

Kilka uwag o odpowiedzialności karnej za nakłanianie lub udzielenie pomocy w przerwaniu ciąży za zgodą kobiety i o aborcji ze wskazań terapeutycznych.

1. Uwagi wprowadzające

W artykule poddano analizie wybrane zagadnienia związane z przestępstwami stypizowanymi w art. 152 § 2 Kodeksu karnego (KK) polegającymi na nakłanianiu lub udzielaniu pomocy w przerwaniu ciąży za zgodą kobiety z naruszeniem przepisów ustawy. W badanym kontekście szerzej poruszono także kwestię bezprawności i karalności ułatwiania oraz przeprowadzanie aborcji ze wskazań terapeutycznych, tj. z uwagi na stan zagrożenia dla życia lub zdrowia pacjentki¹ oraz karalności osób współ-

¹ Asumpt dla uzupełnienia rozważań i poczynienia kilku uwag nieco poza głównym tematem pracy dal budzący uzasadnione emocje przypadek, który miał miejsce we wrześniu 2021 roku na oddziale ginekologiczno-polożniczym Szpitala Powiatowego w Pszczynie. Doszło tam do śmierci 30-letniej pacjentki w wyniku wstrząsu septycznego, pacjentka była osobą zdrową a wstrząs septyczny pojawił się w toku trwającego kilkadziesiąt godzin procesu obumierania 22-tygodniowego płodu obciążonego poważnymi wadami wrodzonymi i bezwodziem (<https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/8286968,aborcja-legalna-w-sytuacji-zagrozenia-zycia-lub-zdrowia-kobiety.html> ; https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/8304160,szpital-w-pszczynie-kontrola-rpp-izabela.html?fbclid=IwAR33A_auem-VjellJmdLk7maytuhkZHweL-Ho0miiE4kI8PpaM3BPvtJvJQ; <https://www.gov.pl/web/zdrowie/zycie-i-zdrowie-matki-najwazniejsze?fbclid=IwAR2kMvB4JHHeVV9zySk-g4qRMpzROduWIQEOwa9yTHnOMNHYDRCZNjk7GIAQY>– dostęp z dnia 10 XII 2021). Nie bez znaczenia dla decyzji o poszerzeniu pola rozważań jest także przypadek pacjentki Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku, u której dwóch niezależnych lekarzy psychiatrów potwierdziło poważne zagrożenie dla życia i zdrowia związane z zaburzeniami psychicznymi powstałymi w

działających w przerwaniu ciąży za zgodą kobiety ze wskazań embriopatologicznych. Za podstawę rozważań przyjęto perspektywę prawa karnego materialnego, w szczególności zagadnienie praktycznej wykładni przestępstw z art. 152 § 2 KK na płaszczyźnie stosowania prawa. Z uwagi na ramy opracowania na uboczu pozostawiłam zagadnienia kryminologiczne, medyczne, społeczne oraz kontrowersje aksjologiczne. Na marginesie pozostawiłam także zagadnienia odnoszące się do płaszczyzny stanowienia prawa, tj. postulaty *de lege ferenda* oraz wątpliwości odnośnie do uzasadnienia, w perspektywie podstawowych zasad prawa karnego, tak szerokiego zakresu kryminalizacji zachowań stanowiących naruszenie przepisów ustawy o planowaniu rodziny i ochronie płodu ludzkiego, jak ma to miejsce w aktualnym stanie prawnym. Poza zakresem analizy pozostawiono ocenę aktualnie obowiązujących przepisów regulujących dostęp do legalnej aborcji w perspektywie konstytucyjnej.

Jak pokazują statystyki udostępniane przez organy ścigania oraz statystyki dotyczące prawomocnych skazań, a także dane prezentowane przez organizacje społeczne stawiające sobie za zadanie ułatwienie kobietom dostępu do samodzielnego przerwania ciąży w warunkach domowych; legalnego przerwania ciąży na terenie Polski oraz legalnej aborcji poza granicami Polski, są to problemy mające aktualnie istotne znaczenie praktyczne².

wyniku konieczności donoszenia ciąży i urodzenia dziecka obciążonego ciężką wadą letalną (braku kości pokrywy czaszki). Pacjentce odmówiono legalnej aborcji w białostockim szpitalu, legalną aborcję wykonano ostatecznie w innym szpitalu (<https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/rpo-aborcja-odmowa-szpital-bialystok> - dostęp z dnia 10 XII 2021)

² Patrz dane przedstawione np. w: Sprawozdanie 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. poz. 78, z późn. zm.) <https://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=2F92367F>; <https://www.gov.pl/web/premier/sprawozdania-sejm-2020>; https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8276237,wyrok-tk-ws-aborcji-turystyka-aborcyjna.html?fbclid=IwAR2o1-rmaU-NXb0m1sF-LhhIFl6Fuk1bhCnAA9RZSHtx7AcZ-r7lZi-dA_k; https://oko.press/przez-rok-dzialaczki-aborcji-bez-granic-pomogly-34-tys-osob/?fbclid=IwAR3uIvO8rftoeOzZlD_t3utYCJwatLv0P2y-Tj1CpKz8474gDwFBE70VYHA. Szeroką analizę statystyk, prawnych uregulowań dotyczących aborcji oraz kryminalizacji zachowań związanych z nielegalnym przerwaniem ciąży a także uwagi na tle prawnoporównawczym do roku 1990 zaprezentowała

W niniejszym artykule świadomie pominęłam zagadnienie budzące aktualnie poważne rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie, tj. prawnokarną ocenę „układów transgranicznych”, w których: 1) wedle zamiaru podżegacza lub pomocnika, przerwanie ciąży za zgodą kobiety miałyby zostać zrealizowane legalnie - na terenie państwa odmiennie regulującego dostęp do aborcji niż obowiązująca na terenie RP ustawa o planowaniu rodziny i ochronie płodu ludzkiego; 2) sytuacji w której podżegacz lub pomocnik podejmuje zachowania sprawcze w państwie, w którym aborcja będąca przedmiotem nakłaniania lub ułatwiania, byłaby legalna, jednak przerwanie ciąży ma się wedle zamiaru sprawcy dokonać na terytorium polskiej jurysdykcji i niezgodnie z obowiązującymi na terenie RP przepisami regulującymi dostęp do aborcji. To nie tylko doniosłe problemy praktyczne, ale i złożone problemy dogmatyczne, wymagające pogłębionej analizy i argumentacji - zasługujące na uczynienie ich przedmiotem odrębnego opracowania.

Zatem dalsze rozważania koncentrować się będą, z nielicznymi wyjątkami, wokół takich układów sytuacyjnych, w których osoba nakłaniająca lub ułatwiająca przerwanie ciąży podejmuje zachowania sprawcze na terenie polskiej jurysdykcji, co niekoniecznie oznacza, że sprawca musi fizycznie znajdować się na terytorium Polski. Przykładowo w sytuacji w której sprawca przebywający poza terytorium polskiej jurysdykcji, nakłania lub ułatwia za pomocą środków komunikowania się na odległość lub nadawanych spoza terytorium Polski przesylek z zestawami do domowej aborcji farmakologicznej lub przelewów środków przeznaczonych na aborcję³, a do przerywania ciąży miałyby dość wedle zamiaru sprawcy na terytorium Polski.

Asumpt do powstania niebagatelnych wątpliwości wykładniczych, m.in. odnoszących się do kryminalizacji zachowań polegających m.in. na nakłanianiu lub ułatwianiu przerywania ciąży dostarczył wyrok K 1/20 z

w swojej znakomitej E. Zielińska w monografii: *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990.

³ Ustawa 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.).

dnia 22 października 2020 r., uznający za niekonstytucyjną przesłankę dopuszczalności przerwania ciąży z uwagi na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.o.p.). W doktrynie prawa karnego podnosi się pytanie: czy od momentu opublikowania wyroku w dniu 27 stycznia 2021 r. nakłanianie lub ułatwianie przerwania ciąży ze wskazań embriopatologicznych jest czynem „tylko” bezprawnym, czy też także karalnym – realizującym znamiona przestępstwa z art. 152 § 2 lub 3 KK?

