się w Polsce wykonuje. Ja jednak uważam, że ten zespół wad wrodzonych nie spełnia warunków polskiej ustawy dopuszczającej przerywanie ciąży”. Opis całego zdarzenia oraz przytoczone cytaty dostępne są pod adresem internetowym portalu „Opoka.org”: <https://opoka.org.pl/biblioteka/P/PS/pk201146-syndrom.html> (dostęp: 2 października 2020 r.).

⁶⁹ Zob. materiały prasowe tygodnika „Gość Niedzielny”, które dostępne są pod adresem internetowym: <http://gosc.pl/doc/3948744.Przeciwstawiamy-sie-fali-nienawisci-wobec-dr-Maliny-Swic>, <http://gosc.pl/doc/4532675.Majac-zespol-Turnera-mozna-miec-piekne-i-radosne-zycie> (dostęp: 2 października 2020 r.).

⁷⁰ Zob. materiały prasowe portalu „WPolityce”: <https://wpolityce.pl/polityka/157784-ludzie-z-zespolem-downa-nie-sa-gorsi-od-nas-karen-gaffney-otrzymala-tytul-doktora-honoris-causa-universytetu-w-portland> (dostęp: 2 października 2020 r.).

⁷¹ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, SIP Legalis, rozdz. XII, § 3.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Zob. M. Królikowski, *Problem interpretacji...*, s. 182.

jednoznacznie kryteria takie ustalić. Jest to **konsekwencja użycia przez ustawodawcę zwrotów niedookreślonych oraz wykreowania procedury, która w sposób rażąco nienależyty chroni interesy dziecka poczętego oraz jego rodziców.**

Powyższą konstatację potwierdza praktyka stosowania tego przepisu. Pomimo tego, że treść art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. od 1997 r. nie uległa zmianie, to zaobserwować można stopniowo wzrastającą liczbę aborcji dokonywanych z powołaniem na przesłankę eugeniczną. W 2002 r. przeprowadzono 82 takie aborcje, w 2009 r. było ich już 510, natomiast w 2016 r. – 1042⁷⁴. W 2008 r. odnotowano stosunkowo największy wzrost aborcji eugenicznych w porównaniu z rokiem poprzedzającym (287 w 2007 r., 467 w 2008 r. – wzrost o blisko 63%)⁷⁵. Dzieje się tak przy stosunkowo stabilnej (wahania w granicach 30 aborcji rocznie) liczbie aborcji z uwagi na zagrożenie życia lub zdrowia matki dziecka (co i tak jest zaskoczeniem, uwzględniając poprawę standardów opieki okołoporodowej)⁷⁶. Uderzający jest również brak paralelności między liczbą przeprowadzanych aborcji eugenicznych a wskaźnikiem dzietności w Polsce (w 2010 r. – przeszło 413 tys. narodzin żywych dzieci, w 2016 r. – jedynie nieco ponad 382 tysiące)⁷⁷. Tendencji tej nie zmienia fakt, że w ostatnich dwu latach doszło do nieznacznego spadku liczby dokonywanych w Polsce aborcji (zob. uwagi powyżej, zawarte w pkt 3.1.).

Na tego rodzaju stan rzeczy wpływ mogły mieć czynniki społeczne, przez co należy rozumieć wykształcenie specyficznego dyskursu publicznego kwestionującego zasadność ochrony życia ludzkiego od poczęcia (funkcjonujące w obiegu medialnym sformułowania takie jak: „moje ciało, moja sprawa”, konieczność rzekomego „ratowania kobiet” poprzez legalizację uśmiercania dzieci poczętych „na życzenie”, mowa o „restrykcyjnym prawie aborcyjnym” i potrzebie jego liberalizacji)⁷⁸, w tym przede wszystkim kreowanie fałszywego przekonania o istnieniu rzekomego

⁷⁴ Druk sejmowy nr 2238/VIII kadencja, s. 108.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Zob. dane Głównego Urzędu Statystycznego, dostępne pod adresem internetowym: <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc/urodzenia-i-dzietnosc,34,1.html> (dostęp: 3 października 2020 r.).

⁷⁸ Zob. przykładowo materiały medialne dostępne na stronach internetowych, np. promujące hasło „aborcja jest ok” <http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/7,127763,23013188,aborcyjny-dream-team-aborcja-farmakologiczno-to-rewolucja.html> (dostęp: 3 października 2020 r.); afirmacja aborcji dopuszczalnej „na życzenie” jako środka przeciwdziałającego cierpieniu kobiet: <http://www.tokfm.pl/Tokfm/7,130517,22871588,cierp-i-daj-cierpiec-innym-autorki-projektu-ustawy-aborcyjnej.html> (dostęp: 3 października 2020 r.); opublikowane wyniki badania opinii publicznej przeprowadzonego przez IPSOS dla OKO.press z pytaniami o potrzebę „zaostreżenia ustawy zakazującej aborcji całkowicie” (tj. podniesienia standardu ochrony życia), niezmienniania ustawy oraz „złagodzenia ustawy dopuszczając przerywanie ciąży także z powodu trudnej sytuacji kobiety” (tj. obniżenie standardu ochrony życia i legalizacja dopuszczalności aborcji w oparciu o kryterium nieobiektywne i ocenne – *de facto* „na życzenie”): <https://oko.press/40-proc-polakow-polek-liberalizacja-ustawy-antyaborcyjnej-sondaz-oko-press/> (dostęp: 3 października 2020 r.).

„prawa do aborcji”⁷⁹. Za ten stan rzeczy odpowiadają nie tylko ruchy proaborcyjne i przeciwnicy ochrony praw ludzi nienarodzonych (kwestionujący wręcz ich człowieczeństwo)⁸⁰, ale także orzecznictwo sądów powszechnych, głównie cywilnych oraz – nad czym trzeba szczególnie ubolewać – Sądu Najwyższego (zob. pkt 3.3 niniejszej opinii), który kilkoma orzeczeniami wydanymi wbrew prawidłowej interpretacji przepisów u.p.r. wzmocnił przekonanie o „prawie do aborcji”, a zasadzonymi odszkodowaniami w istocie zdopingował lekarzy do większej aktywności w wykrywaniu i uśmiercaniu dzieci ciężko chorych i niepełnosprawnych (aby potem szpital uniknął ewentualnego procesu i płacenia zadośćuczynienia i odszkodowania z tytułu *wrongful birth*).

Oceniając opisany powyżej problem wykładni i stosowania art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z perspektywy aksjologicznej i konstytucyjnej już w tym miejscu trzeba przychylić się do opinii W. Wróbla, który stwierdził: „Należy zdecydowanie podkreślić, iż sam fakt upośledzenia płodu (nieuleczalnej choroby) nie może samodzielnie przesądzać o dopuszczalności zabiegu przerywania ciąży w perspektywie konstytucyjnej. Ani bowiem dbałość o jakość przekazywanego kodu genetycznego (przesłanki eugeniczne *sensu stricto*), ani wzgląd na ewentualny dyskomfort życia chorego dziecka, nie może usprawiedliwiać decyzji o podjęciu działań zmierzających do spowodowania jego śmierci”⁸¹. Konstytucyjnym obowiązkiem władz publicznych jest roztoczenie szczególnej opieki zdrowotnej (art. 68 ust. 3 Konstytucji) oraz udzielenie pomocy w zabezpieczeniu egzystencji (art. 69 Konstytucji) osób niepełnosprawnych, nie zaś dozwalanie na ich uśmiercanie jeszcze przed narodzinami.

4.2. Wykładnia i stosowanie art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r.

⁷⁹ Co szczególnie niepokojące, tego rodzaju przekonanie promują również organizacje trzeciego sektora, które kreują swój wizerunek społeczny, jako „obrońcy” praw człowieka, jednocześnie przekonując, że poprawa standardu ochrony życia poczętego (w tym również dzieci płci żeńskiej) „będzie miało tragiczne skutki dla praw kobiet i dziewcząt”: <https://amnesty.org.pl/zaostrenia-prawa-aborcyjnego-bedzie-mialo-tragiczne-skutki-dla-praw-kobiet-i-dziewczat-w-polsce/> (dostęp: 3 października 2020 r.).

⁸⁰ Zob. np. obywatelski projekt ustawy o prawach kobiet i świadomym rodzicielstwie projekt ustawy o prawach kobiet i świadomym rodzicielstwie, druk sejmowy nr 2060/VIII kadencja, dostępny pod adresem internetowym: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/AECC1FCF910247EAC12581E20042A0B4/%24File/2060.pdf> (dostęp: 3 października 2020 r.) oraz wypowiedź przedstawiciela wnioskodawców podczas pierwszego czytania tego projektu w Sejmie 10 stycznia 2018 r., w trakcie której dziecko poczęte zostało określone jako „nieindywidualizowany byt komórek” oraz wyrażono przekonanie, że „prawny status dziecka otrzymuje płód dopiero po urodzeniu” (*Sprawozdanie Stenograficzne z 55. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 10 stycznia 2018 r. (drugi dzień obrad)*, s. 187, które dostępne jest pod adresem internetowym: http://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter8.nsf/0/A7C70FF23D12E38BC12582120013123F/%24File/55_b_ksiazka_bis.pdf [dostęp: 3 października 2020 r.]).

⁸¹ W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 32.

Zgodnie z art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. w przypadku stwierdzenia dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia lub nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu dziecka poczętego, jego uśmiercenie jest możliwe do czasu, gdy *nasciturus* osiągnie zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Pozostaje ona zatem w ścisłym związku z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Ponadto wskazana regulacja określa ramy temporalne, które muszą być zachowane dla niekaralności przerywania ciąży. Przypomnieć również trzeba, że art. 152 § 3 k.k. stanowi, że karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 8 lat podlega ten, kto za zgodą kobiety, a wbrew przepisom ustawy przerywa ciążę, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki. Czyn ten stanowi **typ kwalifikowany przestępstwa aborcji**⁸².

W literaturze przyjmuje się, że „osiągnięcie przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, o której mowa w art. 152 § 3 k.k., oznacza w istocie osiągnięcie przez płód zdolności do życia pozamacicznego, czyli pozaustrojowego, co obejmuje zarówno zdolność do życia wymagającą dodatkowego sztucznego wspomagania, jak i zdolność do życia w pełni samodzielnego z zastosowaniem jedynie zwykłych zabiegów pielęgnacyjnych”⁸³.

Wybitny znawca problematyki prawnokarnej ochrony życia dziecka poczętego, jakim jest bez wątpienia K. Wiak, odnosząc się do czynu stypizowanego w art. 152 § 3 k.k. zauważył natomiast: „Typem kwalifikowanym jest dopuszczenie się przerywania ciąży z art. 152 § 1 KK lub udzielenie kobiecie pomocy do przerywania ciąży, lub nakłanianie jej do tego określone w art. 152 § 2 KK, jeżeli dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki (art. 152 § 3 KK). Przy określaniu tej granicy należy uwzględnić możliwości współczesnej medycyny pozwalające utrzymać przy życiu dzieci, które znalazły się poza naturalnym środowiskiem rozwoju przed upływem naturalnego okresu ciąży. Następuje to około 22. tygodnia ciąży”⁸⁴.

W podobnym duchu wypowiedział się R. Kokot: „Określając chwilę, w której dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki, należy odwołać się do ustaleń nauk medycznych i uwzględnić możliwości współczesnej medycyny, zwłaszcza w zakresie technik inkubacyjnych, a więc utrzymywania przy życiu dzieci, które znalazły się poza organizmem matki przed upływem normalnego okresu ciąży. Przyjmuje się, że dziecko poczęte

⁸² Zob. R. Kokot, komentarz do art. 152..., nb. 7; M. Szwarczyk, komentarz do art. 152..., uwaga 4; K. Wiak, komentarz do art. 152..., nb. 12; M. Królikowski komentarz do art. 152..., nb. 51.

⁸³ V. Konarska-Wrzošek, komentarz do art. 152, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, [red.] V. Konarska-Wrzošek, WK 2016, uwaga 4.

⁸⁴ K. Wiak, komentarz do art. 152..., nb. 12.

zdolność tę uzyskuje, gdy ciąża trwa dłużej niż 22 tygodnie, a dziecko osiągnęło masę ciała co najmniej 500g.”⁸⁵.

