4/A/2021

WYROK

z dnia 22 października 2020 r.
Sygn. akt K 1/20

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Julia Przyłębska – przewodniczący
Zbigniew Jędrzejewski
Leon Kieres
Mariusz Muszyński
Krystyna Pawłowicz
Stanisław Piotrowicz
Justyn Piskorski – sprawozdawca
Piotr Pszczółkowski
Bartłomiej Sochański
Jakub Stelina
Wojciech Sych
Michał Warciński
Jarosław Wyrembak,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 22 października 2020 r., wniosku grupy posłów o zbadanie zgodności:

art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie 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, ze zm.) z art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka,

ewentualnie – w razie nieuwzględnienia powyższego:

art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z art. 38 w związku z art. 30 i art. 31 ust. 3 oraz z art. 38 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację,

oraz:

art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 2 i art. 42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że legalizują przerywanie 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,

o r z e k a:

Art. 4a ust. 1 pkt 2 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 1995 r. Nr 66, poz. 334, z 1996 r. Nr 139, poz. 646, z 1997 r. Nr 141, poz. 943 i Nr 157, poz. 1040, z 1999 r. Nr 5, poz. 32 oraz z 2001 r. Nr 154, poz. 1792) **jest niezgodny z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Ponadto p o s t a n a w i a:

umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.

Orzeczenie zapadło większością głosów.

UZASADNIENIE

I

1. Grupa posłów na Sejm IX kadencji (dalej: wnioskodawca) we wniosku z 19 listopada 2019 r. zwróciła się do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisów ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78, ze zm.; dalej: u.p.r., zaskarżone przepisy).

1.1. Zdaniem wnioskodawcy:

a) art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. są niezgodne z art. 30 Konstytucji przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka;

b) art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. są niezgodne z art. 38 w związku z art. 30 i art. 31 ust. 3 oraz z art. 38 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację;

c) art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. są niezgodne z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 2 i art. 42 Konstytucji przez to, że legalizują przerywanie 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.

1.2. Wnioskodawca wskazał, że pełna norma prawna wynikająca z zaskarżonych przepisów powinna być rozważana w związku z ustawą z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 139, poz. 646, ze zm.), która nałożyła na publiczne zakłady opieki zdrowotnej specyficzne obowiązki w zakresie realizacji przepisów ustawy i jednocześnie uchyliła art. 149a § 3 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. –

Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.), zawierający katalog okoliczności wyłączających przestępność czynu spowodowania śmierci dziecka poczętego. W aktualnej formie zaskarżone przepisy określają znamiona przestępstwa przerywania ciąży określonego w art. 152 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.). Obecnie przyjęty model regulacji przerywania ciąży opiera się na wskazaniach do przeprowadzenia takiego zabiegu, jednocześnie zakładając społeczną szkodliwość i karalność przerywania ciąży w przypadkach nieokreślonych w u.p.r.

1.3. Wnioskodawca podniósł eugeniczny charakter zabiegu przerwania ciąży wykonywanego w oparciu o zaskarżone przepisy. Wątpliwości konstytucyjne wzbudziły w nim zarówno ich wykładnia, jak i zastosowanie. Przesłanka „ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu" umożliwia przerwanie ciąży w sytuacji, gdy upośledzenie płodu w żaden sposób nie zagraża jego życiu, rozwojowi umysłowemu ani życiu lub zdrowiu matki. Przesłanka „nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu" prowadzi do istotnego zróżnicowania podmiotów podobnych ze względu na wspólną cechę, jaką jest stan zdrowia dziecka. Zatem art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. zakazuje przerwania ciąży, gdy nieuleczalna choroba nie zagraża życiu płodu, a spowoduje ona inwalidztwo urodzonego dziecka, jednocześnie dopuszczając przerwanie ciąży, gdy to samo inwalidztwo wynika z wady genetycznej płodu.

Dopuszczalność przerywania ciąży ze względu nie na aktualny stan zdrowia, ale na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu powoduje przyjęcie domniemania na niekorzyść dziecka poczętego. Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, nieprawidłowości skutkujące nieprzerwaniem ciąży z przyczyn określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., jako czyn niedozwolony, powodują odpowiedzialność odszkodowawczą. Stan taki jest sprzeczny z zasadą rozstrzygania *in dubio pro vitae humana*.

1.4. W odniesieniu do zarzutu niezgodności zaskarżonych przepisów z art. 30 Konstytucji, przez to, że legalizują one praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka, wnioskodawca wskazał, że zakres podmiotowy praw i wolności konstytucyjnych obejmuje swym zakresem także okres prenatalny rozwoju człowieka. Podniósł też, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie ma możliwości wartościowania ludzkiego życia. Nie można twierdzić, że niedopuszczalność przerwania ciąży w przypadku dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu wiązałaby się ze stawianiem kobiecie ciężarnej wymagań, których spełnienie oznaczałoby jej przedmiotowe traktowanie. Zabieg przerwania ciąży w przypadku zajścia ustawowych przesłanek, określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., nie znajduje również dostatecznego uzasadnienia w konflikcie między obowiązkiem ochrony życia poczętego a realizacją wolności kobiety i ochroną jej psychicznego dobrostanu.

Wnioskodawca wywodził, że ludzkie życie nie podlega wartościowaniu, w związku z czym należy rozważyć ponownie *ratio legis* zaskarżonych przepisów, gdyż skutkiem przyjętych rozwiązań jest uprzedmiotowienie, „depersonifikacja" i „reifikacja" poczętych dzieci, które w żadnym sensie nie są agresorami. Stają się one jedynie obiektami akcji skierowanych na selekcję „życia defektywnego" lub „życia niewartego przeżycia". Zaskarżone przepisy negują więc wartość życia, ewentualnie wprowadzają niedozwolone różnicowanie samej wartości życia, a zatem bezwzględnie i zupełnie uchylają ochronę prawną płodu, nie chroniąc i nie szanując należnej dziecku jeszcze nieurodzonemu godności.

1.5. W uzasadnieniu ewentualnego zarzutu niezgodności zaskarżonych przepisów z art. 38 w związku z art. 30 i art. 31 ust. 3 oraz art. 38 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji, przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację, wnioskodawca podniósł, że konstytucyjne pojęcie „człowieka" obejmuje swym zakresem podmiotowym każdą istotę posiadającą genom ludzki niezależnie od etapu rozwoju, co wynika zarówno z orzecznictwa, ale również z wykładni historycznej oraz analizy intencji ustrojodawcy, jak i domniemania *in dubio pro vitae humana*. Tak szeroki zakres podmiotowy tego pojęcia znajduje uzasadnienie w ochronie godności ludzkiej. Jeżeli godność przysługuje człowiekowi od momentu powstania życia ludzkiego, to wykładnia art. 38 w perspektywie art. 30 Konstytucji prowadzi do wniosku, że życie jest objęte prawną ochroną także w fazie prenatalnej. Skoro życie ludzkie nie podlega wartościowaniu według jakichkolwiek kryteriów, to nie mogą stać się nimi kryteria urodzenia lub woli rodziców. Próba dzielenia ludzi na tych, którym przysługuje ochrona prawna, i tych, którzy są jej pozbawieni, jest sprzeczna z art. 38 Konstytucji, z którego wynika całkowity zakaz wprowadzania przepisów upoważniających do celowego i umyślnego pozbawienia życia człowieka, jeżeli brak jest takiej konieczności z punktu widzenia ochrony praw i wolności albo jeżeli chodzi o osobę, która swoim działaniem nie wywoła konieczności takiej reakcji.

Dodatkowo, zdaniem wnioskodawcy, naruszenie przytoczonych wzorców kontroli konstytucyjnej widoczne jest już podczas analizy samej treści art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. ze względu na różnicowanie zakresu ochrony życia ludzkiego w aspekcie temporalnym oraz różnicowanie go bez dostatecznego uzasadnienia w zakresie prawa do życia płodów chorych i upośledzonych. Ponadto ten przepis narusza zasadę proporcjonalności w zakresie prawa do życia.

1.6. W odniesieniu do drugiego zarzutu ewentualnego – niezgodności zaskarżonych przepisów z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 2 i art. 42 Konstytucji przez to, że legalizują przerywanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia konieczności ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługują się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego – wnioskodawca podniósł, że zaskarżone przepisy różnicują intensywność ochrony życia chorego dziecka, a także negują samą jego wartość tylko z powodu podejrzenia choroby lub upośledzenia. Nie uzasadniają ich żadne wartości, zasady i prawa konstytucyjne plasujące się wyżej w hierarchii dóbr konstytucyjnych niż życie ludzkie. Wziąwszy pod uwagę to, że jednocześnie przepisy te określają znamiona przestępstwa z art. 152 k.k., nie można uznać, iż pozwalają one w każdym przypadku jednoznacznie stwierdzić, czy przerwanie ciąży jest zagrożone sankcją karną, czy nie. Użycie przez ustawodawcę dużej liczby nieprecyzyjnych i niejasnych pojęć sprzeczne jest również z zasadą określoności przepisów prawnych, szczególnie istotną w przypadku przepisów represyjnych. Tym samym również osoby przeprowadzające zabiegi przerywania ciąży mogą ponieść konsekwencje niedookreśloności i nieprecyzyjności zaskarżonych przepisów.

1.7. Pod wnioskiem podpisało się 118 posłów, przy czym na załączonej do wniosku liście znalazło się łącznie 119 podpisów. Podpis posła Sławomira Skwarka został umieszczony dwukrotnie (s. 4, poz. 34 i s. 5, poz. 7).

2. W piśmie z 14 października 2020 r. stanowisko w sprawie zajął Prokurator Generalny, wnosząc o stwierdzenie, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r.

są niezgodne z art. 30 i art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 i w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji. W pozostałym zakresie Prokurator Generalny wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK) wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

2.1. Uzasadniając przedstawione stanowisko, Prokurator Generalny w pierwszej kolejności wskazał, że przesłanka przerwania ciąży, określona w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., jest tradycyjnie określana jako eugeniczna. Jakkolwiek nie należy uznawać tego miana za w pełni adekwatne, to jest jednak ono głęboko zakorzenione w piśmiennictwie.

2.2. Omawiając zaskarżone przepisy, Prokurator Generalny zauważył, że pojęcia występujące w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. są nieostre i wymagają w każdym przypadku oceny lekarza, wydającego orzeczenie o stwierdzeniu okoliczności uzasadniających przerwanie ciąży. Zaznaczył przy tym, że pojęcie „ciężkiego upośledzenia płodu" nie musi oznaczać ograniczenia sprawności fizycznej lub psychicznej na tyle poważnego, by zagrażało życiu dziecka poczętego. Nieodwracalność oznacza zaś sytuację, w której istniejącego stanu płodu nie da się zmienić, a upośledzenie będzie miało trwały charakter. Omawiając pojęcie „nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu" Prokurator Generalny odwołał się do poglądów doktryny i orzecznictwa dotyczących art. 156 § 1 pkt 2 k.k., przy czym stwierdził, że ocena w tym zakresie powinna być dokonywana *in concreto* przez lekarza.

2.3. Prokurator Generalny wskazał, że pojęcie „człowiek" na gruncie Konstytucji ma samodzielne znaczenie, niezależne od znaczenia przyznanego mu w ustawodawstwie zwykłym. Analiza poglądów doktryny oraz dotychczasowego orzecznictwa Trybunału nakazuje przyjąć, że człowiekowi również w okresie przed narodzinami przysługuje godność ludzka, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych, przy czym za podstawowy obowiązek należy uznać zapewnienie przez Rzeczpospolitą Polską każdemu człowiekowi prawnej ochrony życia, również w fazie prenatalnej. Jak wskazał, „trzeba przyjąć, że przerwanie ciąży, skoro łączy się ze spowodowaniem śmierci płodu, stanowi pozbawienie życia rozwijającego się płodu, a tym samym – pozbawienie życia człowieka". Prawna ochrona życia nie ma charakteru absolutnego, jednakże wprowadzenie jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie musi mieścić się w granicach określonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2.4. W ocenie Prokuratora Generalnego, jest oczywiste, że bezwzględna ochrona życia ludzkiego w fazie prenatalnej może kolidować z rozmaitymi dobrami i interesami chronionymi przez Konstytucję. Szczególna sytuacja zachodzi w przypadku, gdy ciąża stanowi zagrożenie życia kobiety. Z kolei wartość w postaci zachowania przez kobietę ciężarną określonego statusu majątkowego czy charakteru relacji z innymi osobami nie może być uznana za równorzędną w stosunku do wartości jaką stanowi życie ludzkie, także w fazie prenatalnej. Ponadto dopuszczalność przerwania ciąży w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, nie może być uzasadniona samym faktem upośledzenia płodu lub jego nieuleczalnej choroby. W świetle art. 30 i art. 38 Konstytucji rozstrzyganie kolizji nie powinno brać pod uwagę okoliczności związanych ze stanem zdrowia płodu jako samoistnej podstawy do przerwania ciąży. Wykluczona jest zatem możliwość różnicowania ludzi, według jakiegokolwiek kryterium, na tych, którym przysługuje prawna ochrona życia, oraz na tych, którzy takiej ochrony są pozbawieni.

W dalszej kolejności Prokurator Generalny rozważał – w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji – czy przerwanie ciąży na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. może być uzasadnione interesem kobiety ciężarnej. W odwołaniu do poglądów doktryny zauważył, że okoliczności wskazane w tym przepisie nie odnoszą się do zdrowia kobiety ciężarnej i nie mogą być odczytywane jako domniemanie zagrożenia dla jej zdrowia psychicznego. Jeżeli zaś świadomość upośledzenia lub nieuleczalnej choroby płodu miałaby prowadzić do istotnego zakłócenia zdrowia psychicznego, to zastosowanie powinna znaleźć przesłanka przerwania ciąży określona w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Prokurator Generalny wykluczył także, jako uzasadnienie ograniczenia prawnej ochrony życia dziecka poczętego, powołanie się na konstytucyjne regulacje dotyczące godności człowieka i nieludzkiego traktowania, a także okoliczność związaną z obciążeniami, które mogą wynikać z konieczności wychowania dziecka upośledzonego lub chorego i opieki nad nim. Abstrakcyjne porównanie wartości życia dziecka poczętego oraz domniemanych wartości i interesów stojących u podstaw przyjętych przesłanek dopuszczalności przerywania ciąży prowadzi do wniosku, że ograniczenia prawa do prawnej ochrony prawa do życia, jakie zostały przewidziane w art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r., nie spełniają wymogu wynikającego z zasady proporcjonalności. Interes kobiety nie może być *in abstracto* uznany za stojący w hierarchii wartości konstytucyjnych wyżej niż ochrona życia *nasciturusa*. Ustawodawca nie ma zaś pełnej swobody rozstrzygania w przypadku kolizji dóbr. Musi uwzględniać w szczególności ich pozycję w hierarchii konstytucyjnej, adekwatność stosowanych środków ochronnych oraz zasadę konieczności, która nakazuje, aby ochrona lub realizacja jednej wartości odbywała się z jak najmniejszym ograniczeniem innych praw lub wolności konstytucyjnych.

Prokurator Generalny wskazał, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. ma charakter eugeniczny. Zawarte w nim kryterium zróżnicowania opiera się na ewidentnym założeniu, że życie płodu dotkniętego ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem, nawet jeśli stan ten nie łączy się z zagrożeniem jego życia, odznacza się mniejszą wartością niż życie płodu dotkniętego nieuleczalną, choć niezagrażającą jego życiu chorobą.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji, życie ludzkie nie podlega wartościowaniu ze względu na jakąkolwiek okoliczność – nie można bowiem dzielić istot ludzkich na posiadające godność ludzką, i jej nieposiadające, a przez to niezasługujące na równą ochronę wartości ich życia. Dostrzegł również – odnosząc się do art. 4a ust. 2 u.p.r., że ochrona płodu w przypadku przesłanki określonej w art. 4a ust. 1 pkt 3 u.p.r. jest silniejsza – w aspekcie temporalnym – niż w przypadku przesłanki określonej w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

2.5. W kontekście zarzutu niezgodności zaskarżonych przepisów z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 2 i art. 42 Konstytucji, Prokurator Generalny podniósł, że naruszenie art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji jest konsekwencją przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji art. 152 k.k., zgodnie z którą – poza znamieniem zgody kobiety – pozostałe przesłanki przestępności czynu określa inna ustawa, tj. u.p.r. Użyta konstrukcja odesłania do innego aktu normatywnego, mająca charakter blankietowy, w połączeniu z niedostateczną określonością okoliczności pozwalającej na legalne przerwanie ciąży – w przypadku gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu – prowadzą do wniosku, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 u.p.r., z uwagi na ich niedostateczną określoność, są niezgodne z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji.

Powyższe przekłada się również na niezgodność zaskarżonych przepisów z zasadami poprawnej legislacji i dostatecznej określoności przepisów prawa, wywiedzionymi z art. 2 Konstytucji. Niedochowanie przez ustawodawcę konstytucyjnego standardu dostatecznej określoności przepisów karnych to w istocie konsekwencja i refleks niewystarczającej okre-

ślności przesłanek uzasadniających dopuszczalność przerwania ciąży ujętych w art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 u.p.r.

3. W piśmie z 19 października 2020 r., w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, stanowisko przestawił Marszałek Sejmu, wnosząc o stwierdzenie, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. oraz art. 4a ust. 2 u.p.r., w części obejmującej wyrazy „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", są niezgodne z art. 38 w związku z zasadą określoności przepisów prawa, wywodzoną z art. 2, art. 30, art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji. W pozostałym zakresie wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

3.1. Marszałek Sejmu wskazał, że wniosek inicjujący niniejsze postępowanie jest tożsamy z wnioskiem grupy posłów na Sejm VIII kadencji, rozpatrywanym przez Trybunał pod sygn. K 13/17. Stanowisko Sejmu w tamtym postępowaniu – przedłożone Trybunałowi przez Marszałka Sejmu – było przedmiotem opinii Komisji Ustawodawczej, która przedstawiła stanowisko o niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów. Choć postępowanie w tamtej sprawie zostało umorzone ze względu na upływ kadencji Sejmu i wynikającą z u.o.t.p.TK zasadę dyskontynuacji, Marszałek Sejmu stwierdził, że z uwagi na tożsamość przedmiotową obu spraw Sejm podtrzymał wyrażoną uprzednio ocenę konstytucyjności zaskarżonych przepisów, jak i powołaną w tym zakresie argumentację, przedstawioną w sprawie o sygn. K 13/17. Stanowisko Sejmu w niniejszym postępowaniu stanowi zasadniczą kontynuację poprzedniego stanowiska.

3.2. Dokonując analizy formalnoprawnej, Marszałek Sejmu zwrócił uwagę, że zaskarżony przez wnioskodawcę art. 4a ust. 2 u.p.r. składa się wyłącznie z jednego zdania. Zawiera ono dwie odmienne regulacje dotyczące ram czasowych dopuszczalności przerwania ciąży, przy czym – w płaszczyźnie redakcyjnej – unormowania te zostały oddzielone poprzez zastosowanie średnika, a nie przez zawarcie w art. 4a ust. 2 u.p.r. kilku zdań. Wobec tego Sejm uznał, że zgodnie z intencją wnioskodawcy przedmiot kontroli powinien stanowić art. 4a ust. 2 u.p.r. w części obejmującej wyrazy „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".

Marszałek Sejmu uznał także, że zarzut wnioskodawcy dotyczący niezgodności zaskarżonych przepisów z – ujętym jako związkowy wzorzec kontroli – art. 42 ust. 1 i 2 Konstytucji nie może podlegać rozpoznaniu z uwagi na dwie okoliczności. Po pierwsze, zaskarżone przepisy nie są przepisami karnymi, które mogłyby samodzielnie podlegać ocenie z punktu widzenia zasady dostatecznej określoności przepisów represyjnych – takim przepisem jest bowiem art. 152 § 1 k.k., zaś z treści wniosku wynika, że przedmiotem kontroli są wyłącznie przepisy u.p.r. Po drugie, uzasadnienie wniosku w tym zakresie nie spełnia wymogów przewidzianych w art. 47 ust. 2 pkt 4 u.o.t.p.TK. Tym samym, zdaniem Marszałka Sejmu, postępowanie w zakresie badania zgodności zaskarżonych przepisów z art. 42 ust. 1 i 2 Konstytucji podlega umorzeniu ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

3.3. Odnosząc się do kwestii merytorycznych, Marszałek Sejmu omówił w pierwszej kolejności zarzut niezgodności zaskarżonych przepisów z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak zaznaczył, przyjęta w tym względzie ocena będzie przesądzała o zasadności zarzutu naruszenia art. 30 Konstytucji, zaś przedstawione przez wnioskodawcę zarzuty odno-

szące się do tego wzorca są w istocie powieleniem argumentacji przywołanej na poparcie tezy o niezgodności zaskarżonych przepisów z art. 38 Konstytucji.

Marszałek Sejmu uznał – uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo Trybunału, dominujące stanowisko doktryny, jak również argumenty odwołujące się do wykładni językowej i historycznej – za uzasadnione stwierdzenie, że istota ludzka w okresie życia płodowego mieści się w pojęciu „człowiek" w rozumieniu art. 38 i art. 30 Konstytucji, co przemawia za koniecznością objęcia płodu ochroną przewidzianą w tych przepisach. Wskazał również, że prawna ochrona życia nie ma charakteru bezwzględnego i może podlegać ograniczeniom, które muszą się mieścić w granicach wyznaczonych przez wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadę proporcjonalności. Niemniej jednak ochronie ludzkiego życia powinien zostać przyznany priorytet w stosunku do pozostałych wolności i praw konstytucyjnych. O ile życiu w fazie prenatalnej można przeciwstawić wymienione przez wnioskodawcę prawa w postaci ochrony sytuacji materialnej i życiowej rodziców, ochrony wolności matki czy przeciwdziałania określonym stanom emocjonalnym matki w związku z wychowywaniem dziecka śmiertelnie chorego bądź głęboko upośledzonego, to podjęcie decyzji o przerwaniu ciąży nie musi być niezbędne do zapewnienia realizacji dobra w postaci komfortu psychicznego matki, a w istocie może doprowadzić do nieoczekiwanych i odwrotnych skutków. Powyższe twierdzenia prowadzą do przekonania, że nie jest spełniony wymóg konieczności ochrony danego dobra, a w pewnych sytuacjach zaskarżone przepisy wręcz nie są w stanie doprowadzić do zamierzonych przez prawodawcę skutków.

W dalszej kolejności Marszałek Sejmu odniósł się do przesłanki „dużego prawdopodobieństwa ciężkiego upośledzenia lub nieuleczalnej choroby". Wskazał, że otwiera to pole do wystąpienia sytuacji, w której dojdzie do podjęcia działań skutkujących usunięciem płodu, mimo że faktycznie okoliczności te nie wystąpiły. Art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. obejmuje szerokie spektrum chorób oraz upośledzeń, od wad genetycznych, po wady letalne, skutkujące narodzinami martwego dziecka bądź też jego śmiercią wkrótce po narodzeniu. Stwierdził, że w wielu przypadkach nie jest spełniony wymóg konieczności w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, oraz przypomniał, że Trybunał wskazywał w dotychczasowym orzecznictwie, że przesłanka konieczności w odniesieniu do prawnej ochrony życia, na gruncie art. 38 Konstytucji, musi być interpretowana w kierunku zbieżnym z kryterium absolutnej konieczności.

Z analogicznych względów trudno uznać, że spełnione zostały wymogi stawiane przez zasadę proporcjonalności *sensu stricto*. Wynika to z tego, że wartości, które miałyby podlegać ochronie kosztem życia dziecka poczętego, mają różny charakter, odznaczają się zróżnicowaną intensywnością i dotyczą odmiennych stanów faktycznych, a ponadto są połączone z prognostycznym charakterem ich wystąpienia.

Marszałek Sejmu zaznaczył ponadto, że skutek zastosowania zaskarżonych przepisów w postaci śmierci płodu prowadzi do naruszenia istoty jego prawa do życia.

Konkludując, Marszałek Sejmu stwierdził, że nie występuje dobro konstytucyjnie chronione, któremu należałoby przyznać pierwszeństwo w stosunku do ochrony życia ludzkiego, a zaskarżone przepisy nie spełniają – wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji – wymogów: konieczności, przydatności (w niektórych przypadkach) oraz proporcjonalności *sensu stricto*.

3.4. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 32 Konstytucji, Marszałek Sejmu podkreślił, że zaskarżone przepisy wprowadzają zróżnicowanie traktowania istoty ludzkiej w okresie prenatalnym na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, poprzez określenie różnych ram czasowych, w których można przeprowadzić zabieg przerwania ciąży w zależności od tego, czy dotyczy to ciąży powstałej w wyniku czynu zabronionego, czy też płód jest obciążony ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą zagrażającą jego życiu.

Po drugie, dopuszczalność przerwania ciąży została uzależniona od tego, czy płód jest zdolny do życia poza organizmem matki, czy też nie. Po trzecie, ustawodawca zróżnicował pozycję istoty ludzkiej obciążonej ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą zagrażającą jej życiu w zależności od tego, czy dotyczą osoby na etapie przed, czy po urodzeniu. Tego rodzaju okoliczności nie mogą stanowić podstawy dla odmiennego traktowania w zakresie prawnej ochrony życia, zaś rozróżnienia oparte o wymienione kryteria mają charakter dyskryminujący. Przemawia to za uznaniem, że zaskarżone przepisy – naruszając zasadę równości zarówno w jej aspekcie pozytywnym, tj. prawo do równego traktowania, jak i aspekcie negatywnym, tj. zakaz dyskryminacji – są niezgodne z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji. Marszałek Sejmu wskazał przy tym, że w przypadku uznania zaskarżonych przepisów za niezgodne z art. 32 ust. 1 Konstytucji, odrębne rozstrzygnięcie przez Trybunał w przedmiocie naruszenia art. 32 ust. 2 Konstytucji będzie zbędne.

3.5. W dalszej kolejności Marszałek Sejmu odniósł się do zarzutu naruszenia art. 30 Konstytucji. Wskazał przy tym, że brak jest podstaw do uznania art. 30 Konstytucji za właściwy wzorzec kontroli w zakresie, w jakim przepis ten traktowany jest jako źródło konstytucyjnych wolności i praw jednostki wyrażonych w rozdziale II Konstytucji, a także w zakresie, w którym przepis ten wyraża wartości, wolności bądź prawa konstytucyjne, niewyrażone wprost w Konstytucji. Odmiennie jednak przedstawia się problem jego naruszenia w zakresie, w jakim wynika z niego zakaz przedmiotowego traktowania podmiotów konstytucyjnych wolności i praw.

Pełne uzależnienie płodu od matki nie powoduje, że traci on swoją podmiotowość i w konsekwencji może być traktowany w sposób przedmiotowy. Postrzeganie go w kategorii podmiotu wynika z uznania go za istotę ludzką. Płód pozostaje istotą samoistną biologicznie, choć fizjologicznie zależną od organizmu matki do czasu nabycia zdolności do życia poza nim.

Zaskarżone przepisy prowadzą do powstania stosunku pełnej zależności płodu od działań podmiotów zewnętrznych, przy czym następstwem tych działań jest unicestwienie najwyższej wartości w postaci życia ludzkiego, a tym samym również podmiotowości płodu. Przedmiotowe traktowanie prowadzące do śmierci płodu mogłoby znajdować uzasadnienie w razie wystąpienia innej wartości o pozycji równej lub wyższej w hierarchii konstytucyjnej. Jednakże dopuszczenie przerwania ciąży z przyczyn określonych w zaskarżonych przepisach musi zostać uznane za przejaw traktowania płodu w sposób przedmiotowy, co prowadzi do naruszenia godności istoty ludzkiej w sferze przysługującej jej, na podstawie art. 38 Konstytucji, prawnej ochrony życia.

3.6. W odniesieniu do zarzutu naruszenia zasady dostatecznej określoności przepisów prawnych, wynikającej z art. 2 Konstytucji, Marszałek Sejmu podniósł, że użyte w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. kwantyfikatory charakteryzują się różnym stopniem określoności. O ile pojęcia „nieodwracalnego upośledzenia" i „nieuleczalnej choroby" są stosunkowo jasne, o tyle pojęcia „ciężkie upośledzenie" oraz „choroba zagrażająca życiu" obejmują zarówno choroby o charakterze letalnym, jak i zespoły zaburzeń genetycznych, które nie stanowią przeszkody do życia i samorealizacji dotkniętej nią osoby. Istotna wątpliwość dotyczy również kwestii, czy choroba ma stanowić zagrożenie dla życia na etapie przed, czy już po narodzeniu. Ponadto niedookreśloność dotyczy także art. 4a ust. 2 u.p.r. w zakresie, w którym jako graniczny moment dopuszczalności przerwania ciąży wskazano „osiągnięcie przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej".

Tak określone przesłanki, przy zastosowaniu wykładni rozszerzającej, mogą skutkować tym, że przerwanie ciąży będzie w przeważającym stopniu dokonywane *de facto* ze

względów społecznych, nie zaś medycznych. Co więcej, przesłanki przerwania ciąży interpretowane są szeroko, co powoduje, że życie ludzkie poświęcane jest na rzecz dobra o niższej wartości. Ponadto, ze względu na wymóg „dużego prawdopodobieństwa" wystąpienia ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, należy stwierdzić, że dla dopuszczalności przerwania ciąży wystarczająca jest sama prognoza zaistnienia tych okoliczności, a nie ich wystąpienie, przy czym kwantyfikator „dużego prawdopodobieństwa" jest stopniowalny.

Marszałek Sejmu wobec tego stwierdził, że zaskarżone przepisy są nieprecyzyjne w stopniu prowadzącym do naruszenia zasady dostatecznej określoności przepisów prawnych, a ich brzmienie nie zapewnia jednolitej wykładni i stosowania. Znaczący luz interpretacyjny może skutkować nadmierną ingerencją w sferę ochrony życia przysługującej płodowi, naruszając samą istotę konstytucyjnej wartości, jaką jest życie ludzkie.

4. Rzecznik Praw Obywatelskich, pomimo prawidłowego zawiadomienia, nie zgłosił udziału w postępowaniu.

5. W piśmie z 19 października 2020 r. Rzecznik Praw Dziecka (dalej: RPD) przedstawił opinię *amici curiae*, w której wyraził poparcie dla wniosku grupy posłów oraz wskazanej w nim argumentacji.

5.1. Uzasadniając swoje stanowisko, RPD wskazał, że liczba wykonywanych zabiegów przerwania ciąży na podstawie u.p.r. stale wzrasta, zaś najczęstszą ich przyczyną jest stwierdzenie trisomii 21, czyli zespołu Downa. RPD podkreślił przy tym, że osoby cierpiące na zespół Downa potrafią funkcjonować ze wsparciem instytucjonalnym lub osób najbliższych, a w niektórych wypadkach nawet samodzielnie. Ponadto osoby te nawiązują bliskie relacje emocjonalne z innymi ludźmi, przy czym największą przeszkodą dla ich funkcjonowania w społeczeństwie są postawy dyskryminacyjne, z którymi się spotykają, a także brak rozwiązań systemowych pozwalających na uzyskanie pełnego wsparcia przez osoby sprawujące nad nimi opiekę. Zdaniem RPD, najbardziej prawdopodobną przyczyną wzrostu liczby zabiegów przerywania ciąży jest brak tolerancji społecznej w stosunku do osób cierpiących na choroby o podłożu genetycznym, zwłaszcza te, które powodują widoczną dysmorfię.

5.2. W dalszej kolejności RPD zaznaczył, że obowiązek prawnej ochrony życia poczętego wynika nie tylko z Konstytucji, ale również z aktów prawa międzynarodowego, w tym z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską 30 września 1991 r. Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, ze zm.; dalej: Konwencja). W akapicie dziesiątym preambuły Konwencji zadeklarowano, nawiązując do Deklaracji Praw Dziecka, że 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. Prowadzi to do wniosku, że zawarte w Konwencji gwarancje obejmują także prenatalną fazę ludzkiego życia. Ponadto Konwencja przewiduje prawo do godności życia, polegające na umożliwieniu osiągnięcia niezależności oraz ułatwienia aktywnego uczestnictwa w życiu społecznym każdemu dziecku psychicznie lub fizycznie niepełnosprawnemu (art. 23 Konwencji) oraz zobowiązuje państwo do zapewnienia każdemu dziecku najwyższego poziomu ochrony zdrowia i udogodnień w zakresie leczenia chorób oraz rehabilitacji zdrowotnej (art. 24 Konwencji). RPD zauważył również, że nie ma przepisów rangi konstytucyjnej czy międzynarodowej, które dopuszczałyby prawo do śmierci, w tym prawo do aborcji, w szczególności na podstawie uprawdopodobnienia dysfunkcji zdrowotnych.

RPD podkreślił, że w świetle brzmienia art. 38 Konstytucji oraz orzeczenia TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, należy stwierdzić, że nie ma argumentów za zmianą interpretacji momentu rozpoczęcia tej ochrony. Powinna się ona rozpoczynać od momentu poczęcia i obejmować cały okres ciąży. Zaznaczył ponadto, że na gruncie art. 30 Konstytucji „podmiotem prawa do godności jest zarówno matka dziecka jak i nienarodzone dziecko". Prawa te nie muszą ze sobą kolidować pomimo ich powiązania – potencjalne zagrożenia godności kobiety wiążą się przede wszystkim z utrudnieniami, jakie może napotykać już po narodzeniu dziecka, a nie w związku z samą ciążą. Potencjalne zagrożenie może zaś zostać wyeliminowane w wyniku stosowania zakazu dyskryminacji oraz przy zastosowaniu praw wynikających z Konwencji.

5.3. Odnosząc się do zarzutów naruszenia zasady równości wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji, RPD wskazał, że dotyczy ona również dzieci chorych, które mogą prawidłowo funkcjonować w swoich rolach społecznych z zapewnieniem im wsparcia, podobnie jak inne osoby, których uszczerbek na zdrowiu miał przyczyny niegenetyczne.

RPD zaznaczył również, że ustawodawca jednoznacznie wskazał w ustawie z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz. U. z 2020 r. poz. 141; dalej: u.RPD), iż człowiekiem – dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności, nie zastrzegając jednocześnie jakichkolwiek wyjątków w tym zakresie. Ustawodawca nie wskazał ponadto, że RPD nie stoi na straży dzieci poczętych, wobec których w procedurze medycznej uprawdopodabnia się, że są chore i powinny zostać wyeliminowane. Co więcej, w oparciu o regułę *lex posterior derogat legi priori*, należy stwierdzić, że unormowania zawarte w Konstytucji, jak i u.RPD, na nowo i w znacznie szerszym zakresie określają podstawowe prawo każdego człowieka, jakim jest prawo do życia od poczęcia. Oznacza to, że unormowanie zawarte w ustawie wcześniejszej, a więc tej zaskarżonej w niniejszej sprawie, jest w sposób oczywisty niezgodne z normami późniejszymi i nie może obowiązywać w Rzeczypospolitej Polskiej, będącej państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Zdaniem RPD, ustawodawca w zaskarżonych przepisach nie tylko nie zapewnia poszanowania zasady równości, ale również wprost dopuszcza dyskryminację poprzez selekcję nienarodzonych dzieci, pomimo braku zróżnicowania sytuacji prawnej osoby w przypadku takiej samej niepełnosprawności wynikającej z przyczyn genetycznych i niegenetycznych.

RPD wskazał ponadto, że pierwotnym *ratio legis* zaskarżonych przepisów było zapewnienie możliwości dokonania wyboru pomiędzy chronionymi dobrami – życiem matki i dziecka i ich godnością – w sytuacji, w której równorzędne dobra miałyby być faktycznie bezpośrednio narażone na istotny uszczerbek. Wykładnia rozszerzająca oraz narastająca dyskryminacja osób cierpiących na choroby o podłożu genetycznym powodują jednak, że zaskarżona regulacja jest stosowana jako funkcjonalny odpowiednik art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r., uznanego za niekonstytucyjny i nieuzasadniony potrzebą ochrony godności człowieka na mocy orzeczenia o sygn. K 26/96. Takie szerokie rozumienie i stosowanie przepisów pozwala na zaistnienie sytuacji, w których dobro w postaci życia ludzkiego i godności człowieka jest stawiane poniżej dobra w postaci abstrakcyjnego dobrego samopoczucia społecznego. Taka zmiana hierarchii praw człowieka jest niedopuszczalna.

RPD zwrócił także uwagę na potrzebę zapewnienia zwiększonego wsparcia rodzinom wychowującym dzieci cierpiące na choroby o podłożu genetycznym, co pozwoliłoby im na egzystencję bez cierpienia.

5.4. RPD zakończył opinię stwierdzeniem, że „hierarchia praw wynikających nie tylko z prawa naturalnego, ale i stanowionego nakazuje stawać wszystkim ludziom dobrej woli po stronie pełnej i nie znającej wyjątków ochrony prawa do życia od poczęcia każdego dziecka”.

6. W związku z rozpoznawaną sprawą do Trybunału wpłynęły także inne opinie i pisma.

6.1. Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris w piśmie z 8 października 2020 r. przedstawiła opinię *amici curiae* popierającą wniosek grupy posłów i zawartą w nim argumentację.

6.2. Wskazana wyżej fundacja w piśmie z 21 października 2020 r. przedłożyła międzynarodową opinię *amici curiae*, popartą przez liczne organizacje społeczne i przedstawicieli nauki z zagranicy, zgodnie z którą zaskarżone przepisy są niezgodne z Konstytucją i aktami prawa międzynarodowego. W opinii wskazano, że zaskarżone przepisy są nieprecyzyjne i nie uwzględniają obecnego stanu rozwoju wiedzy medycznej. Ponadto naruszają godność człowieka, przysługującą nienarodzonemu dziecku, poprzez pozbawienie go prawnej ochrony życia.

Opinię poparli: prof. dr Manfred Spieker, MaterCare Europe, Slovakia Christiana, Association for Life and Family, HFI, Federação Portuguesa pela Vida, C-Fam, Pro Vita & Familgia, Human Dignity Center, American Association of Pro-Life Obstetricians and Gynecologists, Family Watch International, International Organization for the Family, Crossroads Pro-Life, Människovärde, In the name of the family, Free Society Institute, Femina Europa, Campagne Quebec – Vie, Catholic Voice, CENAP, Culture of Life Africa, European Life Network, National Association of Catholic Families (NACF), Society for the Protection of Unborn Children, Population Research Institute, Voto Catolico Colombia, Vigilare Foundation, Personshood Alliance, Personshood Education, Precious Life, Cleveland Right to Life.

6.3. ADF International, organizacja prawna działająca na rzecz ochrony praw człowieka i wolności podstawowych, w piśmie z 13 października 2020 r. zaprezentowała opinię *amici curiae*, zgodnie z którą – w świetle prawa międzynarodowego i europejskiego – Rzeczpospolita Polska jest zobowiązana do zagwarantowania efektywnej ochrony nienarodzonego niepełnosprawnego dziecka i jego życia. Organizacja wskazała, że nienarodzone niepełnosprawne dziecko jest posiadaczem praw, w szczególności prawa do życia, którego nie mogą podważyć zaskarżone przepisy. Nienarodzone niepełnosprawne dziecko ma także prawo do osiągnięcia najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia. Według organizacji, zaskarżone przepisy naruszają zakaz selekcji dzieci i zakaz dyskryminacji osób niepełnosprawnych.

6.4. European Centre for Law and Justice (ECLJ), międzynarodowa organizacja pozarządowa zajmująca się promowaniem i ochroną praw człowieka w Europie, w piśmie z 16 października 2020 r. przedstawiła opinię *amici curiae*, w której wskazano, że system praw człowieka nie stwarza żadnego prawa do przerwania ciąży i zakazuje przerywania ciąży ze względów eugenicznych, zarówno w systemie europejskim, jak i konwencjonalnym systemie Narodów Zjednoczonych.

6.5. Polskie Stowarzyszenie Obrońców Życia Człowieka w piśmie z 14 października 2020 r. wskazało, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest niezgodny z normami konstytucyjnymi, albowiem art. 38 Konstytucji zapewnia każdemu człowiekowi – zarówno narodzonemu, jak i nienarodzonemu, także choremu czy niepełnosprawnemu – prawną ochronę życia.

6.6. Posłanka na Sejm Wanda Nowicka w piśmie z 19 października 2020 r., w imieniu posłanek Lewicy, wyraziła dezaprobatę wobec wniosku grupy posłów i zawartej w nim argumentacji, podkreślając, że pozbawienie kobiet możliwości decydowania o tym, czy przerwać ciążę, czy jednak urodzić dziecko z poważanymi wadami, wielokrotnie łamie prawa kobiet gwarantowane konstytucyjnie.

Pod pismem podpisały się senator Gabriela Morawska-Stanecka i posłanki: Magdalena Biejat, Agnieszka Dziemianowicz-Bąk, Monika Falej, Daria Gosek-Popiołek, Katarzyna Kotula, Katarzyna Kretkowska, Anita Kucharska-Dziedzic, Beata Maciejewska, Paulina Matysiak, Karolina Pawliczak, Monika Pawłowska, Małgorzata Prokop-Paczkowska, Joanna Scheuring-Wielgus, Małgorzata Sekuła-Szmajdzińska, Joanna Senyszyn, Anita Sowińska, Katarzyna Ueberhan, Marcelina Zawisza i Anna Maria Żukowska.

6.7. Centrum Życia i Rodziny w piśmie z 21 października 2020 r. wyraziło głębokie zaniepokojenie próbami wywierania presji na niezawisłość sędziów Trybunału Konstytucyjnego ze strony środowisk o skrajnie lewicowym światopoglądzie.

II

Na rozprawie 22 października 2020 r. pisemne stanowiska uczestników postępowania zostały podtrzymane przez ich umocowanych przedstawicieli.

W odpowiedzi na pytania członków składu orzekającego przedstawiciel wnioskodawcy poinformował o niektórych działaniach podjętych przez parlament w celu wspierania osób niepełnosprawnych oraz o obecnie prowadzonych pracach nad programami w tym zakresie. Choć udało się w ostatnich latach wiele zrobić, to jednak obowiązek podejmowania działań, które będą wspierać osoby niepełnosprawne ma charakter ciągły, wynikający z art. 69 Konstytucji. Wskazał ponadto, że badania prenatalne obarczone są istotnym ryzykiem błędnej diagnozy, zaś niezależne od tego, ilu lekarzy będzie je przeprowadzać, pozostaną w tym względzie obiektywne trudności. Nie wykluczył jednak możliwości stworzenie takiego systemu, który byłby nieco bardziej precyzyjny i eliminowałby przynajmniej niektóre błędne diagnozy. Stwierdził też, że wykładnia art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. w praktyce stała się bardzo liberalna, odbiegając od pierwotnej intencji ustawodawcy. Przedstawiciel wnioskodawcy wyjaśnił również, że jeśliby jednocześnie zaistniały okoliczności określone w art. 4a ust. 1 pkt 1 i pkt 2 u.p.r., to zastosowanie powinna znaleźć przesłanka dopuszczalności przerywania ciąży wskazana w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Ponadto wszystkie argumenty, które mogą przemawiać za utrzymaniem zaskarżonych przepisów, nie spełniają testu proporcjonalności, określonego w art. 31 ust. 3 Konstytucji, albowiem test ten zawsze wypada na korzyść prawa do życia.

Przedstawiciel wnioskodawcy zaznaczył, że zdarzają się pomyłki lekarskie w stawianych diagnozach, stąd rzeczywisty stan dziecka może różnić się od prognozowanego. Odnosząc się do kwestii, czy można w pewnych skrajnych przypadkach przyjąć, że natężenie upośledzenia albo choroby prowadzi do naruszenia godności kobiety, wskazał, iż być może takie sytuacje mogłyby być postrzegane jako zagrożenie jej życia. Niezależnie jednak od tego, należy pamiętać, że odebranie życia jest działaniem definitywnym, albowiem to życie nie może zostać w żaden sposób przywrócone, nie jest to stan przejściowy, mogący się zmienić. Stany emocjonalne, psychofizyczne, są zwykle sytuacjami przejściowymi. Ponadto, rozpatrując trudne zagadnienia moralne i prawne, nawet w tych najdalej idących sytuacjach, należy pamiętać, że dziecku przysługuje i prawo do życia, i godność. Odebranie życia dziecku oznacza i utratę przez nie życia, i definitywne, bezwarunkowe, ostateczne, nieodwracalne odebranie godności.

Udzielając odpowiedzi na pytania dotyczące listy podpisów pod wnioskiem grupy posłów, przedstawiciel wnioskodawcy wyjaśnił, że lista ta nie była weryfikowana, albowiem znakomita większość umieszczonych na niej podpisów jest łatwa do identyfikacji. Nie jest mu przy tym wiadome, aby jakieś podpisy się powtarzały.

Przedstawiciel Sejmu w odpowiedzi na pytania członków składu orzekającego wyjaśnił, że system opieki nad osobami niepełnosprawnymi wymaga dalszych prac, przy czym od 2015 r. podejmowane były działania w celu polepszenia tego stanu, m.in. za pomocą ustawy z dnia 4 listopada 2016 r. o wsparciu kobiet w ciąży i rodzin „Za życiem" (Dz. U. z 2020 r. poz. 1329). Ponadto wyraził osobistą opinię, że Sejm, pomimo wniesionych projektów ustaw zakładających zmiany w zakresie warunków dopuszczalności przerywania ciąży, nie podejmował dalszych prac legislacyjnych w tym zakresie, ponieważ oczekiwał orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w niniejszej sprawie.

Przedstawiciel Prokuratora Generalnego w odpowiedzi na pytania członków składu orzekającego stwierdził, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie jest kontratypem, lecz jest przepisem prawnym współkształtującym normę prawnokarną, niezbędnym do rekonstrukcji znamion czynu zabronionego z art. 152 § 1 k.k. Z tego też względu takiego rodzaju przepisy mogą podlegać kontroli pod względem zgodności z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji. Ponadto wskazał, że poglądy doktryny są niemal zgodne co do tego, iż w okresie prenatalnym ma się do czynienia z człowiekiem, jego życiem, przy czym są różne stanowiska w zakresie wartościowania tego życia w sytuacji kolizji z innymi dobrami. Przedstawiciel Prokuratora Generalnego stwierdził, że rozpatrywany przez Trybunał problem konstytucyjny jest jakościowo inny, bez wątpienia bardziej złożony i poważniejszy niż w sprawie o sygn. K 26/96. Wtedy to rozważana była relacja między prawem do życia istoty ludzkiej w fazie prenatalnej a względami społecznymi i materialnymi, które nie tylko w Konstytucji, ale też aksjologii współczesnej ludzkości są notowane niżej od życia ludzkiego. Wskazał przy tym na światową tendencję w zakresie rozszerzania ochrony praw człowieka. Ze współczesnej perspektywy aksjologicznej należy przyjąć, że życie człowieka, nawet tego jeszcze nienarodzonego, jest taką wartością, która powinna być absolutnie pierwszoplanowa, nadrzędna wobec wygody innych osób. Konkurencja innych wartości z tą podstawową, jaką jest życie ludzkie, jest nie do uzgodnienia z Konstytucją. Nie jest dopuszczalne traktowanie człowieka ze względu na stan jego zdrowia jako jednostki mniej wartościowej, którą można ze społeczeństwa fizycznie wyeliminować.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Zagadnienia wstępne.

1.1. Zakwestionowane przepisy.

Przedmiotem kontroli konstytucyjnej w niniejszej sprawie była norma prawna wynikająca z art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78, ze zm.; dalej: u.p.r.), zgodnie z którym 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".

Normę prawną wynikająca z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. należało dekodować równocześnie na podstawie innych, dookreślających ją, przepisów u.p.r., zwłaszcza art. 4a ust. 2 u.p.r.,

wyznaczającego granice temporalne dopuszczalności przerwania ciąży. Zgodnie z tym przepisem, w przypadkach określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. „przerwanie ciąży jest dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej". W części obejmującej to wyrażenie przepis ten został również wskazany jako przedmiot kontroli przez wnioskodawcę, który zaznaczył, że zaskarża „zdanie pierwsze" wymienionej jednostki redakcyjnej. Trybunał zwrócił uwagę, że art. 4a ust. 2 u.p.r. składa się z jednego zdania, aczkolwiek zostały wyrażone w nim dwie regulacje dotyczące ram czasowych dopuszczalności przerywania ciąży, które – w płaszczyźnie redakcyjnej – oddzielono średnikiem. Pierwsza odnosi się do art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., a druga dotyczy art. 4a ust. 1 pkt 3 i 4 u.p.r.

Zakwestionowane przepisy zostały ustanowione na mocy ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 139, poz. 646; dalej: nowelizacja z 1996 r.). Co istotne, część unormowań zawartych w nowelizacji z 1996 r. została skontrolowana przez Trybunał w wydanym w pełnym składzie orzeczeniu z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96 (OTK ZU nr 2/1997, poz. 19), w którego efekcie moc obowiązującą utracił m.in. art. 1 u.p.r. w zakresie, w jakim uzależniał ochronę życia w fazie prenatalnej od decyzji ustawodawcy zwykłego, a także art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r., zawierający przesłankę pozwalającą na przerwanie ciąży z tzw. powodów społecznych, tj. w przypadku gdy „kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej". Wówczas jednak Trybunał nie rozważał konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., zaskarżonego w niniejszej sprawie.

Trybunał zwrócił przy tym uwagę, że pismem z 22 czerwca 2017 r. grupa posłów na Sejm VIII kadencji wystąpiła z wnioskiem o stwierdzenie niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r., formułując jednocześnie identyczne zarzuty jak we wniosku inicjującym obecne postępowanie. Zarówno Marszałek Sejmu w piśmie z 1 marca 2018 r., jak i Prokurator Generalny w piśmie z 28 maja 2018 r. wnieśli o stwierdzenie niezgodności zakwestionowanych przepisów z Konstytucją. Trybunał nie rozpoznał jednak merytorycznie wskazanego wniosku, albowiem postanowieniem z 21 lipca 2020 r., sygn. K 13/17 (OTK ZU A/2020, poz. 46), umorzył postępowanie na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK) wobec zakończenia kadencji Sejmu.

1.2. Istota problemu konstytucyjnego.

Określenie istoty problemu konstytucyjnego, poddanego rozwadze Trybunału, miało kluczowe znaczenie dla metodologii dalszego postępowania oraz treści wyroku. Wątpliwości konstytucyjne wnioskodawcy można sprowadzić do zasadniczej kwestii, dotyczącej konstytucyjnych gwarancji dla prawnej ochrony życia dziecka w okresie prenatalnym w przypadku kolizji dóbr.

Tak określona istota problemu konstytucyjnego wymagała rekonstrukcji treści zarzutów sformułowanych przez wnioskodawcę. Jako główny zarzut w *petitum* wniosku podniesiono niezgodność zakwestionowanych przepisów z art. 30 Konstytucji, ujętym w postaci samodzielnego wzorca kontroli. W razie nieuwzględnienia tego zarzutu wnioskodawca sformułował zarzuty ewentualne. Analiza uzasadnienia wniosku w części dotyczącej głównego zarzutu wskazuje jednak na to, że wnioskodawca rozpatruje godność człowieka w kontekście prawnej ochrony życia ludzkiego i dopuszczalności ograniczeń tej ochrony w przypadku kolizji dóbr, kolizji wartości konstytucyjnych. Ponadto dalsze zarzuty ujęte w *petitum* wniosku, jak i ich uzasadnienie, już *expressis verbis* dotyczą wskazanego problemu konstytucyjnego. W rzeczywistości wnioskodawca podnosi art. 30 Konstytucji celem wykazania podmiotowości

prawnej dziecka w prenatalnej fazie rozwoju, aby w konsekwencji móc rozważać dopuszczalność ograniczeń prawnej ochrony jego życia. Wobec tego Trybunał, na podstawie całokształtu wniosku inicjującego niniejsze postępowanie, zrekonstruował główny zarzut wnioskodawcy, którym jest niezgodność kwestionowanych przepisów z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Pozostałe problemy konstytucyjne, tj. dotyczące zakazanej bezpośredniej dyskryminacji i określoności przepisów prawnych, w tym represyjnych, a których dotyczą zarzuty ewentualne niezgodności kwestionowanych przepisów odpowiednio z art. 38 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 2 i art. 42 Konstytucji, należałoby poddać rozwadze Trybunału jedynie w przypadku nieuwzględnienia głównego zarzutu.

Wnioskodawca wskazał dwie jednostki redakcyjne u.p.r. i poprawnie wyinterpretował wynikającą z nich normę prawną. Dla procesu oceny konstytucyjności kwestionowanej normy prawnej główne znaczenie miał jednak art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Doprecyzowujący ją art. 4a ust. 2 u.p.r. określa jedynie granice temporalne, w których przerwanie ciąży jest dopuszczalne. Choć jest on istotny dla wykładni art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., to z perspektywy natury problemu konstytucyjnego, a także na podstawie analizy wniosku inicjującego hierarchiczną kontrolę norm, bez znaczenia pozostaje kwestia granic temporalnych dopuszczalności przerwania ciąży. Istotą niniejszej sprawy było bowiem stwierdzenie, czy zgodnie z Konstytucją przerwanie ciąży może być dokonane w przypadku gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Wobec tego Trybunał zrekonstruowany przedmiot kontroli ograniczył do art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Zawisły przez Trybunałem problem konstytucyjny dotyka jednego z najtrudniejszych zagadnień, które mogą stanąć przed sądami konstytucyjnymi. Po pierwsze, problem ten dotyczy statusu prawnego dziecka w prenatalnej fazie życia, jego podmiotowości. Po drugie, dopuszczalności i granic przerywania ciąży, a więc działania w przypadku konfliktu wartości, ważenia dóbr. Co istotne, rozstrzygnięcie pierwszej kwestii zasadniczo wpływa na tę drugą. Problem ten, oczywiście poza wymiarem jurydycznym, ma także wymiar etyczno-filozoficzny, gdyż dotyczy spraw fundamentalnych – życia ludzkiego i jego wartości. W literaturze przedmiotu zajmowane są różne, zarówno skrajne, jak i umiarkowane, mniej i bardziej złożone stanowiska, często odmienne w poszczególnych kręgach kulturowych i cywilizacyjnych. Rolą sądu konstytucyjnego i orzekających w nim sędziów jest jednak wiążące wypowiadanie się w kwestiach, które dotyczą zgodności prawa stanowionego z Konstytucją, a wypowiedzi te muszą znajdować podstawę w obowiązującym prawie, czyli systemie norm ustanowionych zgodnie z formalnie określoną procedurą przez upoważniony organ władzy publicznej. Ten system należy przy tym rozumieć jako zespół powiązanych ze sobą aksjologicznie i celowościowo norm, które – jak wskazał Trybunał w wyroku z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07 (OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126) – stanowią „wytwór kulturowy, zakorzeniony w doświadczeniach historycznych wspólnoty i budowany w oparciu o wspólny dla danego kręgu podmiotów system wartości" (cz. III, pkt 1.2 uzasadnienia).

2. Przesłanki dopuszczalności przerywania ciąży określone w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

2.1. Legalność przerywania ciąży – historia regulacji.

Trybunał uznał za potrzebne przedstawienie w pierwszej kolejności – w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy – zarysu historii regulacji dotyczących przerywania ciąży w polskim systemie prawnym.

W międzywojennej Polsce warunki dopuszczalności przerywania ciąży zostały jednolicie określone dopiero w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571; dalej: k.k. z 1932 r.). Spędzanie płodu stanowiło

przestępstwo, za które odpowiedzialność mogła ponosić zarówno kobieta, która płód swój spędzała lub pozwalała na spędzenie go przez inną osobę (art. 231 k.k. z 1932 r.), jak i osoba, która za zgodą kobiety ciężarnej płód jej spędzała lub jej przy tym udzielała pomocy (art. 232 k.k. z 1932 r.), a także osoba, która czyniła to bez jej zgody (art. 234 k.k. z 1932 r.). Artykuł 233 k.k. z 1932 r. wyłączał przy tym zastosowanie art. 231 i art. 232 k.k. z 1932 r., jeżeli zabieg był dokonany przez lekarza i: a) był konieczny ze względu na zdrowie kobiety ciężarnej, albo b) ciąża była wynikiem czynu nierządnego, tj. względem osoby poniżej lat 15 albo zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem (art. 203 k.k. z 1932 r.), zgwałcenia (art. 204 k.k. z 1932 r.), nadużycia stosunku zależności lub wyzyskania krytycznego położenia (art. 205 k.k. z 1932 r.) lub kazirodztwa (art. 206 k.k. z 1932 r.).

Powyższe przepisy obowiązywały do czasu ich uchylenia przez ustawę z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 12, poz. 61; dalej: ustawa z 1956 r.). Zgodnie z art. 1 ustawy z 1956 r., zabiegu przerwania ciąży mógł dokonać jedynie lekarz, jeżeli przemawiały za tym wskazania lekarskie (ust. 1 pkt 1 lit. a) lub trudne warunki życiowe kobiety ciężarnej (ust. 1 pkt 1 lit. b), a także jeśli zachodziło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku przestępstwa (ust. 1 pkt 2). Zabiegu przerwania ciąży nie można było dokonać, jeżeli zachodziły przeciwwskazania lekarskie dla jego dokonania (art. 1 ust. 2 ustawy z 1956 r.), zaś w przypadku nieletniej wymagana była zgoda jej rodziców, opiekuna albo władzy opiekuńczej (art. 1 ust. 3 ustawy z 1956 r.). Jednocześnie istotnie zliberalizowana została odpowiedzialność karna. Nastąpiła dekryminalizacja czynów popełnianych przez kobietę ciężarną, zaś w przypadku czynów popełnianych przez inne podmioty obniżone zostało ustawowe zagrożenie karą (por. art. 3, art. 4 i art. 5 ustawy z 1956 r.).

Przepisy ustawy z 1956 r., które dotyczyły przestępstw (art. 3, art. 4 i art. 5), zostały uchylone w dniu wejścia w życie ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.; dalej: k.k. z 1969 r.), zaś w ich miejsce wprowadzono art. 153, art. 154 i art. 157 k.k. z 1969 r.

Ustawa z 1956 r. została całkowicie uchylona dopiero z dniem wejścia w życie ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, tj. 16 marca 1993 r. Punkt wyjścia u.p.r. stanowiła – wyrażona w art. 1 – zasada, zgodnie z którą „Każda istota ludzka ma od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia" (ust. 1), a „Życie i zdrowie dziecka od chwili jego poczęcia pozostają pod ochroną prawa" (ust. 2). U.p.r. nie tylko uchyliła ustawę z 1956 r., ale także przepisy obejmujące przestępstwa przerwania ciąży za zgodą i bez zgody kobiety ciężarnej, tj. art. 153 i art. 154 k.k. z 1969 r. W ich miejsce wprowadzono do k.k. z 1969 r. dwa kompleksy przepisów. Pierwszy dotyczył warunków, których spełnienie wymagane było dla dopuszczalności przerwania ciąży. Drugi obejmował przestępstwa przerwania ciąży. Przestępstwa przerwania ciąży zostały stypizowane w dodanych art. 149a i art. 149b k.k. z 1969 r., przy czym ustawodawca w art. 149a § 2 k.k. z 1969 r. przewidział, że nie podlega karze matka dziecka poczętego, zaś zgodnie z art. 149a § 3 k.k. z 1969 r., przestępstwa przerwania ciąży nie popełniał lekarz, który podejmował się tego działania w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, w przypadku gdy: 1) ciąża stanowiła zagrożenie dla życia lub poważne zagrożenie dla zdrowia matki, stwierdzone orzeczeniem dwóch lekarzy innych niż lekarz podejmujący działanie powodujące śmierć dziecka poczętego, przy czym orzeczenie to nie było niezbędne w przypadku natychmiastowej konieczności uchylenia zagrożenia dla życia matki, 2) śmierć dziecka poczętego nastąpiła wskutek działań podjętych dla ratowania życia matki albo dla przeciwdziałania poważnemu uszczerbkowi na zdrowiu matki, którego niebezpieczeństwo zostało potwierdzone orzeczeniem dwóch innych lekarzy, 3) badania prenatalne, potwierdzone orzeczeniem dwóch lekarzy innych niż lekarz podejmujący działanie powodujące śmierć dziecka poczętego, wskazywały

na ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu, 4) zachodziło uzasadnione podejrzenie, potwierdzone zaświadczeniem prokuratora, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

W 1996 r. warunki dopuszczalności przerywania ciąży zostały istotnie zliberalizowane wskutek zmian wprowadzonych ustawą z 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Poza zmianą wielu przepisów – w tym karnych – istotnej modyfikacji uległa sama u.p.r., m.in. jej preambuła, a także art. 1 u.p.r., któremu nadano nowe brzmienie: „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie". Do u.p.r. został dodany art. 4a, zawierający kompleks unormowań określających legalność przerwania ciąży. Co najważniejsze, nowelizacja z 1996 r. nie tylko dodała do u.p.r. kolejną przesłankę przerwania ciąży, tj. z tzw. powodów społecznych, ale też złagodziła przesłankę dotyczącą zdrowia matki oraz całkowicie przemodelowała i rozszerzyła przesłankę dotyczącą uszkodzenia płodu. Ustawodawca przewidział bowiem w art. 4a ust. 1 u.p.r., że przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, 3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, 4) kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej. W przypadku przesłanki odnoszącej się do zdrowia matki zniesiony został wymóg kwalifikowanego zagrożenia, tj. „poważnego". Z kolei przesłanka obejmująca wskazanie na „ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu" została zastąpiona wskazaniem na: 1) „ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu", albo 2) „nieuleczalną chorobę zagrażającą jego życiu". Ponadto charakter tego wskazania został złagodzony poprzez wymóg jedynie „dużego prawdopodobieństwa".

Część unormowań zawartych w nowelizacji z 1996 r. została zaskarżona do Trybunału Konstytucyjnego, zaś wskutek orzeczenia o sygn. K 26/96 moc obowiązującą utracił m.in. art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r. – będący ówcześnie jedynym zaskarżonym punktem art. 4a ust. 1 u.p.r.

2.2. Charakter przesłanek ujętych w art. 4a ust. 1 pkt 2 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".

Przepis ten posługuje się kryteriami ocennymi, co do których *ad casum* wypowiadają się lekarze podejmujący decyzję. Decyzja ta nie ma jednak charakteru decyzji swobodnej, podyktowanej jedynie przesłankami formalnymi, ale powinna wartościować dobro matki i dobro dziecka, do kolizji których dochodzi w takich wypadkach. Według doktryny, z jednej bowiem strony ustawodawca uznał, że ze względu na ciężką chorobę lub upośledzenie, życie dziecka może być dla bliskich zbyt kosztowne i rodzić nadmierne obciążenia osobiste, z drugiej zaś ze względu na defekt płodu odmawia się mu wprost prawa do życia (zob. M. Królikowski, *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 175 i nast.). Ze sposobu sformułowania przytoczonych przesłanek wynika jednak, że do podjęcia przez lekarza decyzji nie jest potrzebna pewność w kwestii ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, gdyż standard ochrony prawnej wyznaczony przez ten przepis zezwala na podjęcie takiej decyzji już w przypadku dużego prawdopodobieństwa. Takie ujęcie może nastręczać problemy interpretacyjne zarówno dla lekarza, który podejmuje decyzje, jak i dla sądu, który mo-

że ewentualnie oceniać zasadność tej decyzji (por. np. wyrok SN z 6 maja 2010 r., sygn. akt II CSK 580/09, Lex nr 602234).

Zaznaczenia wymaga, że w doktrynie wskazuje się, iż przewidziane w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. pojęcie „dużego prawdopodobieństwa" nie zachowuje aktualności w świetle obecnej wiedzy medycznej. Możliwe jest bowiem skuteczne dokonywanie zabiegów leczniczych względem płodu w łonie matki, a także wdrożenie intensywnych działań bez przedwczesnego niekiedy stawiania diagnozy, wskazującej tylko na prawdopodobieństwo, a nie udowodnienie ponad wszelką wątpliwość ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (por. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 220).

Pojęcie „ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu" ma charakter nieostry i może być rozumiane jako bardzo poważne, znaczne ograniczenie jego sprawności fizycznej lub psychicznej. W orzecznictwie sądowym przyjmuje się jednak, że upośledzenie to nie musi być na tyle poważne, by zagrażało życiu dziecka – ten warunek odnosi się bowiem jedynie do nieuleczalnej choroby (por. wyrok SN o sygn. akt II CSK 580/09). Nieodwracalność w kontekście tej przesłanki oznacza z kolei sytuację, gdy upośledzenie płodu będzie miało trwały charakter i nie będzie możliwości poprawy zaistniałej sytuacji.

Do interpretacji pojęcia „nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu" pomocne może być odwołanie się do orzecznictwa i piśmiennictwa odnoszącego się do art. 156 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444, ze zm.; dalej: k.k.), który posługuje się pojęciem „choroby nieuleczalnej". Dla potrzeb procesowych przyjmuje się, że takie choroby to „poważne procesy patofizjologiczne, które albo nie ustępują w ogóle pod wpływem leczenia, albo też cofają się po dłuższym czasie, np. po kilku miesiącach" (K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 312), jednakże nie ulega wątpliwości, że postęp w medycynie powoduje ciągłe zmiany zakresu znaczeniowego tego pojęcia. Dodatkowo – w przypadku zabiegu przerwania ciąży – niezbędne jest to, aby natężenie choroby zagrażało życiu płodu. Ustawodawca nie precyzuje jednakże, czy niebezpieczeństwo dla życia musi mieć charakter bezpośredni ani jakie kryteria mają być spełnione dla stwierdzenia występowania takiego zagrożenia. W literaturze zauważa się, że ze względu na teoretyczne założenia modelu dopuszczalności przerywania ciąży, przerwanie ciąży powinno być traktowane jako ostateczność, a tym samym schorzenie powinno być na tyle poważne, by dawało nikłe szanse na przeżycie. Ocena w tym zakresie powinna być dokonywana *in concreto* – możliwa jest bowiem sytuacja, w której dane schorzenie nie wywołuje, co do zasady, zagrożenia życia płodu, jednakże, w danym konkretnym przypadku, w połączeniu z innymi okolicznościami, może takie zagrożenie wytworzyć (por. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, rozdział XII, Legalis).

Trybunał zauważył również, że użycie przez ustawodawcę alternatywy rozłącznej nakazuje uznać, że o ile ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu nie musi zagrażać życiu, o tyle nieuleczalna choroba uprawnia do przerwania ciąży tylko w przypadku, gdy zagraża życiu dziecka.

Ponadto podobnych problemów interpretacyjnych nastręcza brzmienie art. 4a ust. 2 u.p.r., dopuszczającego przerwanie ciąży do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Trybunał przyjął, że intencją ustawodawcy było uelastycznienie tego terminu, poprzez związanie go z ewentualnym rozwojem nauk medycznych, które tę zdolność do samodzielnego życia mogą przesuwać.

Przerwania ciąży w przypadku omawianych przesłanek dokonuje lekarz w szpitalu (art. 4a ust. 3 u.p.r.), a dla legalności przeprowadzenia takiego zabiegu wymagana jest zasadniczo pisemna zgoda kobiety (art. 4a ust. 4 u.p.r.). Co istotne, wystąpienie okoliczności pozwalających na przerwanie ciąży w przypadku dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nie-

odwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu stwierdza inny lekarz niż dokonujący przerwania ciąży, chyba że ciąża zagraża bezpośrednio życiu kobiety (art. 4a ust. 5 zdanie pierwsze u.p.r.). Zgodnie zaś z § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 22 stycznia 1997 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy, uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzania, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (Dz. U. Nr 9, poz. 49), wystąpienie okoliczności wskazujących na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu stwierdza lekarz posiadający tytuł specjalisty, orzekający o wadzie genetycznej płodu na podstawie badań genetycznych, lub lekarz posiadający tytuł specjalisty w zakresie położnictwa i ginekologii, orzekający o wadzie rozwojowej płodu, na podstawie obrazowych badań ultrasonograficznych wykonywanych u kobiety ciężarnej.

Dodatkowo ustawodawca zadeklarował w art. 4b u.p.r., że osobom objętym ubezpieczeniem społecznym lub uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów do bezpłatnej opieki leczniczej przysługuje prawo do bezpłatnego przerwania ciąży w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej.

Trybunał, interpretując art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., doszedł do analogicznego wniosku jak w orzeczeniu z 28 maja 1997 r. o sygn. K 26/96 (pkt 4.3 uzasadnienia), a mianowicie, że przepis ten ma charakter legalizujący określone zachowania zmierzające do przerwania ciąży, a więc stanowi zezwolenie na podjęcie zachowań, które są zasadniczo zabronione, a stypizowane w art. 152 k.k.

2.3. Eugeniczność przesłanek ujętych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Wnioskodawca zarzucił art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. „legalizację praktyk eugenicznych". Wobec tak sformułowanego zarzutu konieczne było wyjaśnienie o charakterze terminologicznym. Konotacja określenia „eugeniczny" powszechnie postrzegana jest w sposób jednoznacznie negatywny. Eugenika pojawiła się na początku dwudziestego wieku jako nauka, która towarzyszyła rozwojowi genetyki. Ojcem eugeniki był Francis Galton, dla którego genetyka otwierała możliwości manipulacji gatunkowych, pozwalających zdolnym rodzicom przekazywać swoje wybitne kompetencje dzieciom. Eugenika miała, zdaniem Galtona, zajmować się „problemami związanymi z tym, co określone jest po grecku, dosłownie *eugenes*, dobry z pochodzenia, obdarzony z urodzenia szlachetnymi przymiotami. To [pojęcie] i pokrewne słowa, jak *eugeneia* itp., są stosowane tak samo do ludzi, zwierząt i roślin. Bardzo pragniemy zwięzłego określenia na oznaczenie nauki o ulepszaniu pochodzenia, która w żadnym wypadku nie jest ograniczona do pytań o rozsądne kojarzenie par, lecz która, szczególnie w przypadku człowieka, bierze pod rozwagę wszystkie wpływy, które dają, choć w niewielkim stopniu, bardziej odpowiednim rasom lub odmianom krwi większą szansę szybkiego zwyciężania nad mniej odpowiednimi, niż mieliby oni w innym wypadku. Słowo eugenika dostatecznie wyraża tę ideę (...)" – (F. Galton, *Inquiries into Human Faculty and Its Development*, Londyn-Nowy Jork 1907, s. 17; za: K. Marulewska, *Eugenika w świetle idei postępu. Rozważania wokół fundamentów filozoficznych*, „Dialogi Polityczne" nr 10/2008, s. 69-70). Z czasem dyskusje dotyczące tak postrzeganej „eugeniki" zostały zastąpione przez „eugenikę liberalną", czyli możliwość manipulacji genetycznych, już nie na zlecenie państwa, ale na życzenie osób prywatnych – głównie rodziców, których efektem miał być jak najlepszy osobnik ludzki. Rozwój medycyny, głównie genetyki i technik diagnostyki preimplantacyjnej pozwala nie tylko diagnozować już istniejące zarodki, ale także „programować pożądane cechy potomka jeszcze przed zapłodnieniem" (A. Miętek, *Przeciw eugenice liberalnej*, „Dialogi Polityczne" nr 10/2008, s. 87). O ile jednak w przypadku eugeniki autorytarnej państwo podejmuje decy-

zje i ponosi odpowiedzialność za kształt dobrego życia swoich obywateli, jak wskazuje Nicholas Agar, o tyle w przypadku eugeniki liberalnej rola państwa zostaje ograniczona jedynie do informowania rodziców o możliwościach wynikających z najnowszych technik inżynierii genetycznej (zob. N. Agar, *Liberal Eugenics: In Defence of Human Enhancement*, Blackwell Publishing 2004, s. 5, za: A. Miętek, dz. cyt., s. 86). Eugenika liberalna jest przedmiotem debat zarówno etyków, filozofów, jak i prawników i spotyka się z głosami krytycznymi przedstawicieli nie tylko środowisk konserwatywnych, ale również liberalnych, takich jak Francis Fukuyama, Michael Sandel czy Jürgen Habermas (zob. F. Fukuyama, *Koniec człowieka. Konsekwencje rewolucji biotechnologicznej*, tłum. B. Pietrzyk, Kraków 2004; M. Sandel, *Przeciwko udoskonalaniu człowieka. Etyka w czasach inżynierii genetycznej*, tłum. O. Siara, Warszawa 2014; J. Habermas, *Przyszłość natury ludzkiej. Czy zmierzamy do eugeniki liberalnej?*, tłum. M. Łukasiewicz, Warszawa 2003).

Warunek umożliwiający przerwanie ciąży, który zawarty jest w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., w ocenie Trybunału, ma charakter eugeniczny w rozumieniu eugeniki liberalnej. To nie państwo promuje jedynie obywateli zdrowych, sprawnych, o najwyższych kompetencjach, ale pozostawia ono wybór dotyczący zachowania życia i dalszej chęci wychowywania dziecka, które może nie być zdrowe i będzie wymagać wzmożonej opieki.

3. Prawna ochrona życia dziecka w okresie prenatalnym.

3.1. Godność człowieka.

Zgodnie z art. 30 Konstytucji, „[p]rzyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych". Choć w niniejszej sprawie artykuł ten został przywołany jako związkowy w stosunku do art. 38 Konstytucji, to z uwagi na ponadpozytywny, a zatem uprzedni wobec decyzji ustrojodawcy, charakter godności człowieka, wymaga ona omówienia w pierwszej kolejności.

Godność człowieka jako taka nie jest prawem, ale jest fundamentem i źródłem, z którego prawa dopiero są wywodzone. Ponieważ stanowi ona ich źródło, to nie może być przez nie w żaden sposób ograniczana. Trybunał zwracał już uwagę, że godność jest punktem odniesienia dla całego konstytucyjnego systemu wartości i leży u podstaw całego porządku prawnego (por. np. wyroki TK z: 23 marca 1999 r., sygn. K 2/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 38, cz. III uzasadnienia; 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 54, cz. III, pkt A.2 uzasadnienia; 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, cz. III, pkt 8.1 uzasadnienia; 16 maja 2018 r., sygn. SK 18/17, OTK ZU A/2018, poz. 25, cz. III, pkt 2.2.1 uzasadnienia). Godność, jako przyrodzona i niezbywalna, nie wymaga legitymacji normatywnej, gdyż jej źródłem nie jest żadne uprawnienie nadawane przez państwo. Co więcej, jest ona w stosunku do niego pierwotna i stanowi swego rodzaju otwarcie systemu konstytucyjnego na wartości pozaprawne i uprzednie względem prawa. W tym też sensie przywołanie w tekście Konstytucji godności stanowi rodzaj łącznika, pomostu pomiędzy porządkiem prawa naturalnego a prawem pozytywnym, będąc jednocześnie aksjologiczną podstawą całego porządku konstytucyjnego (por. M. Granat, *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, „Państwo i Prawo" nr 8/2014, s. 3 i nast.; por. także wyroki TK z: 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108, cz. III, pkt 2.2 uzasadnienia; 7 października 2015 r., sygn. K 12/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143, cz. III, pkt 4.1.2 uzasadnienia).

Ustrojodawca rozróżnił pozycję prawną jednostek w relacjach horyzontalnych od relacji wertykalnych między jednostką a organami władzy publicznej (czy to jako prawodawcami, czy organami stosującymi prawo). Trybunał Konstytucyjny ujął to zagadnienie następująco:

„[b]ędąc 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. W konsekwencji wszelkie działania władz publicznych powinny z jednej strony uwzględniać istnienie pewnej sfery autonomii, w ramach której człowiek może się w pełni realizować społecznie a z drugiej działania te nie mogą prowadzić do tworzenia sytuacji prawnych lub faktycznych odbierających jednostce poczucie godności" (wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00, cz. III, pkt A.2 uzasadnienia). Tym samym na organach władzy publicznej spoczywa szczególny prawny obowiązek zapewnienia poszanowania i ochrony godności, co wynika ze specyficznej roli tych organów. Tylko one w polskim systemie prawnym mają moc wydawania aktów prawa powszechnie obowiązującego, a zatem jedynie one mogą też nadać taki kształt systemowi ochrony prawa, który nad godnością człowieka miałby szczególną pieczę. Zatem o ile jednostki mogą incydentalnie naruszyć prawa i wolności innych jednostek, o tyle jest rolą państwa takie ukształtowanie systemu prawnego, które godność człowieka podda ochronie (por. wyrok TK z 18 października 2017 r., sygn. K 27/15, OTK ZU A/2017, poz. 74, cz. III, pkt 5.1 uzasadnienia).

