

MICHAŁ KRÓLIKOWSKI

Uniwersytet Warszawski
Katedra Prawa Karnego Porównawczego Wydziału Prawa i Administracji

Argumentacja bioetyczna w rozumowaniu prawniczym

Bioethical Argumentation in the Legal Reason

1. Moim zamiarem, jako że jeśli już jestem etykiem, to domorośłym, jest zaprezentowanie podstawowych mechanizmów, za pomocą których argumentacja bioetyczna jest wkomponowywana w rozumowanie prawnicze. Tym ostatnim mianem określam zespół metod, domniemań i topików, które są używane w dyskursie jurystycznym. Ich celem jest dekodowanie treści zapisów prawnych w sposób uporządkowany, przewidywalny oraz warsztatowo prawidłowy. Oczywiście, jak w każdej tego rodzaju twórczości intelektualnej, zamierzenia te mogą być zrealizowane jedynie do pewnego stopnia, stąd wewnątrz wskazanych technik argumentacyjnych pojawia się przestrzeń dla wykorzystania argumentacji o proveniencji etycznej. Jestem zdania, że można wskazać trzy, najbardziej typowe i istotne, sposoby jej wkomponowania w proces wykładni prawa. Przede wszystkim jest to harmonizacja aksjologicznego kontekstu konstytucyjnego oraz wartości wynikających z międzynarodowych aktów prawa człowieka. Po drugie, należy odnotować spór o pojęcia prawne, w odniesieniu do których można odnosić się jakościowo odmiennie w zależności od preferencji etycznej. W końcu jest to system zbieżności i różnic między wewnętrzną strukturą figur odpowiedzialności etycznej, moralnej a prawnej. Tym wątkom podporządkowano odpowiednio poniższe rozważania, a ze względu na zakres tematyczny artykułu podstawowe argumenty i przykłady ograniczono do kwestii bioetycznych, a zatem związanych z ochroną życia i zdrowia oraz autonomii człowieka. Dodać przy tym należy, że do moich podstawowych kompetencji należą zagadnienia prawa karnego, stąd z tej dziedziny będą pochodzić omawiane przykłady. W pierwszej jednak kolejności, jako tło do dalszych części opracowania, przedstawiono zarys problematyki wykładni prawa.

2. Wykładnia prawa (interpretacja prawa) to model rozumowania, za pomocą którego dochodzimy do prawidłowego znaczenia przepisu prawnego – jest to tzw. pragmatyczne rozumienie pojęcia wykładni prawa. Za wykładnię prawa – w ujęciu apragmatycznym – uważa się niekiedy również rezultat tego procesu. Celem wykładni prawa nie może być tylko statyczne odtworzenie normy, ale jej interpretacja na podstawie przepisu karnego, uwzględniająca wykładnię otwartą na Konstytucję i teleologię danej gałęzi prawa, w tym ochronę dóbr i wartości o charakterze społecznym. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że tego rodzaju otwarcie na funkcjonalne ujęcie roli interpretatora czyni – w przypadku przepisów chroniących dobra obejmowane zainteresowaniem bioetycznym – zadość wymogom gwarancyjnym dopiero wówczas, gdy stosowanie przepisów osadzone jest w demokratycznym kontekście aksjologicznym i dorobku składającym się na prawa człowieka.

W teorii prawa istnieje spór dotyczący zakresu koniecznej wykładni norm prawnych, a zatem o to, czy każdy przepis (przepisy) prawa musi być poddany zabiegowi interpretacji dla tzw. odkodowania normy prawnej, czy też proces interpretacji tekstu prawnego dla uzyskania normy jest konieczny jedynie w wypadkach, gdy brzmienie przepisu budzi wątpliwości. W normalnych sytuacjach, w tym ostatnim ujęciu, dla odtworzenia normy z przepisu prawnego wystarczą zwykle metody rozumienia tekstu. Jest to spór między derywacyjną a klaryfikacyjną teorią wykładni prawa.

Należy zwrócić uwagę, że opowiedzenie się za określoną koncepcją wykładni ma duże znaczenie praktyczne. Przyjęcie derywacyjnej teorii interpretacji prawa sprawia, że w każdym wypadku stosowania prawa konieczne jest dokonywanie wykładni dla ustalenia normy – sformułowania pełnej reguły zachowania, ze wszelkimi warunkami składającymi się na hipotezę, precyzyjnym określeniem dyspozycji i opisaniem sankcji. Otwiera to pole do sporów na temat tego, jakiego rodzaju normy da się odkodować z przepisów np. prawa karnego, jak normy należy ze sobą powiązać, jak ustalić zachodzące między nimi kontrowersje, jaka jest treść norm nakazujących określone zachowanie i wprowadzających sankcje za zachowania odmienne i wzajemne między nimi relacje. Tworzy to konieczność posługiwania się w procesie stosowania prawa karnego szerokim aparatem teoretycznym i dogmatycznym, którego wiarygodność może być stosunkowo prosto kwestionowana, zarówno przy użyciu argumentów teoretycznych, jak i gwarancyjnych¹.

W celu ilustracji, kiedy zachodzi potrzeba wykładni prawa, należy wskazać główne źródła wątpliwości przy jego stosowaniu. Chodzi tu o powody lingwistycz-

¹ J. Wyrembak, *Zasadnicza wykładnia znamion przestępstw. Pozycja metody językowej oraz rezultatów jej użycia*, Warszawa 2009, s. 153 i n.

ne, systemowe i funkcjonalne, które podają w wątpliwość wiarygodność zwykłego procesu rozumienia przepisów prawa. Tekst prawny, jako odmiana języka powszechnie używanego, niesie ze sobą te same nieścisłości, które są właściwe dla języka ogólnego. Mowa tu zwłaszcza o niedookreśloności znaczeniowej (tzw. cieniu semantycznym – jak ujmował to J. Wróblewski), która powoduje, że w wyniku nieostrości użytych pojęć, ich niejasności lub prostej wieloznaczności czy w końcu ich otwartości, zwykłe reguły języka ogólnego nie określają, czy dany stan rzeczy lub obiekt zawiera się w analizowanym pojęciu. Wspomnianą cechą języka ogólnego widać jeszcze bardziej wyraźniej w proponowanej przez J. Wróblewskiego metodzie posługiwania się dyrektywą języka potocznego, która opiera się na domniemaniach². Użycie tego pojęcia można rozumieć jako przekonanie, że elementy dyrektywy języka ogólnego stanowią jedynie dobrą rację, by normie przypisać określone znaczenie, ale również i to, że można od tej dyrektywy w określonych sytuacjach odstąpić. W tym znaczeniu dyrektywa ta (podobnie jak większość innych) nie ma charakteru konkluzywnego³.

Ta szeroko rozumiana niejednoznaczność wyrażen lub całych wypowiedzi w tekście prawnym może być również konsekwencją błędów popełnionych przez ustawodawcę lub zamierzonych działań, w związku z jego niejednoznacznym stosunkiem w zakresie oceny moralnej lub pragmatycznej regulowanego zagadnienia (tzw. luzami decyzyjnymi). W końcu może być również rezultatem świadomego wyboru wprowadzenia pojęć otwartych ze względu na zbyt skomplikowaną rzeczywistość, która zostaje poddana regulacji, i odwołaniem się w konsekwencji do pojęć pozaprawnych. Od luzów decyzyjnych, związanych z brakiem rozstrzygającej regulacji ustawodawczej, należy odróżnić „luzy interpretacyjne” świadomie pozostawione przez ustawodawcę, związane np. z użyciem klauzul generalnych czy zwrotów niedookreślonych, odsyłających do pozaprawnych kryteriów i ocen, których konkretyzacja następuje, zgodnie z zamysłem ustawodawcy, w procesie stosowania prawa. W zakresie prawnej regulacji zagadnień o intensywnym nasyceniu elementami spornymi aksjologicznie jest to często stosowana metoda przez ustawodawcę i sądownictwo, pozwalająca na uzyskanie zgody na określone rozwiązanie przy pewnej blankietowości co do zawartości użytych pojęć⁴.

Przepis prawny jest elementem systemu prawa, zaś w szczególności wyrażony jest w akcie prawnym pozostającym w formalnej i treściowej zależności do

² J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 130 i n.

³ Por. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 117-118; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady reguły, wskazówki*, Warszawa 2002, s. 136; J. Wyrembak, *Zasadnicza wykładnia*, s. 101-117.

⁴ Tak też uwagi polskiego sędziego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka prof. Leszka Garlickiego podczas wykładu *Życie i śmierć w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, 15 kwietnia 2008 r., WPiA UW.

innych aktów prawnych. Gdy mowa jest o formalnej zależności aktów prawnych, należy wskazać na wypowiedzianą przez Konstytucję RP w Rozdziale III koncepcję zamkniętego katalogu źródeł prawa, która dokonując jednocześnie ich uporządkowania, powoduje, że przepisy niższego rzędu powinny być interpretowane zgodnie z treścią przepisów hierarchicznie wyższych. Potwierdzenie tej tezy znajdziemy w wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego odnoszącej się wprost do prawidłowego stosowania prawa, w której czytamy:

Pojęcie sprawy na gruncie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP wymaga z pewnością uwzględnienia szerszego kontekstu normatywnego. Wymaga przede wszystkim podkreślenia, że jest to pojęcie – co najmniej w pewnej mierze – autonomiczne, którego nie można objaśniać wyłącznie przez odniesienia do pojęcia sprawy funkcjonującego na tle poszczególnych gałęzi prawa: karnego, cywilnego, administracyjnego. Wynika to z ogólnej zasady interpretacyjnej, zgodnie z którą normy konstytucyjne muszą być traktowane jako punkt odniesienia dla oceny poszczególnych pojęć ustawowych, a nie odwrotnie. [Inne rozumienie oznaczałoby] wąskie ujęcie funkcji wymiaru sprawiedliwości, determinowałoby zakres gwarancji konstytucyjnych i mogłoby skutecznie zablokować urzeczywistnienie prawa do sądu⁵.