Jak wskazywała z kolei V. Konarska-Wrzosek: „Omawiana zdolność płodu do samodzielnego życia jest – w obu przypadkach – zdolnością abstrakcyjną, tzn. gatunkową zdolnością do samodzielnego życia uzależnioną od stopnia rozwoju płodu, który jest warunkowany i mierzony przede wszystkim czasem trwania ciąży. Na gruncie kwalifikowanego typu przestępnego przerwania ciąży nie ma znaczenia kwestia indywidualnej zdolności do samodzielnego życia, która zależy od osobniczych cech konkretnego płodu, które predestynują go do samodzielnego życia lub nie predestynują z powodu wad rozwojowych lub chorób, mimo odpowiednio długiego okresu życia wewnątrzmacicznego”⁸⁶.

Ponadto w literaturze wskazuje się, że granice wyznaczające zdolność dziecka poczętego do samego życia określają obiektywne kryteria medyczne wskazywane przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), według których następuje to w 22 tygodniu ciąży lub gdy *nasciturus* osiągnął masę ciała 500 gramów⁸⁷. Niektórzy Autorzy, analizując kryterium zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, stosują tu jednak nie alternatywę zwykłą („lub”), a koniunkcję, z czego wywodzą, że obydwie przesłanki (czasu oraz odpowiedniej wagi dziecka) muszą być spełnione łącznie⁸⁸. Wskazuje się również, że zdolność *nasciturusa* do samodzielnego życia oznacza stadium rozwoju dziecka poczętego, „w którym ukształtowały się już narządy umożliwiające wykonywanie podstawowych funkcji życiowych, w szczególności samodzielnego oddychania”⁸⁹, co ma miejsce właśnie w tym tygodniu ciąży.

Podkreślenia wymaga, że konstruując przepis art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. ustawodawca zgodził się, by życie dziecka, u którego stwierdzono duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia lub nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu, można było przerwać do ok. 22 tygodnia ciąży (do czasu osiągnięcia przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki), co – jak już wielokrotnie podkreślano – stanowi drastyczne ograniczenie zakresu temporalnego ochrony prawnej życia człowieka. Należy też zauważyć, że

⁸⁵ R. Kokot, komentarz do art. 152..., nb. 8.

⁸⁶ V. Konarska-Wrzosek, komentarz do art. 152..., uwaga 4.

⁸⁷ Tak: M. Szwarczyk, komentarz do art. 152..., uwaga 4; M. Budyn-Kulik, komentarz do art. 152..., uwaga 8; T. Sroka, *Granica stosowania czynów zabronionych zawierających znamię „człowiek”*. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r., „Palestra” 11-12 (2008), s. 132. Zob. również L. Tyszkiewicz, *Prawno-karna ochrona...*, s. 11.

⁸⁸ Tak: A. Zoll, komentarz do art. 152..., uwaga 25; R. Kokot, komentarz do art. 152..., nb. 8. Trzeba jednak zauważyć, że znany jest przypadek, gdy dziecko urodziło się w 21 tygodniu ciąży i przeżyło. Po pierwszych trzech latach życia cechowało się analogicznym stopniem rozwoju, jak rówieśnicy – zob. dostępne w Internecie materiały prasowe magazynu „Fokus”: <https://www.focus.pl/arttykul/najwczesniejszy-wczesniak-swiata-niemowle-urodzone-w-21-tygodniu-ciazy-171122025647> (dostęp: 3 października 2020 r.).

⁸⁹ Ł. Czebotar, Z. Gądzik, *Prawno-karna ochrona...*, s. 256.

okres niekaralności pozbawienia życia dziecka w warunkach przewidzianych przez art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest dłuższy, niż dziecka poczętego w okolicznościach uzasadniających przypuszczenie popełnienia czynu zabronionego. W tym bowiem przypadku zabicie dziecka poczętego dopuszcza się do 12 tygodnia ciąży (art. 4a ust. 2 zd. drugie u.p.r.).

Zauważyć też warto, że w świetle ustaleń przedstawicieli nauk medycznych jest możliwe, że układ nerwowy dziecka poczętego jest na tyle rozwinięty, że częściowo odczuwa ono bodźce bólowe już w 16 tygodniu ciąży⁹⁰. Jakkolwiek kwestia ta jest żywo dyskutowana w nauce, to powstające w tym względzie wątpliwości stanowią dodatkowy argument za przyjęciem, że interesy *nasciturusa* nie są należycie chronione – bezbronne dziecko jest bowiem narażone na dodatkowe cierpienia, co świadczy o skrajnie niehumanitarnym i uwłaczającym ludzkiej godności charakterze analizowanej regulacji. Sytuacja taka jest też niedopuszczalna w świetle art. 40 Konstytucji, zgodnie z którym „nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu”.

5. Kontrola zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 30 Konstytucji RP

5.1. Ponadpozytywny charakter godności człowieka

Niezależnie od pewnych kontrowersji związanych ze sposobem sformułowania *petitum* wniosku oraz ustalenia rzeczywistego zakresu zaskarżenia (zob. pkt 2.4 niniejszej opinii), na plan pierwszy wśród wskazanych przez Wnioskodawców wzorców kontroli wysuwa się art. 30 Konstytucji. W pierwszej kolejności trzeba podkreślić, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, art. 30 Konstytucji może stanowić **samodzielny wzorzec kontroli**⁹¹.

Przepis ten stanowi: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Z uwagi na jej przyrodzony charakter, **źródłem godności człowieka nie jest wola prawodawcy**. Jak słusznie wskazuje L. Bosek, przyrodzoność godności człowieka zakłada jej pierwotne wobec państwa istnienie oraz określa samodzielnie, tj. z wykluczeniem ingerencji prawodawcy, **podstawowe skutki prawne jej uznania przez porządek prawny**. Godność człowieka jest pojęciem dużo starszym od praw człowieka, stanowi **filare myślenia alternatywnego względem utylitaryzmu** oraz wyraża „cywilizacyjny aksjomat,

⁹⁰ K. Kosińska-Kaczyńska, M. Wielgoś, *Czy płód może odczuwać ból?*, „Ginekol Pol.” 82 (2011), s. 135.

⁹¹ Zob. przykładowo: wyrok Trybunału Konstytucyjnego 4 kwietnia 2001 r., K 11/00; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9 lipca 2009 r., SK 48/05; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 listopada 2017 r., SK 29/16.

zgodnie z którym każdy człowiek posiada wewnętrzną, niezbywalną wartość, niezależną od cech osobniczych lub własnych zachowań, niezbywalną, jakościowo odmienną od innych bytów”. Przyrodzony charakter godności oznacza uznanie człowieka (tylko) za najwyższą wartość i uznanie każdej istoty ludzkiej za osobę, a samego istnienia człowieka za konieczny i wystarczający warunek osobowej i podmiotowej egzystencji każdego człowieka⁹².

W świetle art. 30 Konstytucji najbardziej fundamentalnym obowiązkiem władz publicznych jest poszanowanie i ochrona godności człowieka, a zatem troska o respektowanie godności ludzkiej w całokształcie działań prawotwórczych, politycznych, administracyjnych i socjalnych, które podejmowane są przez władze Rzeczypospolitej. Natomiast **zakaz naruszania godności człowieka ma charakter powszechny i adresowany jest do wszystkich ludzi**⁹³. Zwrócił na to uwagę Trybunał Konstytucyjny: „Będąc źródłem praw i wolności jednostki, pojęcie godności determinuje sposób ich rozumienia i urzeczywistniania przez państwo. Zakaz naruszania godności człowieka ma charakter bezwzględny i dotyczy wszystkich. Natomiast obowiązek poszanowania i ochrony godności nałożony został na władze publiczne państwa”⁹⁴.

Ponadpozytywny charakter godności ludzkiej niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Dla przykładu w wyroku z 4 kwietnia 2001 r. Trybunał stwierdził: „Już we wstępie do konstytucji podkreśla się, że stosowaniu konstytucji winna towarzyszyć dbałość o zachowanie przyrodzonej godności człowieka. Godność zatem nie może być rozumiana jako cecha czy też zespół praw nadanych przez państwo. Jest ona bowiem w stosunku do państwa pierwotna, w konsekwencji czego zarówno ustawodawca jak i organy stosujące prawo muszą respektować treści zawarte w pojęciu godności, przysługującej każdemu człowiekowi”⁹⁵. Za niezwykle wartościową uznać należy także refleksję Trybunału zawartą w postanowieniu z 6 listopada 2008 r.: „...w myśl art. 30 Konstytucji, przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Prawodawca konstytucyjny uznaje tym samym przedpaństwowy i ponadkonstytucyjny charakter podstawowych praw człowieka. Państwo jest strukturą polityczną służebną wobec praw człowieka. Podstawowym zadaniem państwa jest zapewnienie wolności i praw człowieka i obywatela, które nie pochodzą z woli

⁹² Zob. L. Bosek, komentarz do art. 30, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016, nb. 2-3 i 5.

⁹³ J. Potrzeszcz, *Godność człowieka w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 15/1 (2005), s. 30. Zob. również: P. Lee, R.P. George, *The Nature and Basis of Human Dignity*, „Ratio Iuris” 21/2 (2008), s. 173 i n.

⁹⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 kwietnia 2001 r., K 11/00, OTK 2001/3/54, pkt III 6.

⁹⁵ *Ibidem*.

państwa. Fakt ten może stanowić istotny argument za wykładnią Konstytucji nadającą jej normom możliwie najszerszy zakres czasowy ich stosowania⁹⁶.

Art. 30 Konstytucji ma zatem charakter deklaratoryjny, gdyż jedynie potwierdza fundamentalne znaczenie godności człowieka w polskim porządku prawnym, która nie została ustanowiona przez ustrojodawcę, lecz ma charakter obiektywny. Warto przywołać trafną uwagę L. Garlickiego, że „źródłem godności człowieka nie jest pozytywnoprawne unormowanie konstytucyjne (bo to oznaczałoby, że zmiana czy uchylenie takiego uregulowania mogłyby powodować zmiany zakresu pojęciowego «godności» bądź nawet jej zniesienie), a ponadpozytywna (prawnonaturalna) istota osoby człowieka jako istoty rozumnej, wyposażonej w wolną wolę i ponoszącej odpowiedzialność za swoje postępowanie⁹⁷”.

Jak trafnie wskazuje się w literaturze przedmiotu **godność, o której mowa w art. 30 Konstytucji przynależna jest również dziecku poczętemu**⁹⁸. Potwierdził to, jeszcze przed formalnym wejściu w życie Konstytucji z 1997 r., Trybunał Konstytucyjny, gdy stwierdził, że „[r]ezygnacja z generalnej klauzuli przyznającej zdolność prawną w zakresie prawa cywilnego w żaden sposób nie rzutuje także na objęcie ochroną prawną tak istotnych dóbr prawnych, jak życie czy zdrowie *nasciturusa* a w szczególności jego godność (...)”⁹⁹.

5.2. Konsekwencje prawne godności człowieka

Uniwersalny charakter godności osoby ludzkiej ma daleko idące konsekwencje. Jest ona przyrodzona każdemu człowiekowi, niezależnie od jego wieku, płci, rasy czy stanu zdrowia¹⁰⁰. Warto zauważyć, że użyty przez ustrojodawcę przymiotnik „przyrodzona” oznacza „dana przez naturę”¹⁰¹, czyli immanentnie właściwa istocie człowieka. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, istotą człowieczeństwa jest posiadanie przez organizm ludzkiego genotypu, który przesądza, iż dana istota żywa jest człowiekiem, bez względu na budowę, kształt czy cechy morfologiczne tego

⁹⁶ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 6 listopada 2008 r., P 5/07, OJK-A 2008/9/163, pkt II 6.

⁹⁷ L. Garlicki, komentarz do art. 30, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, Wyd. Sejmowe 2016, uwaga 12.

⁹⁸ Zob. przykładowo: M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka. Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lubin 1999, s. 84-85; L. Bosek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne...*, s. 56; W. Wróbel, *Opinia prawna dotycząca propozycji modyfikacji projektu zmiany art. 38 Konstytucji oraz znaczeniu wprowadzenia ewentualnych zmian do art. 30 Konstytucji RP*, [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia...*, s. 96; R. Trzaskowski, *Opinia prawna...*, s. 45; A. Zoll, *Opinia prawna...*, s. 102-103; M. Królikowski, komentarz do art. 152..., nb. 12; *idem*, *Problem interpretacji...*, s. 177-178; F. Cieply, *Aborcja eugeniczna...*, s. 78-80; D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 77.

⁹⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.4.

¹⁰⁰ Zob. W. Granat, *Personalizm chrześcijański. Teologia osoby ludzkiej*, Poznań 1985, s. 563.