Odpowiedź na postawione powyżej pytanie przesądza o odpowiedzi na pytania bardziej szczegółowe typu: Czy popełnia czyn zabroniony lekarz, który przekazuje informację pacjentce będącej w ciąży obarczonej wadą letalną, że gdyby pojawiła się w szpitalu z rozpoznaniem poronieniem „w toku”, to może liczyć na adekwatną pomoc medyczną, zaś dochodzenie przyczyny poronienia bez zgody pacjentki leży poza zakresem faktycznych możliwości i nie należy do ich prawnych obowiązków personelu medycznego? Czy odpowiada karnie lekarz, który przekaze pacjentce numer telefonu do godnego polecenia lekarza specjalisty zatrudnionego w zagranicznej klinice przeprowadzającej legalne aborcje ze wskazań embriopatologicznych albo poleci pacjentce konkretny ośrodek zagraniczny? Czy odpowiada karnie partner nakłaniający kobietę do terminacji ciąży z uwagi na wadę letalną płodu lub wspierający kobietę finansowo, psychicznie, organizacyjnie w dokonaniu legalnej aborcji ze wskazań embriopatologicznych poza granicami Polski?

W artykule wyjaśniam, w jakich sytuacjach ułatwianie lub nakłanianie do aborcji nie stanowi czynu zabronionego. Czy lekarz wystawiający zaświadczenie potwierdzające, że kontynuacja ciąży zagraża zdrowiu kobiety wraz z wnioskiem, że spełnione są przesłanki legalnej terminacji ciąży ze wskazań terapeutycznych (art. 4 pkt 1 u.p.r.o.p. „ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej”) może odpowiadać karnie za pomocnictwo innej niż kobieta osobie w przeprowadzeniu nielegalnej aborcji za zgodą kobiety (art. 18 § 3 w zw. z 152 § 1 KK) lub udzielenie kobiecie pomocy w nielegalnej aborcji (art. 152 § 2 KK)? Czy popełnia przestępstwo lekarz, który przeprowadza aborcję ze

wskazań terapeutycznych jeżeli diagnoza potwierdzająca stan zagrożenia dla pacjentki w związku z kontynuacją ciąży jest następnie kwestionowana przez innego specjalistę, urzędnika, przedstawiciela organizacji społecznej? Czy odpowiada karnie przedstawiciel organizacji społecznej wspierający kobietę w uzyskaniu dostępu do legalnej aborcji w Polsce w sytuacji, w której odmówiono kobiecie przeprowadzenia legalnej aborcji w innym ośrodku do którego się zgłosiła? Czy odpowiadają karnie przedstawiciele organizacji społecznych udzielający rad i informacji kobietom uciekającym do Polski przed działaniami wojennymi, na temat dostępu do legalnej aborcji w Polsce, w tym realnych możliwości wykonania legalnej aborcji ze wskazań kryminalnych (np. z uwagi na gwałt wojenny, którego ofiarą padła uchodźczyni) oraz informacje odnośnie możliwości uzyskania realnej, a nie teoretycznej pomocy w tym zakresie?

Są to zagadnienia mające niebagatelne znaczenie praktyczne. Dokładne liczby farmakologicznych „aborcji domowych” wykonywanych w Polsce nie są znane. Dość wskazać, że organizacje zajmujące się bezpłatnym wysyłaniem do Polski środków do samodzielnej aborcji medycznej oraz służeniem radą i informacją w zakresie korzystania z dostarczonego w przesyłce zestawu wskazują, że rocznie „odpowiadają” na „ponad 80 000” wiadomości z Polski⁴. Nie wiadomo jak wiele kobiet rocznie, bez pomocy ze strony organizacji społecznych, uzyskuje dostęp do aborcji domowej. Nie są znane dane na temat liczby kobiet, które rocznie bez pomocy organizacji społecznych finansują i organizują wyjazdy zagraniczne, celem dokonania legalnej aborcji poza terytorium RP. Nie wiadomo, jak wiele aborcji chirurgicznych oraz celowych indukcji poronień, kończonych nie w domu a w szpitalu - jako poronienie o niewyjaśnionej etiologii, ma miejsce „w polskim podziemiu aborcyjnym”.

Polską specyfiką jest także okoliczność, że ten sam przypadek w jednym ośrodku medycznym nie budzi wątpliwości odnośnie do zaistnienia prawnych przesłanek przeprowadzenia legalnej aborcji, zaś w innym

⁴ <https://womenhelp.org/>; https://oko.press/przez-rok-dzialaczki-aborcji-bez-granic-pomogly-34-tys-osob/?fbclid=IwAR3uIvO8rftoeOzZlD_t3utYCJwatLv0P2y-Tj1CpKz8474gDwFBE70VY-HA

ośrodkiem medycznym wykładnia obowiązującego prawa oraz klasyfikacja danego przypadku jest odmienna. Dostępne dane wskazują, że na terenie Polski od wielu lat istnieją nie tylko szpitale, ale wręcz „województwa wolne od aborcji”. Jak się wydaje, wiele placówek w trosce o bezpieczeństwo personelu medycznego nieformalnie stosuje procedurę push backu pacjentek u których zachodzą przesłanki legalnej terminacji ciąży, do placówek, których kierownictwo nastawione jest nieco mniej asekurancko⁵. W konsekwencji, pacjentki chcące uzyskać dostęp do legalnej procedury medycznej, niejednokrotnie szukają pomocy u przedstawicieli organizacji społecznych, którzy wspierają je w odnalezieniu ośrodka medycznego skłonnego do przeprowadzenia legalnej terminacji ciąży lub pomagają kobiecie w uzyskaniu finansowego wsparcia w wykonaniu aborcji, nie tylko ze wskazań społecznych ale także ze wskazań terapeutycznych, embriopatologicznych oraz kryminalnych, poza granicami RP. Czy można te zachowania określić mianem karalnego pomocnictwa do aborcji i to niejednokrotnie odbywającego się w warunkach zorganizowanej w tym celu grupy? Można przypuszczać, że po 24 lutego 2022 r. te same organizacje przejęły „opiekę” nad kobietami – uchodźczyniami, chcącymi przerwać ciążę powstałą w wyniku czynu zabronionego mającego miejsce na terytorium Ukrainy. Czy pojawienie się na terytorium Polski milionów uchodźców wojennych, przede wszystkim kobiet i dzieci, osób szczególnie narażonych na wiktymizację, w tym metodycznie popełniane przez

⁵ Patrz np. wnioski Rzecznika Praw Obywatelskich odnośnie wywiązywanie się przez państwo z obowiązku zapewnienia realnego dostępu pacjentek do legalnych zabiegów przerywania ciąży zawarte w piśmie adresowanym do Ministra Zdrowia z dnia 2.VI.2020 <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/WG%20do%20Ministerstwa%20Zdrowia%20ws%20dost%C4%99pu%20do%20legalnej%20aborcji.pdf>. Patrz np. Uwagi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie wykonania wyroków ETPC w sprawach: P i S przeciwko Polsce (skarga nr 57375/08), R.R. przeciwko Polsce (skarga nr 2761/04), Tysiąc przeciwko Polsce (skarga nr 5410/03) https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-i-S-v.-Poland-komunikacja-lipiec-2018_POL.pdf. Patrz wątpliwości RPO co do poszanowania praw pacjentki w Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym w Białymstoku <https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/rpo-aborcja-odmowa-szpital-bialystok> [dostęp z 10.XII.2021]. Na stronach internetowych Federacji na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny można znaleźć opisy licznych przypadków, gdy przedstawiciele tej organizacji „znajdują szpital” pacjentce chcącej dokonać legalnej aborcji terapeutycznej (a wcześniej także embriopatologicznej) na terenie RP i która nie może uzyskać pomocy w placówce obsługującej region jej zamieszkania (<https://federa.org.pl/>)

żołnierzy agresora przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, znajdzie odbicie w statystykach legalnych aborcji za rok 2022? Jak do tej pory oficjalne statystyki rokrocznie potwierdzały, że w niemal 40 milionowym państwie praktycznie nie występują przypadki, w których kobieta chciałaby przerwać ciążę będącą wynikiem czynu zabronionego. Nieujawianie tego rodzaju przypadków w oficjalnych statystykach może świadczyć, że pomoc świadczona uchodźczyniom przejawia się w ułatwianiu aborcji poza granicami Polski lub w ułatwianiu dostępu do środków pozwalających kobiecie przerwać ciążę samodzielnie.