Trzecim źródłem niejasności, które powodują konieczność poddania przepisów procesom wykładni, są raczej funkcjonalne, nie można bowiem ignorować intencji ustawodawcy, celów wprowadzenia określonego zakazu dla ochrony pewnego dobra prawnego w istniejących okolicznościach (przy czym analiza ta – jak sądzę – powinna być dokonywana raczej z punktu widzenia wykładni dynamicznej, a więc przekształcającej się woli ustawodawcy ze względu na istniejący stan rzeczy). Stosowanie przepisu nie może być również zdystansowane od tego, czy wyprowadzana z niego norma będzie prowadzić do niesprawiedliwych lub nieracjonalnych wyników. Dość wyraźnie wskazuje na to Sąd Najwyższy w wyroku z 8 maja 1998 roku, w którym czytamy, że do reguł nakazujących uwzględnienie w procesie ustalania znaczenia normy należą te, które mówią o konieczności odwoływania się do kontekstu społecznego lub aksjologicznego, bowiem „aksjologia konkretnych systemów prawnych powinna respektować zasady o uniwersalnym zasięgu w postaci powszechnie akceptowanych norm moralnych, zasad sprawiedliwości i słuszności”⁶. W postanowieniu z 4 marca 2010 roku Sąd Najwyższy przyznał nawet, że „nie można faworyzować wykładni literalnej, a efekty pozostałych wykładni mogą albo potwierdzić rezultat wykładni językowej, albo podważać ten wynik i nakazywać przyjęcie innego rozumienia owego przepisu”⁷. W teorii i praktyce stosowania prawa dość często posługuje się założeniem (z reguły kontryfaktycznym) o racjonalności ustawodawcy, zgodnie z którym spośród dopuszczalnych językowo znaczeń danego zespołu znamion zakazu

⁵ Wyrok TK z 10.5.2000 r., K 21/99, OTK 2000, Nr 4, poz. 109.

⁶ I CKN 664/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 7.

⁷ V KK 230/09, OSNKW 2010, z. 6, poz. 54.

karnego przyjmuje się takie znaczenie, przy którym wyinterpretowana norma miałaby najlepsze uzasadnienie aksjologiczne.

Z powyższych powodów należy uznać, że w większości sytuacji, które będą wymagać decyzji interpretacyjnej, proces wykładni – wobec postępującego skomplikowania materiału prawnego i odniesień funkcjonalnych i systemowych – nabiera cech działania twórczego. Należy przy tym zauważyć wzrastającą rolę wykładni systemowej i funkcjonalnej ze względu na zmianę paradygmatu stosowania prawa w szeroko pojętej kulturze prawa europejskiego, w szczególności zapewnienia tzw. wykładni zgodnej z prawem europejskim, gdzie zarówno wielość systemów normatywnych, fragmentaryczność jego regulacji, szereg mankamentów tekstu unijnego, takich jak wielojęzyczność, ogólnikowość pojęć, specyfika używanego języka rodzi konieczność odwoływania się do interpretacji uwzględniającej wielość materiału prawnego, z którego dekodowana jest norma prawna, jak również do kategorii teleologicznych⁸.

Podstawowe znaczenie ma ustalenie granic treściowych wykładni, tj. określenie, w jakiej relacji pozostają do siebie przepis prawny zbudowany z określonych słów za pomocą pewnych jednostek redakcyjnych oraz norma, której treść próbujemy wyznaczyć. Innymi słowy, do jakiego stopnia dobór słów i sposobu redakcji wyznacza granice dla treści normy budowanej w procesie interpretacji tekstu prawnego za pomocą złożonego instrumentarium, do którego należą przecież tak dynamiczne narzędzia, jak dyrektywy funkcjonalne lub systemowe.

Dostrzegając wagę podniesionych zastrzeżeń, trudno jest – moim zdaniem – zaprzeczyć tezie, że w wielu sytuacjach wykładnia prawa ma ze swej istoty charakter twórczy, co więcej, że nie można zarzucić podmiotowi dokonującemu interpretacji przekroczenia swoich kompetencji lub nieprawidłowości w wykładni tekstu prawnego z tego tylko powodu, że go nie odtwarza, ale w jakimś sensie tworzy jego znaczenie⁹. Innymi słowy, wykładnia twórcza może wynikać z interpretowanych pojęć lub stanów prawnych, a problem wyboru poprawnego znaczenia przepisu prawnego może być kwestią wyboru między różnymi wariantami jego twórczych interpretacji (i ich miejsca w systemie prawa), a nie jedynie kwestią wyboru między dozwoloną wykładnią odtwórczą a zakazaną twórczą.

3. Jak wyżej nadmieniałem, pierwszym istotnym miejscem, w którym w rozumowanie prawne zostaje wkomponowana argumentacja o proveniencji bio-

⁸ Por. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 3 i n.

⁹ Więcej na ten temat zob. J. Makarewicz, *Zasady polskiego kodeksu karnego*, GSW 1936, Nr 7-8, s. 536; A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 4-5, s. 611 i n.; L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 10, s. 3-12; tenże, *Czy precedens powinien być źródłem prawa*, w: *W kregu problematyki władzy, państwa i prawa. Księga jubileuszowa w 70-lecie urodzin Profesora Henryka Groszyka*, Lublin 1996, s. 187 i n.; J. Wyrembak, *Zasadnicza wykładnia*, s. 216 i n.

etycznej, jest proces harmonizacji konstytucyjnego kontekstu aksjologicznego w procesie stosowania prawa. Jest tak dlatego, że system prawny oparty jest na zasadach konstytucyjnych, które stanowią ramy normatywne dla dziedzin szczegółowych prawa, takich jak prawo karne. Co prawda, każde z nich, wprowadzając zasady rozwiązywania konfliktów lub sankcjonowania pewnych postaci zachowania, może posługiwać się do pewnego stopnia odmienną teleologią, np. oceniając pewną sytuację niepożądaną z punktu widzenia ochrony dóbr uznawanych na poziomie konstytucyjnym jako pozbawioną cechy karalności. Jednakże punktem wyjścia pozostają ogólne rozstrzygnięcia o tym, co jest dobrem lub interesem chronionym prawnie, jakie wartości należy uwzględnić przy rozwiązywaniu sytuacji kolizyjnych, w końcu – w jakim porządku należy je rozpatrywać, tak aby rozumowanie oddawało założenia aksjologiczne leżące u podstaw systemu prawnego¹⁰.

Realizacja poszczególnych praw i wolności konstytucyjnych zazwyczaj pozostaje w kolizji z realizacją innych praw lub wolności. Między poszczególnymi wartościami konstytucyjnymi może bowiem zachodzić relacja współlistnienia i w związku z tym równoczesnej ochrony, której nie będzie można do końca im zapewnić. Z tego powodu normy konstytucyjne – w szczególności te, które opisują prawa i wolności obywatelskie, wiążąc z nimi obowiązek ochrony skierowany do organów władzy publicznej i wyrażając bardziej ogólny obowiązek nieszkodliwego postępowania między obywatelami (na płaszczyźnie horyzontalnej) – mają postać zasad, inaczej nazywanych normami optymalizującymi. Wyrażają one nakaz możliwie pełnego zrealizowania ochrony danego dobra w konkretnej sytuacji faktycznej, w której w konflikcie pozostają różne dobra i interesy. Optymalne z punktu widzenia sposobów rozwiązywania kolizji między zasadami ukształtowanie konkretnej sytuacji prawnej – zarówno na poziomie tworzenia przepisów, jak i ich interpretacji – polega na ograniczeniu pewnych praw i wolności przy zastosowaniu zasady konieczności (a więc tych, które mają niższą pozycję w hierarchii podyktowanej przez leżącą u podstaw porządku prawnego aksjologię) i stosunkowości (a więc proporcjonalnie do interesu publicznego i potrzeb dobra wspólnego – odnośnie do obu zasad zob. art. 31 ust. 3, art. 1 Konstytucji RP). Owo ograniczenie powinno zostać poddane rygorom zasady równości i niekiedy normom proceduralnym, stojącym na straży uwzględnienia istotnego kontekstu wartościowania dóbr konstytucyjnych, jak również nie może prowadzić do naruszenia wyraźnych zakazów konstytucyjnych, takich jak nienaruszalność godności człowieka, zakaz tortur lub innego niehumanitarnego traktowania¹¹.

¹⁰ Zob. W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, „Przed pierwszym czytaniem”, nr 3 (2007), s. 29-33; J. Majewski, W. Wróbel, *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 5.

¹¹ Tamże; A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie projektu oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, „Przed pierwszym czytaniem”, nr 3 (2007), s. 102-

Ten teoretyczny schemat postaram się skonkretyzować na przykładzie: w kontekście analizy tzw. przesłanki eugenicznej. Konieczne jest w związku z tym wskazanie podstawowych norm konstytucyjnych, które wyznaczają ramy wartościowania dóbr kobiety ciężarnej i jej dziecka (płodu). Poza wątpliwością pozostaje art. 30 Konstytucji RP, który wprost przewiduje, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Stosownie do brzmienia tego artykułu jest ona nienaruszalna, a jej ochrona należy do obowiązków władz publicznych. Należy dopowiedzieć, że niekwestionowany charakter tego wzorca konstytucyjnego wynika z tego, że w przypadku napięcia między pozostającymi w kolizji interesami dziecka poczętego i matki godność ich obojga stanowi podstawę do wywodzenia przez nich dóbr chronionych przez system prawny. Dodatkowym wzorcem konstytucyjnym będzie art. 38, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Ta para norm konstytucyjnych stanowi w moim przekonaniu podstawowy wzór do oceny prawidłowości z punktu widzenia norm konstytucji danego rozwiązania ustawowego lub jego wykładni podejmowanej wówczas, gdy warstwa słowna przepisu pozostawia różne możliwości interpretacyjne. Wyrażam w związku z tym przekonanie, że pojęcie „człowieka” użyte w art. 30 i 38, w nawiązaniu do założenia o „przyrodzeniu” godności każdemu, obejmuje każdą istotę posiadającą genom ludzki, niezależnie od jej stadium rozwojowego. Oznacza to objęcie podmiotową ochroną zarówno kobiety ciężarnej, jak również jej dziecka (płodu), a w związku z tym przekonanie o traktowaniu dziecka poczętego w relacjach ochronnych w sposób podmiotowy, a nie tylko jako przedmiotowej wartości konstytucyjnej (dobra *sui generis*) uwzględnianego w związku z odpowiednio interpretowaną klauzulą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji)¹².

-106; T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 3; R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 11-12; L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, w: J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, 2004, nr 1.