¹⁰¹ Por. E. Sobol (red.), *Mały Słownik Języka Polskiego PWN*, Warszawa 1993, s. 754.

organizmu¹⁰². Dla faktu bycia człowiekiem całkowicie irrelevantny pozostaje zatem moment urodzenia. Człowiekiem jest się w tym samym stopniu przed i po urodzeniu, a supozycje jakoby nie było wiadomo, kiedy rozpoczyna się bytowanie człowieka (życie ludzkie), nie mają żadnych podstaw naukowych, lecz są jedynie wyraz przekonań właściwych różnym ideologiom oraz nurtom światopoglądowym, kwestionującym obiektywny stan rzeczy i obiektywny system wartości. W tym miejscu godzi się przeto przywołać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 marca 1999 r., K 2/98, w którym sąd prawa zauważył, że „Konstytucja w całokształcie swych postanowień daje wyraz pewnemu obiektywnemu systemowi wartości, którego urzeczywistnianiu służyć powinien proces interpretacji i stosowania poszczególnych przepisów konstytucyjnych”¹⁰³.

W konsekwencji podkreślić trzeba, że człowiek i jego godność pojawiają się wraz z momentem poczęcia. Ze względu na przyrodzony charakter przymiotu godności nie nabywa się z wiekiem, jak również nie tracą go osoby niepełnosprawne, ciężko chore czy pozostające w stanie pozbawienia świadomości. W konsekwencji osoby te nie tracą również przysługujących im wolności i praw człowieka, w tym prawa do prawnej ochrony życia, które przysługują im od momentu poczęcia. Jak trafie zauważył Trybunał Konstytucyjny, pomiędzy poszanowaniem i ochroną godności człowieka a gwarancjami prawnej ochrony życia ludzkiego istnieje bowiem ścisły związek, a konstytucyjna ochrona życia jest konsekwencją ochrony godności człowieka: „...swoistą konsekwencją art. 30 jest art. 38 Konstytucji, zgodnie z którym «Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia». Ma on szczególne znaczenie i rodzi przez to określone konsekwencje wobec ustawodawcy pozytywnego. «To, co nie budzi wątpliwości – podkreśla się w doktrynie – dotyczy ochrony życia rozumianej jako ochrona biologicznej egzystencji człowieka. Poza tym mamy tu do czynienia z prawem wobec państwa pierwotnym, co oznacza, iż państwo takiego prawa człowiekowi przyznać nie może, a jedynie może podkreślić jego istnienie i znaczenie, poddając to prawo szczególnej ochronie. Na organach państwa spoczywa obowiązek stanowienia takiego prawa, by chroniło ono życie, i to życie każdego człowieka niezależnie od tego, w jakiej sytuacji znajduje się» (zob. Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998, s. 78). Nie można mówić o ochronie godności człowieka, jeżeli nie zostały

¹⁰² M. Szydło, *Opinia prawna na temat petycji w sprawie ustawy o świadomym rodzićielstwie*, Warszawa 2017, [http://orka.sejm.gov.pl/petycje.nsf/nazwa/141/\\$file/141.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/petycje.nsf/nazwa/141/$file/141.pdf), s. 10-11; T. Sroka, komentarz do art. 38 Konstytucji RP, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 941. Zob. też L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 165-167; J. Haberk, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 44; M. Królikowski, *Problem interpretacji...*, s. 177.

¹⁰³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 marca 1999 r., 2/98, pkt III.

stworzone wystarczające podstawy do ochrony życia”¹⁰⁴. Określony w art. 30 Konstytucji obowiązek władz publicznych ochrony i poszanowania przyrodzonej każdemu człowiekowi godności musi realizować się także w przypadku ochrony życia osób ciężko chorych i niepełnosprawnych, jak również w zapewnieniu im należytej opieki zdrowotnej i warunków bytowych. Rażącym naruszeniem art. 30 Konstytucji jest zatem dopuszczalność zabijania takich osób, gdy pozostają jeszcze *in statu nascendi* (podobnie jak naruszeniem art. 30 Konstytucji byłoby wyłączenie karalności zabijania ludzi ciężko chorych i niepełnosprawnych w okresie postnatalnym ich życia, nie mówiąc już o wykreowanie konstrukcji normatywnej w postaci „prawa do zabijania” ludzi ciężko chorych i niepełnosprawnych).

Warto dodać, że w nauce prawa formułowany jest trafny pogląd, iż „...punktem wyjścia i centralnym punktem odniesienia dla rozważań o konstytucyjnym pojęciu godności staje się ujmowanie tego pojęcia w chrześcijańskiej nauce społecznej”¹⁰⁵. Ta natomiast w sposób jednoznacznie negatywny odnosi się do pozbawiania osób nienarodzonych życia, postulując jego ochronę od momentu poczęcia¹⁰⁶. Postulat ten jest najzupełniej zgodny z aksjologią przyjętą na gruncie polskiej ustawy zasadniczej, uznającej że godność ludzka stanowi źródło wolności i praw człowieka, zaś – jak trafnie podkreślił Cz. Strzeszewski – „pierwszym i najważniejszym prawem osobowym [tj. osobistym – przyp. Ordo Iuris] jest prawo do życia”¹⁰⁷. Zaczerpnięta z katolickiej nauki społecznej teza o ścisłym związku poszanowania godności ludzkiej z prawną ochroną życia

¹⁰⁴ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK ZU 2004/1A/1, pkt III 4.1

¹⁰⁵ L. Garlicki, komentarz do art. 30..., uwaga 9.

¹⁰⁶ Zob. Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes*, 51: „Należy więc z największą troską ochraniać życie od samego jego poczęcia; spędzanie płodu jak i dzieciobójstwo są okropnymi przestępstwami”. W Deklaracji o przerywaniu ciąży *Quaestio de abortu* (11-12) podkreśla się: „Pierwszym prawem osoby ludzkiej jest prawo do życia. Ma ona wprawdzie i inne dobra, z których pewne są cenniejsze, niemniej jednak prawo do życia jest podstawą i warunkiem pozostałych praw. Dlatego należy strzec je bardziej niż innych. Ani do społeczeństwa, ani do władzy publicznej, niezależnie od jej formy, w żaden sposób nie należy rezerwowanie tego prawa dla jednych, a zawieszanie go dla drugich. Wszelka dyskryminacja tego rodzaju - dokonana czy to w imię rasy, płci, koloru skóry czy religii - jest zawsze niegodziwa. Prawo to bowiem nie wypływa z czyjegoś uznania, lecz je poprzedza, domaga się aprobaty; kwestionując je, narusza się ścisłą sprawiedliwość. Jeżeli powodu do dyskryminacji życia ludzkiego upatruje się w różnych jego okresach, to jest on na równi z innymi pozbawiony słuszności. Prawo do życia w całości przysługuje nawet najbardziej upośledzonemu na świecie - nie traci go ten, kto cierpi na nieuleczalną chorobę; tak samo pozostaje w mocy dla dziecka dopiero co narodzonego, jak i dla człowieka dojrzałego. Niewątpliwie wszelkie życie ludzkie domaga się poszanowania już od chwili poczęcia”. Jak natomiast wskazywał papież św. Jan Paweł II: „Ciężar moralny przerywania ciąży ukazuje się w całej prawdzie, jeśli się uzna, że chodzi tu o zabójstwo, a zwłaszcza jeśli rozważy się szczególne okoliczności, które je określają. Tym, kto zostaje zabity, jest istota ludzka u progu życia, a więc istota najbardziej niewinna, jaką w ogóle można sobie wyobrazić: nie sposób uznać jej za napastnika, a tym bardziej za napastnika niesprawiedliwego!” (Jan Paweł II, *Evangelium vitae*, 58; zob. również J. Salij OP, *Ochrona życia ludzkiego w nauczaniu Jana Pawła II*, „Przegląd Sejmowy” 3/80 [2007], s. 11 i n.).

¹⁰⁷ Cz. Strzeszewski, *Katolicka nauka społeczna*, Warszawa 1985, s. 384. Odnośnie do przepisów Konstytucji w tym względzie, w podobnym duchu wypowiedział się L. Bosek: „Wykładnia systemowa art. 38 pozwala też na sformułowanie argumentu, iż życie ludzkie jest najistotniejszą z wartości konstytucyjnych. Przepis ten otwiera bowiem dział Konstytucji RP «Wolności i prawa osobiste». Trudny do obalenia jest więc argument, iż życie ludzkie jest najistotniejszą wartością chronioną z mocy samej konstytucji (wyższą rangę ma tylko godność człowieka)” – L. Bosek, *Opinia w sprawie poselskich poprawek do projektu nowelizacji art. 38 oraz projektu nowego art. 236a Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 3/80 (2007), s. 152.

pozostaje w pełni kompatybilna z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził: „Nie można mówić o ochronie godności człowieka, jeżeli nie zostały stworzone wystarczające podstawy do ochrony życia”¹⁰⁸.

Godność człowieka implikuje konieczność jego podmiotowego traktowania. Człowiek musi być zatem zawsze podmiotem, a nie przedmiotem prawa. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zaznaczono, że „na tle art. 30 Konstytucji sytuacja, w której człowiek stawałby się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę, byłby «zastępowalną wielkością», a jego rola sprowadzałaby się do czysto instrumentalnej postaci lub zarzut «ustawowego odpodmiotowienia-urzeczowienia» – mogą być uznane co do zasady za naruszenie godności.”¹⁰⁹ Zidentyfikowane przez Trybunał Konstytucyjny warunki sprzeniewierzenia się przez ustawodawcę obowiązku poszanowania i ochrony godności człowieka w pełni znajdują ilustrację w przepisach u.p.r., zwłaszcza w tych zaskarżonych. W optyce art. 4a ust. 1 u.p.r. – szczególnie uwzględniając orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące tzw. roszczeń *wrongful birth* i *contra legem* kreujące „prawo do przerwania ciąży” – dziecko nienarodzone podejrzewane o ciężką chorobę lub niepełnosprawność staje się właśnie „zastępowalną wielkością”, przestaje być bowiem kimś, tj. osobą z przyrodzoną godnością człowieka, ponieważ jest traktowane jako „coś”, co nie wyszło, ale jeszcze można (a wręcz trzeba) usunąć i w przyszłości „zastąpić” zdrowym dzieckiem, którego życie będzie już chronione na gruncie u.p.r. i k.k. od poczęcia. W ten sposób treść art. 4a ust. 1 u.p.r. – w szczególności pkt 2 – kwestionuje i odmawia poszanowania właściwej dzieciom poczętym – jak wszystkim innym ludziom – ich wewnętrznej niezbywalnej wartości, która jest konsekwencją przyrodzonej godności człowieka. Wynikająca z art. 4a ust. 1 u.p.r. niekaralność zabijania dzieci poczętych, w sytuacjach tam przewidzianych, stanowi właśnie wyraz ich „ustawowego odpodmiotowienia”, ponieważ ustawodawca nie uznaje ich już za najwyższą wartość – tak jak wszystkich innych ludzi – i tym samym nie respektuje ich podmiotowości w systemie prawa. **W rezultacie art. 4a ust. 1 u.p.r. dokonuje „ustawowego urzeczowienia” dziecka nienarodzonego, traktowanego jako znajdujący w rękach jego matki (ewentualnie rodziców) przedmiot, który w ustawowym terminie można zniszczyć lub wyrzucić.** Podkreślić trzeba również, że zaskarżone przepisy obniżają standard ochrony prawnej dzieci nienarodzonych podejrzewanych o ciężką chorobę lub niepełnosprawność nie tylko poniżej poziomu ich zdrowych rówieśników lub poczętych w następstwie czynu zabronionego

¹⁰⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 stycznia 2004 r., K 14/03, pkt III 4.1.

¹⁰⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 października 2002 r., SK 6/02, pkt III.6.1

(zob. pkt 7 niniejszej opinii), lecz również poniżej poziomu prawnej ochrony niektórych zwierząt¹¹⁰.