Nie ulega wątpliwości, że orzeczenie K 1/20 prawdopodobnie zwiększa tylko skalę zarysowanych powyżej zjawisk, albowiem w okresie obowiązywania tzw. kompromisu aborcyjnego, tj. od grudnia 1997 r. do stycznia 2021 r., znacząca większość legalnych zabiegów terminacji ciąży przeprowadzanych na terenie Polski była wykonywana w oparciu o przesłankę embriopatologiczną⁶. Dane za rok 2021 prawdopodobnie wykażą znacznie mniejszą liczbę legalnych aborcji w porównaniu do lat poprzednich oraz że znakomita większość legalnych aborcji, która uprzednio byłaby wykonana w oparciu o przesłankę embriopatologiczną, jest aktualnie przeprowadzona w oparciu o przesłankę terapeutyczną (art. 4 pkt 1 u.p.r.o.p. „ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej”). Jak się wydaje, kształtująca się od stycznia 2022 roku praktyka pokazuje, że przesłanka terapeutyczna jest jeszcze różnorodniej interpretowana w poszczególnych ośrodkach medycznych⁷, niż dominująca do

⁶ Przykładowo Rząd Belgii przekazał pieniądze ze środków publicznych Ministerstwa Zdrowia oraz Instytutu ds. Równego Traktowania Kobiet i Mężczyzn, z przeznaczeniem na finansowanie aborcji na terenie i na zasadach obowiązujących w Belgii lub innych krajach europejskich obywatelkom polskim, które pozbawiono dostępu do legalnej aborcji w Polsce. Podobnie Holenderska Izba Reprezentantów (Tweede Kamer) przyjęła w dniu 24 listopada 2021 uchwałę, która pozwoli rządowi na wykorzystanie środków z Funduszu Praw Człowieka na lata 2022-2027 na sfinansowanie aborcji Europejek, w tym Polek (<https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/swiat/artykuly/8258452,belgijski-rzad-gotow-placic-za-aborcje-polek.html>; <https://www.radiomaryja.pl/informacje/belgijski-rzad-zaplaci-za-tzw-aborcje-polek/>; https://www.gazeta.pl/0,0.html?mtpromo=enc02qhrmpup536udraocblescrjdxsifjfi-croec2jemjmm24gsjmudrqmcblet2mgrbnqt3ig2ri&utm_campaign=amtpc_FB_Gazeta

⁷ Patrz np. uwagi RPO odnośnie oficjalnego stanowiska Dyrektora Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku (<https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/>

czasu publikacji orzeczenia K 1/20, przesłanka „dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu”⁸.

2. Ogólna charakterystyka pomocnictwa i podżegania do przerwania ciąży za zgodą kobiety

W art. 152 § 2 KK typizowane są czyny polegające na udzielaniu kobiecie ciężarnej pomocy w przerywaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy oraz na nakłanianiu kobiety ciężarnej do przerywania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy. Przystępstwa stypizowane w art. 152 § 2 KK mają w zgodnej i utrwalonej opinii orzecznictwa i doktryny charakter pomocnictwa lub podżegania *sui generis* i jednocześnie „w pełni odpowiadają pomocnictwu i podżeganiu w rozumieniu art. 18 § 2 i 3 KK”⁹. Ta konstatacja przesądza, iż dokonując wykładni znamion przestępstw stypizowanych w art. 152 § 2 KK można czerpać z bogatego dorobku doktryny i judykatury opracowanego na tym gruncie ogólnych zasad przypisywania odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo. Wprowadzenie do części szczególnej Kodeksu karnego typu zawierającego znamiona podżegania i pomocnictwa *sui generis* wynika z rezygnacji przez ustawodawcę z kryminalizacji nielegalnego przerywania własnej ciąży przez kobietę, co wyklucza pociągnięcie do odpowiedzialności

rpo-aborcja-odmowa-szpital-bialystok) oraz wytyczne opublikowane przez Ministerstwo Zdrowia w reakcji na śmierć pacjentki Szpitala Powiatowego w Pszczynie (<https://www.gov.pl/web/zdrowie/zycie-i-zdrowie-matki-najwazniejsze?fbclid=IwAR2kMvB4JHeVV9zySkg4qRMpzROduWIQEOwa9y-THnOMNHYDRCZNjk7GIAQY>) – dostęp w dniu 10 XII 2021.

⁸ <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8166757,legalne-aborcje-w-polsce-statystyki.html>

⁹ Patrz np. Wyrok SA w Gdańsku z 9.02.2017 r., II AKa 294/16, LEX nr 2341089; wyrok SN z 20.11.2014 r., IV KK 257/14, LEX nr 1941900; wyrok SA w Katowicach z 30.09.2008 r., II AKa 231/08, LEX nr 477588; wyrok SA w Warszawie z 16.03.2015 r., II AKa 33/15, LEX nr 1680078; wyrok SA w Warszawie z 21.12. 2015 r., II AKa 401/15, LEX nr 2004473; M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2013, t. 1, s. 246-247.

podżegaczy i pomocników na zasadach ogólnych. Z podobnego zabiegu legislacyjnego ustawodawca skorzystał kryminalizując w art. 151 KK namowę oraz ułatwianie targnięcia się przez samobójcę na własne życie, gdyż de lege lata ustawodawca pozostawił poza zakresem kryminalizacji zachowanie niedoszłego samobójcy.

Nieakcesoryjny charakter form niesprawczych przestępnego współdziałania powoduje, że podżeganie i pomocnictwo stanowią odrębne typy czynu zabronionego w zestawieniu z typami czynów zabronionych, które są przedmiotem podżegania lub pomocnictwa (tj. do typu, do którego podżegacz nakłania albo do typu, który pomocnik ułatwia popełnić)¹⁰. Teza ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Oznacza to, że osoba, na którą nakierowane było działanie sprawcy, nie musi podjąć jakichkolwiek działań w kierunku nielegalnego przerwania ciąży, a nawet „poczuć się nakloniona”.

Warto nadmienić, że z uwagi na niekwestionowaną w doktrynie i orzecznictwie możliwość „krzyżowania się” podżegania i pomocnictwa z formami stadialnymi (usiłowaniem) istnieje możliwość przypisania odpowiedzialności karnej za usiłowanie, w tym nieudolne nakłanianie lub ułatwianie przerwania ciąży w sytuacji, w której faktycznie nie istnieje nawet ciąża, która miałaby zostać nielegalnie przerwana. Przykładowo partner, który nakłania partnerkę do nielegalnej aborcji, może ponieść odpowiedzialność karną za usiłowanie nieudolne nakłaniania do przerwania ciąży, jeżeli kobieta którą nakłania, nie jest w ciąży albo ciąża obumarła samoistnie (poronienie zatrzymane) – o czym sprawca nie wiedział w momencie

¹⁰ Celem zobrazowania można przywołać przykład z orzecznictwa (wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2006 r. V KK 316/2005) w którym skazano za podżeganie do zabójstwa osobę, której zaoferowano zabicie „niewygodnego współnika” w zamian za gratyfikację finansową. Jednak po uzyskaniu zapłaty w wysokości 10 tysięcy dolarów osoby, które przyjęły zlecenie zabójstwa, okazały się nieuczciwe i zawiadomiły organy ścigania (jak wynika z uzasadnienia wyroku, z uwagi na zbyt intensywne domaganie się zwrotu należności przez rozczarowanego niewykonaniem usługi podżegacza. Jak ustalono, osoby którym podżegacz zlecił płatne zabójstwo, od początku nie miały zamiaru zabić człowieka ale zamierzały poprzestać na wyludzeniu pieniędzy.

podejmowania czynności nakłaniania lub ułatwiania (art. 13 § 2 w zw. z 152 § 1 KK)¹¹.

Nie ma teoretycznych przeszkód, aby konstrukcję łańcuszkowego podżegania oraz pomocnictwa zastosować do zachowań związanych z nakłanianiem lub ułatwianiem aborcji wbrew przepisom ustawy. W przedmiotowych stanach faktycznych oznaczałoby to, że sprawca który nie nakierowuje czynności nakłaniania lub ułatwiania przerwania ciąży bezpośrednio na kobietę ciężarną, ale na inną osobę, która miałaby taką czynność podjąć wobec kobiety, także realizuje znamiona przestępstwa¹².