¹² Tak E. Zielińska, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji RP*, „Przed pierwszym czytaniem”, nr 3 (2007), s. 11-15, która powołując się na orzeczenie TK z 28 maja 1997 roku (DzU nr 157, poz. 1040), interpretuje warstwę uzasadnienia jako przyznanie „życiu nienarodzonemu” wartości konstytucyjnej, której przysługuje ochrona prawna, przy czym takiej, która nie jest zrównana z ochroną prawa do życia osoby już narodzonej. Autorka postrzega to jako „pragmatyczne podejście Trybunału, który musiał przyznać, że dopóki embriion lub płód znajdują się w organizmie kobiety, nie są zdadne do pełnej ochrony, równej urodzonemu człowiekowi”. Rzecz w tym, że ta ochrona może być w niektórych przypadkach kolizji między dobrami matki i dziecka rozwiązywana na korzyść matki w związku z ogólnymi zasadami rozwiązywania napięcia między konstytucyjnymi obowiązkami ochrony dóbr, a nie odmówieniem dziecku statusu podmiotowego. Zresztą, w razie akceptacji tego ostatniego poglądu tak naprawdę trudno będzie uchwycić jakąkolwiek wyraźną granicę, za którą kobiecie – powołującej się na art. 30 i 47 Konstytucji, a więc jej godność i ochronę prawa do życia prywatnego i decydowania o swoim życiu osobistym – nie będzie można przyznać prawa do decyzji o rezygnacji z ciąży (zob. również M.A. Warren,

Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wskazuje, że życie człowieka od momentu poczęcia podlega ochronie nie tylko przez ustawodawstwo zwykłe, lecz z mocy samej Konstytucji¹³. Skoro prawo do życia jest prawem wobec państwa pierwotnym i w zasadzie nienaruszalnym, to wszelkie wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony – *in dubio pro vita humana*¹⁴. Trybunał Konstytucyjny podkreśla w tym samym miejscu związek konstytucyjnej gwarancji ochrony życia każdego człowieka z konstytucyjną gwarancją nienaruszalnej i przyrodzonej godności człowieka, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Trybunał przyjął również, że życie człowieka podlega ochronie konstytucyjnej od momentu poczęcia, ponieważ dotychczasowy stan nauk empirycznych nie daje dostatecznych podstaw do wskazania innego momentu powstania życia ludzkiego¹⁵. W tym samym orzeczeniu stwierdził, że:

jeżeli życie człowieka, w tym życie dziecka poczętego, stanowi wartość konstytucyjną, to ustawa zwykła nie może prowadzić do swoistej cezury i zawieszenia obowiązywania norm konstytucyjnych. Zakaz naruszania życia ludzkiego, w tym życia dziecka poczętego wynika z norm o charakterze konstytucyjnym. W takiej sytuacji ustawodawca zwykły nie może być uprawniony do decydowania o warunkach obowiązywania takiego zakazu, czyniąc tym samym normy konstytucyjne normami o charakterze warunkowym. Nie może w szczególności uzależniać go od regulacji zawartych w ustawach zwykłych. Stąd też sprzeczne z normami konstytucyjnymi jest stanowienie przez ustawodawcę zwykłego wszelkich takich regulacji, które prowadziłyby jedynie do warunkowego obowiązywania gwarancji konstytucyjnych¹⁶.

Zanegowanie podanego sposobu interpretacji wzorca konstytucyjnego stanowiącego punkt odniesienia do oceny ustawodawstwa regulującego dopuszczalność przerwania ciąży może nastąpić w wyniku dwóch – powiązanych zresztą ze sobą – modeli argumentacyjnych. Pierwszy z nich może być nazwany dewitalizacją godności człowieka. Mianowicie chodzi tutaj o takie zjawisko, które prowadzi do rozszczepienia dwóch pojęć – godności człowieka i prawa do życia. Pierwsze z nich otrzymuje status absolutny, nienaruszalny, niedopuszczający żad-

On the Moral and Legal Status of Abortion, „The Monist” LVII, 1973, s. 43-61). Ze względu na granice skargi (dotyczącej kwestionowania zgodności z konstytucją przesłanki trudnych warunków życia matki, które wyznaczyły zakres rozstrzygnięcia trybunału, trudno również przystać na drugą obserwację autorki, która twierdzi, że Trybunał potwierdził zgodność z Konstytucją przepisów dopuszczających przerwanie ciąży ze wskazań medycznych, embriopatologicznych i prawnych.

¹³ Zob. wyrok pełnego składu z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK ZU nr 1/2004, poz. 1; orzeczenie pełnego składu z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK ZU nr 2/1997, poz. 19; uchwała z 17 marca 1993 r., W 16/92, OTK w 1993 r. cz. I, poz. 16; postanowienie z 7 października 1992 r., U 1/92, OTK w 1992 r. cz. II, poz. 38; orzeczenie z 15 stycznia 1991 r., U 8/90, OTK w 1991 r., poz. 8.

¹⁴ Tak TK w wyroku z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK ZU nr 1/2004, poz. 1.

¹⁵ Tak TK w wyroku z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK ZU nr 2/1997, poz. 19.

¹⁶ Tamże.

nej koncesji. Drugie jest postrzegane jako prawo o wysokiej randze, ale ograniczone podmiotowo i zrelatywizowane do innej wolności osobistej, a mianowicie prawa do prywatności i do decydowania o własnym życiu osobistym, przez co początek i koniec życia miałyby być chroniony pośrednio – przez art. 47 Konstytucji. Tak znaczna dysharmonia wartościowania godności i życia człowieka jest możliwa tylko wówczas, gdy absolutnie ujmowana godność człowieka staje się abstrakcyjną koncepcją pozbawioną wyrażonej treści, z pewnością zaś nie wyraża się w prawie do życia¹⁷. Pozwala to – w związku z drugim modelem argumentacyjnym – na legitymizację rezygnacji przez matkę z ciąży, zwłaszcza w przypadku upośledzonego dziecka poczętego, na podstawie obcych ofierze interesów osób trzecich, podnoszonych zwłaszcza w związku z koniecznością ponoszenia przez nich wysokich kosztów, nieefektywnych w perspektywie poprawy „jakości” życia chorego dziecka, lub znoszenia wyjątkowo trudnych obciążeń psychicznych i społecznych¹⁸. Strategia ta wymaga jednak całkowitego odmówienia art. 30 i 38 Konstytucji roli wzorca w ocenie statusu dziecka poczętego (płodu) i w konsekwencji posługiwanie się parą art. 30 i 47 Konstytucji dla akcentowania decydującego znaczenia interesów kobiety ciężarnej.

Przyjęcie art. 30 i 38 Konstytucji jako podstawowych ram normatywnych dla rozstrzygania kolizji między interesami dziecka poczętego (płodu) i jego matki (kobiety) nie oznacza absolutyzacji ochrony życia dziecka (płodu) i pominięcia interesów matki (kobiety). Co więcej, zachodzi konieczność dostrzeżenia przez system prawny szczególnej relacji gwaranta, jaka zachodzi między kobietą ciężarną a dzieckiem, w której organizm kobiety jest środowiskiem koniecznym dla prawidłowego rozwoju płodu i uzyskania przez niego zdolności do samodzielnego życia poza nim, ale również w której kobieta jest ogromnie wrażliwa na kwestie związane ze zdrowiem dziecka, możliwościami zapewnienia mu i sobie po jego urodzeniu godnego życia, jak również w której zachowuje prawo do ochrony swojego życia lub zdrowia. Wszystkie te okoliczności mogą w zasadniczy sposób wpłynąć na ogólne reguły rozstrzygania konfliktów wartości konstytucyjnych oraz osłabiać zakres i stopień surowości ochrony prawnej życia dziecka poczętego. Chodzi o to, by przez ukształtowanie norm motywujących i zakazu-

¹⁷ Szerzej: E. Picker, *Godność człowieka a życie ludzkie*, Warszawa 2007; M. Piechowiak, *Godność jako fundament powinności prawa wobec człowieka*, w: P. Morciniec, S.L. Studniczenko, *Urzeczywistnianie praw człowieka w XXI wieku*, Opole 2004, s. 33 i n.

¹⁸ Bardzo wyrazistym przykładem jest argumentacja E. Singera – *Etyka praktyczna*, Warszawa 2007. Zob. również D. Benatar, *Better Never to Have Been: The Harm of Coming into Existence*, Oxford 2007, gdzie autor odmawia z zasady istnienia interesu dziecka poczętego (płodu) w fakcie urodzenia, lub M. Tooley, *Abortion and Infanticide*, Oxford 1983, oraz D. Boonin, *A Defence of Abortion*, Cambridge 2003, gdzie autorzy uzależniają istnienie prawa do życia nienarodzonego od oceny jakości przyszłego życia i potencjalnie istniejącej (lub nie) chęci do życia w takiej postaci.

jących nie prowadzić w systemie prawa faktycznego obowiązku do zachowania moralnego, które nabierze odcienia heroizmu¹⁹.

W tym kontekście status konstytucyjny tzw. przesłanki eugenicznej decydującej o dopuszczalności przerwania ciąży nie jest jasny. Chroni ona dwie potencjalne sytuacje:

- pierwszą, w której ze względu na ciężką chorobę lub upośledzenie uznaje się życie dziecka za zbyt kosztowne dla bliskich i rodzące nadmierne obciążenia osobiste; lub
- drugą, w której ze względu na defekt płodu odmawia mu się wprost prawa lub interesu do życia (posługując się przy tym fałszywie humanistycznym uzasadnieniem o potrzebie niwelowania cierpień dziecka²⁰).

W pierwszym przypadku przesłanka ta w istotnym stopniu nakłada się na inną, przewidzianą wcześniej przez ustawę o planowaniu rodziny, przesłankę dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży w związku z istotnym – jak należy mniemać – zagrożeniem dla zdrowia psychicznego matki. W pozostałym zakresie, podobnie jak ma to miejsce w drugim przypadku, dla uznania dopuszczalności rezygnacji przez kobietę z ciąży narodzenie się dziecka i jego życie trzeba by traktować jako szkodę, co w świetle art. 30 i 38 Konstytucji nie może zasługiwać na aprobatę²¹. W literaturze formułowany jest pogląd, że brak uznania wielomiesięcznej udreki i cierpienia kobiety związanej ze świadomością, że mające narodzić się dziecko jest dotknięte poważnym lub nieodwracalnym upośledzeniem lub nieuleczalną chorobą zagrażającą życiu, za torturę lub nieludzkie traktowanie, które ma na tyle istotny charakter, by kobieta uzyskiwała prawo do zdecydowania o utrzymaniu lub przerwaniu ciąży – stanowi nie tylko brak empatii, ale również brak kwalifikacji moralnych osób formułujących takie poglądy do zajmowania stanowiska w tego rodzaju sprawach²². Tego rodzaju argumenty przyjmuje się i odpiera z trudem. Można jedynie uzupełnić, że powyższe stanowisko wynika z niejako szerszej wrażliwości, polegającej na tym, że intensywność dramatu kobiety nie może zakryć obecności dziecka i przesądzić o istnieniu prawa podmiotowego, stanowiącego emanację autonomii i godności ko-

¹⁹ Tak W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje*.

²⁰ P. Singer, *Etyka praktyczna*.

²¹ Por. W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje*; A. Zoll, *Opinia prawna*, s. 104, który uznaje tę przesłankę za „sprawiającą wrażenie dopuszczenia do eugenicznej selekcji rodzących się dzieci i z tego względu rodzącą wątpliwości z takimi standardami ochrony, jakie zawarte zostały w Kartie Praw Podstawowych Unii Europejskiej”.