Jakkolwiek godność człowieka jest całościowa i nie można czynić w systemie jej ochrony żadnych wyjątków (co wynika również z tego, że jest ona niezbywalna), to można wyróżnić jej dwa aspekty: godności jako wartości przyrodzonej i niezbywalnej oraz godności rozumianej jako „prawo osobistości", obejmujące „wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie" (wyrok TK z 5 marca 2003 r., sygn. K 7/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19, cz. III, pkt 4 uzasadnienia). Godność w tym pierwszym znaczeniu człowiek zachowuje w każdych warunkach, natomiast godność rozumiana jako „prawo osobistości" może być w praktyce przedmiotem naruszenia – „może być «dotknięta» przez zachowania innych osób oraz regulacje prawne" (tamże). Trybunał wskazał już wcześniej, że „[t]ego typu zjawiska zawsze należy jednak oceniać negatywnie jako sprzeczne ze standardami konstytucyjnymi. W żadnym razie nie jest dopuszczalne ich usprawiedliwianie ani podważanie na tej podstawie nienaruszalności godności jako wartości przyrodzonej i niezbywalnej" (wyrok z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 24, cz. III, pkt 4 uzasadnienia). W niniejszej sprawie istotę problemu konstytucyjnego stanowi ten pierwszy, fundamentalny aspekt ludzkiej godności, którego źródłem nie jest jedynie pewien dobrostan, ale samo istnienie osoby ludzkiej. By można było chronić godność jako przedmiot ochrony konstytucyjnej, musi istnieć podmiot, któremu ową cechę można przypisać, czyli człowiek jako jednostka biologiczna. Toteż Trybunał podtrzymał obecnie przekonanie, że „[n]ie można mówić o ochronie godności człowieka, jeżeli nie zostały stworzone wystarczające podstawy do ochrony życia. Prawna ochrona życia ma charakter wieloaspektowy" (wyrok z 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03, OTK ZU nr 1/A/2004, poz. 1, cz. III, pkt 4.1 uzasadnienia). Trybunał Konstytucyjny, podobnie jak w sprawie o sygn. K 14/03, podziela pogląd, że: „[j]ej sformułowanie już w pierwszym z przepisów konstytucyjnych dotyczących wolności i praw osobistych zdaje się przesądzać o nadrzędności życia ludzkiego w hierarchii wartości chronionych przez prawo. Skłania ona jednocześnie do przyjęcia w procesie stanowienia prawa dyrektywy interpretacyjnej, wedle której wszelkie możliwe wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony (*in dubio pro vita humana*). (...) Fakt, iż ochrona życia zapewniana jest każdemu bez wyjątku człowiekowi, oznacza także, iż niedopuszczalne byłoby różnicowanie wartości ludzkiego życia w zależności od np. pozycji społecznej albo wieku konkretnej osoby. Jest to bowiem ochrona życia jako takiego, bez względu na społeczną wartość, jaką ono przedstawia" (J. Gie-

zek, komentarz do art. 38, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998, s. 78-79).

3.2. Prawna ochrona życia.

Rozumiana w powyższy sposób godność ludzka jest źródłem ponadpozytywnego prawa do życia oraz obowiązku prawnej ochrony życia. Zgodnie z art. 38 Konstytucji, „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia", co czyni art. 38 konsekwencją art. 30. Z tego względu art. 38 Konstytucji ma szczególne znaczenie i implikuje określone obowiązki ustawodawcy pozytywnego (por. wyrok TK o sygn. K 14/03). „To, co nie budzi wątpliwości, 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" (B. Banaszak, J. Jeżewski, komentarz do art. 38, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej…*, s. 78). Trybunał wielokrotnie podkreślał, że „[d]emokratyczne państwo prawne to państwo oparte na poszanowaniu człowieka, a w szczególności na poszanowaniu i ochronie życia oraz godności ludzkiej. Te dwa dobra są sprzężone w bezpośredni sposób. Zasadę godności człowieka należy postrzegać przez pryzmat wymogu ochrony życia ludzkiego, który, jak zauważa P. Sarnecki, po pierwsze, ujmuje ochronę czysto biologicznego aspektu egzystencji każdego człowieka wprost, po drugie swoiste, «prawo do prawnej ochrony życia». Jego odpowiednikiem winny być rozmaite pozytywne działania państwa zmniejszające lub eliminujące zagrożenia życia ludzkiego" (wyrok z 22 stycznia 2013 r., sygn. P 46/09, OTK ZU nr 1/A/2013, poz. 3, cz. III, pkt 3.1 uzasadnienia; por. P. Sarnecki, komentarz do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* t. 2, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 197 i nast.).

Z art. 38 Konstytucji wynika zakaz pozbawiania człowieka życia, zaś na władzy publicznej spoczywa obowiązek prawnej ochrony życia i takiego konstruowania systemu prawnego, który stałby na jego straży (nawet jeśli system ten dopuszcza pewne wyjątki – jak różnicowanie odpowiedzialności karnej w różnych przypadkach odbierania życia drugiej osobie). Trybunał wskazywał, że: „[s]koro (…) z konstytucji wynika pewien obiektywny system wartości, to na ustawodawcy ciąży obowiązek stanowienia prawa o takiej treści, by możliwa była ochrona i realizacja tych wartości w możliwie najszerszym zakresie. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji nadzwyczajnych, w tym stanu klęski żywiołowej. Sposób i kierunki realizacji tego obowiązku pozostają, w zasadzie, w sferze politycznego uznania ustawodawcy i jego politycznej odpowiedzialności wobec elektoratu. Trybunał Konstytucyjny nie może ingerować w oceny, prognozy i wybory podejmowane przez ustawodawcę, chyba że dojdzie do naruszenia norm, zasad lub wartości konstytucyjnych, bądź też poziom ochrony zostanie usytuowany poniżej konstytucyjnie wymaganego minimum" (wyrok TK z 23 marca 1999 r., sygn. K 2/98, cz. III uzasadnienia). Tym samym Trybunał ingeruje jedynie w tych sytuacjach, gdy konstytucyjnie gwarantowane i chronione prawo do życia doznaje uszczerbku nie poprzez jakiekolwiek naruszenie indywidualne, ale wówczas, gdy ustawodawca dopuszcza do tego, by w sposób systemowy to prawo do życia było naruszane lub nienależycie chronione.

3.3. Podmiotowość prawna dziecka w okresie prenatalnym.

3.3.1. Punktem odniesienia dokonywanych przez Trybunał ustaleń dotyczących podmiotowości prawnej dziecka w okresie przed narodzinami, a w konsekwencji konstytucyjnej ochrony jego życia, jest orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, w którym Trybunał ocenił zgodność rozwiązań zawartych w nowelizacji z 1996 r. z przepisami konstytucyjnymi po-

zostawionymi w mocy 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 (Dz. U. Nr 84, poz. 426, ze zm.). W efekcie orzeczenia o sygn. K 26/96 z treści u.p.r. usunięta została m.in. przesłanka określona w art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r., która pozwalała na przerwanie ciąży w przypadku gdy „kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej". Jakkolwiek orzeczenie to zapadło w innym stanie normatywnym – choć już po uchwaleniu obowiązującej Konstytucji, lecz przed jej wejściem w życie – to pewne ustalenia aksjologiczne, które Trybunał wówczas poczynił, pozostają aktualne w świetle obecnego stanu prawnego.

Zarówno w sprawie o sygn. K 26/96, jak i teraz odpowiedź na pytanie o konstytucyjność dopuszczalności przerywania ciąży możliwa jest dopiero po ustaleniu, że cała u.p.r. dotyka dwóch kwestii – statusu ludzkiego płodu oraz granic ochrony jego dóbr prawnych. Trybunał podkreśla, że w wyniku orzeczenia z 1997 r. kwestie te nie mają warunkowego charakteru, a Trybunał traktuje jako wiążące, a zarazem znajdujące normatywne oparcie w obowiązującej Konstytucji, ustalenia poczynione w sprawie o sygn. K 26/96.

Punktem wyjścia ówczesnych rozważań Trybunału był art. 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy, w brzmieniu identycznym jak obecnie obowiązujący art. 2 Konstytucji. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał wskazał, że z tego podstawowego przepisu, w szczególności wyartykułowanej w nim zasady demokratycznego państwa prawnego, należy wyprowadzać konstytucyjną ochronę życia ludzkiego: „[p]aństwo takie realizuje się bowiem wyłącznie jako wspólnota ludzi, i tylko ludzie mogą być właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowionych 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" (pkt 3 uzasadnienia). Trybunał podkreślił przy tym, że „[w]artość 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 fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej" (tamże), zaś „[j]edyną racją zakazu przerywania ciąży, odnoszącego się generalnie (…) również do samej kobiety ciężarnej, musi być uznanie wartości życia poczętej istoty ludzkiej" (tamże).

Drugim unormowaniem, które umożliwiło Trybunałowi uznanie życia dziecka w fazie prenatalnej za wartość konstytucyjną, był art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy, wyrażający obowiązek ochrony macierzyństwa i rodziny. Trybunał zaaprobował pogląd, że „ochrona macierzyństwa nie może oznaczać wyłącznie ochrony interesów kobiety ciężarnej i matki. Użycie przez przepisy konstytucyjne określenia rzeczownikowego wskazuje na określoną relację pomiędzy kobietą a dzieckiem, w tym dzieckiem dopiero poczętym. Całość tej relacji na mocy art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych ma charakter wartości konstytucyjnej, obejmując tym samym życie płodu, bez którego relacja macierzyństwa zostałaby przerwana. Ochrona więc macierzyństwa nie może być rozumiana jako ochrona realizowana wyłącznie z punktu widzenia interesów matki/kobiety ciężarnej" (tamże). Za takim wnioskiem przemawiała też analiza pojęcia „rodziny" jako wartości konstytucyjnej:

„[p]ojęcie to zakłada ochronę pewnej skomplikowanej rzeczywistości społecznej będącej sumą stosunków łączących przede wszystkim rodziców i dzieci (choć w szerszym ujęciu pojęcie rodziny powinno obejmować także inne relacje powstające na zasadzie więzów krwi czy stosunków przysposobienia). Podstawowa, prokreacyjna funkcja rodziny zakładać musi, iż życie poczętego dziecka musi korzystać z ochrony, którą konstytucja przewiduje dla rodziny, stając się tym samym wartością konstytucyjną. W takim samym stopniu jak ochronie podlega relacja ojcostwa czy macierzyństwa w stosunku do dzieci już narodzonych, relacja ta musi być chroniona również w stosunku do dzieci w prenatalnej fazie ich życia" (tamże).

Trybunał stwierdził przy tym, że choć życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi chronioną konstytucyjnie wartość, to ochrona ta w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach nie musi być taka sama, albowiem na jej intensywność wpływają różnorodne czynniki, które musi uwzględniać ustawodawca zwykły. Twierdzenie to wymagało przy tym zastrzeżenia, że „[o]chrona ta jednak powinna być zawsze dostateczna z punktu widzenia chronionego dobra" (tamże).

Co istotne, Trybunał w sprawie o sygn. K 26/96 zauważył, że „[u]chwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa konstytucyjna, na której oparł swoje orzeczenie Trybunał Konstytucyjny znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP" (pkt 4.9 uzasadnienia).

3.3.2. Przenosząc omówione powyżej ustalenia na grunt niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności Trybunał stwierdził, że obowiązek władz publicznych, jakim jest ochrona życia ludzkiego, znajduje swoje oparcie w art. 2 Konstytucji, zwłaszcza w zasadzie demokratycznego państwa prawnego. Istota takiego państwa zakłada, że jest ono tworzone przez wspólnotę ludzi, będących podmiotami praw i wolności konstytucyjnych. W takim państwie każdej jednostce przysługuje jednakowa godność osobowa, co oznacza brak możliwości traktowania jej przedmiotowo. Normatywnym wyrazem tej idei jest art. 30 Konstytucji. Wiążący się z przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka obowiązek jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne oznacza uznanie, że istnienie jednostki jest samoistną wartością konstytucyjną. Człowiek jest zatem celem samym w sobie, nie zaś środkiem do realizacji jakiegoś celu. Wobec tego państwo musi chronić centralne dobro przynależne każdemu człowiekowi, jakim jest życie, zaś obowiązek ten wyrażony został w art. 38 Konstytucji.

Trybunał zwrócił uwagę na to, że pojęcie „człowiek" ma autonomiczny charakter na gruncie Konstytucji, niezależny od znaczeń nadawanych w ustawodawstwie zwykłym.

Z istoty przyrodzonej i niezbywalnej godności przynależnej każdemu człowiekowi oraz jej jednakowości wynika zakaz różnicowania wartości danego człowieka, a zatem jego życia. Niedopuszczalne jest twierdzenie, że z uwagi na jakieś cechy jedna jednostka jest mniej warta od innej jako człowiek. Twierdzenie to odnosi się nie tylko do fazy postnatalnej, ale dotyczy także fazy prenatalnej życia człowieka. Bez względu na fakt narodzin cecha danej istoty, którą jest bycie człowiekiem, nie ulega zmianom.

Podstawą tego stwierdzenia jest spostrzeżenie, że rozwój człowieka i jego osobowości jest procesem stopniowalnym, który rozciąga się na okres przed, jak i po urodzeniu. To znaczy, że nie można arbitralnie ograniczyć godności, która jest przyrodzona i niezbywalna, a w konsekwencji – prawnej ochrony życia, ani do w pełni ukształtowanej osoby, ani też od określonego momentu rozwoju dziecka w fazie prenatalnej. Ochrona ta dotyczy każdej żyjącej istoty ludzkiej, zaś okres jej życia i stopień rozwoju nie ma w tym zakresie znaczenia.

Trybunał zwrócił również uwagę na brzmienie art. 71 ust. 2 Konstytucji. W tym unormowaniu mowa jest o matce „przed i po urodzeniu dziecka". Korelatem relacji „bycia matką" jest relacja „bycia dzieckiem". Jeżeli zaś matką jest się przed i po urodzeniu dziecka, to dzieckiem jest się nie tylko po narodzinach, ale także w okresie przed nimi, czyli w prenatalnej fazie życia. Nie jest przy tym możliwe, że ktoś jest dzieckiem, a nie jest człowiekiem. Nie

można wątpić, że każde dziecko jest człowiekiem (por. wypowiedź senator Alicji Grześkowiak – Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn nr XLV, Warszawa 1997, s. 44).

Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że Konstytucja wprowadza najwyższy standard ochrony ludzkiego życia, albowiem w jej świetle nieracjonalna jest dewitalizacja godności człowieka z uwagi na jego fazę rozwojową, gdyż pozbawienie życia, bez względu na jego etap, unicestwia równocześnie podmiot, któremu ta godność przynależy.

3.3.3. Trybunał – poza analizą całości unormowań konstytucyjnych – uznał za niezbędne także przeanalizowanie przebiegu prac nad treścią normatywną podstawowego wzorca kontroli w niniejszej sprawie, tj. art. 38 Konstytucji, prowadzonych w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (dalej: KKZN), w zakresie intencji ustrojodawcy co do znaczenia pojęcia „człowiek".

Na etapie prac nad Konstytucją poseł Marek Borowski w poprawce nr 101 postulował, aby art. 36 (czyli unormowanie, które ostatecznie stało się art. 38 Konstytucji) składał się z dwóch ustępów, brzmiących następująco: „1. Życie człowieka podlega ochronie prawnej. 2. Ustawa określa warunki dopuszczalności przerywania ciąży". W trybie autopoprawki podczas posiedzenia KKZN 13 marca 1997 r. dokonał zmiany na konstrukcję, zawierającą jeden przepis prawny, w brzmieniu: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia" (tamże, s. 41).

W toku dyskusji nad poprawką nr 101 i autopoprawką istotną kwestią stało się wyjaśnienie zakresu znaczeniowego użytego w nim pojęcia „człowiek". Poseł Jerzy Gwiżdż podniósł, że ratyfikowana przez Rzeczpospolitą Polską Konwencja o prawach dziecka zakłada obowiązek opieki, troski oraz właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu dziecka. Poseł Irena Lipowicz oraz senator Piotr Andrzejewski postulowali zastąpienie sformułowania wykorzystującego pojęcie „człowiek" sformułowaniem posługującym się wyrażeniem „życie ludzkie" albo „istota ludzka", w celu określenia możliwie szerokiego zakresu ochrony (tamże, s. 42). Poseł Wit Majewski zaznaczył z kolei, że pojęcie „istota ludzka" nie odnosi się do kategorii prawnej, ale ma charakter filozoficzny. Senator A. Grześkowiak podniosła, że proponowane przez posła M. Borowskiego sformułowanie powoduje potencjalne zagrożenie dla wyłączenia poza nawias pojęcia „człowiek" dziecka przed urodzeniem. Podkreśliła, że wąskie rozumienie pojęcia „człowiek", wyłączające ochronę dziecka poczętego, nie znajduje poparcia w obowiązujących przepisach prawa rodzinnego i cywilnego, przyznających *nasciturusowi* cechę bycia człowiekiem (tamże, s. 43-44). Ponadto wskazała: „Nie ulega wątpliwości, że istota ludzka przed urodzeniem jest dzieckiem, bo matka oczekuje dziecka, a nie oczekuje płodu. Nawet natura i intuicja mówią, że niewątpliwie płód jest dzieckiem. Płód jest nazwą medyczną czy biologiczną. Jest natomiast niewątpliwie dzieckiem. Prawo – konstytucja – powinno to uznać" (tamże, s. 44). Przeciwny pogląd wyraził poseł Ryszard Grodzicki, którego zdaniem choć jakkolwiek akty prawne mogą określać *nasciturusa* jako „dziecko" i przyznawać mu ochronę prawną, to „[n]a pewno jednak płód nie jest człowiekiem" (tamże, s. 43). Przedstawiciel Sekretariatu Konferencji Episkopatu Polski, ks. prof. Józef Krukowski, wskazał z kolei, że korzystnym rozwiązaniem byłoby przeniesienie na poziom ustaw zwykłych kwestii dotyczącego tego, czy życie ludzkie obejmuje również życie człowieka przed narodzeniem (tamże, s. 43).

Poseł Izabella Sierakowska zaznaczyła, że zaproponowane przez posła M. Borowskiego rozwiązanie stanowi kompromis, a sama zrezygnowała ze swoich propozycji. Wskazała, że w konstytucji nowoczesnego państwa powinien zostać uwzględniony przepis dotyczący prawa do prywatności, w tym także swobody w zakresie urodzenia dziecka. Jako przykład podała konstytucję Słowenii z 1991 r. Wyrażając swoje wątpliwości, zadała pytanie ekspertom: „czy autopoprawka marszałka M. Borowskiego gwarantuje to, że ustawa o warunkach dopuszczal-

ności przerywania ciąży nie będzie mogła być zaskarżona do Trybunału Konstytucyjnego. Od opinii na ten temat uzależniam swoje poparcie – lub nie – dla przedłożonej autopoprawki" (s. 44).

Ekspert KKZN, prof. Leszek Wiśniewski, wskazał, że nie można jednoznacznie wskazać, czy pojęcia „życie człowieka" oraz „życie ludzkie" mają tożsamy zakres znaczeniowy. Podkreślił, że również lekarze nie są w stanie jednoznacznie wskazać, kiedy rozpoczyna się byt istoty ludzkiej, oraz że kwestia ta będzie przedmiotem wielu debat oraz rozważań doktryny i orzecznictwa. Zaznaczył ponadto, że art. 1 Konwencji o prawach dziecka również jest interpretowany wieloznacznie, a jej sygnatariuszami są zarówno Watykan, opowiadający się za ochroną życia od poczęcia, jak i Francja, która zastrzegła, że unormowania Konwencji o prawach dziecka nie przekreślają jej ustawodawstwa dotyczącego przerywania ciąży (tamże, s. 45).

Odnosząc się do powyższej dyskusji, poseł M. Borowski wskazał: „Uważam, że nie musimy się wzajemnie przekonywać i pytać, co kto rozumie pod proponowanymi formułami. Za chwilę powiem, jak ja rozumiem proponowaną formułę, ale już teraz mogę powiedzieć, że nie ma to większego znaczenia. Nie my bowiem jesteśmy sędziami w tej sprawie i nie my będziemy sędziami w tej sprawie. Jeżeli pojawią się problemy prawne, to będą rozstrzygane przez Trybunał Konstytucyjny. Trybunał Konstytucyjny będzie posługiwał się przepisem, który zostanie ostatecznie przyjęty. Jednakże, niezależnie od tego, co np. ja rozumiem przez określony przepis, to i tak nie ma to znaczenia dla Trybunału Konstytucyjnego" (tamże, s. 45). Podniósł ponadto, że z punktu widzenia zasady humanitaryzmu najpełniejsze byłoby stwierdzenie, że każde życie ludzkie – istoty ludzkiej – podlega ochronie prawnej, jednakże w kwestii zgody co do warunków i możliwości przerywania ciąży społeczeństwo jest w dalekim stopniu podzielone. W jego ocenie, skonstruowanie przepisu w oparciu o pierwotnie proponowane dwa ustępy wyeliminowałoby problem wykładni, pozostawiając problem przerywania ciąży ustawodawcy zwykłemu i pozwalając na dynamiczne dostosowanie ustawy do potrzeb społecznych. Nie było jednak zgody na taką formułę (tamże, s. 45-46). „Zaproponowana autopoprawka (…) jest kompromisem. Nie jest to propozycja typu: wbić gwóźdź młotkiem do końca, lecz sprawa jest pozostawiona na świadomość społeczną, a i na to, co się wydarzy w następnych latach" (tamże, s. 46).

Na pytanie posła J. Gwiżdża, czy dziecko jest człowiekiem, odpowiedział: „Oczywiście, że dziecko jest człowiekiem. Czy dziecko przed urodzeniem jest człowiekiem? – to odpowiadam, że jest człowiekiem, ale nie w każdym momencie przed urodzeniem. (…) Według mnie – i nie tylko według mnie – człowiek się staje w łonie matki. Teraz jest kwestia momentu, w którym staje się człowiek. Na ten temat są różne teorie" (tamże). Równocześnie podkreślił, że spór dotyczący początku bytu człowieka ma charakter filozoficzny, przepis zaś z jednej strony musi wyrażać prawną ochronę życia, z drugiej zaś nie może pozwalać, by każda ustawa, zezwalająca na przerwanie ciąży, była automatycznie blokowana w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Zaznaczył ponadto, że w konstytucji żadnego europejskiego państwa, poza Irlandią, nie ma przepisu przewidującego ochronę życia od poczęcia do naturalnej śmierci. Wyraził zrozumienie dla potrzeby szerokiej ochrony życia, jednakże zaznaczył, że nie podziela tego poglądu. „Przyjęcie tego rodzaju przepisu oznacza bowiem konsekwencje dla spraw prokreacji, dla kobiet i ich godności osobistej, i wszystkich problemów, które są z tym związane" (tamże).

Poseł Piotr Ikonowicz wskazał na wieloznaczność proponowanych przepisów, zarówno w poprawce nr 101, jak i autopoprawce, która „powoduje, że stoimy wobec wyboru, a wybór jest następujący: czy o tym, jak będzie, ma decydować kilku sędziów, czy też ma decydować Zgromadzenie Narodowe i naród w referendum. Musimy więc w naszych sumieniach rozstrzygnąć, czy całą odpowiedzialność – za konsekwencje przyjętego przepisu – zrzucamy

na kilku sędziów, czy też bierze to na siebie Zgromadzenie Narodowe i naród w referendum. Jest to bardzo ważny wybór" (tamże). Poseł J. Gwiżdż w odpowiedzi na powyższe podkreślił: „Uważam, że jednak istotne jest to, co zapiszemy, gdyż także dla Trybunału Konstytucyjnego, który będzie orzekał, jest ważne, co miał na myśli ustawodawca, przyjmując ten przepis. (…) spór dotyczy tego, kiedy zaistnieje człowiek i od kiedy człowiek ten ma być chroniony. Gdyby marszałek M. Borowski chciał rzeczywiście pójść w stronę kompromisu, to określenia mówiącego o człowieku mogłoby w ogóle nie być w dyskutowanym przepisie" (tamże).

Poseł Tadeusz Mazowiecki z kolei zaznaczył, że przepis, ze względu na wielość możliwych interpretacji, nie może być nazwany kompromisem: „Poszukujemy bowiem rozwiązania w celu znalezienia przepisu konstytucyjnego najmniej kontrowersyjnego. Natomiast pozostajemy przy swoich poglądach. Równocześnie chodzi o to, aby konstytucja maksymalnie chroniła człowieka, a przede wszystkim w moim przekonaniu – dziecko poczęte. Przepis ma jednak szersze odniesienie, gdyż dotyczy w ogóle życia człowieka. Przypominam, że podczas wcześniejszych prac chcieliśmy, aby formuła ta dotyczyła również zniesienia kary śmierci. Nie wysuwam jednak teraz tej kwestii. Chodzi więc o to, że jest to próba przybliżenia się do tego, aby przepis był najmniej kontrowersyjny. Trudno mówić o kompromisie, kiedy każdy pozostaje przy swoim rozumieniu prawa do życia" (tamże, s. 47).

Senator P. Andrzejewski wskazał przy tym, że jego ugrupowanie proponowaną poprawkę posła M. Borowskiego rozumie w ten sposób, że nie obejmuje ona ochrony życia w fazie prenatalnej, zaznaczając, że nie może tym samym poprzeć proponowanego brzmienia. Poseł Jacek Taylor bezpośrednio po jego wypowiedzi podniósł, że Unia Wolności rozumie proponowaną formułę odmiennie, niż to wskazał senator P. Andrzejewski (tamże).

Pomimo braku porozumienia co do zakresu pojęcia „człowiek" użytego w proponowanym przepisie, poprawka nr 101 w brzmieniu nadanym autopoprawką podczas posiedzenia 13 marca 1997 r. została przyjęta do rekomendacji przez KKZN w głosowaniu większością 31 głosów popierających, przy 7 głosach przeciwnych i 3 wstrzymujących się.

Mając na uwadze wszystkie powyższe wypowiedzi, Trybunał przyjął, że intencją ustrojodawcy było – wobec braku wskazania *expressis verbis* w Konstytucji granic temporalnych życia człowieka i jego prawnej ochrony lub wyłączenia w tym zakresie kognicji Trybunału – pozostawienie do rozstrzygnięcia Trybunałowi kwestii dotyczącej wiążącego ustalenia znaczenia pojęcia „człowiek" na gruncie art. 38 Konstytucji.

3.3.4. Trybunał dokonał także analizy systemowego ujęcia standardu prawnej ochrony życia dziecka w okresie przed narodzinami. Poniżej ogólnie wskazane zostały jedynie najistotniejsze unormowania.

Po pierwsze, dla obowiązku prawnej ochrony życia człowieka w fazie prenatalnej istotne są akty prawa międzynarodowego, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: MPPOiP), „[k]ażda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia". Jakkolwiek unika się jednoznacznych wypowiedzi na temat zakresu podmiotowego tego prawa (por. A. Gliszczyńska-Grabias, komentarz do art. 6, [w:] *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz,* red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 157 i nast.), to art. 6 ust. 5 MPPOiP pośrednio chroni dziecko w okresie prenatalnym, zakazując wykonywania kary śmierci w stosunku do kobiet ciężarnych. Co istotne, pojęciem „istoty ludzkiej" posłużono się – poza preambułą – tylko raz, właśnie w art. 6 ust. 1 MPPOiP. Jest to ważne, albowiem MPPOiP wykorzystuje trojaką terminologię odnoszącą się do zakresu praw podmiotowych: 1) „każdy", 2) „osoba", 3) „istota ludzka". W ocenie Trybunału pozwala to

stwierdzić, że na gruncie MPPOiP przez „istotę ludzką" należy rozumieć człowieka, zarówno w fazie przed, jak i po urodzeniu.

Podobnie art. 2 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.) przewiduje, że „[p]rawo 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". Stosownie zaś do art. 2 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 389; dalej: KPP), „[k]ażdy ma prawo do życia". W doktrynie wskazuje się przy tym, że stanowisko, według którego „prawo do życia nie służy istocie ludzkiej, która (jeszcze) się nie urodziła" nie może być zaakceptowane, albowiem „jest ewidentnie sprzeczne zarówno z zasadą godności człowieka, na której oparte jest prawo do życia, jak i z istotą oraz funkcją prawa gwarantowanego przez art. 2 KPP" (A. Wróbel, I.C. Kamiński, komentarz do art. 2 KPP, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2019, Nb 16).

Trybunał zaznacza przy tym, że wskazane wyżej akty prawne nie określają granic temporalnych prawnej ochrony życia ludzkiego, a tym bardziej nie zawierają żadnego zwrotu, który wskazywałby, że prawną ochroną życie człowieka objęte jest od chwili narodzin lub taka ochrona nie dotyczy fazy prenatalnej.

Jako wskazówkę interpretacyjną Trybunał wykorzystał także preambułę Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, ze zm.), w której wskazano, w odwołaniu do Deklaracji Praw Dziecka, że „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". Co istotne, w rozumieniu tej konwencji „dziecko" oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność (art. 1), a „Państwa-Strony uznają, że każde dziecko ma niezbywalne prawo do życia" (art. 6 ust. 1) oraz „Państwa-Strony zapewnią, w możliwie maksymalnym zakresie, warunki życia i rozwoju dziecka" (art. 6 ust. 2).

Trybunał zwrócił uwagę na art. 10 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 1169, ze sprost.), zgodnie z którym: „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".

Po drugie, wyraz tego, że ochrona życia przysługuje człowiekowi w fazie prenatalnej, znajduje się także w ustawodawstwie zwykłym.

Trybunał przypomina, że zgodnie z art. 1 u.p.r. „[p]rawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie". Przepis ten wskutek orzeczenia Trybunału o sygn. K 26/96 utracił jednak moc obowiązującą w zakresie, w jakim uzależnia ochronę życia w fazie prenatalnej od decyzji ustawodawcy zwykłego (por. pkt 1 sentencji). Aktualne brzmienie tego przepisu zostało nadane na mocy art. 1 pkt 2 nowelizacji z 1996 r. Wprowadzona zmiana stanowiła jednocześnie akt derogacji deklaracji o przyrodzonym charakterze prawa do życia, zaś redakcja art. 1 u.p.r. wskazywała na przypisanie ustawodawcy zwykłemu prawa do określania, czy, i w jakim zakresie, życie *nasciturusa* podlega ochronie prawnej. Taka kompetencja, zdaniem Trybunału, naruszała przepisy konstytucyjne odnoszące się do ochrony życia: „[j]eżeli bowiem życie człowieka, w tym życie dziecka poczętego, stanowi wartość konstytucyjną, to ustawa zwykła nie może prowadzić do swoistej

cenzury i zawieszenia obowiązywania norm konstytucyjnych. Zakaz naruszania życia ludzkiego, w tym życia dziecka poczętego wynika z norm o charakterze konstytucyjnym" (orzeczenie o sygn. K 26/96, pkt 4.1 uzasadnienia). Przepis ten należy zatem odczytywać deklaratywnie.

Na istotną uwagę w kontekście ochrony praw dziecka zasługuje definicja legalna wyrażona w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz. U. z 2020 r. poz. 141; dalej: u.RPD). W rozumieniu tej ustawy dzieckiem jest „każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności". Ustanowienie przez ustawodawcę przepisu o takim brzmieniu jest tym bardziej doniosłe, albowiem Rzecznik Praw Dziecka jest konstytucyjnym organem, stojącym na straży praw dziecka określonych w Konstytucji, Konwencji o prawach dziecka i innych przepisach prawa, z poszanowaniem odpowiedzialności, praw i obowiązków rodziców (por. art. 1 u.RPD w związku z art. 72 ust. 4 Konstytucji).

Życie dziecka w prenatalnej fazie rozwoju jest przedmiotem ochrony w przypadku czynów zabronionych stypizowanych w art. 152-154 k.k., zaś jego zdrowie stanowi przedmiot ochrony z art. 157a k.k. Wskazane jednostki redakcyjne umieszczone zostały w rozdziale XIX k.k., zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu". Oznacza to, że ochrona prawna nakierowana jest na życie i zdrowie dziecka przed jego narodzinami, zaś ochrona innych dóbr prawnych, w tym dóbr pozostałych osób, w przypadku czynów stypizowanych we wskazanych artykułach, ma charakter poboczny, akcesoryjny.

Ustawodawca chroni także majątkowe i niemajątkowe interesy dziecka poczętego, na co wskazują np. art. 446^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740; dalej: k.c.), zgodnie z którym „[z] chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem", oraz art. 927 § 2 k.c. przewidujący, że „dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe". Co istotne, art. 75 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1359; dalej: k.r.o.) dopuszcza uznanie ojcostwa przed urodzeniem się dziecka już poczętego, zaś w art. 182 k.r.o. przewidziana została możliwość ustanowienia kuratora dla dziecka poczętego („[d]la dziecka poczętego, lecz jeszcze nieurodzonego, ustanawia się kuratora, jeżeli jest to potrzebne do strzeżenia przyszłych praw dziecka. Kuratela ustaje z chwilą urodzenia się dziecka"). Trybunał zwrócił przy tym uwagę na poglądy doktryny prawa cywilnego. Jak wskazuje G. Jędrejek: „[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" (komentarz do art. 182, [w:] tegoż, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz,* Warszawa 2017, s. 1137), zaś według J. Haberko dziecko poczęte zyskuje na podstawie art. 23 i art. 446^1 k.c. podmiotowość w zakresie korzystania z ochrony dóbr osobistych, takich jak życie i zdrowie (taż, dz. cyt., s. 109).

3.4. Konkluzje.

Konkludując powyższe ustalenia, Trybunał podtrzymał stanowisko, że życie ludzkie jest wartością w każdej fazie rozwoju i jako wartość, której źródłem są przepisy konstytucyjne, powinno być chronione przez ustawodawcę, nie tylko w formie przepisów gwarantujących przetrwanie człowieka jako jednostki czysto biologicznej, ale także jako bytu całościowego, dla którego egzystencji niezbędne są również odpowiednie warunki społeczne, bytowe, kulturowe, w całości składające się na istnienie jednostki. W ocenie Trybunału, dziecko jeszcze nieurodzone, jako istota ludzka – człowiek, któremu przysługuje przyrodzona i niezbywalna godność, jest podmiotem mającym prawo do życia, zaś system prawny – zgodnie z art. 38 Konstytucji – musi gwarantować należytą ochronę temu centralnemu dobru, bez którego owa

podmiotowość zostałaby przekreślona. Podmiotowość konstytucyjnoprawna dziecka w okresie przed narodzinami nie oznacza jednak, że w sposób pełny przysługuje mu ochrona wszelkich praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję. Związane są one bowiem z określonym poziomem dojrzałości psychofizycznej i społecznej.

Trybunał zwraca zatem uwagę, że nie odwołuje się, podobnie jak nie odwoływał się wcześniej, do argumentów natury filozoficznej, a ściślej, argumentów etycznych odnoszących się do statusu człowieka, a także początku ludzkiego życia. Trybunał opiera swoje wnioski na przesłankach czysto normatywnych, wynikających z przekonania o spójności, zwłaszcza aksjologicznej, systemu prawnego, a także konsekwencji wynikającej z przyjętego w systemie prawa założenia o racjonalności prawodawcy, szczególnie aktualnego w odniesieniu do kwestii najbardziej ważkich, do których należy bez wątpienia ochrona ludzkiego życia.

Trybunał niezmiennie stoi na stanowisku, że „nie powinno budzić wątpliwości, iż przepisy konstytucyjne gwarantują ochronę zdrowia dziecka poczętego, w szczególności zaś z przepisów tych można wywnioskować obowiązek ustawodawcy wprowadzenia zakazu naruszania zdrowia dziecka poczętego oraz ustanowienia środków prawnych gwarantujących w sposób dostateczny przestrzeganie tego zakazu" (orzeczenie o sygn. K 26/96, pkt 3 uzasadnienia). Stwierdzenie to stanowi podstawę aksjologiczną orzeczeń Trybunału we wszelkich sprawach dotyczących ochrony życia ludzkiego.

4. Ocena zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zgodnie z poczynionymi powyżej ustaleniami, życie człowieka podlega prawnej ochronie, w tym w fazie prenatalnej, zaś podmiotowość prawna dziecka jest nierozerwalnie związana z przysługującą mu godnością. Wobec tego możliwa jest sytuacja, w której jedno z dóbr konstytucyjnych znajdujących się w kolizji leży po stronie dziecka w okresie życia przed narodzinami.

4.1. Główne znaczenie dla wyznaczenia dopuszczalnych ograniczeń wolności i praw konstytucyjnych ma art. 31 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym „[o]graniczenia 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 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". Sformułowanie „tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie" stanowi podstawę zasady proporcjonalności, będącej klauzulą limitacyjną, której charakter wynika z właściwości zasad prawa składających się na treść poszczególnych wolności i praw oraz zasad wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zasady te mają charakter optymalizacyjny, co oznacza, że mogą być realizowane w określonym stopniu i pozostawać ze sobą w kolizji (por. P. Tuleja, komentarz do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. tenże, Warszawa 2019, s. 117). Zasada proporcjonalności *sensu largo* rozstrzyga te kolizje, gdyż pozwala ustalić, w jakim stopniu można ograniczyć dane prawa konstytucyjne ze względu na konieczność realizacji innego prawa lub konieczność realizacji zasady o charakterze przedmiotowym. Zasada ta składa się z trzech elementów, które tworzą tzw. test proporcjonalności (por. wyrok TK z 12 lutego 2015 r., sygn. SK 70/13, OTK ZU nr 2/A/2015, poz. 14, cz. III, pkt 3.3.1 uzasadnienia). Pierwszym elementem jest zasada przydatności, zgodnie z którą ograniczenie praw konstytucyjnych jest dopuszczalne tylko przy użyciu takich środków prawnych, które umożliwiają zrealizowanie celu usprawiedliwiającego ograniczenie. Drugim elementem jest zasada konieczności, zgodnie z którą jeśli istnieje kilka możliwych sposobów ograniczenia danego prawa konstytucyjnego ze względu na konstytucyjnie usprawiedliwiony cel, to należy wybrać

środek jak najmniej uciążliwy. Trzecim elementem jest zasada proporcjonalności *sensu stricto*. Polega ona na ważeniu dwóch lub więcej kolidujących ze sobą zasad oraz wskazaniu, która z nich w danych okolicznościach faktycznych i prawnych ma pierwszeństwo.

Wobec tego, w sytuacji oceny konstytucyjności regulacji ustanawiającej ograniczenie konstytucyjnej wolności lub prawa, należy w pierwszej kolejności rozważyć, czy spełnia ona kryteria formalne, a więc przesłankę ustawowej formy ograniczenia, a w razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, trzeba przeprowadzić tzw. test proporcjonalności, składający się z wymienionych elementów.

4.2. Oceniany przez Trybunał art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. spełnia pierwsze kryterium określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji, czyli przesłankę ustawowej formy ograniczenia, zatem należało dokonać analizy tego przepisu pod kątem wskazanych wcześniej przesłanek materialnych.

Trybunał zaznacza, że oceniając przydatność art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., należy pamiętać o tym, iż ustawodawca zwykły ustanowił dopuszczalność przerwania ciąży nie tylko w przypadku gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, ale także umożliwił przeprowadzenie tego zabiegu w sytuacji, gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r.) lub zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (art. 4a ust. 1 pkt 3 u.p.r.). To znaczy, że dokonywana ocena nie odnosi się do zabiegu przerwania ciąży jako takiego, lecz do jego legalności tylko w przypadku tzw. przesłanki eugenicznej. Zdaniem Trybunału, omawiany warunek umożliwiający przerwanie ciąży, który zawarty jest w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., ma charakter eugeniczny w rozumieniu eugeniki liberalnej, a nie eugeniki autorytarnej, a więc takiej, w której państwo promuje jedynie obywateli zdrowych, sprawnych, o najwyższych kompetencjach. Oznacza to, że państwo pozostawia matce wybór w kwestii tego, czy chce ona urodzić, a następnie wychowywać dziecko, które może nie być zdrowe i będzie wymagało wzmożonej opieki. Wobec tego oceny przydatności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. należało dokonać w szerszym aspekcie, odnoszącym się do pozostałych elementów składających się na zasadę proporcjonalności *sensu largo*.

Przerwanie ciąży jednocześnie wiąże się z pozbawieniem dziecka jego życia. O ile dziecku temu nie odmawia się prawa do życia, to następuje ograniczenie jego prawnej ochrony. Takie ograniczenie musi jednak być konieczne ze względu na konstytucyjnie usprawiedliwiony cel. Trybunał wskazał w wyroku z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, dotyczącym dopuszczalności zestrzelenia cywilnego statku powietrznego (samolotu), który zostałby użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza, że metodologia oceny wypracowana na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do rozwiązań ograniczających prawną ochronę życia znajduje zastosowanie z dwoma istotnymi zastrzeżeniami: „[p]o pierwsze – przesłanka konieczności musi być interpretowana szczególnie restryktywnie, w kierunku zbieżnym z kryterium «absolutnej konieczności», wypracowanym w orzecznictwie ETPC na gruncie art. 2 konwencji o ochronie praw człowieka (…). Każdy wypadek ograniczenia prawnej ochrony życia ludzkiego – w stosunku do standardów ogólnych – musi być traktowany jako środek o charakterze *ultima ratio*. Po drugie – z uwagi na fundamentalny charakter prawa do życia w aksjologii konstytucyjnej, nie każde z dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji może uzasadniać godzące w nie rozwiązania. Bez potrzeby dalszego poszerzania argumentacji można stwierdzić, że 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 konstytucyj-

nej, 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 symetrii dóbr: poświęcanego i ratowanego" (cz. III, pkt 7.4 uzasadnienia). Trybunał w niniejszej sprawie podtrzymał to stanowisko i podzielił pogląd wyrażony w sprawie o sygn. K 26/96, że „[d]ecyzja ustawodawcy zwykłego, rezygnującego z ochrony określonej wartości konstytucyjnej, czy wręcz legalizującego zachowania naruszające taką wartość, musi być usprawiedliwiona wyżej przedstawioną kolizją dóbr, praw lub wolności konstytucyjnych. Ustawodawca nie jest wszakże uprawniony do dowolnego i arbitralnego rozstrzygania takich kolizji. W szczególności zaś powinien się kierować wynikami porównania wartości kolidujących ze sobą dóbr, praw lub wolności. Kryteria określające zakres dopuszczalnego naruszenia powinny być adekwatne do istoty rozstrzyganej kolizji" (pkt 4.3 uzasadnienia).

Jeżeli przerwanie ciąży wiąże się z pozbawieniem życia człowieka – dziecka w okresie prenatalnym – to wykluczone jest, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Trybunału, konstytucyjne uzasadnienie dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży powołaniem się na konieczność w demokratycznym państwie prawnym dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej.

Ocena dopuszczalności przerwania ciąży, w przypadku gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, a więc możliwości poświęcania dobra leżącego po stronie dziecka, wymaga wskazania analogicznego dobra po stronie innych osób.

Trybunał zauważył, iż z treści art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika, że samoistną podstawą do przerwania ciąży nie mogą być okoliczności związane ze stanem zdrowia dziecka. U.p.r. wskazuje jako przesłankę nie stan diagnostycznej pewności, lecz jedynie „duże prawdopodobieństwo" ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu. Nie jest jednak dopuszczalne, na gruncie art. 31 ust. 3 zdanie pierwsze Konstytucji, przeciwstawianie zdrowia człowieka jego życiu, gdyż problemu ważenia dóbr nie można rozpatrywać, gdy zarówno dobro poświęcane, jak i dobro ratowane przynależy do tego samego podmiotu. Trybunał podziela przy tym pogląd, że w przypadku przesłanek określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. „sam fakt upośledzenia płodu (nieuleczalnej choroby) nie może samodzielnie przesądzać o dopuszczalności zabiegu przerwania 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" (W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk sejmowy nr 993*, „Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007, red. M. Królikowski, M. Bajor-Stachańczyk, W. Odrowąż-Sypniewski, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 32). Tym bardziej zdarzenie, które ziścić się może jedynie z dużym prawdopodobieństwem, nie może dawać podstawy do przerwania życia.

Z istoty przerwania ciąży, rozpatrując sytuację kolizyjną, analogicznego dobra można szukać jedynie po stronie matki dziecka.

Jakkolwiek duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu może wiązać się także z zagrożeniem dla życia lub zdrowia matki, to jednak art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie odnosi się do takiej sytuacji, tym bardziej że okoliczność takiej kolizji została wskazana jako odrębna przesłanka dopuszczalności przerwania ciąży w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. Oznacza to, że jeżeli zaistniałyby

jednocześnie okoliczności określone w art. 4a ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 u.p.r., to zastosowanie powinien znaleźć art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r.

Trybunał zaznacza, że w niniejszej sprawie przedmiotem oceny było to, czy konstytucyjnie dopuszczalne jest przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży, w przypadku gdy „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu".

W ocenie Trybunału, dla dopuszczalności pozbawienia życia człowieka w okresie prenatalnym nie jest wystarczające prawdopodobieństwo wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., bez względu na jego możliwe stopniowanie, a zatem także „duże prawdopodobieństwo". Wszak nawet pozbawione wątpliwości stwierdzenie ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu nie oznacza, że dotknięty nimi człowiek nie będzie mógł korzystać w pełni z praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie w postnatalnej fazie życia. Trybunał zaznacza, że rozumiał, iż szeroki katalog okoliczności określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. obejmuje bardzo zróżnicowane przypadki. Stanowienie adekwatnych norm prawnych należy jednak do kompetencji ustawodawcy, a Trybunał może ewentualnie oceniać konstytucyjność przyjętych przez niego rozwiązań w przypadku zainicjowania kontroli.

W ocenie Trybunału, art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie pozwala przyjąć, że duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu ma stanowić podstawę do automatycznego domniemania naruszenia dobrostanu kobiety ciężarnej, zaś samo wskazanie na potencjalne obciążenie dziecka takimi wadami ma charakter eugeniczny. W przepisie tym zabrakło odniesienia do mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki uzasadniających przerwanie ciąży, czyli takiej sytuacji, w której nie można byłoby od niej prawnie wymagać poświęcenia danego dobra prawnego.

Wobec powyższego, Trybunał uznał ograniczenie prawnej ochrony życia w drodze art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. za niespełniające wymogów przydatności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*.

Trybunał Konstytucyjny, oceniając art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., stwierdził zatem, że legalizacja zabiegu przerwania ciąży, w przypadku gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, nie znajduje konstytucyjnego uzasadnienia.

5. Umorzenie postępowania w pozostałym zakresie.

Wobec stwierdzenia niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, przeprowadzenie oceny merytorycznej w zakresie zgodności z pozostałymi wzorcami kontroli, tj. art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 2 i art. 42 Konstytucji, wskazanymi przez wnioskodawcę w *petitum* wniosku, było zbędne.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, w sytuacji gdy występuje niezgodność kwestionowanej regulacji z jednym ze wskazanych wzorców kontroli, można zaniechać dalszej oceny merytorycznej, a postępowanie w zakresie badania zgodności tej regulacji z pozostałymi wzorcami konstytucyjnymi może być umorzone ze względu na zbędność wydania wyroku (por. wyrok z 14 grudnia 2017 r., sygn. K 17/14, OTK ZU A/2018, poz. 4, cz. III, pkt 6.4 uzasadnienia, wraz z powołanymi tam wyrokami).

Tym samym Trybunał Konstytucyjny na mocy art. 59 ust. 1 pkt 3 u.o.t.p.TK postanowił umorzyć postępowanie w zakresie kontroli zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 2 i art. 42 Konstytucji.

6. Skutki orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując skutki orzeczenia zapadłego w niniejszej sprawie, Trybunał w pierwszej kolejności zaznacza, że obowiązek zapewnienia każdemu człowiekowi prawnej ochrony życia spoczywa na wszystkich władzach publicznych, w szczególności na ustawodawcy. Ma on przy tym zarówno prawo, jak i obowiązek dostosować stan prawny do wyroku wydanego przez Trybunał.

Trybunał stwierdził niezgodność art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wskutek utraty mocy obowiązującej tego przepisu ograniczeniu ulegnie katalog okoliczności legalizujących przerwanie ciąży. Tym samym nastąpi rozszerzenie zakresu znamion czynów zabronionych stypizowanych w art. 152 k.k. Nie oznacza to jednak, że Trybunał stanowi nowy typ czynu zabronionego, dokonuje kryminalizacji. W art. 152 k.k. wysłowiona została norma blankietowa za pomocą wyrażenia „z naruszeniem przepisów ustawy". Przepisy te znajdują się w art. 4a u.p.r. Wskutek orzeczenia nastąpi relewantna zmiana stanu prawnego dla określenia znamion czynów stypizowanych w art. 152 k.k. Wynika to z kompetencji przyznanej Trybunałowi przez ustrojodawcę na mocy art. 190 Konstytucji, bez uszczerbku dla gwarancji wynikającej z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, albowiem wszelkie znamiona czynu zabronionego pozostają wyrażone w ustawie.

Trybunał wskazuje przy tym, że podmiotem czynów określonych w art. 152 k.k. nie może być sama kobieta ciężarna. W polskim systemie prawnym nie są bowiem penalizowane czyny matek zmierzające do przerwania ich ciąży.

Trybunał jednocześnie podkreśla, że przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie nie był art. 152 k.k. Orzeczenie odnosi się jedynie do kwestii legalności przerwania ciąży w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., zostawiając poza oceną wykorzystanie instrumentów prawnokarnych. To od decyzji ustawodawcy, w tym dokonanej przez niego oceny społecznej szkodliwości danych typów czynów, powinno zależeć ukształtowanie reakcji prawnokarnej.

Trybunał podkreśla, że rozumiał, iż szeroki katalog okoliczności określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. obejmuje bardzo zróżnicowane przypadki. Stanowienie adekwatnych norm prawnych należy jednak do kompetencji ustawodawcy, a Trybunał może ewentualnie oceniać konstytucyjność przyjętych rozwiązań w drodze kontroli prewencyjnej bądź następczej, albowiem decyzja ustawodawcy legalizująca zachowania naruszające daną wartość konstytucyjną nie może być w pełni dowolna i arbitralna. Musi być usprawiedliwiona kolizją dóbr, praw lub wolności konstytucyjnych, którym – rozważając istotę danego przypadku, sytuacji kolizyjnej – można przyznać porównywalną wagę. Ustawodawca normując w przyszłości to zagadnienie powinien uwzględnić poglądy Trybunału wyrażone w niniejszej sprawie (w szczególności zob. cz. III pkt 4.2 uzasadnienia), jak i w sprawie o sygn. K 26/96.

W treści u.p.r. pozostaną przepisy prawne odnoszące się do art. 4a ust. 1 pkt 2, w szczególności art. 4a ust. 2, 3 i 5 zdanie pierwsze. W części dotyczącej ocenianego w niniejszym postępowaniu przepisu wskazane jednostki redakcyjne staną się zatem bezprzedmiotowe, podobnie jak to miało miejsce w przypadku art. 4a ust. 2, 6 i 7 u.p.r., gdy wskutek orzeczenia o sygn. K 26/96 moc obowiązującą utraciła przesłanka dopuszczalności przerwania ciąży określona w art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r. Ustawodawca powinien zatem rozważyć dostosowanie art. 4a u.p.r. do stanu prawnego, który powstał w konsekwencji orzeczeń zapadłych w sprawie niniejszej, jak i o sygn. K 26/96. Jednocześnie Trybunał zaznacza, że nie mógł orzec niekonstytucyjności, nawet częściowej wskazanych przepisów art. 4a u.p.r., które odnoszą się do art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Jakkolwiek art. 4a ust. 2 u.p.r. został zakwestionowany przez wnioskodawcę, to zarówno z uwagi na dokonaną rekonstrukcję przedmiotu zaskarżenia, jak i brzmienie tego przepisu taki zabieg nie był możliwy. Choć wnioskodawca upatruje w art. 4a ust. 2 istnienie dwóch zdań, to formalnie rzecz ujmując, ta jednostka redakcyjna składa się z dwóch wyrażeń oddzielonych średnikiem w ramach jednej wypowiedzi zamkniętej kropką. O

ile pierwsze wyrażenie odnosi się do art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., to drugie dotyczy art. 4a ust. 1 pkt 3 i 4 u.p.r., przy czym dla zachowania sensu tego ostatniego wyrażenia niezbędne jest sformułowanie „przerwanie ciąży jest dopuszczalne" zawarte we wcześniejszym wyrażeniu. Trybunał zatem – pomijając kwestie związane z rekonstrukcją przedmiotu kontroli – z uwagi na problem legislacyjny dotyczący brzmienia art. 4a ust. 2 u.p.r. nie mógł orzec nawet częściowej niekonstytucyjności tego przepisu, a obejmującej pierwsze wyrażenie („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;"), albowiem eliminując fragment przepisu, Trybunał nie jest władny doń nie tylko niczego dodać, ale nawet zmienić formy gramatycznej czy interpunkcji.

Trybunał wskazuje ponadto na niespójność pojęć, którymi operuje ustawodawca, ponieważ w wielu przepisach prawnych zamiast pojęciem „dziecka" posługuje się pojęciem „płodu", a ponadto „matka dziecka" jest określana jako „kobieta ciężarna". Ustawodawca, podkreślając podmiotowość prawną dziecka w prenatalnym okresie życia, powinien jednak wykorzystywać, w miarę możliwości, pojęcia odnoszące się do relacji między ludźmi, tj. relacji bycia dzieckiem i relacji bycia matką.

Jednocześnie Trybunał nie uznał za zasadne skorzystać z uprawnienia, o którym mowa w art. 190 ust. 3 Konstytucji, do określenia innego terminu utraty mocy obowiązującej art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., niż termin wejścia w życie wyroku. Jakkolwiek za odroczeniem terminu utraty mocy obowiązującej tego przepisu przemawiało zapewnienie ustawodawcy odpowiedniego okresu na uchwalenie zmian w treści u.p.r., jak i ewentualnie tych związanych z odpowiedzialnością karną, to Trybunał uznał, że wyeliminowaniu art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z systemu prawnego należy przyznać pierwszeństwo z uwagi na fundamentalne znaczenie prawnej ochrony życia na gruncie aksjologii Konstytucji.

Trybunał, mając na względzie niełatwą sytuację matki w przypadku ciąży, co do której badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, zwraca uwagę na art. 71 ust. 2 Konstytucji, który przyznaje matce przed i po urodzeniu dziecka podmiotowe prawo do szczególnej pomocy władz publicznych w zakresie określonym przez ustawę, a łączące się bezpośrednio z zasadą ochrony macierzyństwa z art. 18 Konstytucji (por. wyroki TK z: 13 kwietnia 2011 r., sygn. SK 33/09, OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 23, cz. III, pkt 2.2 uzasadnienia; 9 lipca 2012 r., sygn. P 59/11, OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 76, cz. III, pkt 3 uzasadnienia). Jakkolwiek prawo to może być dochodzone tylko w granicach określonych w ustawie, o czym przesądza art. 81 Konstytucji, to na ustawodawcy ciąży obowiązek jego odpowiedniego unormowania. Choć przysługuje mu daleko idąca swoboda konkretyzowania owej pomocy, to „aby mogła spełnić swoją rolę, nie może być iluzoryczna – ustawa musi zagwarantować jej realny wymiar" (wyrok TK z 13 kwietnia 2011 r., sygn. SK 33/09, cz. III, pkt 3.1 uzasadnienia), co wynika z zakazu naruszania „istoty" wskazanego prawa (por. L. Garlicki, M. Derlatka, komentarz do art. 71, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 777). Zasadne byłoby zatem przeanalizowanie przez ustawodawcę tego, czy obowiązujące rozwiązania prawne w tym zakresie są wystarczające w przypadku, gdy art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. został wyeliminowany z systemu prawnego. W myśl art. 1 Konstytucji, Rzeczpospolita Polska jako dobro wspólne wszystkich obywateli powinna być środkiem służącym rozwojowi poszczególnych osób oraz tworzonych przez nie wspólnot, zwłaszcza rodzinie. Ustawodawca nie może przenosić ciężaru związanego z wychowaniem dziecka ciężko i nieodwracalnie upośledzonego albo nieuleczalnie chorego jedynie na matkę, ponieważ w głównej mierze to na władzy publicznej oraz na całym społeczeństwie ciąży obowiązek dbania o osoby znajdujące się w najtrudniejszych sytuacjach.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

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

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: ustawa o organizacji TK), zgłaszam zdanie odrębne do wyroku z 22 października 2020 r., sygn. K 1/20.

1. *Credo*.

1.1. Założenia światopoglądowe (osobiste).

Uważam, że:

– życie ludzkie powstaje w momencie poczęcia,

– prawo do życia jest prawem przyrodzonym każdego człowieka,

– obowiązkiem państwa jest podejmowanie skutecznych działań na rzecz ochrony życia każdego człowieka, także w fazie prenatalnej, bez względu na koszty ekonomiczne,

– aborcja – niezależnie od przyczyn – jest pozbawieniem życia człowieka.

Moje poglądy w powyższych sprawach zostały ukształtowane przez naukę społeczną i doktrynę Kościoła Katolickiego i – o ile wolno mi to oceniać – są z nimi w pełni zgodne.

1.2. Założenia prawne (konstytucyjne).

Obejmując urząd sędziego Trybunału Konstytucyjnego, ślubowałem, „przy wykonywaniu powierzonych mi obowiązków sędziego Trybunału Konstytucyjnego służyć wiernie Narodowi, stać na straży Konstytucji, a powierzone mi obowiązki wypełniać bezstronnie i z najwyższą starannością" (art. 5 ust. 5 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.).

Pod koniec mojej kadencji rota powyższego ślubowania nie pozwala mi zaakceptować niniejszego wyroku, który dotyczy adekwatnej prawnej reakcji na dramatyczną sytuację osobistą moich współobywateli. Konstytucja zobowiązuje mnie bowiem do ochrony praw także osób niepodzielających moich poglądów. Rzeczpospolita Polska jest wszak „dobrem wspólnym wszystkich obywateli" (por. preambuła i art. 1 Konstytucji).

Jestem zdania, że kobietom w ciąży i ich rodzinom, które otrzymują informację o dużym prawdopodobieństwie wystąpienia u dziecka ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo poważnej choroby zagrażającej jego życiu, należy się szacunek, współczucie i wsparcie. Państwo powinno udzielać im niezbędnej pomocy, a nie zmuszać do heroizmu. Taki pogląd wyrażam nie tylko jako Leon Kieres osoba prywatna, ale także Leon Kieres obywatel i Leon Kieres sędzia Trybunału Konstytucyjnego.

1.3. Zakres zdania odrębnego.

Moje stanowisko w niniejszej sprawie sprowadza się w zasadzie do dwóch stwierdzeń.

Po pierwsze, obecne postępowanie powinno zostać umorzone w całości ze względu na toczące się od trzech lat w parlamencie prace nad obywatelskim projektem nowelizacji ustawy

z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78, ze zm.; dalej: u.p.r. lub zaskarżona ustawa), zawartym obecnie w druku sejmowym nr 36/IX kadencja, oraz wcześniejszą praktykę postępowania z podobnymi inicjatywami. W mojej opinii, negatywna ocena projektów zmian zaskarżonej ustawy lub zwłoka w ich rozpoznawaniu przez Sejm oznacza intencjonalne zaniechanie ustawodawcy, który chce utrzymania dotychczasowych zasad przerywania ciąży. Tego typu decyzje nie podlegają zaś kontroli Trybunału.

Po drugie, mam wątpliwości, czy Trybunał zbadał wszystkie istotne okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, jak wymaga tego art. 69 ust. 1 ustawy o organizacji TK. Moim zdaniem, art. 30 i art. 38 Konstytucji mogą być różnie interpretowane, a wynikające z nich powinności są adresowane przede wszystkim do państwa i nie mogą być podstawą nakładania na obywateli obowiązków przekraczających zwykłą miarę. Nie podzielam argumentacji Trybunału, która doprowadziła do stwierdzenia niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z Konstytucją.

W dalszej części motywów mojego zdania odrębnego skupię się na uzasadnieniu tych dwóch tez, a następnie krótko odniosę się do wybranych szczegółowych elementów uzasadnienia wyroku i jego skutków oraz sformułuję postulaty *de lege ferenda*.

2. Tryb rozpoznania sprawy.

2.1. Uważam, że w niniejszej sprawie wystąpiło kilka istotnych uchybień proceduralnych, które miały istotny wpływ na przebieg i wynik postępowania.

2.2. Wątpliwości co do składu orzekającego.

Także w tym wypadku doszło niestety do rozpoznania sprawy bez wystarczającej refleksji nad właściwym ukształtowaniem składu orzekającego Trybunału w kontekście zasady *nemo iudex in causa sua* (nikt nie powinien być sędzią we własnej sprawie; por. moje zdania odrębne np. do wyroku z 20 kwietnia 2020 r., sygn. U 2/20, OTK ZU A/2020, poz. 61 oraz postanowień z 28 stycznia i 21 kwietnia 2020 r., sygn. Kpt 1/20, OTK ZU A/2020, poz. 15 i 60).

2.2.1. Przesłanki legalnego przerwania ciąży, zawarte w zaskarżonej ustawie, były już kilka razy przedmiotem prac legislacyjnych Sejmu. Zgodność z Konstytucją art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.r. została też zakwestionowana przez grupy posłów w dwóch jednobrzmiących wnioskach do Trybunału Konstytucyjnego (postępowanie w sprawie pierwszego z nich zostało umorzone z powodu końca kadencji Sejmu – por. postanowienie z 21 lipca 2020 r., sygn. K 13/17, OTK ZU A/2020, poz. 46).

W tym kontekście należało więc zwrócić uwagę, że (co jest faktem powszechnie znanym) dwóch członków obecnego składu orzekającego TK było bezpośrednio przed objęciem stanowiska sędziego TK posłami Sejmu VII i VIII kadencji. Osoby te brały wówczas udział w głosowaniach dotyczących wszystkich projektów nowelizacji zaskarżonej ustawy, procedowanych w latach 2012-2019 (por. druki sejmowe nr 670, 1654 i 3806/VII kadencja oraz nr 784, 2060 i 2146/VIII kadencja, www.sejm.gov.pl), oraz dokonywały czynności urzędowych w związku ze sprawą o sygn. K 13/17. Jedna z nich była sygnatariuszem wniosku grupy posłów, inicjującego postępowanie w tej sprawie. Obie brały udział w posiedzeniu Komisji Ustawodawczej (dalej: komisja), podczas którego głosowano nad stanowiskiem Sejmu (por. *Opinia nr 211 Komisji Ustawodawczej uchwalona w dniu 28 lutego 2018 r. dla Marszałka Sejmu w sprawie wniosku grupy posłów (sygn. akt K 13/17)* oraz *Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej (nr 71) z dnia 28 lutego 2018 r.*, s. 18-19, www.sejm.gov.pl). Na podstawie publicznie dostępnej dokumentacji procesu legislacyjnego nie da się stwierdzić,

czy osoby te były obecne podczas całego posiedzenia i brały udział we wszystkich głosowaniach. Kwestia ta wymagałaby więc dalszego wyjaśnienia.

2.2.2. Sądzę, że powyższe okoliczności mogły wywoływać uzasadnione wątpliwości co do bezstronności powyższej dwójki sędziów TK (a zwłaszcza sędziego, który podpisał wniosek w sprawie o sygn. K 13/17) w rozumieniu art. 39 ust. 2 pkt 2 ustawy o organizacji TK. Działania podejmowane przez nich w ramach działalności parlamentarnej jednoznacznie ujawniają bowiem nie tylko ich ogólny stosunek do problemu prawnej dopuszczalności przerywania ciąży, ale zawierają bezpośrednią ocenę konstytucyjności zaskarżonych przepisów. Zarówno we wniosku o sygn. K 13/17, jak i we wskazanej wyżej opinii komisji prezentowany był jednoznaczny pogląd o niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 u.p.r. m.in. z art. 38 w związku z art. 30 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Równocześnie zaś należy zauważyć, że sędzia podpisany pod wnioskiem grupy posłów o sygn. K 13/17 nie brał udziału w wydaniu postanowienia w tej sprawie. Okoliczności mogące powodować konieczność jego wyłączenia były więc znane Trybunałowi Konstytucyjnemu i zachowały pełną aktualność.

Ocena zgodności z prawem obecnego składu orzekającego w zakresie dotyczącym podniesionych wyżej wątpliwości nastąpiła bez mojego udziału. W tej sytuacji zastrzeżenia co do sposobu i kierunku tego rozstrzygnięcia mogę wyrazić tylko w zdaniu odrębnym do końcowego orzeczenia w sprawie.

2.3. Wady stanowiska Sejmu.

Krótkiego komentarza wymaga także stanowisko Sejmu.

2.3.1. Prezes Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy o organizacji TK, zawiadomił Marszałka Sejmu o przekazaniu wniosku o sygn. K 1/20 do rozpoznania przez skład orzekający i pouczył o prawie do złożenia pisemnego stanowiska, wyznaczając w tym celu stosowny termin.

Kilka dni przed terminem rozprawy do Trybunału Konstytucyjnego wpłynęło pismo z 19 października 2020 r. podpisane przez Marszałka Sejmu, przedłożone – jak zaznaczono w jego treści – „w imieniu Sejmu". Jako jego podstawę prawną wskazano art. 69 ust. 2 w związku z art. 42 pkt 3 ustawy o organizacji TK.

Z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Sejmu wynika, że projekt stanowiska Sejmu, przygotowany przez Biuro Analiz Sejmowych, był przedmiotem obrad komisji 16 października 2020 r., prowadzonych z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej umożliwiających porozumiewanie się na odległość. Tekst ten nie uzyskał poparcia komisji – 14 jej członków głosowało za jego pozytywnym zaopiniowaniem, 14 przeciw, nikt nie wstrzymał się od głosu (por. *Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej (nr 18) z dnia 16 października 2020 r.*, s. 53, www.sejm.gov.pl). Taki sam wynik miało zarządzone następnie głosowanie w sprawie reasumpcji głosowania, wobec czego wyrażone wcześniej stanowisko w sprawie projektu stanowiska Sejmu stało się ostateczne (por. *ibidem*).

Wedle mojej wiedzy, w Sejmie nie podjęto prac nad opracowaniem nowego (zmienionego) stanowiska, które mogłoby uzyskać aprobatę komisji w kolejnym głosowaniu. Sejm nie wniósł także o odroczenie rozprawy wyznaczonej na 22 października 2020 r.

2.3.2. Zgodnie z art. 63 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy o organizacji TK, złożenie pisemnego stanowiska w postępowaniu przed Trybunałem jest prawem uczestnika postępowania. Równocześnie jednak art. 69 ust. 2 tej ustawy stanowi, że uczestnicy postępowania „są obowiązani" do składania Trybunałowi wszelkich wyjaśnień i udzielania informacji dotyczących sprawy oraz przedstawiania wniosków dowodowych, potrzebnych do jej rozstrzygnięcia. Niezależnie od powyższej niespójności przepisów, nie ulega jednak wątpliwości, że przygo-

towanie i przedstawienie stanowiska przez uczestnika postępowania wymaga także poszanowania odpowiednich procedur wewnętrznych.

W myśl art. 121 ust. 2 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 2019 r. poz. 1028, ze zm.; dalej: regulamin Sejmu), „Komisja Ustawodawcza przed terminem rozprawy wydaje opinię o zawartych we wniosku o rozpatrzenie sprawy przez Trybunał Konstytucyjny zarzutach co do niezgodności ustawy z przepisami konstytucyjnymi. Poseł wyznaczony na przedstawiciela Sejmu ma obowiązek uczestniczyć w posiedzeniu Komisji".

Z omówionej wyżej dokumentacji wynika jednoznacznie, że nie doszło do skutecznego wydania opinii (przedstawiony projekt stanowiska nie został przyjęty przez większość członków komisji). Na jej podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie, czy poseł wyznaczony na przedstawiciela Sejmu przez Marszałka Sejmu był obecny podczas posiedzenia komisji (poseł Barbara Bartuś nie jest członkiem tego organu i nie zabierała głosu podczas jego posiedzenia, por. *Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej (nr 18) z dnia 16 października 2020 r.*, www.sejm.gov.pl).

Mam oczywiście świadomość, że w Trybunale Konstytucyjnym incydentalnie zdarzało się merytoryczne rozstrzyganie spraw nawet bez stanowisk uczestników postępowania, a także przedkładanie przez Marszałka Sejmu stanowisk, które nie były przedmiotem uchwały komisji (np. w sprawach zakończonych postanowieniem z 25 listopada 2015 r., sygn. K 29/15, OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 176 lub wyrokami z 17 listopada 2015 r., sygn. K 5/15, OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 164 i 6 grudnia 2016 r., sygn. SK 7/15, OTK ZU A/2016, poz. 100, www.sejm.gov.pl). Podtrzymuję pogląd, wyrażony w zdaniach odrębnych do postanowień z 28 stycznia i 21 kwietnia 2020 r., sygn. Kpt 1/20, że Trybunał nie powinien być wobec takich sytuacji obojętny.

W świetle powyższych okoliczności, uważam, że pismo z 19 października 2020 r. jest osobistym stanowiskiem Marszałka Sejmu, który ma konstytucyjne uprawnienie do „reprezentowania Sejmu na zewnątrz" (por. art. 110 ust. 2 Konstytucji oraz art. 10 ust. 1 pkt 2 regulaminu Sejmu). Ze względu na opisane wyżej naruszenie art. 121 ust. 2 regulaminu Sejmu (z całą pewnością zdania pierwszego, a być może – także zdania drugiego), nie można go jednak uznać za wyraz poglądów komisji ani całej izby.

2.4. Niedostateczne wyjaśnienie sprawy.

Według mnie, wydanie wyroku nie zostało poprzedzone zbadaniem „wszystkich istotnych okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy" (por. art. 69 ust. 1 ustawy o organizacji TK).

2.4.1. Wnioskodawca – zarówno w piśmie inicjującym postępowanie, jak i podczas rozprawy – podkreślał, że jednym z podstawowych powodów złożenia wniosku była dowolna, rozszerzająca wykładnia kwestionowanych przepisów, która nadała im znaczenie sprzeczne z Konstytucją (por. np. s. 5 wniosku: „Wykładnia i zastosowanie tych przesłanek w praktyce doprowadziły do ustalenia treści normy [aktu normatywnego], która budzi zasadnicze wątpliwości natury konstytucyjnej").

Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku dwukrotnie zaznaczył, że „rozumie", iż „szeroki katalog okoliczności określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. obejmuje bardzo zróżnicowane przypadki" (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia). Nie zostały w nim nazwane jednak ani przykładowe, ani typowe, ani nawet graniczne stany faktyczne, w których zaskarżony przepis jest stosowany, nie podano także żadnego źródła omawianej tezy. W uzasadnieniu pojawiły się także inne stwierdzenia, dotyczące interpretacji art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., które również nie zostały w żaden sposób udokumentowane (np. „automatyzm domniemania naruszenia dobrostanu kobiety ciężarnej", brak „mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki").

Argumenty te miały równocześnie bardzo istotne znacznie dla negatywnej oceny konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. (stanowiły główny powód stwierdzenia jego nieproporcjonalności – por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia, komentowany niżej).

2.4.2. Jestem przekonany, że rozpoznanie niniejszej sprawy wymagało wszechstronnego i szczegółowego zbadania wykładni zaskarżonych przepisów w praktyce (z wykorzystaniem różnych źródeł informacji) oraz skonfrontowania tych ustaleń z ocenami wyrażanymi w literaturze i orzecznictwie (z uwagi na uniwersalność problemu prawnej ochrony życia – także w publikacjach i judykatach zagranicznych lub międzynarodowych).

Art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.r. ma zastosowanie do niepowtarzalnych stanów faktycznych, możliwych do opisania na poziomie konkretnym w kategoriach medycznych, ale trudnych do prawidłowego uogólnienia (stąd niewielki walor informacyjny danych ze *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 (Dz. U. Nr 17, poz. 78, z późn. zm.),* druk sejmowy nr 339/IX kadencja Sejmu; dalej: sprawozdanie RM za 2018 r.). W tej sytuacji ograniczenie się do analizy czysto dogmatycznej i formalnej, bez uwzględnienia praktycznych dyrektyw powszechnie wywodzonych z kwestionowanych regulacji w procesie ich stosowania, doprowadziło do błędnych ustaleń co do treści zaskarżonych przepisów (a w rezultacie – także do wadliwej oceny ich zgodności z Konstytucją).

W celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy (por. art. 69 ust. 1 ustawy o organizacji TK) Trybunał Konstytucyjny powinien był:

– na podstawie art. 69 ust. 3 w związku z art. 36 ustawy o organizacji TK i w związku z art. 278 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575, ze zm.) dopuścić z urzędu dowód z opinii biegłych z zakresu nauk medycznych na okoliczność interpretacji zaskarżonych przepisów w praktyce;

– na podstawie art. 72 pkt 4 ustawy o organizacji TK wezwać do udziału w postępowaniu Ministra Zdrowia, Ministra Rodziny i Polityki Społecznej oraz Ministra Spraw Zagranicznych;

– zlecić Wydziałowi Studiów nad Orzecznictwem i Analiz Prawnych w Biurze Służby Prawnej Trybunału (por. art. 29 ustawy o organizacji TK) przygotowanie kompleksowej analizy polskiej i zagranicznej (zwłaszcza europejskiej) literatury dotyczącej konstytucyjnych aspektów dopuszczalności przerywania ciąży z przesłanek embriopatologicznych oraz odpowiedniego orzecznictwa.

Zgromadzenie i analiza dodatkowych informacji z powyższych źródeł były możliwe bez zwłoki dla rozpoznania niniejszej sprawy (zwłaszcza jeśli potraktuje się ją jako kontynuację sprawy o sygn. K 13/17, wniesionej do Trybunału 22 czerwca 2017 r.).

2.5. Znaczenie nieprawidłowości proceduralnych.

Trybunał Konstytucyjny w każdej sprawie powinien działać z najwyższą starannością, bacząc, aby wszystkie czynności podejmowane w ramach rozpoznawania sprawy mieściły się w granicach prawa i były dokonywane na jego podstawie (por. art. 7 Konstytucji).

Nieprzestrzeganie zasad postępowania w istotny sposób wpływa na postrzeganie autorytetu Trybunału oraz ma znaczenie dla akceptacji i stosowania wydawanych przez niego wyroków przez obywateli. Obawiam się, że wskazane wyżej uchybienia (zwłaszcza dotyczące składu orzekającego oraz rozstrzygnięcia sprawy pomimo jej niedostatecznego wyjaśnienia) stworzyły dodatkowe podstawy krytyki niniejszego orzeczenia.

3. Niedopuszczalność wydania wyroku.

3.1. Moje merytoryczne stanowisko rozpocznę od przedstawienia argumentów za koniecznością umorzenia postępowania.

3.2. Uwarunkowania prawne.

Już z samej Konstytucji wynika, że Trybunał Konstytucyjny działa wyłącznie na wniosek uprawnionego podmiotu i ma obowiązek rozpoznać wszystkie wniesione do niego sprawy (por. art. 79 ust. 1, art. 188, art. 189, art. 191 i art. 193 w związku z art. 7 i preambułą Konstytucji). Nie zawsze oznacza to jednak merytoryczną ocenę zaskarżonych przepisów – ustawa o organizacji TK wyraźnie wskazuje, że jeżeli w danym wypadku wydanie wyroku jest niedopuszczalne, postępowanie należy umorzyć (por. art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji TK).

Moim zdaniem, taka właśnie sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie.

3.3. Projekty nowelizacji zaskarżonych przepisów.

Rozpoznany wniosek został złożony przez 117 posłów IX kadencji Sejmu (podpisów jest 119, jednak jeden się powtarza, jeden został złożony przez osobę, która w dniu rozprawy przed TK nie była już posłem; kilka podpisów jest nieczytelnych). Mieli oni wielokrotnie możliwość podejmowania inicjatyw w celu uchylenia zaskarżonych przepisów w drodze legislacyjnej.

3.3.1. Od 30 listopada 2017 r. na decyzję parlamentarzystów czeka obywatelski projekt ustawy, przewidujący derogację art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. (por. druki sejmowe: nr 2146/VIII kadencja i nr 36/IX kadencja). Wszyscy posłowie-wnioskodawcy brali udział w jego pierwszym czytaniu, które odbyło się 16 kwietnia 2020 r. Połowa z nich była przeciwna szybkiemu procedowaniu tego przedłożenia i zagłosowała przeciwko niezwłocznemu przejściu do jego drugiego czytania (por. imienne wyniki głosowania nr 10 podczas 10. posiedzenia Sejmu IX kadencji 16 kwietnia 2020 r., www.sejm.gov.pl). Do dnia wydania niniejszego orzeczenia nie sfinalizowano prac w tej sprawie.