Tak szeroki zakres kryminalizacji budzi niepokój w perspektywie subsydiarnej roli prawa karnego w państwie prawa. De lege lata można jedynie zauważyć, że łańcuszkowy charakter podżegania oraz pomocnictwa – z każdym ludzkim „ogniwem” oddalający sprawcę od realnego ataku na dobro prawnie chronione (tj. „życie dziecka poczętego”), powinien znaleźć odzwierciedlenie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu – w kierunku jego redukcji aż do stopnia, który jest znikomy (art. 1 § 2 KK) i wyklucza przestępczość czynu zabronionego. Podobny wniosek wypada postawić w przypadku usiłowania nieudolnego nakłonienia lub ułatwienia nielegalnej aborcji. Wszak art. 115 § 2 KK *expressis verbis* stanowi, iż „przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę

¹¹ Aprobująco na temat przyjęcia konstrukcji usiłowania nieudolnego w odniesieniu do nielegalnego przerwania ciąży w sytuacji, w której płód była martwy (o czym sprawca nie wiedział) wypowiedział się już w 1934 SN (Wyrok SN z 29.10.1934 r., III K 1052/34, OSN 5/1935, poz. 195.)

¹² Przykładowo: partner ciężarnej kobiety nakłania jej przyjaciółkę aby ta z kolei nakłoniła kobietę do przerwania ciąży; 18 -letni chłopak nakłania swoich rodziców, aby sfinansowali przerwanie ciąży partnerki; matka nastoletniej ciężarnej dziewczyny nakłania znajomego lekarza aby udzielił córce informacji i środków farmakologicznych, dzięki którym będzie mogła samodzielnie wywołać poronienie albo wydał fałszywe zaświadczenie, że zachodzi przesłanka pozwalająca na legalne przerwanie ciąży (np. zagrożenie dla życia kobiety); lekarz ginekolog nakłania inną osobę aby ta pośredniczyła w dostarczeniu kobiecie pigulek wczesnoporonnych, które ta uprzednio u niego „zamówiła”; ojciec młodej dziewczyny nakłania znajomego prokuratora aby ten wystawił fałszywe zaświadczenie o pochodzeniu ciąży z czynu zabronionego.

naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia.”.

Na koniec uwag wprowadzających wypada zaznaczyć, że nawet świadome udzielenie kobiecie wsparcia po przeprowadzeniu nielegalnej aborcji nie nosi znamion karalnego pomocnictwa. Na gruncie zasad ogólnych przyjmuje się, że karalne ułatwienie popełnienia czynu zabronionego musi mieć miejsce przed jego realizacją albo najpóźniej w jej trakcie. Oznacza to, że udzielenie pomocy po dokonaniu aborcji (np. udzielenie pomocy medycznej, wsparcia psychicznego, wsparcia finansowego, opieki nad dziećmi w okresie rekonwalescencji) nie stanowi nielegalnego ułatwiania aborcji.

Pomoc w zacieraniu dowodów nielegalnej aborcji nie nosi znamion poplecznictwa z art. 239 KK¹³, gdyż kobieta nie jest „sprawcą przestępstwa” w rozumieniu tego przepisu. Natomiast wykładnia rozszerzająca tego pojęcia (w kierunku uznania kobiety przerywającej własną ciążę za „sprawcę przestępstwa w rozumieniu art. 239 KK) byłaby wykładnią na niekorzyść sprawcy – niedopuszczalną w prawie karnym.

Warto dodać, że w przypadku braku możliwości wykazania, że tabletki poronne nie były przeznaczone dla kobiety która je zamówiła, opłaciła lub odebrała przesyłkę, wszelkie wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego. Przykładowo w razie braku możliwości podważenia tezy, że adresatka przesyłki z pigułkami wczesnoporonnymi będąca zarazem matką (współlokatorką, przyjaciółką) kobiety, co do której potwierdzono fakt bycia w ciąży (przerwania ciąży), jest jednocześnie kobietą, która miała zamiar z tych środków skorzystać, adresatkę przesyłki

¹³ Art. 239. § 1. Kto utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności kto sprawcę ukrywa, zaciera ślady przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego albo odbywa za skazanego karę, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Nie podlega karze sprawca, który ukrywa osobę najbliższą. § 3. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli sprawca udzielił pomocy osobie najbliższej albo działał z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu.

należy uwolnić od odpowiedzialności za przestępstwo z art. 152 § 2 KK. Nie jest przecież wykluczone, że osoba zapobiegliwa chce posiadać w domu zestaw do aborcji farmakologicznej na wypadek zajścia w ciążę.

Nie stanowi karalnego pomocnictwa ani innego czynu zabronionego niezawiadomienie organów ścigania o podejrzeniu nielegalnej aborcji. Przestępstwa aborcyjne nie są wymienione w katalogu przestępstw objętych prawnym obowiązkiem denuncjacji wymienionych w art. 240 KK. Natomiast jeżeli informacja o nielegalnej aborcji została uzyskana przez lekarza lub pielęgniarkę w okolicznościach uzasadniających objęcie tych informacji tajemnicą lekarską, to ujawnienie tego rodzaju informacji – poza wyjątkami wskazanymi *expressis verbis* w ustawie o zawodzie lekarza¹⁴ oraz zawodach pielęgniarki i położnej¹⁵, jest możliwe tylko po zwolnieniu przedstawiciela zawodu medycznego z obowiązku ochrony tajemnicy w trybie przewidzianym w ustawie. Należy jednoznacznie podkreślić, że samowolne zwolnienie się z tajemnicy lekarskiej lub pielęgniarskiej celem zadenuncjowania organom ścigania pacjentki po zabiegu nielegalnej aborcji może rodzić odpowiedzialność za przestępstwo skierowanie przeciwko obowiązkowi ochrony tajemnicy zawodowej ciężącego na przedstawicielach m.in. zawodów medycznych (art. 266 § 1 k.k.)¹⁶

3. Legalne nakłanianie i ułatwianie legalnej aborcji. Umyślność - warunek konieczny przypisania odpowiedzialności za przestępstwo z art. 152 par. 2 KK.

Nakłanianie lub ułatwianie aborcji „zgodnej z przepisami ustawy” jest zachowaniem legalnym. Czynem zabronionym jest umyślne (art. 8,

¹⁴ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 790 z późn. zm.).

¹⁵ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 479 z późn. zm.).

¹⁶ Szerzej E. Plebanek, Zachowanie a ujawnianie tajemnicy lekarskiej i pielęgniarskiej - kolizja obowiązków oraz próba jej rozwiązania, „Palestra” 6/2020, s. 137-160.

art. 9 § 1 KK) nakłanianie lub ułatwianie aborcji „niezgodnej z przepisami ustawy”. Nie stanowi przestępstwa nieumyślne: przerwanie ciąży, nakłanianie do przerwania ciąży, ułatwianie przerwania ciąży - niezgodnie z przepisami ustawy. Wykładnia rozszerzająca, w kierunku kryminalizacji wszelkich zachowań nakierowanych na nakłonienie lub ułatwienie kobiecie przerwania ciąży, w tym na legalne przerwanie ciąży, jest niedopuszczalna z uwagi na podstawowe zasady gwarancyjne prawa karnego. Podobnie jak wykładnia, która mogłaby objąć kryminalizacją nieumyślne (art. 9 § 2 KK) ataki na życie lub zdrowie płodu. Ustawą, do której odsyłają znamiona przestępstw stypizowanych w art. 152 KK, jest ustawa o planowaniu rodziny¹⁷. Nie stanowi czynu zabronionego udzielanie pacjentce rzetelnych informacji na temat: stanu zdrowia płodu, możliwości wykonania legalnej aborcji w Polsce; możliwości dostępnych po opuszczeniu granic RP; prowadzenie polskojęzycznych stron internetowych zawierających szczegółowe informacje na temat legalnej aborcji dostępnej poza granicami RP oraz możliwości uzyskania wsparcia finansowego od organizacji społecznej lub ze środków publicznych państwa przeprowadzenia legalnej aborcji..

Informowanie pacjentki o stanie zdrowia płodu, o algorytmach postępowania medycznego zalecanych w tego rodzaju sytuacjach we współczesnej światowej medycynie, o stanie prawnym obowiązującym w Polsce i w krajach ościennych oraz o praktycznym funkcjonowaniu konkretnych zagranicznych ośrodków medycznych wykonujących legalne aborcje, nie może stanowić nawet czynu bezprawnego, gdyż w istocie stanowi realizację obowiązku informacyjnego ciążyącego na lekarzu wobec pacjentki. Nie stanowi też czynu zabronionego udzielenie kobiecie ciężarnej pomocy w znalezieniu placówki medycznej skłonnej wykonać legalną aborcję w sytuacji, w której wykonania terminacji ciąży odmówiono w innym ośrodku.