²² E. Zielińska, *Debata nad zmianą konstytucji – analiza opinii ekspertów dla nadzwyczajnej komisji sejmowej*, w: W. Nowicka (red.), *Prawa reprodukcyjne w Polsce. Skutki ustawy antyaborcyjnej*, Raport Federacji na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny 2007, s. 105.

biety, do kształtowania przez nią sytuacji, w której nie traktuje ona dziecka nienarodzonego w kategoriach podmiotowych (osobowych)²³.

Ogólne wartościowanie omawianych sytuacji kolizyjnych powinno zatem prowadzić do potwierdzenia zasady zakazu zabójstwa człowieka (w tym dziecka poczętego). Wskazówki takie wynikają również z art. 152 i 153 k.k. i samej ustawy o planowaniu rodziny²⁴. Konsekwencją tych normatywnych założeń jest generalny zakaz przerywania ciąży, który – zgodnie z odesłaniem art. 152 – jest uchylany wyłącznie we wskazanych w ustawie i stosunkowo wąsko zakreślonych przypadkach. Sytuacje te z reguły oparte są na konflikcie obowiązku ochrony konkurujących dóbr i wartości, takich jak życie lub dobrostan nienarodzonego dziecka i kobiety, dla którego jest ona gwarantem rozwoju i narodzenia. Według podstawowych reguł kodeksu karnego tego rodzaju kolizja dóbr – przy ich równowartości – nazywana byłaby stanem wyższej konieczności uchylającym karalność czynu polegającego na przerwaniu ciąży z tego tytułu, że wobec konkurencji dwóch dóbr o podobnej wartości ustawodawca wstrzymuje się z oceną, wybór którego uzna za społecznie opłacalny. Oczywiście, tego rodzaju rozumowanie dotyczy tylko takich sytuacji, w których istnieje obiektywne i niekwestionowane zagrożenie dla któregoś z konkurujących dóbr. Odsyłając przy ocenie bezprawności przestępstwa aborcji do ustawy o planowaniu rodziny i dopuszczając w niektórych, ściśle opisanych przypadkach, zgodne z prawem przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży, dokonuje się pewnego przewartościowania. Nie uchyla ona w żadnym razie ogólnego zakazu przerwania ciąży za zgodą kobiety, jednak część z sytuacji kolizji dóbr (życia matki i dziecka, życie dziecka i zdrowie matki) i sytuację wprost dotyczącą możliwości życia dziecka (życie dziecka i jego istotne upośledzenie lub ciężka nieuleczalna choroba zagrażająca życiu)²⁵ przekształca w sytuacje legalizujące przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży. Jest to niejako „podwójny” wyjątek – nie tylko wyjątek od ogólnego zakazu, ale i wyjątek od typowych dla systemu prawnego konsekwencji kolizji równowartościowych dóbr, który można tłumaczyć szczególną relacją gwaranta, jaka zachodzi między matką a nienarodzonym dzieckiem, jak również ochroną przyszłego (po narodzeniu dziecka) dobrostanu matki.

Dla prawnika może to być podstawą do sformułowania dyrektywy interpretacyjnej *exceptiones non sunt extendendae* (wyjątki nie podlegają wykładni roz-

²³ M. Królikowski, *Glosa do wyroku ETPC w sprawie Alicji Tysiąc*, „Przebieg Sejmowy” 3007, nr 3.

²⁴ Zgodnie z art. 1 tej ustawy „prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie”.

²⁵ Tej sytuacji nie można – w świetle możliwych sposobów interpretacji przesłanki zagrożenia dla zdrowia kobiety, w tym także istotnego zagrożenia dla jej zdrowia psychicznego – postrzegać bezpośrednio jako rodzaj kolizji dwóch dóbr konkurujących: życia dziecka i (jakiegoś) dobra matki. Zob. W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, w: *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, „Przed pierwszym czytaniem”, nr 3 (2007), s. 32.

szerzającej), co w moim przekonaniu w perspektywie dookreślenia przez przepisy ustawy o planowaniu rodziny zakazu karnego oznacza, że przesłanki dopuszczalności przerwania ciąży muszą być interpretowane w sposób przeciwstawiający się postrzeganiu ich w charakterze praw podmiotowych lub uprawnień²⁶. Ze wskazanej dyrektywy wynikają, moim zdaniem, dalsze, bardziej szczegółowe wskazówki. Przede wszystkim należy odrzucić interpretację, która w praktyce prowadziłaby do przyznania lekarzowi lub kobiecie szerokiej swobody decyzyjnej odnośnie do zaktualizowania przesłanki. Ocena, czy prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu jest „duże” oraz czy upośledzenie płodu jest „ciężkie”, nie może opierać się zatem na subiektywnych opiniach lekarza lub kobiety. Decydujące muszą tu być kryteria obiektywne. Ponadto, należy uwzględnić powiązania między poszczególnymi przesłankami (dyrektywa zrównoważenia alternatywy zawartej w przepisie, zgodnie z którą jeżeli ustawodawca formułuje dwa równorzędne i samodzielne kryteria zastosowania przepisu, to wartościowania odzwierciedlone w jednym z kryteriów nie mogą pozostać obojętne dla wykładni zwrotów niedookreślonych zastosowanych w drugim). Dlatego interpretacja pojęcia „ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia” nie może abstrahować od wartościowania wyrażonego w przesłance „nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu”. Z wykładni literalnej wynika, że tej ostatniej przesłanki nie spełnia nawet nieuleczalna i ciężka choroba, jeżeli nie zagraża ona życiu. Oznacza to, że dla ustawodawcy istotnym czynnikiem przede wszystkim jest nie to, czy życie dziecka po urodzeniu będzie związane z nawet daleko idącymi trudnościami (niemajątkowymi albo majątkowymi) dla matki, lecz to, czy dojdzie do niezwykle trudnej z punktu widzenia emocjonalnego sytuacji, w której matka ma nosić dziecko, o którym wiadomo, że na skutek nieuleczalnej choroby jego życie będzie nieustannie zagrożone. Rzutuje to wprost na interpretację przesłanki „ciężkiego i nieodwracalnego” upośledzenia. Chodzić tu może bowiem tylko o takie upośledzenie, o którym obiektywnie można powiedzieć, że stan emocjonalny matki będzie podobny do tego, w którym z góry musi się liczyć ze śmiercią dziecka, bez realnej możliwości zmiany tej sytuacji w wyniku terapii.

Tak zwane przesłanki eugeniczne przerwania ciąży są po prostu szczególnym przypadkiem ochrony zdrowia matki, odmiennie opisanym z tego powodu, by zamiast oceniać subiektywne możliwości odporności psychicznej matki na niezwykle trudną dla niej sytuację świadomości oczekiwania na śmierć nienarodzonego jeszcze dziecka, uchylić karalność zabiegu przerwania ciąży wówczas, gdy zachodzą obiektywne przesłanki zagrożenia dla życia dziecka w postaci nieuleczalnej choroby lub ciężkiego upośledzenia.

²⁶ M. Królikowski, *Glosa do wyroku*.

Nakaz restryktywnej interpretacji omawianej przesłanki dopuszczalności przerwania ciąży stanowi emanację poszanowania i ochrony niezbywalnej i wrodzonej godności człowieka, która – ze swej istoty – przynależy człowiekowi przed narodzeniem i wprowadza podmiotowy charakter jego ochrony. W procesie stosowania tego przepisu należy preferować taką jego interpretację, która będzie w możliwie daleko idącym stopniu uwzględniać wartościowania konstytucyjne. W moim przekonaniu musi to być zatem wykładnia bardzo wąsko ujmująca przesłankę „ciężkiego” upośledzenia płodu i ograniczająca jej zastosowanie do przypadków szczególnie drastycznych.

Nie ma jednak co do powyższej argumentacji zgody – prezentuje się argumentacje kwalifikujące przesłanki aborcyjne jako postaci praw reprodukcyjnych (frazologia nienormatywna, ale zawierająca przekonanie o roszczeniowym ujęciu „prawa” do aborcji), nakazujące maksymalizować treść i zakres przesłanek spędzenia płodu; argumentacje odmawiające podmiotowego charakteru ewentualnej ochrony płodu; w końcu argumentacje przenoszące omawiane zagadnienie na płaszczyznę (jedynie) konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia i decydowania o swoim postępowaniu. Wszystkie te odniesienia są w dyskursie jurydycznym dopuszczalne i rozwiązywane często przez nieaksjologiczne argumenty z języka prawnego lub decyzje preferencyjne.

4. Stosownie z zarysowanym na wstępie schematem czas przejść teraz do drugiej postaci synergii będącej wynikiem przenikania argumentacji prawnej i bioetycznej. Mam tym razem na myśli „spór o pojęcia”. Innymi słowy, jak nadmieniałem, konkretne pojęcie prawne może mieć dość szeroki cień semantyczny i poddawać się różnym zabiegom przesuwającym jego istotę między granicami tego cienia. To przeciąganie liny również jest przykładem walki na ringu jurydyzacji rozstrzygnięć bioetycznych. Spory te dotyczą zarówno charakteru pojęć (definiujące, techniczne, funkcjonalne), odwołań do innych rozstrzygnięć w systemie prawa, które wiążą ich treść, jak i samej treści. Jak poprzednio, warto pokazać to na przykładzie.