Kilkudziesięciu wnioskodawców było także posłami poprzedniej kadencji Sejmu i wypowiadało się na temat jeszcze dalej idącego obywatelskiego projektu nowelizacji zaskarżonej ustawy (por. druk sejmowy nr 784/VIII kadencja Sejmu). Podczas głosowania 6 października 2016 r. ponad połowa z nich poparła odrzucenie tego projektu w drugim czytaniu (por. imienne wyniki głosowania nr 12 podczas 27. posiedzenia Sejmu VIII kadencji 6 października 2016 r., www.sejm.gov.pl).

Grupa 15 posłów ma również prawo wystąpienia z własną inicjatywą ustawodawczą (por. art. 32 ust. 2 regulaminu Sejmu). Posłowie-wnioskodawcy także z tej możliwości nie skorzystali, choć wcześniej trzech z nich podpisało projekt poselskiej zmiany zaskarżonej ustawy, zawarty w druku sejmowym nr 670/VII kadencja.

Nic nie stało także na przeszkodzie, aby posłowie-wnioskodawcy powrócili do projektu zmiany art. 30 lub art. 38 Konstytucji, co już było przedmiotem prac Sejmu w latach 2006-2007 (por. druk sejmowy nr 993/V kadencja). Do złożenia projektu w tej sprawie wystarczyłyby 92 podpisy (por. art. 235 ust. 1 Konstytucji), a pod wnioskiem złożono ich 117.

3.3.2. Zarówno z treści wniosku, jak i z przebiegu rozprawy jednoznacznie wynika, że posłowie-wnioskodawcy nie mieli wątpliwości wymagających rozstrzygnięcia przez Trybunał. Ich stanowisko co do niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.r. z Konstytucją było jednoznaczne i definitywne.

W tych okolicznościach należało przyjąć, że tylko pozornie celem obecnego wniosku grupy posłów było zweryfikowanie zgodności zaskarżonych przepisów z ustawą zasadniczą (jak tego wymaga art. 188 pkt 1 Konstytucji). Uprawdopodobnione jest równocześnie przypuszczenie, że posłowie-wnioskodawcy dążyli do zaostrzenia zaskarżonej ustawy z pominię-

ciem rygorów procesu legislacyjnego i bez ponoszenia związanych z tym konsekwencji politycznych.

Nie zgadzam się na taką (kolejną już w ostatnich latach) instrumentalizację Trybunału (por. np. moje zdanie odrębne do postanowienia z 21 kwietnia 2020 r., sygn. Kpt 1/20). Trybunał ma ściśle określoną konstytucyjnie funkcję. Nie jest organem władzy ustawodawczej (por. art. 10 Konstytucji), nie może zastępować posłów w podejmowaniu kontrowersyjnych decyzji i związanej z tym odpowiedzialności przed wyborcami. W mojej opinii, w skrajnych wypadkach inicjowanie postępowania przed Trybunałem z innych powodów niż przewidziane w Konstytucji może być kwalifikowane jako obejście lub nadużycie prawa.

Przypominam, że posłowie także mają obowiązek przestrzegania Konstytucji (por. art. 7 i art. 83 Konstytucji oraz formuła ślubowania poselskiego – art. 104 ust. 2 Konstytucji). W razie przekonania o niekonstytucyjności rozwiązań ustawowych, skorzystanie przez nich z własnej kompetencji w celu przywrócenia stanu zgodności z Konstytucją powinno mieć pierwszeństwo przed skierowaniem sprawy do Trybunału Konstytucyjnego. Podtrzymuję stanowisko wyrażone w zdaniach odrębnych do wyroków z 17 lipca 2018 r., sygn. K 9/17 (OTK ZU A/2018, poz. 48) i 26 czerwca 2019 r., sygn. K 16/17 (OTK ZU A/2019, poz. 49), że Trybunał Konstytucyjny nie powinien być miejscem odsyłania spraw „niewygodnych" dla podmiotów wyposażonych w prawo inicjatywy ustawodawczej pod pozorem wniosków o kontrolę konstytucyjności przepisów.

3.4. Skutki wyroku dla prawa karnego.

Dodatkowym argumentem za niedopuszczalnością wydania wyroku w niniejszej sprawie są jego skutki systemowe.

3.4.1. Wydaje mi się, że Trybunał nie zwrócił dostatecznej uwagi na wpływ niniejszego orzeczenia na prawo karne, a w rezultacie nie dokonał prawidłowych ustaleń co do zakresu swojej kognicji.

W uzasadnieniu komentowanego orzeczenia omówiono ewolucję prawnokarnych reakcji na przerwanie ciąży (por. cz. III, pkt 2.1 i 3.3.4 uzasadnienia), a następnie wprost przyznano, że rezultatem rozstrzygnięcia Trybunału będzie „ograniczenie okoliczności legalizujących przerywanie ciąży" i „rozszerzenie znamion czynów zabronionych stypizowanych w art. 152 k.k.". Równocześnie jednak zastrzeżono, że nie oznacza to, iż „Trybunał stanowi nowy typ czynu zabronionego, dokonuje kryminalizacji" (por. cz. III, pkt 6 uzasadnienia).

3.4.2. Na aprobatę zasługuje tylko pierwsza część tego wywodu. Zgodnie z art. 152 § 1 i 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444, ze zm.; dalej: k.k.), przerwanie ciąży za zgodą kobiety, udzielenie jej pomocy albo nakłanianie do przerwania ciąży z „naruszeniem przepisów ustawy" jest czynem zabronionym, zagrożonym karą pozbawienia wolności (por. także art. 152 § 3 i art. 154 k.k.).

Stwierdzenie niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. spowoduje utratę mocy obowiązującej tego przepisu z dniem publikacji wyroku Trybunału w Dzienniku Ustaw (por. art. 190 ust. 3 Konstytucji; orzeczenie Trybunału wywołuje jednak pewne skutki – zwłaszcza dla Trybunału – już od momentu jego wydania i ogłoszenia na sali rozpraw – por. wyrok z 9 marca 2016 r., sygn. K 47/15, OTK ZU A/2018, poz. 31, cz. III, pkt 10.5 i 10.6 uzasadnienia). Obowiązek publikacji wynika z samej Konstytucji i nie może być w żaden sposób opóźniany; nie jest dopuszczalna także żadna ingerencja w treść wydanego orzeczenia (por. art. 190 ust. 2 Konstytucji i moje zdanie odrębne do wyroku z 24 października 2017 r., sygn. K 1/17, OTK ZU A/2017, poz. 79; a także postanowienie z 25 sierpnia 2020 r., sygn. S 2/20, OTK ZU A/2020, poz. 54, dotyczące potrzeby anonimizacji wyroków TK).

W rezultacie zmiany „ustawy", do której odsyła art. 152 § 1 i 2 k.k., skutkiem wyroku Trybunału będzie wprowadzenie karalności przerwania ciąży z przesłanek embriopatologicz-

nych, która przez ponad 23 lata była dozwolona. Art. 152 k.k. stanie się podstawą wymiaru kary za zachowania, które wcześniej nie podlegały penalizacji.

3.4.3. Oceniając powyższe okoliczności, należy zwrócić uwagę, że (zgodnie z art. 42 ust. 1 Konstytucji) czyny karalne powinny być określone „przez ustawę", tj. akt parlamentu uchwalony w określonej w Konstytucji procedurze ustawodawczej (por. art. 118-124 Konstytucji). Tworzenie prawa nie leży w kompetencji Trybunału (por. art. 10 Konstytucji). „Trybunał Konstytucyjny jako tzw. negatywny ustawodawca nie dysponuje instrumentami, za pomocą których mógłby zastąpić ustawodawcę i określić samodzielnie zakres i sposób rozwiązania problemów, której ujawniły się z całą ostrością w praktyce stosowania" zaskarżonych przepisów (por. wyrok z 10 czerwca 2020 r., sygn. K 3/19, OTK ZU A/2020, poz. 27, cz. III, pkt 5 uzasadnienia).

Uważam, że Trybunał może oceniać jedynie zgodność z Konstytucją tych regulacji karnych, które zostały uchwalone przez ustawodawcę (por. – wśród najnowszych wyroków dotyczących części szczególnej k.k. – np. wyroki z: 12 lutego 2015 r., sygn. SK 70/13, OTK ZU nr 2/A/2015, poz. 14 – dotyczący znieważenia funkcjonariusza publicznego; 6 października 2015 r. sygn. SK 54/13, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 142 – dotyczący obrazy uczuć religijnych albo 25 lutego 2014 r., sygn. SK 65/12, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 13 – dotyczący nawoływania do nienawiści). Nie powinien jednak samodzielnie przesądzać o kryminalizacji zachowań, które były dozwolone i od których ścigania ustawodawca w sposób planowy odstępował, wielokrotnie rezygnując z możliwości zmiany przepisów zaskarżonej ustawy.

Mojej opinii w powyższym zakresie nie zmienia fakt, że także poprzednie rozstrzygnięcie Trybunału w sprawie zaskarżonej ustawy (orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, OTK ZU nr 2/1997, poz. 19) skutkowało zaostrzeniem prawa karnego materialnego (por. zastrzeżenia w tym zakresie podniesione w zdaniu odrębnym L. Garlickiego). Wprowadzona wówczas modyfikacja odwracała bowiem krótkotrwałą liberalizację zaskarżonej ustawy i miała miejsce w innym kontekście normatywnym (zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege* została wprost skodyfikowana dopiero w art. 42 ust. 1 obecnej Konstytucji, a wcześniej była wywodzona przez Trybunał z zasady demokratycznego państwa prawnego – np. postanowienie pełnego składu TK z 25 września 1991 r., sygn. S 6/91, OTK w 1991 r., poz. 34).

3.4.4. Kończąc ten wątek rozważań, chciałbym jeszcze zwrócić uwagę, że uzasadnienie wyroku może otwierać pole do spekulacji, czy naruszenie przepisów zaskarżonej ustawy (w tym także przerwanie ciąży z przesłanek embriopatologicznych) musi podlegać sankcjom karnym. Trybunał w pisemnych motywach wskazał bowiem, że „Orzeczenie odnosi się jedynie do kwestii legalności przerwania ciąży w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., zostawiając poza oceną wykorzystanie instrumentów prawnokarnych. To od decyzji ustawodawcy, w tym dokonanej przez niego oceny społecznej szkodliwości danych typów czynów, powinno zależeć ukształtowanie reakcji prawnokarnej" (cz. III, pkt 6 uzasadnienia), z czego można wysnuć tezę o dopuszczalności rozerwania aktualnej relacji między normą sankcjonowaną (dekodowaną z uwzględnieniem art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.r.) i sankcjonującą.

3.5. Niedopuszczalność wydania wyroku.

Obie omówione wyżej okoliczności świadczą o braku możliwości merytorycznego rozpoznania niniejszego wniosku.

3.5.1. Zwracam w tym kontekście uwagę, że ustawa o organizacji TK nie zawiera definicji „niedopuszczalności" orzekania (por. art. 59 pkt 1 ust. 2 tej ustawy). Ta podstawa umorzenia postępowania była jednak wielokrotnie stosowana, gdy zarzuty zawarte w piśmie ini-

cjującym postępowanie dotyczyły zaniechania prawodawczego, tj. zamierzonej decyzji ustawodawcy o nieuregulowaniu jakiejś kwestii.

W świetle art. 188 Konstytucji, rolą Trybunału Konstytucyjnego jest przede wszystkim badanie istniejących norm prawnych („tego, co prawodawca unormował"). Ze względu na założenie o zupełności systemu prawa oraz konieczność zapewnienia skuteczności przepisów konstytucyjnych, dopuszczalne jest także kontrolowanie przez Trybunał Konstytucyjny, czy w badanych aktach prawnych nie brakuje pewnych elementów, niezbędnych z punktu widzenia Konstytucji (a więc „tego, czego ustawodawca nie unormował", choć był do tego zobowiązany przez ustawę zasadniczą – por. orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., sygn. K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52).

Warunki kontroli przez Trybunał luk normatywnych były wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Trybunału na tle konkretnych rozstrzyganych przez niego spraw. Ich syntetyczne podsumowanie zostało zawarte np. w postanowieniu z 2 grudnia 2014 r., sygn. SK 7/14 (OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123, por. cz. III, pkt 4 uzasadnienia). Trybunał stwierdził w nim m.in., że: „Całkowity brak regulacji danej kwestii (jej jakościowa odmienność od materii unormowanych w zaskarżonym przepisie) traktowany jest jako zaniechanie ustawodawcze (w doktrynie zwane także zaniechaniem właściwym albo absolutnym), nie podlegające kontroli Trybunału. Jej uregulowanie w sposób niepełny (niewystarczający, niekompletny, przy założeniu jakościowej tożsamości brakujących elementów z elementami ujętymi w zaskarżonym przepisie) stanowi zaś pominięcie prawodawcze (zwane także zaniechaniem względnym albo częściowym). Może ono być badane przez Trybunał – jednak tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje «norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej» (postanowienie z 1 marca 2010 r., sygn. SK 29/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 29), czyli w danym obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób. Pomocniczym kryterium stosowanym niekiedy do odróżnienia zaniechania od pominięcia ustawodawczego jest przesłanka celowego i świadomego działania prawodawcy (ustawodawcy): jeżeli dane rozwiązanie zostało w zamierzony sposób pozostawione poza zakresem regulacji, należy je kwalifikować jako zaniechanie ustawodawcze (por. np. wyrok z 8 września 2005 r., sygn. P 17/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 90). Wystąpienie pominięć prawodawczych jest natomiast bardziej prawdopodobne w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcjonalnych (por. np. wyrok z 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123)".

3.5.2. Wszystkie okoliczności niniejszej sprawy wskazują na to, że jej przedmiotem jest zaniechanie prawodawcze (umyślne odstąpienie ustawodawcy – w ramach przysługującej mu swobody regulacyjnej – od penalizacji przerywania ciąży w warunkach określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.). Podniesiony we wniosku problem konstytucyjny spełnia wszystkie formułowane w orzecznictwie TK kryteria (por. wyżej), umożliwiające taką jego kwalifikację.

Po pierwsze, ani brzmienie, ani wykładnia art. 38 Konstytucji (uznanego w tej sprawie przez Trybunał za centralny wzorzec kontroli) nie dają – moim zdaniem – jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o granice wyjątków od prawnej ochrony życia (ani tym bardziej o prawną dopuszczalność czy konieczność kryminalizacji przerwania ciąży w sytuacjach opisanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.). Przepis ten jest bardzo różnie interpretowany przez ekspertów, polityków i zwykłych obywateli, a także organy państwa (por. szczegółowo niżej).

Po drugie, omówione wyżej postępowanie z projektami ustaw w sprawie zaostrzenia zaskarżonej ustawy jednoznacznie świadczy o woli zachowania *status quo*, tj. utrzymania dotychczasowych zasad dopuszczalności przerywania ciąży. W świetle założenia o racjonalności ustawodawcy nie można przecież uznać, że odrzucanie projektów ustaw zaostrzających zaskarżoną ustawę czy obstrukcja w ich rozpoznawaniu były przypadkowe. Te działania

oznaczały, że posłowie (także posłowie-wnioskodawcy), którzy (zgodnie z art. 104 ust. 1 Konstytucji) są przedstawicielami Narodu, rozważyli argumenty konstytucyjne zawarte w projektach nowelizacji, ale nie dostrzegli w nich wystarczających powodów zmiany zaskarżonej ustawy. Tymczasem jest logicznie wykluczone, żeby w zależności od trybu procedowania (parlamentarnego lub trybunalskiego) te same przepisy uznawać raz za zgodne, a innym razem za niezgodne z Konstytucją. Od 23 lat to są przecież dokładnie te same przepisy ustawowe i konstytucyjne.

3.6. Dopuszczalność orzekania w innych sprawach.

Zamykając przedstawianie tej części mojego stanowiska, chciałbym wyraźnie zaznaczyć, że moje przekonanie o konieczności umorzenia postępowania wynika wyłącznie z wyjątkowych okoliczności wniesienia niniejszego wniosku do Trybunału. Nie widziałbym natomiast przeszkód dla orzekania przez Trybunał o zgodności z Konstytucją przepisów zaskarżonej ustawy w innych warunkach, tzn. gdyby kwestionowane regulacje nie dotyczyły zaniechania prawodawczego.

Nie podważam również dopuszczalności poprzedniego rozstrzygnięcia Trybunału dotyczącego zaskarżonej ustawy, tj. orzeczenia o sygn. K 26/96 (por. szczegółowa analiza jego znaczenia dla niniejszej sprawy niżej). Orzeczenie to zapadło w całkowicie innych okolicznościach. Dotyczyło przepisów obowiązujących od kilku miesięcy, wobec których nie toczyły się w parlamencie żadne prace legislacyjne. Warunki te były nieporównywalne z aktualną sprawą, w której zaskarżono przepisy obowiązujące od wielu lat i wielokrotnie rozważane przez ustawodawcę także pod względem zgodności z Konstytucją.

3.7. Uzasadnienie zdania odrębnego w niniejszej sprawie mógłbym właściwie w tym miejscu zakończyć, skoro wydanie przez Trybunał jakiegokolwiek orzeczenia merytorycznego (czy to „na zgodność" czy „na niezgodność") w przedstawionych wyżej okolicznościach uważam za niemożliwe.

Jednak wyjątkowo, z powodu precedensowego charakteru obecnej sprawy, czuję się zobowiązany do przedstawienia stanowiska także w sprawie *meritum* wyroku Trybunału. Moje uwagi kieruję przede wszystkim do ustawodawcy, który odpowiada za zgodność stanowionego przez siebie prawa z Konstytucją i ma obowiązek zapewnienia skuteczności niniejszego orzeczenia (por. art. 190 ust. 1 Konstytucji).

4. Ocena zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4.1. Mam wątpliwości co do przyjętych przez Trybunał przesłanek orzekania oraz dokonanej na ich podstawie oceny art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

4.2. Interpretacja art. 38 Konstytucji.

Dużo bardziej złożona jest przede wszystkim wykładnia wzorców kontroli, a zwłaszcza art. 38 Konstytucji i płynących z tego przepisu wytycznych dla ustawodawcy (por. cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia wyroku oraz przegląd stanowisk literatury i praktyki niżej).

4.2.1. Po pierwsze, przepis ten nie przewiduje „prawa do życia", bo jest to prawo przyrodzone (naturalne), którego państwo nie może dawać ani odbierać. Zawiera tylko normy programowe – wskazuje kierunek i cel działalności państwa („prawna ochrona życia każdego człowieka"), nie ograniczając wyboru właściwych środków.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, nie bada on celowości czy trafności polityki państwa i powinien interweniować (stwierdzić niekonstytucyjność badanych przepi-

sów) tylko w wypadku ewidentnego przekroczenia przez ustawodawcę swobody regulacyjnej. „Punktem wyjścia rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego jest zawsze założenie racjonalności działań ustawodawcy i domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją" (np. wyrok z 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 2, cz. III, pkt 2 uzasadnienia; teza wielokrotnie powtarzana).

4.2.2. Po drugie, art. 38 Konstytucji może być odmiennie interpretowany m.in. w zależności od przyjętej definicji człowieka i początku życia – a więc założeń etycznych i naukowych (a nie tylko prawnych), których nie da się pominąć (jak deklaruje to Trybunał; por. cz. III, pkt 1.2 uzasadnienia *in fine* oraz zdania odrębne i glosy do orzeczenia o sygn. K 26/96). Nie wolno wówczas tracić z pola widzenia, że ustawa zasadnicza została ustanowiona przez wszystkich obywateli Rzeczypospolitej, także niewierzących (por. preambuła), a władze publiczne mają obowiązek zachować bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych (por. art. 25 ust. 2 Konstytucji).

W mojej opinii, niedookreśloność art. 38 Konstytucji była świadomą decyzją ustrojodawcy, który celowo dwukrotnie (w 1997 r. i w 2007 r.) odrzucił bardziej szczegółowe ujęcia problemu prawnej ochrony życia (w tym doprecyzowanie, że chodzi o ochronę życia od poczęcia do naturalnej śmierci – por. szczegółowo niżej).

Powyższe (niewątpliwie nieprzypadkowe) rozstrzygnięcie należy interpretować z uwzględnieniem innych postanowień ustawy zasadniczej (zwłaszcza preambuły, art. 2 i art. 30 Konstytucji). Postanowienia te jednak także nie wypowiadają się wprost na temat konstytucyjnego statusu dziecka w okresie prenatalnym. W orzecznictwie Trybunał określał go w kategoriach „wartości konstytucyjnej" (por. orzeczenie o sygn. K 26/96, pkt 3 uzasadnienia), odnosząc samo pojęcie „dziecka" do okresu po urodzeniu (por. wyrok z 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK ZU nr 8/A/2011, poz. 80, cz. III, pkt 5.1 uzasadnienia: „Przed dokonaniem wykładni powołanych we wniosku pomocniczych wzorców kontroli, które kształtują sytuację dzieci, trzeba sobie uświadomić, że dotyczą one osób fizycznych od momentu urodzenia do ukończenia osiemnastego roku życia"; wspomnianymi wzorcami były: art. 41 ust. 1, art. 48 ust. 1 zdanie drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji oraz art. 12 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, ze zm.; dalej: Konwencja o prawach dziecka). Nie stoi to na przeszkodzie uznaniu, że życie od poczęcia jest dobrem chronionym konstytucyjnie – jednak nie w sposób bezwzględny. Podkreślam, że pogląd ten nie jest wyrazem moich osobistych przekonań o charakterze pozaprawnym, o których mówiłem na wstępie. Wywodzę go z treści postanowień konstytucyjnych – także przez ich zestawianie ze sobą.

4.2.3. Ogólność art. 38 Konstytucji powoduje, że zawarty w nim nakaz prawnej ochrony życia może być realizowany przez ustawodawcę w różny sposób. W świetle ustawy zasadniczej należałoby negatywnie ocenić tylko rozwiązania skrajne – całkowity zakaz aborcji (nawet w wypadku zagrożenia życia matki) i aborcję „na życzenie" (tzn. dozwoloną w każdych okolicznościach, bez żadnych prawnych ograniczeń). Obalenie domniemania konstytucyjności unormowań „pośrednich" wymagałoby jednoznacznego udowodnienia przez Trybunał naruszenia innych jeszcze norm i zasad konstytucyjnych, na przykład zasady proporcjonalności czy zasady równości.

Uważam, że przepisy Konstytucji nie wskazują wprost przesłanek prawnej ochrony życia ludzkiego czy konkretnych warunków dopuszczalności odstępstw od obowiązków państwa w tym zakresie. Wyznaczają tylko ustawodawcy ogólne ramy potencjalnej reakcji normatywnej, zobowiązując do wypracowania właściwych rozwiązań szczegółowych, z poszanowaniem zasady proporcjonalności (por. art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Ustawodawca, wybierając określone rozwiązania w ramach przysługującej mu względnej swobody, podejmuje decyzję o charakterze politycznym. Jest zobowiązany

uwzględniać aktualną wolę suwerena, wyrażoną w sposób przyjęty w demokratycznym państwie prawnym (w tym zwłaszcza w wyborach i referendum).

4.2.4. W kontekście tak rozumianego art. 38 Konstytucji, przedstawione w uzasadnieniu wyroku argumenty za niekonstytucyjnością art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia, analizowany szczegółowo dalej) nie wydają mi się dostatecznie przekonujące, zwłaszcza że orzeczenie to dotyczy całości zaskarżonego przepisu (wszystkich sytuacji jego zastosowania).

4.3. Domniemanie konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. – jak wszystkie przepisy obowiązującego prawa – do momentu wydania niniejszego wyroku korzystał z domniemania zgodności z Konstytucją.

4.3.1. W tym kontekście warto przypomnieć, że domniemanie to było kilka razy bezskutecznie podważane na drodze parlamentarnej.

W latach 2011-2019 złożono sześć projektów ustaw zaostrzających zaskarżoną ustawę (por. druki sejmowe nr: 4222/VI kadencja, 3806, 1654 i 670/VII kadencja, 784 i 2146/VIII kadencja, z których ostatni jest procedowany w dalszym ciągu jako druk sejmowy nr 36/IX kadencja; w tym okresie do Sejmu wpłynął także jeden projekt ustawy zakładający liberalizację jej przepisów – por. druk sejmowy nr 2060/VIII kadencja). Wszystkie te przedłożenia zawierały w istocie identyczną argumentację konstytucyjną jak rozpoznawany obecnie wniosek, a jednak żaden z nich nie został uchwalony.

4.3.2. Nie bez znaczenia jest także to, że aktualne zasady dopuszczalności przerywania ciąży są akceptowane przez znaczną część społeczeństwa.

Z badań opinii publicznej przeprowadzonych przed wydaniem niniejszego wyroku wynika, że postulaty zaostrzenia zaskarżonej ustawy są popierane przez nie więcej niż kilkanaście procent respondentów (por. np. badania IPSOS z lat 2016-2018 r. https://oko.press; badania Kantar Press z 2018 r. – https://www.polityka.pl). Dopuszczalność przerwania ciąży z powodu ciężkiego upośledzenia płodu jest akceptowana rzadziej niż pozostałe przesłanki ustawowe, ale nadal przez ponad połowę badanych (por. Centrum Badania Opinii Społecznej, *Dopuszczalność aborcji w różnych sytuacjach*, „Komunikat z badań" nr 71/2016, s. 8; Centrum Badania Opinii Społecznej, *Jakiego prawa aborcyjnego oczekują Polacy?*, „Komunikat z badań" nr 144/2016, s. 2; www.cbos.pl).

Dane te należy oceniać przez pryzmat rozumienia państwa jako „dobra wspólnego", opartego na uniwersalnych wartościach i pluralizmie światopoglądowym (por. preambuła, art. 1 i art. 53 Konstytucji).

4.4. Restrykcyjność przesłanek wskazanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Moim zdaniem, przesłanki wskazane w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. mają z punktu widzenia art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji dostatecznie restrykcyjny charakter.

4.4.1. Przepis ten nie wprowadza prawnego obowiązku usuwania ciąży, a tylko umożliwia uniknięcie kary za tego typu czyny pod określonymi warunkami. Zwracam uwagę, że nie jest to równoznaczne z pozytywną oceną dozwolonego zachowania, ale wynika z określonych założeń prowadzonej przez państwo polityki (uznania, że w tym wypadku niecelowe i nieskuteczne jest stosowanie środków karnych).

Przerwanie ciąży jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu". Zaskarżony przepis wymaga więc zaistnienia obiektywnych, weryfikowalnych kryteriów o charakterze medycznym, ustalanych w sformalizowanej, wielostopniowej procedurze (opisanej w zarysie w cz. III, pkt 2.2 uzasadnienia). Ich brak nie może być przezwyciężony przez wolę matki – prawo

do podjęcia przez nią decyzji o terminacji ciąży aktualizuje się tylko w okolicznościach wskazanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.r. Okoliczności te odnoszą się do najcięższych wad rozwojowych o poważnym charakterze i muszą być stwierdzone zgodnie z zasadami sztuki medycznej „z dużym prawdopodobieństwem".

Podobny wniosek płynie z analizy dokumentów i orzecznictwa międzynarodowego, w świetle których systemowym problemem w Polsce jest raczej faktyczny dostęp do możliwości legalnego przerwania ciąży, a nie – zarzucana przez wnioskodawcę – nadmiernie liberalna wykładnia zaskarżonej ustawy (por. szczegółowo niżej).

Ocenę przesłanek zawartych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jako wąskich zdaje się potwierdzać także porównanie dostępnych danych statystycznych. Według sprawozdania RM za 2018 r. w tym roku przeprowadzono 1050 zabiegów przerwania ciąży z przesłanek embriopatologicznych, co stanowi 0,27% żywych urodzeń (por. sprawozdanie RM za 2018 r., s. 117-118, oraz dane Głównego Urzędu Statystycznego – dalej: GUS – dotyczące żywych urodzeń w 2018 r., www.stat.gov.pl). Tymczasem szacuje się, że wadami rozwojowymi dotknięte jest 2-4% populacji (przy czym nie wszystkie wady rozwojowe stanowią przesłanki wymienione w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.; nie wszystkie są i mogą być diagnozowane prenatalnie; por. Polski Rejestr Wrodzonych Wad Rozwojowych, www.rejestrwad.pl).

4.4.2. W toku niniejszego postępowania Trybunał Konstytucyjny nie dokonał ustaleń, które pozwoliłyby na obalenie domniemania konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. w omówionym wyżej aspekcie.

W mojej ocenie, przepis ten nie przekreśla zasady, że życie ludzkie podlega prawnej ochronie, lecz tylko wprowadza od tej zasady wyjątek, oparty na dostatecznie sprecyzowanych i wymiernych przesłankach o charakterze obiektywnym (medycznym). Odwołuje się on do interesu publicznego (ochrona życia) i uwzględnia interes prywatny (prawa matki). Pozwala na rozwiązywanie kolizji między prawami matki i dziecka w jedyny możliwy sposób, tj. na tle konkretnych stanów faktycznych (a więc w procesie stosowania prawa) w aktualnych okolicznościach (z uwzględnieniem indywidualnego stanu zdrowia dziecka i woli matki, w określonym standardzie opieki medycznej i społecznej). Pogląd powyższy wywodzę bezpośrednio z analizy stanowiska ustrojodawcy, wyrażonego w art. 38 Konstytucji.

4.5. Warunki stwierdzenia niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. w całości.

Zwracam uwagę, że niniejszy wyrok nie ma charakteru zakresowego.

4.5.1. Trybunał przeprowadził jeden ogólny test proporcjonalności dla dwóch merytorycznie odmiennych przesłanek dużego prawdopodobieństwa „ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia" oraz „nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu" dziecka, wyrażonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Negatywnie ocenił ich zgodność z Konstytucją we wszystkich rodzajach stanów faktycznych („zróżnicowanych przypadkach"), objętych zakresem stosowania zaskarżonego przepisu (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia oraz szczegółowa analiza tej argumentacji niżej). Wynik postępowania nie został w sentencji wyroku (która jest ostateczna i ma moc powszechnie obowiązującą – por. art. 190 ust. 1 Konstytucji) w żaden sposób zniuansowany czy zrelatywizowany – zaskarżony przepis został w całości uznany za niezgodny z Konstytucją.

4.5.2. Tymczasem stwierdzenie niekonstytucyjności całego art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. wymagało udowodnienia, że na jego tle z zasady (w każdym wypadku) dochodzi do niewłaściwego wyważenia praw konstytucyjnych matki i dziecka, i równocześnie ustalenia, że przyczyną naruszenia tych proporcji jest treść zaskarżonego przepisu – a nie niewłaściwa praktyka jego stosowania, która nie została skorygowana przez ustawodawcę, pomimo ustawowego obowiązku analizy wykonywania zaskarżonej ustawy (por. art. 9 u.p.r. oraz wypowiedzi Trybunału, zgodnie z którymi ustawodawca powinien następczo zareagować na niewłaściwą in-

terpretację uchwalonych przez niego przepisów, których treść nie budziła zastrzeżeń konstytucyjnych, ale została zdeformowana w praktyce, zawarte m.in. w wyrokach z: 13 września 2011 r., sygn. P 33/09, OTK ZU nr 7/A/2011, poz. 71, cz. III, pkt 2 uzasadnienia; 18 lipca 2013 r., sygn. SK 18/09, OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 80, cz. III, pkt 7.1 uzasadnienia; 13 grudnia 2017 r., sygn. SK 48/15, OTK ZU A/2018, poz. 2, cz. III, pkt 4.1 uzasadnienia).

Nie odnajduję w uzasadnieniu wyroku Trybunału argumentów, które pozwalałyby na wyciągnięcie tak kategorycznego wniosku.

4.6. Proporcjonalność art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Według mnie, możliwe jest wskazanie okoliczności, w których art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. kształtuje relacje między prawami matki i dziecka w sposób możliwy do zaakceptowania z punktu widzenia Konstytucji (choć dla mnie niejednoznaczny z moralnego punktu widzenia).

4.6.1. Myślę tutaj w szczególności o sytuacjach, w których stwierdzono duże prawdopodobieństwo, że dziecko na skutek ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby umrze jeszcze w łonie matki albo wkrótce po porodzie, a dalsze trwanie ciąży jest uważane przez kobietę za źródło dodatkowego cierpienia dla niej i dla dziecka. Potrafię sobie wyobrazić, że obowiązek kontynuowania ciąży wbrew woli matki może być wówczas odczytywany przez nią jako – obiektywnie i subiektywnie – okrutny i nieludzki. Takie oceny były już zresztą kilka razy wyrażane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Komitetu Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ONZ, por. szczegółowo niżej) na tle wiążących Polskę przepisów prawa międzynarodowego.

Jest dla mnie oczywiste, że w tego typu sytuacjach żadne przepisy nie są w stanie przezwyciężyć obiektywnych okoliczności o charakterze medycznym i skutecznie zapewnić prawną ochronę życia tak ciężko chorych dzieci. Nie zmieni tego nawet daleko idące poświęcenie matki. Ustawodawca nie może równocześnie tego typu stanów faktycznych zignorować i powstrzymać się od uregulowania ich konsekwencji prawnych. Musi przy tym brać pod uwagę także negatywne konsekwencje społeczne i zdrowotne w razie przyjęcia rozwiązań, które nie odpowiadają potrzebom społecznym.

4.6.2. Nie wykluczam jednak, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. mógłby spełniać wymogi proporcjonalności także w innych wypadkach, zwłaszcza gdy rozpatruje się go w szerszym kontekście dostępności pomocy państwa dla dzieci z ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo poważną chorobą zagrażającą ich życiu oraz ich rodzin.

Inaczej niż przyjął to Trybunał Konstytucyjny, uważam, że kwestię tę należy uwzględniać nie tylko wśród zagadnień istotnych dla właściwej realizacji niniejszego wyroku przez ustawodawcę (por. cz. III, pkt 6 uzasadnienia), ale także jako ważny element oceny proporcjonalności zaskarżonych przepisów.

Moim zdaniem, art. 38 Konstytucji zobowiązuje państwo w pierwszej kolejności do podejmowania działań o charakterze pozytywnym, a nie represyjnym. Ustawodawca zawsze powinien poprzedzać wprowadzenie karalności za niepożądane zachowania swoją aktywnością. Inaczej to jego bierność sprzyja powstawaniu sytuacji, które następnie są zwalczane przez środki represyjne. Tego typu działanie prawodawcy jest dla mnie sprzeczne z Konstytucją, zwłaszcza zasadą zaufania obywateli do państwa i prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji. Postanowienia Konstytucji, według których państwo ma uznawać podmiotowość człowieka (art. 30 Konstytucji) i zapewniać mu prawną ochronę życia (art. 38 Konstytucji), stają się wówczas tylko pustym ornamentem słownym, pozbawionym rzeczywistego znaczenia.

Konstytucyjny nakaz ochrony życia powinien być rozumiany jako obowiązek zapewnienia niezwłocznej i adekwatnej pomocy psychologicznej, medycznej, materialnej oraz organizacyjnej każdemu dziecku, które jest ciężko i nieodwracalnie upośledzone albo cierpi na

nieuleczalną chorobę zagrażającą życiu, oraz rodzinie tego dziecka (zwłaszcza matce). Określanie potrzeb takich dzieci ledwie w kategoriach „wzmożonej opieki" (jak to uczynił Trybunał – por. cz. III, pkt 2.3 i 4.2 uzasadnienia) jest przy tym co najmniej niedopowiedzeniem (nawet w najmniejszym stopniu nie oddaje skali i intensywności zaangażowania rodziców i opiekunów). Wiele z tych dzieci wymaga podtrzymywania podstawowych czynności życiowych, specjalistycznych badań i operacji, drogiego leczenia i pielęgnacji, całodobowej i wieloletniej opieki, wielokierunkowej rehabilitacji i usamodzielniania (jeżeli pozwalają na to ograniczenia związane ze stanem zdrowia). Kryjące się za tym poświęcenie rodzin (a często niestety – samotnych matek) jest – nie mam wątpliwości – nieporównywalne z typowymi nakładami związanymi z wychowywaniem zdrowego dziecka. Brak odpowiedniego wsparcia ze strony państwa może mieć istotne negatywne skutki ekonomiczne, społeczne i psychologiczne dla rodzin, które zostają skonfrontowane z takim wyzwaniem.

Dostrzegalny w ostatnich latach postęp w tym zakresie jest niestety niewystarczający. Rządowy program „Za życiem" z 2017 r. stanowi krok w dobrym kierunku, ale nadal jest we wczesnej fazie realizacji. Na razie nie doprowadził do znaczącej i powszechnej poprawy sytuacji ciężko chorych dzieci i ich rodzin. Wniosek ten potwierdzają na przykład informacje zawarte w odpowiedzi Sekretarza Stanu w Ministerstwie Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 1 lipca 2020 r. na interpelację poselską nr 5452/IX kadencja Sejmu (por. www.sejm.gov.pl; odpowiedzi na interpelacje poselskie są jedynym znanym mi źródłem konkretnych danych na ten temat – stąd sygnalizowana przeze mnie na wstępie potrzeba zwrócenia się o informacje do właściwych ministrów). Wynika z nich m.in., że podstawową (i często jedyną) formą pomocy dla dzieci zdiagnozowanych w sposób określony w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest jednorazowe świadczenie pieniężne w wysokości 4 tys. zł na podstawie art. 10 ustawy z dnia 4 listopada 2016 r. o wsparciu kobiet w ciąży i rodzin „Za życiem" (Dz. U. z 2020 r. poz. 1329; należy przy tym zauważyć, że świadczenie to przysługuje także rodzicom lub opiekunom dzieci zdiagnozowanych po porodzie i również w sytuacji, gdy upośledzenie lub choroba powstały w czasie porodu, a nie w okresie prenatalnym – por. art. 4 ust. 3 tej ustawy). W 2019 r. ze środków tego programu sfinansowano tylko 102 porady psychologiczne i objęto świadczeniami perinatalnej opieki paliatywnej zaledwie 477 dzieci (nie tylko spełniające kryteria z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.). Przeważająca większość tych świadczeń (80-90%) była dostępna tylko w jednym województwie lub dwóch województwach. W czterech województwach w 2019 r. nie udzielono ani jednej porady psychologicznej, w pięciu w ogóle nie działały hospicja perinatalne. Nie mam wątpliwości, że stanowi to tylko ułamek potrzeb. Ich wielkość w odniesieniu do dzieci z wadami terminalnymi przybliżają dane GUS, zgodnie z którymi w 2019 r. ponad 2300 dzieci zmarło w łonie matki po 22. tygodniu ciąży lub w ciągu 28 dni po porodzie (www.stat.gov.pl), a przyczyną ich śmierci najczęściej były wrodzone wady rozwojowe, czyli ciężkie i nieodwracalne upośledzenie albo nieuleczalna choroba zagrażająca życiu w rozumieniu zaskarżonej ustawy.

Ocena konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. musi uwzględniać skalę wieloletnich zaniedbań obowiązków państwa w zakresie realizacji art. 38 Konstytucji. Sięganie w tej sytuacji po instytucje represyjne – w tym wprowadzenie karalności przerywania ciąży nawet w wypadku stwierdzenia wad letalnych płodu – jest nie do pogodzenia z zasadą zaufania obywateli do państwa i prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji. Okoliczność ta ujawnia się w szczególności w sytuacji, gdy leczenie, rehabilitacja lub poprawa jakości życia ciężko chorego dziecka są możliwe z punktu widzenia medycyny, ale nie jest to finansowane ze środków publicznych. Na skutek niniejszego wyroku państwo będzie obligowało matkę do kontynuacji ciąży, ale z powodów ekonomicznych dzieci po urodzeniu będą skazane na powolne umieranie – często w strachu, bólu i samotności, a rodzice na rozpacz i bezsilność.

Skutki zaniechań państwa w ostatecznym rozrachunku ponoszą obywatele – matki w trudnych ciążach, niepełnosprawne i terminalnie chore dzieci oraz ich rodziny. W świetle art. 68 ust. 3 i art. 69 Konstytucji, tej kategorii obywateli należy się szczególna opieka ze strony państwa. W praktyce jest zaś wręcz przeciwnie – przerzuca się na nich faktyczny ciężar realizacji art. 38 Konstytucji z wykorzystaniem instrumentów prawnokarnych, zamiast pogłębienia wykonywania konstytucyjnych powinności. Nie mogę się na to zgodzić.

4.6.3. Trzeba również zwrócić uwagę, że prawny nakaz kontynuowania ciąży w okolicznościach wskazanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. może być nie tylko zdecydowanie nieakceptowany przez samą kobietę (z negatywnymi skutkami dla jej zdrowia psychicznego i dalszych planów prokreacyjnych), ale także może mieć bezpośrednie konsekwencje dla jej życia i zdrowia fizycznego (np. w razie poddania się nielegalnej aborcji w Polsce, skorzystania z legalnego zabiegu za granicą albo powikłań ciążowych lub porodowych, wynikających bezpośrednio z nieprawidłowości rozwojowych dziecka lub jego śmierci w okresie prenatalnym).

Według mnie, możliwość kwalifikowania niektórych takich stanów faktycznych jako przesłanek uprawniających do legalnego przerwania ciąży wymienionych w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r., sygnalizowana przez Trybunał Konstytucyjny (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia), nie jest wystarczającym remedium na tego typu sytuacje. Można bowiem przypuszczać, że podjęcie interwencji medycznej będzie wówczas standardowo odwlekane aż do momentu istotnego pogorszenia stanu zdrowia kobiety (stwierdzenia aktualnego, a nie tylko przyszłego zagrożenia dla jej życia i zdrowia). Tego typu działania mogą mieć tragiczne skutki dla matki, w żadnym stopniu nie poprawiając sytuacji dziecka.

4.6.4. Prawo (w przeciwieństwie do moralności czy religii) nie powinno zobowiązywać do heroizmu i formułować wymagań przekraczających zwykłą miarę (niemożliwych do spełnienia przez przeciętnego adresata przepisów).

Konstytucja wymaga i docenia bohaterstwo jedynie w wymiarze publicznym – wyraża wdzięczność poprzednim pokoleniom za „walkę o niepodległość okupioną ogromnymi ofiarami", nakazuje „wierność Rzeczypospolitej oraz troskę o dobro wspólne" i wprowadza „obowiązek obrony Ojczyzny", nawet kosztem poświęcenia życia (por. preambuła, art. 82 i art. 85 Konstytucji). W wymiarze prywatnym zapewnia jednak wolność sumienia i religii oraz prawo do decydowania o życiu osobistym (por. art. 53 i art. 47 Konstytucji).

Rolą państwa uznającego podmiotowość człowieka (por. art. 30 Konstytucji) jest pozostawienie decyzji w sytuacjach niejednoznacznych pod względem prawnym (konstytucyjnym) i moralnym osobom, których decyzje te bezpośrednio dotyczą i które będą przez całe życie doświadczać ich skutków, a następnie wspieranie ich w każdym wyborze, podjętym w ramach i na podstawie prawa (por. art. 83 Konstytucji) – zwłaszcza (co wywodzę z art. 38 Konstytucji) w razie decyzji „za życiem".

Mam nadzieję, że pełniejsze korzystane przez państwo z pozytywnych instrumentów prawnej ochrony życia (o których wspomniałem wyżej) będzie miało wpływ na podejmowanie indywidualnych decyzji w sprawach prokreacyjnych. Moje stanowisko nie powinno jednak być rozumiane jako akceptacja dla niniejszego wyroku pod warunkiem znacznego zwiększenia pomocy dla dzieci objętych art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. i ich rodzin. Przyjmuję bowiem do wiadomości, że nawet najbardziej opiekuńcze państwo jest w stanie tylko wspomagać rodziców, którzy dowiedzieli się o dużym prawdopodobieństwie ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu dziecka. Nigdy całkowicie nie zdejmie z nich ciężaru odpowiedzialności za przyszłość i dobro dziecka ani nie zredukuje go do zwykłej opieki i wychowania.

4.7. Ocena uzasadnienia wyroku.

Sądzę, że na tym tle krótka argumentacja zawarta w uzasadnieniu wyroku (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia) nie jest wystarczająca do obalenia domniemania konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

4.7.1. Uzasadnienie w tej części zawiera (w kolejności):

– dwukrotne zastrzeżenie dotyczące przedmiotu postępowania (w tym miejscu jest to chyba zbędne);

– dwukrotne powtórzenie kwalifikacji badanej przesłanki jako eugenicznej (ten wątek należało w całości pominąć jako poboczny);

– aprobujące powołanie wybranych tez wyroku z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07 (OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126) i orzeczenia o sygn. K 26/96 (por. szczegółowo niżej);

– ustalenie, że wartością uzasadniającą przerwanie ciąży nie mogą być ogólnospołeczne dobra wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji ani okoliczności związane ze stanem zdrowia dziecka, lecz tylko czynniki leżące po stronie matki o „analogicznym charakterze" jak poświęcane dobra dziecka (końcowy element tej tezy, wywodzony z wyroku o sygn. K 44/07, budzi moje wątpliwości – por. szczegółowo niżej);

– wskazanie relacji między przesłankami terminacji ciąży określonymi w art. 4a ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.r. (prawidłowe; końcowa część tego wywodu stanowi jednak bardziej zalecenie dla organów stosujących prawo niż podsumowanie ustaleń co do treści zaskarżonych przepisów albo argument w ocenie ich konstytucyjności);

– krytykę przesłanki „dużego prawdopodobieństwa" – zdaniem Trybunału, „nawet pozbawione wątpliwości stwierdzenie ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu nie oznacza, że dotknięty nimi człowiek nie będzie mógł korzystać w pełni z praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie w postnatalnej fazie życia" (z tą tezą się zgadzam, mając świadomość, że z racji niepełnosprawności nie zawsze obiektywnie możliwe jest „pełne" korzystanie z wszystkich praw i wolności);

– zastrzeżenie dotyczące kognicji Trybunału w porównaniu z kompetencjami ustawodawcy (trafne, ale w tym miejscu uzasadnienia chyba niepotrzebne);

– ocenę, że okoliczności wymienione w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie mogą stanowić podstawy „automatycznego domniemania naruszenia dobrostanu kobiety ciężarnej" i że w przepisie tym „zabrakło odniesienia do mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki uzasadniających przerwanie ciąży" (z którą się nie zgadzam);

– wniosek, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie spełnia „wymogów przydatności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*", a przewidziana w tym przepisie legalizacja przerwania ciąży „nie znajduje konstytucyjnego uzasadnienia" (dla mnie nieuzasadniony).

4.7.2. Jeżeli pominąć cytaty, uwagi o charakterze ogólnym lub drugorzędnym oraz wnioski końcowe, przedstawione w tej części uzasadnienia przyczyny stwierdzenia niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. sprowadzają się do kumulacji argumentów dotyczących niepewnej przyszłości dziecka i błędnych założeń co do sytuacji matki.

Tego typu rozumowanie zupełnie mnie nie przekonuje.

Dotyczy ono treści art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., która nie wynika bezpośrednio ani z brzmienia tego przepisu, ani z jego kontekstu normatywnego. Trybunał nie wskazał zaś żadnych dowodów, że takie rozumienie zaskarżonego przepisu zostało powszechnie przyjęte w praktyce jego stosowania (ten aspekt sprawy w ogóle nie został wyjaśniony w toku postępowania, co już wskazywałem wyżej).

Niezależnie od powyższego, mam także wątpliwości, czy przedstawiona przez Trybunał interpretacja art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest trafna.

Nie podejmuję się odpowiedzieć na pytanie, czy w obecnym stanie wiedzy medycznej możliwe jest oczekiwanie od lekarzy, aby określali oni w sposób wiążący, w jakim stopniu stwierdzone prenatalnie (nawet niewątpliwie) upośledzenia lub choroby dziecka będą wpły-

wały na długość i jakość jego życia. Wydaje mi się, że po zdiagnozowaniu na przykład wady genetycznej lub nieprawidłowości somatycznych możliwe jest przedstawienie typowego rokowania, z zastrzeżeniem, w jakich granicach statystycznych można spodziewać się od niego odstępstw. Podejrzewam, że stosunkowo najmniejszy margines błędu występowałby w wypadku najpoważniejszych schorzeń (lecz nawet wówczas lekarze nie mogą zapewne zagwarantować, że dziecko dożyje do porodu i że będzie miało jakąkolwiek szansę na życie poza organizmem matki). „Duże prawdopodobieństwo" jest więc w większości wypadków najwyższym możliwym standardem pewności diagnostycznej. Cenna dla wyjaśnienia tej sprawy byłaby opinia biegłych z zakresu medycyny (gdyby Trybunał ich powołał).

Na poziomie normatywnym jestem natomiast w stanie (przynajmniej w pewnym stopniu) zweryfikować drugi punkt odniesienia, uwzględniony w przedstawionej argumentacji Trybunału. Otóż nie dostrzegam w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. żadnego automatyzmu i abstrahowania od rzeczywistej sytuacji matki i dziecka (co należałoby ocenić jako przejaw ich przedmiotowego traktowania, niedopuszczalny w świetle art. 30 Konstytucji).

Uniknięcie kary za przerwanie ciąży w sytuacji określonej w tym przepisie wymaga równoczesnego spełnienia dwóch warunków: zaistnienia przesłanek ustawowych dotyczących stanu zdrowia dziecka i czasu trwania ciąży (co – jak wspomniałem – jest procedurą sformalizowaną i wielostopniową) oraz oświadczenia kobiety, że nie chce kontynuować ciąży. Obie decyzje podejmowane są w sposób zindywidualizowany – w odniesieniu do konkretnej kobiety w ciąży i jej dziecka.

Na podstawie badań prenatalnych albo innych przesłanek medycznych dotyczących danego dziecka lekarz ocenia, czy w danym wypadku zachodzi „duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu". Kwantyfikatory zastosowane w zaskarżonym przepisie wskazują, że poświadczenie wskazań do terminacji ciąży wymaga ustalenia, że zachodzi wyjątkowa sytuacja – nie wystarczy zwykłe przypuszczenie ani stwierdzenie lekkiego i odwracalnego upośledzenia albo uleczalnej choroby (inaczej niż przyjął Trybunał, w ocenie tej powinny być uwzględniane możliwości wynikające z medycyny reparatywnej – por. cz. III, pkt 2.2 uzasadnienia). O ile mi wiadomo, nie ma tutaj zastosowania żaden prosty algorytm – lekarze ani nie dokonują ocen w sposób arbitralny (dowolny), ani nie są związani żadnymi instrukcjami urzędowymi (np. zamkniętą listą schorzeń, których stwierdzenie może być podstawą wystawienia skierowania do szpitala). Posługują się aktualnymi standardami wiedzy medycznej, odnoszonymi do danego pacjenta. Myślę, że takie rozumienie zaskarżonego przepisu potwierdziłoby się, gdyby Trybunał się zdecydował dokładniej zbadać praktykę.

Pozostawienie ostatecznej decyzji matce oznacza zaś, że to ona decyduje, czy w danej sytuacji jest gotowa uwzględnić racje przemawiające za kontynuowaniem ciąży, czy jednak – w jej subiektywnym odczuciu – mniejszym złem będzie jej terminacja. Jestem zdania, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. bierze pod uwagę wszystkie możliwe psychologicznie reakcje na diagnozę o złym stanie zdrowia dziecka. Przyjmuję do wiadomości, że perspektywa urodzenia i wychowywania ciężko chorego dziecka przez niektóre kobiety jest uważana za nieodłączne ryzyko związane z macierzyństwem, ale dla innych może się wydawać ciężarem nie do udźwignięcia (przy czym jest to determinowane także zakresem realizacji przez państwo pozytywnych obowiązków wynikających z art. 38 Konstytucji). Wierzę, że podstawową przesłanką braną pod uwagę podczas podejmowania decyzji przez matkę nie są względy egoistyczne, ale dobro dziecka – rozumiane także jako wzięcie na siebie odpowiedzialności za dramatyczną decyzję o skróceniu jego cierpienia. Wbrew twierdzeniom Trybunału, kwestionowany przepis nie wprowadza żadnego „automatycznego domniemania naruszenia dobrostanu kobiety ciężarnej", ale umożliwia kobiecie ocenę jej sytuacji i podjęcie każdej z dwóch prawnie dozwolonych decyzji.

4.8. Z powyższych powodów, nawet gdyby merytoryczne rozpoznanie niniejszej sprawy było dopuszczalne, nie mógłbym podzielić zaproponowanego w wyroku kierunku rozstrzygnięcia.

5. Inne uwagi do sentencji i uzasadnienia wyroku.

5.1. W końcowej części zdania odrębnego chciałbym jeszcze oddzielnie odnieść się do wybranych bardziej szczegółowych elementów uzasadnienia komentowanego wyroku, które mogą wywoływać pewne wątpliwości.

5.2. Zakres merytorycznego rozpoznania sprawy.

Zastrzeżenia budzi dokonana przez Trybunał rekonstrukcja przedmiotu i wzorców kontroli oraz jej uzasadnienie (por. cz. III, pkt 1.2 uzasadnienia).

5.2.1. Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym jest prowadzone na zasadzie skargowości (por. art. 56 ust. 1 i art. 67 ustawy o organizacji TK) i dyspozycyjności (por. art. 56 ust. 2 pkt 1 ustawy o organizacji TK). W tym kontekście dokonywanie przez Trybunał rekonstrukcji czy doprecyzowania zakresu zaskarżenia określonego w piśmie inicjującym postępowanie – często konieczne i potrzebne dla właściwego zdefiniowania problemu konstytucyjnego – powinno następować z poszanowaniem autonomii wnioskodawcy i zgodnie z jego wyrażoną *explicite* wolą.

W niniejszej sprawie aplikacja tej zasady nie była w pełni prawidłowa.

5.2.2. Wnioskodawca skonstruował *petitum* swojego wniosku w sposób rzadko spotykany w praktyce trybunalskiej – obok głównego zarzutu naruszenia art. 30 Konstytucji, sformułował bowiem (wobec tych samych przepisów i z wykorzystaniem m.in. tego samego wzorca kontroli) także bardziej szczegółowe zarzuty ewentualne. Zastrzegł przy tym wyraźnie, że wnosi o rozpoznanie zarzutów ewentualnych w wypadku „nieuwzględnienia" zarzutu głównego (por. *petitum* wniosku).

Uważam, że takie założenia wniosku nie były przypadkowe, lecz wynikały z przekonania wnioskodawcy o centralnym („zasadniczym") znaczeniu art. 30 Konstytucji dla rozstrzygnięcia sprawy (por. s. 11 uzasadnienia wniosku). Podczas rozprawy wnioskodawca nie skorygował tego sposobu zaskarżenia, mając świadomość, że już w sprawie o sygn. K 13/17 budził on zastrzeżenia formalne uczestników postępowania (por. przedłożone w tej sprawie stanowiska Prokuratora Generalnego i Sejmu).

5.2.3. Uzasadniając nierozpoznanie głównego zarzutu wniosku, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „W rzeczywistości wnioskodawca podnosi art. 30 Konstytucji celem wykazania podmiotowości prawnej dziecka w prenatalnej fazie rozwoju, aby w konsekwencji móc rozważać dopuszczalność ograniczeń prawnej ochrony jego życia. Wobec tego Trybunał, na podstawie całokształtu wniosku inicjującego niniejsze postępowanie, zrekonstruował główny zarzut wnioskodawcy, którym jest niezgodność kwestionowanych przepisów z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji" (por. cz. III, pkt 1.2 uzasadnienia).

Trybunał nie podał równocześnie podstawy prawnej takiej decyzji ani też nie powołał się na żadne zasady pragmatyki orzekania (np. zasadę *falsa demonstratio non nocet*), a w dalszej części uzasadnienia niekonsekwentnie podkreślił priorytetowy charakter art. 30 Konstytucji wśród wzorców kontroli (por. cz. III, pkt 3.1 uzasadnienia).

5.2.4. Moim zdaniem, dokonane przez Trybunał przeformułowanie zakresu zaskarżenia byłoby dopuszczalne tylko w dwóch wypadkach: gdyby wnioskodawca podniósł zarzuty równorzędne albo gdyby rozpoznanie zarzutu głównego było niemożliwe z powodów formalnych (umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 ustawy o organizacji TK stanowi-

łoby wówczas postać „nieuwzględnienia” zarzutu głównego, aktualizowałaby się więc wskazana przez wnioskodawcę przesłanka rozpoznania zarzutów ewentualnych).

W niniejszej sprawie tego typu okoliczności nie wystąpiły. Nie było w szczególności przeszkód dla zbadania zgodności zaskarżonych przepisów z art. 30 Konstytucji jako samodzielnym wzorcem kontroli (por. wśród spraw wszczętych na wniosek podmiotów o legitymacji ogólnej, poza wspomnianym wyrokiem o sygn. K 44/07, cz. III, pkt 8 uzasadnienia – także wyrok pełnego składu TK z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 24, cz. III, pkt 4 uzasadnienia oraz wyroki z: 22 listopada 2016 r., sygn. K 13/15, OTK ZU A/2016, poz. 88, cz. III, pkt 5 uzasadnienia; 18 października 2017 r., sygn. K 27/15, OTK ZU A/2017, poz. 74, cz. III, pkt 5 uzasadnienia). Decyzję wnioskodawcy co do gradacji zastrzeżeń wobec art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.r. należało więc uznać za wiążącą i rozpoznać wniosek zgodnie z ustalonymi w nim zasadami. Wpisywałoby się to także we wcześniejszą praktykę traktowania wniosków zawierających zarzuty ewentualne odnoszące się do tego samego przedmiotu zaskarżenia (por. np. wyroki z: 23 października 2001 r., sygn. K 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 215 i 3 marca 2015 r., sygn. K 39/13, OTK ZU nr 3/A/2015, poz. 27).

5.2.5. Zwracam uwagę, że uczynienie z art. 30 Konstytucji głównego i samodzielnego wzorca kontroli w niniejszej sprawie miałoby istotne konsekwencje merytoryczne. Zaskarżona regulacja nie byłaby wówczas oceniana przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji, ponieważ wyrażona w tym przepisie zasada proporcjonalności odnosi się tylko do miarkowania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności człowieka (a nie godności jako ich źródła – por. art. 30 Konstytucji). Punkt ciężkości oceny zaskarżonych regulacji przesuwałby się wówczas na ustalenie zakresu podmiotowego i temporalnego pojęcia „godność człowieka” w rozumieniu art. 30 Konstytucji.

5.3. Umorzenie postępowania w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 2 u.p.r.

Nie przekonują mnie także wywody Trybunału dotyczące umorzenia postępowania w odniesieniu do art. 4a ust. 2 zaskarżonej ustawy.

5.3.1. We wstępnej części uzasadnienia wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „z perspektywy natury problemu konstytucyjnego, a także na podstawie analizy wniosku (…), bez znaczenia pozostaje kwestia granic temporalnych dopuszczalności przerwania ciąży. (…) Wobec tego Trybunał zrekonstruowany przedmiot kontroli ograniczył do art. 4a ust. 1 pkt 2” zaskarżonej ustawy (por. cz. III, pkt 1.2 uzasadnienia). Natomiast w końcowej części motywów orzeczenia Trybunał dodatkowo wyjaśnił, że „nie mógł orzec niekonstytucyjności, nawet częściowej” art. 4a ust. 2 u.p.r. z uwagi na „dokonaną rekonstrukcję przedmiotu zaskarżenia” i „brzmienie tego przepisu” (por. cz. III, pkt 6 uzasadnienia).

5.3.2. Według mnie, powyższe argumenty nie uzasadniają umorzenia postępowania co do art. 4a ust. 2 zaskarżonej ustawy (ani w sentencji, ani w uzasadnieniu nie wskazano zresztą, na jakiej dokładnie podstawie prawnej to nastąpiło i która ujemna przesłanka procesowa miała tu zastosowanie). Relacje treściowe i funkcjonalne między tym przepisem a art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. przesądzają tylko o kolejności i kierunku oceny konstytucyjności zaskarżonych przepisów (a nie o zakresie merytorycznego rozpoznania sprawy).

Nigdy też wcześniej nie spotkałem się z przyznaniem przez Trybunał, że treść zaskarżonego przepisu uniemożliwia jego kontrolę nawet z wykorzystaniem złożonych technik konstruowania sentencji wyroku (zakresowego, interpretacyjnego, w formule „przez to, że” itd.; w odniesieniu do art. 4a ust. 2 u.p.r. można było bez najmniejszych problemów zastosować pierwszą z nich). Jest to tym bardziej zaskakujące, że w ostatnim orzecznictwie Trybunału zauważalna była raczej tendencja do rozszerzającej (a nie ścisłej) wykładni przepisów Konstytucji określających jego kognicję (por. moje zdanie odrębne do wyroku z 20 kwietnia 2020 r., sygn. U 2/20).

5.3.3. Moim zdaniem, postępowanie co do zbadania zgodności art. 4a ust. 2 u.p.r. z Konstytucją należało umorzyć, ale z innych przyczyn niż wskazane przez Trybunał.

Wnioskodawca sformułował wobec tego przepisu zastrzeżenia wykraczające poza zarzuty wobec art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., a mianowicie uznał, że przewiduje on nieuzasadnione różnicowanie zakresu czasowego dopuszczalności terminacji ciąży.

Uważam, że zarzut ten miał charakter samodzielny. Nie można było wykluczyć, że Trybunał stwierdziłby konstytucyjność art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., a zakwestionował szczegółowe zasady temporalne określone w art. 4a ust. 2 u.p.r. Nie należało w tej sytuacji *a priori* (już w części wstępnej uzasadnienia wyroku) przesądzać zakresu umorzenia postępowania.

Ocena konstytucyjności art. 4a ust. 2 u.p.r. była natomiast niedopuszczalna w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji TK. Wniosek w powyższym zakresie nie zawierał należytego uzasadnienia, o którym mowa w art. 47 ust. 2 ustawy o organizacji TK. Wnioskodawca w swoich rozważaniach ograniczył się wyłącznie do przedstawienia perspektywy dziecka, całkowicie pomijając, że kobiety uprawnione do przerwania ciąży na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 2 i 3 u.p.r. nie są podmiotami podobnymi (i w związku z tym nie ma podstaw do żądania ich jednakowego traktowania). Ramy czasowe legalnego przerywania ciąży w omawianych dwóch przypadkach są bowiem odmienne z obiektywnych przyczyn. O uzasadnionym podejrzeniu, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, wiadomo od momentu zapłodnienia, natomiast pierwsze symptomy wad genetycznych czy poważnych chorób są wykrywane zazwyczaj podczas badania USG w 12. tygodniu ciąży i weryfikowane w później przeprowadzonej diagnostyce (zastrzegam, że moją wiedzę na ten temat należałoby skonfrontować z opiniami biegłych z zakresu medycyny, których potrzebę powołania sygnalizowałem na wstępie).

W tym kontekście ewentualne zrównanie omawianych terminów (tj. wprowadzenie powszechnej cezury 12. tygodnia ciąży) oznaczałoby faktyczny zakaz przerywania ciąży w okolicznościach wskazanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Zasada zaufania obywateli do państwa i prawa (art. 2 Konstytucji) wyklucza możliwość stanowienia tego typu pozornych przepisów.

5.4. Argumenty z literatury.

Wątpliwości budzi także sposób wykorzystania w niniejszej sprawie argumentów z literatury.

5.4.1. Trybunał Konstytucyjny zauważył, że „Zawisły przed Trybunałem problem konstytucyjny dotyka jednego z najtrudniejszych zagadnień, które mogą stanąć przed sądami konstytucyjnymi. (…) Problem ten, oczywiście poza wymiarem jurydycznym, ma także wymiar etyczno-filozoficzny, gdyż dotyczy spraw fundamentalnych – życia ludzkiego i jego wartości. W literaturze przedmiotu zajmowane są różne, zarówno skrajne, jak i umiarkowane, mniej i bardziej złożone stanowiska, często odmienne w poszczególnych kręgach kulturowych i cywilizacyjnych. Rolą sądu konstytucyjnego i orzekających w nim sędziów jest jednak wiążące wypowiadanie się w kwestiach, które dotyczą zgodności prawa stanowionego z Konstytucją, a wypowiedzi te muszą znajdować podstawę w obowiązującym prawie (…)” (cz. III, pkt 1.2 uzasadnienia). Zastrzegł również, że „nie odwołuje się, podobnie jak nie odwoływał się wcześniej, do argumentów natury filozoficznej, a ściślej, argumentów etycznych odnoszących się do statusu człowieka, a także początku ludzkiego życia. Trybunał opiera swoje wnioski na przesłankach czysto normatywnych, wynikających z przekonania o spójności, zwłaszcza aksjologicznej, systemu prawnego, a także konsekwencji wynikającej z przyjętego w systemie prawa założenia o racjonalności prawodawcy, szczególnie aktualnego w odniesieniu do kwestii najbardziej ważkich, do których należy bez wątpienia ochrona ludzkiego życia” (cz. III, pkt 3.4 uzasadnienia).

5.4.2. Powyższe tezy zdawałyby się wskazywać na dystansowanie się przez Trybunał od analizy literatury (zwłaszcza nieprawniczej) i dążenie do wypracowania niezależnego, autorskiego osądu. Założenie to nie było jednak ani słuszne, ani nie zostało konsekwentnie zrealizowane.

W uzasadnieniu wyroku Trybunał erudycyjnie i interdyscyplinarnie przeanalizował możliwość ujmowania przesłanek wyrażonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. w kategoriach „eugeniki", szeroko odwołując się do historycznej i współczesnej literatury antropologicznej, filozoficznej i politologicznej, także zagranicznej (m.in. dzieł F. Galtona, N. Agara, F. Fukuyamy, M. Sandela, J. Habermasa oraz ich polskich komentatorów – por. cz. III, pkt 2.3 uzasadnienia). W mojej opinii, uwaga poświęcona temu zagadnieniu była nieproporcjonalna do jego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Ani wnioskodawca, ani Trybunał nie nadali „eugeniczności" kontrolowanego przepisu wyraźnego wymiaru konstytucyjnego (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia).

Wśród motywów wyroku zabrakło równocześnie wyczerpującej analizy porównawczej poglądów wyrażonych w polskiej literaturze prawa konstytucyjnego, w tym komentarzy do Konstytucji czy opinii sporządzonych na potrzeby prac parlamentarnych (przytoczono wyłącznie wybrane tezy kilku autorów – nie zawsze reprezentatywne, ale wzmacniające prezentowaną argumentację). To z kolei było niezbędnym punktem wyjścia do stworzenia listy argumentów wymagających rozważenia w niniejszej sprawie i mogło skłaniać Trybunał do większej wstrzemięźliwości w ocenie zaskarżonych przepisów. Opinie w sprawie konstytucyjności zaskarżonej ustawy są bowiem bardzo zróżnicowane.

5.4.3. Z przeprowadzonej przeze mnie analizy komentarzy do Konstytucji (wymagającej z pewnością poszerzenia) wynika, że problem zakresu podmiotowego art. 30 i art. 38 Konstytucji nie został ostatecznie rozstrzygnięty i nadal ma charakter dyskusyjny (por. np. M. Florczak-Wątor, uwagi do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, Lex).

Na przykład zdaniem P. Sarneckiego, art. 38 Konstytucji „nie zawiera żadnych przesłanek w kwestii uznawania lub nieuznawania pewnych podmiotów za «ludzi» bądź też uznawania czy nieuznawania pewnych sytuacji biologicznych za «życie ludzkie». Dlatego też na gruncie samego tylko tego przepisu nie będzie można znaleźć odpowiedzi w kwestii dopuszczalności przerywania ciąży" (P. Sarnecki, uwagi do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, Lex; podobnie: P. Sarnecki, uwagi do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2002; w dalszej części komentarzy autor ten, powołując się m.in. na orzeczenie o sygn. K 26/96, ogólnie dopuszcza możliwość wyłączenia prawnej ochrony życia *nasciturusa* ze względu na życie matki, jej godność czy nietykalność osobistą).

Inni autorzy komentarzy do Konstytucji prezentują pogląd, że art. 30 i art. 38 dotyczy także *nasciturusa*, ale nie zajmują wprost stanowiska w sprawie zaskarżonej ustawy (np. L. Bosek, uwagi do art. 30 i T. Sroka, uwagi do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis oraz powołana tam literatura).

W niektórych opracowaniach o podobnym charakterze można odnaleźć poglądy o zastosowaniu tych przepisów wyłącznie od urodzenia, którym czasem towarzyszy także refleksja co do dopuszczalności przerwania ciąży. Przykładem mogą być następujące publikacje (w kolejności chronologicznej):

– L. Garlicki, uwagi do art. 30, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, Lex – zdaniem tego autora, godność przysługuje człowiekowi od urodzenia do śmierci, ponieważ: 1) „jest ogólną zasadą, że konstytucyjne prawa podmiotowe mogą przysługiwać wyłącznie osobom już narodzonym"; 2) w

latach 2006-2007 nie dokonano doprecyzowania art. 30 Konstytucji, a „obecny tekst tego przepisu jest, w najlepszym razie, na tyle niejasny, że pozostawia możliwość różnokierunkowych interpretacji"; 3) „uznanie, że art. 30 odnosi się do istoty ludzkiej od chwili poczęcia, przesądzałby o całkowitej niedopuszczalności zabiegów przerywania ciąży", wbrew intencjom twórców Konstytucji (por. także L. Garlicki, uwagi do art. 30, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2002 – w tym opracowaniu autor przytacza pierwszy z powyższych argumentów w celu uzasadnienia poglądu, że godność rozumiana jako prawo podmiotowe nie może być przypisywana *nasciturusowi*);

– W. Skrzydło, uwagi do art. 38, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 50 – w opinii tego autora art. 38 Konstytucji dotyczy ochrony życia „człowieka" (a nie „istoty ludzkiej"), a więc jednostki już narodzonej, zadaniem Konstytucji jest wprowadzenie zasady ochrony prawnej życia, a sprawy aborcji powinno rozstrzygać i regulować „bieżące ustawodawstwo";

– B. Banaszak, uwagi do art. 30 i art. 38, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis – autor ten uważa, że godność jest cechą „wszystkich istot ludzkich (już poczętych)", ale „prawna ochrona życia nie oznacza ochrony życia ludzkiego od momentu poczęcia";

– P. Winczorek, uwagi do art. 38, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 96 – zdaniem którego „art. 38 interpretowany bywa jako uzasadniający istnienie zakazu lub przynajmniej daleko posuniętych ograniczeń prawnych dotyczących przerywania ciąży. Interpretacja ta może być dyskusyjna, ponieważ wiele zależy od tego, czy uzna się zarodek i płód ludzki za człowieka, a życie tego zarodka i płodu – za życie człowieka. (…) Niezależnie jednak od tej odpowiedzi na tle obecnych uregulowań konstytucyjnych możliwa jest ustawowa ochrona płodu ludzkiego przed niebezpieczeństwami grożącymi jego życiu (istnieniu) i zdrowiu. W świetle art. 38 dopuszczalne jest również przerywanie ciąży w ograniczonej liczbie, dostatecznie jasno sprecyzowanych (co do przesłanek) przypadków: na przykład ciężkie uszkodzenie płodu, ciąża będąca rezultatem przestępstwa, ciąża poważnie zagrażająca życiu lub zdrowiu kobiety (…) Ograniczenie ochrony życia osób jeszcze nienarodzonych również może znajdować pewne granice. Granice te wynikają z konieczności ochrony innych, dostatecznie wysoko cenionych dóbr";

– B. Banaszak, M. Jabłoński, uwagi do art. 38, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 78 – w ich opinii, w art. 38 Konstytucji nieprzypadkowo posłużono się pojęciem „człowiek", a nie „istota ludzka", które według terminologii medycznej i prawnej odnosi się do dziecka po urodzeniu i odłączeniu od organizmu matki.

5.4.4. Podzielone są także zdania co do oceny konstytucyjności przesłanek dopuszczalności przerywania ciąży, wyrażane przy okazji wspomnianych prac nad projektami nowelizacji Konstytucji i zaskarżonej ustawy.

Część autorów stwierdza, że zgodne z Konstytucją jest jedynie przerwanie ciąży w sytuacji zagrożenia życia matki (np. P. Sarnecki, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy" nr 6/2004, s. 152; A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i art. 38 Konstytucji*, „Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007, s. 104-105 – autor ten wskazuje, że przesłanka embriopatologiczna budzi „zasadnicze wątpliwości", ponieważ „sprawia wrażenie dopuszczenia do eugenicznej selekcji rodzących się dzieci").

Inni dostrzegają argumenty konstytucyjne pozwalające na akceptację także przepisów zezwalających na aborcję w sytuacji, gdy ciąża jest wynikiem czynu zabronionego, nie wypowiadając się jednoznacznie na temat przesłanki embriopatologicznej (np. T. Smyczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*,

„Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007, s. 18 – autor nie wypowiada się na temat przesłanki embriopatologicznej). Na przykład W. Wróbel wyklucza możliwość uzasadnienia aborcji z przesłanek embriopatologicznych z powołaniem się na konstytucyjne regulacje dotyczące godności człowieka czy nieludzkiego traktowania, a także bez konieczności odnoszenia tych przesłanek do ewentualnego zagrożenia dla zdrowia (w tym zdrowia psychicznego) kobiety ciężarnej (por. W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, „Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007, s. 32-33). W innym opracowaniu zwraca jednak uwagę (nawiązując zapewne do zdania odrębnego sędziego L. Garlickiego do orzeczenia o sygn. K 26/96 i powołanego w nim orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego), że w przypadku uszkodzenia lub wad genetycznych płodu „prawny nakaz (obowiązek) kontynuacji ciąży stawiałby przed gwarantem wymagania, które mogłyby być trudne do spełnienia i wymagałyby postawy na granicy heroiczności. Postawy takie w sensie moralnym są nie tylko godne pochwały, ale niekiedy wręcz wymagane. Prawo wszakże nie może ich wymuszać poprzez formalne nakazy" (W. Wróbel, *Opinia prawna odnosząca się do pytań dotyczących poselskiego projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP*, „Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007, s. 27-28; w cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia wyroku cytowany jest tylko fragment pierwszego ze wskazanych artykułów, który nie przedstawia pełnych poglądów autora na omawiany problem).

W opiniach legislacyjnych wyrażane były także stanowcze poglądy o zgodności z Konstytucją wszystkich obecnych przesłanek legalizujących przerwanie ciąży (por. np. A. Bałaban, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy" nr 6/2004, s. 114; M. Masternak-Kubiak, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy" nr 6/2004, s. 121; R. Piotrowski, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy" nr 6/2004, s. 154).

5.4.5. Na marginesie można dodać (co chyba także uszło uwadze Trybunału), że różne możliwości interpretacji art. 30 i art. 38 Konstytucji są prezentowane także przez organy państwa. Ich stanowiska – w przeciwieństwie do względnie stałych poglądów przedstawicieli doktryny – były w ostatnich latach istotnie modyfikowane.

Jest to wyraźnie zwłaszcza w wypadku Prokuratora Generalnego, występującego w postępowaniu przed Trybunałem i biorącego udział w tworzeniu prawa w ramach funkcji „strażnika praworządności" (por. art. 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, Dz. U. z 2019 r. poz. 740, ze zm.). W sprawach o sygn. K 13/17 i K 1/20 organ ten przedstawił stanowisko o niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z Konstytucją, podczas gdy wcześniej bardzo krytycznie oceniał projekty ustaw proponujące ograniczenie dopuszczalności przerywania ciąży (por. opinia z 29 czerwca 2011 r. do druku sejmowego nr 4222/VI kadencja i opinia z 12 sierpnia 2015 r. do druku sejmowego nr 3806/VI kadencja, www.sejm.gov.pl).

Brak jednolitego rozumienia art. 30 i art. 38 Konstytucji ujawnił się także w praktyce działania Rzecznika Praw Obywatelskich i Rzecznika Praw Dziecka. Pierwszy z nich publicznie z dużym dystansem podchodził do postulatów nowelizacji zaskarżonej ustawy i zwracał uwagę na problemy z jej wykonywaniem, podczas gdy drugi w niniejszej sprawie podzielił wszystkie zarzuty stawiane we wniosku.

5.5. Argumenty z orzecznictwa TK.

Zastrzeżenia budzi także sposób wykorzystania przez Trybunał Konstytucyjny swojego wcześniejszego orzecznictwa.

5.5.1. W uzasadnieniu wyroku uwzględniono je przede wszystkim w celu wyjaśnienia treści wzorców kontroli (por. cz. III, pkt 3.1 uzasadnienia). W części przedstawiającej bezpo-

średnio motywy stwierdzenia niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Trybunał aprobująco odwołał się do tez dwóch rozstrzygnięć: wyroku o sygn. K 44/07 i orzeczenia o sygn. K 26/96 (por. cz. III, pkt 4.2 uzasadnienia).