Truizmem jest stwierdzenie, że znamiona strony podmiotowej (w analizowanym przypadku chodzi o zamiar sprawcy), tak jak i znamiona strony przedmiotowej muszą zostać udowodnione w procesie dowodzenia, nie

¹⁷ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17/1993 ze zm.)

mogą być domniemywane na niekorzyść sprawcy, a wszelkie wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść oskarżonego. Dowiedzenie okoliczności świadczących o realizacji przez sprawcę znamion przedmiotowych i podmiotowych typu, a mówiąc innymi słowy - pozytywne wykazanie realizacji znamion typu w procesie dowodowym – określane jako „ciężar dowodu” zawsze spoczywa na oskarżycielu, podobnie jak kwestionowanie okoliczności świadczących o zachodzeniu okoliczności wyłączających przestępność¹⁸. Zamiar, choć istnieje tylko w świadomości sprawcy, jest faktem psychologicznym, podlega identycznemu dowodzeniu, jak okoliczności ze sfery przedmiotowej, z zastosowaniem odpowiednich zasad dowodzenia bądź wnioskowania¹⁹.

Strona podmiotowa jako element definiujący nastawienie psychiczne sprawcy do czynu nie powinna być utożsamiana z winą, rozumianą jako możliwość postawienia sprawcy zarzutu, że zachował się sprzecznie z normą sankcjonowaną. Brak winy przesądza brak przestępności czynu zabronionego (art. 1 § 3 KK), a stopień winy miarkuje dolegliwość kary (art. 53 § 1 KK). W przypadku nakłaniania lub ułatwiania nielegalnej aborcji ze wskazań embriopatologicznych, ale także z uwagi na ciężką sytuację osobistą kobiety lub kryminalne pochodzenie ciąży mogą pojawić się okoliczności umniejszające stopień winy z uwagi na anormalną sytuację motywacyjną, w której znalazł się podżegacz lub pomocnik. Ocena stopnia winy sprawcy pomocnictwa do aborcji powinna uwzględniać: presję na psychikę pomocnika ze strony kobiety ciężarnej, wpływ pojawienia się dziecka na sytuację życiową pomocnika, charakter relacji jaka łączy pomocnika z kobietą zwracającą się o pomoc w przerwaniu ciąży, okoliczności które motywują kobietę do przerywania ciąży. Przykładowo ma to miejsce w sytuacji, w której otoczenie kobiety-uchodźczyni, kierując się współczuciem dla ofiary gwałtu wojennego i chcąc ją chronić przed wtórną wiktymizacją, odradza jej ubieganie się o dostęp do legalnej aborcji ze wskazań kryminalnych, na rzecz nakłaniania kobiety do

¹⁸ P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, WKP 2018, s. 213-340.

¹⁹ Postanowienie SN z 2.12.2006 r., II KK 92/06, OSNwSK 2006/2576.

przeprowadzenia nielegalnego przerwania ciąży w warunkach domowych. W anormalnej sytuacji motywacyjnej umniejszającej stopień winy mogą znaleźć się także rodzice młodej dziewczyny, która nie posiada dostatecznych dla utrzymania dziecka zasobów finansowych ani możliwości faktycznych, zaś wizja przedwczesnego macierzyństwa zamiast realizacji planów życiowych przyprawia ją o załamanie psychiczne. Podobnie mąż kobiety, która dowiaduje się, że ich kolejne dziecko będzie obciążone ciężką i nieuleczalną chorobą, co znacząco zaważy nie tylko na dalszym życiu potencjalnego dziecka, ale także na wszelkich aspektach życia kobiety, ojca, innych małoletnich dzieci pary.

Motywacja sprawcy (np. szczerze współczucie dla położenia kobiety chcącej przerwać ciążę) ma także znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego (art. 115 par. 2 KK).

4. Usunięcie martwej ciąży jako zwykły zabieg leczniczy.

Zabiegi lecznicze podejmowane względem pacjentki w razie stwierdzenia obumarłej ciąży nie są kwalifikowane jako zabiegi przerwania ciąży i nie stosuje się wobec nich rygorów ustawy o planowaniu rodziny. Warunkiem jest potwierdzenie śmierci „dziecka poczętego”, przy czym w odniesieniu do ciąży zbyt wczesnej na odnotowanie akcji serca zarodka tym potwierdzeniem będą np. wyniki badań stężeń hormonów wskazujące, że rozwój ciąży nie postępuje. Usunięcie tego rodzaju ciąży, a w zasadzie jej pozostałości, nie jest „przerwaniem”²⁰ procesu ciąży, rozumianej jako proces zachodzący w organizmie kobiety. Zachowanie polegające na ewakuacji martwego zarodka (płodu) z organizmu kobiety nie godzi w dobra prawnie chronione przez art. 152 KK (nieprzerwany rozwój ciąży, życie dziecka poczętego). Osoba usuwająca ciążę martwą nie realizuje znamion

²⁰ Słownik języka polskiego definiuje czasownik przechodni „przerwać” w następujący sposób: „przestać, coś robić zanim dana czynność została ukończona”, „przeszkodzić w czymś, nie pozwolić skończyć, wstrzymać działanie czegoś” (Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 1979, tom II, s. 1001).

typu czynu zabronionego opisanego w art. 152 KK²¹. Nie stanowi czynu bezprawnego usunięcie z organizmu kobiety pozostałości po obumarłej ciąży (łyżeczkowanie jamy macicy). Nie stanowi czynu bezprawnego udzielenie kobiecie środków farmakologicznych mających wywołać proces wydalenia z macicy pozostałości po martwej ciąży. Warunkiem legalności wymienionych zachowań jest to, aby osoba udzielająca kobiecie pomocy działała zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy medycznej i ze świadomością, że ciąża obumarła²². Przykładowo nie popełni przestępstwa lekarz ginekolog, który diagnozując w prywatnym gabinecie martwą ciążę przekazuje kobiecie środki farmakologiczne mające ułatwić wydalenie z organizmu martwej ciąży tudzież dokona zabiegu mechanicznego oczyszczenia jamy macicy z tego rodzaju pozostałości²³. Natomiast błędne zakwalifikowanie przez lekarza ciąży jako martwej i przystąpienie do jej usunięcia nie może prowadzić do przypisania medykowi odpowiedzialności karnej za przestępstwo nielegalnego przerwania ciąży (art. 152 par. 1 KK). Jest to bowiem przestępstwo umyślne, a brak świadomości po stronie lekarza, że usuwana ciąża jest wciąż żywa, dekompletuje znamiona strony podmiotowej. Czyn taki pozostaje czynem bezprawnym, nie stanowi jednak przestępstwa o ile nie dochodzi jednocześnie do uszczerbku na zdrowiu kobiety w wyniku podjęcia błędnych działań medycznych. Z tych samych względów, brak świadomości lekarza, że kobieta jest w żywej ciąży w czasie podjęcia działań medycznych, które doprowadzają do poronienia, wyłącza odpowiedzialność karną za przestępstwa skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu „dziecka poczętego”, stypizowane w art. 152 oraz 157a KK.

Bezkarnym pozostanie błąd diagnostyczny po stronie sprawcy prowadzący do zakończenia żywej ciąży (przykładowo jeżeli lekarz przed przystąpieniem do zabiegu oczyszczania macicy z resztek po poronieniu

²¹ Wyrok SA w Katowicach z 16.10.2008 r. II AKa 255/08, LEX nr 477889. Szerzej E. Plebanek, *Przestępstwa aborcyjne - praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, „PiMP” 2/2011, s. 33-55.

²² Patrz Wyrok SA w Katowicach z 16.10.2008 r., II AKa 255/08, LEX nr 477889.

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 października 2008 r. II AKa 255/08

mylnie sądzi, iż ciąża jest martwa podczas gdy jest żywa bądź gdy lekarz przeprowadzający aborcję mylnie sądzi, iż spełnione są przesłanki legalnej aborcji terapeutycznej). Brak świadomości lekarza, który przeprowadza aborcję, że przesłanka stanowiąca podstawę do legalnego przerwania ciąży została stwierdzona przez innego specjalistę w sposób nieprawidłowy, wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności karnej za nielegalne przerwanie ciąży.