Tym razem chciałbym przytoczyć dość niezwykłą historię orzeczeń sądowych (o różnym autorytecie prawnym ze względu na rodzaj składu sędziowskiego i charakter orzeczenia), które odnosiły się do relacji między dwoma artykułami kodeksu karnego: pierwszego wyznaczającego początek karalności zagrożenia życia lub zdrowia „człowieka” art. 160 k.k., traktującego o nieumyślnym narażeniu człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia lub uszczerbku na zdrowiu, oraz drugiego, art. 157a tegoż kodeksu, mówiącego o odpowiedzialności tego, który powoduje uszkodzenie ciała „dziecka poczętego” lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu. Chronologicznie pierwsza jest uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 roku, u której podstaw legło zagadnienie prawne następującej treści: „Czy ochronie prawnokarnej przewidzianej w art. 160 k.k. podlega

zdrowie i życie dziecka już od momentu rozpoczęcia jego porodu, czy też dopiero od momentu oddzielenia dziecka od ciała kobiety lub rozpoczęcia przez dziecko oddychania za pomocą własnych płuc?”²⁷. Sąd Najwyższy, rozstrzygając wskazane zagadnienie, oparł się szczególnie na wykładni językowej i systemowej, ograniczając się do rekonstrukcji znaczenia znamion jedynie na podstawie kontekstu wynikającego z kodeksu karnego. Wychodząc z założenia, że intensywność ochrony karnoprawnej życia ludzkiego może być zróżnicowana, potwierdził, że życie ludzkie jest w polskim ustawodawstwie chronione od momentu poczęcia, niemniej jednak zakres ochrony różni się w zależności od etapu rozwojowego człowieka. Momentem granicznym pozwalającym, zdaniem Sądu Najwyższego, na oddzielenie typów czynów zabronionych, właściwych do ochrony dziecka poczętego, od typów czynów zabronionych, w których posłużono się znamieniem „człowiek”, jest użyte w art. 149 k.k. znamię okresu porodu. Uprzywilejowanie tego typu przestępstwa ma swoją podstawę w ocenie szczególnego stanu psychicznego rodzącej kobiety, nie zaś w etapie rozwojowym dziecka. Jeżeli czyn matki nie spełni znamion decydujących o uprzywilejowaniu typu (zabicie dziecka nie odbędzie się pod wpływem przebiegu porodu), odpowie ona za zabójstwo w typie podstawowym, podobnie jak każda osoba współdziałająca, podżegająca lub pomagająca. Innymi słowy, „w całym okresie porodu (*lege non distinguente*), a więc od początku tego okresu, rodzący się korzysta z prawnokarnej ochrony przysługującej człowiekowi”. Oznacza to, że objęte ochroną typami ze znamieniem „człowiek” są nie tylko dzieci narodzone, ale również dzieci rodzące się. „Rodzenie się” należy także rozumieć jako cały okres wykonywania zabiegu cesarskiego cięcia, tj. od chwili przygotowania do niego. W konsekwencji Sąd Najwyższy uchwalił, że: „Przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu”²⁸.

Opierając się na wskazanej wyżej uchwale, Sąd Najwyższy faktycznie rozszerzył zakres przewidzianej w niej ochrony w postanowieniu z dnia 30 października 2008 roku, spowodowanym następującym zagadnieniem prawnym:

Czy ochronie prawnokarnej przewidzianej w art. 155 k.k. podlega życie dziecka od momentu rozpoczęcia porodu bądź podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę, czy też od momentu, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej?²⁹

²⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r. (sygn. I KZP 18/06).

²⁸ Tamże.

²⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r. (I KZP 13/08).

Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, niemniej jednak w uzasadnieniu *de facto* odpowiedział na wskazane zagadnienie prawne. Potwierdził dwa kryteria wynikające z uchwały I KZP 18/06, z których wynika, że znamię „człowiek” dotyczy dziecka od momentu rozpoczęcia porodu, a w przypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia zabiegu. Sąd Najwyższy dokonał w przedmiotowym postępowaniu pogłębionej analizy problematyki rozpoczęcia porodu w odniesieniu do zabiegu cesarskiego cięcia. Zauważył bowiem, że czynności zmierzające do przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia mają swój początek już w procesie diagnostycznym, kiedy możliwe jest ustalenie konieczności przeprowadzenia tego zabiegu.

Zaistnienie takich okoliczności oznacza obiektywną konieczność przeprowadzenia alternatywnego zakończenia ciąży. Wystąpienie takiej konieczności wyznacza początek okresu, w którym powinno nastąpić oddzielenie dziecka od organizmu matki, co jest tożsame z okresem porodu w rozumieniu art. 149 k.k. Od tej chwili przysługuje dziecku nienarodzonemu pełna prawnokarna ochrona przewidziana w obowiązującym kodeksie karnym dla człowieka³⁰.

Oznacza to, że znamię „człowiek” obejmuje dzieci nienarodzone od:

- a) rozpoczęcia porodu (naturalnego),
- b) w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu,
- c) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności.

Należy zwrócić uwagę na istotną różnicę pomiędzy przesłankami wyrażonymi w punktach b i c. Mianowicie, w punkcie b mowa jest o cesarskim cięciu przeprowadzanym na żądanie kobiety, bez konieczności medycznej, zaś zabieg cesarskiego cięcia w punkcie c musi być uwarunkowany koniecznością medyczną.

Ostatnie z trzech orzeczeń, wyrok z dnia 27 września 2010 roku (V KK 34/10), odwołując się do konkluzji uchwały z 26 października 2006 roku oraz postanowienia z 30 października 2008 roku, wskazuje na jeszcze dalej idący zakres ochrony dziecka nienarodzonego. W rozpatrywanej sprawie oskarżonemu zarzucano nieumyślne spowodowanie śmierci dziecka w ten sposób, że będąc lekarzem dyżurnym, zobowiązanym do szczególnej opieki nad ciężarną i jej mającym się narodzić dzieckiem, pomimo że przeprowadzone badanie wskazywało na prawdopodobieństwo zagrożenia życia dziecka, zaniechał hospitalizacji kobie-

³⁰ Tamże.

ty i przeprowadzenia kolejnych badań. W efekcie przeprowadzonego postępowania Sąd Najwyższy stwierdził, że

nałożony na lekarza przepisem art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry obowiązek niesienia pomocy występuje we wszystkich wypadkach, w których zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej mogłaby spowodować określone w tym przepisie skutki, a więc i wtedy, gdy ich zaistnienie mogło i powinno być przez lekarza przewidziane. [...] Jeżeli przewidywany wzrost zagrożenia wskazuje na możliwość zaistnienia skutków wymienionych w art. 30, to pełniąc funkcję gwaranta lekarz jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia właściwej pomocy medycznej, chyba że zwłoka w jej udzieleniu nie zmieniałaby stopnia zagrożenia³¹.

Oznacza to, że typy czynów zabronionych, w których przedmiot wykonawczy określony jest znamieniem „człowiek”, chronią dziecko nienarodzone nie tylko w sytuacji zaistnienia konieczności przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia, ale już w momencie stwierdzenia zagrożenia dla dziecka nienarodzonego i ryzyka zwiększenia się tego zagrożenia. Jest to odpowiedzialność oparta na konstrukcji nieumyślności (art. 9 § 2 k.k.), która w przypadku przestępstwa skutkowego spowodowanego przez zaniechanie wymaga wykazania ciężącego na podejrzanym szczególnego, prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi.

Podany przykład – wielce fortunny dla zwolenników podmiotowego traktowania dziecka poczętego – zakłada określone rozstrzygnięcie o charakterze pojęć zawartych w Kodeksie karnym, w rozdziale Przesłpstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Wbrew twierdzeniom, że „człowiek” powinien być rozumiany podobnie, jak w tym samym pojęciu w przytoczonych już w poprzednim punkcie przepisach Konstytucji, Sąd Najwyższy opowiedział się za stanowiskiem, że ma ono – podobnie jak „dziecko”, „dziecko poczęte”, „ciąża” – charakter techniczny. Użycie przez ustawodawcę tych pojęć nie jest – w jego ocenie – rozstrzygnięciem kategoryjnym, ale funkcjonalnym (technicznym) wyodrębnieniem poziomów ochrony prawnokarnej: ich zakresu, intensywności i rodzaju kryminalizowanego ataku na dobro prawne. Oczywiście można zrekonstruować argumenty na rzecz poglądu przeciwnego i w sposób równouprawniony wprowadzać je do dyskursu prawniczego.

5. Ostatnie z trzech podanych miejsc zderzenia argumentacji o charakterze etycznym i prawnym stanowią same figury prawne, takie jak modele odpowiedzialności karnej. Nie siląc się w tym wypadku na szczegółową i pogłębioną analizę – tekst bowiem ma identyfikować przypadki wykorzystywania argumentacji etycznej w rozumowaniu prawniczym – chciałbym pokazać dwie instytucje prawnokarne, które odpowiadać będą: subiektywnym uwarunkowaniom odpowiedzialności etycznej oraz teorii podwójnego skutku.

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2010 r. (V KK 34/10).

W pierwszym z podanych przypadków chciałbym zwrócić uwagę na warunek personalnej zarzucalności (możliwością obciążenia odpowiedzialnością za dany czyn). W tym zakresie zasadnicze znaczenie ma model rozumowania, w którym organ stosujący prawo musi potwierdzić, że autodeterminacja sprawcy skutkująca określonym czynem oparta była na prawidłowym zestawie informacji, które wzorcowy obywatel mógł wartościować jako działalność bezprawną lub karalną. Tym samym powinien dokonywać ustaleń odnośnie do tego, czy nastąpił błąd w świadomości sprawcy oraz czy błąd ten – jeśli miał miejsce – był usprawiedliwiony. To ostatnie bowiem przesądzenie, że każdy inny modelowy podmiot o podobnych zgeneralizowanych cechach popełniłby podobnie taki błąd, uwalnia sprawcę od odpowiedzialności ze względu na szczególną sytuację subiektywną – niemożność uniknięcia błędu. Przede wszystkim będzie to dotyczyło następujących sytuacji:

- 1) dostępności dla sprawcy świadomości o możliwości realizacji znamion typu przestępstwa;
- 2) zdolności do dokonania prawidłowej oceny prawdopodobieństwa wystąpienia następstw konkretnego zachowania, obiektywnie ocenianych jako typowe, normalne;
- 3) dostępności wymogu ostrożności wyznaczonego wobec podmiotu działającego w konkretnych okolicznościach lub zdolności do konkretyzacji reguły ostrożności wiążącej w danych okolicznościach;
- 4) dostępności posiadania odpowiednich informacji o stanie prawnym.

Dla oceny, czy błąd sprawcy był usprawiedliwiony, czy też nie, przy normatywnym ujęciu winy uzasadnione jest przyjęcie dwupłaszczyznowej analizy zachowania sprawcy pozostającego w błędzie. Wartościowanie opiera się w tej pozycji na:

- 1) stwierdzeniu powinności posiadania informacji (o stanie faktycznym, okoliczności działania lub o stanie prawnym) koniecznych do uniknięcia błędu;
- 2) stwierdzeniu możliwości rozpoznania popełnionego błędu.