Moim zdaniem, nastąpiło to jednak bez odpowiedniego komentarza, który przedstawiałby przytoczone judykaty w odpowiedniej perspektywie i pozwalał na wyciągnięcie z nich właściwych wniosków dla niniejszej sprawy.

5.5.2. Uważam, że w uzasadnieniu wyroku należało wyraźnie zaznaczyć (choć z pewnością nie umknie to uważnemu czytelnikowi), że kwestia statusu konstytucyjnego *nasciturusa* była dotychczas przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego tylko w jednej sprawie, zakończonej orzeczeniem o sygn. K 26/96, wydanym przed wejściem w życie obecnej Konstytucji. Zagadnienie to nie pojawiło się w innych orzeczeniach przedkonstytucyjnych dotyczących problematyki aborcyjnej (por. np. orzeczenie z 15 stycznia 1991 r., sygn. U 8/90, OTK w 1991 r., poz. 8 – dotyczące kwalifikacji lekarzy; postanowienie z 7 października 1992 r., sygn. U 1/92, OTK w 1992 r., poz. 38 – dotyczące zgodności kodeksu etyki lekarskiej z zaskarżoną ustawą; uchwała z 17 marca 1993 r., sygn. W 16/92, OTK w 1993 r., poz. 16 – dotycząca eksperymentów lekarskich). Nie było również omawiane na tle spraw współczesnych, pośrednio dotykających tego problemu (por. np. wyroki z: 7 października 2015 r., sygn. K 12/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143 – dotyczący klauzuli sumienia lekarza i 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK ZU nr 8/A/2011, poz. 80 – dotyczący wyrażenia zgody na leczenie przez osobę małoletnią).

Zestawianie orzeczenia o sygn. K 26/96 z innymi judykatami dotyczącymi prawnej ochrony życia w innym kontekście, nieuwzględniającym perspektywy prenatalnej, powinno więc następować z dużą ostrożnością i w sposób pozwalający na uniknięcie nadinterpretacji dorobku Trybunału. W orzecznictwie Trybunału nie wykształciła się bowiem (a tym bardziej – nie utrwaliła) żadna określona linia orzecznicza dotycząca dopuszczalności ograniczenia prawnej ochrony życia płodowego. Nawet zresztą gdyby było inaczej, Trybunał podczas rozpoznawania niniejszej sprawy nie byłby bezwzględnie związany swoim wcześniejszym stanowiskiem – art. 37 ust. 1 pkt 1 lit. e ustawy o organizacji TK wprost przewiduje bowiem procedurę odstąpienia od poglądu prawnego wyrażonego w orzeczeniu wydanym w pełnym składzie.

To, czy i w jakim zakresie ustalenia zawarte w innych orzeczeniach mogą mieć charakter uniwersalny (tj. odnoszący się do życia ludzkiego w każdej fazie jego rozwoju), powinno być każdorazowo przedmiotem wnikliwej oceny Trybunału. Tę zasadę należało zastosować także do wyroku o sygn. K 44/07, w którym badano konstytucyjność dopuszczalności zestrzelenia samolotu pasażerskiego w sytuacji zagrożenia terrorystycznego. Trzeba by było wówczas dojść do wniosku, że nic w jego uzasadnieniu nie wskazuje, aby Trybunał, formułując wymaganie „symetrii dóbr: poświęcanego i ratowanego", rozważał zagadnienie stosowania art. 30 i art. 38 Konstytucji do *nasciturusa*. Zasady doświadczenia życiowego i prawidła demografii pozwalają wprawdzie stwierdzić, że z dużą dozą prawdopodobieństwa zarówno na pokładzie samolotu pasażerskiego, jak i wśród osób zagrożonych atakiem terrorystycznym (a nawet samych terrorystów) mogą być kobiety w ciąży (a także: dzieci i osoby niepełnosprawne), niemniej okoliczność ta nie była przedmiotem szczegółowej analizy i wypowiedzi Trybunału w tej sprawie.

Zwracam uwagę, że w świetle przytoczonej tezy wyroku o sygn. K 44/07, stwierdzenie konstytucyjności zaskarżonej ustawy (czy w ogóle jakichkolwiek przepisów ograniczających prawną ochronę życia *nasciturusa*) byłoby w zasadzie możliwe tylko w wypadku rozwiązań realizujących zasadę „życie za życie" (życie dziecka za życie innej osoby, zwłaszcza matki). Tylko wówczas dobro chronione i poświęcane są w pełni ekwiwalentne (zachodzi ich „symetria" w rozumieniu przyjętym w wyroku o sygn. K 44/07 i „analogiczność", o której mowa w

uzasadnieniu obecnego wyroku – por. cz. III, pkt 4.2). Taka radykalna interpretacja art. 38 Konstytucji jest wprawdzie prezentowana przez niektórych przedstawicieli doktryny, jednak nie ma charakteru dominującego (por. wyżej). Sam Trybunał w orzeczeniu o sygn. K 26/96 wyraźnie (i to w kontekście przepisów zaskarżonej ustawy) przestrzegał przed nadmiernie zredukowanym testem proporcjonalności: „Stwierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. Intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności. Ochrona ta jednak powinna być zawsze dostateczna z punktu widzenia chronionego dobra" (pkt 3 uzasadnienia; teza omówiona w cz. III, pkt 3.3.1 uzasadnienia komentowanego wyroku; por. także zdanie odrębne sędziego L. Garlickiego do orzeczenia o sygn. K 26/96).

Na marginesie można wskazać, że w uzasadnieniu wyroku dostrzegalne są również elementy, które mogą być interpretowane jako wyraz uznania przez Trybunał konieczności bezwzględnej ochrony życia w fazie prenatalnej i nadania mu prymatu wobec wszystkich dóbr matki (nawet jej życia). Występują one w szczególności w tych fragmentach uzasadnienia, w których Trybunał dostrzega sprzężenie zwrotne między art. 30 i art. 38 Konstytucji (na zasadzie „nie ma życia bez godności" i „nie ma godności bez życia"). Tak w szczególności może być odczytana teza, że „Uprawnione jest (…) stwierdzenie, że Konstytucja wprowadza najwyższy standard ochrony ludzkiego życia, albowiem w jej świetle nieracjonalna jest dewitalizacja godności człowieka z uwagi na jego fazę rozwojową, gdyż pozbawienie życia, bez względu na jego etap, unicestwia równocześnie podmiot, któremu ta godność przynależy" (cz. III, pkt 3.3.2 *in fine* uzasadnienia). Podobne wnioski mogą płynąć z wypowiedzi, iż „W ocenie Trybunału, dziecko jeszcze nieurodzone, jako istota ludzka – człowiek, któremu przysługuje przyrodzona i niezbywalna godność, jest podmiotem mającym prawo do życia, zaś system prawny – zgodnie z art. 38 Konstytucji – musi gwarantować należytą ochronę temu centralnemu dobru, bez którego owa podmiotowość zostałaby przekreślona" (cz. III, pkt 3.4 uzasadnienia).

5.5.3. W pisemnych motywach obecnego wyroku dostrzegam także pewne problemy związane z omówieniem i interpretacją orzeczenia o sygn. K 26/96 (por. cz. III, pkt 3.3.1, 3.3.2 oraz 4.2 uzasadnienia).

Sentencja i uzasadnienie orzeczenia o sygn. K 26/96 są trudne do jednoznacznej interpretacji – także dla mnie jako profesora prawa i sędziego konstytucyjnego kończącego swoją służbę w Trybunale. Złożono w tej sprawie trzy zdania odrębne, zawierające poważne zastrzeżenia formalne i merytoryczne (łącznie z zarzutem naruszenia kompetencji prawodawczych Sejmu oraz błędnego odczytania treści zaskarżonych przepisów i wzorców kontroli). Orzeczenie to wywołało też różne reakcje w literaturze przedmiotu (por. np. W. Lang, *Glosa do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. (sygn. akt K. 26/96)*, „Przegląd Sejmowy" nr 6/1997, s. 167-181; J. Woleński, *Glosa do orzeczenia z 28 V 1997, K 26/96*, „Państwo i Prawo" nr 1/1998, s. 88-98; R. Piotrowski, [w:] *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Derlatka, L. Garlicki, M. Wiącek, Warszawa 2016, Lex).

Istotnym i nadal aktualnym elementem tego wyroku jest uznanie, że ochrona życia ludzkiego w fazie prenatalnej jest materią ze swej istoty konstytucyjną, jednak „intensywność" prawnej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach nie musi być taka sama. Pośrednią konsekwencją powyższej tezy było twierdzenie o ograniczonym zakresie swobody ustawodawcy zwykłego, który powinien zapewnić „dostateczną" (a więc nieko-

niecznie – maksymalną) prawną ochronę życia ludzkiego. W omawianym orzeczeniu Trybunał nie wskazał na przyszłość ani przykładów, ani katalogu, ani nawet charakteru okoliczności, które powinny być brane pod uwagę w teście proporcjonalności – przeciwnie, zwrócił uwagę na ich złożoność („szereg czynników różnorodnej natury").

Odwołując się do orzeczenia o sygn. K 26/96, Trybunał Konstytucyjny wykorzystał wyłącznie ogólne wywody o charakterze dogmatycznym, zawarte w jego uzasadnieniu (por. cz. III, pkt 3.3.2 i 4.2 uzasadnienia). Nie odniósł się natomiast w żadnym stopniu (poza bardzo ogólną wzmianką w kontekście zasady *ne bis in idem* – por. cz. III, pkt 1.1 uzasadnienia) do przedmiotu i wyniku tego postępowania (a więc do sposobu przełożenia ustaleń teoretycznych na ocenę konstytucyjności konkretnych badanych w tej sprawie rozwiązań). Jednak także ten aplikacyjny aspekt omawianego orzeczenia powinien być wzięty pod uwagę, bo płyną z niego bardzo interesujące wnioski dla niniejszej sprawy.

W orzeczeniu o sygn. K 26/96 przesłanka dopuszczalności przerwania ciąży z powodu „ciężkich warunków życiowych" lub „trudnej sytuacji osobistej" kobiety, zawarta w kontrolowanym wówczas art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r., została przez Trybunał zakwestionowana z dwóch głównych powodów: braku proporcjonalności (problemy osobiste i sytuacja ekonomiczna matki nie mogą usprawiedliwiać pozbawienia życia dziecka) i niedostatecznej określoności (w tym „subiektywizmu" ocen dokonywanych przez samą matkę). Wady te zostały wskazane przez Trybunał nie tylko w uzasadnieniu, ale także w sentencji orzeczenia (w formule „przez to, że" – por. pkt 3 sentencji). Przyczyny te są więc bezsporne i wyczerpujące.

Jestem przekonany, że badanym w niniejszej sprawie przesłankom zawartym w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie można postawić żadnego z tych zarzutów (por. wyżej). Między sprawą o sygn. K 26/96 i obecnie rozpoznawaną nie występuje więc prosta analogia.

Błędem byłoby w szczególności stwierdzenie, że orzeczenie to automatycznie przesądza wynik niniejszego postępowania – nawet przy założeniu ciągłości uregulowań konstytucyjnych (por. cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia obecnego wyroku), kontrola w obu wypadkach dotyczy przesłanek o odmiennym charakterze i wymaga wyważenia innych wartości konstytucyjnych. Rozstrzygnięcie to nie doprowadziło zresztą także do ujednolicenia poglądów na temat wykładni art. 30 i art. 38 Konstytucji oraz oceny dopuszczalności przerywania ciąży w literaturze prawniczej i praktyce organów państwa (por. wyżej). W oczywisty sposób jego skutkiem nie była także zmiana zaskarżonej ustawy w zakresie nieobjętym sentencją tego orzeczenia.

Co więcej, gdyby art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. miał być oceniany miarą zastosowaną przez Trybunał w sprawie o sygn. K 26/96 (proporcjonalność i określoność), to należałoby go uznać za zgodny z Konstytucją. Ze względu na właściwe wyważenie praw matki i dziecka (zwłaszcza w opisanej wyżej sytuacji wad terminalnych oraz symbolicznej pomocy państwa dla dzieci niepełnosprawnych i ich rodzin), decyzja ustawodawcy o obniżeniu „intensywności" prawnej ochrony życia dziecka (w rozumieniu orzeczenia o sygn. K 26/96) z ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo poważną chorobą zagrażającą życiu, polegająca na wyjątkowym odstąpieniu od kryminalizacji przerwania ciąży, mieściłaby się w zakresie przysługującej mu swobody regulacyjnej. Wśród „szeregu czynników różnorodnej natury" determinujących tego typu rozwiązania, o których mowa w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. K 26/96, mogą znaleźć się także przesłanki związane z konstytucyjnymi prawami matki (por. wyżej).

5.6. Argumenty historyczne.

Konieczne wydaje mi się uzupełnienie zawartego w uzasadnieniu wyroku omówienia przebiegu prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (dalej: KKZN) i polemika z wyciągniętym z niego wnioskiem co do kognicji Trybunału (por. cz. III, pkt 3.3.3 uzasadnienia).

5.6.1. W uzasadnieniu wyroku zrelacjonowano jeden z ostatnich etapów dyskusji nad redakcją przepisu, który stał się obecnym art. 38 Konstytucji. Należało to poprzedzić przynajmniej krótką wzmianką o tym, jak wyglądały początki tych prac. Otóż podczas 15. posiedzenia 27 stycznia 1995 r. KKZN rozważała w sumie osiem wariantów ujęcia przepisów Konstytucji dotyczących ochrony życia, w tym także sformułowania wyraźnie określające jego granice temporalne (które jednak nie uzyskały większego poparcia). Były to następujące możliwości (w nawiasie – wynik głosowania w KKZN):

– wariant I: „1. Każdy ma prawo do ochrony życia. 2. Nikt nie może być karany śmiercią" (7 głosów);

– wariant II: „Życie ludzkie jest nienaruszalne" (0 głosów);

– wariant III – „1. Rzeczpospolita Polska uznaje przyrodzone prawo każdej istoty ludzkiej do życia od poczęcia i gwarantuje jego ochronę prawną. 2. Nikt nie może być karany śmiercią" (0 głosów);

– wariant IV: „Chroni się życie ludzkie od poczęcia do naturalnej śmierci. Warunki dopuszczalności przerywania ciąży określa ustawa" (0 głosów);

– wariant V: „1. Rzeczpospolita Polska uznaje przyrodzone prawo każdej istoty ludzkiej do życia od poczęcia po naturalną śmierć i gwarantuje jego prawną ochronę. 2. Nikt nie może być karany śmiercią" (0 głosów);

– wariant VI: „Każdy człowiek ma prawo do ochrony życia" (30 głosów);

– wariant VII: „Podstawowym prawem osoby ludzkiej, gwarantowanym przez Rzeczpospolitą Polską, jest prawo do życia. Życie człowieka podlega szczególnej ochronie od poczęcia do naturalnej śmierci" (4 głosy);

– wariant VIII: „1. Podstawowym prawem osoby ludzkiej, gwarantowanym przez Rzeczpospolitą Polską, jest prawo do życia. Życie człowieka podlega szczególnej ochronie od poczęcia do naturalnej śmierci. 2. Nikt nie może być karany śmiercią" (2 głosy; Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn nr XII, s. 92).

Sądzę, że powyższe fakty (podobnie jak okoliczności opisane przez Trybunał) potwierdzają moją tezę o zamierzonej decyzji ustrojodawcy co do niedookreślenia art. 38 Konstytucji (por. wyżej).

5.6.2. W uzasadnieniu wyroku Trybunał nie odniósł się też do poselskiego projektu zmiany art. 38 Konstytucji z 1996 r. (por. druk sejmowy nr 993/V kadencja), choć posłużył się wybranymi tezami niektórych sporządzonych wówczas analiz naukowych.

Wnioskodawcy tego projektu postulowali wyraźne zaznaczenie w art. 38 Konstytucji, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia od momentu poczęcia". Powołując się na orzeczenie o sygn. K 26/96, Konwencję o prawach dziecka oraz dokumenty o charakterze pozaprawnym (homilie papieża Jana Pawła II oraz Katechizm Kościoła Katolickiego) twierdzili, że zachodzi „oczywista konieczność wprowadzenia do ustawy o charakterze zasadniczym tj. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przepisów zapewniających całkowitą ochronę życia dzieci poczętych, które nie będą podważały bezwzględnej wartości prawa do życia i skutecznie zapobiegną jego relatywizacji przez prawo" (por. uzasadnienie tego projektu, druk sejmowy nr 993/V kadencja, s. 3).

Propozycja ta spotkała się z mieszanymi reakcjami ekspertów sejmowych, z których część wskazywała, że już obecne brzmienie Konstytucji chroni życie w fazie prenatalnej, a jej proponowana zmiana może mieć określone negatywne konsekwencje (por. „Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007).

Powyższe zastrzeżenia nie przekonały jednak parlamentarzystów, którzy poddali omawianą propozycję nowelizacji dalszym pracom. Zmiana art. 38 Konstytucji nie doszła ostatecznie do skutku z uwagi na nieosiągnięcie wymaganego przez art. 235 ust. 4 Konstytucji

progu 2/3 głosów poselskich (por. głosowanie nr 79 podczas 39. posiedzenia Sejmu V kadencji 13 kwietnia 2007 r., www.sejm.gov.pl).

Przebieg powyższych prac potwierdza tezę, że także współczesne odczytanie art. 38 Konstytucji nie jest jednoznaczne (por. wyżej). Dowodzi również, że analizy teoretyczne, nawet przeprowadzane przez osoby o niekwestionowanym autorytecie naukowym i dorobku zawodowym, nie mają bezpośredniego przełożenia na poglądy ustrojodawcy (taką bowiem funkcję w postępowaniu w sprawie zmiany Konstytucji pełni w zakresie przypisanych mu kompetencji Sejm – por. art. 235 Konstytucji).

5.6.3. Pominięcie powyższych okoliczności podczas omawiania genezy i wykładni art. 38 Konstytucji mógłbym ostatecznie zaakceptować, gdyby nie to, że Trybunał wyciągnął z wybranych faktów przedstawionych w pisemnym uzasadnieniu wyroku bardzo daleko idące wnioski. Chodzi mi o następującą tezę: „Mając na uwadze wszystkie powyższe wypowiedzi [podczas posiedzenia KKZN 13 marca 1997 r.], Trybunał przyjął, że intencją ustrojodawcy było – wobec braku wskazania *expressis verbis* w Konstytucji granic temporalnych życia człowieka i jego prawnej ochrony lub wyłączenia w tym zakresie kognicji Trybunału – pozostawienie do rozstrzygnięcia Trybunałowi kwestii dotyczącej wiążącego ustalenia znaczenia pojęcia «człowiek» na gruncie art. 38 Konstytucji" (cz. III, pkt 3.3.3 *in fine* uzasadnienia).

Po pierwsze, taka konkluzja nie jest uzasadniona na tle relacji z przebiegu obrad KKZN. Problem, jak Trybunał może ocenić zaskarżoną ustawę po wprowadzeniu do Konstytucji zasady prawnej ochrony życia, niewątpliwie był dyskutowany podczas wskazanego posiedzenia. Z cytowanych wypowiedzi wynika jednak tylko tyle, że liczono się z możliwością kontroli zaskarżonej ustawy przez Trybunał, mając świadomość, że podstawą orzekania będzie wówczas brzmienie (treść) Konstytucji (a nie jej rozumienie przez poszczególnych członków KKZN – por. zwłaszcza cytowaną wypowiedź posła M. Borowskiego). Członkowie KKZN poszukiwali możliwie najbardziej ogólnej formuły art. 38 Konstytucji, ponieważ nie byli w stanie się porozumieć co do aspektów szczegółowych (wybrano to, na co wszyscy mogli się zgodzić, pozostając przy swoich poglądach – pewnego rodzaju kompromisowy „najmniejszy wspólny mianownik").

Po drugie, obawiam się, że komentowana teza uzasadnienia może być rozumiana jako próba odpowiedzi na ewentualne zarzuty wkroczenia przez Trybunał w niniejszej sprawie w rolę ustrojodawcy (por. pewna analogia z zastrzeżeniami wobec Sądu Najwyższego w sprawach zakończonych wyrokiem z 20 kwietnia 2020 r., sygn. U 2/20 i postanowieniem z 21 kwietnia 2020 r., sygn. Kpt 1/20, z moimi zdaniami odrębnymi oraz zdania odrębne i glosy do orzeczenia o sygn. K 26/96). Czym innym jest bowiem prawidłowa i jasno uzasadniona interpretacja art. 38 Konstytucji na potrzeby i w granicach postępowania prowadzonego na podstawie art. 188 pkt 1 Konstytucji, a czym innym nadawanie przepisom Konstytucji treści, która nie jest w nich wyraźnie wyrażona, nie była przewidziana przez ustrojodawcę (historycznego i współczesnego) – i to (jak zaznaczył Trybunał) w sposób „wiążący" (dla kogo?).

Uważam, że funkcji Trybunału Konstytucyjnego nie można różnicować w zależności od stopnia niedookreśloności wzorców kontroli.

Ani art. 38 Konstytucji, ani inne przepisy ustawy zasadniczej nie przewidują dla Trybunału żadnego szczególnego prawa do „wiążącego ustalenia znaczenia pojęcia «człowiek» na gruncie art. 38 Konstytucji". Tego typu uprawnienia nie da się też wyinterpretować z przepisów o skutkach wyroków TK – zgodnie z art. 190 Konstytucji, powszechną moc obowiązującą mają orzeczenia (wyrażona w nich ocena przepisów ustawowych), a nie wykładnia (także prawotwórcza) Konstytucji, która była ich przyczyną.

„Wiążące ustalanie znaczeń" pojęć konstytucyjnych przez Trybunał jest także wykluczone z punktu widzenia ogólnych zasad ustrojowych – prymatu Konstytucji (która jest przecież stosowana – a więc również wykładana – nie tylko przez Trybunał), legalizmu czy trój-

podziału władzy (por. art. 7, art. 8 i art. 10 Konstytucji). Konstytucja jest dziełem obywateli – Narodu Polskiego, działającego przez swoich przedstawicieli i bezpośrednio. Trybunał pełni wobec niej rolę służebną: może i powinien ją interpretować, ale nie ma prawa „wiążąco ustalać znaczeń" żadnych zawartych w niej pojęć (zwłaszcza ze skutkiem *erga omnes*). Nieprzypadkowo art. 239 ust. 3 Konstytucji pozbawił mocy powszechnie obowiązującej nawet uchwały Trybunału, zawierające powszechnie obowiązującą wykładnię ustaw zwykłych.

5.7. Argumenty prawnoporównawcze.

Istotną słabością uzasadnienia jest powierzchowność omówienia kontekstu prawnomiędzynarodowego rozpoznawanej sprawy, ograniczona do zacytowania kilku wiążących Polskę przepisów wybranych umów międzynarodowych oraz ich uproszczonej interpretacji (por. cz. III, pkt 3.3.4 uzasadnienia).

Z uwagi na charakter rozważanego problemu konstytucyjnego, uwzględnienie aspektu prawnoporównawczego było w niniejszej sprawie bardzo potrzebne (stąd postulat zgromadzenia i analizy odpowiednich informacji, wyrażony na wstępie). Należało jednak zrobić to w sposób bardziej szczegółowy i zobiektywizowany, z uwzględnieniem także rozwiązań innych niż polskie oraz ich aplikacji w praktyce orzeczniczej sądów (szczególnie konstytucyjnych i międzynarodowych). Fragmentaryczne rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku mogą bowiem prowadzić do pochopnego (i błędnego) wniosku, że terminacja ciąży w sytuacjach określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest powszechnie niedopuszczalna.

5.7.1. W uzasadnieniu wyroku brakuje mi zwłaszcza analizy regulacji dotyczących przerywania ciąży w innych państwach Unii Europejskiej (dalej: UE), która mogłaby dostarczyć dodatkowych informacji na temat sposobu przekładania gwarancji konstytucyjnych na przepisy ustawowe oraz metod i przesłanek rozwiązywania konfliktów między prawami matki i dziecka w prawie i orzecznictwie konstytucyjnym (por. historyczne opracowania – np. M. Zubik, *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, „Przegląd Sejmowy" nr 3/2007, s. 21-44; J. Lipski, P. Chybalski, *Analiza porównawcza dotycząca modeli zapisu konstytucyjnej gwarancji ochrony życia ludzkiego w perspektywie dopuszczalności usunięcia ciąży*, „Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007, s. 111-136; J. Lipski, *Prawo do życia i status osoby ludzkiej przed narodzeniem w orzecznictwie Komisji Praw Człowieka i Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Przed pierwszym czytaniem" nr 3/2007, s. 137-141).

Nie można w tym kontekście przemilczeć, że zasady dopuszczalności aborcji obowiązujące w Polsce należą do najsurowszych w Europie. Standardem w większości państw europejskich jest możliwość legalnego przerwania ciąży z podobnych przyczyn jak ujęte w zaskarżonej ustawie, a dodatkowo także na wczesnym etapie ciąży (zazwyczaj do 12. tygodnia). Inaczej jest tylko w kilku najmniejszych państwach europejskich (np. na Malcie – gdzie aborcja jest całkowicie zakazana, por. J. Lipski, P. Chybalski, *Analiza porównawcza…*).

Warto także zwrócić uwagę, że regulacje dotyczące tej materii w większości państw europejskich mają charakter dosyć stabilny, a ich ewolucja przebiega raczej w kierunku poszerzania dostępu do legalnego przerywania ciąży niż jego zamykania (por. stopniowe wprowadzenie możliwości dokonywania legalnej terminacji ciąży w Irlandii, w tym zwłaszcza zmiany obowiązujące od 1 stycznia 2019 r. na skutek przeprowadzonego w 2018 r. referendum, vs. nieskuteczne próby ograniczenia dostępu do tego typu procedur podejmowane w 2020 r. na Słowacji).

5.7.2. Oczekiwałbym także od Trybunału odnotowania i rozważenia zastrzeżeń dotyczących zaskarżonej ustawy oraz postulatów jej zaostrzenia, wyrażanych na forum ONZ oraz UE.

Należałoby się w szczególności odnieść do *Uwag końcowych dotyczących siódmego sprawozdania okresowego Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, 31 października 2016 r.* (por. zwłaszcza pkt 24 lit. b uwag końcowych, https://www.rpo.gov.pl) oraz dwóch rezolucji Parlamentu Europejskiego: z 17 września 2020 r. w sprawie wniosku dotyczącego decyzji Rady w sprawie stwierdzenia wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia przez Rzeczpospolitą Polską zasady praworządności i z 15 listopada 2017 r. w sprawie sytuacji w zakresie praworządności i demokracji w Polsce (por. zwłaszcza – odpowiednio – pkt 56 i 57 oraz lit. K preambuły i pkt 13 części zasadniczej; https://www.europarl.europa.eu).

5.7.3. W uzasadnieniu wyroku warto było także zwrócić uwagę, że kwestia dostępu do legalnych zabiegów przerwania ciąży w razie stwierdzenia dużego prawdopodobieństwa ciężkiego uszkodzenia płodu była już kilka razy przedmiotem orzeczeń sądów i organów międzynarodowych. Wskazywano w nich, że nadmiernie restrykcyjne lub pozorne przepisy mogą naruszać m.in. zakaz tortur, okrutnego lub poniżającego traktowania lub karania oraz prawo do prywatności.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę w szczególności na:

– wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 26 maja 2011 r. w sprawie R.R. przeciwko Polsce, skarga nr 27617/04 (por. także oczekująca na rozpoznanie sprawa B.B. przeciwko Polsce, skarga nr 67171/17, https://hudoc.echr.coe.int);

– decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ z: 24 października 2005 r. nr 1153/2003 w sprawie Karen Noelia Llantoy Huamán przeciwko Peru; 31 marca 2016 r. nr 2324/2013 w sprawie Mellet przeciwko Irlandii i 17 marca nr 2425/2014 w sprawie Whelan przeciwko Irlandii (https://juris.ohchr.org).

Argumentacja zawarta m.in. w powyższych orzeczeniach wymagała dokładniejszej analizy. Wszystkie wymienione sprawy dotyczyły ograniczenia prawa do legalnego przerwania ciąży w sytuacjach podobnych jak wskazane w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. (por. stany faktyczne tych spraw oraz sprawozdanie RM za 2018 r., s. 117-118) i odnosiły się do wiążących także Polskę standardów międzynarodowych (Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167, ratyfikowanego w 1977 r., oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm., ratyfikowanej w 1993 r.). Ten ostatni fakt należy interpretować, mając na uwadze obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego (por. art. 9 Konstytucji) i możliwość bezpośredniego stosowania umów międzynarodowych, z pierwszeństwem przed ustawami (por. art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji).

5.8. Skutki wyroku.

Nie do końca przekonują mnie również przedstawione przez Trybunał powody niezastosowania art. 190 ust. 3 Konstytucji.

5.8.1. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że „Jakkolwiek za odroczeniem terminu utraty mocy obowiązującej tego przepisu przemawiało zapewnienie ustawodawcy odpowiedniego okresu na uchwalenie zmian w treści u.p.r., jak i ewentualnie tych związanych z odpowiedzialnością karną, to Trybunał uznał, że wyeliminowaniu art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z systemu prawnego należy przyznać pierwszeństwo z uwagi na fundamentalne znaczenie prawnej ochrony życia na gruncie aksjologii Konstytucji" (por. cz. III, pkt 6 uzasadnienia).

5.8.2. Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniach swoich orzeczeń rzadko ujawnia przyczyny nieskorzystania z art. 190 ust. 3 Konstytucji (i to nawet gdy wnoszą o to uczestnicy postępowania – por. np. wyroki z: 19 sierpnia 2020 r., sygn. K 46/15, OTK ZU A/2020, poz. 39 i 8 kwietnia 2014 r., sygn. SK 22/11, OTK ZU nr 4/A/2014, poz. 37).

Jeżeli już to się zdarza, wśród argumentów eksponowany jest wyjątkowy charakter rozwiązania określonego w art. 190 ust. 3 Konstytucji (por. np. wyrok z 24 kwietnia 2002 r., sygn. P 5/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 28, cz. III, pkt 7 uzasadnienia) albo możliwość tymczasowego (do czasu interwencji ustawodawcy) wypełnienia luki prawnej powstałej na skutek wyroku TK prokonstytucyjną interpretacją obowiązujących przepisów (por. np. wyrok pełnego składu TK z 26 lipca 2006 r., sygn. SK 21/04, OTK ZU nr 7/A/2006, poz. 88, cz. III, pkt 9 uzasadnienia).

Najczęściej podawanymi do wiadomości publicznej przyczynami przesunięcia terminu utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnych przepisów były: konieczność podjęcia kompleksowych prac legislacyjnych (por. np. wśród najnowszych orzeczeń – wyroki z: 22 lipca 2020 r., sygn. K 4/19, OTK ZU A/2020, poz. 33, cz. III, pkt 3.3.4 uzasadnienia; 10 czerwca 2020 r., sygn. K 3/19, OTK ZU A/2020, poz. 27, cz. III, pkt 5 uzasadnienia; 20 listopada 2019 r., sygn. K 4/17, OTK ZU A/2019, poz. 67, cz. III, pkt 6 uzasadnienia) oraz znaczne nakłady finansowe wymagane na realizację wyroku Trybunału, nieprzewidziane w ustawie budżetowej lub budżetach samorządowych (por. art. 65 ustawy o organizacji TK oraz wyroki z: 26 czerwca 2019 r., sygn. SK 2/17, OTK ZU A/2019, poz. 36, cz. III, pkt 4 uzasadnienia; 5 grudnia 2018 r., sygn. K 6/17, OTK ZU A/2019, poz. 1, cz. III, pkt 6 uzasadnienia; 7 marca 2018 r., sygn. K 2/17, OTK ZU A/2018, poz. 13, cz. III, pkt 4 uzasadnienia).

5.8.3. Na tym tle uzasadnienie zawarte w komentowanym wyroku budzi istotne wątpliwości. Podejmując decyzję o ewentualnym odroczeniu utraty mocy obowiązującej art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., Trybunał powinien był wyważyć rangę naruszonego dobra oraz skutki zaskarżonego przepisu dla jego adresatów.

Należało w szczególności zastanowić się, czy nagła zmiana przepisów dotykających podstawowych praw obywateli (nie tylko prawa do ochrony życia i zdrowia, ale prawa do opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych i prawa do decydowania o swoim życiu osobistym) nie narusza zasady zaufania obywateli do państwa i prawa (por. art. 2 Konstytucji). Niezbędna była także odpowiedź na pytanie, czy państwo w dobie pandemii COVID-19 jest organizacyjnie i finansowo przygotowane, aby natychmiastowo, z dniem publikacji wyroku TK w Dzienniku Ustaw, zapewnić adekwatną pomoc dzieciom z ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo poważną chorobą zagrażającą życiu oraz ich rodzinom (a zwłaszcza matkom). Zwracam przy tym uwagę, że chodzi tutaj m.in. o wysokospecjalistyczną opiekę medyczną, hospicyjną i psychologiczną, bez której mogą wystąpić poważne i nieodwracalne skutki dla życia i zdrowia kobiet w ciąży oraz ich dzieci.

Co do zasady podzielam pogląd Trybunału, że nie należy odraczać utraty mocy obowiązującej przepisów niezgodnych z art. 38 Konstytucji. W warunkach niniejszej sprawy trzeba było jednak wyjątkowo odstąpić od tego pryncypialnego stanowiska i skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 190 ust. 3 Konstytucji. Wejście w życie niniejszego wyroku powinno być opóźnione o trzy miesiące, aby możliwe było wprowadzenie niezbędnych przygotowań do jego realizacji (zwłaszcza w zakresie organizacji i finansowania służby zdrowia).

6. Uwagi *de lege ferenda*.

Krytyczna ocena zarzutów wniosku i kryjącej się za nim motywacji posłów-wnioskodawców nie oznacza, że uważam obecnie obowiązujące przepisy zaskarżonej ustawy za optymalny sposób realizacji art. 38 Konstytucji. Ustawa ta zapewnia tylko dostateczny, a nie maksymalny poziom prawnej ochrony życia. Pozwala to na uznanie art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. za zgodny z Konstytucją, jednak nie zwalnia ustawodawcy od podejmowania dalszych działań.

Moim zdaniem, wzmocnienie prawnej ochrony życia nie powinno następować za pomocą środków prawnokarnych, a zwłaszcza zaostrzania zasad dopuszczalności przerwania

ciąży (czy to przez parlament, czy Trybunał). Art. 38 Konstytucji zobowiązuje natomiast do pilnej intensyfikacji działań państwa w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej. Wsparcie państwa dla dzieci z ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo poważną chorobą zagrażającą życiu oraz ich rodzin nie powinno przy tym podlegać żadnym ograniczeniom, zwłaszcza budżetowym. Takiej interpretacji art. 38 Konstytucji nie stoją na przeszkodzie zawarte w ustawie zasadniczej zastrzeżenia, że zakres finansowania ochrony zdrowia, pomocy dla matek przed i po urodzeniu dziecka oraz osób niepełnosprawnych jest określany w ustawie (por. art. 68 ust. 2 i 3, art. 69 i art. 71 ust. 2 Konstytucji). Nie ma bowiem ważniejszych zadań publicznych od ochrony godności i życia człowieka.

Takie są w niniejszej sprawie moje osobiste przekonania o kierunkach interpretacji Konstytucji i o jej zastosowaniu do oceny zaskarżonego przepisu. U schyłku mojego życia, biorę za te poglądy wyłączną odpowiedzialność.

Z powyższych powodów uznałem za konieczne złożenia zdania odrębnego.

Zdanie odrębne
sędziego TK Piotra Pszczółkowskiego
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt K 1/20

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., sygn. K 1/20.

Uważam, że wydając wyrok, stwierdzający niezgodność art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78, ze zm.; dalej: ustawa o planowaniu rodziny lub u.p.r.) z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny dokonał błędnej wykładni (nadinterpretacji) wskazanych w sentencji wzorców kontroli, a ponadto, nieprawidłowo dokonując oceny proporcjonalności ograniczenia ochrony dobra prawnego, jakim jest życie w fazie prenatalnej, uwzględnił tylko jedną perspektywę – perspektywę ochrony życia w fazie prenatalnej. Pominął jednocześnie perspektywę kobiet, których godność, życie i zdrowie są niewątpliwie wartościami objętymi konstytucyjną ochroną. W imię ochrony życia w fazie prenatalnej – niemającej skądinąd absolutnego charakteru – Trybunał Konstytucyjny nałożył na nie obowiązek postawy heroicznej, a więc obowiązek przyjęcia na siebie w każdych okolicznościach – niezależnie od natury i stopnia patologii rozwoju płodu ani ewentualnych konsekwencji dla ich życia i zdrowia wiążących się z kontynuowaniem ciąży – wyrzeczeń i trudów znacznie przekraczających zwykłą miarę ograniczeń związanych z ciążą, porodem i wychowaniem dziecka.

Moim zdaniem, w niniejszej sprawie Trybunał Konstytucyjny, powinien był orzec, że zaskarżona regulacja jest zgodna z – rozumianymi w sposób prawidłowy – art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Mieści się ona bowiem w – wynikających z tych wzorców konstytucyjnych – granicach swobody decyzyjnej ustawodawcy co do kształtu ustawodawstwa aborcyjnego. Ponadto regulacja ujęta w art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.r. jest –

moim zdaniem – zgodna z zasadą prawidłowej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, oraz nie jest niezgodna z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji. W pozostałym zakresie (dotyczącym m.in. art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji) postępowanie powinno zostać umorzone.

Zwracam ponadto uwagę na okoliczności, w jakich niniejsza sprawa zawisła przed Trybunałem Konstytucyjnym. Inicjatorem tego postępowania przed Trybunałem była grupa posłów. Reprezentowali oni środowiska polityczne dysponujące większością parlamentarną wystarczającą do podjęcia w Sejmie prac nad ewentualną zmianą ustawy o planowaniu rodziny i uchwalenia nowelizacji uznawanej przez nie za konieczną w tym zakresie. Prace nad zmianą tej ustawy już się zresztą w Sejmie obecnej IX kadencji – przynajmniej teoretycznie – toczą w związku z, wniesionym jeszcze w czasie VIII kadencji Sejmu, obywatelskim projektem ustawy o zmianie ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (zob. druk sejmowy nr 36/IX kadencja). Projekt ten przewiduje m.in. właśnie uchylenie art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., który dopuszcza możliwość przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych. Procedowanie nad nim w Sejmie nie zostało zakończone do chwili obecnej. Po pierwszym czytaniu na posiedzeniu Sejmu 16 kwietnia 2020 r. obywatelski projekt ustawy został skierowany do dalszych prac w Komisji Polityki Społecznej i Rodziny oraz Komisji Rodziny. W toku prac legislacyjnych ewentualna zmiana przepisów ustawy o planowaniu rodziny mogłaby być poddana konsultacjom społecznym, a także stać się przedmiotem analiz i opinii ekspertów. Jednak, zamiast skorzystać w ramach parlamentarnej ścieżki legislacyjnej z uprawnień poselskich wynikających z mandatu parlamentarnego i samodzielnie podjąć decyzję o uchyleniu – niekonstytucyjnego ich zdaniem – art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., posłowie wnioskodawcy postanowili wykorzystać art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji, aby przerzucić na Trybunał Konstytucyjny ciężar rozstrzygnięcia o kształcie ustawodawstwa aborcyjnego. Moim zdaniem, postępowanie przed sądem konstytucyjnym może ewentualnie wieńczyć proces stanowienia prawa, lecz nie powinno go nigdy zastępować. Mając na uwadze różnicę między kontrolą konstytucyjności prawa wykonywaną przez sąd konstytucyjny a procesem stanowienia prawa, a w szczególności różnicę między skutkami, jakie rodzi wyrok Trybunału, a skutkami zmiany Konstytucji lub choćby ustawy, uważam, że w okolicznościach niniejszej sprawy żądanie wnioskodawców reprezentujących większość parlamentarną godzi w zasadę trójpodziału władz i świadczy o niezrozumieniu roli sądu konstytucyjnego.

Trybunał, mając świadomość istnienia opisanych wyżej okoliczności, nie sięgnął po żaden z dostępnych instrumentów pozwalających zniwelować negatywne skutki powyższych działań wnioskodawców. Trybunał ani nie odroczył rozprawy do czasu zakończenia prac nad obywatelskim projektem ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ani – decydując o rozpoznaniu sprawy – nie skorzystał z możliwości wydania wyroku w formule zakresowej czy interpretacyjnej lub określenia innego niż dzień ogłoszenia wyroku terminu utraty mocy obowiązującej art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Ponadto, w mojej ocenie, wysoce nierozważne było rozpoznanie wniosku przez Trybunał w czasie stanu epidemii ogłoszonego w związku z pandemią COVID-19.

Wysoce negatywnie oceniam także skutki prawne oraz potencjalne skutki społeczne, jakie może nieść wyrok Trybunału w kształcie przyjętym 22 października 2020 r.

Moje zdanie odrębne uzasadniam w następujący sposób:

1. Uwagi wstępne.

Wokół problematyki aborcji narosło wiele tez, którym na wstępie należy zaprzeczyć, nawet jeśli nie odnoszą się wprost do aspektów prawnych niniejszej sprawy.

W szczególności należy zanegować pogląd, że kto dopuszcza legalizację przerywania ciąży, jest „za aborcją i przeciwko życiu". Taki pogląd opiera się bowiem na niedającym się zaakceptować uproszczeniu. Konflikt różnych dóbr prawnie doniosłych jest zawsze trudny do jednoznacznego rozstrzygnięcia. Zadanie to staje się tym trudniejsze, im intensywniej konflikt odnosi się do dóbr o fundamentalnym znaczeniu dla obywateli, takich jak ich życie, zdrowie, godność i autonomia decydowania o ich życiu w zgodzie z ich przekonaniami moralnymi czy religijnymi. W sytuacji takiego konfliktu próba odnalezienia akceptowanego przez wszystkich rozwiązania jest niemalże z góry skazana na niepowodzenie. Tym bardziej wypracowanie w tym zakresie kompromisu i utrzymanie go należy uznać za wartość samą w sobie, która zasługuje na ochronę konstytucyjną choćby z uwagi na potrzebę urzeczywistnienia zasady dobra wspólnego i pokoju społecznego. Trafnie kiedyś Trybunał zwrócił uwagę na to, że „[p]ozytywne prawo, szczególnie w systemie pluralistycznym, jest zawsze wynikiem kompromisu różnych sił politycznych i społecznych odgrywających rolę w życiu publicznym. Prawo nie może być pełnym odbiciem moralności. Stąd pochodzą różnice zakresów pomiędzy obowiązującym systemem prawa a występującymi w społeczeństwie systemami norm etycznych" (uchwała z 17 marca 1993 r., sygn. W 16/92, OTK ZU z 1993 r. poz. 16). Dopuszczanie w pewnych, merytorycznie uzasadnionych (przede wszystkim względami medycznymi) przypadkach możliwości przerwania ciąży nie musi oznaczać ani niedostrzegania negatywnych następstw, jakie niesie ze sobą takie działanie, ani jego afirmowania. Podobnie jak przeciwdziałanie przez władze publiczne podejmowaniu przez kobiety decyzji o przerwaniu ciąży nie musi się wiązać ani z odpowiedzialnością karną, ani nawet z zakazem ustawowym w formie *legis imperfecti*.

W dyskursie nad problematyką aborcji, w tym również w uzasadnieniu wyroku, wyrażany jest błędny pogląd, że uzasadniająca przerwanie ciąży przesłanka embriopatologiczna jest uwarunkowana skrajnie liberalnym podejściem do problemu przerywania ciąży oraz uzasadniona prymatem takich wartości, jak np. posiadana przez kobietę wizja kondycji fizycznej i psychicznej dziecka (z tego też względu przesłankę, o której mowa w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., określa się – używając ocennego kwantyfikatora o negatywnie kojarzących się konotacjach znaczeniowych – „przesłanką eugeniczną", a działania podjęte na jej podstawie – „eugeniką liberalną"). Próbuje się również upatrywać źródła tej przesłanki w chęci ochrony planów życiowych czy po prostu komfortu życia kobiety i jej bliskich. Założenie takie (podobnie jak terminologia służąca do jego opisu) jest nieprawdziwe, uproszczone i nierzadko po prostu krzywdzące. Poruszamy się bowiem w niezwykle złożonej i delikatnej materii, która odnosi się do konfliktu dobra, jakim jest życie w fazie prenatalnej istoty ludzkiej dotkniętej wadami letalnymi lub ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem, z godnością, wolnością i odpowiedzialnością kobiety za wybór, jakiego dokona – wybór, którego konsekwencje mogą być dla kobiety na granicy niemożliwych lub wręcz niemożliwe do udźwignięcia. Ponadto w przypadku przesłanki określonej w punkcie 2 w art. 4a ust. 1 u.p.r. – ze względu na jej systemowe powiązanie z przesłanką przewidzianą w punkcie 1 tego przepisu i razem z nią (czasem nawet w tych samych okolicznościach faktycznych) – chodzi również o gwarancje tak doniosłych wartości, jak życie i zdrowie kobiety.

Uważam, że złożony problem, jaki rozpoznawał Trybunał w niniejszej sprawie, nie dotyczył – jak to jest czasem określane – „prawa do aborcji" czy „prawa do przerywania ciąży". Problem ten dotyczył dopuszczalności przyjętego przez ustawodawcę sposobu rozstrzygnięcia konfliktu dóbr, które wskazałem wyżej, w oparciu o kryteria, jakie tenże ustawodawca uznał za relewantne. Nikt nie broni życia własnego dziecka bardziej niż matka. Kobieta nie potrzebuje ingerencji aparatu państwa w ten właściwy jej instynkt macierzyński. Postawa miłości wobec własnego dziecka jest jej po prostu przyrodzona. Co zatem, jeśli nie „prawo do aborcji", warunkuje zaskarżona regulacja? Moim zdaniem, należy na nią spojrzeć z perspek-

tywy prawa kobiety do podjęcia decyzji – w sytuacjach krańcowych, w których dochodzi do zdiagnozowania poważnych wad rozwojowych płodu – o losach dziecka i jej samej. Decyzji, czy będzie w stanie unieść ciężar ponadstandardowych obciążeń losu, czy podoła takiemu macierzyństwu, które poza wszelkimi znanymi innym matkom radościami najczęściej łączyć się będzie z heroicznymi wyzwaniami. Decyzji, czy jest gotowa na bardzo często samotną i wieloletnią walkę z obojętnością bliskich, brakiem adekwatnego wsparcia ze strony rodziny, społeczności i państwa. Wreszcie decyzji, czy jest przygotowana na walkę o należne każdemu człowiekowi, godne miejsce w społeczeństwie dla siebie i swojego narodzonego już dziecka.

Macierzyństwo podlega szczególnej ochronie konstytucyjnej. Macierzyństwo jednak to także sfera autonomicznego, niezależnego od woli władzy publicznej, podejmowania nierzadko trudnych decyzji o losach swoich dzieci. Odnosząc ten aspekt macierzyństwa do prenatalnego etapu rozwoju dziecka, należałoby stwierdzić, że państwo powinno raczej udzielać wsparcia kobietom w sytuacjach, w których są konfrontowane z diagnozami lekarskimi, stwierdzającymi ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu albo nieuleczalną chorobę zagrażającą jego życiu. Nie jest zaś rolą państwa narzucanie kobietom w takich okolicznościach jednego, arbitralnego, apriorycznie przyjętego przez to państwo sposobu rozstrzygnięcia konfliktu dóbr, oznaczającego w istocie obowiązek kontynuacji ciąży (przynajmniej do momentu wystąpienia bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia kobiety). Nawiązując do definicji Ph. Pettita, „[m]ożemy powiedzieć, że działanie ma arbitralną podstawę, jeżeli podlega wyłącznie *arbitrium*, decyzji lub osądowi jednostki; jednostka mogła wybrać je lub nie wybrać, według własnego uznania. Kiedy mówimy, że akt ingerencji jest dokonywany na arbitralnej podstawie […], dajemy do zrozumienia, że jest on wybrany lub odrzucony bez odniesienia do interesów, opinii, osób nim dotkniętych. Wybór nie jest podyktowany tym, czego wymagają interesy innych stosownie do ich osądów" (Ph. Pettit, *Republicanism: A Theory od Freedom and Government*, Oxford 1997, str. 55, za: M. Krygier, *Cztery pytania o rządy prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi? Część I*, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2011/2, s. 14). Wynikająca z godności podmiotowość kobiety powinna obligować państwo do pozostawienia jej autonomii w zakresie decyzji o dalszych losach dziecka i jej samej w takich sytuacjach krańcowych. „Ochrona" i „opieka", które powinna zapewnić władza publiczna, nie są dla mnie tożsame z „kontrolą" i podejmowaniem przez tę władzę publiczną decyzji w zastępstwie jednostki.

2. Istota wniosku i rekonstrukcja problemu konstytucyjnego.

W *petitum* wniosku z 19 listopada 2019 r., na podstawie którego wszczęto postępowanie w sprawie o sygn. K 1/20, grupa posłów zakwestionowała konstytucyjność dwóch przepisów ustawy o planowaniu rodziny, a mianowicie art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. Przepisy te pozostają ze sobą w ścisłym związku, ponieważ – łącznie – określają warunki, które muszą być spełnione, aby dopuszczalne było przerwanie ciąży. Zauważył to również sam Trybunał, stwierdzając, że „[n]ormę prawną wynikającą z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. należało dekodować równocześnie na podstawie innych, dookreślających ją, przepisów u.p.r., zwłaszcza art. 4a ust. 2 u.p.r., wyznaczającego granice temporalne dopuszczalności przerywania ciąży". Tak więc – zgodnie z regułami prawnymi dekodowanymi z obydwu wskazanych jednostek redakcyjnych – przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza (1) w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (2), i tylko do momentu osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety (3). Nieziszczenie się któregokolwiek z tych trzech wymienionych warunków uniemożliwia legalne przerwanie ciąży z przyczyn embriopatologicznych.

Trybunał Konstytucyjny orzekł (merytorycznie) jedynie o art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Jednocześnie umorzył postępowanie w zakresie badania konstytucyjności art. 4 ust. 2 zdanie pierwsze tej ustawy, stwierdzając, że: „[d]la procesu oceny konstytucyjności kwestionowanej normy prawnej główne znaczenie miał jednak art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Doprecyzowujący ją art. 4a ust. 2 u.p.r. określa jedynie granice temporalne, w których przerwanie ciąży jest dopuszczalne. Choć jest on istotny dla wykładni art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., to z perspektywy natury problemu konstytucyjnego, a także na podstawie analizy wniosku inicjującego hierarchiczną kontrolę norm, bez znaczenia pozostaje kwestia granic temporalnych dopuszczalności przerwania ciąży. Istotą niniejszej sprawy było bowiem stwierdzenie, czy zgodnie z Konstytucją przerwanie ciąży może być dokonane w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Wobec tego Trybunał zrekonstruowany przedmiot kontroli ograniczył do art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.”.

Inaczej niż Trybunał Konstytucyjny uważam, że art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. nie tylko jest istotny dla wykładni art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., lecz współtworzy regulację określającą warunki legalnego przerwania ciąży w okolicznościach wskazanych w tym ostatnim przepisie. Rozstrzygnięcie problemu konstytucyjnego w niniejszej sprawie, który rekonstruuję inaczej niż Trybunał (o czym niżej), jest, moim zdaniem, wręcz niemożliwe bez uczynienia przedmiotem kontroli obydwu zaskarżonych przez wnioskodawcę przepisów. Warunek temporalny legalnej aborcji w przypadku dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu lub nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu jest istotnym elementem w procesie ważenia wartości i oceny proporcjonalności unormowania zaskarżonego przez grupę posłów. W art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie chodzi bowiem o dopuszczalność podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży płodu dotkniętego, opisanymi tam, kwalifikowanymi wadami rozwoju na jakimkolwiek etapie rozwoju tego płodu, lecz chodzi o dopuszczalność podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży, zanim jeszcze płód uzyska zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki. Tylko właściwe odczytanie relacji art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. mogłoby pozwolić ustalić rzeczywistą treść (i sens) badanej przez Trybunał regulacji prawnej, którą jest wyznaczenie granic swobody podjęcia przez kobietę – w zgodzie z jej własnym sumieniem i w poczuciu odpowiedzialności wynikającej z macierzyństwa – decyzji o przerwaniu ciąży, gdy w następstwie badań prenatalnych lekarz postawi diagnozę ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zarażającej jego życiu, a płód ten nie osiągnął jeszcze zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki (w praktyce do ok. 22 tygodnia ciąży). Uważam, że umorzenie niniejszego postępowania w zakresie art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. uniemożliwiło Trybunałowi prawidłowe określenie przedmiotu kontroli oraz dokonanie właściwej rekonstrukcji problemu konstytucyjnego na potrzeby testu proporcjonalności (ważenia wartości).

Ponadto zauważam, że wniosek grupy posłów – odczytywany przez pryzmat zarówno jego *petitum* (w którym zresztą użyto dość nieprecyzyjnych formuł), jak i uzasadnienia – mógł dać asumpt nawet do szerszego wyznaczenia przedmiotu kontroli konstytucyjności w niniejszej sprawie. Przypomnę, że z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że podczas określenia przedmiotu kontroli konstytucyjności zasadnicze znaczenie ma istota sprawy, a nie jej formalne oznaczenie. Istota sprawy winna być każdorazowo rekonstruowana przez Trybunał na podstawie nie tylko *petitum* wniosku (pytania prawnego, skargi konstytucyjnej), ale także jego uzasadnienia – z zastosowaniem, w razie potrzeby, utrwalonej w europejskiej kulturze prawnej zasady *falsa demonstratio non nocet*.

Z analizy całego wniosku grupy posłów wynika, że wnioskodawca zakwestionował w istocie „model regulacji przerywania ciąży” (określenie użyte na str. 4 wniosku) obowiązujący w Polsce przez niemalże ćwierćwiecze i uznawany za kompromisowy. Po pierwsze, choć

formalnie przedmiotem zaskarżenia wnioskodawcy uczynili wyłącznie jedną z trzech wymienionych w art. 4a ust. 1 u.p.r. podstaw prawnych dopuszczalności podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży, to jednak – jak wynika z dostępnych danych – w praktyce przesłanka ta stanowi podstawę przerwania ciąży w 1050 spośród 1076 wszystkich przypadków w skali całego kraju (tylko w 25 przypadkach przerwanie ciąży miało miejsce z przyczyn określonych w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. i tylko raz – gdy zaszło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego; dane za 2018 r. wg 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, druk sejmowy nr 339/IX kadencja, s. 116). Tak więc, choć formalnie wnioskodawcy zakwestionowali jeden z elementów obowiązującego ustawodawstwa aborcyjnego, to w istocie ich wniosek zmierzał do eliminacji prawnej podstawy ok. 98% legalnie przeprowadzanych zabiegów przerwania ciąży. Po drugie, podniesione we wniosku zarzuty dotyczyły nie tylko konstytucyjnej dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży w okolicznościach opisanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. oraz sposobu wyznaczenia w art. 4a ust. 2 zdanie pierwszej u.p.r. granic temporalnych, w jakich zabieg taki może być dokonany, przy użyciu kryterium „zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety", ale także braku kryminalizacji zabiegu przerwania ciąży z przyczyn określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. (w kontekście art. 152 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 i poz. 1517; dalej: k.k.) i niedookreślenia znamion czynu zabronionego wobec nieostrości i niejednoznaczności pojęć użytych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Nawet jeśli Trybunał uznał (co do czego można mieć jednak wątpliwości), że sposób ujęcia wniosku grupy posłów nie uzasadniał uczynienia formalnym przedmiotem kontroli wszystkich podstawowych przepisów współtworzących ustawowy mechanizm przerwania ciąży w przypadku zaistnienia dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu – czyli, z jednej strony, art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r., określających warunki legalnego przerwania ciąży, oraz, z drugiej strony, art. 152 k.k., przewidującego sankcję karną za przerwanie ciąży z naruszeniem przepisów ustawy – to nie zwalniało to sądu konstytucyjnego z uwzględnienia całego otoczenia normatywnego art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. podczas dokonywania oceny ich zgodności ze standardem konstytucyjnym.

Uważam ponadto, że Trybunał, orzekając o konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., powinien był rozważyć skutki swego rozstrzygnięcia również w perspektywie art. 4a ust. 1 pkt 1 tej ustawy, ponieważ między przesłankami określonymi w obydwu tych przepisach występuje złożona relacja, którą pośrednio zauważył sam Trybunał, stwierdzając, że: „[j]akkolwiek duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu może wiązać się także z zagrożeniem dla życia i zdrowia matki, to jednak art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie odnosi się do takiej sytuacji, tym bardziej, że okoliczność takiej kolizji została wskazana jako odrębna przesłanka dopuszczalności przerywania ciąży w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r.". To, że przesłanka określona w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jest formalnie przesłanką odrębną od przesłanki z art. 4a ust. 1 pkt 1 tej ustawy, nie oznacza, iż ich zakresy są rozłączne. Nie można bowiem tracić z pola widzenia tego, że ciąża obarczona dużym prawdopodobieństwem ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo jego nieuleczalną chorobą zagrażającą życiu, z reguły jest także ciążą stwarzającą duże ryzyko dla zdrowia i życia kobiety. Do tego splotu zagadnień odniosę się szerzej w dalszej części mego zdania odrębnego.

Wnioskodawcy stwierdzili w swym wniosku także, że to „wykładnia i zastosowanie w praktyce" przesłanek przewidzianych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. doprowadziły do ustalenia takiej treści normatywnej (normy prawnej) zaskarżonych przepisów, która pozostaje w

sprzeczności z normami konstytucyjnymi. To również wymagało zbadania, czy wnioskodawca wnosi o stwierdzenie niekonstytucyjności regulacji dopuszczającej zabieg przerwania ciąży w każdej sytuacji objętej zakresem pojęć „prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu", czy też tylko w odniesieniu do takich sytuacji, w których np. „medycyna reparatywna umożliwia skuteczną terapię" (s. 5 wniosku), a może tylko w odniesieniu do takich, jak zespół Downa czy zespół Turnera. Kwalifikacja tych ostatnich przypadków jako mieszczących się w zakresie art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. miałaby wynikać z praktyki (względnie – być spowodowana nieostrością zakresu tego przepisu). Trybunał w zasadzie – na co niestety wskazywał także przebieg rozprawy – nie poruszył aspektu związanego z praktyką stosowania zaskarżonej regulacji. Trybunał uchylił się w efekcie od rozstrzygnięcia, czy zakwestionowane przepisy same w sobie – ze względu na sposób wyartykułowania w nich norm prawnych – nie spełniają wymagań konstytucyjnych, czy też – być może – to praktyka ich stosowania przynajmniej w pewnym zakresie poza te wymagania wykracza. Tymczasem zagadnienie to miało podstawowe znaczenie dla ustalenia zarówno samej dopuszczalności merytorycznego orzekania przez Trybunał w niniejszej sprawie (w myśl zasady, że Trybunał jest „sądem prawa", a nie „sądem faktów", a więc nie do niego należy ocena i ewentualne korygowanie praktyki stosowania przepisów, które same w sobie mieszczą się w standardach konstytucyjnych), jak i zakresu takiego orzekania (ponieważ wnikliwe rozważenie przez Trybunał istoty wniosku grupy posłów mogłoby przemówić za stwierdzeniem niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. jedynie w określonym jego zakresie albo jedynie w określonym jego wariancie interpretacyjnym).

Wnioskodawca zakwestionował zgodność art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. z kilkoma wzorcami konstytucyjnymi, powołując je raz samodzielnie, a raz związkowo. W kolejności według numeracji są to: art. 2, art. 30, art. 31 ust. 3, art. 32, art. 38 oraz art. 42 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny w sentencji wyroku w niniejszej sprawie wzorcem odniesienia wobec badanej regulacji uczynił art. 38 w związku art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, natomiast w zakresie pozostałych wymienionych wyżej przepisów Konstytucji umorzył postępowanie, uznając, że stwierdzenie niekonstytucyjności badanego przepisu z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji jest wystarczające z punktu widzenia osiągnięcia celu kontroli konstytucyjności.

Uważam jednak, że stopień doniosłości i skomplikowania niniejszej sprawy, który powinien był przemawiać za potrzebą wyznaczenia ustawodawcy możliwie precyzyjnych ram jego swobody decyzyjnej co do kształtu ustawodawstwa aborcyjnego na wypadek ewentualnej jego reakcji na wyrok Trybunału, zobowiązywały Trybunał w niniejszej sprawie do wypowiedzenia się w kwestii zgodności albo niezgodności z każdym z podniesionych przez wnioskodawców wzorców kontroli. Nie zgadzam się zatem z decyzją o częściowym umorzeniu postępowania z uwagi na zbędność rozpoznania zarzutów niezgodności ze wszystkimi pozostałymi wzorcami, innymi niż art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał wyjaśniał już w swoim orzecznictwie, że „umorzenie postępowania z uwagi na zbędność wydania orzeczenia (tj. wyroku) może nastąpić dopiero po kumulatywnym spełnieniu dwóch przesłanek. Po pierwsze, w sprawie nie występuje istotne zagadnienie prawne, a po drugie – jednocześnie – nie wymaga ona rozstrzygnięcia Trybunału" (wyrok z 3 grudnia 2015 r., sygn. K 34/15, OTK ZU nr 11/A/2015, poz. 185). Z praktyki orzeczniczej wynika oczywiście, że Trybunał może umorzyć postępowanie co do pozostałym wzorców, jeśli stwierdził już niekonstytucyjność badanej regulacji z co najmniej jednym z wzorców, lecz takie umorzenie każdorazowo oceniane jest po kątem „celowości" prowadzenia dalszej analizy konstytucyjności z uwzględnieniem ekonomii postępowania czy też innych względów pragmatycznych (zob. wyrok z 28 czerwca 2016 r., sygn. K 31/15, OTK ZU A/2016, poz. 59). W niniejszej sprawie ani ekonomia postępowania, ani żadne inne względy pragmatyczne nie uzasadniały,

moim zdaniem, uchylenia się przez Trybunał od ustosunkowania się do zarzutów wnioskodawców dotyczących przede wszystkim nienależytej precyzji regulacji aborcyjnej.

W dalszej części mojego zdania odrębnego, z uwagi na wagę tych zagadnień, a także z tego względu, że – inaczej niż Trybunał Konstytucyjny – uważam obydwa zakwestionowane przepisy ustawy o planowaniu rodziny za czyniące zadość wymaganiom wynikającym z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, odniosę się również do pozostałych wzorców odniesienia wskazanych przez wnioskodawcę.

Podsumowując tę część mojego zdania odrębnego, uważam, że przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie powinny być art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r., które to przepisy należało skonfrontować nie tylko z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale także z art. 2 Konstytucji. Wzorzec kontroli z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji – ze względów, które przedstawię w dalszych rozważaniach – uważam za nieadekwatny w niniejszej sprawie. Z kolei, jeśli chodzi o art. 32 Konstytucji, postępowanie powinno zostać umorzone z uwagi na formalne wady wniosku grupy posłów w tym zakresie.

3. Zarzut naruszenia prawa do ochrony życia dziecka poczętego (kwestia zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z art. 38 w związku z art. 30 w związku art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Pierwszy zarzut sformułowany przez grupę posłów wobec art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. sprowadzał się do twierdzenia, że przepisy te „legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka". Argumentem, który – zdaniem Trybunału – miałby przesądzać o niekonstytucyjności dopuszczalności pozostawienia kobiecie decyzji w sprawie przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych opisanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., miałby być, wynikający wprost z prawa do życia, zakaz pozbawiania życia dziecka w fazie prenatalnej (a konkretnie w fazie, w której – jak wskazuje z art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. – dziecko to, jako płód, nie nabyło jeszcze zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki). Podstawę wywiedzenia tak ujętego wymagania konstytucyjnego Trybunał dostrzegł w art. 38 Konstytucji, który – w jego ocenie – nakłada na państwo obowiązek zapewnienia każdemu człowiekowi prawnej ochrony życia od chwili poczęcia. Zdaniem Trybunału, „dziecko jeszcze nieurodzone, jako istota ludzka – człowiek, któremu przysługuje przyrodzona i niezbywalna godność, jest podmiotem mającym prawo do życia, zaś system prawny – zgodnie z art. 38 Konstytucji – musi gwarantować należytą ochronę temu centralnemu dobru, bez którego owa podmiotowość zostałaby przekreślona". Trybunał przyjął wskazane rozumienie przywołanego przepisu konstytucyjnego, odczytując go w związku z konstytucyjną zasadą ochrony godności człowieka (wysłowioną w art. 30 Konstytucji), która zakłada jednakową dla każdego godność osobową oraz brak możliwości traktowania kogokolwiek przedmiotowo. Na tej podstawie Trybunał stwierdził, że „nieracjonalna jest dewitalizacja godności człowieka z uwagi na jego fazę rozwojową, gdyż pozbawienie życia, bez względu na jego etap, unicestwia równocześnie podmiot, któremu ta godność przynależy". W efekcie „życie człowieka podlega prawnej ochronie, w tym w fazie prenatalnej, zaś podmiotowość prawna dziecka jest nierozerwalnie związana z przysługującą mu godnością". Te ustalenia Trybunału stały się dla niego punktem wyjścia do oceny, czy istnieje konstytucyjne uzasadnienie możliwości podjęcia przez kobietę – do momentu nabycia przez płód zdolności do życia poza organizmem matki – decyzji o przerwaniu ciąży w przypadku uzyskania diagnozy lekarskiej o ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniu płodu albo nieuleczalnej chorobie zagrażającej jego życiu. Takiego uzasadnienia Trybunał nie dostrzegł. Uznawszy, że „[p]rzerwanie ciąży jednocześnie wiąże się z pozbawieniem dziecka jego życia", oraz przyjąwszy, że poświęcenie jed-

nego dobra konstytucyjnego może być uzasadnione tylko i wyłącznie potrzebą ochrony innego, co najmniej równie doniosłego dobra (tzw. symetria dobra poświęconego względem dobra chronionego), Trybunał stwierdził w istocie, że jedynie życie matki może być ewentualnie podstawą poświęcenia życia dziecka poczętego – tyle tylko, że ochronę matki powinien, zdaniem Trybunału, zapewniać art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r., nie zaś art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.

Uważam, że przyjęta przez Trybunał interpretacja wzorca kontroli zrekonstruowanego na podstawie art. 38 w związku z art. 30 Konstytucji jest nie tylko jednostronna (ponieważ została dokonana wyłącznie z punktu widzenia życia w fazie prenatalnej), ale także błędna, albowiem osadza się na nieprawidłowym odczytaniu treści normatywnej tych przepisów, którego nie uzasadniają reguły wykładni językowej, historycznej ani systemowej. Jednocześnie doprowadziła ona do spłycenia perspektywy konstytucyjnej oraz nieprawidłowego ujęcia i zastosowania tzw. testu proporcjonalności (testu ważenia kolidujących dóbr). Spłycenie to wynikło, w moim przekonaniu, stąd, że Trybunał nie dokonał należytego rozróżnienia między, z jednej strony, godnością i życiem człowieka – jako wartościami pierwotnymi (przyrodzonymi), zastanymi przez prawo i nie podlegającymi ani różnicowaniu, ani stopniowaniu – oraz, z drugiej strony, wysłowionym w art. 38 Konstytucji prawnym (pozytywnym) nakazem zapewnienia przez władzę publiczną prawnej ochrony życia człowieka, którego realizacja jest stopniowalna i zależna od konkretnych okoliczności. W konsekwencji Trybunał nieprawidłowo określił wzorzec odniesienia podczas dokonywania kontroli rozwiązań ustawowych, poszukując go w istocie poza normatywnymi gwarancjami zapisanymi w Konstytucji. Nie podzielam więc przyjętego przez Trybunał sposobu oceny zakwestionowanych przepisów ustawy o planowaniu rodziny, ponieważ opiera się on w większym stopniu na rekonstrukcji treści pozaprawnych założeń aksjologicznych niż na wykładni treści normatywnej gwarancji konstytucyjnych przewidzianych w art. 38 Konstytucji.

3.1. Znaczenie wyroku Trybunału o sygn. K 26/96 dla niniejszej sprawy.

Trybunał, oceniając w niniejszej sprawie konstytucyjność przepisu przewidującego możliwość przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych, jako „punkt odniesienia" przyjął swoje wcześniejsze orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96 (OTK ZU nr 2/1997, poz. 19), w którym orzekł, że przepis dopuszczający przerwanie ciąży przed końcem 12. tygodnia jej trwania, jeżeli kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej, jest niezgodny z zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz zasadą ochrony macierzyństwa i rodziny. Poczynione w sprawie o sygn. K 26/96 ustalenia były dokonywane przed wejściem w życie obowiązującej Konstytucji i oparte na analizie przepisów tzw. „Małej Konstytucji" z dnia 17 października 1992 r. Trybunał nie tylko uznał je za aktualne w sprawie K 1/20, lecz wręcz potraktował jako „wiążące", choć odnotował zmianę stanu normatywnego wynikającą z wejścia w życie obecnej Konstytucji 17 października 1997 r. W świetle przedstawionego przez Trybunał uzasadnienia jego stanowiska o niekonstytucyjności przepisu dopuszczającego przerwanie ciąży z przyczyn embriopatologicznych, można odnieść wrażenie, że ustalenia z 1997 r. stanowiły w istocie podstawową merytoryczną przesłankę jego wnioskowania w niniejszej sprawie, a wyrok o sygn. K 1/20 wpisuje się w jakąś wypracowaną „linię orzeczniczą".

Jednakże, po pierwsze, w niniejszej sprawie Trybunał sformułował tezy znacznie dalej idące niż tezy wyartykułowane w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. K 26/96. W sprawie o sygn. K 1/20 Trybunał przyjął, że obowiązkiem państwa jest zapewnienie życiu w fazie prenatalnej analogicznej (przynajmniej co do stopnia intensywności) ochrony, jaka należy się życiu w fazie postnatalnej, niezależnie od szczególnej i z natury nierozerwalnej (do momentu uzyskania przez płód zdolności do samodzielnego życia) więzi między rozwijającym się płodem a organizmem kobiety ciężarnej. Trybunał przy tym zawęził w sposób istotny katalog dóbr kon-

stytucyjnych, z uwagi na które odstąpienie od ochrony życia w fazie prenatalnej mogłoby być konstytucyjnie legitymowane.

Po drugie, przede wszystkim ze względu na zasadniczą różnicę charakteru przyczyn przerwania ciąży poddanych kontroli w obu sprawach, nie było merytorycznie poprawnym zabiegiem automatyczne przeniesienie ustaleń z orzeczenia o sygn. K 26/96, dotyczącego przerywania ciąży ze względu na ciężkie warunki życiowe lub trudną sytuację osobistą kobiety, na grunt sprawy odnoszącej się do sytuacji, gdy przerwanie ciąży mogłoby nastąpić z powodu ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu.

W niniejszej sprawie Trybunał, opierając swoją argumentację na judykacie z 1997 r., skoncentrował się na zakazie różnicowania „wartości konstytucyjnie chronionego dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie". Zakaz ten jest – moim zdaniem – oczywisty w tym sensie, że w warunkach państwa prawnego respektującego godność każdego człowieka nie sposób twierdzić, że życie jednej osoby ma większą wartość (jest „lepsze") niż życie innej osoby. Należy jednak zauważyć, że Trybunał nie podjął jednocześnie rozważań nad – dostrzeżonym w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. K 26/96 – pytaniem o to, na ile intensywność prawnej ochrony życia może mieć różny poziom w zależności od tego, czy chodzi o ochronę życia w fazie prenatalnej, czy o ochronę życia istoty ludzkiej, której byt nie jest już zależny od organizmu matki.

Należy przypomnieć, że w 1997 r. Trybunał wskazał, iż „[w]artość 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 fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej". To stanowisko zostało przez Trybunał *in extenso* powtórzone w sprawie o sygn. K 1/20. Jednocześnie jednak w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. K 26/96 padła teza, w myśl której „[s]twierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. Intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności". Trybunał, parafrazując te wywody w uzasadnieniu wyroku o sygn. K 1/20, stwierdził, że „choć życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi chronioną konstytucyjnie wartość, to ochrona ta w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach nie musi być taka sama, albowiem na jej intensywność wpływają różnorodne czynniki, które musi uwzględniać ustawodawca zwykły".

Moim jednak zdaniem, zachodzi fundamentalna merytoryczna różnica między tezą – *expressis verbis* wysłowioną w 1997 r. – że zakaz wartościowania życia ludzkiego nie wyklucza możliwości zróżnicowania intensywności jego prawnej ochrony z uwagi na obiektywną okoliczność, jaką jest prenatalna faza biologicznego rozwoju człowieka, oraz tezą – przyjętą w niniejszej sprawie – że zakaz taki nie wyklucza (jedynie) zróżnicowania form (środków) tej prawnej ochrony. W tym sensie uważam, że stanowisko Trybunału w sprawie o sygn. K 1/20 jest znacznie dalej idące niż stanowisko przyjęte w sprawie o sygn. K 26/96. W niniejszej sprawie Trybunał w ogóle nie odniósł się do tego, czy i w jakim zakresie teza, w myśl której „[i]ntensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra", powinna mieć znaczenie podczas rekonstrukcji treści normatywnej art. 38 Konstytucji. Tymczasem, moim zdaniem, prawidłowa wykładnia art. 38 Konstytucji powinna była

uwzględnić dostrzeżony w 1997 r. problem, że z – niekwestionowanego przeze mnie – twierdzenia o fundamentalnej doniosłości i równoważności życia każdego człowieka (jako uniwersalnej wartości) nie wynika logicznie, iż intensywność prawnej ochrony tego dobra musi być – bez względu na różnorodne i obiektywne uwarunkowania (takie jak m.in. niezdolność płodu do samodzielnego życia poza organizmem kobiety) – zawsze taka sama, zarówno w fazie prenatalnej, jak i w fazie postnatalnej. Uważam, że prawidłowe odczytanie znaczenia wyroku o sygn. K 26/96 dla niniejszej sprawy powinno było też – w kontekście przywołanej tezy – uwzględniać specyficzną naturę dobra prawnego, jakim jest życie w fazie prenatalnej, które – przynajmniej do czasu uzyskania przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki – nie ma charakteru samoistnego, lecz z obiektywnych, biologicznych względów pozostaje nierozerwalnie związane z dobrami, jakimi są godność, życie i zdrowie matki. Ta okoliczność powinna była zostać przez Trybunał uwzględniona również podczas dokonywania – w ramach testu proporcjonalności regulacji – oceny prawidłowości wyważenia przez ustawodawcę różnych dóbr konstytucyjnych (do czego powrócę w dalszych rozważaniach).

Stanowisko Trybunału przyjęte w niniejszej sprawie idzie też dużo dalej niż stanowisko przyjęte w judykacie z 1997 r. w kwestii ewentualnego katalogu dóbr prawnie relewantnych, które mogłyby uzasadniać prawną dopuszczalność przerwania ciąży. W sprawie o sygn. K 1/20 Trybunał stwierdził w istocie, że jedynie analogiczne („symetryczne") względem życia dziecka poczętego dobra matki mogłyby legitymizować uśmiercenie takiego dziecka. Moim zdaniem, w sprawie o sygn. K 26/96 Trybunał nie postawił problemu w taki dychotomiczny sposób. Z uzasadnienia orzeczenia o sygn. K 26/96 wprost wynika, że „[p]rzyjęcie, iż życie ludzkie, w tym życie w fazie prenatalnej, stanowi wartość konstytucyjną, nie przesądza jeszcze kwestii, iż w pewnych wyjątkowych sytuacjach ochrona tej wartości może zostać ograniczona lub nawet wyłączona ze względu na konieczność ochrony lub realizacji innych wartości, praw czy wolności konstytucyjnych". W świetle orzeczenia o sygn. K 26/96, dopuszczalność regulacji prawnej pozwalającej kobiecie podjąć decyzję o przerwaniu ciąży nie zależy wyłącznie od wykazania dóbr matki analogicznych („symetrycznych") względem dobra, jakim jest życie dziecka poczętego (a więc, w istocie, wedle uproszczonego schematu „życie za życie"). Przywołane orzeczenie pozostawia ustawodawcy możliwość uwzględnienia również innych dóbr prawnie relewantnych – jednakże pod warunkiem, że „legalizacja naruszeń tego dobra [tj. życia w fazie prenatalnej] znajduje usprawiedliwienie na gruncie wartości konstytucyjnych, stanowiąc w szczególności wyraz rozstrzygnięcia kolizji określonych wartości, praw lub wolności gwarantowanych w konstytucji" oraz że „ustawodawca dochował (…) wymogu zachowania proporcjonalności przy rozstrzyganiu kolizji zachodzących pomiędzy konstytucyjnie chronionymi dobrami, prawami i wolnościami". W zestawieniu z tymi wywodami Trybunału zawartymi w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. K 26/96, wyrok wydany w sprawie o sygn. K 1/20 nie jest – jak stara się to przedstawić Trybunał – „jedynie" potwierdzeniem wcześniejszego stanowiska, lecz jest próbą wyznaczenia zupełnie odmiennego pod względem merytorycznym standardu prawnego, której istota polega na wzmocnieniu prawnej ochrony życia dziecka w fazie prenatalnej kosztem innych wartości, praw lub wolności konstytucyjnych, w tym przede wszystkim praw i wolności matki tego dziecka. W wyroku o sygn. K 1/20 Trybunał dążył do wykreowania „najwyższego standardu" prawnej ochrony ludzkiego życia, w tym życia w fazie prenatalnej, prowadząc tym samym do radykalnego i arbitralnego zaostrzenia ustawodawstwa aborcyjnego kosztem daleko idącego osłabienia prawnej ochrony godności, życia i zdrowia kobiet.