Jak uczy historia, normy prawa pozytywnego nie zawsze czyniły i nie zawsze czynią zadość porządkowi naturalnemu (obiektywnemu systemowi wartości). **Historycznym przykładem sprowadzenia osoby ludzkiej do roli przedmiotu prawa była powszechnie dziś potępiana i prawnie zakazana instytucja niewolnictwa (niewolnik określany był jako *instrumentum vocale* – „mówiące narzędzie”)**¹¹¹. Dziś podobnie przedstawia się sytuacja dziecka poczętego, wobec którego formułuje się wątpliwości odnośnie do jego człowieczeństwa i prawnej podmiotowości. Ewidentnym przejawem „uprzedmiotowienia” *nasciturusa* jest brak zapewnienia mu odpowiedniej ochrony prawnokarnej. W aktualnym stanie prawnym jedną z okoliczności uchylających bezprawny charakter uśmiercenia dziecka poczętego jest bowiem przypuszczenie co do jego złego stanu zdrowia.

Dotychczasowa analiza naruszenia art. 30 ustawy zasadniczej była prowadzona z perspektywy godności dziecka nienarodzonego oraz konstytucyjnego obowiązku jej poszanowania i ochrony. **To prawda, że główną ofiarą aborcji zawsze pozostaje dziecko, bo to ono jest uśmiercane. Niemniej ofiarą aborcji jest również matka, która jej dokonała.** Niezależnie od syndromu postaborcyjnego¹¹² i obowiązku władz publicznych zapobiegania jego powstawaniu (jako realizacji prawa do ochrony zdrowia – art. 68 Konstytucji), należy zwrócić uwagę, że **ochrona godności człowieka wymaga, aby prawo pozytywne, stanowione przez państwo, w swej treści nie zachęcało ani nawet nie dopuszczało popełniania przez jednych ludzi czynów, które wymierzone są w godność innych ludzi, np. poprzez przyznanie konkretnym jednostkom arbitralnego prawa do zabijania pewnych kategorii ludzi. Prawo, które dozwala**

¹¹⁰ Zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz. U. z 2017 r. poz. 1840 z późn. zm.; dalej jako: u.o.z.) osoba zabijająca zwierzę lub dokonująca uboju ze szczególnym okrucieństwem bądź w takiż sposób znęca się nad zwierzęciem podlega karze do 5 lat pozbawienia wolności. W przypadku, gdy działania te pozbawione są znamienia szczególnego okrucieństwa – represja karna jest tożsama z represją określoną w art. 152 § 1 k.k., nawet jeżeli sprawca nie zabija zwierzęcia, a jedynie się nad nim znęca (art. 35 ust. 1a u.o.z.). Ponadto w razie skazania za przestępstwo określone w art. 35 ust. 1, 1a lub 2 u.o.z., sąd obligatoryjnie orzeka nawiązkę w wysokości od 1000 zł do 100 000 zł na wskazany cel związany z ochroną zwierząt (art. 35 ust. 1 u.o.z.). Natomiast zgodnie z art. 181 § 1 k.k. osoba, która powoduje zniszczenie w świecie zwierzęcym w znacznych rozmiarach podlega karze pozbawienia wolności do lat 5. Typ kwalifikowany przez następstwo tego przestępstwa określony w art. 185 § 1 k.k. przewiduje jeszcze surowszą karę – do 8 lat pozbawienia wolności. W istocie zatem życie i dobrostan zwierzęcia są chronione lepiej, niż życie ludzkie w prenatalnej fazie rozwoju.

¹¹¹ Varro, *De re rustica* 1, 17: *Quas res alii dividunt in duas partes, in homines et adminicula hominum, sine quibus rebus colere non possunt; alii in tres partes, instrumenti genus vocale et semivocale et mutum, vocale, in quo sunt servi, semivocale, in quo sunt boves, mutum, in quo sunt plaustra.* Zob. również U. Soirila, *Persons and Things in International Law and “Law of Humanity”*, «German Law Journal» 18/5 (2017), s. 1164 (Autor zestawia współczesną sytuację dziecka poczętego z niegdysiejszą sytuacją niewolników).

¹¹² Szerzej zob. np. B. Kmieciak, *Dylematy etyczno-prawne związane z hospitalizacją psychiatryczną kobiety w ciąży*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna” 11 (2011), s. 245-246.

jednym ludziom zabijać innych ludzi (lub popełniać inne czyny z istoty swej sprzeczne z godnością osobową człowieka, jak tortury czy gwałt), które stawia ich przed możliwością arbitralnego dokonania wyboru pomiędzy zabiciem człowieka a pozostawieniem go przy życiu – a właśnie w takiej sytuacji w stosunku do dziecka stawia matkę (rodziców) art. 4a ust. 1 u.p.r. jest nie do pogodzenia z art. 30 Konstytucji. Innymi słowy, ustawa przyznająca kobietom prawo czy możliwości dokonania wyboru, czy zabić swoje dziecko czy nie, już z tego powodu stanowi obrazę art. 30 Konstytucji.

Rekapituluując rozważania dotyczące oceny zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 30 Konstytucji stwierdzić należy, że **godność ludzka nie jest uzależniona ani od stanu fizycznego bądź psychicznego osoby, ani też od tzw. „jakości” życia człowieka czy innych utylitarnych kryteriów. Godność nie podlega gradacji, przypadając w równym stopniu wszystkim istotom ludzkim – pozostającym w fazie pre- i postnatalnej, cieszącym się pełnią zdrowia oraz chorym i niepełnosprawnym. Jej poszanowanie i ochrona są obowiązkiem władz publicznych. Nie może być najmniejszych wątpliwości, że dopuszczalność uśmiercania dzieci poczętych, u których stwierdzono duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia lub nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu, do czasu osiągnięcia przez nie zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, jest sytuacją normatywną w sposób bezpośredni kwestionującą ich godność, co czyni poddane kontroli przepisy, tj. art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r., niezgodnymi z art. 30 Konstytucji.**

6. Kontrola zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

6.1. Podmiotowy zakres zastosowania art. 38 Konstytucji RP

W drugim zarzucie wskazanym przez Wnioskodawców jako podstawie kontroli wskazano art. 38 w zw. z art. 30 i 31 ust. 3 oraz art. 38 w zw. z art. 32 ust 1 i 2 Konstytucji RP. Jak wskazano w pkt 2.4 niniejszej opinii, uzasadnienie wniosku dowodzi, że Wnioskodawcy w istocie podnieśli zarzut naruszenia wszystkich przepisów Konstytucji wymienionych w *petitum* wniosku, choć niekoniecznie w konfiguracji tam wskazanej. Uzasadnia to dokonanie kontroli zaskarżonych przepisów odrębnie z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a następnie oddzielnie z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji.

Art. 38 ustawy zasadniczej stanowi, że Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. W celu ustalenia zakresu podmiotowego objętego ochroną przytoczonym przepisem w pierwszej kolejności należy odwołać się do ustaleń poczynionych w pkt 3.1 i 3.2 oraz 5.1 i 5.2 niniejszej opinii. Skoro godność człowieka przysługuje każdej istocie ludzkiej od poczęcia, to również prawna ochrona życia przysługuje każdemu dziecku poczętemu bez wyjątku. Konstytucja *expressis verbis* nie przesądza momentu początkowego objęcia życia człowieka prawną ochroną, co oznacza, że obowiązkiem władz publicznych jest jego ochrona od początku, czyli od poczęcia (zapłodnienia gamety żeńskiej przez gametę męską). Wynika to co najmniej z trzech powodów. Po pierwsze, wykładnia systemowa nakazuje przyjąć, że skoro godność człowieka, będącą źródłem wolności i praw, przysługuje od poczęcia, to również prawna ochrona życia przysługuje każdemu człowiekowi od jego poczęcia. Jest to tym bardziej uzasadnione, że ochrona obu rozważanych wartości konstytucyjnych, czyli godności człowieka i życia ludzkiego, jest ze sobą ściśle powiązana. Życie ludzkie jest bowiem jedną z fundamentalnych wartości konstytucyjnych¹¹³. Jest ono „w sposób bezpośredni i nierozzerwalny związane z ochroną godności ludzkiej”¹¹⁴. Po drugie, wykładnia literalna nakazuje przyjąć, że skoro Konstytucja w żadnym przepisie nie zawiera sformułowania typu „prawna ochrona życia każdego człowieka przysługuje od momentu narodzin” lub znaczeniowo równoważnego, to znaczy, że ustrojodawca prawną ochronę życia człowieka zagwarantował od jego początku, czyli od poczęcia. Po trzecie, Trybunał Konstytucyjny w swoim dotychczasowym orzecznictwie, interpretując ścisły związek art. 30 i art. 38 Konstytucji, zauważył, w ślad za doktryną, że z ustawy zasadniczej wynika dyrektywa interpretacyjna *in dubio pro vita humana*, zgodnie z którą „wszelkie możliwe wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony”¹¹⁵.

Wykluczenie prawnokarnej ochrony życia ludzkiego na etapie prenatalnym w stosunku do dzieci podejrzewanych o ciężką chorobę lub niepełnosprawność stanowi ewidentne ograniczenie zakresu korzystania z wolności gwarantowanej przez art. 38 Konstytucji. Nie ma bowiem najmniejszych wątpliwości, że dopuszczalność uśmiercania dzieci poczętych, u których badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej ich życiu stanowi **drastyczne ograniczenie (a *de facto* całkowite zniesienie) prawnej ochrony ich życia**. Poddane kontroli przepisy wyznaczają zatem ograniczenia prawnej ochrony życia *nasciturusa*¹¹⁶,

¹¹³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 3.

¹¹⁴ T. Sroka, komentarz do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, nb. 4.

¹¹⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 stycznia 2004 r., K 14/03, pkt III.4.1.

¹¹⁶ Odmienne W. Lang, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy” 6/65 (2004), s. 115-116, który jednak dokonuje wykładni przepisu art. 38 Konstytucji z powołaniem się na ul. Zielna 39, 00-108 Warszawa
biuro@ordoiuris.pl, tel. 22 404 38 50, fax 22 127 91 25
www.ordoiuris.pl

stanowiąc ograniczenie konstytucyjnego prawa do zapewnienia tejże ochrony, które gwarantowane jest przez art. 38 ustawy zasadniczej¹¹⁷. Potwierdza to konsekwentne orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który nie ma wątpliwości, że człowiekiem jest również dziecko poczęte, zaś życie ludzkie *in statu nascendi* jest wartością prawnie chronioną¹¹⁸. Bardzo jednoznacznie potwierdził to w postanowieniu z 18 kwietnia 2018 r., w którym podkreślił, że zasady systemu prawnego Rzeczypospolitej, wyrażone w Konstytucji i ustawodawstwie krajowym oraz w wiążących Rzeczpospolitą Polską umowach międzynarodowych, gwarantują **prawo zarodka do życia oraz zakaz przedmiotowego traktowania jakiegokolwiek zarodka**¹¹⁹. Ustalenia Trybunału dotyczące gwarantowanych konstytucyjnie praw dzieci poczętych przysługujących już od pierwszych dni ich życia (czyli w okresie zarodkowym) w całej rozciągłości odnoszą się do dzieci nienarodzonych na każdym etapie ich życia prenatalnego i postnatalnego, także tych, których sytuacja prawna jest regulowana przede wszystkim przez art. 4a u.p.r., który dopuszcza pozbawianie ich życia ze względu na podejrzenie złego stanu zdrowia czy inne okoliczności.

Pogląd ten podzielony został także przez Sąd Najwyższy w wyroku z 26 listopada 2014 r.: „Podejmując problem zastosowania w tym wypadku art. 446 § 4 k.c., trzeba uwzględnić regulacje zawarte w polskim systemie prawa, w świetle których zarówno płód, jak i dziecko nienarodzone podlegają ochronie prawnej. Prawo do życia stanowi wartość konstytucyjną, art. 38 Konstytucji

przepisy ustawowe (art. 148 k.k.), co jest niedopuszczalnym zabiegiem interpretacyjnym, ponieważ to przepisy ustawy muszą być poddane wykładni prokonstytucyjnej, nigdy zaś odwrotnie. Odmienne od zaprezentowanego stanowisko zajmują także: W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex 2013, komentarz do art. 38; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2012, komentarz do art. 38, uwaga 1. Wymienieni Autorzy wskazują, że art. 38 Konstytucji nie chroni życia od poczęcia. Przeglądu poglądów doktryny dokonuje T. Sroka, komentarz do art. 38..., nb. 98-100 – wynika zeń, że stanowisko prezentowane w niniejszej opinii jest dominujące, acz nie powszechne.