W tym zakresie możliwe jest – po pierwsze – stwierdzenie braku powinności, co wyłączy tym samym konieczność analizy możliwości uniknięcia błędu i prowadzi do stwierdzenia usprawiedliwienia błędu. Drugą możliwością jest ustalenie powinności przy braku możliwości uniknięcia błędu, co po raz kolejny oznacza usprawiedliwienie błędu. W końcu możliwe jest też stwierdzenie powinności i możliwości uniknięcia błędu. To ostatnie prowadzi do oceny o nieusprawiedliwieniu błędu³². Punktem odniesienia dla dokonywanego wartościowania

³² Szerzej zob. R. Kubiak, *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, „Pa-lestra” 1998, Nr 7-8, s. 36 i n.; K. Buchała, *Bezprawność przestępstw*, s. 124 i n.; por. również

jest obiektywny wzorzec osobowy, wyposażony w cechy indywidualizujące pewną grupę, wyrażający zespół oczekiwań i cech działania podmiotu sumiennie wykonującego swoje obowiązki i posiadającego do tego odpowiednie kwalifikacje oraz kondycję³³. Ten zobiektywizowany standard poddany jest konkretyzacji na drugim etapie wartościowania, gdzie badana jest możliwość uniknięcia błędu przez konkretnego sprawcę w danych okolicznościach. W tym przypadku pod uwagę brana jest relacja, w jakiej pozostaje on do modelu osobowego, na podstawie którego określamy powinność danego zachowania. W wyjątkowych wypadkach może to korygować odniesienie nakazów określonego działania względem sprawcy z uwagi na brak możliwości oddziaływania motywującego normy prawnej na tę osobę. Równolegle ustalamy, w jakiej konkretnej sytuacji znajduje się sprawca, tzn. jaka była jego kondycja, zdolność psychofizyczna oraz jakie były warunki jego działania. To zaś może prowadzić do stwierdzenia realnego braku możliwości uniknięcia błędu przez tę osobę, mimo że istniała powinność jego uniknięcia, wynikająca z obiektywnego standardu osobowego, który znajdował w konkretnych okolicznościach zastosowanie.

Drugą z przykładowych figur prawnych, która jest konstrukcyjnie zbieżna z figurą odpowiedzialności etycznej, stanowi teoria zamiaru wynikowego (*dolus eventualis*), która jest traktowana jako forma umyślnego popełnienia czynu zabronionego. Ta formuła decyduje o naganności subiektywnej danego zachowania i zbudowana jest na konstrukcji podobnej do teorii podwójnego skutku, ale prowadzi do zasadniczo odmiennych rezultatów.

Zamiar wynikowy, o którym mówi art. 9 § 1 k.k. w słowach, że czyn umyślny popełnia ten, kto przewidując możliwość jego popełnienia, „godzi się” na to, nazywany tradycyjnie również zamiarem ewentualnym (*dolus eventualis*), stanowi zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego, zwłaszcza dowodowego punktu widzenia, wysoce kontrowersyjną konstrukcję. Podstawowe definicje zamiaru wynikowego wskazują na konieczność łącznego stwierdzenia:

- 1) elementu kognitywnego w postaci podjęcia przez sprawcę zachowania ze świadomością i uwzględnieniem (oceną) ryzyka naruszenia dobra prawnego (ustawa opisuje to jako stan, w którym sprawca „przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego”);
- 2) elementu wolicjonalnego, czyli szczególnego nastawienia się sprawcy wobec przewidywanego ryzyka naruszenia dobra prawnego (ustawa konkretyzuje go jako stan, gdy sprawca „godzi się” na popełnienie czynu zabronionego).

A. Zoll, *Brak wymaganych kwalifikacji działającego podmiotu jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne*, „Studia Prawnicze” nr 1/2 (1988), s. 247-262; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne Część ogólna*, Kraków 2010, s. 385.

³³ Por. uw. do art. 9, Nb 55-57.

Podstawową wskazówką pozwalającą ustalić zajście zamiaru ewentualnego jest wykazanie relacji, w której pojawiał się on jako zamiar wynikowy. „Konstrukcja zamiaru ewentualnego, przyjęta w art. 9 § 1 k.k., polega na tym, że sprawca realizuje swój cel, który zamierzał osiągnąć, przewiduje też realną możliwość popełnienia przestępstwa i godzi się równocześnie na zaistnienie takiego skutku, jaki w rezultacie jego kierunkowego działania nastąpi”³⁴. Dookreślenie tej definicji proponuje ten sam sąd w wyroku z 11 lipca 2002 roku, wskazując:

Zamiar ewentualny (art. 9 § 1 k.k.), będący w istocie zamiarem wynikowym, nigdy nie występuje samodzielnie, lecz zawsze obok zamiaru bezpośredniego, wszelka bowiem aktywność człowieka (działanie) lub jej brak (zaniechanie) jest zachowaniem w jakimś celu (dążenie do czegoś). W rezultacie, opis czynu popełnionego z zamiarem ewentualnym powinien wskazywać, do czego oskarżony zmierzał, jaki cel chciał osiągnąć, a jaką możliwość popełnienia czynu zabronionego przewidywał i na co się godził³⁵.

Warto jeszcze przytoczyć przy tym stanowisko tego samego sądu, który dodaje, że

proces „godzenia się” nie ma charakteru samoistnego i nie może być bezpośrednim czynnikiem sprawczym określonego zachowania i nigdy nie kieruje działaniem sprawcy. Istota tego zamiaru polega na tym, że jest on zawsze związany z jakimś bezpośrednim zamiarem, czyli z dążeniem do osiągnięcia celu i z tego względu nie występuje samoistnie. Innymi słowy, konstrukcja zamiaru ewentualnego, przyjęta w art. 9 § 1 k., polega na tym, że sprawca, realizując swój cel, który zamierzał osiągnąć, przewiduje też realną możliwość popełnienia przestępstwa i godzi się równocześnie na zaistnienie takiego skutku przestępczego, jaki w rezultacie jego kierunkowego działania nastąpi. Gdyby sprawca był pewny, iż spowoduje ten skutek, tj. popełni czyn zabroniony i mimo to podjął określone działanie, to trzeba byłoby przyjąć w odniesieniu do niego zamiar bezpośredni. „Godzenie się” zatem dotyczy „ubocznego”, ale w rozumieniu sprawcy realnego i prawdopodobnego skutku w stosunku do podstawowego celu działania³⁶.

Dodatkowo warto wskazać, że w przypadku przyjęcia konstrukcji zamiaru wynikowego, który polega na tym, że sprawca realizuje swój cel, jaki zamierza osiągnąć, przewiduje też realną możliwość nastąpienia innego skutku i godzi się na zaistnienie takiego skutku, „brak wyraźnego zmierzania w stronę tego skutku nie musi koniecznie przemawiać na rzecz braku zamiaru ewentualnego – mógł [on] bowiem wyniknąć z okoliczności zewnętrznych uniemożliwiających rodzące większe niebezpieczeństwo dla dobra zachowanie się sprawcy”³⁷.

³⁴ Wyrok SA w Lublinie z 2.08.2000 r., II AKa 140/00, OSA 2001, Nr 3, poz. 17.

³⁵ Wyrok SA z 11.07.2002 r. (II AKa 143/02, OSA 2003, Nr 4, poz. 29).

³⁶ Wyrok SA w Lublinie z 6.06.2005 r., II AKa 105/05, „Prokuratura i Prawo” wkładka 2006, Nr 7-8, poz. 16.

³⁷ Wyrok SA w Katowicach z 24.06.2004 r., II AKa 188/04, KZS 2005, Nr 6, poz. 65.

Zbadanie elementu wolicjonalnego oznacza ustalenie, jaki był stosunek sprawcy do przewidywanego ryzyka. Innymi słowy, czy sprawca był gotowy takie ryzyko podjąć, dostrzegając możliwość jego urzeczywistnienia, czy też opierał się na błędnej kalkulacji, która pozwalała mu wierzyć w to, że istnieje duże prawdopodobieństwo, by skutek nie nastąpił. Tym razem chodzi o uniknięcie całkowicie obiektywnej konstrukcji, w myśl której jako umyślne będziemy postrzegać takie działanie, gdy racjonalnie i logicznie postępująca osoba, znajdująca się w sytuacji sprawcy lub błędnie mniemająca, że w niej się znajduje, kontynuowałaby swoje zachowanie odpowiadające zachowaniu sprawcy jedynie wówczas, gdyby przystawała na wywołanie skutku przestępnego. Warto zwrócić przy tym uwagę, że w praktyce dookreślenie, na czym miałyby polegać „godzenie się” sprawcy, może nastąpić na dwa sposoby. Pierwsza metoda oznacza badanie konkretnego subiektywnego nastawienia sprawcy względem wystąpienia skutku, a zatem to realne przeżycia psychiczne decydowałyby o tym, czy świadomość możliwości wystąpienia skutku byłaby zaliczana na rzecz zamiaru ewentualnego czy też świadomej nieumyślności. Druga metoda polega na użyciu mierników w większym stopniu zobiektywizowanych. Zamiar ewentualny zachodziłby w razie kontynuowania przez sprawcę konkretnego działania, które w sposób oczywisty i dostępny dla niego musiało łączyć się ze świadomością ryzyka wystąpienia skutku, pod warunkiem że sprawca mógł dokonać korekty swojego postępowania. W praktyce oznaczałoby to, że sąd musiałby z urzędu uwzględnić, czy nie zachodzą dostateczne dowody przemawiające na rzecz tego, że sprawca liczył na uniknięcie naruszenia dobra prawnego, przy czym biorąc pod uwagę obiektywne zależności i predyspozycje sprawcy, to jego oczekiwanie nie może być ocenione jako całkowicie bezpodstawne. Ten drugi sposób rozumowania nie kłóci się z istotą domniemania autodeterminizmu, który wynika z art. 30 Konstytucji. Odpowiada też warunkom wniosku o nastawieniu sprawcy względem konkretnego skutku jako chcianego lub przyjmowanego jako ten, na który sprawca się godzi.

Podstawowe pytanie w kontekście rozróżnienia zamiaru ewentualnego i świadomej nieumyślności, dla których wspólny jest element kognytywny występujący w tożsamej postaci, stanowi wątpliwość dotycząca powodu, dla którego na potrzeby ustalenia podstaw odpowiedzialności karnej konieczne jest wykazywanie dodatkowego elementu ponad przewidzenie ryzyka wystąpienia skutku (ewentualnie kwalifikowanego stopnia ryzyka) i kontynuowanie postępowania bez stosownej korekty. Z pewnością jest nim potrzeba zróżnicowania w surowości potępienia naruszenia dobra prawnego, których nie znamionuje bezpośrednia chęć naruszenia dobra prawnego, a które jednocześnie nie stanowią niedbalstwa. W przestrzeni między tymi dwoma postaciami strony podmiotowej nie ma wyraźnej linii rozgraniczającej umyślność i nieumyślność, a niektóre ustawodawstwa decydują się wprost na przyjęcie jedynie trzeciej, względem zamia-

ru i niedbalstwa, formy winy, polegającej na świadomym podjęciu ryzyka – rezygnując tym samym z dzielenia tej przestrzeni na część przynależną do sfery umyślności i część zaliczaną do nieumyślności. Warto jest przy tej okazji uświadomić sobie – używając plastycznego porównania – że zamiar ewentualny jest znacznie bliżej lekkomyślności (świadomej nieumyślności) niż zamiaru bezpośredniego³⁸. Jednocześnie trzeba zdawać sobie sprawę, że rozgraniczenie między umyślnością i nieumyślnością, także w kontekście art. 8 k.k., ma kapitalne znaczenie dla zakresu odpowiedzialności karnej, w związku z czym postulat wypracowania i przyjęcia przez ustawodawcę kryteriów dostatecznie wyraźnie wyznaczających granicę między umyślnością (zamiarem ewentualnym) a nieumyślnością (świadomą nieumyślnością) jest wciąż aktualny. W literaturze i praktyce wymiaru sprawiedliwości wskazywano na wiele rozmaitych koncepcji, które miałyby posłużyć do określenia istoty zamiaru ewentualnego, a tym samym wyznaczyć granicę umyślności. Granica ta może być przeprowadzona przez płaszczyznę kognitywną, wolicjonalną lub wynikać z dodatkowych, zewnętrznych kryteriów ewaluacji, jak należy postrzegać zachowanie sprawcy.