Powyższe tezy wynikają z faktu, że przestępstwa mające za przedmiot ochrony życie lub zdrowie płodu („dziecka poczętego”) są to przestępstwa umyślne (art. 157a KK oraz 152, 153 KK) – wymagające wykazania zamiaru zaatakowania życia lub zdrowia „dziecka poczętego”. Innymi słowy: nieumyślny atak na życie lub zdrowie „dziecka poczętego” np. na skutek błędu w leczeniu tudzież w wyniku niedostatecznie krytycznego podejścia do opinii specjalisty z innej dziedziny medycyny, pozostaje prawnokarnie irrelevany²⁴.

5. Zaniechanie aborcji ze wskazań terapeutycznych jako błąd w leczeniu

Jeżeli zarodek lub płód daje jednoznaczne objawy życia, konieczne jest zastosowanie rygorów ustawy o planowaniu rodziny. W praktyce oznacza to, że lekarze kierując się niekiedy względami innymi niż medyczne, unikają interwencji przyspieszających naturalny proces poronienia, pomimo pewności, że poronieniu nie da się zapobiec, dziecko nie ma zdolności do przetrwania poza organizmem kobiety i umrze w toku poronienia lub bezpośrednio po opuszczeniu organizmu matki. W takiej sytuacji należy zdecydowanie podkreślić, że jeżeli naturalny tok poronienia lub obumierania płodu, zaczyna zagrażać zdrowiu kobiety (np. pojawiają się

²⁴ Szeroka analiza prawnokarnej ochrony istoty ludzkiej przed momentem porodu w kontekście błędów w leczeniu: E. Plebanek, *Ochrona płodu ludzkiego w perspektywie odpowiedzialności za niewłaściwe leczenie [w:] System Prawa Medycznego, tom III*, red. nauk T. Dukiet Nagórska, A. Liszewska, (Wolters Kluwer), Warszawa 2021, s. 667-689.

pierwsze objawy stanu zapalnego), aktualizuje się po stronie personelu medycznego obowiązek udzielenia pacjentce adekwatnej do zagrożenia dla jej zdrowia pomocy medycznej, a jeżeli jest to potrzebne - także przez uzasadnioną medycznie, a więc legalną aborcję terapeutyczną lub farmakologiczne przyspieszenie procesu poronienia – o ile tylko są to metody optymalne z perspektywy skutecznej neutralizacji narastającego niebezpieczeństwa dla zdrowia pacjentki²⁵.

Zaniechanie wdrożenia adekwatnych do zagrożenia dla zdrowia pacjentki procedur medycznych, w tym dopuszczenie do samoistnego dynamizowania się stanu niebezpieczeństwa dla zdrowia kobiety w wyniku niedostatecznie kontrolowanego medycznie lub przedłużającego się procesu poronienia lub obumierania płodu, może stanowić podstawę do przypisania odpowiedzialności karnej osobom, na których ciążył prawny szczególnie obowiązek opieki medycznej nad pacjentką - za przestępstwo skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu kobiety (art. 160 KK, 155, 156 § 2 KK, 157 § 2 KK – w zależności od skutku). Przykładowo: dla przyjęcia kwalifikacji prawnej z art. 160 § 2 KK wystarczające jest, aby osoby odpowiadające za opiekę medyczną nad pacjentką wbrew zasadom dyktowanym współczesną wiedzą medyczną dopuścili do stanu, w którym przedłużający się naturalny tok poronienia lub obumierania ciąży zagroził pacjentce w sposób bezpośredni ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu w postaci chociażby choroby realnie zagrażającej życiu, choroby psychicznej, czy utraty zdolności płodzenia²⁶. Jak bowiem trafnie zauważa Sąd

²⁵ Szerzej E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*, „CzPKiNP” 4/2016, s. 7-34.

²⁶ Patrz też np. T. Sroka „skutek w przypadku czynu zabronionego z art. 160 k.k. polega na zaistnieniu w stanie faktycznym określonego stopnia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Co do zasady skutek ten może zaistnieć w określonym stanie faktycznym na dwa sposoby. Po pierwsze, może wystąpić sytuacja, w której przed podjęciem przez sprawcę czynu analizowanego prawnokarnie nie istniało wskazane wyżej niebezpieczeństwo grożące życiu lub zdrowiu człowieka, zaś po tym fakcie owo niebezpieczeństwo, szczegółowo opisane w art. 160 k.k., wystąpiło. Po drugie, możliwa jest i taka sytuacja, w której przed podjęciem przez sprawcę ocenianego czynu niebezpieczeństwo określonego stopnia grożące życiu i zdrowiu z art. 160 k.k. już istniało, zaś po podjęciu przez sprawcę zachowania zmienił się jedynie poziom owego

Najwyższy w wyroku z dnia 21 sierpnia 2012 r., (IV KK 42/12) zapadłym na kanwie stanu faktycznego, w którym lekarzowi przypisano odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 160 KK: „Skoro skutkiem przestępstwa jest samo „narażenie” na niebezpieczeństwo (czyli sprowadzenie już samej możliwości wystąpienia określonych niebezpiecznych dla zdrowia lub życia następstw), to odpowiedzialności karnej z art. 160 k.k. podlega lekarz-gwarant, który w wyniku zaniechania udzielenia właściwego świadczenia zdrowotnego zdynamizował swą bezczynnością przebieg i rozwój procesów chorobowych u pacjenta w ten sposób, że zaczęły one bezpośrednio zagrażać jego życiu i zdrowiu”²⁷.

W tym kontekście należy podkreślić, że ustawa o planowaniu rodziny dla przeprowadzenia legalnej aborcji terapeutycznej nie wymaga, aby: stan zagrożenia dla zdrowia lub życia kobiety miał charakter: 1) bezpośredniego niebezpieczeństwa; 2) stan zagrożenia dla zdrowia łączył się ze stanem zagrożenia ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu wymienionym w katalogu art. 156 § 1 KK, 3) stan zagrożenia dotyczył innych aspektów zdrowia niż aspekt psychiczny. Przeciwnie, bagatelizowanie zagrożenia dla zdrowia psychicznego kobiety, jako choroby uzasadniającej legalną aborcję ze wskazań terapeutycznych, jest wykładnią sprzeczną z wszystkimi funkcjonującymi w doktrynie prawa medycznego definicjami „zdrowia”, a nawet z rozumieniem „zdrowia” przyjmowanym w prawie karnym. Dość zauważyć, że ustawodawca w enumeratywnym wyliczeniu najpoważniejszych uszczerbków na zdrowiu o charakterze „ciężkim” (art. 156 § 1 KK) obok pozbawienia zdolności płodzenia (np. utraty jajowodu w wyniku zbyt późno przeprowadzonego zabiegu usunięcia ciąży pozamacicznej, pęknięcia macicy w wyniku spóźnionej interwencji medycznej), innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu (np. wstrząs septyczny, krwotok wewnętrzny), trwałego, istotnego zeszpecenia lub zniekształcenia ciała,

niebezpieczeństwa na odpowiednio wyższy” (4. Treść obowiązku gwaranta nienastąpienia skutku [w:] tegoż: Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku, Warszawa 2013, SIP Lex)

²⁷ Wyrok SN z 21.08.2012 r., IV KK 42/12, LEX nr 1220930.

wymienia *expressis verbis* „trwałą chorobę psychiczną” oraz „całkowitą albo znaczną trwałą niezdolności do pracy w zawodzie”, która to niezdolność niekoniecznie musi wynikać z zasadniczego pogorszenia stanu zdrowia w aspekcie czysto fizjologicznym.

Z powyższych względów pozbawione podstaw prawnych jest twierdzenie, że przeprowadzenie aborcji lub ułatwienie przeprowadzenia aborcji w oparciu o potencjalne (a nie „bezpośrednie”) zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety²⁸, w tym dla zdrowia psychicznego, stanowi czyn bezprawny, a tym bardziej że może realizować znamiona przestępstwa z art. 152 § 1 KK.