¹¹⁷ Wskazać można szereg Autorów, którzy podkreślają, że ochrona wynikająca z art. 38 Konstytucji przysługuje również dziecku poczętemu, w tym przykładowo: M. Granat, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzielielstwie*, „Przegląd Sejmowy” 6/65 (2004), s. 142; M. Masternak-Kubiak, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzielielstwie*, „Przegląd Sejmowy” 6/65 (2004), s. 120; L. Bosek, *Opinia prawna w sprawie struktury normatywnej i konsekwencji prawnych propozycji poprawki do projektu ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] „Przed pierwszym czytaniem” 3 (2007), *Konstytucyjna formuła ochrony życia...*, s. 77; idem, *Opinia 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 rodzielielstwie*, „Przegląd Sejmowy” 3/80 (2007), s. 141; D. Dudek, *Opinia w sprawie poselskich poprawek do projektu nowelizacji art. 38 oraz projektu nowego art. 236a Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 3/80 (2007), s. 130-131; T. Smoczyński, *Opinia prawna...*, s. 18; W. Wróbel, *Opinia prawna odnosząca się do pytań...*, s. 25; A. Zoll, *Opinia prawna...*, s. 103; M. Królikowski, *Problem interpretacji...*, s. 177; T. Sroka, komentarz do art. 38..., nb. 99, Ł. Pilarz, *Ochrona dziecka poczętego a eksperyment medyczny – co trzeba jeszcze poprawić?*, [w:] *Nasciturus pro iam nato habetur. O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, [red.] J. Mazurkiewicz, P. Mysiak, Wrocław 2017, s. 249.

¹¹⁸ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 3.

¹¹⁹ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 18 kwietnia 2018 r., S 2/18. W cytowanym postanowieniu sygnalizacyjnym Trybunał jednoznacznie zwrócił uwagę, iż zgodnie z zasadami systemu prawnego Rzeczypospolitej, wyrażonego m.in. w Konstytucji, „procedura *in vitro* nie może prowadzić do zniszczenia zarodka albo do «rozmrzania» kilku zarodków, ich selekcji i ponownego «zamrażania» zarodków niewykorzystanych”.

bowiem zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”¹²⁰. Trafnie zatem podkreśla się w literaturze przedmiotu, że **człowiekiem w rozumieniu przepisów Konstytucji jest każda istota posiadająca genom ludzki, bez względu na etap rozwoju**¹²¹.

6.2. Dopuszczalność ograniczeń konstytucyjnej ochrony życia każdego człowieka

Wobec jednoznacznego ustalenia, że życie dziecka poczętego podlega ochronie konstytucyjnej (art. 38), analizy wymaga, czy ustawodawca znosząc w drodze zaskarżonych przepisów tę ochronę wobec dzieci poczętych, u których badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej ich życiu spełnił warunki stawiane mu na gruncie art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Przepis ten pełni funkcję ogólnej klauzuli limitującej korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw. Przypomnieć należy, że:

- 1) ograniczenia te mogą być ustanawiane tylko w ustawie;
- 2) ograniczenia te mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób;
- 3) ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Przepis ten – z uwagi na to, że odnosi się do wszelkich konstytucyjnych wolności i praw, chyba że ustawa zasadnicza wyraźnie przewiduje rozwiązanie szczególne¹²² – znajduje również zastosowanie do ograniczeń dla korzystania z prawnej ochrony życia (art. 38 Konstytucji). Ograniczeniu może zatem podlegać również prawna (prawnokarna) ochrona życia ludzkiego, w tym życia dzieci poczętych, lecz jak trafnie zauważono w doktrynie, przy ograniczaniu prawnej ochrony życia przesłanka konieczności musi być interpretowana bardzo restryktywnie¹²³, co wynika z centralnego miejsca, jakie w hierarchii konstytucyjnych praw i wolności zajmuje życie

¹²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 26 listopada 2014 r., III CSK 307/13, OSNC 2015/12/147.

¹²¹ A. Zoll, *Opinia prawna...*, s. 103; M. Królikowski, *Problem interpretacji...*, s. 177; *idem*, komentarz do art. 152..., nb. 12; T. Sroka, komentarz do art. 38..., nb. 98 (Autor przytacza dalszą literaturę). Zob. również: A. Grześkowiak, *Zagadnienia prawnokarnej ochrony dziecka poczętego w pracach Sejmu i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1990-1991*, Szczecin 1994, s. 12.

¹²² L. Garlicki, K. Wojtyczek, komentarz do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, Wyd. Sejmowe 2016, uwaga 23. Krótką charakterystykę teoretycznych koncepcji prezentuje L. Bosek, M. Szydło, komentarz do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016, nb. 59-60.

¹²³ P. Sarnecki, komentarz do art. 38, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016, uwaga 7.

ludzkie¹²⁴. Dodać należy, że dla obalenia domniemania konstytucyjności zaskarżonych przepisów u.p.r. wystarczające jest wykazanie niespełnienia przez prawodawcę choćby jednej z wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłanek¹²⁵.

Pierwsza przesłanka dopuszczalności limitująca korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw ma charakter formalny. Ustrojodawca wymaga, by ograniczenia te były przyjmowane w formie ustawy. Poddane kontroli przepisy znajdują się w ustawie. Badana regulacja *prima facie* spełnia zatem kryteria formalne wymagane przy ograniczaniu korzystania z konstytucyjnych wolności i praw.

Jak jednak zauważył Trybunał Konstytucyjny „sama ustawowa ranga unormowania ograniczeń statusu jednostki nie wystarcza dla uznania ich merytorycznej zasadności”¹²⁶. Co więcej, orzecznictwo Trybunału stawia określone wymogi redakcyjne, które ustawodawca musi respektować, by można uznać, że formalna przesłanka dopuszczalności ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw została zrealizowana. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 22 maja 2002 r.: „Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane «tylko w ustawie». Oznacza to konieczność wskazania w akcie normatywnym tej rangi zakresu, w jakim konstytucyjne wolności lub prawa doznają ograniczenia. Z tych samych względów, dla których niedopuszczalne jest odsyłanie w tej materii do aktów wykonawczych, jako naruszenie wymagań konstytucyjnych oceniać należy takie niejasne i nieprecyzyjne formułowanie przepisu, które powoduje niepewność jego adresatów co do ich praw i obowiązków. Powoduje ono bowiem stworzenie nazbyt szerokich ram dla organów stosujących taki przepis, które w istocie muszą zastępować prawodawcę w zakresie tych zagadnień, które uregulował on w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Założenie to można określić ogólnie jako zasadę określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Kierując się tą zasadą Trybunał Konstytucyjny reprezentuje stanowisko, iż przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej

¹²⁴ W wyroku z 30 września 2008 r., K 44/07, pkt III.7.1, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „Życie ludzkie stanowi wartość o randze najwyższej w naszej cywilizacji i kulturze prawnej”.

¹²⁵ Zob. również L. Garlicki, K. Wojtyczek, komentarz do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, Wyd. Sejmowe 2016, uwaga 43; M. Piechowiak, *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności*, „Przegląd Sejmowy” 91/2 (2009), s. 56-57.

¹²⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 maja 1998 r., U 5/97, OTK 1998/4/46, pkt III.2.

określonej dziedziny np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 zdanie 1 Konstytucji), jak z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego¹²⁷.

Utrwalona linia orzecznicza sądu prawa wymienia trzy założenia, które musi spełniać przepis o randze ustawowej, który limituje korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw, by czynić zadość zasadzie określoności: „Po pierwsze – każdy przepis ograniczający konstytucyjne wolności lub prawa winien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom. Po drugie – przepis ten powinien być na tyle precyzyjny, aby zapewniona była jego jednolita wykładnia i stosowanie. Po trzecie – przepis taki winien być tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw”¹²⁸.

Z punktu widzenia powyższych wytycznych, stwierdzić trzeba, że **art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. – pomimo zawarcia regulacji w ustawie – nie spełnia przesłanki formalnej, która w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji dopuszcza wprowadzenie ograniczeń w korzystaniu z wolności i praw.** Nie jest bowiem jasne, w jakiej sytuacji stan dzieci *in utero* spełnia przesłankę dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia *nasciturusa* lub nieuleczalnej choroby zagrażającej ich życiu¹²⁹. Prawodawca posłużył się zwrotami niedookreślonymi, takimi jak „duże prawdopodobieństwo” oraz „ciężkie upośledzenie”, co prowadzi do znacznej uznaniowości w decyzji lekarza o dopuszczalności uśmiercenia dziecka poczętego. **Nie można zatem przyjąć, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest na tyle precyzyjny, aby zapewniona być mogła jego jednolita wykładnia i stosowanie.** Jak wykazano w pkt 4.1 niniejszej opinii, pomimo że brzmienie przepisu nie uległo zmianie na przestrzeni lat, dostrzegalna jest ekstensywna praktyka jego stosowania, co przejawia się w coraz większej liczbie aborcji dokonywanych z powołaniem się na „przesłanki eugeniczne”.

Jest również oczywiste, że oba zaskarżone przepisy nie spełniają trzeciego wymogu, o którym mowa w cytowanym powyżej orzecznictwie TK (przepis ograniczający korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw winien być ujęty tak, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw). Nie sposób bowiem

¹²⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 2002 r., K 6/02, OTK-A 2002/3/33, pkt III.3.

¹²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 października 2001 r., K 33/00, OTK 2001/7/217, pkt III.3. Teza powtórzona w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 2002 r., K 6/02, OTK-A 2002/3/33, pkt III.3; z 9 października 2007 r., SK 70/06, OTK-A 2007/9/103, pkt III.3.1; z 3 grudnia 2013 r., P 40/12, OTK-A 2013/9/133, pkt III.9; 29 lipca 2014 r., P 49/13, OTK-A 2014/7/79, pkt III.4.2.

¹²⁹ Zob. M. Królikowski, *Problem interpretacji...*, s. 175 i n.

przyjąć, że racjonalny prawodawca – nawet przypisując mu intencje eugeniczne, *notabene* niezgodne z Konstytucją (także z względu na art. 13 statuujący zakaz odwoływania się do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu) – wprowadził zaskarżone przepisy u.p.r. w celu pozbawienia życia jednostek, które jak wspomniano, są w stanie ukończyć studia wyższe (nie wspominając o samodzielnej egzystencji w ogóle). Z tych samych powodów niejasne jest wprowadzenie cezury czasowej. Na gruncie art. 31 ust. 3 zd. pierwsze Konstytucji przyznać trzeba, że jeśli celem ustawodawcy jest eliminacja ze społeczeństwa ludzi ciężko chorych i niepełnosprawnych (upośledzonych), to wewnętrznie niespójne jest ograniczenie zasięgu tej eksterminacji do arbitralnie przyjętych ram czasowych (uwaga ta została poczyniona oczywiście wyłącznie z perspektywy oceny zgodności art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. z kryterium formalnym zasady proporcjonalności i jako taka całkowicie abstrahuje od niezgodności art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. z innymi przepisami Konstytucji, która byłaby niewątpliwie „większa”, gdyby ten przepis w szerszym horyzoncie czasowym zezwalał na zabijanie ludzi ze względu na podejrzenie ciężkiej choroby lub niepełnosprawności).

Trzeba zatem stwierdzić, iż pomimo ujęcia regulacji limitujących ochronę prawną życia ludzkiego w prenatalnej fazie rozwoju (art. 38 Konstytucji) w akcie normatywnym o randze ustawowym, to analiza objętych postępowaniem przepisów prowadzi do wniosku, że nie zostały przy tym spełnione wymogi wykształcone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (**naruszenie zasady określoności**), co stanowi już samoistną podstawę stwierdzenia niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. (choć w odniesieniu do drugiego z wymienionych przepisów w innym aspekcie). Jak bowiem podkreślał Trybunał: „Kierując się tą zasadą [tj. zasadą określoności – przyp. Ordo Iuris] Trybunał Konstytucyjny reprezentuje stanowisko, iż przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 zdanie 1 Konstytucji), jak z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego”¹³⁰.

Druga przesłanka, tzw. materialnoprawna, dopuszczalności ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, limituje ich wprowadzenie do sytuacji, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Jak wskazuje się w doktrynie prawa konstytucyjnego, zawarte w art. 31 ust. 3 zd. pierwsze Konstytucji wyliczenie

¹³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 2002 r., K 6/02, pkt III.3.2.

wartości uzasadniających ograniczenie wolności i praw jednostki ma charakter wyczerpujący¹³¹. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazano również, że ograniczenie wolności i praw mających za podstawę regulację konstytucyjną musi odbywać się z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, według której:

- a) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów;
- b) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane;
- c) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela¹³².

Niemniej właściwy test proporcjonalności można przeprowadzić dopiero po wykazaniu na rzecz jakich wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji dokonano ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnego prawa lub wolności.