Nieadekwatność automatycznego przeniesienia ustaleń Trybunału poczynionych w 1997 r. na grunt niniejszej sprawy wynika również z całkowitej odmienności przesłanek poddanych ocenie wówczas i obecnie. W orzeczeniu o sygn. K 26/96 przedmiotem kontroli konstytucyjnej była tzw. przesłanka społeczna, zgodnie z którą kobieta mogła – nie później niż do

końca 12. tygodnia ciąży – podjąć decyzję o przerwaniu ciąży, jeśli znajdowała się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej. Negatywna ocena przez Trybunał tej podstawy prawnej przerwania ciąży – jako „dowolnej" (arbitralnej) – wynikała z braku merytorycznego związku między przebiegiem ciąży a okolicznościami, ze względu na które ustawodawca dopuścił przerywanie ciąży. Trybunał stwierdził wówczas, że „[u]stawodawca, określając podstawowe merytoryczne przesłanki legalizacji spowodowania śmierci dziecka poczętego, ujął je jako określenie sytuacji, w jakiej znajduje się kobieta ciężarna decydująca się na zabieg. Okoliczności określone w art. 4a ust. 1 pkt 4 [u.p.r.] nie zostały jednak w żaden sposób powiązane z zaistnieniem ciąży. Na gruncie tego przepisu, nawet wówczas, gdyby ciężkie warunki życiowe, a w szczególności trudna sytuacja osobista, nie pozostawały w żadnym związku z rozwijającym się życiem płodu i ewentualnym późniejszym urodzeniem dziecka, to i tak stanowią przesłanki usprawiedliwiające przerwanie ciąży. W tym zakresie przesłanki ujęte w zakwestionowanym przepisie zostały ukształtowane w sposób zupełnie nieadekwatny do kolizji wartości konstytucyjnych, jakie miały być ich podstawą". Tymczasem w sprawie o sygn. K 1/20 przedmiotem wniosku grupy posłów stała się prawna podstawa przerwania ciąży w razie wystąpienia wad rozwojowych płodu dających się medycznie zakwalifikować jako „ciężkie i nieodwracalne upośledzenie" albo „nieuleczalna choroba zagrażająca życiu" płodu. Nie ulega, moim zdaniem, wątpliwości, że taka przesłanka została przez ustawodawcę bezpośrednio powiązana z przebiegiem ciąży i rozwojem życia płodu. Nie jest więc „dowolna" (arbitralna). Jest wręcz przeciwnie – również z tego powodu, że pozostaje ona, jak już wspomniałem, w ścisłym związku funkcjonalnym z przesłanką dopuszczalności przerwania ciąży z uwagi na ochronę życia i zdrowia matki (do czego powrócę jeszcze w dalszych rozważaniach).

Zestawienie stanowisk trybunalskich przedstawionych w orzeczeniach w sprawach o sygn. K 26/96 i K 1/20 rodzi pytanie o to, na ile ewolucja poglądu orzeczniczego Trybunału jest uzasadniona w świetle przepisów Konstytucji, która weszła w życie po wydaniu orzeczenia w sprawie o sygn. K 26/96, w szczególności jej art. 38. Niestety, w wyroku o sygn. K 1/20 Trybunał nie podjął szerszej analizy tej kwestii. Ograniczył się do afirmatywnego przywołania końcowego akapitu uzasadnienia orzeczenia o sygn. K 26/96, w którym padło stwierdzenie, że ustalenia poczynione na gruncie przepisów konstytucyjnych obowiązujących przed wejściem w życie Konstytucji, a więc przed 17 października 1997 r., należy uznać za „potwierdzone" również po tej dacie. Zdaniem Trybunału, „[u]chwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa konstytucyjna, na której oparł swoje orzeczenie Trybunał Konstytucyjny znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP" (orzeczenie o sygn. K 26/96). Jednakże ani w orzeczeniu o sygn. K 26/96, ani też w wyroku o sygn. K 1/20 Trybunał nie przeprowadził, moim zdaniem, dokładnej analizy treści normatywnej art. 38 Konstytucji ani znaczenia tego przepisu dla ustalenia granic swobody decyzyjnej parlamentu co do kształtu ustawodawstwa aborcyjnego.

3.2. Treść normatywna art. 38 Konstytucji.

Zgodnie z art. 38 Konstytucji, „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia". Warto odnotować, że przepis nie wysłowia „prawa do życia". Pojęcie to, choć używane w dyskursie publicznym, z prawniczego punktu widzenia nie ma jednak, moim zdaniem, większego sensu niż pojęcie „prawo do godności". Zarówno godność, jak i życie są przymiotami każdego człowieka, wynikającymi z istoty natury ludzkiej, i przynależą niezależnie od tego, czy zadekretuje je prawodawca. Podzielam zatem stanowisko Trybunału co do pozapozytywnego charakteru „prawa do godności" i „prawa do życia" – z tym wszakże wyraźnym zastrzeżeniem, że art. 30 i art. 38 Konstytucji takich „praw" ani nie „przy-

znają", ani ich nie „gwarantują". Istotą obu przepisów konstytucyjnych jest objęcie wartości o pozapozytywnym charakterze ochroną na mocy prawa stanowionego (pozytywnego). W efekcie obowiązkiem władzy publicznej (a przede wszystkim prawodawcy) jest uznawanie tych wartości za dobra prawnie doniosłe i zapewnienie im efektywnej ochrony prawnej – zarówno na etapie stanowienia prawa, jak i na etapie jego stosowania.

W art. 38 Konstytucji mowa jest zatem o obowiązku Rzeczypospolitej Polskiej zapewnienia każdemu człowiekowi prawnej ochrony życia. Uważam, że okoliczność ta jasno wyznacza kierunek rozważań nad treścią normatywną tego przepisu konstytucyjnego. Zadaniem Trybunału jako interpretatora Konstytucji w ramach realizacji funkcji sądu konstytucyjnego było ustalenie treści wynikających z art. 38 Konstytucji normatywnych obowiązków państwa w zakresie zapewnienia prawnej ochrony życia (*in casu* – w odniesieniu do problematyki ustawodawstwa aborcyjnego). Niewątpliwie nie było rolą Trybunału ani definiowanie, co należy rozumieć pod pojęciami „człowiek" i „życie", ani też autorytatywne rozstrzyganie tego, czym jest „godność" istoty ludzkiej. Wskazane pojmowanie prawidłowego podejścia do procesu wykładni art. 38 Konstytucji (samodzielnie albo w związku z art. 30 Konstytucji) przyjąłem jako punkt wyjścia dalszych moich rozważań nad normatywną treścią tego wzorca kontroli.

Podkreślam jednocześnie, iż pogląd, że na gruncie konstytucyjnym życie istoty ludzkiej w fazie prenatalnej zasługuje na ochronę prawną, w pełni podzielam, co sygnalizowałem zresztą już w zdaniu odrębnym do postanowienia z 18 kwietnia 2018 r., sygn. K 50/16 (OTK ZU A/2018, poz. 19) dotyczącego ustawodawstwa regulującego problematykę *in vitro*, stwierdzając, że „[i]stnieje doniosły interes publiczny, który legitymizuje ustawodawcę do podjęcia działań zmierzających do uporządkowania zasad przeprowadzania procedur m.w.p. [medycznie wspomaganej prokreacji]. Na państwie spoczywa jednak odpowiedzialność za zapewnienie, by instrumenty te stosowane były w sposób gwarantujący godność i prawa zarówno istot ludzkich, które mają się urodzić w ich wyniku, jak i przyszłych matek oraz ich partnerów. Stanowienie regulacji, takich jak ustawa o leczeniu niepłodności, nie może dokonywać się w sposób arbitralny, bez uwzględnienia i należytego wyważenia wszystkich relewantnych wartości, zasad i praw konstytucyjnych". Konieczność objęcia życia w fazie prenatalnej ochroną prawną nie zależy przy tym od przesądzenia statusu nasciturusa jako odrębnego, autonomicznego podmiotu praw i wolności konstytucyjnych. Jak wynika zresztą z orzeczenia o sygn. K 26/96, życie w fazie prenatalnej podlega ochronie konstytucyjnej jako „zasada konstytucyjna". Uważam, że niezależnie od tego, czy życie nasciturusa objęte jest ochroną jako konstytucyjne prawo podmiotowe, czy wyłącznie jako samoistna wartość konstytucyjna, ustawodawca zwykły jest zobowiązany ochronę taką zagwarantować. To jednak, że życie w fazie prenatalnej powinno być objęte ochroną prawną, nie oznacza, że intensywność jego ochrony prawnej musi mieć charakter absolutny czy też choćby „symetryczny" względem intensywności ochrony prawnej, jaka życiu człowieka przysługuje w fazie postnatalnej. Intensywność przyjętej przez ustawodawcę ochrony prawnej życia w fazie prenatalnej jest wynikiem dokonanego przez niego wyważenia różnych wartości, zasad i praw (wolności) konstytucyjnych z poszanowaniem wymogów wynikających z zasady proporcjonalności. Ocena, czy w przypadku regulacji ujętej w art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 u.p.r. ustawodawca uczynił temu zadość, wymagała przeprowadzenia szczegółowego i wnikliwego testu proporcjonalności, czego jednak Trybunał Konstytucyjny zaniechał (do czego powrócę w dalszych rozważaniach).

3.2.1. Wykładnia literalna art. 38 Konstytucji.

Raz jeszcze przypomnę, że zgodnie z art. 38 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia". Włączenie tego przepisu do tekstu Konstytucji – aktu normatywnego będącego źródłem prawa powszechnie obowiązującego o

najwyższej mocy w systemie prawnym Rzeczypospolitej Polskiej (zob. art. 87 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 Konstytucji) – oznacza, że nie ma on wyłącznie charakteru deklaratywnego, lecz rodzi określone konsekwencje prawne. Podzielam oczywiście pogląd Trybunału, że pierwszą, podstawową konsekwencją normatywną art. 38 Konstytucji jest uznanie pozapozytywnej wartości, jaką jest życie człowieka (niezależnie – moim zdaniem – od fazy jego rozwoju), za dobro, które powinno podlegać ochronie porządku prawnego. „Życie ludzkie potwierdzone jest w komentowanym przepisie jako zasadnicza wartość konstytucyjna i państwo w sposób bezpośredni zobowiązane zostaje do jej ochrony" (P. Sarnecki, uwaga nr 4 do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003). Tak więc art. 38 Konstytucji zawiera „wyraźną dyrektywę dla ustawodawcy: przepisy wydane w jego wykonaniu muszą życie ludzkie «chronić», wyrażać zaangażowanie w tym właśnie kierunku, a nie traktować tego zagadnienia w sposób neutralny, ambiwalentny" (tenże, uwaga nr 7 do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej…*).

Naturalną konsekwencją normatywną uznania życia człowieka za dobro podlegające ochronie prawnej jest – aktualizujący się po stronie władzy publicznej – pozytywny obowiązek ukształtowania instrumentów prawnych gwarantujących taką ochronę. W wyroku z 23 marca 1999 r., sygn. K 2/98 (OTK ZU nr 3/1999, poz. 38), Trybunał, dokonując wykładni art. 38 Konstytucji, zwrócił uwagę, że z przepisu tego wynika nie tylko zakaz pozbawiania człowieka życia (zakaz niemający – skądinąd – charakteru absolutnego), ale także, „niezależnie od owej «obronnej» treści «prawa do życia», z art. 38 [Konstytucji] wynika także zobowiązanie władz publicznych do podejmowania działań służących ochronie życia. Skoro bowiem z [K]onstytucji wynika pewien obiektywny system wartości, to na ustawodawcy ciąży obowiązek stanowienia prawa o takiej treści, by możliwa była ochrona i realizacja tych wartości w możliwie najszerszym zakresie. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji nadzwyczajnych, w tym stanu klęski żywiołowej. Sposób i kierunki realizacji tego obowiązku pozostają, w zasadzie, w sferze politycznego uznania ustawodawcy i jego politycznej odpowiedzialności wobec elektoratu. Trybunał Konstytucyjny nie może ingerować w oceny, prognozy i wybory podejmowane przez ustawodawcę, chyba że dojdzie do naruszenia norm, zasad lub wartości konstytucyjnych, bądź też poziom ochrony zostanie usytuowany poniżej konstytucyjnie wymaganego minimum".

Na tle samej tylko wykładni literalnej art. 38 Konstytucji niejasna pozostaje kwestia możliwości wywodzenia z tego przepisu ochrony prawnopodmiotowej. Po pierwsze – choć nie może to być argument przesądzający – sposób ujęcia art. 38 Konstytucji odbiega od sposobu ujęcia typowych przepisów rozdziału II Konstytucji, w których mowa jest o tym, że określony podmiot ma „prawo do" albo gwarantuje się mu „wolność od". Art. 38 Konstytucji *expressis verbis* mówi o obowiązkach konstytucyjnych władzy publicznej. Za istnieniem na gruncie tego przepisu – odczytanego w związku z art. 68 ust. 1 Konstytucji – „prawa do ochrony życia i zdrowia" opowiedział się jednak Trybunał w swoim orzecznictwie (zob. przywołany wyrok o sygn. K 2/98). Po drugie, jeżeli nawet przy pomocy innych technik wykładni można by ustalić, że z art. 38 Konstytucji wynika konstytucyjne prawo podmiotowe, to „jest nim nie tyle «prawo do życia» – co jest raczej kategorią filozoficzną lub teologiczną niż prawną – a swoiste «prawo do prawnej ochrony życia». Jego odpowiednikiem winny być rozmaite pozytywne działania państwa, dokonywane w określonych formach prawnych, a stwarzające zarówno prawne, jak i faktyczne instytucje i stany, zmniejszające lub eliminujące zagrożenia życia ludzkiego" (P. Sarnecki, uwaga nr 5 do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej…*). Wynikający z art. 38 Konstytucji nakaz ukształtowania przez państwo systemu rozwiązań prawnych urzeczywistniających prawo do prawnej ochrony życia „mieści w sobie jednak dopuszczalność stworzenia sytuacji wyłączających ochronę tej wartości konstytucyjnej, gdyby zachodziła kolizja z innymi wartościami konstytucyjnymi. Prawo do prawnej ochrony

życia, choćby dlatego, że odsyła do regulacji prawnych, istniejących poza komentowanym artykułem, nie ma charakteru absolutnego, nie jest realizowane zawsze i w każdym warunkach" (tenże, uwaga nr 8 do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej…*). Po trzecie wreszcie, pozostaje pytanie o zakres podmiotów, które mogą z takiego prawa skorzystać – pytanie, na które brzmienie art. 38 Konstytucji nie może dać jednoznacznej odpowiedzi. Trafnie bowiem zwraca się uwagę na okoliczność, że „pojęcia «człowiek» oraz «życie» nie mają – przynajmniej od strony rozwiązań prawnych – jednoznacznego ujęcia. Dodajmy, że nie jest to tylko fenomen współczesnych czasów, a niewiele lepiej wygląda ten problem z punktu widzenia innych nauk, jak choćby biologii czy medycyny. Ostatecznie jednak zawsze prawo musi wyznaczać, bardziej czy mniej umiejętnie, ramy działalności, które odnoszą się do «człowieka» jako podmiotu wolności i praw oraz jego «życia». Konieczność uzyskania konsensusu w nadaniu treści konkretnym rozwiązaniom prawnym wymaga posłużenia się adekwatnymi środkami prowadzącymi do uzyskania tego celu. W pluralistycznym światopoglądowo społeczeństwie pewną metodą (niekoniecznie jednak w pełni satysfakcjonującą) jest używanie przez prawodawcę ogólnych i wieloznacznych zwrotów" (M. Zubik, *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, „Przegląd Sejmowy" z 2007 r., nr 3(80), s. 21). Próby ustalenia prawniczych definicji pojęć „człowiek" i „życie" prowadzą do sporów i braku jednoznaczności w nauce prawa. Wskazuje się w niej, z jednej strony, że brzmienie art. 30 i art. 38 Konstytucji „nie przesądza, że godność lub życie istoty ludzkiej w okresie prenatalnym podlega ochronie konstytucyjnej, nie przesądza bowiem, czy określenie «każdy człowiek» obejmuje embrion" (L Bosek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie prenatalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk sejmowy nr 993*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Warszawa 2007, s. 56). Jednocześnie jednak, z drugiej strony, próbuje się – odwołując się do art. 30 Konstytucji i ustaleń poczynionych na gruncie tego przepisu przez Trybunał – uzasadnić tezę, że „*de lege lata* istota ludzka, także w okresie prenatalnym, ma konstytucyjne prawo do godności, *ergo* prawo do życia, zdrowia i ochrony innych niemajątkowych interesów chronionych konstytucyjnie" (tamże). Niemniej „[n]iedookreślona formuła art. 38 Konstytucji nie wyklucza przyjęcia przez zwykłą większość parlamentarną lub określony skład Trybunału Konstytucyjnego poglądu, iż życie ludzkie w okresie prenatalnym nie jest objęte ochroną konstytucyjną" (tenże, *Opinia prawna dotycząca pytania, czy sprecyzowanie «od momentu poczęcia do naturalnej śmierci» obejmuje ochronę życia ludzkiego powstającego ex utero oraz przeciwko interwencji w genomie ludzkim zmierzającej do osiągnięcia zmian genetycznych*, [w:] *Konstytucyjna formuła…*, s. 63). Nakaz objęcia życia w fazie prenatalnej ochroną prawną wynika bowiem przede wszystkim z przyjętego przez Trybunał sposobu rozumienia zasady demokratycznego państwa prawnego oraz zasady prawnej ochrony życia (zob. tamże, s. 63 i 64).

Wreszcie ani art. 38 Konstytucji, ani żaden inny przepis konstytucyjny nie rozstrzygają wprost kwestii dopuszczalności albo niedopuszczalności przerywania ciąży. Okoliczność ta nie jest, moim zdaniem, pozbawiona normatywnego znaczenia. Art. 38 Konstytucji „nie zawiera żadnych przesłanek w kwestii uznawania lub nieuznawania pewnych podmiotów za «ludzi» bądź też uznania czy nieuznania pewnych sytuacji biologicznych za «życie ludzkie». Dlatego też na gruncie samego tylko tego przepisu nie będzie można znaleźć odpowiedzi w kwestii dopuszczalności przerywania ciąży" (P. Sarnecki, uwaga nr 13 do art. 38, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej…*). Tezę tę potwierdza analiza okoliczności, w jakich doszło do ustalenia brzmienia art. 38 Konstytucji.

3.2.2. Wykładnia historyczna art. 38 Konstytucji.

Jak zauważył sam wnioskodawca (zob. wniosek grupy posłów, s. 21), analiza materiału z prac konstytucyjnych dowodzi, że brak sprecyzowania w tekście Konstytucji, iż życie ludzkie podlega ochronie „od chwili poczęcia", nie było zabiegiem przypadkowym, lecz podyktowane było brakiem konsensusu w kwestii dopuszczalności albo niedopuszczalności aborcji. Dwa spośród siedmiu projektów rozpatrywanych przez Zgromadzenie Narodowe w toku procedury przygotowywania i uchwalenia Konstytucji (senacki i obywatelski) wskazywały *expressis verbis* na „prawo do życia" jako prawo przysługujące (odpowiednio: „każdej istocie ludzkiej" lub „osobie ludzkiej") „od poczęcia" – przy czym w projekcie obywatelskim doprecyzowano, że życie ma podlegać szczególnej ochronie „od poczęcia do naturalnej śmierci". Wniesione zostały również projekty, w których proponowano formułę: „Życie ludzkie jest nienaruszalne" (zob. np. T. Kalita, *Proces tworzenia konstytucyjnej formuły określającej zakres ochrony życia człowieka*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny" z 2016 r., nr 3[36], s. 80-85). Rezultatem prac podkomisji praw i obowiązków człowieka było przedstawienie pięciu wariantów przepisu mającego być odpowiednikiem obecnego art. 38 Konstytucji, które albo deklarowały ochronę życia „od poczęcia" (warianty III-V), albo zawierały formułę o „nienaruszalności" życia ludzkiego (warianty I-II; zob. tamże, s. 88). W toku prac Komisji Konstytucyjnej ZN zostały zgłoszone warianty: VI, w myśl którego: „Każdy człowiek ma prawo do ochrony życia", oraz VII i VIII, w których posłużono się pojęciem „prawo do życia" i wskazano na konieczność zapewnienia ochrony życia „od poczęcia do naturalnej śmierci". Podczas dyskusji toczących się w Komisji Konstytucyjnej ZN prezentowane były różne poglądy na temat tego, co należy rozumieć pod pojęciami „człowiek", „istota ludzka", „osoba" oraz jak szeroka powinna być formuła konstytucyjna (na co zwrócił uwagę Trybunał w uzasadnieniu wyroku o sygn. K 1/20). Poglądy te opierały się jednak na różnych założeniach światopoglądowych i politycznych. W wyniku głosowania na posiedzeniu Komisji Konstytucyjnej ZN 27 stycznia 1995 r. wariant VI uzyskał poparcie 30 spośród 43 członków tej Komisji obecnych na posiedzeniu (zob. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, *Biuletyn nr XII (obejmuje okres od 25 stycznia do 6 lutego 1995 r.)*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1995, s. 92). Zgodnie z jednolitym projektem Konstytucji przyjętym przez Komisję Konstytucyjną ZN 16 stycznia 1997 r. treść stosownego przepisu brzmiała: „Każdy człowiek ma prawo do ochrony życia". Z kolei we wnioskach mniejszości zaproponowano wersje posługujące się pojęciem „prawo do życia" i wskazujące na ochronę tego prawa „od poczęcia do naturalnej śmierci".

Obecne brzmienie art. 38 Konstytucji jest rezultatem przyjęcia poprawki zgłoszonej podczas II czytania projektu na posiedzeniu Zgromadzenia Narodowego w dniach 24-28 lutego 1997 r. przez M. Borowskiego („poprawka nr 101"), rozpatrywanej przez Komisję Konstytucyjną ZN 13 marca 1997 r. w wersji wynikającej z autopoprawki (zob. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, *Biuletyn nr XLV (obejmuje okres od 13 do 25 marca 1997 r.)*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 41-46). Autor propozycji, wskazując na nierozstrzygający charakter brzmienia przepisu co do jednoznacznego wskazania „momentu, w którym staje się człowiek", wyjaśniał, że „[z]aproponowana autopoprawka (…) jest kompromisem. Nie jest to propozycja: wbić gwóźdź młotkiem do końca, lecz sprawa jest pozostawiona na świadomość społeczną, a i na to, co się wydarzy w następnych latach. (…) Równocześnie jednak absolutnie nie mogę zgodzić się na to, aby w konstytucji przesądzić lub dać pełne podstawy do tego, aby później każda ustawa zezwalająca na przerywanie ciąży była automatycznie blokowana przez Trybunał Konstytucyjny, bez względu na to, kto będzie w składzie Trybunału Konstytucyjnego, a więc zwolennicy czy przeciwnicy przerywania" (tamże, s. 46). W odpowiedzi T. Mazowiecki stwierdził: „[a]peluję do uczestników debaty, aby w tej sprawie nie stosować nazwy kompromis. Poszukujemy bowiem rozwiązania w celu znalezienia przepisu konstytucyjnego najmniej kontrowersyjnego. Natomiast pozostajemy przy

swoich poglądach. (…) Chodzi więc o to, że jest to próba przybliżenia się do tego, aby przepis był najmniej kontrowersyjny" (tamże, s. 47). W wyniku prac Komisja Konstytucyjna ZN – większością 31 głosów popierających, przy 7 przeciwnych i 3 wstrzymujących się – zarekomendowała przyjęcie przepisy w brzmieniu wynikającym z poprawki nr 101 (zob. tamże), i w takim też kształcie przepis ten został przegłosowany przez Zgromadzenie Narodowe 2 kwietnia 1997 r. (zob. T. Kalita, *dz. cyt.*, s. 92 i 93).

W toku prac konstytucyjnych zdecydowano się zatem na znaczeniowo niejasną formułę art. 38 Konstytucji po to, aby uzyskać akceptację większości konstytucyjnej dla tekstu nowej Konstytucji. Nie chodziło jednak o to – jak uznał Trybunał w wyroku o sygn. K 1/20 – żeby pozostawić Trybunałowi do rozstrzygnięcia kwestię dotyczącą wiążącego ustalenia znaczenia pojęcia „człowiek" użytego w art. 38 Konstytucji, lecz chodziło o coś zupełnie przeciwnego – mianowicie o to, żeby na szczeblu konstytucyjnym nie rozstrzygnąć bezpośrednio kwestii dopuszczalności aborcji ani kształtu ustawodawstwa aborcyjnego, pozostawiając ustawodawcy w tym zakresie swobodę decyzyjną, której Trybunał nie powinien móc zanegować przez samo odwołanie się do art. 38 Konstytucji.

Od 1997 r. brzmienie art. 38 Konstytucji nie uległo zmianie. Jest tak pomimo prób jego formalnej nowelizacji w trybie przewidzianym w art. 235 Konstytucji. W 2006 r. wystąpiono z poselskim projektem ustawy o zmianie Konstytucji, która miała polegać na dodaniu do treści tego przepisu formuły „od chwili poczęcia". Celem projektodawcy było „zapewnienie ochrony prawnej człowiekowi od momentu poczęcia" (zob. uzasadnienie poselskiego projektu ustaw o zmianie Konstytucji z 5 września 2006 r., druk sejmowy nr 993/V kadencja). Jednak propozycja zmodyfikowania brzmienia art. 38 Konstytucji nie uzyskała w Sejmie poparcia konstytucyjnie wymaganej większości kwalifikowanej, wynoszącej co najmniej 2/3 głosów oddanych w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów (zob. art. 235 ust. 4 Konstytucji). Podczas III czytania w Sejmie 13 kwietnia 2007 r. za taką nowelizacją Konstytucji powiedziało się 269 posłów, przeciw było 121, z kolei 53 wstrzymało się od głosu. Większość konstytucyjna – uwzględniając 17 posłów niebiorących udziału w głosowaniu – wynosiła 296 (zob. http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/glosowania?OpenAgent&5&39&79).

Moim zdaniem, zarówno analiza prac konstytucyjnych nad art. 38 Konstytucji, jak i uwzględnienie niepowodzeń późniejszych prób zmiany brzmienia tego przepisu, uzasadniają wniosek, że nie sposób doszukiwać się woli ustrojodawcy jednoznacznego rozstrzygnięcia ani zakresu, ani tym bardziej intensywności i form (środków) prawnej ochrony życia ludzkiego. Swobodę decyzyjną w tym zakresie zachowuje ustawodawca zwykły, a Konstytucja – zarówno jej przepisy, jak i wynikający z nich (pluralistyczny) system założeń aksjologicznych – stanowić ma granice tejże swobody. Bez wątpienia brzmienie art. 38 Konstytucji nie uzasadnia stanowiska, jakie Trybunał przyjął w wyroku o sygn. K 1/20, zgodnie z którym istnieje tylko jeden, jedyny, konstytucyjnie dopuszczalny model ustawodawstwa aborcyjnego, w którym pozbawienie życia dziecka poczętego może mieć miejsce wyłącznie z uwagi na „analogiczne" („symetryczne") dobro matki. W ten sposób zresztą, jak się zdaje, pojmował dotychczas istotę swojej kompetencji regulacyjnej również sam ustawodawca. Warto odnotować, że brak było dotąd woli ustawodawcy wprowadzenia zmian regulacji karnej, które świadczyłyby o przyjęciu przez niego takiego sposobu wykładni art. 38 w związku z art. 30 Konstytucji, jaki został przyjęty przez Trybunał w sprawie o sygn. K 1/20. Nie było też jego woli przyjęcia innej niż obowiązująca od ćwierć wieku ustawy regulującej prawne aspekty aborcji.

Uprawnia to do konkluzji, że wyrok Trybunału o sygn. K 1/20 oparty jest na błędnym rozumieniu art. 38 Konstytucji, którego nie uzasadniają rezultaty ani wykładni literalnej, ani wykładni historycznej, oraz na jednostronnej rekonstrukcji systemu aksjologicznego leżącego u podstaw porządku prawnego. Wyrok Trybunału o sygn. K 1/20 ma w tych warunkach charakter prawotwórczy nie tylko w zakresie, w jakim w jego efekcie parlament może czuć się

zwolniony od konieczności procedowania nad obywatelskim projektem ustawy przewidującym uchylenie przepisu dającego kobiecie możliwość podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży z przyczyn embriopatologicznych. Wyrok ten pozwala też wnioskodawcom osiągnąć skutek, jakiego nie udało się osiągnąć w drodze formalnej procedury zmiany Konstytucji z powodu braku konstytucyjnie wymaganej większości kwalifikowanej, która poparłaby modyfikację brzmienia art. 38 Konstytucji. Moim zdaniem, praktyka taka prowadzi do istotnego osłabienia gwarancyjnego charakteru obostrzeń proceduralnych warunkujących formalną zmianę Konstytucji, które są przewidziane w art. 235 Konstytucji, i z tego powodu uważam ją za naganną. Złożenie przez grupę posłów wniosku w celu uzyskania od Trybunału wiążącej wykładni art. 38 Konstytucji co do kwestii, której ten przepis wprost nie rozstrzyga, dziwi mnie również ze względu na artykułowaną przez przedstawicieli obecnej większości sejmowej negatywną ocenę posługiwania się przez sądy wykładnią szerszą niż językowa (por. protokół rozprawy przed TK z 9 marca 2020 r. w sprawie o sygn. Kpt 1/20).

3.2.3. Wykładnia art. 38 Konstytucji w kontekście art. 30 Konstytucji.

Nie uważam, aby dotychczasowe rezultaty wykładni art. 38 Konstytucji mogły zostać przełamane poprzez odwołanie się do art. 30 Konstytucji. Art. 30 Konstytucji również jest przepisem o otwartym znaczeniowo charakterze. Stanowi on, że „[p]rzyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych". Już samo pojęcie „godność" – jak zauważa się w literaturze – stanowi „pojęcie aksjologiczne, niepodlegające precyzyjnym zabiegom definicyjnym (podobnie jak inne kategorie tego rodzaju użyte w preambule do Konstytucji – np. dobro, piękno)" – (W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 117). „Konsens co do godności człowieka osiągnięto na dość wysokim poziomie abstrakcji, co otwiera drogę rozbieżnym interpretacjom, zarówno restrykcyjnej, jak też ekstensywnej" (R. Sobański, *Normatywność godności człowieka*, [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga Jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2003, s. 19). Nie jest rolą ani prawodawcy, ani sądu konstytucyjnego autorytatywne definiowanie, czym jest godność człowieka; dość, że kwestia ta stanowi przedmiot zainteresowania nauki prawa, która nie wypracowała w tym zakresie jednoznacznych odpowiedzi niezależnie od przyjętych założeń pozaprawnych (zob. np. K. Complak, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochronie w świetle nowej Konstytucji*, „Przegląd Sejmowy" z 1998 r., nr 5[28], s. 41-51; M. Granat, *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, „Państwo i Prawo", z. 8/2014, s. 3-22). Brzmienie art. 30 Konstytucji ma otwarty charakter w jeszcze szerszym zakresie niż art. 38 Konstytucji, i już choćby z tego względu nie może służyć jako podstawa wywodzenia treści prawnych „korygujących" treść art. 38 Konstytucji – tym bardziej, że „zasadniczo istnieje tożsamość zakresowa norm gwarantujących godność i życie człowieka" (L. Bosek, uwaga 58 do art. 30, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016).

Nie wnikając w szersze rozważania, należy przypomnieć, że zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie trybunalskim na gruncie art. 30 Konstytucji mówi się o co najmniej dwóch znaczeniach (wymiarach) godności – tzw. godności osobowej i godności osobowościowej (czy inaczej: godności osobistej). W tym pierwszym ujęciu – przedmiotowym – godność stanowi immanentną, wrodzoną, trwałą i niezbywalną cechę istoty ludzkiej, którą to cechę ustrojodawca uznaje za centralną wartość aksjologiczną wyznaczającą status jednostki we wspólnocie politycznej. Wartość ta ani nie wymaga uprzedniego „nadania" („zdobycia"), ani nie może być przez człowieka utracona. Tak rozumiana godność przynależy każdemu z racji bycia istotą ludzką. Natomiast w drugim znaczeniu – podmiotowym – godność obejmuje „war-

tości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się [...] na szacunek należny każdej osobie" (wyrok z 5 marca 2003 r., sygn. K 7/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19). To w tym drugim znaczeniu godność – jako swoiste prawo osobistości – stanowi podstawę wywodzenia „prawa do godności", którego przedmiotem jest „stworzenie (zagwarantowanie) każdemu człowiekowi takiej sytuacji, by miał możliwość autonomicznego realizowania swojej osobowości, ale przede wszystkim, by nie stawał się przedmiotem działań ze strony innych (zwłaszcza władzy publicznej) i nie stanowił tylko instrumentu w urzeczywistnianiu ich celów" (wyrok z 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108). „Zasada poszanowania godności zakłada, że wszelkie działania władzy publicznej powinny uwzględniać istnienie pewnej sfery autonomii, w ramach której człowiek może się realizować społecznie. Chodzi o elementy najważniejsze dla tożsamości jednostki, które dotyczą jej samookreślenia, integralności fizycznej i psychicznej, utrzymania relacji z innymi osobami, a także jej bezpiecznego miejsca w społeczności. Działania władz publicznych nie mogą prowadzić do tworzenia sytuacji prawnych lub faktycznych, które naruszałyby tę autonomię, odbierając jednostce poczucie godności. W swoim orzecznictwie Trybunał podkreślał, że człowiek powinien być traktowany jako wolny, autonomiczny podmiot, zdolny do rozwijania swojej osobowości i kształtowania swojego postępowania (…). Takie rozumienie godności powoduje, że niedopuszczalne są wszelkie sytuacje, w których człowiek staje się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władze, a jego rola zostaje sprowadzona do czysto instrumentalnej postaci" (wyrok z 18 października 2017 r., sygn. K 27/15, OTK ZU A/2017, poz. 74). Wreszcie, godność może być rozumiana też w ten sposób, że warunkiem jej poszanowania jest „istnienie pewnego minimum materialnego, zapewniającego jednostce możliwość samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie oraz stworzenie każdemu człowiekowi szans na pełny rozwój osobowości w otaczającym go środowisku kulturowym i cywilizacyjnym" (wyrok z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 54).

Godność w tym pierwszym znaczeniu (godność osobowa) – jako cecha każdej istoty ludzkiej – sama w sobie jeszcze nie przesądza o konieczności uznania płodu za zupełnie odrębny i autonomiczny podmiot praw i wolności konstytucyjnych. Oznacza, że wartość, jaką jest człowiek sam w sobie, musi być objęta efektywną ochroną prawną przez wzgląd na przyjęte przez ustrojodawcę aksjologiczne założenia dotyczące życia we wspólnocie politycznej, wyznaczające tzw. obiektywny porządek wartości konstytucyjnych. Nakaz ochrony godności istoty ludzkiej jest w tym sensie elementem interesu publicznego (porządku publicznego i moralności publicznej w sensie art. 31 ust. 3 Konstytucji), z uwagi na który ustawodawca może wprowadzić ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Z kolei godność w drugim znaczeniu (godność osobowościowa, godność osobista) – jako podmiotowe prawo osobowości – nie może być, moim zdaniem, w pełnym zakresie jego treści odnoszone do statusu nasciturusa. Trudno bowiem uznać, że dziecko poczęte – niezdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki – może być (z powodu tych obiektywnych, biologicznych uwarunkowań) uznane za „wolny, autonomiczny podmiot, zdolny do rozwijania swojej osobowości i kształtowania swojego postępowania", któremu władza publiczna musi zapewnić określoną sferę autonomii, aby mógł on mógł „realizować się społecznie". Pogląd ten nie przekreśla oczywiście możliwości przyjęcia przez ustawodawcę zwykłego w przepisach ustawowych takich środków prawnej ochrony życia w fazie prenatalnej, które zakładałyby przyznanie nasciturusowi pewnych uprawnień podmiotowych (np. pod warunkiem zawieszającym). Leżą one jednak zasadniczo w sferze swobody decyzyjnej ustawodawcy. Warto odnotować, że, z jednej strony, na gruncie niektórych rozwiązań z dziedziny prawa prywatnego przyjmuje się konstrukcję podmiotowości prawnej warunkowej nasciturusa (zob. art. 446^1 i art. 927 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 2020 r. poz. 1740).

Z drugiej strony, stopień reakcji karnej na zamach na życie człowieka narodzonego pozostaje w dalszym ciągu inny niż stopień reakcji karnej na zamach na życie w fazie prenatalnej (zob. art. 152 i art. 153 k.k.).

3.2.4 Argumenty systemowe (z prawa międzynarodowego).

Trybunał, dokonując wykładni art. 38 w związku z art. 30 Konstytucji, odwołał się też do wiążącego Rzeczpospolitą Polską prawa międzynarodowego. Dokonywanie wykładni pojęć polskiej Konstytucji w sposób uwzględniający w maksymalnym stopniu międzynarodowe zobowiązania państwa polskiego jest oczywiście zabiegiem nie tylko poprawnym, ale także pożądanym w świetle art. 9 Konstytucji. Nie mogłoby jednak – bez wyraźnego umocowania konstytucyjnego – prowadzić do przypisania normom prawa międzynarodowego mocy norm konstytucyjnych, czy do swoistego „uzupełniania" Konstytucji o treści, których ustrojodawca do niej nie zamierzał włączyć.

W niniejszej sprawie jako akty istotne dla ustalenia obowiązku prawnej ochrony życia człowieka w fazie prenatalnej Trybunał wskazał art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: MPPOiP), art. 2 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: EKPC) oraz art. 2 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2007 r. (Dz. Urz. UE C 202 z 7 czerwca 2016 r., s. 389; dalej: KPP). Moim zdaniem, żaden z tych aktów prawa międzynarodowego nie daje jednoznacznych wskazówek przesądzających o kierunku wykładni art. 38 Konstytucji w sprawach dotyczących kształtu krajowego ustawodawstwa aborcyjnego.

W odniesieniu do art. 6 ust. 1 MPPOiP („Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia.") w literaturze fachowej wskazuje się, że z uwagi na kontekst historyczny powstania MPPOiP zakresem ochrony art. 6 MPPOiP nie są objęte istoty ludzkie w prenatalnej fazie rozwoju (zob. T. Sroka, uwaga 30 do art. 38, [w:] *Konstytucja RP…*, wraz z przywołaną tam bibliografią). Z kolei na gruncie art. 2 EKPC („1. 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. 2. Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnego koniecznego użycia siły: a) w obronie jakiejkolwiek osoby przed bezprawną przemocą; b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem; c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania.") również wskazuje się w literaturze, że uregulowane w tym przepisie prawo do życia, co do zasady, nie obejmuje prenatalnego okresu życia człowieka, co wynika z istoty EKPC, względów historycznych oraz ścisłego związku tego aktu z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka (zob. T. Sroka, uwaga 33 do art. 38, [w:] *Konstytucja RP…*, wraz z przywołaną tam bibliografią). Ze względu na brak jednoznacznych wskazówek w treści art. 2 EKPC oraz brak europejskiego konsensusu w sprawie prawnego statusu płodu, należałoby raczej mówić o szerokim marginesie oceny przysługującym władzom krajowym w precyzowaniu momentu, od którego aktualizuje się prawna ochrona życia (zob. np. W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, dz. cyt., s. 122). Ani Europejska Komisja Praw Człowieka, do której od lat 80. XX w. zaczęły napływać skargi w sprawach odnoszących się do różnych aspektów problematyki prawnej dopuszczalności przerywania ciąży, ani później Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) nie rozstrzygnęły definitywnie, czy art. 2 EKPC dotyczy również dziecka w fazie prenatalnej, „uznając, że kwestia, od kiedy życie ludzkie zostaje objęte ochroną, powinna by[ć] rozstrzygana w poszczególnych

państwach" (J. Lipski, *Prawo do życia i status osoby ludzkiej przed narodzeniem w orzecznictwie Komisji Praw Człowieka i Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, [w:] *Konstytucyjna formuła…*, s. 138). Margines uznania, z jakiego korzystają państwa na gruncie EKPC, nie oznacza oczywiście, że kwestie związane ze stanowieniem i stosowaniem rozwiązań aborcyjnych w ogóle nie podlegają ocenie w świetle EKPC (o czym świadczą, niestety, sprawy polskie – zob. m.in. wyroki ETPC: z 20 marca 2007 r. w sprawie Tysiąc p. Polsce, skarga nr 5410/03, HUDOC; z 26 maja 2011 r. w sprawie R.R. p. Polsce, skarga nr 27617/04, HUDOC; zob. też: J. Falski, *Problem aborcji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Na podstawie wyroku z 26 maja 2011 r. w sprawie R.R. versus Polska*, „Przegląd Sejmowy" z 2016 r., nr 6(137), s. 9-22; G. Moroń, *Prawne standardy debaty aborcyjnej w świetle orzecznictwa strasburskiego*, „Forum Prawnicze" z 2015 r., s. 47-65; M. Zubik, *Ochrona prawna…*, s. 23-29).

Już w decyzji z 13 maja 1980 r. (skarga nr 8416/78, Paton p. Wielkiej Brytanii; HUDOC) Europejska Komisja Praw Człowieka zauważyła, że dwie okoliczności – mianowicie to, że pojęcie „każdy" (ang. *everyone*; fr. *toute personne*) nie zostało w EKPC zdefiniowane, oraz to, że przewidziane w art. 2 EKPC ograniczenia ochrony prawa do życia odnoszą się do osób już narodzonych i „nie mogę być zastosowane do płodu (*foetus*)" – wskazywałyby na to, iż art. 2 EKPC nie odnosi się do osoby nienarodzonej (ang. *unborn*; zob. pkt 7-9). Jednocześnie Komisja wyraźnie odrzuciła taki kierunek interpretacji, przy przyjęciu którego z art. 2 EKPC miałoby wynikać nieograniczone prawo płodu do życia. Komisja zwróciła bowiem uwagę na to, że „«życie» płodu jest ściśle związane z życiem ciężarnej matki i nie może być rozpatrywane w izolacji od niego. Gdyby art. 2 [EKPC] miał obejmować płód i jego [płodu] ochrona miałaby być na gruncie tego artykułu – wobec braku jakiegokolwiek wyraźnego ograniczenia – rozumiana jako absolutna, aborcja musiałaby być uznana za zakazaną nawet, jeśli kontynuacja ciąży mogłaby prowadzić do poważnego ryzyka życia kobiety ciężarnej. To by znaczyło, że «nienarodzone życie» płodu mogłoby być upatrywane jako mające większą wartość niż życie kobiety ciężarnej" (pkt 19). Zdaniem Komisji, takie rozumienie art. 2 EKPC byłoby w sposób oczywisty nie do pogodzenia z przedmiotem i celem EKPC (pkt 20). Komisja uchyliła się jednak od jednoznacznego przesądzenia tego, czy art. 2 EKPC nie obejmuje ochrony dziecka poczętego w ogóle, czy też rozpoznaje „prawo do życia" płodu z określonymi ograniczeniami (pkt 23).

Również ETPC nie przesądził w swoim orzecznictwie kwestii statusu płodu na gruncie art. 2 EKPC, ani nie wskazał, jakoby z perspektywy EKPC mógł istnieć tylko jeden określony, wyłącznie dopuszczalny model ustawodawstwa aborcyjnego. W wyroku Wielkiej Izby z 8 czerwca 2000 r. (skarga nr 53924/00, Vo p. Francji, HUDOC) ETPC zwrócił uwagę na to, że art. 2 EKPC nie mówi nic o czasowych ograniczeniach prawa do życia, ani nie definiuje pojęć „każdy" i „życie" (pkt 75). Rekapitulując dotychczasowe ustalenia poczynione na gruncie tego przepisu, ETPC wskazał, że „nienarodzone dziecko nie jest uznawane za «osobę» (*person*) bezpośrednio chronioną przez art. 2 Konwencji", a „jeśli osoba nienarodzona (*unborn*) ma «prawo» do «życia», to jest ono *implicite* ograniczone przez prawa i interesy matki" (pkt 80). Nie jest jednak wykluczone, iż „w pewnych sytuacjach gwarancje mogą być rozszerzone na nienarodzone dziecko", tym bardziej że art. 8 EKPC nie może być rozumiany w ten sposób, iż ciąża i jej przerwanie są wyłącznie sprawą życia prywatnego matki (tamże). ETPC podkreślił, że ocena spraw aborcyjnych przeprowadzana jest *a casu ad casum*, a jej wynik zależy od „wyważenia różnych, czasem kolidujących ze sobą, praw i wolności, na które powołują się kobieta, matka lub ojciec w relacjach ze sobą lub *vis-à-vis* nienarodzone dziecko" (tamże). Nie ulegało również wątpliwości ETPC, że „kwestia tego, kiedy zaczyna się życie, mieści się w marginesie swobody oceny (*margin of appreciation*), z jakiej (…) państwa powinny korzystać w tej sferze" (pkt 82). W szczególności państwa, w imię ochrony godności

istoty ludzkiej, mogą przewidzieć pewne środki ochrony (np. w zakresie prawa prywatnego) z uwagi na „potencjalność" istoty ludzkiej w fazie prenatalnej (*potentiality of that being*) i jej zdolność do „stania się osobą" (*capacity to become a person*) – (pkt 84). Z Konwencji nie wynika jednak obowiązek zapewnienia ochrony przy użyciu środków karnych (np. poprzez kryminalizację nieumyślnego spowodowania śmierci płodu). ETPC podkreślił, że jest „przekonany, iż nie jest ani pożądane, ani nawet możliwe w obecnym stanie rzeczy odpowiedzieć na abstrakcyjne pytanie, czy na potrzeby art. 2 Konwencji nienarodzone dziecko jest osobą" (pkt 85).

Stanowisko ETPC przedstawione w sprawie Vo p. Francji zostało podtrzymane w późniejszym orzecznictwie. W sprawie Evans p. Wielkiej Brytanii ETPC uznał, że embriony powstałe z materiału biologicznego skarżącej (matki) nie korzystają z „prawa do życia" w rozumieniu art. 2 EKPC (zob. wyrok Wielkiej Izby z 10 kwietnia 2007 r., skarga nr 6339/05, HUDOC, pkt 56). Z kolei w sprawie A., B. i C. p. Irlandii ETPC zwrócił uwagę na to, że art. 8 EKPC nie może być interpretowany w ten sposób, że ciąża i jej przerwanie przynależą wyłącznie do sfery życia prywatnego kobiety z uwagi na ścisły związek jej życia prywatnego z rozwijającym się płodem, w związku z czym „prawo kobiety do poszanowania jej życia prywatnego musi być wyważone z innymi konkurującymi prawami i wolnościami, jakie mogą być powołane, w tym tymi nienarodzonego dziecka (…)" – (wyrok Wielkiej Izby z 16 grudnia 2010 r., skarga nr 25579/05, HUDOC, pkt 213). W przywołanym już wyroku R.R. p. Polsce ETPC przypomniał, że „kwestia tego, kiedy rozpoczyna się prawo do życia, mieści się w marginesie uznania, co do którego Trybunał generalnie przyjmuje, że państwa powinny [z niego] korzystać w tej dziedzinie, niezależnie od dynamicznej interpretacji Konwencji – «żywego instrumentu, który musi być interpretowany w świetle obecnych warunków» (…). Powodem takiego wniosku jest to, że kwestia wspomnianej ochrony życia nie została rozwiązana w większości państw-stron i nie ma ogólnoeuropejskiego konsensusu dotyczącego naukowej i prawnej definicji początku życia (…). Ponieważ prawa zgłaszane w imieniu płodu (*rights claimed on behalf of the foetus*) oraz prawa matki są ze sobą nierozerwanie związane, margines uznania zastosowany w kwestii ochrony przez państwo nienarodzonego dziecka nieodzownie przekłada się na margines uznania państwa co do tego, jak wyważy kolidujące prawa matki" – (HUDOC, pkt 186). Ocena krajowych rozwiązań prawnych stosowanych w sprawach aborcyjnych uwzględniać musi też to, czy zachowana została „sprawiedliwa równowaga" (*fair balance*) między indywidualnymi prawami a interesem publicznym (tamże).

Trybunał Konstytucyjny, uzasadniając w sprawie o sygn. K 1/20 pogląd, zgodnie z którym nasciturus powinien być uznany za podmiot „prawa do życia" – a więc pogląd idący dalej niż pogląd, że życie dziecka w fazie prenatalnej podlega ochronie jako zasada konstytucyjna – powołał się również na Konwencję o Prawach Dziecka przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, ze zm.; dalej: KPDz). Zawarta w niej legalna definicja pojęcia „dziecko" nie rozstrzyga, od którego momentu istota ludzka może być tym mianem określana. Zgodnie z art. 1 KPDz: „[w] rozumieniu niniejszej konwencji «dziecko» oznacza każdą istotę ludzką (fr. *tout être humain*) w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność". Pewne wskazówki można co prawda odnaleźć w preambule KPDz, która jednak odwołuje się do Deklaracji Praw Dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1959 r., a więc do dokumentu niemającego statusu umowy międzynarodowej (to w preambule tejże Deklaracji mowa jest o tym, że „dziecko z powodu niedojrzałości fizycznej i umysłowej wymaga szczególnej opieki i troski, a także odpowiedniej opieki prawnej zarówno przed urodzeniem, jak i po urodzeniu"). Rzeczpospolita Polska, dokonując w 1991 r. ratyfikacji KPDz, nie poczyniła żadnych zastrzeżeń ani deklaracji odnoszących się do statusu dziecka poczętego. Dokumenty ratyfikacyjne innych

państw świadczą tymczasem o tym, że także na gruncie KPDz nie istniał konsensus co do początkowego momentu ochrony wynikającej z jej art. 6 ust. 1, który stanowi: „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia". L. Wiśniewski wskazywał, że „[r]atyfikując Konwencję Praw Dziecka Stolica Apostolska i Argentyna zastrzegły, iż początek życia jest od poczęcia. (…) Państwa te powołały się na preambułę Konwencji Praw Dziecka, która dopuszcza taką możliwość. Francja wyraźnie zastrzegła, że przepis art. 1 [KPDz], który definiuje pojęcie dziecka, nie uwzględnia możliwości przerywania ciąży, czyli w świetle ustawodawstwa francuskiego przerywanie ciąży jest dopuszczalne. Przykłady te wskazują na rozbieżność w rozumieniu początku życia ludzkiego" (Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, *Biuletyn nr XII…*, s. 72). Również E. Zielińska podkreślała, że „ani ta Konwencja, ani żaden inny wiążący Rzeczpospolitą Polską akt prawa międzynarodowego, nie gwarantuje jednak embrionowi «osobowej» ochrony w postaci podmiotowego prawa do życia" (taż, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (druk sejmowy nr 993)*, [w:] *Konstytucyjna formuła…*7, s. 12). Co więcej, deklarowana w Deklaracji Praw Dziecka potrzeba zapewnienia „właściwej ochrony prawnej" (*appropriate legal protection*) zarówno przed, jak i po narodzeniu „nie musi, w przypadku płodu rozwijającego się w organizmie matki, mieć po pierwsze ani charakteru «osobowego», ani charakteru absolutnego, w związku z czym może podlegać ograniczeniom" (tamże).

O braku międzynarodowego konsensusu w sprawie statusu prawnego dziecka w fazie prenatalnej oraz zakresu prawnej dopuszczalności przerwania ciąży świadczą nie tylko kształt regulacji aborcyjnych obowiązujących w poszczególnych krajach, ale także stanowiska sądów konstytucyjnych naszego kręgu kulturowego. W 1974 r. austriacki Trybunał Konstytucji (dalej: aTK) przyznał, że nie można jasno odpowiedzieć na pytanie o samo pojęcie „życia" ani moment jego początku w ujęciu EKPC. Ze względu na czas i kontekst powstania EKPC aTK uznał, że art. 2 EKPC nie obejmuje „życia kiełkującego" w łonie kobiety. Jednocześnie zauważył, że choć od momentu poczęcia rozwój „kiełkującego życia" ma charakter ciągły, to niekoniecznie stanowi to samo życie chronione konstytucyjnie (za: M. Zubik, *Ochrona prawna…*, s. 23 i 24). Natomiast w 1975 r. francuska Rada Konstytucyjna (dalej: fRK) zaaprobowała francuskie przepisy aborcyjne (tzw. *loi Veil*) dozwalające na przerwanie ciąży z przyczyn medycznych i społecznych (fr. *détresse*), stwierdzając, że przepisy te nie naruszają konstytucyjnej zasady, w myśl której Naród zapewnia dziecku ochronę zdrowia, ponieważ dopuszczają ingerencję w zasadę poszanowania każdej istoty ludzkiej od początku życia (fr. *principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie*) tylko w razie konieczności i wyłącznie zgodnie z określonymi w nich warunkami (decyzja nr 75-54 DC z 15 stycznia 1975 r., pkt 8-10; https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm). W 2001 r. fRK dopuściła z kolei ustawę wydłużającą do końca 12. tygodnia termin, w jakim kobieta może podjęć decyzję o przerwaniu ciąży z przyczyn społecznych, uznając, że „nie należy do Rady Konstytucyjnej, która nie ma ogólnej kompetencji do dokonywania ocen i podejmowania decyzji podobnej do tej, jaką ma parlament, zakwestionowanie – przy uwzględnieniu aktualnego stanu wiedzy i techniki – rozstrzygnięć podjętych przez ustawodawcę" (decyzja nr 2001-446 DC z 27 czerwca 2001 r., pkt 4; https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001446DC.htm). Zdaniem fRK, badana ustawa – w świetle ówczesnego stanu wiedzy i techniki – zachowywała należytą równowagę między zasadą ochrony godności osoby ludzkiej oraz wolnością kobiety (tamże, pkt 5). W 1975 r. również włoski Sąd Konstytucyjny (dalej: wSK) wydał pierwsze orzeczenie dotyczące problematyki aborcji. Dostrzegł podstawy objęcia konstytucyjną ochroną dziecka w fazie prenatalnej w treści art. 31 ust. 2 („Republika chroni macierzyństwo, dzieci i młodzież, wspierając instytucje niezbędne dla osiągnięcia tego celu") oraz art. 2 Konstytucji Republiki Włoskiej z 1947 r., z

którego wynika, iż Republika uznaje i gwarantuje nienaruszalne prawa człowieka, pośród których – zdaniem wSK – „nie można pominąć, przy uwzględnieniu jego szczególnych cech, statusu prawnego dziecka poczętego. Jednak wymaganiu temu – które samo w sobie uzasadnia interwencję ustawodawcy polegającą na ustanowieniu sankcji karnych – musi towarzyszyć dalsze zastrzeżenie, że konstytucyjnie chroniony interes dziecka poczętego może kolidować z innymi dobrami, które zasługują na ochronę konstytucyjną, i że w konsekwencji ustawa nie może dawać temu pierwszemu całkowitego i bezwzględnego pierwszeństwa, niwecząc adekwatną ochronę tych drugich" (orzeczenie wSK nr 27/1975 z 18 lutego 1975 r.; https://www.cortecostituzionale.it). Nie zapewnia dostatecznej ochrony dóbr kobiety rozwiązanie, które pozwala uchylić się od karalności przerwania ciąży jedynie na podstawie prawnokarnego kontratypu stanu wyższej konieczności, przede wszystkim dlatego, że zakłada równorzędność (wł. *equivalenza*) dobra naruszonego w stosunku do dobra, które zamierza się chronić, gdy tymczasem „nie istnieje równorzędność między prawem nie tylko do życia, ale także do zdrowia tego, kto już jest osobą, tak jak matka, oraz ochroną embrionu, który osobą ma się dopiero stać" (tamże). W 1997 r., podsumowując orzecznictwo, wSK stwierdził, że, po pierwsze, „ma podstawę konstytucyjną ochrona dziecka poczętego, którego status prawny mieści się, przy uwzględnieniu jego szczególnych cech, pośród nienaruszalnych praw człowieka"; po drugie, „ma także podstawę konstytucyjną ochrona macierzyństwa", wobec czego „są prawami podstawowymi również te [prawa], które dotyczą zdrowia i życia kobiety ciężarnej"; po trzecie, „wyważenie tych praw podstawowych w sytuacji, w której oboje byliby narażeni na niebezpieczeństwo, realizuje się poprzez ochronę życia i zdrowia matki, co jednak powinno następować w sposób zapewniający, o ile to jest możliwe, ochronę życia płodu"; po czwarte, na ustawodawcy ciąży obowiązek wykluczenia ryzyka, że „aborcja nastąpi bez poważnego ustalenia realności i powagi szkody lub niebezpieczeństwa, jakie mogą wynikać dla matki z kontynuowania ciąży" (orzeczenie nr 35/1997 z 30 stycznia 1997 r.; zob. szerzej: M. Ronco, *La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Considerazioni sull'aborto*, „L-Jus" z 2019 r., z. 2, s. 6-20). Z kolei hiszpański Trybunał Konstytucji (dalej: hTK), orzekając na gruncie art. 15 (zdanie pierwsze: „Wszyscy mają prawo do życia oraz do nietykalności fizycznej i moralnej.") w związku z art. 10 („Godność jednostki, przynależne jej nienaruszalne prawa, swobodny rozwój osobowości, poszanowanie ustaw i praw pozostałych jednostek stanowią podstawę ładu publicznego i pokoju społecznego.") Konstytucji Królestwa Hiszpanii, stwierdził, że skoro Konstytucja chroni życie, to „nie może go pozbawiać ochrony na etapie, który jest nie tylko warunkiem samodzielnego życia poza łonem matki, ale także momentem rozwoju samego życia", z czego wynika, że życie nasciturusa stanowi „dobro prawne" podlegające ochronie konstytucyjnej (wyrok nr 53/1985 z 11 kwietnia 1985 r.; https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433; zob. też A.J. Goméz Montoro, *El estatuto constitucional de no nacido: evolución y situación actual en España*, „Revista de Derecho Político" z 2018 r., nr 102, s. 47-78). W 2010 r. hiszpański ustawodawca dokonał nowelizacji przepisów aborcyjnych, dając kobiecie ciężarnej możliwość zwrócenia się o przerwanie ciąży w okresie pierwszych 14 tygodni ciąży – bez względu na motywy podjęcia przez nią takiej decyzji (zob. art. 14 ustawy organicznej nr 2/2010 z dnia 3 marca 2010 r. o zdrowiu seksualnym i reprodukcyjnym oraz dobrowolnym przerwaniu ciąży, „Boletín Oficial del Estado" nr 55 z 4 marca 2010 r.). Rozwiązanie to zostało zakwestionowane przed hTK, lecz ten – pomimo upływu ponad 10 lat od złożenia wniosku o kontrolę konstytucyjności – sprawy nie rozpoznał, co świadczy raczej o ograniczonej zdolności sądów konstytucyjnych do wyznaczania, w zastępstwie demokratycznie legitymowanego ustawodawcy, konkretnych rozwiązań w zakresie ustawodawstwa aborcyjnego. Według doniesień prasowych, wniosek sprzed 10 lat może zostać uznany przez hTK za bezskuteczny (hiszp. *caducado*) z tego powodu, że strona, która wszczęła postępowanie przed hTK – grupa deputowanych partii „Partido Popular" –

miała możliwość zmiany przepisów ustawy w trybie ustawodawczym, dysponując w latach 2011-2015 większością absolutną w Kongresie Deputowanych, lecz tego nie uczyniła (zob. „El Diario" z 30.06.2020, https://www.eldiario.es/politica/ley-aborto-tribunal-constitucional_1_6072011.html).

Z powyższych ustaleń wynika, że ani standardy prawa międzynarodowego, ani ustalenia sądów konstytucyjnych naszego kręgu kulturowego nie przesądzają o konieczności uznania, iż ochrona dziecka w fazie prenatalnej wymaga wykreowania na jego rzecz praw podmiotowych, a tym bardziej tego, iż musi mieć ona ten sam stopień intensywności, jaką ma ochrona osób narodzonych. Z ustaleń tych niewątpliwie wynika jednak, że życie w fazie prenatalnej należy do kategorii podstawowych dóbr prawnych, które zasługują na ochronę konstytucyjną i międzynarodową, lecz intensywność tej ochrony jest rezultatem należytego uwzględniania (wyważenia pozostających w konflikcie z tym dobrem) praw i wolności matki. Przyjęcie konkretnych rozwiązań w tym zakresie należy do kompetencji ustawodawcy.

3.3. Test proporcjonalności (ocena prawidłowości wyważenia dóbr).

Uwzględniwszy wnioski wynikające z językowej, historycznej i systemowej analizy art. 38 Konstytucji, należy stwierdzić, że przepis ten pozostawia ustawodawcy relatywnie szeroki zakres swobody decyzyjnej w sferze regulacji problematyki przerywania ciąży. Przyjęte w 1997 r. brzmienie przywołanego wzorca konstytucyjnego miało pozostawić demokratycznie legitymowanemu ustawodawcy możliwość podjęcia decyzji co do kształtu regulacji prawnej określającej przesłanki i warunki dopuszczalności dokonywania zabiegów przerywania ciąży. Konstytucyjny nakaz zapewnienia prawnej ochrony życia (odnoszący się przecież nie tylko do nasciturusa, ale także do kobiety), nakaz poszanowania i ochrony godności istoty ludzkiej, ale także szczegółowe przepisy konstytucyjne dotyczące ochrony autonomii jednostki (m.in. 31 ust. 1 i 2, art. 47 i art. 53 ust. 1 Konstytucji) i ochrony zdrowia (zwłaszcza art. 68 ust. 1 i 3 Konstytucji) – miały wyznaczać granice swobody decyzyjnej ustawodawcy w tym zakresie. Podczas ważenia dóbr należało też uwzględnić – w krańcowych sytuacjach podlegających zaskarżonej regulacji – wysłowiony w art. 40 Konstytucji zakaz nieludzkiego traktowania.

Na gruncie orzecznictwa trybunalskiego (w szczególności w związku z orzeczeniem o sygn. K 26/96) mowa jest o nakazie zapewnienia prawnej ochrony życia w fazie prenatalnej jako o zasadzie konstytucyjnej. Nie ulega jednak również wątpliwości, że ochrona życia płodu – podobnie jak prawna ochrona życia w fazie postnatalnej – nie ma charakteru absolutnego. W pewnych sytuacjach ustawodawca zwykły może przyzwalać na dokonanie ingerencji w to życie. Reguły, które mogą uzasadniać legalizację aborcji z punktu widzenia proporcjonalności, wymagają ustalenia: a) czy dobro, którego naruszenie ustawodawca legalizuje, stanowi wartość konstytucyjną, b) czy legalizacja naruszeń tego dobra znajduje usprawiedliwienie na gruncie wartości konstytucyjnych, c) czy dochowane zostały konstytucyjne kryteria rozstrzygania takiej kolizji (test proporcjonalności *sensu stricto*). Ocena zaskarżonej regulacji powinna zatem koncentrować się na zbadaniu poprawności wyważenia przez ustawodawcę dóbr, do których należą zarówno życie płodu, jak i życie, zdrowie i godność matki, a także jej prawo do opieki medycznej i prawo do prywatności.

Uważam, że z perspektywy wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji reguł ważenia dóbr konstytucyjnie doniosłych nie może być wątpliwości co do tego, że art. 38 Konstytucji – interpretowany w związku z art. 30 Konstytucji – wyklucza rozwiązania skrajne, mianowicie: z jednej strony, całkowity zakaz przerywania ciąży, zaś z drugiej strony, pełne dozwolenie aborcji na żądanie. Przepis ten nie narzuca jednak ustawodawcy jednego możliwego modelu regulacji aborcyjnej. Ani nie wynika to z jego treści, ani takie związanie ustawodawcy nie było wolą ustrojodawcy. Tak więc, moim zdaniem, art. 38 Konstytucji pozostawia ustawodawcy zwykłemu nie tylko możliwość, lecz nawet powinność uwzględnienia podczas podej-

mowania decyzji o kształcie regulacji aborcyjnej wszystkich pozostających w ewentualnym konflikcie wartości, praw i wolności konstytucyjnych.

Ustawodawca, regulując problematykę przerywania ciąży, może ograniczyć ochronę życia poczętego, o ile wykaże, że takie ograniczenie jest uzasadnione potrzebą ochrony innej wartości albo prawa lub wolności o mocy konstytucyjnej oraz że nie jest ono nadmierne (nieproporcjonalne). Wskazane przez ustawodawcę okoliczności, które mogą stanowić prawną podstawę dopuszczalności przerywania ciąży, muszą przy tym pozostawać w bezpośrednim w związku z zajściem w ciążę i jej przebiegiem, a więc nie mogą być dowolne („arbitralne") – (wniosek ten wynika z orzeczenia w sprawie o sygn. K 26/96). Wyważenie dóbr prawnie relewantnych na potrzeby ukształtowania treści danych rozwiązań prawnych należy jednak do zadań, a także odpowiedzialności ustawodawcy. Trybunał może zakwestionować decyzję ustawodawcy dopiero w razie stwierdzenia niewątpliwego błędu w zakresie oceny przez niego proporcji „dobra poświęcanego" względem dobra, któremu zapewnia się ochronę. Taka sytuacja miałaby miejsce wówczas, gdyby poziom ochrony prawnej został ustalony „poniżej konstytucyjnie wymaganego minimum" (wyrok o sygn. K 2/98). Podzielam stanowisko, zgodnie z którym „[s]amo odwołanie się do hierarchii wartości, jakkolwiek ma decydujące znaczenie dla zachowania zasady proporcjonalności, nie przesądza jeszcze o konstytucyjności przyjętych przez ustawodawcę zwykłego rozwiązań. Ustawodawca musi bowiem uwzględnić także specyfikę określonych środków ochrony, a także aktualny kontekst społeczny i kulturowy, w którym funkcjonują wartości konstytucyjne. Ów kontekst może powodować, iż mimo oczywistego prymatu jednej z kolidujących wartości, jej ochrona nie może być realizowana w bezwzględny sposób" (W. Wróbel, *Opinia prawna odnosząca się do pytań dotyczących poselskiego projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP,* [w:] *Konstytucyjna formuła…,* s. 26). Odpowiada to też ujęciu przedstawionemu przez T. Gizberta-Studnickiego, który wskazuje, iż „[t]eza głosząca, że możliwe jest ustalenie *in abstracto* takiej hierarchii dóbr prawnych, która przesądzałaby o rozstrzygnięciu wszystkich dających się pomyśleć konfliktów dóbr, wydaje się jednak nietrafna. Sposób rozstrzygnięcia konfliktu dóbr zależy nie tylko od ustalonej *in abstracto* hierarchicznej pozycji poszczególnych dóbr, lecz także od wagi, jaką poszczególnym dobrom przypisać należy w określonych okolicznościach. Pozycja hierarchiczna jest tylko jednym z czynników, które wyznaczają wagę dobra w konkretnym stanie faktycznym" (T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm,* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny" z 1989 r., z. 1, s. 5). Może się nieraz bowiem okazać, że „nawet szczegółowa (z konieczności adaptacyjna) rekonstrukcja systemu aksjologicznego stojącego u podstaw danego porządku prawnego nie może jeszcze przesądzić o tym, w jaki sposób rozstrzygnięty ma być konflikt dóbr w jakimś konkretnym stanie faktycznym. Do rozstrzygnięcia takiego konfliktu nie wystarcza bowiem ustalenie wzajemnej pozycji hierarchicznej kolidujących dóbr, lecz konieczne jest przypisanie tym dobrom wagi, odpowiedniej do danego stanu faktycznego" (*tamże,* s. 10).

W sprawie o sygn. K 1/20 Trybunał błędnie ocenił, że ustawowe dopuszczenie możliwości przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych w sposób nadmierny (nieproporcjonalny) osłabia wysłowione w Konstytucji gwarancje ochrony życia. Błędna ocena proporcjonalności wynikła, w mojej ocenie, z co najmniej dwóch powodów, mianowicie ustalenia błędnego (niepełnego) katalogu dóbr konkurujących ze sobą w ramach tzw. testu proporcjonalności oraz nieuwzględnienia w dostatecznym stopniu okoliczności, w których ujawnia się konflikt tych dóbr.

3.3.1. Wadliwe przeprowadzenie testu proporcjonalności przez Trybunał.

Po pierwsze, Trybunał, próbując w niniejszej sprawie trzymać się linii argumentacyjnej przyjętej w orzeczeniu o sygn. K 26/96, nie uniknął jaskrawej jednostronności rozważań na temat problematyki aborcyjnej. Wywody trybunalskie zostały skoncentrowane na kwestiach związanych z podmiotowością dziecka w fazie prenatalnej w kontekście prawnej

ochrony jego godności i życia. Jednocześnie – z czym nie mogę się zgodzić – Trybunał zupełnie marginalnie potraktował w swoich rozważaniach dobro kobiet, w tym ich konstytucyjne prawa i wolności. Nie dostrzegł po stronie matki dziecka żadnych innych niż jej życie dóbr, które mogłyby uzasadniać ograniczenie prawnej ochrony życia w fazie prenatalnej w przypadku ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. W rozważaniach umknęło tymczasem uwadze Trybunału, że wystąpienie – co do zasady niezawinionych przez kobietę, a więc losowych – okoliczności, jakimi są wymienione patologie rozwoju płodu, może nakładać na kobietę ciężary i ograniczenia znacznie przekraczające te, jakie mogła przewidywać, podejmując decyzję o zajściu w ciążę. Zapewne niektóre kobiety zdecydują się w takich sytuacjach podjąć ryzyko kontynuowania ciąży i ponieść konsekwencje związane z narodzinami dziecka z kwalifikowanymi upośledzeniami lub nieuleczalną chorobą zagrażającą jego życiu. Dla innych kobiet tego typu obciążenia będą jednak nie do udźwignięcia. Znaczenie dla ich decyzji będą miały bardzo różnorodne czynniki, w tym zapewne natura i stopień patologii rozwoju płodu, a także stan ich zdrowia, sytuacja życiowa, otoczenie rodzinne czy wreszcie stopień (lub raczej brak) wsparcia ze strony państwa. Ustawodawca, rozstrzygając konflikt dóbr, założył, że ziszczenie się przesłanki ciąży obciążonej dużym prawdopodobieństwem ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu – kreuje sytuację szczególną i życiowo niezwykle trudną. Moim zdaniem, nie istnieją dostatecznie silne argumenty, żeby uznać, że w takiej sytuacji, niezależnie od konkretnych składających się na nią okoliczności, dobro, jakim jest życie dziecka, przeważa nad dobrami przynależnymi kobiecie – a tak *de facto* przyjął Trybunał. Trybunał uczynił to na poziomie nazbyt ogólnym, radykalnie i arbitralnie odrzucając możliwość pozostawienia kobietom – nawet w najbardziej dramatycznych okolicznościach – wolności wyboru.

Z konstytucyjnego punktu widzenia, kobieta jest podmiotem mającym prawo oczekiwać od państwa ochrony jej godności, życia i zdrowia również w sytuacjach związanych z ciążą. Jako podmiot konstytucyjnych praw i wolności nie może być uprzedmiotowiana, traktowana przez państwo instrumentalnie jako środek realizacji – jak to ujmuje Trybunał – „prokreacyjnej funkcji rodziny". Tak więc centralną wartością konstytucyjną, która musi być brana pod uwagę podczas oceny ustawowych przepisów regulujących zakres i zasady dopuszczalnego przerwania ciąży, powinna być również godność (podmiotowość) kobiet oraz związane z nią prawo do ochrony życia i zdrowia.

W tym kontekście podzielam pogląd L. Garlickiego, który, powołując się na tezy orzecznicze niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego, stwierdził, iż „zasada godności istoty ludzkiej – z punktu widzenia sytuacji prawnej matki – oznacza, że nie można przyszłej matce narzucać takich poświęceń, które istotnie przekraczałyby zwykłą miarę utrudnień i ofiar, jakie wynikają z ciąży, porodu i wychowania dziecka" (zdanie odrębne STK L. Garlickiego do orzeczenia o sygn. K 26/96). Wymaganie od kobiet postaw heroicznych – w imię urzeczywistnienia standardów moralności, co do których, moim zdaniem, nie było i nie ma konstytucyjnego konsensusu – jest nie tylko niesprawiedliwe w znaczeniu art. 2 Konstytucji, ale także niegodziwe w potocznym tego słowa znaczeniu (tym bardziej, gdy państwo zaniedbuje swoje obowiązki związane z zapewnieniem szczególnej opieki i wsparcia matce przed i po urodzeniu dziecka).

3.3.1.1. Art. 68 ust. 1 i 3 Konstytucji – zupełnie niedostrzeżone przez Trybunał w niniejszej sprawie – gwarantuje każdemu prawo do ochrony zdrowia, w tym podkreśla, że władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej kobietom ciężarnym. Nie ulega dla mnie wątpliwości, że jednym z celów uchwalenia ustawy o planowaniu rodziny była właśnie ochrona życia i zdrowia kobiet przed zagrożeniami związanymi z poddawaniem się zabiegom przerywania ciąży w tzw. szarej strefie. Po zmianach przyjętych w

1996 r. ustawa ta nie tylko określa materialne i temporalne przesłanki dopuszczalności przerwania ciąży, ale także zawiera gwarancje proceduralne (w tym konieczność uzyskania opinii lekarza innego niż lekarz przeprowadzający zabieg, konieczność dokonania zabiegu w szpitalu) oraz socjalne (prawo do bezpłatnego przerwania ciąży w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej), które mają zapewnić kobietom najwyższy możliwy standard medyczny takich zabiegów, a tym samym wykluczyć zagrożenia dla życia i zdrowia, jakie wiązać się mogą z poddaniem się aborcji w warunkach tzw. podziemia aborcyjnego. W preambule u.p.r. mowa jest o tym, że „życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy do podstawowych obowiązków państwa, społeczeństwa i obywatela". Z kolei – w myśl art. 1 u.p.r. – prawo do życia podlega ochronie, w tym w fazie prenatalnej. Nie mam wątpliwości, że wyartykułowany przez ustawodawcę nakaz zapewnienia życiu ochrony oraz troski o życie i zdrowie nie dotyczy wyłącznie życia i zdrowia dziecka w fazie prenatalnej, ale także obejmuje życie i zdrowie kobiety ciężarnej. Art. 2 ust. 1 u.p.r. zobowiązuje administrację rządową i samorządową, w zakresie kompetencji, do zapewnienia kobietom w ciąży opieki medycznej, socjalnej i prawnej, w szczególności poprzez opiekę prenatalną nad płodem i opiekę medyczną nad kobietą w ciąży.

Tak więc ustawa o planowaniu rodziny tworzy złożony, wieloelementowy mechanizm prawny mający zapewniać ochronę kobiety ciężarnej przed zagrożeniami, jakie dla jej życia i zdrowia mogą wynikać z decyzji o poddaniu się zabiegowi przerwania ciąży w warunkach, w których nie są zapewnione standardy opieki zdrowotnej na poziomie zagwarantowanym przez tę ustawę.

Moim zdaniem, stworzenie mechanizmu ochrony życia i zdrowia kobiety ciężarnej na wypadek wystąpienia kwalifikowanych wad rozwoju płodu należy uznać za obowiązek ustawodawcy, wynikającą z art. 68 ust. 1 i 3 Konstytucji. Przy czym mechanizm taki powinien też gwarantować realność (efektywność) ochrony życia i zdrowia kobiety ciężarnej w stopniu – jak wskazuje art. 68 ust. 3 Konstytucji – „szczególnym".