Wykładnia przesłanki terapeutycznej zawartej w art. 4 a pkt 1 u.p.r.o.p. w kierunku jej zawężenia w porównaniu do rezultatów wykładni językowej, poszerzałaby zarazem pole kryminalizacji przestępstw stypizowanych w art. 152 KK, co jest nie do pogodzenia z elementarnymi zasadami prawa karnego w państwie prawa (*nullum crimen sine lege* i zakaz analogii na niekorzyść - art. 42 Konstytucji RP, art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁹, art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁰, art. 49 Karty Praw Podstawowych³¹, art. 1 KK).

W związku z powyższym nie ma możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za przeprowadzenie aborcji niezgodnej z przepisami ustawy, ułatwianie lub nakłanianie do aborcji niezgodnej z przepisami ustawy w oparciu o zawężającą wykładnię art. 4a pkt 1 u.p.r.o.p. w porównaniu do rezultatów wykładni gramatycznej.

²⁸ Zagrożeniem dla życia lub zdrowia kobiety uzasadniającym przeprowadzenie legalnej aborcji jest np. możliwa próba samobójcza związana z poważnymi zaburzeniami depresyjnymi wywołanymi stresem związanym z ciążą obciążoną poważną wadą, możliwa sepsa wywołana koniecznością przeprowadzenia ewakuacji martwego płodu, w sytuacji w której medycznie zasadne z uwagi na stan płodu jest zakończenie ciąży na znacznie wcześniejszym etapie.

²⁹ Konwencja O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

³⁰ Międzynarodowy Pakt PRAW OBYWATELSKICH I POLITYCZNYCH otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

³¹ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.).

Wydanie zaświadczenia potwierdzającego np. stan depresji wywołanej koniecznością kontynuowania obciążonej ciężką patologią ciąży wraz z wnioskiem, że to zaburzenie zagraża zdrowiu pacjentki, nie może realizować znamiona pomocnictwa do nielegalnej aborcji innej niż kobieta osobie (art. 18 § 3 w zw. z 152 § 1 KK) lub udzielenia kobiecie pomocy w tym zakresie (art. 152 § 2 KK), nawet jeżeli wniosek ten zostanie podważony przez innego specjalistę. Ocena, czy dane zakłócenie funkcjonowania organizmu, w tym zaburzenia na tle psychicznym, zagrażają życiu lub zdrowiu danego człowieka, należy do specjalisty z danej dziedziny medycyny (np. lekarza psychiatry) a nie do np. prawnika, polityka, dziennikarza, działacza społecznego, urzędnika i nie może być dokonana in abstracto, bez indywidualnej oceny całokształtu sytuacji zdrowotnej danej pacjentki.

W razie pojawienia się odmiennych poglądów na ocenę, czy dany przypadek chorobowy stanowi „zagrożenie dla zdrowia” lub „zagrożenie dla życia” pacjentki, lekarz nie musi obawiać się odpowiedzialności karnej za pomocnictwo do nielegalnej aborcji lub przeprowadzenie nielegalnej aborcji, o ile tylko w kontakcie z pacjentką zachował standardy rzetelnego opiniowania. Wszelkie wątpliwości, spory w ocenie danego przypadku pomiędzy przedstawicielami różnych szkół medycznych powinny być zawsze rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego.

Ciężar dowodu, że specjalista świadomie potwierdził nieprawdziwe informacje w zaświadczeniu, na podstawie którego miała być przeprowadzona aborcja ze wskazań terapeutycznych oraz że sprawca chciał lub co najmniej godził się na ułatwienie nielegalnej aborcji, spoczywa na oskarżycielu. Przepięstwa stypizowane w art. 152 KK są to przepięstwa umyślne (art. 8 KK, art. 9 § 1 KK). Zatem odpowiedzialność karna za pomoc udzieloną innej niż kobieta osobie w nielegalnej aborcji za zgodą kobiety (art. 18 § 3 w zw. z 152 § 1 KK) lub pomoc kobiecie w dokonaniu nielegalnej aborcji za jej zgodą (art. 152 § 2) jest w zasadzie możliwa w tego rodzaju stanach faktycznych tylko wówczas, gdy lekarz świadomie przygotowuje fałszywe zaświadczenie o istnieniu przesłanki do przeprowadzenia legalnej aborcji ze wskazań terapeutycznych i to z zamiarem ułatwienia przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy. Nie poniesie odpowiedzialności karnej lekarz, który omyłkowo zdiagnozował stan zagrożenia

dla życia lub zdrowia pacjentki w związku z kontynuacją ciąży. Nie poniesie też odpowiedzialności karnej lekarz, który rzetelnie zdiagnozował stan pacjentki, jednak inny specjalista odmiennie go ocenił w zakresie istnienia zagrożenia dla zdrowia uzasadniającego aborcję terapeutyczną.

Lekarz, który przeprowadza aborcję, poniesie odpowiedzialność karną za umyślne przerwanie ciąży niezgodnie z przepisami ustawy jedynie wówczas, gdy ma świadomość, że zaświadczenie potwierdzające spełnienie przesłanki koniecznej dla dokonania legalnej aborcji fałszywie stwierdza tę okoliczność. Lekarz poniesie odpowiedzialności, jeżeli jedynie powinien był taki stan rzeczy podejrzewać. Nieudowodnienie zamiaru dekompletuje znamiona strony podmiotowej i wyklucza przypisanie odpowiedzialności karnej.

6. Bezkarność podżegania i pomocnictwa ad incertam personam

Nie stanowi czynu zabronionego informowanie na terenie Polski o usługach konkretnych placówek zagranicznych specjalizujących się w legalnym przerywaniu ciąży kobietom przybywającym z terytorium Polski oraz szerzenie w przestrzeni publicznej informacji na temat metod i możliwości samodzielnego przerywania ciąży w warunkach domowych.

Przedstawienie argumentacji celem poparcia powyższych tez nie stanowi większej trudności i wymaga odwołania się do powszechnie akceptowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów odnośnie do przypisania odpowiedzialności karnej za podżeganie lub pomocnictwo na zasadach ogólnych (art. 18 § 2 i § 3 KK). Na gruncie przypisania odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo przyjmuje się, że zachowanie podżegacza oraz pomocnika musi być nakierowane na zindywidualizowaną osobę (w analizowanym przypadku - na konkretną kobietę w ciąży), ewentualnie na zindywidualizowaną grupę osób i dotyczyć skonkretyzowanego czynu

zabronionego³². Za bezkarne uważa się tzw. podżeganie oraz pomocnictwo ad incertam personam.

Jak zauważa P. Kardas, „oznaczoność” bezpośredniego wykonawcy należy rozumieć jako ustalenie takich okoliczności związanych z osobą lub osobami, na które skierowane są czynności podżegacza lub pomocnika, które pozwalają przyjąć, że czynności te były skierowane na konkretnego adresata, nie zaś do nieoznaczonego i bliżej niezindywidualizowanego kręgu lub grupy osób³³. Przyjęcie tej konkluzji przesądza o bezkarności zachowań polegających na rozpowszechnianiu w przestrzeni publicznej informacji mogącymi znacząco ułatwić przeprowadzenie nielegalnej aborcji farmakologicznej w warunkach domowych lub dokonanie legalnej aborcji poza granicami RP.

Bezkarności podżegania i pomocnictwa ad incertam personam nie należy utożsamiać z koniecznością wykazania, że sprawca znalazł osobiście kobietę, na którą nakierowane były jego zachowania. Jak trafnie zauważa SA w Krakowie „podżegacz nie musi znać osobiście bezpośredniego wykonawcy, wystarczy, że jest to osoba konkretna, jednostka fizyczna, niekoniecznie zindywidualizowana w postępowaniu co do tożsamości z imienia i nazwiska”³⁴. Dla przypisania odpowiedzialności karnej za podżeganie lub pomocnictwo nie ma konieczności wykazania, że sprawca znalazł personalia osób, którym udzielił pomocy oraz dokładne okoliczności skorzystania z rady, informacji, dostarczonych środków. Nie ma zatem przeszkód dla przypisania odpowiedzialności karnej sprawcy, który nie znalazł osobiście i nie nawiązywał bezpośredniego kontaktu z kobietami, do których adresował przesyłki pocztowe zawierające tabletki wczesnoporonne³⁵.

Udzielenie pomocy lub nakłanianie do aborcji musi odnosić się do konkretnej kobiety w konkretnej sytuacji faktycznej. Bezkarne będzie

³² J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18, teza 48.