Przepisy u.p.r. warunkujące dopuszczalność aborcji, w tym aborcji eugenicznej, ograniczają prawną ochronę życia człowieka, która zajmuje pierwszorzędne miejsce wśród wymienianych w Konstytucji wolności i praw osobistych. Ma to istotne konsekwencje, jak bowiem słusznie podkreślił Trybunał Konstytucyjny: „surowsze standardy oceny należy przykładać np. do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych czy socjalnych”¹³³. Zarówno w orzecznictwie TK, jak i w poglądach nauki prawa, życie ludzkie uznawane jest za jedną z podstawowych wartości, na których opiera się system prawny¹³⁴. Sąd prawa wskazał natomiast, że „...im cenniejsze jest dobro ograniczane i wyższy jest stopień tego ograniczenia, tym cenniejsza musi być wartość uzasadniająca ograniczenia”¹³⁵.

Spośród skatalogowanych w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej wartości prawnie doniosłych, które mogą uzasadniać ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw jednostki, za adekwatne do będących przedmiotem kontroli przepisów u.p.r. uznać można jedynie prawa i wolności innych osób¹³⁶, a konkretnie rzecz ujmując – prawa i wolności matki dziecka. Jak już jednak wykazano,

¹³¹ L. Garlicki, K. Wojtyczek, komentarz do art. 31..., uwaga 33.

¹³² Zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998/4/50, pkt III.3; z 26 kwietnia 1999 r., K 33/98, OTK 1999/4/71, pkt III.3; z 2 czerwca 1999 r., K 34/98, OTK 1999/5/94, pkt III 3; z 21 kwietnia 2004 r., K 33/03, OTK-A 2004/4/31, pkt III.5. Por. również: A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności...*, s. 357 i n.

¹³³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 17 października 1995 r., K 10/95, OTK1995/2/10, pkt III.3.

¹³⁴ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 3; L. Bosek, *Opinia w sprawie poselskich poprawek...*, s. 152; W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 29.

¹³⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 lipca 2013 r., P 56/11, OTK-A 2013/6/85, pkt IV.3.4.

¹³⁶ Wartością taką nie może być niewątpliwie „zdrowie publiczne”, jak bowiem wskazuje B. Banaszak: „Zdrowie publiczne bywa różnie definiowane nie tylko w naukach prawnych, ale także medycznych podkreślających konieczność wspólnego działania całego społeczeństwa i władz publicznych na rzecz wysokiej jakości zdrowia ludności (ogółu). Do najczęściej występujących wspólnych elementów różnych definicji należą: dbałość o higienę,

ul. Zielna 39, 00-108 Warszawa

biuro@ordoiuris.pl, tel. 22 404 38 50, fax 22 127 91 25

www.ordoiuris.pl

Silversquare Europe, Square de Meeûs 35, 1000 Brussels, Belgium

biuro@ordoiuris.pl | fax 48 22 127 91 25

polski system prawny nie zna „prawa podmiotowego do aborcji” (ani tym bardziej „konstytucyjnego prawa do aborcji”), stąd rozważyć należy, czy uśmiercenie dziecka poczętego z przyczyn eugenicznych jest uzasadnione z uwagi na jakiekolwiek wolności i prawa matki dziecka, które mają charakter konstytucyjny¹³⁷.

Zdecydowanie odrzucić należy tezę, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz skorelowany z nim art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. służą zabezpieczeniu praw matki dziecka do ochrony jej życia i zdrowia. Dopuszczalność poświęcenia życia dziecka poczętego ze względu na zagrożenie życia i zdrowia kobiety ciężarnej wynika bowiem z art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Uśmiercenie *nasciturusa* z uwagi na duże prawdopodobieństwo jego ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu może być rozpatrywane z uwzględnieniem ochrony zdrowia (czy raczej komfortu) psychicznego jego matki, jednakże w ten sposób zaskarżona przesłanka dokonania przerwania ciąży nie nabiera samoistnego charakteru¹³⁸. **Niedopuszczalne jest również rozpatrywanie jako wartości uzasadniającej zabicie dziecka poczętego wysokich kosztów jego utrzymania, jakie wiązać się mogą z ewentualną niepełnosprawnością czy chorobą (a w konsekwencji obniżeniem stopy życiowej matki)**¹³⁹. To samo dotyczy późniejszego osobistego zaangażowania rodziców w opiekę nad dzieckiem – co miałyby rzekomo naruszać ich wolność¹⁴⁰. Zasadniczo bowiem nie ma podstaw do utożsamiania obowiązku urodzenia dziecka z koniecznością późniejszego sprawowania nad nim opieki¹⁴¹.

Niekiedy wskazuje się, że dopuszczalność zabicia dziecka poczętego z uwagi na negatywne przypuszczenia co do jego stanu zdrowia uzasadniona jest ochroną prawa do prywatności matki, ochroną jej życia rodzinnego i prawa do decydowania o swoim życiu osobistym, które łączy się nawet z tzw. „prawami reprodukcyjnymi”¹⁴². Pogląd taki jest oczywiście nieuzasadniony. Zgodnie z art. 47 Konstytucji „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i

zapobieganie chorobom poprzez wczesną diagnozę i profilaktykę, kontrola zakażeń, zwalczanie chorób poprzez opiekę medyczną, promocja zdrowia fizycznego i psychicznego” – B. Banaszak, *Konstytucja...*, komentarz do art. 31, nb. 11. Pomiędzy przeprowadzeniem „zabiegu przerwania ciąży” a zdrowiem publicznym nie ma zatem żadnego związku.

¹³⁷ Na konstytucyjny charakter „praw i wolności innych osób”, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji wskazuje L. Bosek, M. Szydło, komentarz do art. 31..., nb. 107.

¹³⁸ Zob. W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 32; M. Królikowski, komentarz do art. 152..., nb. 37.

¹³⁹ Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.

¹⁴⁰ Jak zasugerował Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSNC 2003/6/104.

¹⁴¹ Zob. W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 32; F. Cieply, *Aborcja eugeniczna...*, s. 82-83.

¹⁴² Pogląd o związku między art. 47 Konstytucji a „prawami reprodukcyjnymi” wyraziła K. Kędziora: *Prawa reprodukcyjne a dyskryminacja kobiet. Polska ustawa antyaborcyjna w świetle standardów prawa międzynarodowego*, s. 3. Wskazane opracowanie dostępne jest pod adresem internetowym: http://www.ptpa.org.pl/site/assets/files/1028/opinia_prawa_reprodukcyjne_a_dyskryminacja_kobiet.pdf (dostęp: 3 października 2020 r.).

dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Nawet jeżeliby wyprowadzić z treści przytoczonego przepisu ustawy zasadniczej prawo do decydowania o posiadaniu potomstwa oraz jego liczbie, to należy podkreślić, że prawo to nie jest absolutne, ponieważ nie może obejmować „prawa” do zabijania dzieci, zarówno urodzonych jak i pozostających jeszcze w fazie prenatalnej swego rozwoju. Trybunał Konstytucyjny, który w orzeczeniu z 28 maja 1997 r. – którego obszerny fragment warto w tym miejscu przytoczyć *in extenso* – stwierdził: „Pozostaje więc rozważyć, czy regulacja art. 4a ust. 1 pkt 4 [u.p.r. – przyp. Ordo Iuris] może zostać usprawiedliwiona prawem do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci. Prawo takie w rzeczy samej można wyprowadzić z zakresu podstawowych praw i wolności człowieka, zaś w samych przepisach konstytucyjnych, z gwarancji, jakie przewidują one dla macierzyństwa i rodziny. Prawo do rodzicielstwa musi być interpretowane w znaczeniu pozytywnym i negatywnym. Musi oznaczać ono bowiem zakaz podejmowania działań ograniczających wolność posiadania dzieci, jak również zakaz podejmowania działań przymuszających do posiadania dzieci.

Prawo to w sposób szczególny dotyczy decyzji o poczęciu dziecka. W istocie wszelką ingerencję, czy to władzy państwowej, czy to innych osób w tę sferę należałoby uznać za niedopuszczalne naruszenie podstawowego prawa każdego człowieka. Powstaje pytanie, czy prawo decyzji o posiadaniu dziecka można rozumieć szerzej, także jako prawo do decyzji o urodzeniu dziecka. W tym przypadku niedopuszczalne byłoby wprowadzenie prawnego zakazu urodzenia poczętego dziecka, zakazu, który byłby egzekwowany przez państwo. Podobnie niedopuszczalne byłoby ustanowienie jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych powiązanych z faktem urodzenia dziecka. Wszelkim interesom publicznym czy prywatnym, które mogłyby uzasadniać wprowadzenie tego typu regulacji należałoby przeciwstawić pierwszorzędną wartość życia dziecka poczętego oraz prawo rodziców do posiadania dzieci.

Inną kwestią jest rozważanie prawa do urodzenia dziecka w aspekcie negatywnym, a więc także jako prawo do przerwania ciąży. W tej sytuacji, w związku z powstaniem życia, prawo do decyzji o posiadaniu dziecka musiałoby sprowadzić się w istocie do prawa do nieurodzenia dziecka. Nie można decydować o posiadaniu dziecka w sytuacji, gdy dziecko to już rozwija się w fazie prenatalnej i w tym sensie jest już posiadane przez rodziców. Prawo do posiadania dziecka może być więc interpretowane wyłącznie w aspekcie pozytywnym, a nie jako prawo do unicestwienia rozwijającego się płodu ludzkiego.

Prawo do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci sprowadza się więc w aspekcie negatywnym wyłącznie do prawa odmowy poczęcia dziecka. Wówczas wszakże, gdy dziecko

zostało już poczęte, prawo to możliwe jest do realizacji wyłącznie w aspekcie pozytywnym, jako m.in. prawo urodzenia dziecka i jego wychowania.”¹⁴³ Przytoczone ustalenia Trybunału Konstytucyjnego są uniwersalne i immanentne dla zasady demokratycznego państwa prawnego respektującego przyrodzoną i niezbywalną godność człowieka (zob. pkt 5 niniejszej opinii), a nadto znajdują szczegółowe rozwinięcie w art. 18 Konstytucji, który nakazuje Rzeczypospolitej Polskiej otoczyć macierzyństwo i rodzicielstwo ochroną i opieką. Nie jest bowiem możliwe pełne realizowanie tego obowiązku przez władze publiczne, jeśli prawo pozwala na uśmiercenie *nasciturusa*, czyli jednego z dwóch podmiotów ustrojowo chronionej relacji macierzyństwa (rodzicielstwa), bez którego relacja ta zostałaby przzerwana¹⁴⁴. Z tego powodu przytoczone ustalenia Trybunału zachowują aktualność w obecnym stanie konstytucyjnym i są w pełni adekwatne do kompleksowej oceny konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r.

Uzasadnieniem dla uśmiercenia dziecka *in utero* nie mogą być również jego własne prawa i wolności. Jak bowiem zauważa W. Wróbel: „...względ na ewentualny dyskomfort życia chorego dziecka, nie może usprawiedliwiać decyzji o podjęciu działań zmierzających do spowodowania jego śmierci. Konstytucja nie zezwala bowiem na podejmowanie decyzji pozwalających na pozbawienie życia z uwagi na jego niską «jakość» w sensie komfortu psychofizycznego”¹⁴⁵. Poza tym kwestia oceny „jakości” własnego życia jest kwestią indywidualną i wysoce subiektywną (również ludzie niespełniający kryteriów określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. – czyli „zdrowi”, ujmując sprawę kolokwialnie – mogą bardzo nisko oceniać „jakość” swego życia, co ze względu na antyutilitarny charakter art. 30 Konstytucji oczywiście nie upoważnia ustawodawcy do zezwolenia na ich uśmiercanie). Niedopuszczalne jest ekstrapolowanie negatywnych odczuć jednej osoby ze względu na stan zdrowia na ogół osób znajdujących się w podobnej sytuacji. Nawet powszechne w społeczeństwie przekonanie, że „jakość” życia pewnych ludzi jest niska czy niewystarczająca, nigdy nie może usprawiedliwiać pozbawiania ich życia. Historia zna przypadki, gdy stosowano takie metody, zarówno w państwach demokratycznych, jak i totalitarnych. O tych ostatnich przypadkach wspomina nawet Preambuła Konstytucji z 1997 r. w fragmencie: „pomni gorzkich doświadczeń z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane”.

¹⁴³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.3.