Zamiar ewentualny najpełniejsze wytłumaczenie uzyskuje w świetle teorii psychologicznych. Dzieje się tak ze względu na przeprowadzenie przez przestrzeń wolicjonalną granicy między zamiarem (godzenie się) a lekkomyślnością (przewidywanie i oczekiwanie braku naruszenia dobra prawnego – realizacji znamion czynu zabronionego). W tym zakresie powołano do życia teorię woli, która przeżyte psychiczne kształtujące stosunek sprawcy do realizacji czynu traktowała jako akt woli. Pierwsze rozróżnienie między konstrukcją „wola-godzenie się” i „wola-chcenie” wprowadził do literatury niemieckojęzycznej R. Hippel. Kierunek ten od początku rozwijany był w dwóch ujęciach. W pierwszym starano się zbliżyć opis przeżycia w postaci „godzenia się” do „chęci” popełnienia czynu zabronionego i tym uzasadniano potrzebę konstrukcji zamiaru ewentualnego jako swojego rodzaju rozszerzenie umyślności wyznaczonej przez zakres definicji zamiaru bezpośredniego. J. Makarewicz ujmował to w następujący sposób:

Zły zamiar ewentualny polega na stosunku woli sprawcy do skutku (lub stanu) przestępnego, a nie na stosunku jego intelektu („przewidzenia”) do tegoż. Cechą jest tu wola warunkowa, na wypadek, jeźliby zaszła dalsza zmiana w świecie zewnętrznym, nie ta, lub nie tylko ta, do której sprawca zmierza, lub jeśli zaszłyby znamiona stanu faktycznego innego, niż ten, który sprawca miał na oku. Zawsze jednak sprawca i tutaj – chce³⁹.

³⁸ Por. Z. Jędrzejewski, *Z problematyki zamiaru ewentualnego w teorii i praktyce*, „Prokuratura i Prawo” 1983, z. 10, s. 46-55.

³⁹ Zob. J. Makarewicz (red.), *Kodeks karny*, s. 77.

W innym ujęciu „godzenie się” przybiera postać zgody hipotetycznej na skutek dalszy względem tego zdarzenia, które jest objęte zamiarem bezpośrednim, lub na skutek uboczny, towarzyszący podejmowanej przez sprawcę czynności, niezależnie od jej znaczenia prawnego. Znaczenie tego sposobu rozumienia zamiaru ewentualnego zostaje wydobyte w kontekście dowodowym. Jest tak dlatego, że ustalenie celu, jaki swoim postępowaniem chciał realizować sprawca, i faktu objęcia świadomością powiązanego skutku, przy kontynuowaniu postępowania, pozwala ostatecznie stwierdzić działanie w zamiarze ewentualnym⁴⁰. Do pewnego stopnia zbieżnie sprawę przedstawiał J. Waszczyński, twierdząc, że „godzenie się stanowi specyficzną postać woli znamionującą się chęcią narażenia dobra na niebezpieczeństwo przy jednoczesnej obojętności sprawcy w stosunku do prawdopodobnej realizacji tego niebezpieczeństwa”⁴¹. Trafnie przy tym wskazuje Z. Jędrzejewski, że w tego rodzaju konceptualizacji zamiaru ewentualnego nie ma żadnej różnicy w akcie woli przy obu postaciach umyślności. Odmiennosć bowiem jest umieszczona w warunkowości lub pośredniości realizacji znamion czynu zabronionego w wyniku podjęcia określonego postępowania albo w tym, że przedmiotem odniesienia aktu woli jest niebezpieczeństwo naruszenia dobra prawnego, a nie realizacja znamion czynu zabronionego⁴². W drugim ujęciu teorii woli zamiar ewentualny wyznaczany jest przez odmienną treść aktu woli, który opisuje się jako postać przyzwolenia na naruszenie dobra prawnego. Na szczególną przydatność tego sposobu pojmowania istoty zamiaru ewentualnego, rozumianego jako postać reakcji decyzyjnej człowieka wobec kompleksu nacisków zewnętrznych i wewnętrznych, wskazuje G. Rejman, omawiając przedstawioną przez W. Woltera w *Studiach z zakresu prawa karnego* teorię zgody:

„Za pośrednictwem tej teorii można wyjaśnić dylematy, jakie musi rozwikłać człowiek stojący przed rozstrzygnięciem konfliktu na poszczególnych etapach swego postępowania. To tak, jakby naradzał się sam ze sobą co do dalszego podejmowania decyzji w związku z przewidzeniem możliwości sprowadzenia skutku. [...] W ten sposób można nakreślić model ludzkiego myślenia w sytuacjach konfliktowych, gdy człowiek zmierza do osiągnięcia celu kosztem naruszenia dobra chronionego prawem karnym⁴³.”

Szczególna postać modyfikacji teorii psychologicznych, powołana do życia niejako w opozycji do teorii woli, w polskiej literaturze została zaproponowana przez W. Woltera i uzyskała nazwę teorii obojętności (neutralności).

⁴⁰ Zob. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 106 i n.

⁴¹ Zob. J. Waszczyński, *Prawo karne w zarysie*, Łódź 1992, s. 211.

⁴² Zob. Z. Jędrzejewski, *Z problematyki zamiaru ewentualnego*, s. 47; por. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 341; zob. także A. Berger, *Usiłowanie dolo eventuali*, „Głos Sądownictwa” 1934, Nr 2, s. 138 i n.

⁴³ Zob. G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Komentarz*, C.H. Beck 2009, s. 66.

W pierwszych definicjach autor tłumaczył istotę zamiaru ewentualnego w taki sposób, że sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, „ani chce skutku przestępnego, ani go nie chce”⁴⁴. Tym samym jeszcze nie postrzegał lekkomyślności jako woli uniknięcia skutku przestępnego. W późniejszych pracach tego autora, ze względu na definiowanie lekkomyślności w myśl teorii normatywnej kompleksowej, formuła ta przybrała postać podwójnego przeczenia o treści: „ani chce, by tak, ani chce, by nie”. Kluczowe znaczenie odgrywa w tej konstrukcji wykazanie, że możliwość naruszenia dobra prawnego nie ma żadnego znaczenia w procesie motywacyjnym, kształtującym postawę i decydującym o zachowaniu sprawcy – innymi słowy – jest dla sprawcy obojętne. Sąd Najwyższy nawiązał do tej koncepcji m.in. w wyroku z 24 września 1992 roku⁴⁵, gdzie doprecyzował ustawową formułę zamiaru ewentualnego w taki sposób, że przyjął, iż sprawca działa z zamiarem pozbawienia życia pokrzywdzonego wtedy, gdy ma on świadomość możliwości nastąpienia śmierci pokrzywdzonego i na to się godzi, tzn. wprawdzie nie chce, aby śmierć pokrzywdzonego nastąpiła, ale zarazem nie chce, żeby nie nastąpiła, a więc gdy wykazuje całkowitą obojętność wobec uświadomionej sobie możliwości nastąpienia śmierci pokrzywdzonego. Warto jednak zdać sobie sprawę, że tego rodzaju konstrukcja obojętności, oparta na formule podwójnej negacji, jest bardzo szeroka, a z drugiej strony stworzona w pośredni sposób, przez odwołanie się do działania w zamiarze bezpośrednim („chce”) i nieumyślności („nie chce”) i nadanie mu w ten sposób odrębnej względem nich pozytywnej treści. Dodatkowa komplikacja ze stosowaniem tej formuły wiąże się z redakcją art. 9 § 2 k.k., w którym przy określeniu warunków, w jakich czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, ustawodawca zdecydował się rozpocząć od warunku negatywnego: „nie ma zamiaru”. Jeżeli zaś odnieść go do zamiaru ewentualnego rozumianego jako neutralność woli sprawcy i zdefiniowanego przez formułę podwójnego zaprzeczenia, otrzymamy wątpliwy wynik. Sąd Apelacyjny w Lublinie konkluduje zatem następująco:

Odróżnienie świadomości nieumyślnej od zamiaru ewentualnego nie należy do prostych zadań, to jednak jest możliwe. Zasadniczym podobieństwem między świadomością nieumyślnością, a zamiarem ewentualnym jest to, że w obu tych wypadkach strona intelektualna strony podmiotowej zachowania sprawcy charakteryzuje się przewidywaniem możliwości popełnienia czynu zabronionego. Różnica między tymi dwoma odniesieniami do znamion podmiotowych czynu zabronionego leży wyłącznie w stronie woluntatywnej, która w wypadku zamiaru ewentualnego charakteryzuje się tym, że sprawca godzi się na realizację znamion strony podmiotowej czynu zabronionego, zaś w wypadku świadomości nieumyślnej sprawca ani nie chce, ani nie godzi się na realizację tych znamion⁴⁶.

⁴⁴ Por. W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, Kraków 1934, s. 102.

⁴⁵ Wyrok SN z 24.9.1992 r. (II KRN 130/92, JP 1992, Nr 7, poz. 1).

⁴⁶ Wyrok SA w Lublinie z 24.9.1992 r. (II KRN 130/92, JP 1992, Nr 7, poz. 1).