Uważam, że Trybunał, decydując o nakazaniu kobietom ciężarnym kontynuowania ciąży mimo stwierdzenia okoliczności opisanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., nie uwzględnił konstytucyjnych gwarancji przysługującym im z mocy z art. 68 ust. 1 i 3 Konstytucji, w tym ich prawa do adekwatnej opieki zdrowotnej w zakresie diagnostyki, warunków szpitalnych, zaopatrzenia medycznego.

Moje zastrzeżenia budzi nieuwzględnienie przez Trybunał istotnych skutków, będących następstwem usunięcia z systemu prawa zaskarżonej regulacji, dla ochrony życia i zdrowia kobiet. Według danych statystycznych, przesłanka embriopatologiczna była dotychczas najczęstszą przyczyną legalnych zabiegów przerwania ciąży. W dotychczasowym stanie prawnym ustawodawca pozostawiał kobiecie decyzję o kontynuowaniu albo przerwaniu ciąży w przypadku, gdy istniało duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu lub nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Przerwanie ciąży z tej przyczyny nie wymagało przy tym wykazania związku między upośledzeniem płodu lub jego nieuleczalna chorobą a zagrożeniem życia i zdrowia kobiety.

Tymczasem – czego Trybunał w ogóle nie uwzględnił – nie tylko hipotetycznie występują stany faktyczne, w których w przypadku wystąpienia wad embriopatologicznych wraz z rozwojem płodu rośnie również zagrożenie dla zdrowia i życia matki. Im bardziej zaawansowana ciąża, tym większe staje się ryzyko wystąpienia powikłań z nią związanych, takich jak wewnątrzmaciczne obumarcie płodu, zakażenie wewnątrzmaciczne, krwawienie i krwotoki, incydenty zakrzepowo-zatorowe w połogu itp. Wyeliminowanie z systemu prawnego samodzielnej przesłanki embriopatologicznej spowoduje zatem, że legalne przerwanie ciąży w takich okolicznościach będzie wymagało dodatkowo ustalenia wystąpienia negatywnych skutków dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, co będzie możliwe najczęściej na zdecydowanie

późniejszym etapie ciąży. Przesunie się zatem moment podejmowania decyzji w kwestii przerwania ciąży, co z perspektywy ochrony życia i zdrowia kobiety może przynieść niepożądane skutki, nie wzmacniając wcale ochrony życia płodu.

Nie mogę nie dostrzec, że zmuszanie matki do oczekiwania na – często prawdopodobne w stopniu graniczącym z pewnością – obumarcie płodu, w sposób oczywisty znacznie zwiększa ryzyko dla jej życia i zdrowia, w tym zdrowia psychicznego. Ten ostatni aspekt troski o dobrostan kobiety także powinien był być przez Trybunał wzięty pod uwagę. Warto podkreślić, że konsekwencją przyjętej w wyroku o sygn. K 1/20 metodologii oceny konfliktu dóbr, która nie uwzględnia zdrowia psychicznego kobiety, może w przyszłości – w razie zainicjowania stosownego postępowania przed Trybunałem – stać się uznanie przesłanki opisanej w art. 4a ust. 1 pkt 3 u.p.r. za niezgodną ze standardem konstytucyjnym ustalonym w wyroku o sygn. K 1/20. W ten sposób doszłoby do delegalizacji (i kryminalizacji) przerywania ciąży będącej wynikiem czynu zabronionego, a więc w przypadku ziszczenia się przesłanki powszechnie akceptowanej w naszym kręgu cywilizacyjnym. Argument ten wskazuję, aby unaocznić, że nazbyt powierzchownie przeprowadzony w niniejszej sprawie test proporcjonalności może przynieść szerokie i nieoczekiwane skutki.

Z tych powodów wyrażam sprzeciw wobec uznania przez Trybunał zupełnej odrębności przesłanek opisanych w art. 4a ust. 1 u.p.r. w punktach 1 i 2.

3.3.1.2. Uważam ponadto, że analiza problemu konstytucyjnego w niniejszej sprawie powinna być również wzbogacona o ustalenia wynikające z art. 31 ust. 1 i 2, art. 47 i art. 53 ust. 1 Konstytucji, które – obok art. 30 Konstytucji – wyrażają różne, acz jednocześnie uzupełniające się, gwarancje podmiotowości i autonomii jednostki. Niedostrzeżenie ich przez Trybunał zawęziło perspektywę oceny regulacji dopuszczającej przerwanie ciąży z przyczyn embriopatologicznych przez nieuwzględnienie istotnego aspektu związanego z wolnością kobiety i jej prawem do decydowania o swoim życiu osobistym. Przyznanie jednostce prawa do decydowania o jej życiu osobistym opiera się na założeniu wolności sumienia, rozumianego jako zdolność jednostki do samodzielnej intelektualnej oceny własnych aktów jako dobrych albo złych (zob. M. Wild, uwaga 81 do art. 47, [w:] *Konstytucja RP…*). Jak przypomniał Trybunał w wyroku z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14 (OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143), konstytucyjna wolność sumienia wymaga zrealizowania co najmniej dwóch podstawowych warunków, bez których nie można mówić o poszanowaniu tej wolności przez porządek prawny. „Z jednej strony, jest to zapewnienie wolności przyjmowania przez daną osobę zespołu poglądów i reguł moralnych, filozoficznych, religijnych i społecznych oraz postępowania zgodnie z nimi; zmuszanie do działań sprzecznych z sumieniem stanowiłoby naruszenie niezbywalnej godności człowieka. Z drugiej strony, warunkiem realizacji wolności sumienia jest zapewnienie, że nikt nie będzie zmuszał innych do podporządkowania się nakazom, które – w swoim sumieniu – każda z tych osób uznaje za obowiązujące” (tamże). Dlatego, moim zdaniem, wynikająca z godności podmiotowość kobiety powinna obligować państwo do pozostawienia jej autonomii w zakresie podejmowania – w zgodzie z jej sumieniem – decyzji o dalszych losach dziecka i jej samej w „sytuacjach krańcowych”.

Trybunał w niniejszej sprawie – tak w płaszczyźnie interpretacyjnej, jak i argumentacyjnej – przyjął wyłącznie perspektywę radykalnego spojrzenia *pro life*, nie biorąc pod uwagę w zasadzie żadnych innych argumentów, choć – co podkreśliłem wyżej – przepisy Konstytucji wykluczają rozwiązania skrajne.

3.3.1.3. Trybunał, analizując treść przesłanek określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., zauważył, że mogą one obejmować bardzo zróżnicowane przypadki. Nie zbadał jednak wszechstronnie, jakie dokładnie klasy okoliczności mogą być kwalifikowane do zakresu stosowania ocenianej regulacji. Uważam, że prawidłowa ocena proporcjonalności wymagała uwzględnienia każdego hipotetycznego przypadku, który może się mieścić w zakresie zasto-

sowania art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., zwłaszcza „skrajnego", w którym konflikt chronionych dóbr ujawnia się najmocniej. Ustalenia tego rodzaju wymagały zbadania praktyki stosowania prawa, co jest typowym elementem procesu kontroli konstytucyjności prawa. Tak jak Trybunał – przynajmniej na poziomie deklaratywnym – rozważał przypadki, w których możliwe jest dokonywanie zabiegów leczniczych w łonie matki czy wdrażanie jak najdokładniejszych i najnowocześniejszych metod diagnostycznych, tak samo powinien był wziąć pod uwagę przypadki, wobec których wiedza medyczna i metody lecznicze nadal pozostają bezradne, a następnie rozważyć, czy w takich przypadkach autorytatywne rozstrzygnięcie konfliktu dóbr *in abstracto* przez ustawodawcę (a tym bardziej przez sam Trybunał) jest dopuszczalne i w ogóle możliwe.

Jak już zasygnalizowałem, ze względu na ryzyko występowania takich krańcowych sytuacji, w których ochronę kobietom gwarantowała regulacja zakwestionowana w sprawie o sygn. K 1/20, skutki derogacji art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. należało rozważyć również z punktu widzenia gwarancji określonych w art. 40 Konstytucji. W wielu wypadkach pozbawienie kobiety możliwości przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych może być dla niej dolegliwe w takim stopniu, który można już kwalifikować jako nieludzkie lub poniżające traktowanie. Jak wskazuje się w literaturze, poniżające traktowanie to ingerencja w fizyczną lub psychiczną integralność człowieka, wywołująca u niego takie doznania, jak strach, stres, podporządkowanie, upokorzenie, upodlenie lub zniewolenie. Podstawowe znaczenie mają tu więc okoliczności subiektywne (P. Daniluk, *Zakaz tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania oraz niedobrowolnych eksperymentów naukowych w kontekście leczenia bez zgody*, „Przegląd Sejmowy" nr 1 z 2012 r., s. 176-177). Likwidacja odrębnej przesłanki embriopatologicznej spowoduje, że właśnie w najtrudniejszych okolicznościach kobieta nie będzie miała dostępu do legalnie przeprowadzonego przez lekarza zabiegu przerwania ciąży, przez co państwo w tym tak sensytywnym obszarze nie wywiąże się ze swego obowiązku zapewnienia efektywnej ochrony praw i wolności kobiety. W stanowisku Trybunału dostrzegam w tym zakresie nieuprawnione na gruncie prawnym założenie, że kobieta może skorzystać ze swej wolności w sposób nieodpowiedzialny.

3.3.1.4. Wreszcie, badając proporcjonalność regulacji dopuszczającej legalne przerwanie ciąży z przyczyn embriopatologicznych, Trybunał powinien był wziąć pod uwagę, jak w świetle standardu konstytucyjnego wymaganego przez art. 69 i art. 71 Konstytucji wygląda obecnie system świadczeń związanych z niepełnosprawnością dziecka, i czy – w szczególności wystarczającym wsparciem finansowym w tym zakresie może być nieprzyznawane w trakcie ciąży świadczenie w wysokości 4 000 zł. W tym aspekcie można zwłaszcza przypomnieć niewykonanie przez ustawodawcę wyroku Trybunału z dnia z 21 października 2014 r., sygn. K 38/13 (OTK ZU nr 9/A/2014, poz. 104), dotyczącego świadczeń dla opiekunów osób niepełnosprawnych.

3.3.2. Nieadekwatne zastosowanie tezy o „symetryczności" dobra poświęcanego względem dobra chronionego.

Po drugie, Trybunał, dokonując porównania w niniejszej sprawie dóbr kolidujących, sformułował daleko idący (nawet w świetle orzeczenia o sygn. K 26/96) pogląd, zgodnie z którym wyłącznie ochrona dobra o charakterze „analogicznym" może uzasadniać ograniczenie ochrony dóbr (życia) dziecka poczętego. Trybunał odwołał się do koncepcji symetrii dóbr poświęcanego i ratowanego, zastosowanej w wyroku z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07 (OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126), w którym przyjął, że „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 symetrii dóbr: poświęcanego i ratowanego". Mam poważne wątpliwości co do tego, czy merytorycznie poprawnym zabiegiem było ustalenie standardu konstytucyjnego wiążącego ustawodawstwo aborcyjne poprzez odwołanie się do standardu wypracowanego na gruncie regulacji służących zapobieganiu atakom terrorystycznym. Niezależnie jednak od tego zastrzeżenia, uważam, że przyjęcie przez Trybunał określonej „hierarchii" dóbr prawnie relewantnych (samo w sobie obarczone ryzykiem nadużycia kompetencji trybunalskiej w zakresie interpretacji) nie mogło jeszcze stanowić wystarczającego argumentu, aby przyjąć określoną (*in casu* negatywną) ocenę sposobu rozwiązania przez ustawodawcę konfliktu tych dóbr. Jak trafnie zwracali na to uwagę m.in. W. Wróbel i T. Gizbert-Studnicki (zob. wyżej przytoczone poglądy autorów), dokonując tego typu oceny, należało uwzględnić również inne okoliczności, w tym w szczególności naturę dóbr obejmowanych ochroną prawną oraz istotę regulowanej materii. W niniejszej sprawie chodziło o ocenę przez Trybunał sposobu rozstrzygnięcia przez ustawodawcę konfliktu między potrzebą ochrony życia dziecka w fazie prenatalnej (nasciturusa) oraz potrzebą ochrony praw i wolności konstytucyjnych mających gwarantować poszanowanie godności, życia, zdrowia i innych doniosłych interesów matki. Nie podzielam założenia Trybunału, zgodnie z którym tylko „symetryczne" dobro matki – jej życie – mogłoby uzasadniać przerwanie ciąży. Nie sposób nawet jednoznacznie rozstrzygać, na ile rzeczywiście między ochroną życia w fazie prenatalnej oraz ochroną życia w fazie postnatalnej miałaby zachodzić „symetria". Zwracał na to uwagę L. Garlicki, stwierdzając, że „[w] normalnych bowiem warunkach biologicznych płód pozostaje – do chwili porodu – w organizmie matki, stanowiąc jednocześnie część tego organizmu oraz twór o samoistnym charakterze. Ciąża oznacza więc pojawienie się szczególnej zależności i szczególnego związku pomiędzy matką a płodem, które nie mają żadnych odpowiedników w innych etapach istnienia człowieka" (zdanie odrębne SKT L Garlickiego od orzeczenia o sygn. K 26/96). Odwołując się do orzecznictwa niemieckiego Sądu Konstytucyjnego, można powiedzieć, że w okresie ciąży matka i dziecko stanowią „dwoje w jednym".

Uważam, że ze względu na tę zależność życia w fazie prenatalnej od matki nie można traktować dóbr, jakimi są, z jednej strony, ochrona tego życia oraz, z drugiej strony, życie i zdrowie matki, jako antagonistycznych czy „konkurujących". Nie można również kierować się logiką pełnej symetrii dobra poświęcanego do dobra chronionego, a więc logiką „życie za życie", pozwalającą uznać, że tylko zagrożenie życia kobiety może konstytucyjnie uzasadniać przerwanie ciąży. Tej specyficznej natury dobra prawnego, jakim jest życie w fazie prenatalnej, Trybunał w niniejszej sprawie w ogóle nie dostrzegł. Tymczasem, w mojej opinii, uwzględnienie tej okoliczności mogłoby prowadzić do zupełnie odmiennych konkluzji niż ta, że życie człowieka w fazie prenatalnej, w pełni zależne od organizmu matki, wymaga – zwłaszcza w przypadku kolizji z dobrami matki – ochrony prawnej równie intensywnej jak ochrona prawna życia człowieka w fazie postnatalnej, kiedy w normalnych warunkach biologicznych życie to może rozwijać się już samodzielnie. Podzielam również ten pogląd L. Garlickiego, w świetle którego dostrzeżenie naturalnej specyfiki życia w fazie prenatalnej „nie musi (…) przesądzać o uznaniu, że życie nienarodzone ma niższą wartość, stanowiąc jak gdyby życie «drugiej kategorii». Przesądza to natomiast o konieczności uznania, że prenatalny okres życia jest czymś innym od okresu postnatalnego, a tym samym, że nie ma podstaw do zacierania różnić między nimi. Także więc regulacje prawne mogą i powinny dawać wyraz tej różnicy" (tamże).

3.3.3. Podsumowując tę część rozważań, chcę raz jeszcze podkreślić, że nie kwestionuję uznania przez Trybunał, że życie w fazie prenatalnej jest wartością konstytucyjną. Kwe-

stionuję natomiast to, że Trybunał – badając proporcjonalność ograniczenia ochrony życia w fazie prenatalnej, które polega na możliwości przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych do czasu uzyskania przez dziecko zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, oraz dokonując wyważenia kolidujących ze sobą dóbr – nie uwzględnił w stopniu dostatecznym konstytucyjnych nakazów w zakresie ochrony godności, życia i zdrowia kobiety. Uważam, że Trybunał w sposób wadliwy przeprowadził tzw. test proporcjonalności, afirmując jedno z ważonych dóbr – życie w fazie prenatalnej. Jednocześnie zdeprecjonował dobra, prawa i wolności konstytucyjne kobiety, które uzasadniały wynikające z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. ograniczenie ochrony życia w fazie prenatalnej. Moim zdaniem, takimi dobrami są właśnie godność, życie i zdrowie kobiety.

4. Zarzut dyskryminacji dziecka poczętego ze względu na stan zdrowia (kwestia adekwatności wzorca z art. 32 Konstytucji).

Drugi zarzut podniesiony przez grupę posłów wobec regulacji ujętej w art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. sprowadzał się do twierdzenia, że przepisy te legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nienarodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nienarodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację. Zarzut taki, podniesiony jako „ewentualny" na wypadek nieuwzględnienia przez Trybunał zarzutu naruszenia art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, wnioskodawcy uzasadniają tym, że „zaskarżony przepis [art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.] nie posługuje się kryteriami różnicowania w zakresie prawa do życia", ponieważ „z jednej strony nie dopuszcza aborcji, gdy nieuleczalna choroba zagraża życiu płodu, prowadząc «jedynie» do inwalidztwa urodzonego dziecka, z drugiej strony natomiast dopuszcza aborcję, gdy takie samo lub podobne inwalidztwo wynika z wady genetycznej płodu. Nie istnieje rozsądne wytłuczenie, dlaczego porównywalne uszczerbki miałyby uzasadniać aborcję w przypadku, w którym wynikają oną z wady genetycznej płodu, a nie uzasadniały jej natomiast w przypadku, w którym wiążą się z chorobą doświadczaną przez płód" (wniosek z 19 listopada 2019 r., s. 25). Z kolei art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. „istotnie różnicuje zatem zakres ochrony życia ludzkiego przed urodzeniem w aspekcie temporalnym w zależności od tego, czy człowiek w fazie prenatalnej postrzegany jest jako zdrowy czy też dotknięty upośledzeniem albo chorobą – a zatem ze względów eugenicznych" (tamże). Trybunał ujętego w ten sposób zarzutu nie rozpoznał, uznając to za zbędne. Tymczasem, moim zdaniem, zarzut ten – nawet w przypadku nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji – w ogóle nie nadawał się do merytorycznego rozpoznania z co najmniej dwóch powodów formalnych, a postępowanie w tym zakresie powinno zostać umorzone ze względu na niedopuszczalność orzekania.

Po pierwsze, na co Trybunał wielokrotnie zwracał uwagę, ocena zgodności z zasadą równości wysłowioną w art. 32 ust. 1 Konstytucji wymaga: „a) ustalenia, czy można wskazać wspólną cechę istotną określonych podmiotów, co wymaga przeprowadzenia analizy treści i celu aktu normatywnego, w którym została zawarta kontrolowana norma prawna; b) stwierdzenia, czy prawodawca zróżnicował prawa lub obowiązki podmiotów znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji prawnie relewantnej; c) rozważenia, czy wprowadzone przez prawodawcę zróżnicowanie jest nierelewantnym, nieproporcjonalnym i nieadekwatnym konstytucyjnie odstępstwem od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych" (postanowienie z 22 lipca 2015 r., sygn. SK 20/14, OTK ZU nr 7/A/2015, poz. 115). Wykazanie dodatkowo naruszenia art. 32 ust. 2 Konstytucji wymaga zaś „przedstawienia innych argumentów niż twierdzenie, że naruszano nakaz równego traktowania podmiotów podobnych. Aby dowieść naruszenia art. 32 ust. 2 Konstytucji, należy wykazać w szczególności, że a) różnicowanie opiera się na indywidualnej osobowej cesze adresata normy oraz b) wprowa-

dzone kryterium różnicowania jest zakazane konstytucyjnie" (tamże). To na podmiocie inicjującym postępowanie przed Trybunałem spoczywa obowiązek należytego zdefiniowania kryterium wspólnej cechy istotnej (relewantnej), na podstawie której miałoby dochodzić do kwestionowanego zróżnicowania (czy wręcz dyskryminacji). Tymczasem w niniejszej sprawie treść uzasadnienia skierowanego do Trybunału wniosku nie pozwala ustalić, sytuacja prawna których grup podmiotów miałaby podlegać porównaniu z uwzględnieniem tzw. testu równości: sytuacja płodów przed końcem 22. tygodnia ciąży dotkniętych ciężkimi i nieodwracalnymi upośledzeniami albo nieuleczalnymi chorobami zagrażającymi ich życiu w stosunku do dzieci narodzonych z niepełnosprawnościami; sytuacja płodów dotkniętych poważnymi wadami rozwojowymi w stosunku do sytuacji płodów rozwijających się bez medycznych powikłań, czy wreszcie sytuacje różnych grup płodów wyróżnionych na podstawie medycznej kwalifikacji upośledzeń lub chorób ich rozwoju.

Po drugie, niezależnie od powyższego, treść uzasadnienia wniosku rozpoznawanego w niniejszym postępowaniu świadczy, moim zdaniem, o tym, że wątpliwości konstytucyjne grupy posłów wynikają w istocie z nadmiernej – w ocenie wnioskodawców – niedookreśloności (nieprecyzyjności) ustawowych kryteriów medycznego kwalifikowania wad rozwoju płodów jako umożliwiających podjęcie decyzji o przerwaniu ciąży. Zróżnicowane traktowanie dzieci w fazie prenatalnej jest w tym ujęciu skutkiem braku dochowania standardów poprawnej legislacji. Taki zarzut powinien być jednak rozpoznany na podstawie wzorców kontroli innych niż art. 32 Konstytucji.

5. Zarzut naruszenia poprawnej legislacji (kwestia zgodności z art. 2 Konstytucji i braku adekwatności art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji).

Trzeci z zarzutów sformułowanych we wniosku grupy posłów dotyczył braku zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. z konstytucyjnymi standardami poprawnej legislacji. Zdaniem wnioskodawców, przepisy te posługują się niedookreślonymi kryteriami legalizacji przerywania ciąży, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne ochrony życia. Również w tym zakresie Trybunał uchylił się od merytorycznej oceny, uznając to za zbędne. Tymczasem, moim zdaniem, to właśnie problem precyzyjności regulacji stanowił najmocniej umocowany konstytucyjnie zarzut przedstawiony we wniosku – w szczególności, gdyby należycie została zdiagnozowana przez Trybunał zależność między praktyką stosowania przepisów (co do której wnioskodawcy mieli zdecydowanie negatywny stosunek przynajmniej w odniesieniu do niektórych kategorii wad rozwoju płodu, m.in. zespołu Downa lub zespołu Turnera) oraz sposobem legislacyjnego ich skonstruowania.

5.1. Kwestia zgodności ze standardami poprawnej legislacji.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa trybunalskiego, nie budzi wątpliwości to, że wymaganie precyzyjności (określoności) przepisów prawa – jako element konstytucyjnego standardu poprawnej legislacji – jest niezbędnym warunkiem urzeczywistnienia zasady praworządności w państwie prawnym. Precyzyjność regulacji umożliwia bowiem adresatom prawnych nakazów i zakazów ustalenie treści powinnego zachowania oraz ewentualnych konsekwencji wynikających z naruszenia prawa. Niemniej jednak – z uwagi na sam charakter języka prawnego – ustawodawca nie ma możliwości całkowicie uniknąć wszelkich niejasności, w szczególności w tzw. przypadkach granicznych. Treść przepisów prawnych wyrażana jest w języku powszechnym, który z natury rzeczy nie jest doskonałym narzędziem. Dlatego też w orzecznictwie Trybunału o zasadzie określoności mówi się raczej jako o zasadzie nakładającej na ustawodawcę obowiązek dochowania możliwie maksymalnej staranności podczas redagowania przepisów prawa tak, aby było one „dostatecznie" precyzyjne. Niemniej „stopień określoności konkretnych regulacji podlega każdorazowej relatywizacji w odniesieniu do oko-

liczności faktycznych i prawnych, jakie towarzyszą podejmowanej regulacji. Relatywizacja ta stanowi naturalną konsekwencję nieostrości języka, w którym redagowane są teksty prawne oraz różnorodności materii podlegającej normowaniu. Z powyższych względów na ustawodawcy ciąży obowiązek tworzenia przepisów prawa możliwie najbardziej określonych w danym wypadku, zarówno pod względem ich treści, jak i formy" (wyrok z 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 138). Ocena konstytucyjności przepisów prawa z punktu widzenia wymogu ich określoności ma – jak podkreślił Trybunał – charakter złożony i musi uwzględniać dwa wymiary. „Po pierwsze, w odniesieniu do analizy samej określoności uwzględnić należy najpierw wspomniane wyżej aspekty testu określoności (precyzyjność, jasność, poprawność), a następnie we właściwej proporcji odnieść je do charakteru badanej regulacji. Drugą płaszczyznę stanowi kontekst aksjologiczny, w jakim przeprowadzana jest kontrola konstytucyjności norm. Na kontekst ten składa się wykładnia całości reguł, zasad i wartości konstytucyjnych, z którymi skonfrontowana musi zostać badana norma, wyinterpretowana z przepisu poddanego wcześniej kontroli z formalnego punktu widzenia (określoności właśnie). Tym samym naruszenie wymogu określoności nie może być automatycznie identyfikowane jako forma niekonstytucyjności przepisu. Jak zauważa się w piśmiennictwie, nieosiągnięcie wymaganego poziomu określoności nie może być uznane za warunek wystarczający do uznania niekonstytucyjności przepisu (…)" – (tamże). Poprawność posłużenia się w tekście przepisu prawa pojęciem czy wyrażeniem niedookreślonym zależy w szczególności od specyfiki dziedziny podlegającej regulacji (zob. wyrok z 25 maja 2016 r., sygn. Kp 2/15, OTK ZU A/2016, poz. 23).

Specyfika niektórych dziedzin podlegających regulacji najczęściej wymaga również od ustawodawcy wyważenia różnych kolidujących dóbr objętych ochroną systemu prawnego. Jest tak niewątpliwie – jak wynika z powyższych rozważań – w kwestiach dotyczących aborcji. Teoretycznie ustawodawca może zastosować dwa sposoby unormowania takich spraw: „albo w płaszczyźnie abstrakcyjnej, wskazując za pomocą norm generalnych sytuacje, w których ochrona lub realizacja jednego z praw lub wolności (wartości) konstytucyjnych zyskuje prymat nad innymi, albo też przekazując kompetencje do rozstrzygnięcia tej kolizji *in concreto* innym podmiotom, wskazując jednocześnie kryteria takiego rozstrzygnięcia" (W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, [w:] *Konstytucyjna formuła…*, s. 30). Każda ze wskazanych metod regulacji niesie ze sobą określone szanse i zagrożenia. Moim zdaniem, uregulowanie problematyki aborcyjnej w pierwszy z opisanych sposobów nie jest praktycznie w ogóle możliwe, ponieważ wikłałoby ustawodawcę w nadmierną kazuistykę (i tak obarczoną niedoskonałością z powodu obiektywnej niemożności skonstruowania wyczerpującego katalogu upośledzeń i chorób płodu oraz opisania poszczególnych form i stopni ich rozwoju) oraz narażałoby regulację na zarzut nieadekwatności (uwzględniając w szczególności stały, dynamiczny rozwój wiedzy medycznej i technik diagnostycznych w badaniach prenatalnych). Taki sposób regulacji oznaczałby ponadto ingerencję ustawodawcy w sferę odpowiedzialności lekarzy, którzy podejmują decyzje o kwalifikacji medycznej na podstawie wiedzy medycznej i zgodnie z rotą przyrzeczenia lekarskiego. Druga z opisanych metod regulacyjnych nakłada na lekarzy większy ciężar podejmowania decyzji – do czego, moim zdaniem, z racji posiadania specjalistycznej wiedzy naukowej z dziedziny medycyny mają jednak lepsze kwalifikacje niż ustawodawca – ale jednocześnie pozostawia również kobietom szerszą przestrzeń autonomii w podejmowaniu decyzji o przerwaniu ciąży w zgodzie z ich własnym sumieniem w „sytuacjach krańcowych". Pozwala uniknąć więc zarzutu nadmiernego paternalizmu państwa w stosunku do swoich obywateli. Pozostaje mi podzielić pogląd – wyrażony w kontekście konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa, której elementem jest poprawna legislacja – że „[u]strojodawca bardzo realistycznie ujmuje centralną zasadę organizowania życia wspólnoty politycznej. Zdaje sobie bowiem sprawę, że

czysty normatywizm (odrywający normy prawne od ich adresatów, będących bytami realnymi i osobowymi), nawet szanujący pewne wartości, nie będzie w stanie wykreować trwałej rzeczywistości społecznej, o ile nie uzyska akceptacji ze strony obywateli. Prawo stanowić się powinno tak, by wyrażało godziwą treść. Potem ma być realizowane w taki sposób, aby prowadzić ład społeczny i ekonomiczny do właściwych kształtów" (M. Zubik, *Prawo konstytucyjne współczesnej Polski*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 56).

Z tych powodów uważam, że uregulowanie w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. kryteriów prawnej dopuszczalności przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych przy użyciu pojęć i zwrotów niedookreślonych stanowiło nie tylko prawidłowy, ale także konieczny środek legislacyjny do osiągnięcia zamierzonego celu. Stopień nieprecyzyjności tego przepisu nie przekracza przy tym poziomu dopuszczalnego w świetle orzecznictwa trybunalskiego (por. np. wyrok z 22 listopada 2016 r., sygn. K 13/15, OTK ZU A/2016, poz. 88, w którym Trybunał nie dopatrzył się naruszenia standardów określoności przepisów prawa w przypadku przepisu wyłączającego zdolność zawarcia małżeństwa przez osobę dotkniętą „chorobą psychiczną" lub „niedorozwojem umysłowym"; użycie przez ustawodawcę tych pojęć Trybunał uznał za „jedyne rozsądne wyjście"). Zgodnie z konsekwentnie przyjmowanym stanowiskiem, „[d]la stwierdzenia niezgodności przepisu z Konstytucją nie wystarcza tylko i wyłącznie abstrakcyjne stwierdzenie niejasności tekstu prawa, wynikającej z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem czy zwrotem niedookreślonym. Nie w każdym wypadku nieprecyzyjne brzmienie lub niejednoznaczna treść przepisu uzasadniają tak daleko idącą ingerencję w system prawny, jaką jest wyeliminowanie z niego tego przepisu w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Do wyjątków należą sytuacje, gdy dany przepis jest w takim stopniu wadliwy, że w żaden sposób, przy przyjęciu różnych metod wykładni, nie daje się interpretować w sposób racjonalny i zgodny z Konstytucją. (…) W świetle dotychczasowego orzecznictwa pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności czy nieprecyzyjności ma charakter *ultima ratio*. Z uwagi na zasadę stosowania wykładni zgodnej z Konstytucją stwierdzenie niekonstytucyjności z powołaniem się na zasadę określoności przepisu możliwe jest wówczas, gdy nie sposób usunąć wątpliwości wskutek zastosowania reguł wykładni (…)" – (wyrok z 13 lipca 2011 r., sygn. K 10/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 56, wraz z przywołanymi tam judykatami). Uważam, że stopień nieprecyzyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. tak ujętych standardów nie naruszał. Oczywiście, wyznaczenie przez ustawodawcę kryteriów podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży z przyczyn embriopatologicznych poprzez użycie pojęć i zwrotów niedookreślonych może nieść pewne zagrożenia polegające na tym, że w praktyce na podstawie tej przesłanki do zabiegu przerwania ciąży zaczną być kwalifikowane stany faktyczne, których ustawodawca nie zamierzał nią objąć. W razie zdiagnozowania takiej praktyki ustawodawca zachowuje jednak możliwość reakcji, która nie musi wcale polegać na całkowitym usunięciu przesłanki embriopatologicznej ani nawet na nowelizacji brzmienia art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. Ustawodawca zachowuje możliwość np. stworzenia adekwatnych proceduralnych mechanizmów prawnych ustalania standardów medycznych kwalifikacji upośledzeń i chorób płodów, w ramach których wypracowywanie takich standardów, ich aktualizowanie i ewentualnie korygowanie wymagałoby współudziału administracji publicznej odpowiedzialnej za ochronę zdrowia i samorządów lekarskich. Z takiej możliwości ustawodawca, niestety, nie zdecydował się skorzystać.

5.2. Nieadekwatność wzorca opisanego w art. 42 ust. 1 Konstytucji.

We wniosku inicjującym niniejsze postępowanie przed Trybunałem wnioskodawcy przyjęli, że art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie drugie u.p.r. – jak opisujące kontratyp – współokreślają znamiona przestępstwa przerwania ciąży, o którym mowa w art. 152 k.k., i nie spełniają standardów określoności (precyzji) przepisów karnych wynikających z art. 42 ust. 1

Konstytucji (zob. m.in. s. 27 i 28 uzasadnienia wniosku). Nie podzielam ani przyjętej przez wnioskodawców charakterystyki prawnokarnej natury art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., ani trafności odniesienia w stosunku do tego przepisu jako wzorca kontroli zasady określoności przepisów karnych wywodzonej z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji. Uważam bowiem, że art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie jest przepisem prawnokarnym i nie wyznacza żadnego kontratypu. Jest normą sankcjonowaną, określającą regułę powinnego zachowania się, do której odsyła art. 152 k.k.

Z analizy ewolucji przepisów karnych mających znaczenie dla ustalenia konsekwencji prawnych przerwania ciąży wynika, że sukcesywnie doszło do zmiany nie tylko konstrukcji, ale także samego przedmiotu ochrony. W miejsce „życia dziecka poczętego" (zob. art. 149a i art. 149b ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.; dalej: d.k.k.) od 4 stycznia 1997 r. przedmiotem ochrony normy prawnej stała się formalnie „ciąża" kobiety (zob. art. 152 i art. 153 k.k.). Przedmiotem ochrony stał się również porządek prawny, a mianowicie przestrzeganie przepisów ustawy o planowaniu rodziny wyznaczających warunki dopuszczalności przerwania ciąży. Zmieniła się także konstrukcja przepisów karnych. W miejsce samodzielnego typu przestępstwa (zob. art. 149a § 1 d.k.k. i wskazane w dalszych paragrafach tego przepisu kontratypy) skonstruowano normę karną odsyłającą do normy sankcjonowanej wysłowionej w art. 4a u.p.r. W mojej opinii, kierunek zmian legislacyjnych oddaje takie rozumienie art. 38 Konstytucji, które zobowiązuje państwo do objęcia życia w fazie prenatalnej ochroną prawną, lecz bez nadawania tej ochronie absolutnego charakteru. Na tle regulacji prawnokarnych jest to tym bardziej zrozumiałe, że interpretacja bezwzględnej ochrony życia, jeśli miałaby wynikać z art. 38 Konstytucji, uniemożliwiałoby stosowanie w odniesieniu do typów przestępstw chroniących życie ludzkie kontratypów obrony koniecznej czy stanu wyższej konieczności.

W związku z uchyleniem art. 149a d.k.k. i art. 149b d.k.k. oraz zmianą konstrukcji prawnokarnej ochrony życia w fazie prenatalnej, nie podzielam poglądu, jakoby art. 4a u.p.r. stanowił obecnie kontratyp. Na tle obowiązującego prawa dokonywanie aborcji jest dozwolone na warunkach określonych w przepisach ustawy o planowaniu rodziny. Przepis ten wraz z art. 152 k.k. współtworzy model częściowej kryminalizacji aborcji, dokonywanej za zgodą kobiety ciężarnej. Wyznacza granice dopuszczalności wykonania aborcji za zgodą kobiety ciężarnej, a nie określa wyjątki od zakazu takiej aborcji. Przepis art. 4a u.p.r., do którego odsyła art. 152 § 1 i 2 k.k, współtworzy normę karną. Dlatego trudno jest, moim zdaniem, regułę powinnego zachowania się – czyli normę sankcjonowaną, określającą możliwość dokonywania aborcji jedynie na wskazanych w niej warunkach (*in casu*: art. 4a u.p.r.) – kwalifikować jednocześnie jako kontratyp skutkujący odstąpieniem od zastosowania normy sankcjonującej przewidzianej w art. 152 k.k. W przypadku przerwania ciąży za zgodą kobiety w sposób zgodny z art. 4a u.p.r. nie dochodzi do popełnienia przestępstwa. Odpowiedzialność karna za takie zachowanie jest wyłączona z uwagi na niewypełnienie znamion przestępstwa, a nie z powodu „kontratypu", który miałby być opisany art. 4a u.p.r. Konstrukcja art. 152 k.k. nie jest swoista, lecz jest spotykana w prawie karnym materialnym. Art. 107 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2020 r. poz. 19, ze zm.) przewiduje sankcję karną za urządzanie lub prowadzenie gier hazardowych wbrew przepisom ustawy (lub wbrew warunkom koncesji lub bez zezwolenia). Samo istnienie takiego przepisu karnego nie oznacza, że ustawowe przepisy regulujące zasady urządzania i prowadzenia gier hazardowych są kontratypami czynu zabronionego. Urządzanie i prowadzenie gier hazardowych nie jest czynem zabronionym, lecz penalizowane jest działanie z naruszeniem ustawowych (oraz określonych w koncesji) warunków, w jakich można je urządzać. Jeszcze wymowniejszy jest przykład obowiązującego do dnia 24 sierpnia 2005 r. przepisu art. 264 § 1 k.k. Przepis ten przewidywał odpowiedzialność karną za przekroczenie granicy państwa wbrew warunkom (z

naruszeniem) ustawy. Przyjęcie kontratypowego charakteru ówczesnych przepisów regulujących przekraczanie granic państwa wymagałoby założenia, że przekraczanie granicy państwa stanowiło co do zasady czyn zabroniony.

Rozważania powyższe nie przeczą oczywiście temu, że wyrok Trybunału, którego skutkiem będzie ograniczenie „warunków" prawnie dozwolonego przerywania ciąży, poszerzy – w razie braku interwencji ustawodawcy – przedmiotowe ramy regulacji karnej. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege* (wysłowionej w art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji), która wymaga ustawowej podstawy reakcji karnej. Wyrok Trybunału nie jest ustawą. Dopuszczalność wydania przez Trybunał wyroku – bez odroczenia terminu utraty mocy obowiązującej przepisów uznanych za niekonstytucyjne i bez pozostawienia ustawodawcy czasu na podjęcie interwencji ustawodawczej – w efekcie którego doszłoby do poszerzenia zakresu reakcji karnej, budzi moje zastrzeżenia (por. również stanowisko STK L. Garlickiego w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie K 26/96, w którym powołał orzeczenie włoskiego Sądu Konstytucyjnego o niedopuszczalności wydania przez ten Sąd rozstrzygnięcia, „z którego wynikałoby ustanowienie nowego stanu faktycznego uznanego za przestępstwo, jako że jest to zarezerwowane do wyłącznej kompetencji ustawodawcy"). Taki automatyzm działania wyroku Trybunału (przy założeniu możliwego braku jakiejkolwiek reakcji ustawodawcy, godzącego się w sposób milczący na bardzo szerokie poszerzenie odpowiedzialności karnej na podstawie art. 152 k.k. na skutek derogacji przez Trybunał jednej z przesłanek dopuszczalności przerwania ciąży) wywoła najpewniej dyskusję na temat zgodności z art. 42 ust. 1 Konstytucji regulacji wynikającej z art. 152 k.k. w związku z art. 4a u.p.r. (w brzmieniu ustalonym w wyroku o sygn. K 1/20) i niechybnie będzie wymagał wydania przez Trybunał kolejnego wyroku w tej kwestii.

6. Konsekwencje wyroku Trybunału.

Wyroku Trybunału wydanego w sprawie o sygn. K 1/20 nie mogę podzielić również z uwagi na ewentualne prawne i społeczne jego skutki.

Po pierwsze, wyrok ten – wobec braku określenia innej daty utraty mocy obowiązującej art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. – po jego opublikowaniu w „Dzienniku Ustaw" może automatycznie doprowadzić do poszerzenia zakresu prawnokarnej reakcji na czyny polegające na przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy o planowaniu rodziny. Trybunał stwierdził co prawda, że nie ustanawia nowego typu czynu zabronionego, niemniej nie ulega, moim zdaniem, wątpliwości, że na skutek wyroku czyny – polegające na przerwaniu ciąży z przyczyn embriopatologicznych, zanim uszkodzenia lub choroba płodu spowodują zagrożenie życia lub zdrowia matki – mogą zostać objęte odpowiedzialnością karną przewidzianą w art. 152 k.k. Wyrok o sygn. K 1/20 – w sposób automatyczny, bez żadnego udziału ustawodawcy – może zatem zrodzić oczywiste skutki prawotwórcze w zakresie regulacji karnej, poszerzając granice reakcji karnej. Tymczasem, w myśl art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, podejmowanie decyzji o zakresie i kształcie regulacji karnej powinno należeć do ustawodawcy. O ile można aprobować, aby prokonstytucyjna wykładania prawa karnego, w tym systemu jego źródeł, prowadziła do wniosku o możliwości automatycznego (bez udziału władzy ustawodawczej) skutku wyroku Trybunału w zakresie depenalizacji jakiegoś czynu zabronionego, o tyle wynikająca z samego wyroku Trybunału penalizacja określonych zachowań pozostaje w sprzeczności zarówno z rolą sądu konstytucyjnego, jak i z prawidłową wykładnią art. 42 ust. 1 Konstytucji. Wobec relatywnie szerokiej treści normatywnej art. 38 Konstytucji, a w szczególności braku bezpośredniego uregulowania problematyki aborcyjnej na szczeblu ustawy zasadniczej, polski parlament – w granicach wyznaczonych, z jednej strony, konstytucyjnym nakazem zapewnienia efektywnej ochrony życia i zdrowia kobiety, w szczególności kobiety ciężarnej, oraz, z drugiej strony, potrzebą zapewnienia ochrony życia w fazie prenatalnej, które również

jest wartością o charakterze konstytucyjnym – zachowuje kompetencję i możliwość podjęcia decyzji co do kształtu rozwiązań prawnych regulujących problematykę przerwania ciąży, w szczególności określenia polityki karania za wykonanie zabiegu aborcyjnego z naruszeniem warunków określonych w ustawie i sankcjonowania takiego zachowania normami prawnokarnymi.

Po drugie, skutkiem wyroku o sygn. K 1/20 będzie – co niewątpliwe – utrata mocy obowiązującej przez art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z dniem opublikowania wyroku w „Dzienniku Ustaw". Tym samym zdiagnozowanie ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu przestanie stanowić przyczynę uprawniającą do podjęcia przez kobietę decyzji o przeprowadzeniu zabiegu przerwania ciąży z zachowaniem wymagań i standardów medycznych wynikających z obowiązujących przepisów prawa. W mojej ocenie, doprowadzi to do efektów wtórnie niekorzystnych dla efektywności ochrony życia i zdrowia kobiety ciężarnej. Lekarze będą zmuszeni odmówić przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży do czasu, aż nie wystąpi bezpośrednie, realne zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety, będące efektem różnych powikłań mogących wynikać z kontynuowania ciąży dotkniętej poważnymi patologiami płodu. Biorąc pod uwagę dane statystyczne na temat tego, jaki jest odsetek zabiegów przerwania ciąży uzasadnianych przyczynami embriopatologicznymi wobec ogólnej liczby takich zabiegów, można wyrazić uzasadnione obawy o to, że przynajmniej część przypadków zasili tzw. podziemie aborcyjne. Wreszcie, pozostaje również kwestia wzmożenia zjawiska tzw. turystyki aborcyjnej w celu poddania się zabiegowi przerwania ciąży w innym kraju. Tymczasem to na polskich władzach publicznych spoczywa – w myśl art. 68 ust. 1 i 3 Konstytucji – obowiązek zapewnienia „szczególnej" opieki zdrowotnej kobietom w czasie ciąży. Polskiemu ustawodawcy powinno zależeć na zagwarantowaniu polskim obywatelkom możliwie najbezpieczniejszych warunków przeprowadzenia zabiegów przerwania ciąży z zachowaniem najwyższych standardów wiedzy medycznej; nie powinien się on – nawet w warunkach integracji europejskiej – zadowalać się zaufaniem do ustawodawstw i systemów opieki zdrowotnej innych krajów członkowskich. Z tych powodów uważam, że orzeczenie o niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. prowadzi do wtórnej niekonstytucyjności, gdyż powoduje, że pozostające w mocy elementy mechanizmu zawartego w ustawie o planowaniu rodziny nie gwarantują już kobietom ciężarnym ochrony życia, zdrowia i dostępu do opieki zdrowotnej w stopniu wymaganym przez art. 30, art. 38 i art. 68 ust. 1 i 3 Konstytucji. Do potencjalnych negatywnych skutków wyroku trzeba także zaliczyć możliwy regres w rozwoju badań prenatalnych.

Po trzecie, usunięcie art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. z systemu prawnego po wyroku o sygn. K 1/20 wywoła również nieuniknione skutki dla wykładni i stosowania – będącego poza kognicją Trybunału w niniejszej sprawie – art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. W korzystnej dla kobiet sytuacji, praktyka stosowania ustawy o planowaniu rodziny w kształcie wynikającym z wyroku Trybunału przesunie w czasie (przyspieszy) konieczność oceny opisanego w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. zagrożenia życia i zdrowia kobiety w kontekście zdiagnozowania wad rozwojowych płodu. Do ukształtowania się takiej – korzystnej z punktu widzenia ochrony życia i zdrowia matki – praktyki wykładni i stosowania przesłanki medycznej może jednak nie dojść z uwagi na, po pierwsze, znaczne ograniczoną możliwością stwierdzenia skutków wad rozwojowych płodu dla życia i zdrowia kobiety na wczesnych etapach ciąży, oraz, po drugie, obawy lekarzy przed odpowiedzialnością karną za kwalifikację ustalonego na wczesnym etapie ciąży ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu oraz nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu jako okoliczności uzasadniającej równocześnie wskazanie do aborcji na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. (obecnie tylko część stanów faktycznych zawiera się w obu przesłankach, a derogowany przepis zwalniał w praktyce lekarzy od konieczności rozpatrywania ich w kontekście samego zagrożenia życia lub zdrowia kobiety). Paradoksalnie więc, na skutek wyroku

Trybunału stopień niedookreśloności art. 152 k.k. – zdaniem wnioskodawców i tak już nadmierny – tylko wzrośnie. Nie jestem przekonany też co do tego, czy po wyroku o sygn. K 1/20 zadowalającym rozwiązaniem powinno być rozszerzenie w praktyce sposobu rozumienia art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r. – nie tylko z punktu widzenia ewentualnych zagrożeń dla życia i zdrowia kobiety, ale także ze względu na ewidentne osłabienie ochrony życia poczętego. Należy bowiem podkreślić, że o ile przerwanie ciąży na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. było dotąd możliwe wyłącznie do momentu uzyskania przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki (zob. art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r.), o tyle przerwanie ciąży na podstawie art. 4a ust. 2 pkt 1 u.p.r. możliwe jest – *de lege lata* – przez cały okres ciąży. Możliwe jest, że wyrok Trybunału, bez stosownej interwencji ustawodawcy, wywoła skutki odwrotne do tych zamierzonych przez Trybunał.

Po czwarte wreszcie, konsekwencje wyroku Trybunału w sprawie o sygn. K 1/20 wcale nie muszą ograniczać się „jedynie" do usunięcia przyczyn embriopatologicznych z katalogu przesłanek dopuszczalności przerwania ciąży. W istocie ustalenia poczynione przez Trybunał w tym wyroku – oparte na logice „życie za życie" – prowadzą do delegitymizacji właściwie wszystkich pozostałych ustawowych przesłanek. Skoro, jak uznał Trybunał, jedynie konieczność zapewnienia ochrony dobru co najmniej „symetrycznemu" w porównaniu z życiem w fazie prenatalnej może, zdaniem Trybunału, usprawiedliwiać odstąpienie od ochrony życia takiego dziecka – a takim dobrem, na co zdają się wskazywać wywody Trybunału, może być właściwie tylko życie matki – to wątpliwa staje się dopuszczalność przerwania ciąży nie tylko wtedy, gdy ciąża powstała w wyniku czyny zabronionego, ale także wtedy, gdy ciąża stanowi zagrożenie „jedynie" dla zdrowia kobiety ciężarnej. Przyjęte w wyroku o sygn. K 1/20 stanowisko Trybunału w sprawie charakteru i zakresu ochrony życia w fazie prenatalnej podaje w wątpliwość całość rozwiązań prawnych określających warunki dopuszczalności przerwania ciąży, ujętych w art. 4a u.p.r., które były dotychczas postrzegane jako tzw. kompromis aborcyjny. Nad społecznymi skutkami swojego rozstrzygnięcia wynikającymi z podważenia tego kompromisu Trybunał nie podjął wystarczającej refleksji.

7. Uwagi dotyczące postępowania przed Trybunałem w sprawie o sygn. K 1/20.

W toku rozpoznania niniejszej sprawy, na żadnym etapie postępowania, nie została uwzględniona i poddana ocenie Trybunału okoliczność, że sędzia Trybunału Konstytucyjnego K. Pawłowicz była współautorem – tożsamego co do treści z wnioskiem rozpoznanym w niniejszym postępowaniu – wniosku grupy posłów z 22 czerwca 2017 (data wpływu do Trybunału: 27 czerwca 2017 r.), zarejestrowanego pod sygn. K 13/17. Sędzia TK K. Pawłowicz – na swój wniosek – została wyłączona od udziału w rozpoznaniu sprawy o sygn. K 13/17. Wpływ powyższych okoliczności na postrzeganie bezstronności sędziego TK K. Pawłowicz w postępowaniu przed Trybunałem w sprawie o sygn. K 1/20 nie został jednak poddany ocenie Trybunału. Stosownego postępowania nie zainicjował żaden z legitymowanych podmiotów. Zbadania przywołanych okoliczności przez Trybunał nie żądała ani współautorka tożsamego co do treści wniosku w sprawie o sygn. K 13/17, ani uczestnicy postępowania przed Trybunałem w sprawie o sygn. K 1/20, ani mogący zainicjować stosowne postępowanie z urzędu Prezes TK. Brak procedowania przez Trybunał w tym zakresie oceniam negatywnie.

8. Podsumowanie.

8.1. W niniejszej sprawie Trybunał powinien był orzec, że art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze u.p.r. są zgodne z – rozumianymi w sposób prawidłowy – art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także są zgodne z zasadą prawi-

dłowej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji oraz nie są niezgodne z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji. W pozostałym zakresie postępowanie powinno zostać umorzone.

8.2. W wyroku o sygn. K 1/20 Trybunał sformułował tezy znacznie dalej idące niż tezy wyartykułowane w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. K 26/96. Nie podjął szerszej analizy tego, na ile ewolucja poglądu orzeczniczego jest uzasadniona w świetle przepisów Konstytucji, która weszła w życie po wydaniu orzeczenia w sprawie o sygn. K 26/96. Moim zdaniem, zarówno analiza prac konstytucyjnych nad art. 38 Konstytucji, jak i uwzględnienie niepowodzeń późniejszych prób zmiany brzmienia tego przepisu uzasadniają wniosek, że nie sposób doszukiwać się woli ustrojodawcy jednoznacznego rozstrzygnięcia ani zakresu, ani tym bardziej intensywności i form (środków) prawnej ochrony życia ludzkiego. Nie uważam, aby rezultaty wykładni art. 38 Konstytucji mogłyby zostać przełamane w niniejszej sprawie przez uwzględnienie art. 30 Konstytucji jako „związkowego" wzorca kontroli.

8.3. Ani art. 38 Konstytucji, ani żaden inny przepis konstytucyjny nie rozstrzygają wprost kwestii dopuszczalności albo niedopuszczalności przerywania ciąży. Art. 38 Konstytucji pozostawia ustawodawcy relatywnie szeroki zakres swobody decyzyjnej w sferze regulacji problematyki przerywania ciąży. Przyjęte w 1997 r. brzmienie przywołanego wzorca konstytucyjnego miało pozostawić demokratycznie legitymowanemu ustawodawcy możliwość podjęcia decyzji co do kształtu regulacji prawnej określającej przesłanki i warunki dopuszczalności dokonywania zabiegów przerywania ciąży.

8.4. Ustawa o planowaniu rodziny tworzyła złożony, wieloelementowy mechanizm prawny mający zapewniać ochronę kobiety ciężarnej przed zagrożeniami, jakie dla jej życia i zdrowia mogą wynikać z decyzji o poddaniu się zabiegowi przerwania ciąży w warunkach, w których nie są zapewnione standardy opieki zdrowotnej na poziomie zagwarantowanym przez tę ustawę. Zapewnienie opieki zdrowotnej kobiety ciężarnej jest obowiązkiem ustawodawcy wynikającym wprost z art. 68 ust. 1 i 3 Konstytucji.

8.5. W wyroku o sygn. K 1/20 nie uniknął jaskrawej jednostronności rozważań na temat problematyki aborcyjnej. Wywody trybunalskie zostały skoncentrowane na kwestii związanej z podmiotowością dziecka w fazie prenatalnej w kontekście prawnej ochrony jego godności i życia. Jednocześnie – z czym nie mogę się zgodzić – Trybunał zupełnie marginalnie potraktował w swoich rozważaniach dobro kobiet, w tym ich konstytucyjne prawa i wolności. W szczególności Trybunał pominął gwarancje konstytucyjne wynikające z art. 31 ust. 1 i 2, art. 47 i art. 53 ust. 1, art. 69 i art. 71 Konstytucji. W stanowisku Trybunału dostrzegam – paternalistyczne i nieuprawnione na gruncie prawnym – założenie, że kobieta może skorzystać ze swej wolności w sposób nieodpowiedzialny. Ze względu na możliwość zaistnienia sytuacji krańcowych, w których zaskarżona regulacja zapewniała ochronę kobietom, skutki derogacji trybunalskiej art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. należało rozważyć również z punktu widzenia gwarancji określonych w art. 40 Konstytucji.

8.6. Wyrok w sprawie o sygn. K 1/20 ma charakter prawotwórczy. Zwalnia parlament od konieczności procedowania nad obywatelskim projektem ustawy przewidującym uchylenie przepisu dającego kobiecie możliwość podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży z przyczyn embriopatologicznych. Jednocześnie pozwala wnioskodawcom osiągnąć skutek, jakiego nie udało się osiągnąć w drodze formalnej procedury zmiany Konstytucji z powodu braku wymaganej konstytucyjnie większości kwalifikowanej, która poparłaby modyfikację brzmienia art. 38

Konstytucji. Dostrzegam w tym próbę osłabienia – opisanych w art. 235 Konstytucji – proceduralnych warunków wprowadzania zmian Konstytucji.

8.7. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego, którego skutkiem jest ograniczenie warunków prawnie dozwolonego przerywania ciąży, poszerzy – w razie braku interwencji ustawodawcy – przedmiotowe ramy regulacji karnej ujętej w art. 152 k.k. O ile można aprobować, aby prokonstytucyjna wykładania prawa karnego, w tym systemu jego źródeł, prowadziła do wniosku o możliwości automatycznego (bez udziału władzy ustawodawczej) skutku wyroku Trybunału w zakresie depenalizacji jakiegoś czynu zabronionego, o tyle wynikająca z samego wyroku Trybunału penalizacja określonych zachowań pozostaje w sprzeczności zarówno z rolą sądu konstytucyjnego, jak i z prawidłowym rozumieniem art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji.

Warszawa, dnia 3.12.2020 r.

Zdanie odrębne
sędziego Zbigniewa Jędrzejewskiego
do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 22 października 2020 r. w sprawie o sygnaturze akt K 1/20

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393) zgłaszam zdanie odrębne do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r. w sprawie o sygnaturze K 1/20.

Podzielam stanowisko wyrażone przez Trybunał Konstytucyjny w sentencji wyroku, że art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 ze zm.; dalej: ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży) jest niezgodny z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. Nie zgadzam się natomiast z argumentacją Trybunału Konstytucyjnego zawartą w uzasadnieniu do tego wyroku. Uważam, że podstawowym kryterium oceny Trybunału Konstytucyjnego odnośnie do art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży powinna być zasada nienaruszalności godności osoby ludzkiej, o której mowa w art. 30 Konstytucji. Zasada ta ma charakter normatywny i nie jest jedynie instrumentem wspomagającym interpretację innych przepisów konstytucyjnych. Z godności osoby ludzkiej wynika podmiotowość człowieka. Na ustawodawcy ciąży bezwzględny obowiązek poszanowania i ochrony godności osoby ludzkiej (art. 30 zdanie 2 Konstytucji). Uważam więc, że Trybunał Konstytucyjny powinien oprzeć swoje rozstrzygnięcie o niekonstytucyjności art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży na wzorcu art. 30 w związku z art. 38 Konstytucji. Nie powinien uwzględniać art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży stanowi, że „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”. Wskazana przesłanka dotyczy

szczególnych właściwości dziecka w fazie prenatalnej. Ustawodawca dopuścił możliwość pozbawienia życia takiej osoby ze względu na duże prawdopodobieństwo jego upośledzenia albo choroby zagrażającej życiu, wprowadzając tym samym możliwość dokonania eutanazji życia w jego fazie prenatalnej w oparciu o niejasne kryterium jego „niepełnowartościowości" . Jest to sprzeczne z zasadą nienaruszalności godności osoby ludzkiej, która zakazuje uzależniania ochrony życia od jego fazy rozwoju czy „jakości" (zob. wyrok TK 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, OTK ZU nr 7A/2008, poz. 126, uzasadnienie pkt III.7.1, akapit 144).

Norma z art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży wprowadza kryterium, na podstawie którego odmawia się życiu ludzkiemu w formie prenatalnej godności i podmiotowości osoby ludzkiej. Jest to niezgodne z art. 30 Konstytucji. Bezpośrednią konsekwencją takiego rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę jest odmowa ochrony życia na poziomie normy sankcjonowanej. Oznacza to, że życie istoty ludzkiej w fazie prenatalnej o właściwościach określonych w art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży nie zostało generalnie objęte ochroną art. 38 Konstytucji i normami zakazującymi na poziomie ustawowym, nie zostało więc uznane za dobro chronione prawem. Nawiązując do terminologii stosowanej w teorii prawa i nauce prawa karnego, art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży czyn polegający na zabiciu istoty ludzkiej o cechach określonych w tym przepisie traktuje jako czyn „pierwotnie legalny". Ustawodawca wprowadzając ten przepis naruszył art. 30 Konstytucji i zrównał w gruncie rzeczy znaczenie normatywne zabicia istoty ludzkiej o cechach określonych w art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży np. z „zabiciem komara". Wspomniany przepis nie rozstrzyga kolizji między życiem dziecka poczętego a dobrem matki. Nie ma w nim wskazania na jakiekolwiek dobra matki. Brakuje też opisu takiej kolizji. Jeżeli zaś w przypadku zakwestionowanej we wniosku normy dylemat wyboru, który został postawiony przez ustawodawcę, dotyczyłby wyboru między ochroną życia dziecka poczętego a jakością jego przyszłego życia, którą ustawodawca oparł o pewną prognozę dotyczącą możliwości istnienia upośledzenia albo choroby zagrażającej życiu do chwili osiągnięcia przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, to jest to absolutnie nieakceptowalne na gruncie art. 30 Konstytucji. Dotyczy to każdej fazy życia ludzkiego.

Rozwijające się w ciele matki życie jest samodzielnym dobrem prawnym chronionym przez art. 30 i 38 Konstytucji. Konstytucyjny obowiązek ochrony przez władze publiczne (tj. przez państwo) rozwijającego się w fazie prenatalnej życia oznacza nie tylko zakaz bezpośredniej państwowej ingerencji, ale również nakaz podejmowania takich działań, które utrzymaniu tego życia sprzyjają lub jego istnienie gwarantują, tj. przede wszystkim poprzez ochronę przed bezprawnymi ingerencjami ze strony innych. Do tego nakazu powinny być dostosowane normy poszczególnych części porządku prawnego. Obowiązek państwa ochrony rozwijającego się życia w fazie prenatalnej istnieje również w relacji (przeciwieństwa) do dóbr matki. Ochrona życia, zasadniczo w całym okresie prenatalnym, ma pierwszeństwo przed prawem samookreślania się przez ciężarną. Dysponowanie życiem płodu nie należy do zakresu prawa samookreślania się matki. Płód poczęty nie jest więc „częścią" ciała matki, ani tym bardziej jej „własnością". Gdyby życie płodu traktowano tylko jako część organizmu matki, wtedy „przerwanie ciąży" należałoby do sfery prywatnego samookreślania się kobiety, a ustawodawca nie mógłby co do zasady w jej zakres wkraczać. Niewątpliwie naturalne połączenie nienarodzonego życia z matką tworzy między nimi szczególne relacje, dla których trudno znaleźć odpowiednie analogie. Nie jest możliwa taka sytuacja, w której utrzymane i gwarantowane jest życie *nasciturusa* i jednocześnie wolność kobiety dysponowania jego życiem. Prze-

rwanie ciąży oznacza zawsze zniszczenie ludzkiego życia. Porównanie na poziomie generalnym, w kontekście art. 30 Konstytucji, wartości życia *nasciturusa* i wolności samookreślania się matki, które bez wątpliwości doznaje pewnego naruszenia przez obowiązek donoszenia ciąży, porodu i troski o swoje dziecko, prowadzi do przyjęcia pierwszeństwa ochrony życia dziecka nienarodzonego. Stąd zabicie dziecka poczętego musi przez ustawodawcę zostać uznane zasadniczo za bezprawie przez cały okres trwania okresu prenatalnego. Zabicie płodu ma zawsze głęboko negatywny wymiar socjalny i nie może być sprowadzone do jakiejś „czynności leczniczej", ani tym bardziej do jakiegoś aktu samorealizacji kobiety ciężarnej. Ponieważ *nasciturus* jest samodzielną ludzką istotą, której życie chroni Konstytucja, normy sankcjonowane muszą obejmować swoją ochroną każdą jego formę, w tym także życie w fazie prenatalnej uznawane do tej pory za „niepełnowartościowe" z powodu wad płodu (wady eugeniczne).

Proces rozwijającego się życia ma charakter ciągły i nie wykazuje żadnych ostro zaznaczonych faz. Nie istnieje więc żadna możliwość wyznaczenia dokładnych granic różnych „stopni rozwojowych" życia w fazie prenatalnej. Ochrona życia ludzkiego nie rozpoczyna się więc w momencie osiągnięcia przez płód fazy rozwoju liczonej w określonej liczbie tygodni, osiągnięcia zdolności do życia poza organizmem matki, ani tym bardziej dopiero w momencie porodu. Prawo do życia gwarantowane jest „każdemu człowiekowi", co na gruncie art. 30 i 38 Konstytucji oznacza gwarancję dla każdego, kto „żyje", każdej formie życia ludzkiego, w tym również dla życia nienarodzonej istoty ludzkiej. Prawo do życia osoby nienarodzonej nie może być pozostawione do swobodnego uznania jakiejkolwiek osoby trzeciej, nawet matce, choćby tylko na ściśle określony czas. Każdemu istniejącemu życiu ludzkiemu przysługuje godność osobowa. Nie ma znaczenia, czy dzierżyciel tej godności jest tego świadomy. Istniejące od samego początku w ludzkim bycie potencjalne właściwości i zdolności wystarczą, by uzasadnić godność osobową. Zgodnie z polskim porządkiem konstytucyjnym życie ludzkie przedstawia wartość najwyższą. Życie *nasciturusa* jest samodzielną wartością konstytucyjną, a jego zniszczenie ma tak duże znaczenie w wymiarze socjalnym, że państwo, wychodząc z obowiązku utrzymania życia istoty nienarodzonej, musi uznać, że „przerwanie ciąży" jest zasadniczo bezprawiem w całym okresie prenatalnym, a już tym bardziej nie może wykluczać z zakresu normy sankcjonowanej chroniącej życie ludzkie życia osoby nienarodzonej uznanej z jakiś powodów za „niepełnowartościowe". Stanowiłoby to naruszenie art. 30 w związku z art. 38 Konstytucji.

Życie ludzkie w każdej fazie nie jest jednak dobrem „absolutnym". Pozostając zasadniczo dobrem konstytucyjnie chronionym (dobrem prawnym), w sytuacjach kolizji z innymi dobrami nie można wykluczyć usprawiedliwienia jego unicestwienia. Kolizyjność dóbr prawnych w postaci życia dziecka nienarodzonego i dóbr prawnych (w tym życia i zdrowia) matki z natury rzeczy (połączenie organizmu matki i płodu) występuje znacznie częściej niż inne kolizje dóbr z życiem osoby już „narodzonej". Oznacza to, że unicestwienie życia człowieka, w tym także życie *nasciturusa* porządek prawny może legalizować pod warunkiem, że zniszczenie życia ludzkiego zostanie dostatecznie usprawiedliwione, przede wszystkim musi jednak wystąpić jego kolizja z innym dobrem prawnym, które ustawodawca chce utrzymać kosztem życia. Zakładamy tu zasadniczo popełnienie bezprawia (np. zabicie dziecka poczętego), które wyjątkowo może zostać usprawiedliwione koniecznością utrzymania innego dobra. W teorii prawa i nauce prawa karnego znajduje to wyraz w figurze „legalizacji wtórnej". Legalizacja pozbawienia życia *nasciturusa* może mieć charakter legalizacji wtórnej. Ponieważ art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży legalizuje „pierwotnie" zabicie płodu o właściwościach tam określonych, jest sprzeczny z art. 30 w związku z art. 38 Konstytucji. Zastosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji przy ocenie konstytucyjności jest więc zbędne.

Brzmienie art. 4a ust.1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży wyklucza więc możliwość uznania takiej sytuacji za okoliczność legalizującą zabicie dziecka poczętego.

Zdanie odrębne
sędziego TK Mariusza Muszyńskiego
do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt K 1/20

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393) zgłaszam zdanie odrębne do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., sygn. K 1/20.

I. Zagadnienia wstępne.

1. W wyroku z 22 października 2020 r., sygn. K 1/20, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 4a ust. 1 pkt 2 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 1995 r. Nr 66, poz. 334, z 1996 r. Nr 139, poz. 646, z 1997 r. Nr 141, poz. 943 i Nr 157, poz. 1040, z 1999 r. Nr 5, poz. 32 oraz z 2001 r. Nr 154, poz. 1792; dalej: ustawa o planowaniu rodziny) jest niezgodny z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Popieram przyjęty przez Trybunał Konstytucyjny kierunek rozstrzygnięcia polegający na uznaniu niekonstytucyjności normy dopuszczającej przerwanie ciąży w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu, albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Dlatego głosowałem tak, jak głosowałem.

Nie zgadzam się jednak z przyjętą formułą sentencji, którą uważam za niepoprawną. Była ona konsekwencją dokonania przez Trybunał Konstytucyjny błędnej rekonstrukcji zarzutów oraz przedmiotu zaskarżenia, jak również nieprawidłowego zidentyfikowania rzeczywistego problemu konstytucyjnego, choć problem ten został wyraźnie postawiony w *petitum* wniosku inicjującego postępowanie. W efekcie powyższego Trybunał przyjął niewłaściwe wzorce kontroli, co z kolei doprowadziło do skonstruowania nieprawidłowej sentencji, nieodpowiadającej wprost na zarzut niekonstytucyjności podniesiony we wniosku, i złego – z metodologicznego, logicznego oraz argumentacyjnego punktu widzenia – uzasadnienia wydanego wyroku.

I choć skutkiem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego jest derogacja zaskarżonej normy z systemu prawnego, to jednak kształt wyroku i uzasadnienia osłabiają istotę rozstrzygnięcia, a także społeczne rozumienie i akceptację tego arcyważnego problemu konstytucyjnego.

Wobec powyższego postanowiłem skorzystać z formuły przewidzianej w art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393).

W zdaniu odrębnym przedstawiam, jak – moim zdaniem – powinna wyglądać prawidłowo sformułowana sentencja wyroku, oraz dokonuję zgodniej z wnioskiem rekonstrukcji

przedmiotu kontroli, zarzutów w sprawie, a także problemu konstytucyjnego. Na tej podstawie formułuję też jego merytoryczną ocenę opartą o właściwie wskazane wzorce kontroli.

2. Zanim rozpocznę merytoryczne rozważania, w związku z krytyką niniejszego orzeczenia Trybunału podnoszoną przez niektóre grupy społeczne bezpośrednio po ustnym ogłoszeniu wyroku, a bez zapoznania się z uzasadnieniem i zdaniami odrębnymi, uważam za celowe przypomnienie i wyjaśnienie kilku fundamentalnych kwestii dotyczących działania Trybunału Konstytucyjnego.

Trybunał Konstytucyjny jest organem władzy państwowej należącym do władzy sądowniczej. Trybunał nie sprawuje jednak wymiaru sprawiedliwości, a więc nie jest sądem w rozumieniu art. 45 Konstytucji, art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ani art. 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, ale organem państwa z jasno określonymi w Konstytucji zadaniami (art. 188 - art. 189 Konstytucji). Jednym z nich jest hierarchiczna kontrola aktów normatywnych (art. 188). W to zadanie wpisuje się właśnie działanie Trybunału w niniejszej sprawie.

Podstawowymi wzorcami kontroli, jakie stosuje Trybunał Konstytucyjny, są przepisy obecnie obowiązującej Konstytucji. Przepisy te posiadają swoją normatywną treść, a cała Konstytucja ma określoną aksjologię. Wynika to z faktu, że jedną z wielu funkcji Konstytucji we współczesnym konstytucjonalizmie jest wyrażanie wartości kierujących życiem określonej wspólnoty (tu: Narodu). Wartości w Konstytucji odnoszą się przede wszystkim do norm, które mają rangę zasad konstytucyjnych, a przepisy tego rodzaju mają silne uzasadnienie aksjologiczne. Są one również wyartykułowane w Preambule Konstytucji, która wskazuje na aksjologię ustroju państwa oraz społeczeństwa i stanowi ważne narzędzie w procesie interpretacji i stosowania Konstytucji. I choć wartości jako takie mają charakter aksjologiczny, a nie normatywny, przez to że są one zawarte w normach prawnych zamieszczonych w Konstytucji, współkształtują wydawane rozstrzygnięcia.

Skoro Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach zgodności z Konstytucją, to bada przedstawiony mu problem w ramach zdefiniowanych treścią normatywną przepisów konstytucyjnych – zawartych we wniosku/skardze konstytucyjnej/pytaniu prawnym i stanowiących wzorzec kontroli – jak i wartościami stanowiącymi „ducha Konstytucji".

Także w przypadku badania dopuszczalności przerywania ciąży określonej w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny Trybunał opierał się na tej konstrukcji. Trybunał nie dokonywał tu oceny samych decyzji o przerywaniu ciąży, ani nie badał sprawy z perspektywy społecznej, biologicznej, psychologicznej czy medycznej. Trybunał kontrolował jedynie problem zgodności normy ustawowej z Konstytucją, a na sam efekt tej kontroli nie miały – bo nie mogły mieć – wpływu pozaprawne czynniki, oceny i postrzeganie badanego problemu.

W płaszczyźnie prawnej, w świetle obecnego kształtu Konstytucji nie było możliwe dojście do innego rozstrzygnięcia niż uznanie zaskarżonego przepisu za niekonstytucyjny. Nie podważa tego fakt, że składam niniejsze zdanie odrębne, w którym – mimo poparcia dla takiego kierunku orzeczenia – krytykuję formułę sentencji i treść uzasadnienia. Celem złożonego zdania odrębnego jest raczej wzmocnienie istoty rozstrzygnięcia (stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu) poprzez pogłębienie i uzupełnienie – moim zdaniem niekompletnych i spłyconych - rozważań merytorycznych zawartych w uzasadnieniu sporządzonym przez Trybunał oraz pokazanie złożoności samego problemu.

3. Uważam, że prawidłowa sentencja wyroku powinna brzmieć następująco:
Art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 zdanie 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 1995 r. Nr 66, poz. 334, z 1996 r. Nr 139, poz. 646, z 1997 r. Nr 141, poz. 943 i

Nr 157, poz. 1040, z 1999 r. Nr 5, poz. 32 oraz z 2001 r. Nr 154, poz. 1792) jest niezgodny z art. 30 w związku z art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W mojej ocenie tylko taki kształt sentencji właściwie oddaje istotę zarzutu podniesionego we wniosku przez grupę posłów oraz jego rozstrzygnięcie.

Naturalną konsekwencją odmiennej formuły sentencji wyroku jest inny sposób uzasadnienia przyjętego kierunku rozstrzygnięcia. Dotyczy to zarówno identyfikacji przez Trybunał Konstytucyjny istoty problemu konstytucyjnego, jak i wzorców odniesienia, na których powinien był oprzeć swój wywód, oraz katalog argumentów.

II. Właściwa rekonstrukcja przedmiotu kontroli i zarzutów.

1. Punktem wyjścia w każdej sprawie zawisłej przed Trybunałem jest właściwe zrekonstruowanie przedmiotu kontroli oraz zarzutów dotyczących niekonstytucyjności kwestionowanych norm.

Wnioskodawcy *w petitum* swojego wniosku wyraźnie wskazali, że kwestionują zgodność art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny z art. 30 Konstytucji przez to, że legalizują one praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka.

Alternatywnie wnioskodawcy podali jeszcze dwie inne formuły zaskarżenia, a mianowicie:

1) art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny są niezgodne z art. 38 w związku z art. 30 i 31 ust. 3 oraz z art. 38 w związku z art. 32 ust 1 i 2 Konstytucji przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację;
2) art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny są niezgodne z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz w zw. z art. 2 i art. 42 Konstytucji 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.

Lektura przedmiotu zaskarżenia wszystkich trzech zarzutów pokazuje, że w każdym z nich jest on przedstawiony w ten sam sposób: „art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny".

Dlatego już na wstępie należy odnotować, że nie jest zrozumiałe, że Trybunał ostatecznie przyjął do kontroli tylko art. 4a ust. 1 pkt 2, mimo że w uzasadnieniu sam stwierdził, że „*Normę prawną wynikającą z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. należało dekodować równocześnie na podstawie innych, dookreślających ją, przepisów u.p.r., zwłaszcza art. 4a ust. 2 u.p.r., wyznaczającego granice temporalne dopuszczalności przerwania ciąży*". Niedopuszczalne jest przy tym uznanie przez Trybunał, że nie mógł on orzec nawet o częściowej niekonstytucyjności art. 4a ust. 2 ustawy w części obejmującej pierwsze wyrażenie. Jest to twierdzenie nieprawdziwe, gdyż art. 4a ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny właśnie przez to, że składa się z dwóch części, z której każda jest samodzielna normatywnie, mógł zostać uznany za niekonstytucyjny w części obejmującej zdanie „*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*".

Dzięki temu z obrotu prawnego zostałaby wyeliminowana cała norma prawna dotycząca przesłanki przerywania ciąży z art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny.

Przez błędne i nieznajdujące uzasadnienia w żadnych merytorycznych racjach ograniczenie przedmiotu kontroli, Trybunał Konstytucyjny pozostawił w systemie prawnym normę niepełną. Jej eliminacja wymagać będzie dodatkowej aktywności ustawodawcy.

Uważam, że w analizowanej sprawie zarówno art. 4a ust. 1 pkt 2, jak i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze (tj. to do średnika) ustawy o planowaniu rodziny powinny były stać się przedmiotem kontroli. Przemawiały za tym względy racjonalności i wymóg zapewnienia spójności w systemie prawa.

2. W kwestii zarzutów zawartych w *petitum* wniosku grupy posłów należy też podkreślić, że alternatywne zastrzeżenia wnioskodawcy (czyli te podane we wniosku jako drugi i trzeci w kolejności) miały być rozpoznane jedynie w razie nieuwzględnienia zarzutu podstawowego, iż kwestionowane przepisy legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka (art. 30 Konstytucji).

Trybunał nie zaakceptował tej konstrukcji zarzutów. I choć formalnie ją dostrzegł, to – moim zdaniem bez racjonalnego uzasadnienia – dokonał swobodnego wyboru różnych wątków z poszczególnych zarzutów i w efekcie stworzył własny punkt odniesienia kontroli konstytucyjności zakwestionowanej normy prawnej, wypaczając w ten sposób istotę problemu konstytucyjnego w analizowanej sprawie. Nastąpiło to wbrew właściwej treści poszczególnych norm rozdziału II Konstytucji i jego logice.

Metodologia procedowania Trybunału, jak i fakt, że jednak podstawowym zarzutem wnioskodawców był ten dotyczący naruszenia zasady godności dziecka nienarodzonego, nakazywały w pierwszej kolejności zbadanie tej kwestii, a dopiero gdyby okazała się ona bezprzedmiotowa, orzekać alternatywnie o zarzutach z pkt 2 i 3 *petitum* wniosku. Jednak Trybunał Konstytucyjny takiej metody działania nie przyjął. W konsekwencji wydał orzeczenie omijające istotę zgłaszanego przez wnioskodawców i trafnie zauważonego problemu.