¹⁴⁴ Por. W. Borysiak, komentarz do art. 18, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016, nb. 154-158.

¹⁴⁵ W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 32.

Godzi się w tym miejscu przywołać także wypowiedzi samego Trybunału Konstytucyjnego, który precyzując warunki ograniczania prawnej ochrony życia stwierdził, iż: „Prawo do prawnej ochrony życia nie ma charakteru absolutnego (...) 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).”¹⁴⁶ Jak również skonstatował, że zdecydowanie nieakceptowane „byłoby ograniczenie prawnej ochrony życia człowieka w celu ochrony dóbr lokujących się niżej w hierarchii konstytucyjnej, np. własności i innych praw majątkowych, moralności publicznej, ochrony środowiska czy nawet zdrowia innych ludzi.”¹⁴⁷ Nie ulega zatem najmniejszym wątpliwościom, że zaskarżone przepisy w sposób nieproporcjonalny ograniczają prawną ochronę życia człowieka.

Analiza art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. wskazuje, że z perspektywy aksjologii polskiego porządku prawnego zdecydowanie nieakceptowalne są cele, które zamierzał osiągnąć prawodawca, limitując ochronę prawną życia dzieci poczętych, oraz interesy, jakie chciał w ten sposób chronić. Z pewnością nie mieszczą się one w kategoriach ujętych przez ustrojodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji (bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie i moralność publiczna, prawa i wolności innych osób), co również świadczy o sprzeczności poddanych kontroli przepisów z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 zd. pierwsze Konstytucji. **Ze względu na brak merytorycznego usprawiedliwienia ograniczenia prawnej ochrony życia dzieci nienarodzonych w którejkolwiek z wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, oczywiste jest również, że wprowadzone zaskarżonymi przepisami ograniczenie nie jest konieczne w państwie demokratycznym.**

Choć wykazanie, że zaskarżone przepisy naruszają w pewnych aspektach wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji kryteria formalne dopuszczalności ograniczenia prawnej ochrony życia, jak również wykazanie, że dokonane przez ustawodawcę w drodze u.p.r. ograniczenia prawnej ochrony życia nie spełniają kryteriów materialnych, w zupełności wystarcza, by uznać art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. za niezgodne z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, to jednak ze względu na doniosłość rozpatrywanej sprawy, należy również rozważyć, czy zaskarżone przepisy respektują art. 31 ust. 3 zd. drugie Konstytucji.

W świetle tego przepisu ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw nie mogą naruszać ich istoty. Za istotę prawa podmiotowego do zapewnienia każdemu człowiekowi ochrony prawnej

¹⁴⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 września 2008 r., K 44/07, pkt III.7.3.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pkt III.7.4.

życia¹⁴⁸ uznać należy zapewnienie przez władze publiczne takiego stanu prawnego, w którym biologiczna egzystencja jednostki jest zabezpieczona przed nieuprawnioną i nieodwracalną ingerencją wszelkich podmiotów, które mogą ją tej egzystencji pozbawić. Konstytucja nie przyznaje człowiekowi prawa do życia jako takiego, bowiem życie jest wartością pierwotną wobec państwa. Jak trafnie podkreśla się w literaturze: „...życie traktowane jest jako naturalna i przyrodzona wolność, która sama w sobie nie ma charakteru normatywnego [...]”¹⁴⁹. Skoro zatem każdy byt substancjalny w sposób naturalny dąży do zachowania swego istnienia¹⁵⁰, to nie można uznać prawodawcy (w tym nawet prawodawcy konstytucyjnego) za uprawnionego do arbitralnego przyznawania jednostkom prawa do życia, jak również do pozbawiania ich tego prawa. Możliwe jest jedynie potwierdzenie prawa do życia w akcie normatywnym, a ściślej przyznanie ludziom prawnej (prawnokarnej) ochrony ich życia. Rolą państwa jest natomiast zabezpieczenie istnienia jednostek już na poziomie egzystencji biologicznej, czemu służyć ma m.in. kreowanie odpowiedniego prawodawstwa¹⁵¹.

Jak nietrudno zauważyć, istota prawa do zapewnienia prawnej ochrony życia ludzkiego jest naruszana w przypadku takiego ukształtowania regulacji prawnych, które umożliwia zarówno organom władzy publicznej, jak i innym podmiotom na unicestwienie materialnego (fizycznego) bytu człowieka, czyli jego zabicie. Nie tylko każdy przepis ustawy nakazujący eksterminację jakiejś grupy ludzi, lecz również „jedynie” pozwalający na zabijanie pewnych ludzi, czy to ze względu na ich wiek, stan zdrowia czy inne cechy – zarówno przejściowe, jak i stałe – stanowi naruszenie istoty prawa gwarantowanego przez art. 38 Konstytucji. Nie ma wątpliwości, że w przypadku będących przedmiotem postępowania przepisów u.p.r. istota prawnej ochrony życia zostaje naruszona, co czyni je niezgodnymi także z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 zd. drugie Konstytucji.

7. Kontrola zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP

¹⁴⁸ W literaturze przedmiotu podkreśla się, że bardziej prawidłowe z jurydycznego punktu widzenia jest używanie zwrotu „prawo do prawnej ochrony życia”, a nie „prawo do życia” – por. M. Różański, *Prawo do życia w konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 6 (2015), s. 259; P. Sarnecki, komentarz do art. 38, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 3.

¹⁴⁹ T. Sroka, komentarz do art. 38..., nb. 2. Tak również: M. Piechowiak, *Wokół konstytucyjnej ochrony życia. Próba oceny propozycji nowelizacji Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 1/96 (2010), s. 31.

¹⁵⁰ Por. C. Strzeszewski, *Katolicka...*, s. 284.

¹⁵¹ Por. P. Kuczma, *Prawna ochrona życia...*, s. 34.

Wnioskodawcy wnoszą również o stwierdzenie niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 38 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji. Wprawdzie wykazano już niezgodność zaskarżonych przepisów z art. 30 oraz z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, co pozwalałoby przyjąć, że badanie z perspektywy kolejnych wzorców kontroli konstytucyjności jest zbędne (art. 59 ust. 1 pkt 3 u.o.t.p.TK) – o co też wnosi Prokurator Generalny – niemniej w najgłębszym przekonaniu Instytutu Ordo Iuris doniosłość sprawy rozpatrywanej przez Trybunał Konstytucyjny uzasadnia przeprowadzenie kontroli zaskarżonych przepisów ze wszystkimi podstawami kontroli wskazanymi we wniosku (zob. pkt 2.4 niniejszej opinii). Dalsza analiza merytoryczna nie jest zatem wyrazem ostrożności procesowej, która nakazywałaby odniesienie się w niniejszym piśmie również do tego zarzutu na wypadek, gdyby Trybunał Konstytucyjny nie podzielił wcześniej zaprezentowanej argumentacji i „jeszcze nie uznał” niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów (nie taka zresztą jest też rola opinii *amicii curiae*), lecz uzasadniona jest troską o wszechstronne rozpatrzenie sprawy i zapewnienie zgodności obowiązujących ustaw z Konstytucją.

W ocenie Wnioskodawców ograniczenie prawnej ochrony życia dzieci poczętych z uwagi na duże prawdopodobieństwo ich ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia lub chorobę zagrażającą życiu jest przejawem **zakazanej dyskryminacji bezpośredniej**. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 lutego 1999 r., prawodawca konstytucyjny nieprzypadkowo sformułował przepisy art. 32 z użyciem określeń „wszyscy” (art. 32 ust. 1 Konstytucji) oraz „nikt” (art. 32 ust. 2 Konstytucji)¹⁵². Służy to możliwie najszerszemu zdefiniowaniu kręgu podmiotów, których zasada równości i zakaz dyskryminacji dotyczy¹⁵³. Jak wskazuje się w nauce prawa, **do podmiotów tych zaliczyć należy również dziecko poczęte**¹⁵⁴.

Art. 32 ust. 1 Konstytucji statuuje zasadę równości wobec prawa oraz równego traktowania przez władze publiczne. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego przepis ten statuuje równość podmiotów, które charakteryzują się określoną cechą, uznaną przez prawodawcę za istotną¹⁵⁵. Jak jednak wskazał Trybunał w orzeczeniu z 28 maja 1997 r.: „Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od

¹⁵² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 1999 r., SK 4/98, OTK 1999/2/24, pkt 4.

¹⁵³ Jak zauważył M. Chmaj, przepisem art. 32 Konstytucji objęta jest „każda istota ludzka” – M. Chmaj, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [red.] M. Chmaj, Warszawa 2008, s. 53.

¹⁵⁴ F. Cieplý, *Aborcja eugeniczna...*, s. 80.

¹⁵⁵ Zob. przykładowo wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 6 maja 1998 r., K 37/97, OTK 1998/3/33, pkt III.3; z 20 października 1998 r., K 7/98, OTK 1998/6/96, pkt III.4; z 13 maja 2014 r., SK 61/13, OTK-A 2014/5/52, pkt III.4.1; z 21 lipca 2014 r., K 36/13, OTK-A 2014/7/75, pkt III.2.1.

fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”¹⁵⁶. W tej sytuacji zasadne wydaje się postawienie pytania, czy dopuszczalne jest uznanie stanu zdrowia człowieka *in statu nascendi*, za cechę istotną, która uzasadniałaby różnicowanie zakresu ochrony prawnej jego życia? Negatywna odpowiedź zmusi natomiast do refleksji nad problemem ewentualnej dyskryminacji, jaka wiązać się może ze zróżnicowaniem sytuacji prawnej podmiotów¹⁵⁷.

Istotą regulacji art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest dopuszczenie do uśmiercenia jeszcze przed narodzinami człowieka, wobec którego istnieje wprawdzie duże prawdopodobieństwo – lecz zawsze jedynie prawdopodobieństwo – ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia lub choroby śmiertelnej¹⁵⁸. Oznacza to, iż **prawodawca dopuścił do radykalnie odmiennego ukształtowania sytuacji prawnej podmiotów z uwagi na ich prawdopodobny (niekoniecznie istniejący) stan zdrowia**. Warto podkreślić, że według regulacji konstytucyjnych osoby niepełnosprawne (a zatem również te dotknięte ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem) mają pozycję w pewien sposób uprzywilejowaną, bowiem ustawa zasadnicza nakazuje objąć je **szczególną troską ze strony władz publicznych**¹⁵⁹, której przejawem **nigdy nie może być rezygnacja z karalności ich zabijania**. Wskazać tu można określony w art. 68 ust. 3 Konstytucji obowiązek władz publicznych do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku oraz art. 69 Konstytucji, stanowiący, iż osobom niepełnosprawnym władze publiczne udzielają, zgodnie z ustawą, pomocy w zabezpieczaniu egzystencji, przysposobieniu do pracy oraz komunikacji społecznej.

Przytoczone przepisy ustawy zasadniczej skłaniają do postawienia tezy o istnieniu **aksjologicznego nakazu zapewnienia przez władze publiczne szczególnej pomocy adresowanej do osób niepełnosprawnych**¹⁶⁰. Jak trafnie zauważył F. Cieply: „Jeżeli dokonać analizy systemowej, to okazuje się, że w całym systemie prawa polskiego – poza przesłanką eugeniczną aborcji – nie ma podstaw, aby obniżać wartość życia ludzkiego i zmniejszać jego prawną ochronę ze względu na zły stan zdrowia, niepełnosprawność czy terminalną chorobę.

¹⁵⁶ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 3.

¹⁵⁷ Przyjęty tok argumentacji uzasadniony jest tym, że nie każdy przejaw naruszenia zasady równości musi jednocześnie oznaczać dyskryminację – zob. L. Garlicki, M. Zubik, komentarz do art. 32, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, Wyd. Sejmowe 2016, uwaga 8.

¹⁵⁸ Por. F. Cieply, *Aborcja eugeniczna...*, s. 80.

¹⁵⁹ W. Borysiak oraz L. Bosek wspominają wręcz o „uprzywilejowaniu szczególnych kategorii podmiotów”, w tym osób niepełnosprawnych – zob. W. Borysiak, L. Bosek, komentarz do art. 32, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016, nb. 62.

¹⁶⁰ Por. L. Garlicki, M. Zubik, komentarz do art. 32..., uwaga 28; W. Borysiak, L. Bosek, komentarz do art. 32..., nb. 105; A. Nowak, *Dyskryminacja osób niepełnosprawnych*, „Polityka Społeczna” 10 (2010), s. 15-16.