Drugi, obok teorii psychologicznych, podstawowy nurt wyodrębnienia zamiaru ewentualnego z pozostałych postaci strony podmiotowej akcentuje modyfikację elementu kognitywnego, występującego przy kontynuowaniu postępowania podjętego przez sprawcę. Koncepcje te można określić mianem teorii ryzyka lub teorii przewidywalności. Istota zdefiniowania omawianej figury prawnokarnej sprowadza się do tego, by udowodnić, że oprócz chcianego przez sprawcę skutku prawdopodobne jest powstanie dodatkowego skutku, co sprawca włączył w proces decyzyjny związany z jego podstawowym zamiarem, a prawdopodobieństwo to jest wysokie, a inaczej mówiąc – na tyle istotne, że ryzyko to racjonalnie działający podmiot powinien był uwzględnić. Uzupełnieniem takiego rozumowania jest stwierdzenie braku uwidocznionego w procesie motywacyjnym przekonania o możliwości uniknięcia tego skutku ubocznego. Gdyby zaś sprawca na tej możliwości oparł decyzję o swoim dalszym postępowaniu, to wkraczałby w sferę nieumyślności⁴⁷. W niektórych ujęciach proponowana jest nawet całkowita rezygnacja z badania elementu wolicjonalnego i zastąpienie postaci zamiaru i świadomej nieumyślności tylko jedną formą winy – działania ze świadomością ryzyka naruszenia dobra⁴⁸. Główne zastrzeżenia względem omówionych powyżej koncepcji dotyczą braku precyzji w wyznaczeniu poziomu granicznego, od którego rozpocząć ma się ten konieczny do wzięcia pod uwagę poziom ryzyka naruszenia dobra prawnego, który powinien doprowadzić osobę niedziałającą w zamiarze do zaprzestania kontynuowania swojego postępowania wiążącego się z kwalifikowanym prawdopodobieństwem wystąpienia skutku ubocznego⁴⁹. Wydaje się jednak, że dzięki tej koncepcji uzyskujemy dość praktyczne narzędzie służące do uchwycenia istoty działania w zamiarze ewentualnym. Mianowicie ustalenie, że w konkretnej sprawie wystąpił określony, z obiektywnego punktu widzenia oceniony jako istotny, poziom prawdopodobieństwa naruszenia dobra prawnego, która to ocena była dostępna dla sprawcy, tworzy domniemanie, że osoba, która nie działa w zamiarze, powinna zmienić kierunek swojego postępowania. Kontynuowanie przez sprawcę zachowania ryzykownego względem dobra chronionego prawem potwierdza to domniemanie i uzasadnia traktowanie tego rodzaju przypadków jako działania umyślnego. Oczywiście chodzi tu o tak wysokie prawdopodobieństwo, wobec którego trudno przyjąć, że sprawca mógł wiarygodnie liczyć, iż ono się nie zaktualizuje. Tym

⁴⁷ W literaturze niemieckojęzycznej takie stanowisko prezentował m.in. R. Maurach i H. Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, Heidelberg 1992; a na pewne wartości dowodowe wskazywali m.in. C. Roxin, *Zur Abgrenzung von bedingten Vorsatz und benusster Fahrlässigkeit*, BGHSt. 7, Juristische Schulung, s. 636; G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1993; w polskiej literaturze zob. np. K. Buchała, *Kodeks karny*, s. 57.

⁴⁸Zob. W. Frisch, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Versatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Cologne 1983.

⁴⁹ H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch, des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 300 i n.

samym oznacza to, że teoria ta musi być otwarta na możliwość dokonywania korekt *a casu ad casum*, stosownie do których – mimo wystąpienia wysokiego prawdopodobieństwa skutku ubocznego – podjęcie danego działania będzie traktowane jako nieumyślne popełnienie czynu zabronionego, ze względu na oczywiście niezrozumiałe rozstrzygnięcia kryminalno-polityczne w razie odmiennej kwalifikacji⁵⁰. Warto przy tym zwrócić uwagę, że w trakcie prac nad Kodeksem karnym proponowano takie brzmienie art. 9 § 1, stosownie do którego przestępstwo miało być popełnione umyślnie, jeżeli sprawca miał zamiar jego popełnienia, to jest „chce go popełnić, albo – przewidując znaczne prawdopodobieństwo jego popełnienia, na to się godzi”. Powodem takiej propozycji, stanowiącej w istocie zawężenie względem wcześniej obowiązującego stanu prawnego zakresu zamiaru ewentualnego, było – jak wskazywali projektodawcy – „zmniejszenie różnicy między potocznym a techniczno-prawnym znaczeniem umyślności”, czyli sprowadzenie pojęcia umyślności do zamiaru bezpośredniego i kwalifikowanego zamiaru ewentualnego. J. Majewski zwraca przy tym uwagę, że przyjęcie tej propozycji dokonałoby zasadniczego przewartościowania w postrzeganiu różnicy między umyślnością i nieumyślnością, bowiem podjęcie przez sprawcę działania, gdy uświadamia on sobie pewne (ale nieznaczne) prawdopodobieństwo wystąpienia skutku i jednocześnie nie przypuszcza, że uniknie urzeczywistnienia tego skutku, będzie zaliczane jako postać nieumyślności⁵¹.

Można wskazać na teorię zewnętrznej manifestacji. Zgodnie z nią ustalenie zajścia zamiaru ewentualnego u sprawcy zależy od tego, czy jego zachowanie wyrażało dostatecznie wyraźnie chęć uniknięcia konsekwencji jego postępowania, których prawdopodobieństwo wystąpienia sprawca przewidział⁵². Inna wersja tej koncepcji, w większym stopniu skoncentrowana na istocie subtelnego przeżycia psychicznego, które koncepcja zamiaru ewentualnego próbuje uchwycić, wymaga wykazania, że sprawca miał świadomość istniejącego ryzyka karalnego naruszenia dobra prawnego oraz że nie podjął on żadnych kroków koniecznych do minimalizacji tego ryzyka. Przesuwa ona ciężar ustalenia zamiaru ewentualnego z uzewnętrznienia chęci uniknięcia skutku przestępnego na elementy kognitywne⁵³. Podstawową wadę tego ujęcia stanowi tymczasem to, że

⁵⁰ Tak C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, s. 60; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, s. 302.

⁵¹ J. Majewski, *Określenie umyślności w projekcie kodeksu karnego na tle obowiązujących przepisów*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1996, z. 1, s. 60.

⁵² Niem. *betätigter Vermeidewille* – A. Kaufmann, *Der Dolus Eventualis*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, Vol. 70, issue 1, s. 73-86; W. Hassemer, *Kennzeichen der Vorsates*, w: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Cologne 1989, s. 290 i n.

⁵³ Por. B. Schuenemann, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, w: *Festschrift für Hirsch*, Berlin 1999, s. 369 i n.

względem wielu sprawców jesteśmy w stanie ustalić taki algorytm postępowania, w którym osoby te dokonują niepełnej prognozy odnośnie do prawdopodobieństwa wystąpienia skutku przestępnego, i to zarówno w zakresie rozmiaru i charakteru skutków, jak i stopnia ryzyka ich wystąpienia. Po drugie, teorie te nie tłumaczą istoty zamiaru ewentualnego, a dostarczają jedynie zestaw narzędzi do ustalenia warunków odpowiedzialności za czyn popełniony w zamiarze ewentualnym, określanym pośrednio przez zestawienie warunku kognitywnego (ewentualnie modyfikowanego dookreśleniem warunków podjęcia ryzyka i form reagowania na przewidywalne prawdopodobieństwo wystąpienia skutku) oraz zewnętrznego, wynikającego ze sposobu zachowania sprawcy, który powinien posiadać wiedzę o zbliżaniu się do naruszenia dobra prawnego.

W świetle powyższych rozważań dotyczących istoty zamiaru wynikowego czas na bardzo konkretną aplikację. Proponuję, by był nią problem ciąży ektopowej. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem celem bezpośrednim i zamierzonym działania lekarzy w przypadku ciąży ektopowej (pozamacicznej) nie jest dziecko, ale organizm matki. W przypadku ciąży ektopowej tkanka jajowodu (przeważnie, jakkolwiek w rzadkich przypadkach lokuje się ona również w innych miejscach układu rozrodczego, np. w jajniku czy też w szyjce macicznej) rozciąga się pod wpływem rozwijającego się embrionu-płodów do takich rozmiarów, że w końcu pęka, stając się źródłem silnego krwotoku grożącego śmiercią kobiety spowodowaną szybkim wykrwawieniem się. Stąd, zgodnie z zasadami etycznymi, lekarze mogą-winni ratować życie matki, usuwając tę stwarzającą zagrożenie dla życia tkankę jej organizmu, czyli konkretnie wycinając tę część jajowodu (czy innej części układu rozrodczego). W efekcie zostaje usunięty również embrion-płód, ale jego zniszczenie jest skutkiem ubocznym, niezamierzonym, niechcianym, działania lekarskiego, a nie celem tej interwencji. Tymczasem w perspektywie odpowiedzialności karnej ten „drugi” skutek możemy sprawcy przypisać zarówno na płaszczyźnie obiektywnej (jako jego dzieło), jak i subiektywnej – bowiem lekarz „godzi się” na dalszy skutek, „chcąc” interweniować w organizm matki. Jeżeli już zapytamy o jego odpowiedzialność, to rozwiązanie tego dylematu zostanie przeniesione na stan wyższej konieczności, czyli sytuację kolizji dóbr i wyłączenie bezprawności lub winy ze względu na – odpowiednio większą lub mniejszą – relację między dobrami, względem których istnieje niebezpieczeństwo uszczerbku.

6. Zgodnie ze wstępną deklaracją moim celem była identyfikacja miejsc synergii argumentacji prawnej i bioetycznej. Na koniec warto dodać tylko dwie uwagi. Po pierwsze, w większości przypadków w rozumowaniu prawniczym wykorzystanie argumentacji bioetycznej jest dość eklektyczne – rzadko autorzy odtwarzają pełną strukturę argumentacji i przyjęte założenia odnośnie do rozstrzygnięć aksjologicznych – oraz niekiedy manipulacyjne. Po drugie, znaczna część tych argumentów zostaje poddana jurydyzacji i przekształca się w samo-

dzielny, prawny argument, ukrywający treść i proveniencję bioetyczną (np. wspomniane prawa reprodukcyjne). Tym samym odrywa się je od konkretnej koncepcji antropologicznej i systemu etycznego a osadza w systemie rozstrzygnięć prawnych, np. indywidualnych instrumentów roszczeniowych (prawo do). Jak widać, relacje między argumentacją bioetyczną i prawną nie są proste i uporządkowane, choć widoczne, i mają istotne znaczenie w praktycznym stosowaniu prawa.

SUMMARY

Ethical argumentation pertaining to the protection of human life and dignity is certainly present in legal reasoning. The latter, seeking credibility, adopts constructions which are intuitively or culturally accepted as capable of justifying answers to arising dilemmas. Law makes use of bioethical argumentation in various ways and rather eclectically. The author presents three basic forms assumed by relations between law and ethics – interpretation of notions, figures of responsibility, reconstruction of protected goods. Detailed grounds of legal decisions are discussed as a background for the ethical issues involved.

Key words

law, ethics, argumentation, responsibility, human life and health