III. Problem konstytucyjny.

1. Uważam, że pierwszym i podstawowym zarzutem w analizowanej sprawie jest ten dotyczący naruszenia przez art. 4a ust. 1 pkt 2, jak i art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny godności osobowej. Tym samym wypowiem się szczegółowo tylko o tej perspektywie, ponieważ przyjmuję ją jako właściwą płaszczyznę oceny w sprawie o sygn. K 1/20. Pozostałe zarzuty, które były przedstawione przez wnioskodawców warunkowo, skomentuję jedynie w takim zakresie, w jakim dotyczą treści zawartych w uzasadnieniu wyroku Trybunału, uznanych przeze mnie za merytorycznie błędne.

Po lekturze wniosku stwierdzam, że problemem konstytucyjnym w rozpoznawanej sprawie jest pytanie o to, czy podmiotowość prawna dziecka poczętego, wynikająca z jego godności, pozwala na ingerencję w jego życie poprzez działanie ustawodawcze w taki sposób, że pozbawia się je życia, jeśli badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Pytanie to sprowadza się do paradoksalnego wyboru, czy można pozbawić życia osobę ludzką, gdy istnieje hipotetyczna prognoza o tym, że jakość jej życia może nie być dobra, a nawet, że w późniejszym etapie rozwoju życie człowieka będzie zagrożone. Jest to problem ingerencji w konstytucyjną zasadę godności człowieka, z której wynika prawo do życia.

W analizowanej sprawie Trybunał Konstytucyjny błędnie przyjął, że wątpliwości konstytucyjne wnioskodawcy można sprowadzić do zasadniczej kwestii, dotyczącej konstytucyj-

nych gwarancji dla prawnej ochrony życia dziecka w okresie prenatalnym w przypadku kolizji dóbr.

Trybunał – mimo że w swoim uzasadnieniu opisuje oba wzorce kontroli – nie rozróżnia tego, co można wywodzić z art. 30 Konstytucji (godność jako źródło konstytucyjnych wolności i praw), od tego co zawiera w swej treści art. 38 Konstytucji. Ten ostatni stanowi bowiem swoistą normę programową nakładającą na organy władzy publicznej obowiązek ochrony życia. Dlatego nie zgadzam się z twierdzeniem Trybunału Konstytucyjnego przedstawionym w uzasadnieniu wyroku o sygn. K 1/20, że z art. 38 Konstytucji wynika zakaz pozbawiania człowieka życia. Trybunał bezrefleksyjnie powtórzył tu tezę z wyroku z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07 (OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126) i co więcej, zrobił to w sposób niepełny, a w konsekwencji błędny. Nie podał całego kontekstu ówczesnej wypowiedzi, która brzmiała następująco: „*Prawną ochronę życia, gwarantowaną przez art. 38 Konstytucji, należy rozumieć przede wszystkim jako zakaz pozbawiania człowieka życia. W tym „obronnym" kontekście, prawna ochrona życia jest konsekwencją przysługującego każdemu człowiekowi «prawa do życia»*" (wyrok o sygn. K 44/07).

Takie wycięcie fragmentu z przywoływanej wypowiedzi z 2008 r. jest niedopuszczalne. Szeroki kontekst pokazuje, że choć w 2008 r. Trybunał Konstytucyjny w pierwszym zdaniu odwoływał się do art. 38 Konstytucji, to jako źródło obowiązku prawnej ochrony wskazał prawo do życia. A to prawo ma swoje źródło poza art. 38 Konstytucji – jego źródłem jest godność. Trybunał w 2008 r. nie wskazał tu numeru artykułu Konstytucji, a Trybunał w 2020 r. tej subtelności nie wychwycił. A przecież sformułowanie o zakazie pozbawiania człowieka życia bardziej pasuje do prawa do życia jako prawa podstawowego niż do normy, która mówi tylko, że państwo ma stworzyć takie otoczenie normatywne (prawne), by życie było chronione. Konstytucja nie przesądza bowiem, przynajmniej w treści normy z art. 38, w jaki sposób ma być wykonany ten obowiązek. Dopiero całokształt przepisów konstytucyjnych pozwala na wywiedzenie pozytywnych i negatywnych warunków, w ramach których prawodawca powinien działać w zasygnalizowanym zakresie. I tak właśnie należało stwierdzić.

W mojej ocenie, w uzasadnieniu wyroku o sygn. K 1/20, Trybunał Konstytucyjny także zbyt uogólnił problem konstytucyjny uznając, że dotyczy on statusu prawnego dziecka w prenatalnej fazie życia, jego podmiotowości oraz dopuszczalności i granic przerywania ciąży, a więc działania w przypadku konfliktu wartości i ważenia dóbr konstytucyjnych. Przez takie ujęcie wyrok, a zwłaszcza jego uzasadnienie, stworzyło obraz wprowadzający w błąd co do tego, o czym rzeczywiście orzekał Trybunał Konstytucyjny. Tymczasem rolą uzasadnienia orzeczenia jest wyjaśnienie motywów działania organu.

Problemem w sprawie nie był bowiem sam status prawny dziecka poczętego w fazie prenatalnej, gdyż co do tego wnioskodawca nie podniósł żadnych wątpliwości. Zresztą należy podkreślić, że w wywodzie przedstawionym we wniosku osoba przed urodzeniem z uwagi na przysługującą jej godność była opisywana jako podmiot, a nie jako przedmiot. W przeciwnym razie inicjatorzy postępowania przed TK nie konfrontowaliby normy dotyczącej tego podmiotu z przepisami odnoszącymi się do konstytucyjnego statusu jednostki. Obecnie jest udowodnione, że w momencie poczęcia pojawia się ludzki genotyp (różny od genotypu rodziców). Determinuje on posiadanie wszystkich charakterystycznych cech ludzkich. Struktura genetyczna ludzkiego embrionu pozwala stwierdzić, że mamy od razu do czynienia z unikalną i specyficznie ludzką konfiguracją genetyczną. Współczesne nauki empiryczne potwierdzają zatem odrębność bytową człowieka od momentu poczęcia i jego autonomiczny status ontologiczny.

Problemem w sprawie nie była też ocena granic przerywania ciąży w przypadku konfliktu dóbr *in abstracto*, ale raczej sposób usprawiedliwienia aborcji w zakresie literalnie określonym art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny. Mamy zatem do czynienia z

pytaniem, jakie jest uzasadnienie dla odebrania życia człowiekowi przed jego urodzeniem w wypadku, gdy:

po pierwsze, badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego jego upośledzenia, albo

po drugie, istnieje nieuleczalna choroba zagrażająca jego życiu,

w perspektywie zasady godności osobowej, z której wynika prawo do życia (art. 30 Konstytucji). Art. 38 Konstytucji jedynie potwierdza obowiązek państwa w zapewnieniu ochrony godności i życia, ale nie decyduje o treści gwarancji.

Trybunał Konstytucyjny postawił jednak problem konstytucyjny w inny sposób, wbrew intencji wnioskodawców i nieadekwatnie do zestawionych wzorców kontroli. Zbiorczo potraktował różne wzorce konstytucyjne wskazane we wniosku inicjującym postępowanie przy różnych zarzutach, a dodatkowo niewłaściwie rozłożył akcenty skupiając się na problematyce prawnej ochrony życia z art. 38 Konstytucji (której przypisał treści właściwe art. 30 Konstytucji), podczas gdy punktem wyjścia oceny konstytucyjności powinna była być godność człowieka i wynikające z niej obowiązki państwa. Należy bowiem podkreślić, że godność człowieka jest dla Trybunału nie tylko źródłem pomagającym w interpretacji Konstytucji, ale art. 30 Konstytucji ma samodzielną treść normatywną treść. Dlatego może – i w analizowanej sprawie powinien był - stanowić samoistny i główny wzorzec kontroli.

W związku z powyższym uważam, że analiza zgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 i art. 4a ust. 2 zdanie 1 ustawy o planowaniu rodziny powinna była się skupić na zasadzie godności osobowej i realizacji obowiązków państwa związanej z ochroną tej godności. Pomocniczo można było zbadać, czy kwestionowana norma realizowała konstytucyjny obowiązek organów władzy publicznej do prawnej ochrony życia, a jeśli tak to w jakim stopniu.

Należy jednak zastrzec, że obowiązek prawnej ochrony życia wskazany w art. 38 Konstytucji jest konkretyzacją obowiązku ochrony godności, o której mowa w art. 30 Konstytucji. Nawet gdyby w Konstytucji nie było art. 38 (prawna ochrona życia), to na organach władzy publicznej i tak ciążyłby obowiązek ochrony życia ludzkiego, gdyż jest on konsekwencją przyjęcia przez ustrojodawcę, że godność człowieka podlega prawnej ochronie.

IV. Ocena konstytucyjności.

1. Ocena konstytucyjności zakwestionowanej normy prawnej musi zostać poprzedzona uwagą o ogólniejszym charakterze, która pozwoli umiejscowić art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny w systemie prawnym i wskazać jego charakter.

Instytucja przerywania ciąży jest ustanowiona jako ingerencja w prawo do życia (wyjątek od prawa do życia). Pozwala ona bowiem na legalne pozbawienie życia dziecka nienarodzonego. Przerwania ciąży dokonuje wyłącznie lekarz, a nie kobieta ciężarna, co wprost wynika z wprowadzenia do wyliczenia z art. 4a ust. 1 ustawy. Ustawodawca w ten sposób uczynił legalnym działanie, które z perspektywy zasad ogólnych legalne nie jest.

Aborcja nie może być też uznana za podmiotowe prawo kobiety, gdyż takim prawem nie jest. Podmiotem tej faktycznej i normatywnej sytuacji jest bowiem przede wszystkim dziecko, któremu lekarz - dokonując aborcji - odbiera życie. I właśnie mając na uwadze tę perspektywę trzeba analizować instytucję aborcji i konstytucyjne przesłanki jej dopuszczalności. Zatem to życie dziecka jest dobrem, z którym należy konfrontować poszczególne przesłanki przerywania ciąży i ich konstytucyjność.

Nie znaczy to jednak, że wszystkie warunki przerywania ciąży będą odnosiły się do kolizji z życiem dziecka. W dotychczasowym stanie prawnym (tj. sprzed wyroku o sygn. K 1/20), przerwanie ciąży było dopuszczalne wyłącznie po spełnieniu jednej z trzech przesłanek: 1) kiedy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej; 2) kiedy badania

prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu; 3) kiedy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Pierwsza z przesłanek dotyczy więc wyłącznego interesu matki. To matka wypełnia całkowicie zakres podmiotowy tak określonej normy. Nie jest tu ważne, jaka jest sytuacja (stan) dziecka nienarodzonego. W sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia, kobieta ciężarna ma – za zgodą ustawodawcy – prawo skorzystać z prawnej dopuszczalności dokonania przerwania ciąży. Zatem życie dziecka nienarodzonego jako zasada (konstytucyjna zasada prawa do życia) jest ograniczane przez wzgląd na życie lub zdrowie matki.

Druga z przesłanek opiera się wyłącznie na wadach (upośledzenie albo nieuleczalna choroba zagrażająca życiu) płodu. Norma działa tu w całkowitym oderwaniu od sytuacji kobiety ciężarnej. W tym wypadku ocena możliwości usunięcia ciąży, a więc pozbawienia życie dziecka nienarodzonego w oparciu o ustawowe przesłanki, jest konfrontowana z prawem do życiem tego samego dziecka, co ma fundamentalne znaczenie dla dalszych ocen w analizowanej sprawie.

Trzecia przesłanka ma charakter społeczny (prawnokarny). Norma zostaje uruchomiona poprzez sposób powstania ciąży (czyn zabroniony) i to już na etapie jego uzasadnionego podejrzenia. W tym wypadku życie dziecka jest zestawiane z podejrzeniem naruszenia porządku publicznego w związku z popełnieniem czynu zabronionego. W tej sytuacji trudno wskazać jakiekolwiek konstytucyjne dobro lub interes, którym można byłoby uzasadniać bezpośrednio ingerencje ustawodawcy w życie ludzkie. Ewentualnie domyślnie można uznać, że chodzi tu o kwestie psychiczne, czy emocjonalne przyszłej matki.

W tak przyjętym katalogu tylko pierwsza z przesłanek jest oparta literalnie o ważenie dóbr różnych osób. Na dodatek ustawodawca sam dokonał rozstrzygnięcia w tej kwestii tj. ważenia interesów dziecka nienarodzonego (tj. jego życia) oraz interesu matki (życia lub zdrowia) i podjął decyzję, który z interesów uważa za ważniejszy. *Nota bene,* o ile w przypadku zagrożenia życia matki, można byłoby tu znaleźć konstytucyjne usprawiedliwienie, o tyle zestawienie życia dziecka i „jedynie" zdrowia matki wydaje się wątpliwe, w szczególności, że jest to uzewnętrznione legislacyjnie poprzez użycie nieostrego sformułowania „zagrożenie dla zdrowia".

W przypadku drugim, będącym przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie K 1/20, jak i w przypadku trzecim, ustawodawca nie stworzył literalnej płaszczyzny dla ważenia interesów matki i dziecka. O ile w trzecim przypadku uzależnił możliwość przerwania ciąży od uzasadnionego podejrzenia powstania ciąży w wyniku przestępstwa, o tyle w drugim pozwolił na przerwanie ciąży, kiedy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskażą na uprawdopodobnioną, konkretną sytuację zdrowotną dziecka (ciężkie i nieodwracalne upośledzenie albo nieuleczalna choroby zagrażającej jego życiu). Nie powiązał tego bezpośrednio z sytuacją matki. Przynajmniej nie znajdujemy tego w literalnej treści normy. Jedynie przy dużej dozie dobrej woli można by się zastanowić, czy element ważenia dóbr nie występuje tu w ujęciu systemowym lub funkcjonalnym. Pamiętajmy jednak, że podstawową formą interpretacji prawa jest interpretacja literalna. Tym bardziej, gdy art. 4a ustawy o planowaniu rodziny jest wyjątkiem od prawa do życia. Skoro jest to wyjątek, należy go interpretować ściśle. I z tej perspektywy zupełnie niezrozumiały jest wywód Trybunału Konstytucyjnego dotyczący zastosowania zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3 do oceny art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny.

Oczywiście zgadzam się z Trybunałem, że życie człowieka podlega prawnej ochronie, w tym w fazie prenatalnej, zaś podmiotowość prawna dziecka jest nierozerwalnie związana z przysługującą mu godnością. Trybunał jednak nie uzasadnił, w jaki sposób ustalenia, które jego zdaniem wynikają odpowiednio (w takiej właśnie kolejności) z art. 38 i art. 30 Konstytu-

cji, przesądzają o tym, że możliwa jest sytuacja, w której jedno z dóbr konstytucyjnych znajdujących się w rzekomej kolizji, leży po stronie dziecka w okresie życia przed narodzinami. Trybunał nie wyjaśnia też, o jakie dobro chodzi i o jaką kolizję. Wszak tak art. 38, jak i art. 30 Konstytucji, dotyczy w analizowanej sprawie tego samego podmiotu. Trybunał nie dokonuje tu ważenia między dzieckiem nienarodzonym a matką ciężarną, której życie lub zdrowie może być zagrożone (por. art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o planowaniu rodziny).

Podążając za wywodem TK można się też pogubić we fragmencie dotyczącym oceny spełnienia wymogów proporcjonalności. Trybunał ocenia legalność ograniczenia konstytucyjnej wolności lub prawa, ale nie wyjaśnia, o jakie prawo chodzi i to jest zasadniczy błąd uzasadnienia. Z sentencji wyroku można by wywieść wniosek, że test proporcjonalności mógłby dotyczyć art. 38 albo art. 30 Konstytucji. Tu rodzi się pytanie, jakie prawo podmiotowe wynika z art. 38 Konstytucji, by móc je ważyć w perspektywie proporcjonalności, a zatem, czym jest prawo do prawnej ochrony życia i jaka jest jego treść, skoro w istocie jest ona rozwijana przez prawodawstwo niższego stopnia? Myślenia o tym, że Trybunał chce dokonać tu oceny ograniczenia godności z perspektywy proporcjonalności nie dopuszczam, bo przecież sama Konstytucja nie dopuszcza tego rodzaju działania.

Wskazane wątpliwości nie zostały przez Trybunał Konstytucyjny wyjaśnione toteż nie wiadomo do końca, do jakiego celu w perspektywie ingerencji w prawa człowieka odniósł on kryterium przydatności w teście proporcjonalności. Wydaje się, że chodzi o prawo do życia, ale jeśli tak, to nie może być ono analizowane w kontekście art. 38 Konstytucji. Jest to materia wynikająca z art. 30 Konstytucji.

Ponadto przesłanka konieczności w teście proporcjonalności została zamarkowana, bo znów Trybunał jedynie ogólnie wskazał, że okoliczności z art. 31 ust. 3 Konstytucji nie usprawiedliwiają dokonania aborcji, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Nie rozwinął jednak tego zagadnienia. Było to utrudnione, gdyż na wejściu Trybunał nie wskazał punktu odniesienia swojej oceny.

Z kolei odnosząc się do przesłanki proporcjonalności w znaczeniu ścisłym, Trybunał Konstytucyjny potwierdził, że akurat w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny nie ma odniesienia do mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki uzasadniających przerwanie ciąży. Co znaczy, że trudno mówić w tym przypadku o kolizji dóbr.

Cały test proporcjonalności przeprowadzony przez Trybunał Konstytucyjny jest mało czytelny. Jeśli już Trybunał podszedł do sprawy od strony proporcjonalności, to powinien był poszukać systemowego i funkcjonalnego sensu normy z art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, i w tej płaszczyźnie zważyć wartość życia człowieka (dziecka w fazie przed narodzeniem), z dobrami, jakie chciałaby chronić kobieta ciężarna dokonując usunięcia ciąży. W takim wypadku, Trybunał dokonywałby w istocie oceny normy zrekonstruowanej łącznie z art. 4a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o planowaniu rodziny.

Osobiście nie jestem zwolennikiem tego podejścia. Jak stwierdziłem wcześniej, zakwestionowana w analizowanej sprawie norma jest jednoznaczna literalnie i nie ma potrzeby konfrontowania dóbr, zwłaszcza że wyżej wskazano, iż w przypadku art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny chodzi o rozważenie stopnia ingerencji w życie dziecka w kontekście życia tegoż samego dziecka. Ale jeśli już Trybunał podjął ten systemowo-funkcjonalny kontekst, to powinien go sfinalizować. Tym samym skonfrontowałby tu prawo do życia, nawet tego obarczonego dużym prawdopodobieństwem ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo zagrażającą mu nieuleczalną chorobą, z dobrami z zakresu prawa do prywatności, takimi jak potrzeba uniknięcia przez matkę szoku po urodzeniu, czy jej strach przed urodzeniem dziecka chorego czy upośledzonego, albo wręcz możliwość wygodnego życia. Odpowiedziałby na pytanie, czy duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośle-

dzenia, albo nieuleczalna choroba zagrażającej życiu człowieka, pozwalają na jego pozbawienie – i to w fazie przed narodzinami – w zderzeniu z tak pojmowanym dobrem ciężarnej kobiety. Pytanie tylko, czy Trybunał znalazłby uczciwie konstytucyjne umocowanie pozwalające na takie działanie? Czy w istocie nie oceniałby normy, której w ustawie o planowaniu rodziny nie ma?

Jedyną wartość takiego działania widzę w tym, że takimi rozważaniami dotyczącymi szeroko rozumianej proporcjonalności Trybunał mógłby wykazać już *a priori*, jak nietrafione są oba zdania odrębne do wyroku oparte właśnie na ważeniu tak sformułowanych dóbr (patrz v.s. wygłoszone przez sędziego L. Kieresa i v.s. sędziego P. Pszczółkowskiego) i być może odwiódłby obu sędziów od ich artykułowania, uzyskując pełną zgodność składu co do kierunku rozstrzygnięcia.

Nie mniej jednak, gdyby wywód był oparty o ocenę naruszenia zasady godności, a więc przeprowadzony tak, jak proponuję w niniejszym zdaniu odrębnym, Trybunał uniknąłby dwuznaczności w swoich rozważaniach, co wzmocniłoby przekaz uzasadnienia. Tymczasem chcąc orzekać o przesłance eugenicznej, Trybunał podjął rozważania ogólne, zwłaszcza te dotyczące relacji między matką ciężarną a jej nienarodzonym dzieckiem, co nie tylko nie było przedmiotem zarzutu w analizowanej sprawie, ale też niepotrzebnie skomplikowało jej obraz.

2. W sprawie o sygn. K 1/20 Trybunał Konstytucyjny orzekał jedynie o przesłance przerywania ciąży, która wyrażała się w następujących przepisach: Art. 4a ust. 1 pkt 2 brzmiał: „*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”*. Zaś art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze tej ustawy stanowił, 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*”.

Przy tym kontekst normatywny ustawy o planowaniu rodziny – uchwalonej jeszcze pod rządami Małej Konstytucji z 1992 r. – wyznacza przede wszystkim jej art. 1, którego literalne brzmienie jest następujące: „*Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie*”. Należy jednak pamiętać, że na mocy orzeczenia TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96 (OTK ZU nr 2/1997, poz. 19) przepis ten został uznany za niekonstytucyjny w zakresie, w jakim uzależnił ochronę życia w fazie prenatalnej od decyzji ustawodawcy zwykłego. W pkt 1 sentencji swojego orzeczenia Trybunał Konstytucyjny wyraźnie wyartykułował wówczas, że oceniania przez niego regulacja narusza konstytucyjne gwarancje ochrony życia ludzkiego w każdej fazie jego rozwoju.

To znaczy, że obecnie obowiązująca norma prawna w art. 1 ustawy o planowaniu rodziny potwierdza jedynie, że prawo do życia podlega ochronie również w fazie prenatalnej, i ma to swoje konstytucyjne źródło, z tym że w 1997 r. Trybunał wywodził je bezpośrednio z zasady demokratycznego państwa prawnego. Wynika to z faktu, że w ówczesnym stanie konstytucyjnym nie istniał przepis równorzędny dzisiejszemu art. 30 Konstytucji.

Trybunał odwoływał się wówczas także do standardów prawa międzynarodowego. Przywołał między innymi pkt 10 rekomendacji 1046 (1986) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy *Wykorzystanie embrionów i płodów ludzkich w celach diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych i handlowych* nakazujący traktowanie embrionu lub płodu ludzkiego we wszelkich okolicznościach z szacunkiem należnym godności ludzkiej. Co interesujące w rekomendacji tej wskazano, że „*z chwilą zapłodnienia komórki jajowej – życie ludzkie rozwija się w ciągłym procesie, oraz że nie jest możliwe przeprowadzenie precyzyjnego rozróżnienia w toku pierwszych faz (embrionalnych) jego rozwoju, jak również że konieczna jest zatem definicja statusu biologicznego embrionu*”.

W 1997 r. Trybunał przyjął również założenie – mające swoje uzasadnienie w różnych aktach prawnych – że „*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 fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej*". Potwierdza to, że życie w fazie prenatalnej podlega ochronie równoważnej ochronie życia człowieka po narodzinach.

Po wejściu w życie Konstytucji z 1997 r. nie ma już konieczności odwoływania się do innych aktów normatywnych, by potwierdzić podmiotowość człowieka w fazie prenatalnej. Tę podmiotowość wyznacza bowiem godność, o której stanowi art. 30 Konstytucji, w którego treści czytamy „*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*".

Niezależnie od podnoszonej w opinii publicznej krytyki odnośnie do traktowania osoby w fazie prenatalnej jako człowieka, jak i postulatu, by Trybunał Konstytucyjny zweryfikował w tym zakresie stanowisko wyrażone w orzeczeniu o sygn. K 26/96, należy podkreślić, że dzięki normatywizacji kategorii godności w Konstytucji z 1997 r., teza Trybunału Konstytucyjnego o tym, że życie ludzkie zaczyna się od chwili poczęcia, a państwo ma obowiązek objąć je prawną ochroną już od tego momentu, jest tym bardziej aktualna ponieważ ma bezpośrednie umocowanie w art. 30 Konstytucji, który brzmi: „*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*".

3. Godność jest cechą, która czyni człowieka podmiotem praw i wolności. Jednym z tych praw jest prawo do życia. Skoro ustrojodawca uznał godność za dobro prawnie chronione, to uznał też życie ludzkie za takie dobro. Zatem konsekwencją tego jest obowiązek prawnej ochrony życia przez państwo.

Obowiązek ten realizowany jest poprzez różne działania organów władzy publicznej na poziomie stanowienia i stosowania prawa. W szczególności rozwiązania dotyczące ochrony życia znajdują się w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444, ze zm.) z jego art. 148, który w § 1 stanowi, że „*Kto zabija człowieka, podlega karze…*".

W prawną ochronę życia wpisuje się też zatem zakaz aborcji, która już podczas procesów norymberskich była traktowana jako zbrodnia przeciwko ludzkości (zob. J. C. Tuomala, *Nuremberg and the Crime of Abortion*, https://digitalcommons.liberty.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=lusol_fac_pub) .

Odstępstwa od tego zakazu można analizować w kontekście ingerencji w godność człowieka, a także w kontekście realizacji przez państwo obowiązku ochrony życia ludzkiego. Ewentualne ograniczenie tej ochrony lub jej zaniechanie przez organy władzy publicznej należy uzasadnić względami konstytucyjnymi, z tym że nieprzekraczalną granicą ingerencji jest godność człowieka, która jest pierwotna wobec wolności i praw człowieka. Bez godności nie ma bowiem żadnych wolności i praw.

Należy przy tym podkreślić, że norma wynikająca z art. 30 Konstytucji nie tworzy jednak ani pojęcia, ani samej wartości godności człowieka. Godność jest immanentnym elementem człowieka. Wynika z istoty człowieczeństwa. Konstytucyjne umocowanie godności wpisuje ją jedynie w cały porządek prawny, formalizuje ją i wyznacza pozycję prawną człowieka w tym porządku. Rozstrzyga o podmiotowości człowieka i jego prawach i wolnościach.

Szczególny związek pojawia się w przypadku relacji między godnością a życiem. Życie ludzkie jest bowiem dobrem, bez którego nie może istnieć podmiotowość prawna (zob. orzeczenie TK o sygn. K 26/96). To znaczy, że można przyjąć, iż normy gwarantujące godność i życie człowieka mają tożsamy zakres. Także prawo do życia ma charakter przyrodzony, co oznacza, że przysługuje każdemu człowiekowi z samej jego istoty. Jest elementem człowieczeństwa. Zarówno godność, jak i prawo do życia, są pierwotne wobec państwa i wobec prawa pozytywnego.

Na pewno źródłem prawa człowieka do życia nie jest art. 38 Konstytucji, który stanowi, że: „*Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia*". Literalne brzmienie tego przepisu pokazuje jasno, że stanowi on normę programową, nakazującą Rzeczypospolitej Polskiej jedynie zapewnienie prawnej ochrony życia. Tworzy ona zatem obowiązek państwa ochrony wartości mającej swoje źródło w godności. Prawdziwym źródłem prawa do życia jest bowiem godność osobowa i potwierdzający to art. 30 Konstytucji. To znaczy, że ani ustrojodawca ani ustawodawca nie mają kompetencji do przyznawania lub znoszenia prawa do życia. Niezależnie od tego, czy prawodawca wyrazi to prawo bezpośrednio w akcie normatywnym, czy też nie, w niczym nie może to wpłynąć na przyrodzony charakter prawa do życia. Państwo nie jest bowiem swobodnym dysponentem życia człowieka, nie może go człowiekowi dać lub odebrać.

Z godności wynika wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej. Wartość ta nie może być różnicowana. Nie istnieją wystarczająco precyzyjne i uzasadnione kryteria, które umożliwiłyby dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej (zob. orzeczenie o sygn. K 26/96). Życie człowieka nie podlega też wartościowaniu ze względu na jego wiek, stan zdrowia, przewidywany czas jego trwania, ani ze względu na jakiekolwiek inne kryteria. Zatem każdy człowiek ma prawo do życia, a w konsekwencji równej jego ochrony przez to państwo. Nadanie sobie przez państwo prawa do zabijania, chociażby w obronie życia innych ludzi, jest zaprzeczeniem tego prawa (zob. wyrok TK z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126). Z powyższego wynikałoby, że zasady legalnej ingerencji w prawo do życia mogłyby co najwyżej wynikać z Konstytucji, ale i w tym wypadku należałoby mieć na uwadze nieprzekraczalną i niestopniowalną zasadę godności.

Nie można uznać za dopuszczalne dokonywanie podziału istot ludzkich na te, które posiadają godność ludzką i na te, które tej godności nie mają, a przez to nie zasługują na równą ochronę wartości ich życia (zob. podobnie w wyroku TK z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07).

Należy przypomnieć, że w orzecznictwie TK, wyróżniono dwa aspekty godności człowieka – godność jako wartość przyrodzoną i niezbywalną (tj. godność osobowa, o której mowa w art. 30 Konstytucji) oraz godność rozumianą jako „prawo osobistości", obejmujące wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie. Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że godność w pierwszym znaczeniu człowiek zachowuje w każdych warunkach, natomiast godność rozumiana jako „prawo osobistości" może być w praktyce przedmiotem ograniczenia zarówno przez zachowania innych osób, jak i przez regulacje prawne. To drugie podejście nie oznacza godności z art. 30 Konstytucji (por. wyrok TK o sygn. K 7/01; wyrok TK z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05). Godność rozumiana jako prawo osobistości jest utożsamiana z istnieniem „*pewnego minimum materialnego, zapewniającego jednostce możliwość samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie oraz stworzenie każdemu człowiekowi szans na pełny rozwój*

osobowości w otaczającym go środowisku kulturowym i cywilizacyjnym" (zob. wyrok TK z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 54).

Wobec powyższego należy stanowczo stwierdzić, że godność z art. 30 Konstytucji nie oznacza godnego, dobrego życia, ale określa przymiot człowieka, jego człowieczeństwo, cechę, która odróżnia go od innych podmiotów i bytów niezależnie od materialnego lub niematerialnego standardu jakości życia.

Zakaz różnicowania życia ludzkiego jako wartości konstytucyjnej powoduje również, że ani dbałość o jakość kodu genetycznego, ani wzgląd na ewentualny dyskomfort psychofizyczny życia sam w sobie, nie mogą usprawiedliwiać odmiennej oceny życia człowieka i zezwalać na legalne podjęcie działań prowadzących do spowodowania śmierci.

To znaczy, że godność człowieka, która jest źródłem jego wolności i praw, wyznacza status człowieka w Konstytucji. Skoro człowiek ma prawo do życia wynikające z godności (z faktu bycia człowiekiem), to życie ludzkie musi być chronione. Jeśli w dokumentach prawa międzynarodowego potwierdzono, że z chwilą zapłodnienia komórki jajowej życie ludzkie rozwija się w ciągłym procesie, to znaczy, że chodzi o rozwój człowieka, a nie jakiegokolwiek innego bytu. Jeżeli zaś powyższe odnosi się do człowieka to znaczy, że chodzi o byt mający godność osobową.

Nie można przy tym mylić podmiotowości człowieka wynikającej z godności z możliwością bycia podmiotem praw i obowiązków wynikających z prawa pozytywnego. Godność osobowa stanowiąc bowiem o podmiotowości jednostki czyni ją podmiotem ochrony ze strony państwa w sferze wolności i praw wynikających z tej godności. Możność bycia podmiotem praw i obowiązków nadawanych przez państwo uzależniona jest zaś od poszczególnych systemów prawnych. Co nie znaczy, że państwo nie przyznaje ochrony człowiekowi również przed urodzeniem.

Przykładem zapewnienia podmiotowości prawnej człowieka w życiu prenatalnym na poziomie ustawowym jest choćby art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, który stanowi, że „*W rozumieniu ustawy dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności*", zaś sam Rzecznik Praw Dziecka podejmuje działania mające na celu zapewnienie dziecku pełnego i harmonijnego rozwoju, z poszanowaniem jego godności i podmiotowości. Rzecznik działa na rzecz ochrony praw dziecka, w szczególności prawa do życia i ochrony zdrowia, prawa do wychowania w rodzinie, prawa do godziwych warunków socjalnych, prawa do nauki. Rzecznik podejmuje działania zmierzające do ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem, demoralizacją, zaniedbaniem oraz innym złym traktowaniem. Rzecznik szczególną troską i pomocą otacza dzieci niepełnosprawne (zob. art. 3 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że to podmiotowość dziecka nienarodzonego wynikająca z godności umożliwiła Trybunałowi Konstytucyjnemu dokonanie oceny konstytucyjności kwestionowanej przez wnioskodawców normy. Z tego względu pierwszym wzorcem konstytucyjnym, z którym TK powinien był skonfrontować kwestionowaną normę jest art. 30 Konstytucji, a perspektywę kontroli powinno stanowić pytanie o to, czy państwo poprzez działania ustawodawcze daje gwarancje dla tej godności? Pochodną obowiązków państwa dotyczących godności jest obowiązek prawnej ochrony życia wyartykułowany również w art. 38 Konstytucji.

4. Podsumowując należy podkreślić, że skoro dziecko nienarodzone jest podmiotem, gdyż przysługuje mu godność (niezależnie od fazy rozwoju prenatalnego), to ochrona jego życia jest zasadą i obowiązkiem władz publicznych. Ustawodawca w art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 zdanie 1 ustawy o planowaniu rodziny działał wbrew prawu do życia i obowiązkowi jego ochrony, gdyż dopuścił przerwanie ciąży (zatem przerwanie życia dziecka nienarodzonego) w

przypadku gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu.

Decyzja normatywna ustawodawcy została oparta na paradoksie usprawiedliwienia ingerencji w istotę prawa do życia dziecka w fazie prenatalnej (a zatem także w istotę godności człowieka) istnieniem zagrożenia zdrowia lub życia tego samego dziecka. Jak zostało bowiem ustalone, nie mogło być to usprawiedliwienie ochroną życia i zdrowia matki (które wynika z art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o planowaniu rodziny), ani tym bardziej usprawiedliwienie prawem kobiety do aborcji, gdyż takiego prawa Konstytucja nie przyznaje.

Powyższe oznacza, że ustawodawca normatywnie zadecydował o kwestii, która leżała poza jego gestią. Pozwolił innym podmiotom na decydowanie o życiu i śmierci osoby ludzkiej i to na poziomie ustawowym, podczas gdy Trybunał Konstytucyjny już w swoim wcześniejszym orzecznictwie (sygn. K 26/96) stwierdził w sentencji orzeczenia niekonstytucyjność art. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny w zakresie, w jakim uzależnia ochronę życia w fazie prenatalnej od decyzji ustawodawcy zwykłego. Tym samym Trybunał przesądził wówczas o niemożności stopniowania ochrony życia w zależności od jego fazy. Ustalenia Trybunału w tym zakresie są aktualne obecnie, a wzmacnia je ugruntowanie godności w treści przepisów obowiązującej Konstytucji (art. 30).

Jeśli zaś godność osobowa jest nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych, państwo nie może – ani w procesie tworzenia, ani w procesie stosowania prawa – legitymizować działań, które godność naruszają. Nie jest bowiem dopuszczalne usprawiedliwianie ani podważanie nienaruszalności godności jako wartości przyrodzonej i niezbywalnej (zob. wyrok z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 24). Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem jest to jedyne prawo, wobec którego nie byłoby możliwe zastosowanie zasady proporcjonalności (zob. wyrok z 5 marca 2003 r., sygn. K 7/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19; wyrok z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05).

Co istotne w przypadku przesłanki usunięcia ciąży, o której mowa w art. 4a ust. 1 pkt 2 i ust. 2 zdanie 1 ustawy o planowaniu rodziny, pozbawienie życia osoby ludzkiej następowało nie z uwagi na wolności i prawa innych osób, ale ze względu na cechy podmiotu, w którego prawa ustawodawca ingeruje (choroba, zagrożenie życia płodu). Dana ingerencja nie odnosiła się zatem do ważenia dóbr.

Z kolei jeśliby chcieć podążyć wywodem wynikającym z uzasadnienia TK do sprawy o sygn. K 1/20, to należałoby podkreślić, że ingerencja w prawo do życia poprzez działalności ustawodawcy nie znajduje uzasadnienia w bezpieczeństwie, porządku publicznym, ochronie środowiska, zdrowia i moralności publicznej. Działania państwa przeciwko życiu ludzkiemu nie usprawiedliwia też prawo rodziców do prywatności i decydowania o swoim życiu. Prawo do prywatności i prawa rodziców mogą być bowiem limitowane zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji, podczas gdy ingerencja władzy publicznej w godność osobową z perspektywy konstytucyjnej jest niedopuszczalna. Podobnie niedopuszczalne konstytucyjnie jest także naruszenie obowiązków państwa związanych z ochroną godności tak w sferze tworzenia, jak i stosowania prawa.

Wobec powyższego należało uznać, że poprzez ingerencję w istotę godności człowieka, ustawodawca art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny naruszył swoje konstytucyjne obowiązki dotyczące prawnej ochrony godności i życia, a kwestionowana norma jest niekonstytucyjna (niezgodna z art. 30 i art. 38 Konstytucji).

Niekonstytucyjność normy z art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o planowaniu rodziny polegała zatem na naruszeniu godności osoby ludzkiej w fazie prenatalnej (art. 30 Konstytucji) przez to, że ustawodawca dopuścił możliwość pozbawienia życia ludzkiego w sposób legalny na poziomie ustawowym przez co godził w istotę godności,

która nie jest stopniowalna oraz nie może być modyfikowana poprzez ustawy. Działanie to należało dodatkowo ocenić jako wymierzone przeciw obowiązkowi ochrony życia ludzkiego wynikającego z art. 38 Konstytucji przez to, że ustawodawca tworząc określone prawo dotyczące przerwania ciąży naruszył istotę godności człowieka.

Rozwijając dotychczasowe stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, należałoby wyraźnie podkreślić, że konstytucyjna zasada godności powoduje, że wszelkie działania organów władzy publicznej dotyczące tej wartości nie mogą być dokonywane na poziomie podkonstytucyjnym. Zatem ani ustawa ani umowa międzynarodowa nie mogą uchylać ani modyfikować zakresu prawnej regulacji dotyczącej zasady godności, która w szczególności znajduje swój wyraz w prawie do życia.

V. Przerywanie ciąży a prawo międzynarodowe.

1. Na marginesie rozważań o konstytucyjności przerywania ciąży należy też zwrócić uwagę na te elementy uzasadnienia wyroku K 1/20, które odnoszą się do prawa międzynarodowego.

Trybunał w uzasadnieniu wyroku wywiódł, że z umów międzynarodowych wiążących Polskę wynika ochrona życia w fazie prenatalnej, co ma w założeniu wspierać przyjęty kierunek rozstrzygnięcia. Wyraził tę ocenę w sposób metodologicznie błędny, ponieważ oparł ją jedynie na przywołaniu treści przepisów kilku umów międzynarodowych i odwołaniu się do prawniczej literatury, na dodatek nielicznej, a więc niereprezentatywnej. Nie zbadał, a przynajmniej nie przedstawił, stosownego międzynarodowego orzecznictwa, czy wypowiedzi kluczowych dla tej problematyki organów międzynarodowych, które przecież w tym przypadku stanowią wyraz rozumienia i wykonania treści przywołanych przez Trybunał prawnomiędzynarodowych przepisów dotyczących prawa do życia.

Pomijając wskazane przez Trybunał Konstytucyjny postanowienia preambuły Konwencji z 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526), wnioski, jakie Trybunał wywiódł z treści norm międzynarodowych, są mocno uproszczone. Ochrona życia poczętego w fazie prenatalnej, na podstawie wymienionych w uzasadnieniu innych aktów prawa międzynarodowego, nie jest tak oczywista, a pogłębione analizy ukazałyby nie tylko różne prawnomiędzynarodowe płaszczyzny i perspektywy, na jakich problem ten jest rozważany, ale też widoczne tendencje, aby w niektórych z nich dążyć do zapewnienia autonomii decyzyjnej kobietom w ramach gwarancji prawa do prywatności, czy zakazu tortur. Co więcej, z tych samych umów międzynarodowych, które – zdaniem Trybunału – wprost gwarantują prawo do życia dziecka w fazie prenatalnej, często wywodzi się uprawnienie do dokonywania aborcji, które różne gremia chcą podnieść do rangi prawa człowieka (zob. jedynie dla pokazania skali zjawiska np. stanowiska Komitetu Praw Człowieka w sprawach o sygn. CCPR/C/85/D/1153/2003; CCPR/C/101/D/1608/2007; CCPR/C/116/D/2324/2013; raport specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. z 2016 r. przedstawiony Radzie Praw Człowieka ONZ, sygn. A/HRC/31/57; uwagi końcowe Komitetu Przeciwko Torturom z 2019 r., sygn. CAT/C/POL/CO/7).

Wskazanie przez Trybunał Konstytucyjny tych płaszczyzn i perspektyw, a następnie ich omówienie, uporządkowałoby ten aspekt zagadnienia. Trybunał mógłby nie tylko wyjaśnić, które akty prawa międzynarodowego odnoszące się do prawa do życia wiążą Polskę i w jakim zakresie, ale też wykazać nieprawdę co do istnienia rzekomego prawa do aborcji jako międzynarodowego prawa człowieka. Mógłby też dokonać orzeczniczego przewartościowania rozbieżnych poglądów doktryny i międzynarodowego orzecznictwa z perspektywy konstytucyjnej.

W tym kontekście Trybunał powinien był odnieść się również do relacji prawa międzynarodowego i Konstytucji, a w szczególności wskazać na obowiązujący art. 8 ust. 1 Konstytucji, która zgodnie z tym przepisem jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej. Konsekwencją powyższego jest konieczność zgodności z Konstytucją wszystkich (także międzynarodowych, wiążących Polskę) aktów prawnych, jak i obowiązek wykonywania przez organy państwa wyłącznie takich zobowiązań wynikających z aktywności organów międzynarodowego, które są zgodne z konstytucyjnymi standardami. Tylko w ten sposób należy rozumieć obowiązek przestrzegania przez Rzeczpospolitą Polską wiążącego ją prawa międzynarodowego wynikający z art. 9 Konstytucji. Obowiązek ten nie istnieje bowiem samoistnie, ale powinien być rozumiany i wykonywany wyłącznie w kontekście art. 8 Konstytucji.

W pierwszym z wspomnianych kontekstów należało wspomnieć o gwarancjach w ramach systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych, gdzie interpretacja standardu prawa do życia idzie w kierunku uznania prawa do aborcji za prawo człowieka. W szczególności chodzi tu o stanowisko uzewnętrznione w *General Comments* Komitetu Praw Człowieka, stojącego na straży przestrzegania Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Yorku dnia 16 grudnia 1966 r. (MPPOiP; Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), którego postanowienia (art. 6) mają też – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego przedstawionym w uzasadnieniu – chronić prawo do życia w fazie prenatalnej. A w rzeczywistości nie jest to tak jednoznaczne. W komentarzu do art. 6 MPPOiP z jednej strony Komitet Praw Człowieka (dalej: KPC) potwierdza, co do zasady, prawo do życia i obowiązek jego ochrony przez państwa-strony MPPOiP. Jednocześnie sygnalizuje, że „*Państwa-strony muszą zapewnić bezpieczny, legalny i skuteczny dostęp do aborcji, kiedy życie i zdrowie ciężarnej kobieta lub dziewczyny są zagrożone lub gdy ciąża spowodowałaby ciężarnej znaczny ból lub cierpienie, zwłaszcza w przypadku ciąży pochodzącej z gwałtu lub kazirodztwa lub gdy ciąża jest zagrożona (niezdolna do życia)*" (zob. International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, *General comment No. 36, Article 6: right to life*, 3 września 2019 r., CCPR/C/GC/36, Nb 8, s. 2). Dalej KPC podkreśla, że strony Paktu powinny usunąć istniejące bariery w skutecznym dostępie kobiet i dziewcząt do bezpiecznej i legalnej aborcji, w tym bariery powstałe w wyniku korzystania z klauzuli sumienia przez osoby świadczące usługi medyczne, a także nie powinny wprowadzać nowych barier.

General Comments KPC nie mają charakteru prawnie wiążącego. Stanowią jedynie interpretację przepisów MPPOiP. Ich rangę i skuteczność osłabia też specyfika istniejącego w ramach MPPOiP instrumentu kontroli przestrzegania jego przepisów przez państwa-strony. Opiera się on na systemie sprawozdań, sporządzanych przez takie państwo co pięć lat lub na wezwanie. Z kolei Protokół fakultatywny do MPPOiP pozwala jednostkom na zgłaszanie indywidualnych petycji (skarg) przeciwko państwu. I jeśli KPC uzna, że prawa składającego skargę zostały naruszone, zaleca państwu podjęcie odpowiednich działań w celu usunięcia naruszeń oraz zagwarantowania, że nie będą się one powtarzać, ewentualnie wypłatę odszkodowania.

Zalecenia KPC nie są prawnie wiążące i wywołują skutek wyłącznie polityczny. Wprawdzie KPC uznaje, że wiążąc się Protokołem fakultatywnym państwo zaakceptowało potencjalne negatywne skutki procedury skargowej, co zobowiązuje je do wykonania zaleceń, jednak nie ma instrumentu wymuszającego to wykonanie. W przypadku braku wykonania zalecenia przez państwo, sprawa jest z nim jedynie negocjowana w celu wspólnego wypracowania rozwiązania usuwającego naruszenie. Dodatkowo wyrok TK o sygn. K 1/20 stanowi w tym przypadku bezwzględną przeszkodę dla potencjalnej skuteczności opinii KPC w zakresie objętych jego treścią.

Podobną analizę Trybunał powinien był przeprowadzić w związku ze standardami ochrony obowiązującymi w systemie Rady Europy. Jego podstawą jest wiążąca Polskę Kon-

wencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej EKPC). EKPC jako ratyfikowana umowa międzynarodowa korzysta z szeregu atrybutów znajdujących umocowanie w Konstytucji, w tym z ochrony art. 9 czy art. 91 ust. 1 i 2. To komplikuje stan prawny i wymaga wyjaśnienia bardziej pogłębionego, niż to zawarte w uzasadnieniu sprawy o sygn. K 1/20.

W świetle EKPC sprawę przerywania ciąży można analizować z trzech perspektyw: 1) prawa do życia (art. 2 EKPC), gdzie chodzi najczęściej o życie z punktu widzenia prawa dziecka; 2) zakazu tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania (art. 3 EKPC), który najczęściej odnosi się do perspektywy praw matki; 3) poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC), stanowiącego również głównie perspektywę praw matki.

W pierwszym przypadku należy podkreślić, że sama EKPC nie definiuje pojęcia życia. Nie definiuje też godności, bo kategorię tę wprowadza dopiero w preambule do Protokołu dodatkowego nr 13 dotyczącego zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach, przyjętego w Wilnie dnia 3 maja 2002 r. (Dz. U. 2014 r. poz. 1155), stanowiąc, że „*Państwa Członkowie Rady Europy, sygnatariusze niniejszego protokołu, przekonane, że prawo każdego do życia jest podstawową wartością w społeczeństwie demokratycznym i że zniesienie kary śmierci jest niezbędne dla ochrony tego prawa i pełnego uznania wrodzonej godności każdej istoty ludzkiej […]*”.

Z praktyki orzeczniczej Komisji Praw Człowieka wynika, że art. 2 EKPC obejmuje nie tylko zakaz pozbawiania życia, ale też obowiązek podejmowania odpowiednich kroków dla jego ochrony (skarga 7154/75, sprawa *Company X v. Wielka Brytania*). Przepis ten nie przesądza jednak, jakim środkami należy to zagwarantować. Przyjmuje się więc, że zapis tworzy nakaz przyjęcia systemu norm, przy pomocy których jest możliwa taka ochrona.

Istnieje też dość jasne orzecznictwo wskazujące, że EKPC nie narzuca państwom-stronom rozstrzygnięcia co do momentu, od którego zaczyna obowiązywać ochrona życia. Pozostawia to w ich gestii. Nie jest jednoznacznie wyjaśniona kwestia dopuszczalności dokonywania przerywania ciąży jako rodzaju pozbawiania życia. Wynika to z faktu, że do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) trafia mała liczba skarg dotycząca tego kontekstu. Jedną z głównych przyczyn jest specyfika skargi strasburskiej, którą może podnieść tylko pokrzywdzony, a więc w tym przypadku byłoby to dziecko, albo jego przedstawiciel ustawowy (matka dokonująca aborcji lub ojciec). Nie jest dopuszczalna *actio popularis*.

Zasadniczo uzasadnione jest stwierdzenie, że ochrona ta istnieje, ale wyłącznie z uwagą, że nie jest absolutna. Mocno podważa ją bowiem kontekst ochrony praw matki. Reprezentatywnym potwierdzeniem tej oceny może być wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8 lipca 2004 r. w sprawie *VO przeciwko Francji* (skarga nr 53924/00), gdzie w paragrafie 80 czytamy: „*Z tego podsumowania orzecznictwa wynika, że w okolicznościach badanych do tej pory przez instytucje Konwencji – to znaczy w różnych ustawach dotyczących aborcji – nienarodzone dziecko nie jest uważane za «osobę» bezpośrednio chronioną na podstawie art. 2 Konwencji i że jeśli nienarodzone dziecko ma «prawo» do «życia», jest ono w sposób dorozumiany ograniczone przez prawa i interesy matki. Instytucje Konwencji nie wykluczyły jednak możliwości, że w pewnych okolicznościach ochrona może zostać rozszerzona na nienarodzone dziecko. To właśnie wydaje się być rozważane przez Komisję, uznając, że «Artykuł 8 ust. 1 nie można interpretować w ten sposób, że ciąża i jej przerwanie są z zasady wyłącznie kwestią życia prywatnego matki» (zob. Brüggemann i Scheuten paragraf 61) oraz przez Trybunał w wyżej wymienionej decyzji w sprawie Boso. Z analizy tych spraw jasno wynika również, że kwestia ta zawsze była rozstrzygana poprzez wyważenie różnych, a niekiedy sprzecznych praw lub wolności, których domaga się kobieta, matka lub ojciec w odniesieniu do siebie nawzajem lub wobec nienarodzonego dziecka*”.

Z kolei w paragrafie 82, drugi akapit, czytamy: „*Wynika z tego, że kwestia tego, kiedy zaczyna się prawo do życia, mieści się w zakresie marginesu oceny, z którego jak Trybunał generalnie uważa, państwa powinny korzystać w tej dziedzinie, niezależnie od ewolucyjnej interpretacji Konwencji jako „żywego instrumentu, który należy interpretować w świetle obecnych warunków" (patrz Tyrer przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z dnia 25 kwietnia 1978, Seria A nr 26, str. 15-16, § 31 i późniejsze orzecznictwo). Przyczyną takiego wniosku jest, po pierwsze, fakt, że kwestia takiej ochrony nie została rozwiązana w większości samych umawiających się państw, w szczególności we Francji, gdzie jest ona przedmiotem debaty (zob. paragraf 83 poniżej), a po drugie, że nie ma europejskiego konsensusu co do naukowej i prawnej definicji początku życia (patrz paragraf 84 poniżej)*".

Podobnie w orzeczeniu z 20 marca 2007 r. w sprawie Alicji Tysiąc przeciwko Polsce (skarga nr 5410/03), w pkt 80 czytamy: „*Co się tyczy drugiej części jej skargi odnoszącej się do pozytywnego obowiązku państwa, skarżąca uznała, że fakty jej sprawy ujawniają naruszenie prawa do skutecznego respektowania jej życia prywatnego. Obowiązkiem państwa było zapewnienie całościowej podstawy prawnej regulującej spory pomiędzy ciężarnymi kobietami a lekarzami w przedmiocie przerwania ciąży w przypadkach zagrożenia dla zdrowia kobiety. Jednak nie istniał skuteczny instytucjonalny i proceduralny mechanizm, w ramach którego rozstrzygano by i rozwiązywano takie sprawy w praktyce*".

Należy tu jednak podkreślić, że w przypadku Polski nie tylko granice praw dziecka nienarodzonego i kobiety ciężarnej (matki), ale i samo ich istnienie było badane dotychczas przez ETPC w sytuacji, kiedy w polskim prawie krajowym istniały stosowne normy pozwalające na przerywanie ciąży, a naruszenie praw matki polegało na braku realnej możliwości lub braku stosownych rozwiązań umożliwiających skorzystanie z tego zabiegu. Pokazuje to orzecznictwo np.: R.R. p-ko Polsce, wyrok ETPC z 26 maja 2011 r. (skarga nr 27617/04) czy Alicja Tysiąc p-ko Polsce, wyrok ETPC z 20 marca 2007 r. (skarga nr 5410/03).

Jednak nawet jeśli przyjmiemy stanowisko, że EKPC i ETPC pozostawiają krajom margines uznania co do momentu obowiązywania prawa do życia, a bardziej rygorystycznie patrzą na możliwości kobiet w dostępie do badań prenatalnych i przerywania ciąży ze względu na wady płodu, to słuszne są dwa wnioski:

po pierwsze, jest to relatywizacja prawa do życia;

po drugie, praktyka orzecznicza dotyczy sytuacji, kiedy w państwie istnieje prawna możliwość usuwania ciąży na poziomie ustawowym, a ewentualna kontrola organów Konwencji wiąże się z oceną prawidłowości umożliwienia skorzystania z tego prawa (porównanie: standard konwencji – standard państwowy).

Powstaje więc pytanie, czy brak takiej konstrukcji ustawowej tj. sytuacja, kiedy kobieta mając zapewniony prawny dostęp do badań prenatalnych skorzysta z nich i wie, że urodzi zdeformowane dziecko, które umrze, a nie ma możliwości dokonania usunięcia ciąży, może być postrzegany jako naruszenie EKPC? Być może odpowie na to ETPC, ponieważ w chwili obecnej jest zawisła przed nim sprawa B.B. p-ko Polsce (skarga nr 67171/17), w której skarżąca podnosi – na podstawie art. 3 EKPC – że nie przeprowadzono jej aborcji ze względu na wady płodu (lekarz powołał się na klauzulę sumienia), co doprowadziło do urodzenia dziecka, bo upływ czasu udaremnił przeprowadzenie legalnej aborcji. Miało to jednak miejsce w sytuacji, kiedy przesłanka umożliwiająca jej dokonanie stanowiła normę ustawową. Obecnie norma ta – tj. właśnie art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny – została derogowana z systemu prawa.

W takiej sytuacji prawnej należy pamiętać, że EKPC jest aktem niższego rzędu niż Konstytucja, a ETPC orzeka zasadniczo o stanie prawnym z momentu naruszenia EKPC. Gdyby jednak chciał orzec o stanie prawnym z momentu orzekania, musiałby odpowiedzieć już na inne pytanie niż tylko zbadać, czy doszło do naruszenia normy konwencyjnej. Stanąłby

przed koniecznością oceny, czy brak istnienia w prawie krajowym normy pozwalającej na przerywanie ciąży z powodu ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu jest sprzeczny z EKPC? Ewentualne orzeczenie potwierdzające tę sprzeczność wywołałoby – w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego o sygn. K 1/20 – jednak problem innej natury. Stanowiłoby dowód na sprzeczność samej EKPC z Konstytucją. W obecnym kształcie Konstytucji nie tylko nie byłoby możliwości wykonania takiego wyroku, ale też ETPC stworzyłby systemowy problem wymagający istotnej, polityczno-prawnej interwencji.

Warto też podkreślić, że w państwie prawa, treść normy wiążącej podmioty powinna być jasna i zrozumiała. W przypadku przepisów EKPC, standard ochrony zawartych w niej praw i ich granice nie są zdefiniowane bezpośrednio w treści przepisów. Postanowienia konwencyjne mają charakter generalny. Są uszczegółowiane i rozwijane dopiero w orzecznictwie ETPC. Wynika to również z ich abstrakcyjnego ujęcia i potrzeby dostosowania do zmieniającej się rzeczywistości społeczno-polityczno-prawnej, przez co ETPC nazywa EKPC „żywym instrumentem" i stosuje wykładnię dynamiczną i celowościową jej przepisów.

Nie wolno jednak zapominać, że w procesie tym ETPC nie korzysta z pełnej swobody. Kształt normatywny przepisów EKPC jest również wynikiem negocjacji i zgody jej państw-stron, co stanowi granicę dla ich akceptacji na poziomie wiązania się prawem międzynarodowym. To oczywiście pozwala ETPC na wypełnianie ich w każdorazowym rozpatrywanym przypadku skonkretyzowaną treścią, ale proces ten powinien następować w sposób wstrzemięźliwy i w granicach uzupełniania luk czy dopasowywania do konkretnego kazusu. Będziemy mieli wtedy do czynienia z naturalnym procesem rozwijania prawa międzynarodowego i dostosowywania go do współczesnych wyzwań społecznych.

W międzynarodowym procesie orzeczniczym nie ma jednak miejsca na działania polegające na tworzeniu nowych norm lub rozszerzania w drodze interpretacji stosowania istniejących norm na nowe obszary konstytucyjne państwa-strony EKPC, a tym samym rozciągania tam kompetencji ETPC. To przekracza akceptowalny dynamizm, bo wychodzi poza polityczne i prawne umocowanie, jakie ETPC otrzymał od państw-stron EKPC.

Prawo międzynarodowe jest dość elastyczne. Jednak w procesie orzekania międzynarodowego należy rozróżniać rozwijanie normy międzynarodowej w drodze orzeczniczej od niedopuszczalnego prawotwórstwa polegającego na tworzeniu nowych treści abstrakcyjnych norm (kreacji norm) przez trybunały międzynarodowe już po związaniu się przez państwo daną umową międzynarodową, często wręcz po upływie wielu lat od tego wydarzenia i przy istnieniu wątpliwości, czy dane państwo taką umową związałby się, gdyby w momencie związania znało takie właśnie, nowe rozumienie treści normy (brak konsensusu jako brak źródła materialnego prawa międzynarodowego).

Podobnie niedopuszczalne jest rozszerzanie przez trybunał międzynarodowy stosowania już istniejących norm traktatowych do wyłaniających się w procesie rozwoju społecznego, nowych sfer funkcjonowania państwa i społeczeństwa. Taka decyzja ma charakter polityczny i należy wyłącznie do państwa decydującego się na związanie umową międzynarodową o konkretnym kształcie i konkretnym zakresie.

Trybunał międzynarodowy jest w pierwszym rzędzie organem stosowania prawa (wymierzania sprawiedliwości międzynarodowej), ewentualnie interpretacji norm. Nie tworzy swym orzecznictwem norm prawnych wiążących państwa, ponieważ jest umiejscowiony poza państwowym systemem władzy, w tym poza systemem tworzenia prawa i wiązania się przez państwo prawem międzynarodowym. Potwierdzenie tego znajdujemy w orzecznictwie międzynarodowym. Wydając opinię doradczą sprawie „Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion" (ICJ Reports 1996, p. 226), Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości nie tylko odmówił zastąpienia prawodawcy, ale jeden z sędziów, stwierdził wręcz w swym zdaniu odrębnym, że „*(...) it is not the role of the judge to take the place of the legi-*

slator. (...) the Court must limit itself to recording the state of the law without being able to substitute its assessment for the will of sovereign States". G. Guillaume (separate opinion, pkt 14, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-06-EN.pdf).

Jedyną drogą do zmiany treści norm międzynarodowych wiążących państwa jest zmiana stosownego traktatu. W przypadku EKPC zmiana taka musiałby nastąpić poprzez przyjęcie przez państwa-strony kolejnego protokołu dodatkowego. Każdy prawotwórczy wyrok ETPC nie będzie uzewnętrzniał woli państw wyrażonej przy tworzeniu lub przystępowaniu do EKPC. Jeśli nastąpi to w sprawie skargi złożonej przeciwko Polsce, będziemy mieli do czynienia z przekroczeniem zakresu uprawnień orzeczniczych ETPC na jaki Polska wyraziła zgodę przystępując do EKPC. Wyrok będzie tym samym miał charakter *ultra vires,* a więc zostanie pozbawiony atrybutu wykonalności. Odmowa jego wykonania nie będzie stanowić naruszenia Konstytucji.

W tym kontekście należy przypomnieć, że prawie międzynarodowym jedną z granic dla wykonywania przez państwa orzeczeń trybunałów międzynarodowych jest ich akceptowalność, rozumiana nie tylko poprzez spełnianie przez trybunały wielu demokratycznych przesłanek np. legitymizacji sędziowskiej, czy legalności wyroku (oparciu na prawie, wydania we właściwej procedurze), ale też jako zgoda państwa na ich wykonanie. Ta ostatnia ma konotacje historyczne w rozjemczo-arbitrażowym procesie rozstrzygania sporów i jest bezpośrednim skutkiem suwerenności jako istoty państwa.

Taka akceptowalność wyroku odnosi się niewątpliwie także do wyroków ETPC, w szczególności kiedy mamy do czynienia z modyfikacją pierwotnego znaczenia EKPC. Podkreślił to sędzia L. Garlicki w swoim zdaniu odrębnym do wyroku sprawie nr 46221/99, Öcalan v. Turcja. W pkt 4 pisze on: "*[I]t is legitimate to assume that, as long as the member States have not clearly rejected a particular judicial interpretation of the Convention (as occurred in relation to the expulsion of aliens, which became the subject of regulation by Protocols Nos. 4 and 7)"* (patrz: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„fulltext":[„Ocalan"],"itemid":[„001-69022"]).

Oczywiście w państwie prawa, jakim jest Polska, nie powinno tylko chodzić o prostą akceptowalność wyroku przez rząd (władzę wykonawczą). Dziś ten zakres akceptowalności orzeczeń przybrał już inne formy, jak np. formułę prawnego zobowiązania się wykonania wyroku wyrażanych często *ex ante iudicium*. Z samej EKPC także wynika formalny obowiązek wykonywania wyroków ETPC. Zgoda jest więc wyrażona przez ratyfikację/przystąpienie do EKPC. Tym samym stanowi niewątpliwie zobowiązanie objęte treścią art. 9 Konstytucji.

Jednak z drugiej strony akceptowalność wyroków trybunałów międzynarodowych, w tym ETPC, w Polsce jako państwie prawa znajduje granicę w innych normach Konstytucji i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. To Konstytucja kanalizuje i kieruje w Polsce procesem politycznym i tworzy mechanizm, który rozdziela prawo i politykę oraz określa ich interakcje. Dotyczy to także polityki zagranicznej i akceptowalności oraz sposobu oddziaływania aktów obcej władzy na organy państwa polskiego i podmioty prawa krajowego, a także na możliwość poddania władzy państwowej kontroli organów międzynarodowych. A taką kontrolą jest aktywność trybunałów międzynarodowych, nawet jeśli – tak jak ETPC – działają w płaszczyźnie międzynarodowych praw człowieka, gdzie ETPC kontroluje władzę państwową w płaszczyźnie spełniania zawartych w EKPC – a więc podkonstytucyjnych, choć niewątpliwie stanowiących wspólny dorobek narodów Europy - standardów wynikających z praworządności i demokracji.

Z kolei Trybunał Konstytucyjny ocenia, czy przepisy umów międzynarodowych (tu: EKPC) są zgodne z Konstytucją, bo to on jest depozytariuszem „woli suwerena" – jego mandat jest zdefiniowany przez ustrojodawcę w Konstytucji. W szczególności kontrola może dotyczyć przepisu EKPC w rozumieniu nadanym mu przez ETPC w procesie orzeczniczym.

Trybunał Konstytucyjny bada tu nie tyle samą istotę standardu, który jest co do zasady tożsamy dla państw Rady Europy, ile jego zgodność z Konstytucją. Trybunał spełnia w ten sposób rolę merytorycznego kontrolera wykładni dynamicznej badając, czy norma o treści ukształtowanej orzeczeniem, a więc decyzją sędziów – osób o indywidualnym poglądzie politycznym na sprawę - mieści się w polskim systemie konstytucyjnym z perspektywy art. 8 ust. 1 Konstytucji. Dzięki temu Trybunał Konstytucyjny nie tylko hamuje tzw. imperializm orzeczniczy trybunałów międzynarodowych, ale też stoi na straży indywidualnej polskiej specyfiki (tradycji prawnej), odrębności ustrojowej i kulturowej, ukształtowanej historycznie i wyrażonej w formie normatywnej w Konstytucji, czyli chroni polską tożsamość konstytucyjną.

Ważną kwestią jest w tej płaszczyźnie także charakter prawny wyroków ETPC, który pokazuje, że Polskę – jako prawo międzynarodowe – wiąże bezpośrednio tylko EKPC (przepisy), a nie wyroki ETPC, które korzystają wyłącznie z atrybutu (nakazu) ich wykonania. Orzeczenia trybunałów międzynarodowych nie stanowią bowiem źródła prawa międzynarodowego w rozumieniu *common law*. W prawie międzynarodowym nie funkcjonuje doktryna „*stare decisis et non queita movere”*, a sam znany powszechnie fakt powoływania się przez trybunały międzynarodowe na swoje wcześniejsze wyroki wynika jedynie z zasady pewności prawa, spójności orzecznictwa i zasady ochrony uprawnionych oczekiwań. Dlatego wcześniejsze wyroki są w międzynarodowej procedurze orzeczniczej jedynie środkiem o charakterze pomocniczym, który służy do ewentualnego stwierdzenia istnienia normy prawa międzynarodowego, wyjaśnienia jej treści, doprecyzowania czy – w granicach określonych państwowo-konstytucyjną akceptowalnością – nadania nowego rozumienia. Wskazuje na to ich status określony w art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, co potwierdza zgodnie doktryna.

Dotyczy to również orzecznictwa ETPC. Jego wyroki w pierwszym rzędzie stanowią rozstrzygnięcie sporu co do konkretnego działania państwa w świetle określonej normy EKPC. Dlatego wyroki ETPC nie kreują normy prawnej wiążącej formalnie kolejny skład orzekający („*[T]he Court is not bound by its previous judgments* (…)”; patrz: Cossey v. UK, sprawa nr 10843/84, pkt 35 https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid”:[„001-57641”]}). I choć są częścią szerokiego porządku międzynarodowego, to jednak nie mają tu charakteru normatywnego.

Wyroki ETPC nie mają też charakteru normatywnego dla krajowego porządku prawnego, a więc nie są źródłem prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji. Nie tylko nie są tam wskazane, ale też są elementem odrębnego systemu niż prawo krajowe. Wiążą państwo polskie w płaszczyźnie prawa międzynarodowego, z mocy zobowiązania się do ich wykonania na podstawie traktatowej (art. 46 ust. 1 EKPC) w konkretnej sprawie, gdzie powaga rzeczy osądzonej ma zakres ściśle ograniczony *ratione personae, ratione materiae* i *ratione loci*.

Z kolei wszelkie rozważania generalne zawarte w uzasadnieniu do wyroku nie tylko mają charakter *obiter dicta*, ale też nie wywołują żadnego skutku, ani w systemie prawa krajowego (nie uchylają prawa krajowego), ani też co do praw i obowiązków jakichkolwiek podmiotów prawa krajowego. Podmioty prawa krajowego, włącznie z tym, którego skargę ETPC rozstrzygał, są nadal związane normą prawną (jej treścią) uznaną przez ETPC w konkretnym przypadku za sprzeczną z EKPC. Stosownej integracji standardów dokonuje się dopiero na forum państwowym, ewentualnie przez zmianę interpretacji, a jeżeli nie jest to możliwe, ponieważ wypowiedź ETPC miała miejsce w kontekście indywidualnego kazusu, wyłącznie poprzez formalną zmianę prawa krajowego.

Samo wykonanie wyroku, jak i ewentualne zmiany w prawie krajowym, wymagają też działania stosownego organu podjętego na podstawie istniejących przepisów prawa krajowego i w ich granicach (art. 7 Konstytucji). Organy krajowe nie są władne wyzwolić się z konstytucyjnego systemu kompetencji i podległości ustawom, powołując się po prostu na rozstrzy-

gnięcie ETPC. Stanowiłoby to naruszenie konstytucyjnej zasady rządów prawa i zasady legalizmu. Z kolei jeżeli w systemie prawa krajowego brakuje takich przepisów kompetencyjnych, wyrok ETPC nie może być wykonany do chwili ich ustanowienia.

Ponadto wszelkie działania organów państwa są możliwe pod warunkiem, że ich końcowy efekt byłby zgodny z Konstytucją. Inaczej ich aktywność wymagałaby wcześniejszej zmiany Konstytucji. Jest to ważne w szczególności jeśli skutkiem tego działania miałaby być wymuszona orzeczeniem ETPC zmiana ustawodawstwa prowadząca w finale do stworzenia przepisów sprzecznych z Konstytucją, albo faktyczna ingerencja w strukturę konstytucyjnej równowagi władzy.

Powyższe prowadzi do wniosku, że gdyby Trybunał Konstytucyjny oparł swoje orzeczenie bezpośrednio na zasadzie godności (art. 30 Konstytucji), jak zaproponowałem w niniejszym zdaniu odrębnym, mógłby nie tylko lepiej uzasadnić przyjęty kierunek rozstrzygnięcia, a także miałby argumenty przeciw tym stanowiskom wynikającym z prawa międzynarodowego, które nie gwarantują ochrony życia w fazie prenatalnej. Nie musiałby również na siłę wskazywać, że z treści poszczególnych umów międzynarodowych wynika ochrona dzieci nienarodzonych, jeśli w praktyce – w skutek działania organów kontrolujących przestrzeganie tych umów – taka ochrona jest relatywna, a może i iluzoryczna. Pokazałby natomiast konstytucyjny zakres ochrony i ewentualne dopuszczalne granice przerywania ciąży, a także konstytucyjne granice dla akceptacji wiążących Polskę standardów międzynarodowych i orzecznictwa międzynarodowego w tym zakresie.

Celowość i logikę takiej konstrukcji prowadzenia sprawy potwierdza też podpisana przez 33 państwa (w tym przez Polskę) 22 października 2020 r. Deklaracja Konsensusu Genewskiego o Ochronie Zdrowia Kobiety i Umocnieniu Rodziny (patrz: https://www.hhs.gov/sites/default/files/geneva-consensus-declaration-english-11-10-2020.pdf).

Dokument ten, choć niewiążący formalnie (prawnie), ustanawia zobowiązania polityczne i potwierdza niezbywalną godność i wartość jednostki ludzkiej oraz wyraża stanowisko, że każdy człowiek ma przyrodzone prawo do życia. W końcowych postanowieniach Deklaracji czytamy, że „*nie ma międzynarodowego prawa do aborcji ani międzynarodowego zobowiązania państw do finansowania lub ułatwiania aborcji, zgodnie z wieloletnim międzynarodowym konsensusem, że każdy naród ma suwerenne prawo do wdrażania programów i działań zgodnie z ich prawem i polityką*”. To znaczy, że w polskim systemie prawnym kwestia przerywania ciąży musi być zgodna z Konstytucją.

VI. Podsumowanie.

1. Problem konstytucyjny w analizowanej sprawie dotyczył naruszenia godności osoby ludzkiej w fazie prenatalnej. Przyzwalając w przepisach ustawy zwykłej na pozbawienie życia człowieka przed urodzeniem ze względu na jego cechy (choroba, trwałe, nieodwracalne wady, niepełnosprawność) ustawodawca naruszył nienaruszalną godność człowieka.

Jeśli tworząc normę w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny ustawodawca dokonywał ważenia jakiś dóbr czy wartości, to w tym przypadku ważył dobra tego samego podmiotu tj. dziecka nienarodzonego i dał pierwszeństwo mniej ważnej wartości tj. zdrowiu niż tej, którą ograniczył (a wręcz, której istotę naruszył) tj. życiu. Jeśli zaś prawodawca brał w danej legislacji pod uwagę stan kobiety, która miałaby urodzić chore dziecko i zmagać się z tego konsekwencjami, to nadal uwzględniał szeroko rozumiany komfort życia innego podmiotu będący dobrem mniej ważnym niż życie, którego się chce pozbawić. Wreszcie wyjaśnianie, że pozbawienie życia dziecka narodzonego usprawiedliwione jest tym, by oszczędzić mu cierpień, także jest sprzeczne z aksjologicznymi podstawami Konstytucji i znaczeniem godno-

ści człowieka w systemie prawnym. Ponownie należy podkreślić, że godność osobowa to cecha decydująca o tym, że dany podmiot jest człowiekiem. Nie określa ani nie warunkuje ona poziomu ani jakości życia.

Lektura ustawy o planowaniu rodziny potwierdziła, że przesłanka przerywania ciąży z art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy w sposób przedmiotowy potraktowała życie ludzkiego wbrew standardowi wyznaczonemu w Konstytucji. Dla ustawodawcy, mimo wcześniejszej gwarancji ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej wyrażonej w art. 1 ustawy o planowaniu rodziny, płód stał się przedmiotem, którego można było pozbawić życia z uwagi na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu do chwili osiągnięcia przez niego zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Tymczasem konstytucyjnym standardem jest równość ochrony życia ludzkiego niezależnie od jego etapu. Prawo do ochrony życia ludzkiego wyrażone w Konstytucji jest konsekwencją tego, że każda istota ludzka ma godność, o której mowa w art. 30 Konstytucji. Zatem podmiotem konstytucyjnej ochrony jest człowiek również przed urodzeniem.

2. Utrata mocy obowiązującej art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny po wejściu w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego nie ustanawia zakazu, ale przywraca w tym zakresie konstytucyjną zasadę prawa do życia. A skoro zasadą jest prawo do życia, a w konsekwencji tego nakaz prowadzenia przez władze publiczne działań, które to życie będą chronić, a nie niszczyć, to warunki dopuszczalności przerywania ciąży należy traktować jako odstępstwo od tak od prawa konstytucyjnego przysługującego jednostce, jaki i od konstytucyjnego obowiązku. W świetle art. 30 Konstytucji i przesłanek określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, państwo nie może takiego odstępstwa autoryzować. Usunięcie tej normy, stanowiącej wyjątek od zasad konstytucyjnych i to tych dotyczących godności, przywraca stan zgodności z Konstytucją w danym zakresie.

Na marginesie należy też wskazać, że Konstytucja nie formułuje prawa do przerywania ciąży jako takiego. Prawa tego nie można również wywodzić z prawa do decydowania o swoim życiu osobistym (prywatnym), czy z zakazu tortur. Niezależnie od tego, co próbuje się wywodzić z postanowień dotyczących międzynarodowej ochrony praw człowieka, Konstytucja z uwagi na zasadę godności chroni życie ludzkie na każdym jego etapie. Owszem człowiek jest wolny i może o sobie stanowić. Do korzystania z wolności nie są potrzebne działania władzy publicznej. Zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji wolność podlega prawnej ochronie. Jednakże ani wolność, ani jej prawna ochrona, nie mają charakteru absolutnego. Granice wolności wyznacza obowiązek poszanowania wolności i prawa innych osób. W wypadku przerywania ciąży podmiotem, którego praw i wolności należy szanować, jest dziecko nienarodzone, które ma ze względu na przyrodzoną godność takie samo prawo do życia i jego prawnej ochrony jak osoby po urodzeniu.

3. Konstytucyjny standard prawa do życia tworzy też nieprzekraczalny zakres dla wszelkich zobowiązań Polski wynikających z prawa międzynarodowego, czy to w zakresie materialnoprawnym, czy w nakazie ich wykonania w formie wyroku trybunału międzynarodowego. Taki wyrok nie ma automatycznego skutku w prawie krajowym. Nie ma też charakteru normatywnego, a organy krajowe nie mogą się powoływać bezpośrednio na niego, pomijając obowiązujące prawo krajowe, w tym Konstytucję.

W przypadku wątpliwości, ostateczne rozstrzygnięcie w tym temacie należy do Trybunału Konstytucyjnego, który może badać zgodność z Konstytucją normy międzynarodowej w rozumieniu nadanym jej takim wyrokiem.

Zdanie odrębne
sędziego TK Jarosława Wyrembaka
do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 22 października 2020 r., w sprawie o sygn. akt K 1/20

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, zgłaszam zdanie odrębne do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 roku, wydanego w sprawie o sygnaturze akt K 1/20.