Przeciwnie, istnieją normy gwarantujące osobom upośledzonym, niepełnosprawnym czy nieuleczalnie chorym poszanowanie godności, równe traktowanie, a nawet szczególną ochronę¹⁶¹.

Tak radykalnie niekorzystne ukształtowanie sytuacji prawnej dziecka *in utero*, z uwagi na jego prawdopodobnie zły stan zdrowia nosi znamiona dyskryminacji. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 15 lipca 2010 r.: „Dyskryminacja oznacza zatem nienadające się do zaakceptowania tworzenie różnych norm prawnych dla podmiotów prawa, które powinny być zaliczone do tej samej klasy (kategorii), albo nierówne traktowanie podobnych podmiotów prawa w indywidualnych przypadkach, gdy zróżnicowanie nie znajduje podstaw w normach prawnych”¹⁶². Niewątpliwie klasą podmiotów będących beneficjentami prawnej ochrony życia są wszyscy ludzie – w tym osoby pozostające w prenatalnej fazie rozwoju. Wniosek taki jednoznacznie wypływa z wielokrotnie już przytaczanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r. (K 26/96) Za dyskryminujące uznać zatem należy różnicowanie sytuacji prawnej dzieci poczętych z uwagi na ich stan zdrowia. Jak bowiem stanowi Konstytucja w art. 32 ust. 2 nikt nie może dyskryminowany m.in. w życiu społecznym z jakiegokolwiek przyczyny, do których niewątpliwie zalicza się **niepełnosprawność**. Z zaskarżonych przepisów wynika bowiem niewątpliwie odmienne, zdecydowanie gorsze traktowanie dzieci podejrzewanych o „ciężkie i nieodwracalne upośledzenia” albo „nieuleczalną chorobę zagrażającą jego życiu”, a w świetle niektórych judykatów Sądu Najwyższego wręcz skorelowane z rzekomym „prawem do przerwania ciąży” pewnego rodzaju oczekiwanie, że zostaną uśmiercone. Konsekwencją zaskarżonych przepisów jest również społeczna stygmatyzacja osób niepełnosprawnych i ciężko chorych, które urodziły się (a ściślej: osiągnęły zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki), więc już nie wolno bezkarnie pozbawić ich życia. Względem tych osób powstaje w społeczeństwie bowiem indukowane zaskarżonymi przepisami wrażenie, że są „gorsze”, bo przecież na najwcześniejszym, prenatalnym etapie życia ustawodawca zwykły dopuścić możliwość ich zabicia.

W świetle powyższych argumentów nie może być wątpliwości, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust 2 zd. pierwsze u.p.r. są sprzeczne z art. 32 ust 1 i 2 Konstytucji, ponieważ prowadzą do nierównego traktowania dzieci nienarodzonych, które na podstawie badań prenatalnych lub innych przesłanek medycznych podejrzewane są o zły stan zdrowia oraz jednocześnie dyskryminują osoby niepełnosprawne i ciężko chore.

¹⁶¹ F. Cieplý, *Aborcja eugeniczna...*, s. 81.

¹⁶² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 lipca 2010 r., K 63/07, OTK-A 2010/6/60, pkt III.6.3.

8. Kontrola zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 2 Konstytucji RP

Kolejna grupa zarzutów postawionych przez Wnioskodawców, dotyczy niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust 2 zd. 1 u.p.r. z art. 2 Konstytucji.

Należy podkreślić, że zawarte w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r. rozstrzygnięcie, stwierdzające niezgodność art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r. z ówczesnymi przepisami konstytucyjnymi, zostało uzasadnione przede wszystkim treścią zasady demokratycznego państwa prawnego: „Podstawowym przepisem, z którego należy wyprowadzać konstytucyjną ochronę życia ludzkiego, jest art. 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy, w szczególności zaś zasada demokratycznego państwa prawnego. Państwo takie realizuje się bowiem wyłącznie jako wspólnota ludzi, i tylko ludzie mogą być właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowiących w takim państwie. Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wyprowadzanych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, a gwarantujących minimum jego 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 powstania. Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju”¹⁶³.

Przytoczone ustalenia Trybunału Konstytucyjnego zachowują w pełni aktualność, co potwierdza w szczególności wyrok z 30 września 2008 r., K 44/07, w którym sąd prawa stwierdził: „...zdecydowanie nieakceptowane w demokratycznym państwie prawnym, realizującym zasady sprawiedliwości społecznej i chroniącym życie oraz niezbywalną godność człowieka, byłoby ograniczenie prawnej ochrony życia człowieka w celu ochrony dóbr lokujących się niżej w hierarchii konstytucyjnej, np. własności i innych praw majątkowych, moralności publicznej, ochrony środowiska czy nawet zdrowia innych ludzi. Warunkiem ograniczenia prawa do prawnej ochrony życia jest więc zaistnienie sytuacji, w której jest niewątpliwe, że nie da się ono pogodzić z analogicznymi prawami innych osób. Przesłankę tę można określić ogólnie jako wymaganie

¹⁶³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 3.

symetrii dóbr: poświęcanego i ratowanego”¹⁶⁴. Albowiem w demokratycznym państwie prawnym: „nie ma wątpliwości, że życie człowieka nie podlega wartościowaniu ze względu na jego wiek, stan zdrowia, przewidywany czas jego trwania, ani ze względu na jakiegokolwiek inne kryteria. Każdy człowiek, w tym także pasażerowie samolotu znajdującego się w przestrzeni powietrznej państwa, mają prawo do ochrony życia przez to państwo. Nadanie sobie przez państwo prawa do ich zabijania, chociażby w obronie życia innych ludzi, jest zaprzeczeniem tego prawa”¹⁶⁵.

W cytowanych rozstrzygnięciach Trybunał Konstytucyjny doskonale uchwycił istotę demokratycznego państwa prawnego. „Demokratyczne państwo prawne to państwo oparte na poszanowaniu człowieka, a w szczególności na poszanowaniu i ochronie życia oraz godności ludzkiej.”¹⁶⁶ Demokratyczne państwo prawne to zatem takie, w którym nie wolno zabijać ludzi, szczególnie tych niewinnych i najbardziej bezbronnych – nienarodzonych i niepełnosprawnych. Warto zaznaczyć, że w doktrynie zwrócono uwagę, iż aksjologicznym uzasadnieniem demokratycznego państwa prawnego jest zasada dobra wspólnego (art. 1 Konstytucji), której zasadniczym elementem, jako sumy warunków sprzyjających rozwojowi osoby ludzkiej, jej samorealizacji i doskonaleniu, jest właśnie poszanowanie przyrodzonych praw oraz obowiązków osoby ludzkiej wynikających z jej godności, w szczególności prawnej ochrony życia. Art. 1 Konstytucji u podstaw państwa sytuuje bowiem człowieka, żyjącego we wspólnocie, natomiast art. 2 wskazuje na podstawowe tego konsekwencje dla kształtu państwa¹⁶⁷. Z powyższych powodów uzasadnione jest, aby Trybunał Konstytucyjny, także w treści sentencji, podtrzymał swe trafne ustalenia i przypomniał, na czym polega demokratyczne państwo prawne właśnie poprzez stwierdzenie, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze u.p.r. są niezgodne z art. 2 Konstytucji RP.

9. Kontrola zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP

Nie powielając w tym miejscu rozważań zawartych w pkt 2.4. niniejszej opinii, podkreślić należy, że wnikliwa analiza uzasadnienia zarzutu niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust 2 zd. pierwsze u.p.r. z art. 38 w zw. z art. 42 Konstytucji, dowodzi, iż w istocie Wnioskodawcy zakwestionowali jedynie zgodność art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 42 ust. 1 Konstytucji i tylko w tym zakresie przedstawili argumentację (por. wniosek, s. 28-29). Z tego powodu przyjąć należy, że

¹⁶⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 września 2008 r., K 44/07, pkt III.7.4.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pkt III.7.5.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pkt III.8.1.

¹⁶⁷ M. Piechowiak, komentarz do art. 1 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016, nb. 59, 69, 75, 105.

w pozostałym zakresie postępowanie powinno ulec umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK, tj. ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Dalsze rozważania odnoszą się zatem wyłącznie do kwestii zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

W okresie obowiązywania małej konstytucji z 1992 r. zasada demokratycznego państwa prawnego stanowiła również podstawę do wyprowadzenia na gruncie konstytucyjnym reguły *nullum crimen sine lege*¹⁶⁸. Jak bowiem zauważył sąd prawa w postanowieniu z dnia 25 września 1991 r.: „...w demokratycznym państwie prawa prawo karne musi być oparte przynajmniej na dwóch podstawowych zasadach: określoności czynów zabronionych pod groźbą kary (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) oraz na zakazie wstecznego działania ustawy wprowadzającej lub zaostrzającej odpowiedzialność karną (*lex severior retro non agit*). Zasady te wyrażone w kodeksie karnym składają się także na zawartą w artykule 1 Konstytucji RP zasadę demokratycznego państwa prawa”¹⁶⁹. W aktualnym stanie prawnym zasada *nullum crimen*... została wyraźnie wyartykułowana przez ustrojodawcę: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia” (art. 42 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji).

Z treści art. 42 ust. 1 Konstytucji, interpretowanego z uwzględnieniem zasady demokratycznego państwa prawnego, Trybunał Konstytucyjny wyprowadził zasadę dostatecznej określoności czynu zabronionego (*nullum crimen sine lege certa*)¹⁷⁰. Jak zatem stwierdził Trybunał w wyroku z 1 grudnia 2010 r.: „...zasada określoności przepisów prawnokarnych wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji pozwala na przeprowadzenie swoistego testu konstytucyjności niezupełnych przepisów karnych (odsyłających, blankietowych). Nakazuje mianowicie precyzyjne i jednoznaczne określenie wszystkich elementów normy prawnokarnej, aby zarówno dla jej adresata, jak i organów stosujących prawo nie budziło wątpliwości, kto może ponieść odpowiedzialność karną – jest adresatem nakazu lub zakazu, jakie zachowanie się jest zabronione – co stanowi czyn zabroniony pod groźbą kary i wreszcie, jaka jest przewidziana sankcja. Przepisy karne mogą mieć zatem także charakter odsyłający, o ile na ich podstawie i przepisów, do których odsyłają, da się bez wątpliwości precyzyjnie dekodować zupełną normę prawnokarną”¹⁷¹.

¹⁶⁸ A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 17/3 (2013), s. 5.

¹⁶⁹ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 25 września 1991 r., S 6/91, OTK 1991/1/34.

¹⁷⁰ P. Karlik, T. Sroka, P. Wiliński, komentarz do art. 42, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016, nb. 111.

¹⁷¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 1 grudnia 2010 r., K 41/07, OTK-A 2010/10/127, pkt III.3.2.

Zważywszy na okoliczność, że w polskim porządku prawnym dokonanie przez lekarza aborcji wypełnia znamiona przestępstw inkryminowanych przez art. 152 i 153 k.k.¹⁷², zaś objęte wnioskiem przepisy u.p.r. wyznaczają zakres wyłączenia karalności (bezprawności) przerwania ciąży, czyli uśmiercenia dziecka poczętego, to w świetle poczynionych ustaleń związanych z nieprecyzyjnym określeniem „przesłanek eugenicznych” (pkt 4.2 niniejszej opinii) stwierdzić trzeba, że nie ma dostatecznej jasności co do znamion negatywnych strony przedmiotowej wszystkich czynów zabronionych zdefiniowanych w art. 152 i 153 k.k. Użycie w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., sformułowań takich jak: „duże prawdopodobieństwo”, „ciężkie upośledzenie” czy „nieuleczalna choroba”, przynajmniej w zakresie, w jakim może mieć to znaczenie w konkretnej sprawie karnej, wskazuje na nieprecyzyjność granicy odpowiedzialności karnej osoby, dopuszczającej się przestępstw stypizowanych w art. 152 i 153 k.k. W rezultacie uznać należy, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

10. Konkluzja

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji, Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris pragnie w przedmiotowej sprawie zainicjowanej przez grupę posłów na Sejm RP IX Kadencji wnioskiem z 19 listopada 2019 r., rozpoznawanej pod sygn. akt K 1/20, przedstawić następującą opinię:

- 1) art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży są niezgodne z art. 2, art. 30, art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;**
- 2) art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy powołanej w pkt 1 jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP;**
- 3) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.**

¹⁷² Zob. M. Szwarczyk, komentarz do art. 152..., uwaga 4.