I. Kierując się przekonaniem o niekonstytucyjności normy prawnej przedstawionej Trybunałowi do zbadania przez grupę 119 Posłów na Sejm IX kadencji, aprobuję kierunek rozstrzygnięcia przyjęty w sentencji wyroku. Zdecydowanie nie akceptuję natomiast uzasadnienia wyroku – przedstawionego mi do podpisu w dniu 3 grudnia 2020 roku – i trybu, w jakim zostało ono ukształtowane. Nie aprobuję przyjętego sposobu uzasadniania niekonstytucyjności przepisu – w tym: oparcia uzasadnienia na ustalonej przez Trybunał konfiguracji wzorców kontroli. Nie aprobuję także praktyki zbierania podpisów Sędziów pod uzasadnieniem wyroku przed udostępnieniem podpisanego protokołu rozprawy z 22 października 2020 roku, po której wyrok został wydany (protokół rozprawy został udostępniony Sędziom Trybunału Konstytucyjnego dopiero 7 grudnia 2020 roku).

A. Uważam, że argumenty przedstawione przez Trybunał w pisemnym uzasadnieniu wyroku, dla wykazania niekonstytucyjności przepisu objętego jego sentencją, są zdecydowanie niewystarczające. Pomijają niektóre zagadnienia kluczowe dla badanej sprawy – i dla sposobu jej rozstrzygnięcia. Poprzez to, według mojego stanowiska, sytuują wyrok w bardzo mglistej i powikłanej perspektywie aksjologicznej, etycznej, moralnej. W kilku momentach próbują skupiać uwagę na kwestiach, które – moim zdaniem – niczego ważnego nie wnoszą do toku analiz, za to: znacząco zacierają jego klarowność. Moim zdaniem, niektóre z nich są jurydycznie bardzo wątpliwe, a niektóre lakoniczne i dość zagadkowe (w charakterze przykładu wskazać można wywód dotyczący „dewitalizacji godności człowieka z uwagi na jego fazę rozwojową”).

B. Uważam, że Trybunał Konstytucyjny w sposób nazbyt swobodny „zrekonstruował” istotę oraz zakres przedstawionego przez Wnioskodawców problemu konstytucyjnego – i tym samym: niezasadnie ograniczył przedmiot i zakres przeprowadzonego postępowania.

C. W pisemnym uzasadnieniu wyroku znalazły się wywody, które poważnie zmieniają stanowisko przedstawione publicznie jako ustne motywy zasadnicze wyroku – co wynika w szczególności z jego następujących fragmentów:

– „Trybunał zaznacza, że rozumiał, iż szeroki katalog okoliczności określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. [ustawy z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży – dopow.: J.W.] obejmuje bardzo zróżnicowane przypadki. Stanowienie adekwatnych norm prawnych należy jednak do kompetencji ustawodawcy, a Trybunał może ewentualnie oceniać konstytucyjność przyjętych przez niego rozwiązań w przypadku zainicjowania kontroli”;

– „W ocenie Trybunału, art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. nie pozwala przyjąć, że duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu ma stanowić podstawę do automatycznego domniemania naruszenia dobrostanu kobiety ciężarnej, zaś samo wskazanie na potencjalne obciążenie dziecka takimi wadami ma charakter eugeniczny. W przepisie tym zabrakło odniesienia do mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki uzasadniających przerwanie ciąży, czyli takiej sytuacji, w której nie można byłoby od niej prawnie wymagać poświęcenia danego dobra prawnego";

– „Trybunał podkreśla, że rozumiał, iż szeroki katalog okoliczności określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r. obejmuje bardzo zróżnicowane przypadki. Stanowienie adekwatnych norm prawnych należy jednak do kompetencji ustawodawcy, a Trybunał może ewentualnie oceniać konstytucyjność przyjętych rozwiązań w drodze kontroli prewencyjnej bądź następczej, albowiem decyzja ustawodawcy legalizująca zachowania naruszające daną wartość konstytucyjną nie może być w pełni dowolna i arbitralna. Musi być usprawiedliwiona kolizją dóbr, praw lub wolności konstytucyjnych, którym – rozważając istotę danego przypadku, sytuacji kolizyjnej – można przyznać porównywalną wagę".

Uważam, że powołane stwierdzenia mogą być odczytywane i interpretowane jako otwarcie ustawodawcy drogi do częściowego przywrócenia prawnej możliwości przerywania ciąży w odniesieniu do tej populacji dzieci poczętych, która może być definiowana na podstawie przepisu, którego dotyczyło postępowanie przed Trybunałem – w duchu pomysłów i projektów przedstawianych w przestrzeni publicznej przez niektórych polityków, już po publicznym ogłoszeniu wyroku, a jeszcze przed przyjęciem przez Trybunał jego uzasadnienia. Według mojej oceny, jest to zabieg bardzo czytelny, mimo że w zakresie pierwszego i trzeciego spośród wyżej cytowanych wywodów, powiązany został z dość enigmatycznymi wypowiedziami o „zróżnicowanych przypadkach" i „stanowieniu adekwatnych norm prawnych". Drugi wyżej cytowany wywód potwierdza – tym razem już wyraźnie – że Trybunał Konstytucyjny, wbrew argumentom prezentowanym publicznie 22 października 2020 roku jako zasadnicze motywy wyroku, problemu konstytucyjnego dopatrzył się w szczególności w tym, że w zakwestionowanym przepisie „zabrakło odniesienia do mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki uzasadniających przerwanie ciąży, czyli takiej sytuacji, w której nie można byłoby od niej prawnie wymagać poświęcenia danego dobra prawnego"; tym samym: w pisemnym uzasadnieniu wyroku, Trybunał Konstytucyjny wyraźnie dopuścił możliwość ustanawiania takich „mierzalnych kryteriów" przez ustawodawcę.

Zwraca uwagę fakt, że pierwszy cytowany wywód został powtórzony w zbliżonym kształcie merytorycznym w ostatniej części uzasadnienia wyroku, zatytułowanej *Skutki orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego* (cytat trzeci).

Moim zdaniem, powołane fragmenty uzasadnienia pisemnego czynią je niespójnym, niekonsekwentnym i niezrozumiałym – zwłaszcza wobec zasadniczych motywów wyroku publicznie ogłoszonych 22 października 2020 roku; nadto, znacząco umniejszają wagę wówczas przedstawionych argumentów.

D. Przepisy art. 112 ust. 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 roku o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (nazywanej dalej: ustawą o trybie postępowania przed Trybunałem) rozstrzygają między innymi, że w ustnym uzasadnieniu orzeczenia przewodniczący składu orzekającego lub sędzia sprawozdawca podaje zasadnicze motywy orzeczenia. Przepis art. 108 ust. 3 ustawy o trybie postępowania przed Trybunałem, stanowi z kolei między innymi, że Trybunał jest obowiązany, nie później niż w ciągu miesiąca od dnia ogłoszenia orzeczenia, sporządzić jego uzasadnienie w formie pisemnej.

Uważam, że każdy Sąd i każdy Trybunał powinien zawsze zachowywać adekwatność pomiędzy uzasadnieniem ustnym i uzasadnieniem pisemnym orzeczenia w zakresie prezenta-

cji jego zasadniczych motywów. Nie tracąc z pola widzenia odmiennych uwarunkowań normatywnych ich praktyki orzeczniczej, i odmiennych materii, stanowiących przedmiot ich rozstrzygnięć, warto odnotować, że – na przykład – na gruncie normatywnym wynikającym z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, Sąd Najwyższy wywiódł, że:

– „[…] pisemne uzasadnienie powinno być wyczerpujące, a zatem może być obszerniejsze i zawierać więcej argumentów prawnych niż uzasadnienie ustne, skoro po ogłoszeniu sentencji wyroku podaje się ustnie tylko zasadnicze powody rozstrzygnięcia. Niewątpliwie uzasadnienie pisemne, sporządzane w jakiś czas po ustnym podaniu zasadniczych powodów rozstrzygnięcia, może się w detalach różnić od uzasadnienia ustnego, nie powinno jednak różnić się całkowicie. Inaczej mówiąc, uzasadnienie pisemne nie powinno w istotny sposób odbiegać od uzasadnienia ustnego, obejmującego zasadnicze powody rozstrzygnięcia […]" (uzasadnienie wyroku z 5 czerwca 2014 roku, wydanego przez Sąd Najwyższy w sprawie o sygn. akt I PK 311/13);

– w zakresie zasadniczych powodów rozstrzygnięcia, pisemne uzasadnienie orzeczenia nie powinno odbiegać od uzasadnienia ustnego (uzasadnienie postanowienia z 29 kwietnia 2015 roku, wydanego przez Sąd Najwyższy w sprawie o sygn. akt II CSK 596/14).

W moim przekonaniu, wyżej przedstawione reguły, mimo że wyprowadzone zostały w bardzo konkretnym otoczeniu normatywnym, mogą być traktowane jako reguły uniwersalne – zachowują wartość, i trudne do przecenienia znaczenie, także w perspektywie praktyki orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego. Tym bardziej, że eksponowany tutaj problem, według mojego stanowiska, wolno wiązać z zasadą rzetelności postępowania – i tym samym: z zagadnieniem fundamentów demokratycznego państwa prawnego. Może zwłaszcza na gruncie praktyki orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, gdzie mocą wyroków rozstrzyga się bardzo ważne zagadnienia konstytucyjnoprawne, i gdzie uzasadnienia tych wyroków – zarówno ustne jak i pisemne – pełnią bardzo ważne funkcje jurydyczne i pozajurydyczne (w tym: interpretacyjne).

E. Przepisy art. 105 ust. 1 i 2 ustawy o trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym stanowią, że Trybunał wydaje orzeczenie po niejawnej naradzie sędziów składu orzekającego, przy czym: narada obejmuje dyskusję i głosowanie nad mającym zapaść orzeczeniem i zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia oraz sporządzenie orzeczenia. Z powołanych przepisów wynika zatem bardzo jednoznacznie, że dyskusja i głosowanie nad wszystkimi zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia powinny zostać przeprowadzone na wspólnej naradzie wszystkich sędziów składu orzekającego jeszcze przed wydaniem orzeczenia. Uważam, że zasadności przedstawionego wniosku w żadnym razie nie może podważać brzmienie przepisu art. 108 ust. 3 ustawy o trybie postępowania przed Trybunałem. Jak już wcześniej zaznaczyłem, stanowi on między innymi, że Trybunał jest obowiązany, nie później niż w ciągu miesiąca od dnia ogłoszenia orzeczenia, sporządzić jego uzasadnienie w formie pisemnej. Poza zakresem regulacyjnym powołanego przepisu pozostaje zatem materia uregulowana na gruncie wskazanego wyżej art. 105 ustawy o trybie postępowania przed Trybunałem – w tym znaczeniu, że przepis ten rozstrzyga jedynie o terminie „sporządzenia uzasadnienia" w formie pisemnej, a nie o terminie i trybie procedowania w sprawie zasadniczych motywów rozstrzygnięcia.

Wymóg przeprowadzenia dyskusji i głosowania nad wszystkimi zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia, na wspólnej naradzie wszystkich sędziów składu orzekającego jeszcze przed wydaniem orzeczenia, może być przedstawiany nie tylko jako konieczne następstwo brzmienia wyżej eksponowanych przepisów, ale też – jako pewien imperatyw narzucany przez elementarne reguły logicznego myślenia. Wszakże to wszystkie zasadnicze motywy wyroku, przyjęte przez cały skład orzekający przed wydaniem orzeczenia, powinny wyznaczać treść

sentencji wyroku. Trudno natomiast rozsądnie zakładać, że może być dokładnie na odwrót – że to treść sentencji wyroku powinna implikować i determinować zasadnicze motywy wyroku.

Konieczność przeprowadzenia dyskusji i głosowania nad wszystkimi zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia na wspólnej naradzie wszystkich sędziów składu orzekającego jeszcze przed publicznym ogłoszeniem orzeczenia wynika też z faktu, że powinny one warunkować treść ustnego uzasadnienia orzeczenia. Ani sędzia przewodniczący, ani sędzia sprawozdawca w istocie nie ma legitymacji do przedstawiania jakiegokolwiek ustnego uzasadnienia orzeczenia, jeżeli cały skład orzekający, przed ogłoszeniem orzeczenia, w dyskusji i wspólnym głosowaniu na naradzie, nie rozstrzygnął przynajmniej o wszystkich zasadniczych motywach orzeczenia. Wszakże sędzia prezentujący ustne uzasadnienie orzeczenia nigdy nie czyni tego w swoim tylko imieniu, a – w imieniu całego składu orzekającego.

F. Całkowicie niezasadne, moim zdaniem, stanowisko interpretacyjne dopuszczające możliwość kształtowania zasadniczych motywów orzeczenia także po publicznym jego ogłoszeniu – mimo argumentów przedstawionych w punkcie poprzedzającym – ponad wszystko jednak nie może znosić obowiązku procedowania w sprawie wszystkich zasadniczych motywów rozstrzygnięcia w trybie wspólnych narad i wspólnego głosowania wszystkich sędziów składu orzekającego. W innym razie, w każdym takim przypadku, można łatwo doprowadzić do sytuacji, gdy tekst uzasadnienia wyroku całego składu orzekającego, nawet w zakresie zasadniczych motywów rozstrzygnięcia, jest kształtowany bez udziału wszystkich sędziów tegoż składu – co jest szczególnie rażące w wypadkach, gdy pisemny tekst uzasadnienia, przedkładany do podpisu każdemu sędziemu składu orzekającego, radykalnie zmienia stanowisko wynikające z publicznie ogłoszonych zasadniczych motywów wyroku oraz merytoryczną wymowę wtedy przedstawionych argumentów, a nawet – może znacząco wpływać na sposób rozumienia sentencji wyroku. Raz jeszcze wypada zaakcentować w tym kontekście, że przepis art. 105 ust. 2 ustawy o trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym jednoznacznie rozstrzyga, że narada obejmuje nie tylko dyskusję i głosowanie nad mającym zapaść orzeczeniem, ale i – dyskusję i głosowanie nad zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia oraz sporządzenie orzeczenia.

G. Na poziomie formalnym, nie aprobuję trybu i sposobu procedowania w sprawie kształtu kwestionowanego uzasadnienia wyroku, który – poza wspólną dyskusją i poza wspólnym głosowaniem na naradzie wszystkich sędziów składu orzekającego – doprowadził do poważnego i rażącego zerwania adekwatności pomiędzy publicznie ogłoszonym uzasadnieniem ustnym wyroku i jego uzasadnieniem pisemnym, i to – w zakresie zasadniczych motywów wyroku. Cały kontekst społeczny, medialny i polityczny, w jakim do zerwania tejże adekwatności doszło, znacząco pogłębia wyrażony brak mojej aprobaty.

Na poziomie merytorycznym, zdecydowanie nie podzielam zwłaszcza tych wywodów Trybunału, które – z uwagi na ich zawartość merytoryczną – muszą być traktowane jako zasadnicze motywy wyroku, a które znalazły się dopiero w pisemnym uzasadnieniu wyroku (wywody cytowane w punkcie C); nie były objęte natomiast uzasadnieniem ustnym, przedstawionym publicznie w dniu 22 października 2020 roku.

W szerszym zakresie, na poziomie bardziej szczegółowym, powody braku aprobaty merytorycznej zawartości kwestionowanego uzasadnienia wyroku prezentuję w kolejnych punktach niniejszego zdania odrębnego.

II. W charakterze istotnej uwagi wprowadzającej do rozwinięcia stanowisk przedstawionych w punkcie poprzedzającym, wyrażam przekonanie, że rozpoznawany problem konstytucyjny rozgrywa się przede wszystkim na poziomie rozstrzygnięć odnoszących się do ak-

sjologicznych fundamentów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Wobec debaty prowadzonej w przestrzeni publicznej w sprawie rozstrzygniętej przez Trybunał – zwłaszcza wobec sposobu jej prowadzenia, i klimatu, w jakim jest ona prowadzona – wszystkie dalsze uwagi i stwierdzenia sytuuję w aspekcie konstatacji, że brak powszechnej i pełnej zgody co do sposobu rozstrzygania różnych szczegółowych zagadnień aksjologicznych, etycznych, moralnych, światopoglądowych, składających się na wskazaną materię, powinien raczej zachęcać wszystkich do pokory, wyrozumiałości i cierpliwości, niż do potępiania innych, odbierania im prawa do prezentacji osobistych przekonań, ośmieszania, dyskredytowania i podważania ich autorytetu oraz ich godności, agresywnego wyrażania oburzenia, siłowych metod sprzeciwu, czy emocjonalnego potępiania odmiennych preferencji oraz zapatrywań. Uważam, że każdy, kto ma odwagę przedstawić swoje osobiste stanowisko w tej ważnej sprawie, zasługuje na bezwzględny szacunek (nie tylko deklarowany, ale i faktycznie okazywany) – co oczywiście nikomu nie odbiera prawa do wyrażania odmiennych preferencji i zapatrywań, czy prawa do ważenia znaczenia różnych podnoszonych argumentów jurydycznych i pozajurydycznych.

III. Uważam za ważne precyzyjne przedstawienie przepisów i rozstrzygnięć szczególnie istotnych z punktu widzenia niniejszego zdania odrębnego.

A. Grupa 119 Posłów na Sejm IX kadencji przedstawiła Trybunałowi Konstytucyjnemu do rozpoznania wniosek definiujący problem konstytucyjny działając na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, według którego 50 posłów może wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego między innymi z wnioskiem w sprawie zgodności ustawy z Konstytucją. Z uwagi na okoliczności podnoszone w trakcie rozprawy w dniu 22 października 2020 roku, warto już w tym miejscu zauważyć, że Konstytucja nie uzależnia wskazanej legitymacji od żadnych okoliczności związanych z pracami Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej – nawet gdy te dotyczą materii merytorycznie związanej ze składanym przez posłów wnioskiem.

B. Przedmiotem wniosku były przepisy art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (nazywanej dalej: ustawą o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży).

Przepis art. 4a ust. 1 pkt 2 powołanej ustawy stanowi, że 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. W dalszej części niniejszego zdania odrębnego, dla oznaczenia tak zdefiniowanych upośledzeń oraz chorób, używam określeń: „poważna choroba" oraz „poważne upośledzenie".

Przepis art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze powołanej ustawy rozstrzyga, że w wypadkach wyżej wskazanych, przerwanie ciąży jest dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej.

Warto odnotować też zaraz, że zgodnie z niekwestionowanym przez grupę Posłów przepisem art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, przerwanie ciąży może być dokonane (wyłącznie przez lekarza), w przypadku gdy: ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej.

C. Przedstawiony przez Wnioskodawców problem konstytucyjny, generowany przez wskazane w punkcie poprzedzającym przepisy, dotyczy trzech podstawowych, podmiotowych praw człowieka – w tym: dzieci poczętych – to jest: prawa do życia, prawa do prawnej ochro-

ny życia oraz prawa do równości wobec prawa i równego traktowania przez władze publiczne – powiązanego z zakazem dyskryminacji z jakichkolwiek przyczyn.

W porządku prawa stanowionego, wskazane podstawowe prawa podmiotowe mogą być wyprowadzane i rekonstruowane na podstawie przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej o następującym brzmieniu:

– „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" (art. 30);

– „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia" (art. 38);

– „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne" (art. 32 ust. 1);

– „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny" (art. 32 ust. 2).

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej rozstrzyga przy tym, że:

– „Kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji" (art. 37 ust. 1);

– „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 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" (art. 31 ust. 3).

D. Przedstawiony przez Wnioskodawców problem, wpisuje się w perspektywę aksjologiczną wyznaczaną na fundamentalnym poziomie konstytucyjnoprawnym w szczególności przez brzmienie preambuły Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Powinna ona zachowywać kluczowe znaczenie – między innymi dla zabiegów interpretacyjnych, zorientowanych na prawidłową rekonstrukcję rzeczywistej treści wynikających z Konstytucji norm prawnych. Preambuła akcentuje w szczególności, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ustanowiona została, jako prawa podstawowe dla państwa, przez Naród Polski – wszystkich obywateli Rzeczypospolitej:

– zarówno wierzących w Boga będącego źródłem prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna, jak i nie podzielających tej wiary, a te uniwersalne wartości wywodzących z innych źródeł,

– równych w prawach i w powinnościach wobec dobra wspólnego - Polski,

– wdzięcznych przodkom między innymi za kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach,

– nawiązujących do najlepszych tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej,

– zobowiązanych, by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku,

– pomnych gorzkich doświadczeń z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane,

– pragnących na zawsze zagwarantować prawa obywatelskie, a działaniu instytucji publicznych zapewnić rzetelność i sprawność,

– działających w poczuciu odpowiedzialności przed Bogiem lub przed własnym sumieniem.

Wszystkich, którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej Konstytucję będą stosowali, Naród Polski wzywa, aby czynili to dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka,

jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi, a poszanowanie tych zasad mieli za niewzruszoną podstawę Rzeczypospolitej Polskiej.

E. Z punktu widzenia podejmowanych analiz, bardzo istotne znaczenie zachowują rozstrzygnięcia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, według których:

– orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne (art. 190 ust. 1);

– orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego – między innymi w sprawach zgodności ustaw z Konstytucją – podlegają niezwłocznemu ogłoszeniu w organie urzędowym, w którym akt normatywny był ogłoszony (art. 190 ust. 2);

– orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wchodzi w życie z dniem ogłoszenia; Trybunał Konstytucyjny może jednak określić inny termin utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego (art. 190 ust. 3).

Warto już w tym miejscu zauważyć, iż z brzmienia wyżej powołanych przepisów jednoznacznie wynika, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej zdecydowanie nie dopuszcza możliwości rozumienia, interpretowania i stosowania tychże przepisów – w tym także: kategorii „niezwłoczność ogłoszenia" – w sposób zależny od jakichkolwiek okoliczności, w tym: społecznych, medialnych, wizerunkowych czy politycznych. Nie może być też wątpliwości co do tego, że staranne, rzetelne i sumienne przestrzeganie wyżej eksponowanych reguł, w każdym czasie, jest sprawą legalizmu działalności władz publicznych – i nienaruszalności konstytucyjnych fundamentów demokratycznego państwa prawnego.

IV. W moim przekonaniu, norma prawna rekonstruowana na podstawie przepisu art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz przepisu art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży była niezgodna z art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej; nadto, była niezgodna z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 30 oraz w związku z art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – z powodów, które definiuję w sposób następujący.

A. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej oczywiście nie rozstrzyga o tym, kiedy zaczyna się byt osoby ludzkiej, życie człowieka – nie jest to bowiem sprawa decyzji ustrojodawcy, a fakt, który może być obiektywnie badany, dokumentowany i weryfikowany na gruncie wiedzy naukowej, zwłaszcza z zakresu biologii i medycyny; te zaś dostarczają dostatecznie dużo dowodów i argumentów, by twierdzić, że życie ludzkie, byt człowieka zaczyna się z chwilą poczęcia; nawet jeżeli w pewnej fazie rozwoju życie człowieka zależy od życia matki, od organizmu matki, dziecko poczęte nie może być traktowane jedynie jako „fragment" organizmu matki – jest bytem, podmiotem odrębnym wobec matki.

W trakcie rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym w dniu 22 października 2020 roku, zasadnie podniesiono, że:

– „Brak jest dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na stwierdzenie, że dopiero w momencie porodu zachodzi tak kategorialna zmiana w rozwoju życia ludzkiego, która świadczy o pojawieniu się dopiero z tym momentem człowieczeństwa jako cechy konstytutywnej istoty ludzkiej. Moment urodzenia zatracił bowiem swoje granice znaczeniowe ze względu na osiągnięcia współczesnej medycyny, zwłaszcza prenatalnej. Ponadto nie jest możliwe przyjęcie, że człowiekiem […] jest istota ludzka od chwili narodzin, bowiem fakt narodzin jest jedynie zmianą środowiska, w którym przebiega egzystencja człowieka, a nie początkiem jego życia" (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem);

– „Konstytucyjne pojęcie ‹‹człowiek›› […] obejmuje każdą istotę posiadającą genom ludzki niezależnie od etapu rozwoju” (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem).

B. Do sfery pojęć normatywnych, a nie biologicznych czy medycznych, należy natomiast pojęcie godności człowieka. Uważam, że ani Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, ani aksjologiczne fundamenty, na jakich się ona opiera, nie dają żadnych podstaw, by argumentować, że człowiek nabywa przyrodzoną, niezbywalną i nienaruszalną godność później niż w chwili, gdy zaczyna on istnieć jako osoba ludzka – to jest: później niż w chwili poczęcia; przeciwnie, mając na uwadze wyraźne eksponowanie przez ustrojodawcę znaczenia godności człowieka, jako prawa przyrodzonego, niezbywalnego i nienaruszalnego, można argumentować, że powinna obowiązywać miara maksymalistyczna, a nie minimalistyczna, w zakresie rozstrzygania o tym, w jakim okresie swojego bytu osoba ludzka może być traktowana jako wyposażona w przyrodzoną, niezbywalną i nienaruszalną godność. Tym bardziej, że pojęcie „godność człowieka”, jako pojęcie funkcjonujące na obszarze prawa stanowionego, ma swoje niewątpliwe praźródło w prawie naturalnym.

Warto odnotować w tym miejscu, że w trakcie rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym w dniu 22 października 2020 roku, podniesiono, iż:

„Analiza prac Zgromadzenia Narodowego nie pozostawia wątpliwości, że zakres podmiotowy wolności i praw, wynikający z godności człowieka, obejmuje także okres prenatalny. Podstawą kompromisu konstytucyjnego jest uznanie – to są cytaty – że płód jest oczywiście człowiekiem, a Konstytucja Rzeczypospolitej zawiera podstawy do wyciągnięcia takiego wniosku” (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem).

C. Prawo do życia wyraża kwintesencję godności człowieka, wywodzonej z całego majestatu każdej osoby ludzkiej od chwili poczęcia aż do naturalnej śmierci – jest emanacją tej godności. Jako takie, jest przede wszystkim podstawowym prawem naturalnym, którego prawo stanowione nie może nikogo pozbawić, i którego nie może w żaden sposób ograniczyć. Może jedynie je potwierdzić, chociaż ani jego istota, ani jego byt – w porządku naturalnoprawnym – nijak nie zależą od takiego potwierdzenia na gruncie systemu prawa stanowionego przez ustrojodawcę bądź przez ustawodawcę. W moim przekonaniu, na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, prawo do życia zostało potwierdzone przede wszystkim treścią jej art. 30 – mimo że *expressis verbis* określenie to nie zostało tam użyte. Konstytucyjnoprawne potwierdzenie tegoż prawa subsydiarnie może być też wywodzone z art. 2 oraz z art. 38 Konstytucji.

D. Na podstawie art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, należy rekonstruować prawo podmiotowe bezpośrednio powiązane z prawem do życia, chociaż nieco inne – to jest: prawo do prawnej ochrony życia. Moim zdaniem, niezasadny jest pogląd zakładający, że art. 38 Konstytucji wyraża tylko „normę programową”, a adresatami tam wyrażonego przepisu są wyłącznie władze publiczne. O możliwości rekonstruowania na jego podstawie wyżej wskazanego prawa podmiotowego rozstrzyga otoczenie normatywne (kontekst systemowy), w jakim tenże przepis został zamieszczony w tekście Konstytucji.

Uważam, że jakkolwiek w porządku naturalnoprawnym w żaden sposób nie można skutecznie nikomu odebrać prawa do życia, to już w porządku wyznaczanym przez system prawa stanowionego, prawo do życia może stawać się jedynie iluzją i pozorem, jeżeli nie jest powiązane z prawem podmiotowym do prawnej ochrony życia – z czego wynika szczególna waga regulacji ustanowionej przez ustrojodawcę na gruncie art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Uważam, że konieczne jest, by przyjąć, iż w porządku prawa stanowionego musi istnieć pełna zakresowa adekwatność, pełna zakresowa symetria,

pomiędzy „prawem do życia” i „prawem do prawnej ochrony życia”. Inaczej mówiąc, sposób rozumienia godności człowieka – i prawa do życia, postrzeganego jako kwintesencja i emanacja tej godności (w tym zwłaszcza: przyjmowane założenia co do tego, w jakim momencie prawo do życia powstaje jako prawo podmiotowe każdej osoby ludzkiej, i w jakim momencie ustaje), musi determinować zakres prawa podmiotowego do prawnej ochrony życia. Jak już zaznaczyłem, w moim przekonaniu, prawo do życia, w przypadku każdego człowieka, powstaje jako jego prawo podmiotowe w chwili poczęcia, i trwa do naturalnej śmierci. Przez cały ten czas jest prawem jednorodnym – o tej samej naturze, o tej samej wartości, o tym samym znaczeniu, o tej samej randze. Logiczne konsekwencje tego faktu wyrażają się w tym, że prawo podmiotowe do prawnej ochrony życia:

– rozciąga się również na czas od chwili poczęcia, aż do naturalnej śmierci;

– jest prawem do ochrony prawnej realizowanej przez cały ten czas z intensywnością zapewniającą ochronę rzeczywistą i skuteczną (przy czym może być ona osiągana za pomocą różnych instrumentów prawnych).

Przedstawione stwierdzenia wywodzę w szczególności z przekonania, że wszystkie przepisy Konstytucji należy interpretować w oparciu o domniemanie, że były one konstruowane przez ustrojodawcę respektującego wymóg aksjologicznej spójności, logiki i konsekwencji.

Konkludując: należy przyjąć, że w polskim porządku konstytucyjnym istnieje pełna zakresowa adekwatność, pełna zakresowa symetria, pomiędzy „prawem do życia” i „prawem do prawnej ochrony życia”, w znaczeniu wyżej przedstawionym. Dowody na poparcie zasadności prezentowanego stanowiska można wywodzić z analizy brzmienia przepisów Konstytucji, z analizy jej fundamentów aksjologicznych – uwarunkowanych także przez podstawowe prawa naturalne człowieka – wreszcie: z analizy założeń składających się na domniemanie racjonalności ustrojodawcy. O dopuszczalności ewentualnego braku rozważanej symetrii i adekwatności, Konstytucja musiałaby wyraźnie i jednoznacznie rozstrzygać – co dalej generowałoby pytanie o głębsze, aksjologiczne podstawy takiego rozstrzygnięcia (także: pytanie o racjonalność ustrojodawcy). Tymczasem, rozstrzygnięć takich w tekście Konstytucji doszukać się nie można. W moim przekonaniu, nie jest też możliwe ich odnalezienie na poziomie fundamentów aksjologicznych Konstytucji.

E. Norma prawna, rekonstruowana na podstawie przepisów objętych rozpoznanym wnioskiem grupy 119 Posłów, była sprzeczna z art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, rozumianym jako najbardziej wyraźne konstytucyjnoprawne potwierdzenie prawa do życia w porządku prawa stanowionego, z tego powodu, że określał on „warunki dopuszczalności przerywania ciąży” (jak to wynika już nawet z tytułu ustawy, w jakiej został zamieszczony) w odniesieniu do tam wskazanej populacji dzieci poczętych. Tym samym, w porządku prawa stanowionego, odbierał prawo do życia tej właśnie populacji dzieci, identyfikowanej na podstawie kryteriów zorientowanych na fazę rozwoju, stan zdrowia i stopień upośledzenia.

Prawne potwierdzenie możliwości odebrania życia dziecku poczętemu jest równoznaczne z odebraniem mu prawa do życia – niezależnie zresztą od tego, czy w konkretnym przypadku dochodzi do faktycznego pozbawienia go życia. Nie jest możliwe pogodzenie prawnej możliwości odebrania życia z respektowaniem prawa do życia.

F. Naruszenie art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, w rozumieniu wskazanym w punkcie poprzedzającym, nie może być badane w powiązaniu z treścią art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż nie jest objęte zakresem tam sformułowanej hipotezy. Ta bowiem odnosi się wyłącznie do przypadków „ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw”. Tymczasem, norma objęta wnioskiem grupy 119 Posłów, na poziomie ustawowym,

pozbawiała tam wskazaną populację dzieci poczętych prawa do życia – a nie tylko: korzystanie z niego im ograniczała. Natura prawa do życia jest bowiem taka, że na gruncie prawa stanowionego, władze publiczne, w wymiarze jednostkowym, nie mogą nikomu jedynie ograniczyć korzystania z tegoż prawa. Na gruncie prawa stanowionego, mogą je tylko potwierdzić (jako konsekwencję prawa naturalnego), i w tym sensie: przyznać to prawo, jako prawo podmiotowe każdego dziecka poczętego, bądź też – je zanegować, i w tym sensie: odebrać to prawo, przynajmniej niektórym dzieciom poczętym (w oczywistej opozycji do prawa naturalnego).

Mówiąc dokładniej, określenie „ograniczenie korzystania z prawa do życia" nie może oznaczać redukcji zakresu przedmiotowego tego prawa. Z natury nie jest ona możliwa, gdyż jest to prawo substancjalnie jednorodne i niepodzielne (możliwa jest redukcja zakresu przedmiotowego tylko takich praw podmiotowych, na które w istocie składa się jakaś wiązka uprawnień szczegółowych, substancjalnie różnych i podzielnych).

Określenie „ograniczenie korzystania z prawa do życia" nie może być też rozumiane w taki sposób, że człowiek zostaje pozbawiony przez władze publiczne możliwości korzystania z tego prawa na jakimś etapie życia (na przykład: na etapie życia prenatalnego), podczas gdy w perspektywie całej potencjalnej osi temporalnej życia, zachowuje możliwość korzystania z niego w innych jego fazach – o ile nikt nie dokona zamachu na jego życie na tym etapie, na jakim ustawodawca pozbawia go prawa do życia; o ile szczęśliwie uda mu się przetrwać, przeżyć ten etap, na jakim prawo do życia zostaje mu przez władze publiczne odebrane. Jeżeli bowiem nie ma tego szczęścia, i przetrwać mu się nie uda – jego prawo do życia zostaje całkowicie unicestwione, nie może korzystać z niego już w żadnej innej fazie życia. W żadnym innym punkcie potencjalnie możliwej osi temporalnej jego życia, nie może być ono niejako „reaktywowane", przywrócone na nowo, gdyż cała reszta tej osi zostaje mu ostatecznie i definitywnie odebrana. Nie jest to zatem żadne ograniczenie prawa do życia, tylko – jego całkowite unicestwienie.

Jak już zaznaczyłem w punkcie poprzedzającym, prawne potwierdzenie możliwości odebrania życia dziecku poczętemu jest równoznaczne z odebraniem mu prawa do życia – niezależnie od tego, czy w konkretnym przypadku dochodzi do faktycznego pozbawienia go życia. Nie jest możliwe pogodzenie prawnej możliwości odebrania życia z prawem do życia – i nie jest możliwe rozsądne argumentowanie, że jest to jedynie sprawa ograniczenia korzystania z prawa do życia, a nie jego unicestwienia.

Prawo do życia musi być rozumiane przede wszystkim jako prawo podmiotowe każdej indywidualnej osoby ludzkiej – a nie jako abstrakcyjne i generalne prawo zbiorowości ludzkiej. Tylko w tym drugim przypadku, konstytucyjne określenie: „ograniczenie w zakresie korzystania" (art. 31 ust. 3) może zachowywać sens logiczno-językowy w odniesieniu do kwestii „korzystania" z prawa do życia – w tym znaczeniu, że podzbiór lub podzbiory całej ludzkości, identyfikowane na podstawie jakiegoś kryterium (na przykład: pozycji społecznej, poglądów politycznych, wyznania religijnego, płci, wieku, rasy, stanu zdrowia, niepełnosprawności, etapu rozwoju, orientacji seksualnej, narodowości, pochodzenia etnicznego), mogą korzystać z prawa do życia, a inne – już nie. Liczne tragedie i dramaty, masowo dotykające ludzkość na przestrzeni wieków, mogą tutaj stanowić poważną przestrogę dla każdego – a zwłaszcza dla tych osób i podmiotów odpowiedzialnych za treść stanowionego prawa, które próbują wykazywać konieczność kreowania opartych na wskazanych kryteriach ograniczeń w zakresie korzystania z prawa do życia w wymiarze globalnym – i uzasadniać ich przydatność dla osiągnięcia jakichś zaprojektowanych celów, przedstawianych jako cele „proporcjonalne". W trakcie rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym w dniu 22 października 2020 roku, zasadnie podniesiono, że:

„*Ex definitione* godność człowieka wyklucza różnicowanie wartości ludzi, ich selekcjonowanie lub wyjmowanie spod ochrony prawa” (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem).

Kluczowe znaczenie ma jednak ta okoliczność, że rozważany tutaj aspekt badanego problemu konstytucyjnego nie mógł – i nie może – być rozsądnie wiązany z optyką globalną, ukierunkowaną w stronę całej zbiorowości ludzkiej, gdyż dotyczy on prawa do życia rozumianego jako jednostkowe prawo podmiotowe każdej indywidualnej osoby ludzkiej, z całym majestatem jej godności osobistej.

Konkludując: prawo do życia z natury nie może podlegać żadnym ograniczeniom w zakresie korzystania z niego, żadnemu stopniowaniu – nie jest wszakże możliwe, by osoba ludzka mogła korzystać częściowo z tego prawa, po to żeby częściowo zachować życie, mimo częściowego odebrania jej tego prawa, umożliwiającego w konsekwencji częściowe odebranie jej życia. Opaczne rozumienie „ograniczeń” w zakresie korzystania z konstytucyjnego prawa do życia może prowadzić wręcz do odczucia, że nawet pojęcie częściowego przerwania ciąży ma sens – a przecież tak nie jest.

Wskazane wyżej okoliczności przesądzają o tym, że przedstawiony Trybunałowi problem konstytucyjny, w aspekcie prawa do życia, nie może być badany w oparciu o wyprowadzane z art. 31 ust. 3 Konstytucji kryteria przydatności, konieczności i proporcjonalności, skoro nie mieści się on w zakresie hipotezy objętej treścią tegoż przepisu. Warto zauważyć, że całkowicie niezasadne dopuszczenie w tym przypadku analiz opartych na wspomnianych kryteriach, naraża na prowadzenie mocno zatrważających i bardzo poruszających rozważań na temat tego między innymi, czy pozbawienie prawa do życia dziecka poczętego – dziecka poważnie chorego bądź poważnie upośledzonego – jest przydatne do osiągnięcia celu rozumianego na przykład jako zachowanie wskazywanego przez Trybunał „dobrostanu” kobiety (do sprawy tego „dobrostanu” odnoszę się nieco szerzej w dalszej części niniejszego zdania odrębnego) albo do osiągnięcia celu akcentowanego w przestrzeni publicznej, a rozumianego jako konieczność uwolnienia matki dziecka od ciężaru wynikającego z wychowywania dziecka poważnie chorego bądź upośledzonego.

G. Norma prawna, rekonstruowana na podstawie przepisów wskazanych jako przedmiot wniosku, była sprzeczna z art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z tego powodu, że określając „warunki dopuszczalności przerywania ciąży”, w odniesieniu do tam wskazanej populacji dzieci poczętych, identyfikowanej na podstawie kryteriów zorientowanych na fazę rozwoju, stan zdrowia i stopień upośledzenia, na poziomie ustawowym legalizowała praktykę odbierania im życia; znosiła bezprawność takiego działania, a tym samym – wykluczała możliwość stosowania sankcji, w tym w szczególności: sankcji prawnokarnych; tym samym: godziła w prawo podmiotowe do prawnej ochrony życia w sposób naruszający istotę tego prawa.

H. Problem konstytucyjny, wskazany w punkcie poprzedzającym, mieści się w zakresie regulacyjnym art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – norma, objęta wnioskiem inicjującym postępowanie przed Trybunałem, narusza zastrzeżenie wyrażone w ostatnim jego zdaniu, z którego wynika jednoznacznie, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw nie mogą naruszać ich istoty. Z tego powodu, także i w tym przypadku, bezprzedmiotowe staje się prowadzenie analiz opartych na kryteriach przydatności, konieczności i proporcjonalności.

I. Norma prawna, rekonstruowana na podstawie przepisów wskazanych jako przedmiot wniosku, była sprzeczna także z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej

Polskiej w związku z art. 30 oraz w związku z art. 38 Konstytucji z tego powodu, że zróżnicowała korzystanie przez dzieci poczęte z prawa do życia, i z prawa do prawnej ochrony życia, w oparciu o kryteria zorientowane na fazę rozwoju, stan zdrowia i stopień upośledzenia, podczas gdy są to okoliczności, które z uwagi na brzmienie przepisów Konstytucji, oraz z uwagi na jej aksjologiczne korzenie i fundamenty, nie mogą stanowić podstaw takiego różnicowania. Wskazana przez Wnioskodawców norma naruszała standardy równościowe, ustanowione na gruncie art. 32 ust 1 i 2 Konstytucji, poprzez to, że dyskryminowała w nim wskazaną populację dzieci poważnie chorych i poważnie upośledzonych, radykalnie umniejszając, na gruncie prawa stanowionego, zakres ich fundamentalnych praw podmiotowych, rekonstruowanych na podstawie art. 30 i art. 38 Konstytucji, podczas gdy nie jest możliwe wykazanie, że choroba bądź upośledzenie dziecka poczętego – nawet bardzo poważna choroba i bardzo poważne upośledzenie – może być podstawą takiej dyskryminacji w zgodzie z brzmieniem przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i w zgodzie z systemem tych wartości, które stanowią jej fundament.

W trakcie rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym w dniu 22 października 2020 roku, zasadnie podniesiono, że:

„W upowszechnianiu genetycznej selekcji przed urodzeniem dostrzega się niezwykle poważne zagrożenie dla praw jednostki, jako że mogą one rozpocząć powolny proces, prowadzący do wykluczenia i stygmatyzacji osób chorych. Jest to w sposób oczywisty sprzeczne z zasadą niedyskryminacji z powodu dziedzictwa genetycznego. Ten element stygmatyzacji osób chorych występuje także w stosunku do osób, które już się urodziły, dlatego że często spotykają się z zarzutem – one, a tym bardziej ich rodzice – że można było przecież przeprowadzić zabieg przerwania ciąży” (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem).

Jak z powyższego wynika, inaczej niż Trybunał Konstytucyjny – w szczególności: także w oparciu o inne wzorce kontroli – uzasadniam niekonstytucyjność normy przedstawionej Trybunałowi do zbadania przez grupę 119 Posłów na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej.

V. Nie jest całkowicie pozbawiony racji często spotykany pogląd, według którego prawo stanowione przez ustawodawcę nie musi odzwierciedlać systemu wartości religijnych, etycznych czy moralnych – zaś wyznawcy określonej religii, czy też zwolennicy określonej etyki bądź moralności, powinni koncentrować się na ich przestrzeganiu we własnym sumieniu, we własnym życiu, w przestrzeni wewnętrznej autonomii i wolności, rezygnując z zabiegania o wymuszanie ich respektowania przez przepisy prawa stanowionego, zwłaszcza: prawa karnego. Przychodzi jednak zastanowić się głębiej nad wartością rozumowania opartego na przekonaniu, że jeżeli ktoś z powodów etycznych, moralnych, światopoglądowych, religijnych (czy jakichkolwiek innych) nie aprobuje na przykład handlu dziećmi, wykorzystywania seksualnego dzieci albo znęcania się nad dziećmi, to powinien skupiać się jedynie na tym, by osobiście przejść przez całe życie zachowując należny dystans wobec wszelkich takich praktyk – nie powinien natomiast domagać się ich kryminalizacji przez państwo (w duchu koncepcji, którą ostatnio wyraża wypisywane na murach hasło: „nie chcesz aborcji – to jej sobie nie rób”).

Wybór pomiędzy życiem i śmiercią nie jest takim wyborem, który może być rozważany tylko na gruncie religii, nauki Kościoła, w oparciu o osobiste doświadczenie wiary – a który nie istnieje jako problem konstytucyjnoprawny, czy w ogóle: jako problem praktyki tworzenia prawa. Także rozstrzygnięcie o tym, czy wybór ten powinien być ostatecznie składany w ręce kobiet – matek dzieci, nie jest rozstrzygnięciem obojętnym ani w perspektywie aksjo-

logicznej, ani w perspektywie konstytucyjnoprawnej. Nie jest też takim rozstrzygnięciem, którym wolno się zajmować wyłącznie w świecie osobistych preferencji religijnych, wyznaniowych czy światopoglądowych.

Warto zaznaczyć w tym aspekcie, że kształt obowiązujących norm prawnych – także w zakresie istotnym z punktu widzenia rozpoznawanego przez Trybunał wniosku – stymuluje określone postawy ludzkie. Nigdy – przynajmniej w wymiarze globalnym – nie pozostaje bez wpływu na świadomość adresatów norm prawnych, na ich postawy motywacyjne, na wybory postępowania przez nich dokonywane.

Nie powinno się tracić z pola widzenia także tego faktu, że legalizacja praktyki odbierania życia dzieciom poczętym nie rozgrywa się w sferze relacji prywatnoprawnych – implikuje wiele ważnych konsekwencji, angażując do udziału w tych praktykach państwo, które – według art. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. W szczególności, wymaga angażowania środków publicznych, wymaga angażowania lekarzy i służb medycznych, narzuca określony sposób kształcenia lekarzy, zwłaszcza zainteresowanych uzyskaniem specjalizacji zawodowych z zakresu ginekologii.

Wobec uwag wyżej przedstawionych, nie powinno się ignorować znaczenia pytań:

– czy współczesne, cywilizowane państwo, w szczególności: demokratyczne państwo prawne, wybór pomiędzy życiem i śmiercią dziecka jeszcze nienarodzonego –doświadczanego chorobą albo upośledzeniem, o jakich traktuje badany przez Trybunał przepis – powinno pozostawić matce dziecka?;

– czy o życiu bądź o śmierci takiego dziecka powinna rozstrzygać jego matka, mimo że elementarną funkcją demokratycznego państwa prawnego jest także funkcja ochronna, rozumiana w ten sposób, że powinnością takiego państwa jest ciągłe zapewnianie dostatecznej i efektywnej ochrony prawnej w szczególności takich dóbr, które objęte są katalogiem podstawowych praw człowieka – i mimo, że centralne miejsce pośród nich zajmuje prawo do życia, a tym samym: także prawo do prawnej ochrony życia?;

– czy przyrodzona, niezbywalna i nienaruszalna godność człowieka, prawo do życia – i zakres jego ochrony prawnej – mogą być w jakikolwiek sposób uwarunkowane, na poszczególnych etapach życia, przez stan zdrowia, rodzaj i stopień upośledzenia?;

– czy przyrodzona, niezbywalna i nienaruszalna godność dziecka poczętego, jego prawo do życia – i zakres ochrony prawnej tegoż prawa – mogą być w jakikolwiek sposób uwarunkowane przez jego stan zdrowia, rodzaj i stopień jego upośledzenia?;

– czy wartość człowieka i wartość życia ludzkiego – w szczególności: dziecka poczętego – wolno mierzyć stanem jego zdrowia, rodzajem i stopniem jego upośledzenia?;

– czy wartość człowieka i wartość życia ludzkiego – w szczególności: dziecka poczętego – wolno mierzyć doraźnym, i nie zawsze pewnym, stanem rokowań co do długości jego życia?

VI. Uważam, że dla sędziego Trybunału Konstytucyjnego – niezależnie od jego osobistych postaw i preferencji aksjologicznych oraz światopoglądowych – kluczowe i absolutnie fundamentalne znaczenie powinno mieć zagadnienie aksjologicznych podstaw Konstytucji i całego systemu prawa. Z tego punktu widzenia, ważne jest w szczególności pytanie o to, czy treść preambuły obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zorientowała tekst samej Konstytucji (a poprzez to: cały system prawa) w stronę określonego porządku aksjologicznego. Ważne jest pytanie, czy poprzez treść preambuły Konstytucji, określone standardy aksjologiczne zostały wprowadzone do sfery faktów normatywnych, implikujących także określone wymogi co do treści norm prawa stanowionego – w szczególności: w zakresie, w jakim dotyczą one koncepcji człowieka oraz godności osoby ludzkiej, praw podstawowych, w tym: praw podstawowych dzieci poczętych, osób chorych i upośledzonych.

Dla sędziego Trybunału Konstytucyjnego – ale także: dla każdego, kto próbuje zająć stanowisko wobec problemu pozbawiania życia dzieci poczętych, doświadczanych jeszcze przed urodzeniem chorobą bądź upośledzeniem – ważna musi być odpowiedź na pytanie, jakie systemy etyczne, moralne, czy światopoglądowe mogą wyznaczać podstawy aksjologiczne Konstytucji i całego systemu prawa. Moim zdaniem, pośród nich nie mieszczą się takie, które podstawowe standardy aksjologiczne – determinujące sposób rozumienia godności człowieka (i dalej: sposób rozumienia jego podstawowych praw oraz wolności) – wywodzą w istocie z dążenia do zapewnienia warunków prawnych niezbędnych do tego, by każdy mógł przejść przez życie bez ryzykowania konieczności dźwigania poświęceń dla innych, w szczególności: dla dziecka doświadczanego poważną chorobą lub poważnym upośledzeniem już w fazie życia prenatalnego; tym samym – nie mogą one usprawiedliwiać odbierania takim dzieciom prawa do życia, i jego ochrony prawnej, w przestrzeni prawa stanowionego.

Na gruncie kwestionowanego przeze mnie uzasadnienia wyroku, Trybunał Konstytucyjny w istocie nawet nie próbował szerzej podjąć tych fundamentalnych i kluczowych kwestii – co, moim zdaniem, sprawia, że wyrok Trybunału zawisł w pewnej aksjologicznej pustce i enigmatycznej, aksjologicznej nieokreśloności.

W moim przekonaniu, nie można zanegować faktu, iż pośród wszystkich faktorów kształtujących w naszym kręgu kulturowym i cywilizacyjnym podstawowy kontekst aksjologiczny systemu prawa stanowionego – nadający przecież ostateczny sens normom składającym się na ten system normatywny – jest chrześcijaństwo, w szczególności: oparta na dekalogu koncepcja człowieka oraz koncepcja godności osoby ludzkiej. Faktor ten, oddziałując od kilkudziesięciu wieków z ogromną siłą na tradycję i kulturę prawną, promuje określony sposób rozumienia przyrodzonej, niezbywalnej i nienaruszalnej godności człowieka oraz jego podstawowych praw – zwłaszcza prawa do życia, w tym: prawa do życia osób chorych i upośledzonych, w szczególności: dzieci poczętych. Warto zaakcentować, że jest to dziedzictwo kulturowe aprobowane nie tylko przez osoby deklarujące wiarę w Boga – nie tylko przez osoby przywiązane do różnych praktyk religijnych w życiu codziennym.

Symptomatyczny jest fakt, że na gruncie kwestionowanego przeze mnie uzasadnienia wyroku, nawet nie pojawia się termin „dekalog", ani określenie „chrześcijaństwo" – tak, jakby były to pojęcia zakazane, bądź rzeczywistości całkowicie nieadekwatne i nieprzydatne dla analiz problemu pozbawiania życia dzieci poczętych; tak, jakby były to kategorie i rzeczywistości całkowicie nieprzydatne oraz nieadekwatne, bądź całkowicie zakazane w języku, w jakim Trybunał Konstytucyjny buduje treść wyroków i ich uzasadnień – mimo że do samego Boga, jako „źródła prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna", i do „chrześcijańskiego dziedzictwa Narodu" odwołuje się wprost preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zwłaszcza w tej perspektywie, dla sędziego Trybunału Konstytucyjnego, niezależnie od jego osobistych preferencji aksjologicznych – także: dla całego Trybunału – nie powinno być obojętne pytanie, czy właśnie z tego faktu, że treść preambuły Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej *expressis verbis* określa Boga jako „źródło prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna" i *expressis verbis* afirmuje „kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach", musi wynikać coś istotnego dla zawsze ważnych i koniecznych dociekań w sprawie aksjologicznych fundamentów Konstytucji, i całego systemu prawa, czy też – nie może wynikać zupełnie nic.

Mimo wielkiej wagi aspektów aksjologicznych wyjątkowo poważnego zagadnienia konstytucyjnego rozstrzyganego na gruncie wyroku, którego dotyczy niniejsze zdanie odrębne, Trybunał Konstytucyjny w ogóle nie odniósł się do wyżej przedstawionej materii. Z tekstu kwestionowanego przeze mnie uzasadnienia wyroku wynika, że dla Trybunału istotniejsze okazały się na przykład wywody na temat różnicy pomiędzy „eugeniką" oraz „eugeniką liberalną". Trybunał za bardziej ważne uznał, na przykład, dzielenie się raczej mało odkrywczymi

przemyśleniami, takimi jak to wyrażone w stwierdzeniu, że: „By można było chronić godność jako przedmiot ochrony konstytucyjnej, musi istnieć podmiot, któremu ową cechę można przypisać, czyli człowiek jako jednostka biologiczna", czy też takimi, jak to, według którego: „pozbawienie życia, bez względu na jego etap, unicestwia równocześnie podmiot, któremu (…) godność przynależy".

Moim zdaniem, analizując treść uzasadnienia wyroku, którego dotyczy niniejsze zdanie odrębne, w ogóle trudno uwolnić się od odczucia, że u jego podstaw konstrukcyjnych legły założenia, iż:

– ma ono być pozbawione szerszych i bardziej gruntownych odniesień aksjologicznych – a już zwłaszcza: przynajmniej bezpośrednich nawiązań do dekalogu i do aksjologii promowanej od wieków przez chrześcijaństwo;

– w możliwie najszerszym zakresie ma ono bazować na stwierdzeniach, które znalazły się już we wcześniejszych orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego.

Konkludując: ani Konstytucja, ani cały system prawa stanowionego nie funkcjonuje – i funkcjonować nie może – w próżni aksjologicznej. Zawsze rodzi się pytanie o zasady i wartości ostateczne, pytanie o aksjomaty mające walor absolutu. To zaś otwiera perspektywę takich analiz, które niejako z natury muszą odnosić się bezpośrednio do fundamentalnych kwestii światopoglądowych, etycznych, moralnych, religijnych – zwłaszcza przy badaniu i rozstrzyganiu wniosków takich ten, który zainicjował postępowanie w niniejszej sprawie. Tymczasem, kwestionowane przeze mnie uzasadnienie wyroku, raz jeszcze to zaznaczę, zamknięte zostało w pewnej aksjologicznej próżni – poprzez to, że oparto je na założeniu konstrukcyjnym, które wyraża następujący wywód:

„Trybunał zwraca (…) uwagę, że nie odwołuje się, podobnie jak nie odwoływał się wcześniej, do argumentów natury filozoficznej, a ściślej, argumentów etycznych odnoszących się do statusu człowieka, a także początku ludzkiego życia. Trybunał opiera swoje wnioski na przesłankach czysto normatywnych, wynikających z przekonania o spójności, zwłaszcza aksjologicznej, systemu prawnego, a także konsekwencji wynikającej z przyjętego w systemie prawa założenia o racjonalności prawodawcy, szczególnie aktualnego w odniesieniu do kwestii najbardziej ważkich, do których należy bez wątpienia ochrona ludzkiego życia".

W konsekwencji przyjętej przez Trybunał koncepcji konstrukcyjnej, uzasadnienie wyroku – moim zdaniem – nie zostało oparte na żadnej jasnej, zrozumiałej, pewnej i trwałej podstawie aksjologicznej.

VII. Konieczność pozostawienia możliwości prawnej odebrania życia dziecku jeszcze nienarodzonemu – w przypadku, gdy jest ono doświadczane chorobą bądź upośledzeniem, o jakich traktuje badany przez Trybunał przepis – uzasadnia się czasami w przestrzeni publicznej w oparciu o argument, że opieka nad takim dzieckiem jest aktem heroizmu, którego prawo nie może od nikogo wymagać. Jak już zaznaczyłem na wstępie, w pisemnym uzasadnieniu wyroku, którego dotyczy niniejsze zdanie odrębne – ukształtowanym w trybie, który kwestionuję od strony proceduralnej – znalazło się stwierdzenie, według którego: w przepisie, objętym wnioskiem grupy 119 Posłów, „zabrakło odniesienia do mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki uzasadniających przerwanie ciąży, czyli takiej sytuacji, w której nie można byłoby od niej prawnie wymagać poświęcenia danego dobra prawnego". W moim przekonaniu, cytowane stwierdzenie świadczy o tym, że Trybunał Konstytucyjny – po publicznym ogłoszeniu motywów wyroku, wyrażających zasadniczo inne stanowisko, i opartych na argumentach mających zasadniczo inną wymowę – ostatecznie przyjął optykę przynajmniej bardzo bliską wobec tej, która po 22 października 2020 roku, w analizowanym zakresie, promowana była w przestrzeni publicznej z dość znaczącym zaangażowaniem niektórych osób życia publicznego. Konieczne staje się zatem, by – po pierwsze – podkreślić, że nawet elementarny

poziom zawsze ważnej i koniecznej empatii domaga się okazywania bardzo daleko idącego zrozumienia i współczucia wobec każdej matki, i każdego rodzica, którego los doświadcza najpierw wyjątkowo trudną, bolesną i traumatyczną informacją o chorobie albo upośledzeniu poczętego dziecka, a później – trudem przyjęcia narodzin takiego dziecka, jego wychowywania i opieki nad nim tak długo, jak długo może się ono cieszyć życiem. Jednak brak indywidualnej skłonności do tak rozumianego „heroizmu" (niezależnie nawet od tego, czym ów brak jest ostatecznie powodowany) nie może uzasadniać konieczności zabicia poważnie chorego bądź poważnie upośledzonego dziecka – a system prawa, możliwości odebrania życia dziecku, z powodu braku takiej indywidualnej skłonności do „heroizmu", nie może legitymować. W takich wypadkach, zasługuje ono na szczególną troskę i na otoczenie intensywną opieką medyczną – a nie na zabicie; podobnie jak każdy inny człowiek. Oczywistym i podstawowym obowiązkiem władz publicznych jest zapewnienie łatwego dostępu do pełnej, najbardziej nowoczesnej i najbardziej skutecznej opieki medycznej – diagnostycznej oraz terapeutycznej; także – każdej innej potrzebnej pomocy, i każdego innego potrzebnego rodzaju wsparcia, na każdym etapie życia osoby chorej bądź upośledzonej. Władze publiczne nie mogą takiej konkretnej pomocy, i takiego realnego wsparcia, zastępować ofertą prawnej możliwości zabicia dziecka poczętego, doświadczanego chorobą bądź upośledzeniem – ofertą taką nie mogą też rekompensować braków i niedostatków w zakresie pomocy i wsparcia dla rodziców bądź opiekunów takiego dziecka. Oferta prawnej możliwości zabicia dziecka poczętego, doświadczanego chorobą bądź upośledzeniem – składana matkom przez władze publiczne – nie może mieć ani legitymacji konstytucyjnoprawnej, ani legitymacji etycznej, ani legitymacji moralnej. W szczególności, nie może być wyprowadzana z rzekomego prawa matki do usunięcia ciąży. Uważam, że nie istnieją żadne podstawy normatywne do wywodzenia takiego prawa, mimo że czasami bywa ono prezentowane nawet jako prawo podstawowe kobiety.

Warto w tym miejscu zaakcentować potrzebę i wagę wsparcia psychologicznego matek tych dzieci poczętych, które doświadczane są poważną chorobą bądź poważnym upośledzeniem. Taka choroba bądź upośledzenie jest zawsze, dla każdej matki, wielką i bardzo bolesną tragedią. Wspomniane wsparcie psychologiczne jest szczególnie istotne w przypadku tych matek, które kierują się przeświadczeniem, że bezwzględnie jest to tragedia ostateczna i absolutna. Wolno, myślę, w tym aspekcie zauważyć, że sposób w jaki jest ona przyjmowana, odczytywana i przeżywana jest sprawą w dużym stopniu bardzo osobistą, bardzo indywidualną, zależną od wielu czynników, w tym od światopoglądu matki, od jej preferencji aksjologicznych, jej postaw i wyborów religijnych. Konieczne jest, by zaakcentować potrzebę zachowywania wielkiej wrażliwości i potrzebę pomocy oraz wsparcia każdej matki, której trudno udźwignąć spotykający ją dramat, o jakim wyżej mowa. Uważam, że jest to ważny obowiązek każdego człowieka, każdej instytucji – przede wszystkim: elementarny obowiązek władz publicznych.

Podkreślić wypada na koniec rozwijanego wątku, że istnieje wiele rozwiązań faktycznych i prawnych, które mogą ostatecznie uwolnić rodziców, którzy – z różnych, często ważnych, powodów – nie chcą lub nie są w stanie wychowywać poważnie chorego bądź poważnie upośledzonego dziecka, od dźwigania ciężaru opieki nad nim. Możliwe jest budowanie i wzmacnianie takich rozwiązań, które już służą, i w przyszłości służyć będą jeszcze bardziej, przejmowaniu takiej opieki przez inne osoby, podmioty i instytucje – przy szczególnym wsparciu zwłaszcza hospicjów perinatalnych.

VIII. W ostatnim czasie, za sprawą grona Lekarzy pediatrów, przypomniana została w przestrzeni publicznej myśl polskiego kardiologa Ryszarda Fenigsena: „Działania lekarza i każdego rozumnego człowieka dobrej woli nie do tego powinny zmierzać, by wytępić ludzi cierpiących, ale do tego, by usuwać cierpienie". Warto zauważyć cytowaną myśl w kontekście

analiz problemu konstytucyjnego przedstawionego Trybunałowi do rozpoznania przez grupę 119 Posłów na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Oczywiście nie w charakterze podstawy oceniania wyborów dokonywanych przez matki tych dzieci poczętych, które doświadczane są poważną chorobą bądź poważnym upośledzeniem – gdyż w tym zakresie zawsze ważna jest daleko idąca pokora, powściągliwość i ostrożność – a w charakterze przypomnienia rzeczywistych powinności władz publicznych, lekarzy i służb medycznych.

IX. Do uzasadnienia wyroku, którego dotyczy niniejsze zdanie odrębne, Trybunał Konstytucyjny wprowadził pojęcie „dobrostanu" kobiety. W moim przekonaniu, nie jest możliwe, by przyjąć, że jest to określenie, które – i dla prawników, i dla osób, które prawem zawodowo się nie zajmują – ma jasną i dobrze rozpoznawaną treść. Takim ono nie jest – ani na gruncie języka prawniczego, ani na gruncie języka naturalnego. Skoro Trybunał uznał za potrzebne budowanie uzasadnienia wyroku między innymi w oparciu o kategorię „dobrostanu" kobiety, konieczne było – moim zdaniem – sprecyzowanie, co ów „dobrostan" kobiety, według stanowiska Trybunału, może oznaczać, jakie faktory go warunkują, w oparciu o jakie kryteria – i jakie instrumenty – należy dokonywać jego diagnozy i jego pomiaru. W tym kontekście konieczne było, moim zdaniem, szczegółowe wyjaśnienie na przykład, w jaki sposób Trybunał Konstytucyjny odnosi się do problemów obejmowanych czasami pojęciem syndromu poaborcyjnego – i precyzyjne wskazanie, czy według stanowiska Trybunału, mogą być one ewentualnie wiązane z zagadnieniem „dobrostanu" kobiety.

X. Problem konstytucyjny, przedstawiony przez grupę 119 Posłów, nie rozgrywa się w perspektywie wyznaczanej wyłącznie przez pozycję prawną matki dziecka, ale w perspektywie szerszej: wyznaczanej także przez pozycję prawną nienarodzonego jeszcze dziecka. Niezasadne zorientowanie tej perspektywy wyłącznie w stronę matki dziecka, może być podstawą łatwego – ale błędnego – przekonania, że kształt badanych przez Trybunał rozwiązań, to wyłącznie sprawa pozostawienia bądź odebrania kobiecie wolności wyboru, wolności decydowania wyłącznie o jej przyszłości. Dopiero usytuowanie w tej perspektywie również dziecka jeszcze nienarodzonego, pozwala zrozumieć, że sprawa kształtu badanych przez Trybunał przepisów, to w wielu przypadkach: sprawa życia bądź śmierci tegoż dziecka. Wolność wyboru po stronie kobiety oznacza pozostawienie matce dziecka wolności rozstrzygania o jego życiu i o jego śmierci. To w tak nakreślonej perspektywie należy rozważać postawę prawodawcy wobec przedstawionego problemu – jako zagadnienie konstytucyjnoprawne.

Jak zasadnie podniesiono w trakcie rozprawy przed Trybunałem w dniu 22 października 2020 roku:

„Nie można (…) decydować o posiadaniu dziecka w sytuacji, gdy dziecko już rozwija się w fazie prenatalnej i w tym sensie jest już posiadane przez rodziców" (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem).

XI. Uważam, że na gruncie uzasadnienia wyroku, którego dotyczy niniejsze zdanie odrębne, konieczne było bardzo jasne i bardzo jednoznaczne podkreślenie przez Trybunał Konstytucyjny, iż nie mogą znaleźć żadnego jurydycznego oparcia, ani żadnego normatywnego usprawiedliwienia, próby przekonywania, że praktykę odbierania życia dzieciom poczętym z uwagi na rokowania co do długości ich życia można pogodzić z przyrodzoną, niezbywalną i nienaruszalną godnością człowieka, z fundamentami aksjologicznymi Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trudno nie zauważyć, że wskazane kryterium w prosty i w oczywisty sposób może prowadzić także do całkowicie niezasadnego różnicowania zakresu godności i wartości życia dzieci, które już się narodziły; może prowadzić do różnicowania zakresu godności i wartości życia każdego człowieka, w każdej chwili jego istnienia – z uwagi na jego kondycję

zdrowotną, z uwagi na rodzaj i stopień upośledzenia, z uwagi na rokowania co do tego, jaki czas dzieli go jeszcze od śmierci. Może być wykorzystywane do uzasadniania analogicznego żądania zapewnienia przez ustawodawcę prawnej możliwości zabicia każdego człowieka w przypadku, gdy rokowania co do długości jego życia nie są dobre. Według tak rozumianej „filozofii" człowieka i godności osoby ludzkiej, choroba bądź upośledzenie dziecka, które już się urodziło – zwłaszcza w zakresie przypadków bardzo poważnych, których przecież w doświadczeniu ludzkości nie brakuje – też mogą być ostatecznie przedstawiane jako naruszenie podstawowych „praw i wolności" jego matki, jego rodziców, jego opiekunów, jako naruszenie ich „dobrostanu" – przekładające się w konsekwencji na analogiczne żądanie prawnej dopuszczalności zabicia także dziecka już narodzonego, zwłaszcza wymagającego heroizmu jego rodziców, czy opiekunów, z powodu ujawniającej się poważnej choroby bądź poważnego upośledzenia.

Nie są zasadne próby kreowania naszkicowanych standardów aksjologicznych – i przekonywania, że na nich właśnie oparta jest Konstytucja i system prawa Rzeczypospolitej Polskiej, że na nich musi się opierać koncepcja godności człowieka – i sposób rozumienia jego podstawowych praw oraz wolności. W moim przekonaniu, eksponowana w Konstytucji przyrodzona, niezbywalna i nienaruszalna godność człowieka nie pozwala mierzyć wartości życia ludzkiego (i zakresu jego ochrony prawnej) długością tegoż życia (czy tym bardziej: stanem rokowań co do długości tegoż życia) – tak jak nie pozwala mierzyć wartości życia ludzkiego stanem zdrowia, rodzajem i stopniem upośledzenia; niezależnie od fazy życia.

Jak zasadnie podniesiono w trakcie rozprawy przed Trybunałem w dniu 22 października 2020 roku:

– stosowanie objętych wnioskiem przepisów to problem: „[…] depersonifikacji, reifikacji i całkowitego uprzedmiotowienia niebędących agresorami dzieci. Stają się one jedynie obiektem, przedmiotem akcji skierowanej na selekcję, jak to kiedyś niegodnie powiedziano, życia niewartego przeżycia" (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem);

– „Jak kiedyś napisano, społeczeństwo, w którym byłoby miejsce tylko dla osób w pełni sprawnych, całkowicie samodzielnych i niezależnych, nie byłoby społeczeństwem godnym człowieka. Dyskryminacja według kryterium sprawności jest nie mniej haniebna, niż dyskryminacja z powodu rasy, płci czy religii" (*vide*: protokół z rozprawy przed Trybunałem).

XII. Obserwacja wypowiedzi prezentowanych w przestrzeni publicznej w odniesieniu do rozpoznanego przez Trybunał problemu konstytucyjnego, wskazuje w moim przekonaniu, że istnieje niebezpieczeństwo rozmywania podstaw aksjologicznych Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, i „reinterpretowania" jej aksjologicznej tożsamości oraz jej aksjologicznych fundamentów, z uwagi na kształt doraźnych pomysłów legislacyjnych i doraźnych projektów politycznych. Uważam, że sprawą wewnętrznej uczciwości i osobistej odwagi każdej osoby odpowiedzialnej za kształt przyjmowanych rozwiązań legislacyjnych jest wyraźne i klarowne prezentowanie prawdziwych informacji o tym, z jaką aksjologią takie pomysły i projekty zrywają, a jaką przejmują, na jakiej ostatecznie się opierają.

XIII. W perspektywie konstytucyjnoprawnej, prawnie legitymowane jest poświęcenie życia i zdrowia dziecka dla ratowania życia i zdrowia matki – jako działanie mieszczące się w ramach stanu wyższej konieczności. Fakt ten potwierdza także ustawa obejmująca zbadany przez Trybunał przepis – powołany na wstępie wyrok Trybunału Konstytucyjnego, we wskazanym zakresie, nie wprowadza żadnych zmian ani modyfikacji. Jest to problem konfliktu aksjologicznego pomiędzy symetrycznymi dobrami i ekwiwalentnymi wartościami, który w tych przypadkach – z powodów natury medycznej, a nie prawnej – obiektywnie nie może być rozwiązany inaczej jak tylko poprzez poświęcenie życia i zdrowia poczętego dziecka dla ra-

towania życia i zdrowia matki, albo: poprzez poświęcenie życia i zdrowia matki dla ratowania życia i zdrowia poczętego dziecka. Ani Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, ani żadne inne przepisy prawa, nie wymagają wówczas od matki heroizmu – dopuszczają poświęcenie życia i zdrowia dziecka poczętego dla zachowania życia i zdrowia matki.

Uznaję za konieczne, by podkreślić jednak w tym miejscu, że niedopuszczalne – także: prawnie niedopuszczalne – jest wskazywanie (czy choćby sugerowanie) w przestrzeni publicznej, zwłaszcza przez osoby pełniące funkcje publiczne i osoby życia publicznego – że sposobem na obejście konsekwencji prawnych wynikających z wyroku wydanego w niniejszej sprawie, może być szybkie i łatwe rozszerzenie praktyki interpretowania różnych stanów faktycznych, związanych z diagnozą poważnej choroby bądź poważnego upośledzenia dziecka poczętego, w kategoriach zagrożenia życia bądź zdrowia matki – zwłaszcza: jej zdrowia psychicznego.

XIV. Podzielam stanowisko Trybunału Konstytucyjnego co do tego, że orzekając o niezgodności z Konstytucją przepisu objętego sentencją wyroku, Trybunał w żadnym razie nie naruszył konstytucyjnych gwarancji odnoszących się do zasad ustanawiania odpowiedzialności karnej. Trybunał orzekł jedynie o niekonstytucyjności przepisu powodującego dotychczas zakresowy brak odpowiedzialności karnej w obszarze, który co do zasady był – i jest – objęty zakresem kryminalizacji ustanowionej nie mocą wyroków Trybunału Konstytucyjnego, a mocą decyzji ustawodawcy, wyrażonej w związku z treścią art. 152 ustawy Kodeks karny.

XV. Moim zdaniem, ani argumentacja ukierunkowana na wykazanie niezgodności badanego przepisu z Konstytucją, ani też argumentacja zorientowana na ewentualne wykazywanie jego zgodności z Konstytucją, nie może zachowywać żadnego istotnego związku logicznego i merytorycznego z problemem tzw. „podziemia aborcyjnego”, ani z problemem tzw. „turystyki aborcyjnej”. Problem odbierania życia poważnie chorym bądź poważnie upośledzonym dzieciom nienarodzonym, przynajmniej w aspekcie konstytucyjnoprawnym, rozgrywa się bowiem na poziomie wartości, na poziomie aksjologicznych podstaw, aksjologicznych fundamentów systemu prawa – a nie na poziomie prognoz, czy statystyk, odnoszących się do praktyk stanowiących w istocie łamanie prawa, czy też obchodzenie prawa (co nie oznacza oczywiście, że te nie są ważne, i że nie warto zachowywać ich w polu widzenia).

Bez dużego ryzyka błędu, można zapewne zakładać, że gdyby argument „podziemia aborcyjnego” albo „turystyki aborcyjnej” miał być uznany za naznaczony taką siłą, której nigdy nie powinien opierać się prawodawca rozstrzygający o legalności albo o bezprawności odbierania życia dzieciom poczętym, mógłby zapewne być też od zaraz wykorzystywany na przykład do uzasadniania potrzeby szybkiego przywrócenia prawnej dopuszczalności przerywania ciąży „ze względów społecznych”, albo – do uzasadniania potrzeby dopuszczenia prawnej możliwości przerywania ciąży „na każde żądanie”.

XVI. Uważam, że wobec okoliczności podnoszonych w trakcie rozprawy w dniu 22 października 2020 roku, w kwestionowanym przeze mnie uzasadnieniu wyroku zabrakło podkreślenia, że uprawnienie bardzo wyraźnie określone w art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej może być realizowane przez Posłów w sposób całkowicie niezależny od tego, czy – i w jaki sposób – Sejm Rzeczypospolitej Polskiej zajmuje się projektami merytorycznie powiązanymi z kierowanym do Trybunału wnioskiem. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej jednoznacznie przesądza o tym, że inicjatorzy postępowania przed Trybunałem mogą zawsze oczekiwać rozstrzygnięć Trybunału – niezależnie od okoliczności związanych z pracami Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej.

XVII. Uważam, że rozważane tutaj zagadnienie konstytucyjne, objęte wnioskiem grupy 119 Posłów na Sejm IX kadencji, powinno było zostać niezwłocznie rozpoznane na gruncie postępowania o sygn. akt K 13/17, zainicjowanego analogicznym wnioskiem grupy Posłów na Sejm VIII kadencji, z 22 czerwca 2017 roku. Do umorzenia tamtego postępowania odniosłem się w osobnym zdaniu odrębnym, zgłoszonym do uzasadnienia postanowienia o sygn. akt K 13/17.

XVIII. W sprawie problemu konstytucyjnego, przedstawionego przez grupę Posłów na Sejm VIII kadencji, na gruncie sprawy o sygn. akt K 13/17, wypowiedział się także Sejm Rzeczypospolitej Polskiej; ani Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, ani żaden inny uczestnik postępowania, czy także: żaden inny podmiot zainteresowany rozstrzygnięciem Trybunału, w istocie nie argumentował wówczas, że problem niekonstytucyjności objętej wnioskiem normy, może mieć najwyżej wymiar zakresowy; w szczególności: Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, podobnie zresztą jak Prokurator Generalny, wyraźnie i jednoznacznie stwierdzał, że norma objęta wnioskiem złożonym przez grupę Posłów jest w całości niezgodna z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej.

W sprawie tożsamego problemu konstytucyjnego, przedstawionego przez grupę 119 Posłów na Sejm IX kadencji, na gruncie sprawy o sygn. akt K 1/20, wypowiedział się także Sejm Rzeczypospolitej Polskiej; ani Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, ani żaden inny uczestnik postępowania, czy także: żaden inny podmiot zainteresowany rozstrzygnięciem Trybunału, w istocie nie argumentował również w toku aktualnie zakończonego postępowania, że problem niekonstytucyjności objętej wnioskiem normy, może mieć najwyżej wymiar zakresowy; w szczególności: Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, podobnie zresztą jak Prokurator Generalny, wyraźnie i jednoznacznie stwierdzał, że norma objęta wnioskiem złożonym przez grupę 119 Posłów jest w całości niezgodna z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej.

Wnioski wyprowadzane z dotychczas podejmowanych analiz jurydycznych, w szczególności: na użytek postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym, nie powinny być weryfikowane z uwagi na doraźne wydarzenia i okoliczności pozajurydyczne – w szczególności: społeczne, wizerunkowe, medialne czy polityczne.

XIX. Skoro pisemne uzasadnienie wyroku, którego dotyczy niniejsze zdanie odrębne, nie zostało przyjęte w dniu publicznego ogłoszenia wyroku, zaś na przestrzeni następujących później tygodni i miesięcy zaistniały fakty bardzo istotne w perspektywie konstytucyjnoprawnej, moim zdaniem, konieczne było przypomnienie przez Trybunał w pisemnym uzasadnieniu, że o terminie ogłoszenia każdego wyroku Trybunału Konstytucyjnego rozstrzygnął ustrojodawca – w Konstytucji.

Mając na uwadze wszystkie przedstawione racje i okoliczności, zdecydowałem o zgłoszeniu zdania odrębnego do uzasadnienia powołanego na wstępie wyroku.