³³ P. Kardas [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, art. 18, teza 143.

³⁴ Wyrok SA w Krakowie z 8.02.2006 r., II AKa 207/05, KZS 2006, z. 3, poz. 30.

³⁵ Np. wyrok SA w Szczecinie z 14.04.2016 r., II AKa 36/16, OSASz 2/2016, poz. 38-48.

naklanianie do aborcji lub udzielanie rad, informacji oraz wsparcia w tym zakresie „na wypadek” zajścia przez kobietę w ciążę w przyszłości i podjęcia przez nią decyzji o jej przerwaniu. Przykładowo nie popełnia przestępstwa partner, który informuje partnerkę, że gdyby zaszła w nieplanowaną ciążę, to udzieli jej wszelkiej pomocy w jej przerwaniu, a nawet gdy gromadzi na wypadek zajścia w ciążę stosowne środki lub informacje; nie poniesie odpowiedzialności karnej matka, która udziela rad i informacji nastoletniej córce podejmującej współżycie, co może zrobić gdyby zaszła w niechcianą ciążę; nie poniesie odpowiedzialności karnej lekarz, który ogólnie informuje pacjentkę o możliwościach samodzielnego zainicjowania poronienia w warunkach domowych i zakończenia poronienia w szpitalu

7. Tylko „obiektywne” i „istotne” ułatwienie stanowi karalne pomocnictwo

Na gruncie art. 18 KK jednogłośnie przyjmuje się, że karalne ułatwienie popełnienia czynu zabronionego powinno mieć charakter „obiektywny” i „istotny” - nie ma powodów, aby tę kwestię interpretować odmiennie na gruncie art. 152 KK. Karalne udzielenie pomocy do aborcji to nie jakiegokolwiek ułatwienie realizacji decyzji o nielegalnej aborcji, ale udzielenie takiej pomocy, bez której kobieta nie może się obyć aby zrealizować decyzję o nielegalnej aborcji lub pomocy i która stanowiła obiektywne ułatwienie realizacji decyzji o nielegalnym przerywaniu ciąży. Przykładowo, jak wskazuje P. Kardas, dla przypisania odpowiedzialności za pomocnictwo konieczne jest wywołanie przez zachowanie pomocnika rezultatu w postaci zmiany sytuacyjnej, przejawiającej się stworzeniem warunków, w których popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę będzie łatwiejsze niż w sytuacji, gdyby pomocnik nie zrealizował swojego zachowania. Podstawą odpowiedzialności za pomocnictwo mogą być tylko takie zachowania, które „obiektywnie rzecz biorąc ułatwiają popełnienie

czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę³⁶. Oznacza to, że skutkiem pomocnictwa, od wystąpienia którego uzależniona jest odpowiedzialność karna, jest wywołanie stanu ułatwiającego popełnienie czynu przez bezpośredniego wykonawcę³⁷. Jak zauważa A. Wąsek, chodzi o takie zachowania, które obiektywnie rzecz biorąc ułatwiają popełnienie czynu zabronionego, o czym przesądza określenie ustawowe „ułatwia”³⁸. Jednocześnie zarówno na gruncie odpowiedzialności za przestępstwo z art. 152 § 2 KK, jak i za pomocnictwo na zasadach ogólnych, tezy te nie oznaczają konkluzji, iż pomoc okazana przez sprawcę ma być warunkiem sine qua non popełnienia czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę dokonania nielegalnej aborcji przez kobietę.

Przechodząc do analizy pojawiających się w praktyce stanów faktycznych należy stwierdzić, że jeszcze kilkanaście lat temu uzyskanie możliwości bezpośredniego „kontaktu” z osobą przeprowadzającą nielegalne chirurgiczne aborcje „w polskim podziemiu”, przekazanie szczegółowej instrukcji w jaki sposób i jakimi środkami można przeprowadzić aborcję farmakologiczną, wskazanie w jaki sposób wejść w posiadanie nielegalnych pigulek wczesnoporonnych, mogło uchodzić za „obiektywne ułatwienie” wprowadzenia w życie decyzji o nielegalnej aborcji. Przykładowo, jak zauważył SA w Katowicach w wyroku z 30 września 2008 r.: „pomoc w postaci udzielonego kontaktu telefonicznego, mieści się w znamionach przypisanego przestępstwa z art. 152 § 2 KK. Była to pomoc istotna, gdyż umożliwiała podjęcie dalszych działań zmierzających już bezpośrednio do usunięcia ciąży, co w istocie nastąpiło”³⁹.

Wobec powyższych tez wypada postawić pytanie, czy aktualnie, w sytuacji w której pomoc sprowadza się do udzielenia informacji stanowiących fakt notoryjny, ogólnie dostępnych dla każdej zainteresowanej osoby (o ile tylko potrafi czytać i posiada dostęp do Internetu), można mówić o

³⁶ wyrok SA w Lublinie z 28.12.2000 r., II AKa 250/00.

³⁷ P. Kardas [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, art. 18.

³⁸ A. Wąsek, Kodeks karny Komentarz t. I (art. 1-31), Gdańsk 1999 str. 271-272.

³⁹ wyrok SA w Katowicach z 30.09.2008 r., II AKa 231/08, LEX nr 477588.

„obiektywnym ułatwieniu” oraz „pomocy istotnej” w rozumieniu art. 152 § 2 KK? Przykładowo: czy przesłanie za pomocą komunikatora internetowego linków do stron internetowych, które jako pierwsze pojawiają się w każdej wyszukiwarce internetowej po wpisaniu bynajmniej nie aluzyjnego hasła, stanowi „obiektywne ułatwienie”?

W moim przekonaniu np. sfinansowanie nielegalnej aborcji, przekazanie „kontaktu” do lekarza skłonnego wykonać w Polsce nielegalny zabieg aborcji chirurgicznej lub zainicjować proces sztucznego poronienia (przedwczesnego porodu) pozorując poronienie z niewyjaśnionych przyczyn, sprzedaż lub bezpłatne udzielenie pigulek poronnych, udzielenie spersonalizowanych instrukcji w jaki sposób postąpić z danymi środkami farmakologicznymi, bez wątplenia stanowi „obiektywne ułatwienie” w rozumieniu art. 152 § 2 KK. Jednak nie sposób aktualnie określić mianem „istotnego ułatwienia” przysyłania kobiecie w ciąży „linków” do ogólnodostępnych stron internetowych pojawiających się w każdej wyszukiwarce na pierwszych pozycjach po wpisaniu hasel typu „aborcja pomoc”, „chcę przerwać ciążę”, „aborcja farmakologiczna krok po kroku”, „aborcja bez granic”. Oczywiście - poza przypadkami, w których aborcja miałaby zostać wykonana przez osobę nie umiejącą pisać i wykluczoną cyfrowo i wymagającą w zakresie tych prostych czynności pomocy, co jednak zważywszy na wiek i styl życia osób, których potencjalnie zagadnienie nielegalnego przerwania ciąży może dotyczyć, będzie mieć w praktyce miejsce raczej sporadycznie. Cytowane we wprowadzeniu dane, udostępniane przez organizacje wspierające kobiety chcące dokonać nielegalnej „domowej” aborcji farmakologicznej na terenie RP oraz kobiety chcące przeprowadzić legalną aborcję poza granicami Polski, wskazują jednoznacznie, że wiedza o istnieniu tego rodzaju podmiotów, umiejętność nawiązania z nimi kontaktu oraz skorzystania z pomocy, nie jest wśród polskich obywateli i obywaterek wiedzą tajemną, którą dzielenie się stanowi „obiektywne ułatwienie” przerwania ciąży. Podobnie jak faktem notoryjnym jest okoliczność, że obywatelki Polski bez przeszkód korzystają z usług aborcyjnych ośrodków położonych na terenie Słowacji, Czech, Niemiec, Holandii. Są to aktualnie informacje dostępne dosłownie

„na wyciągnięcie ręki” dla każdej zainteresowanej osoby mającej dostęp do urządzenia pozwalającego korzystać z wyszukiwarek internetowych.

8. Karalne pomocnictwo intelektualne a karalne podżeganie do aborcji

W orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości pogląd, że zachowanie sprawcze polegające na nakłanianiu może polegać na kierowaniu komunikatu oddziałującego na proces decyzyjny adresata w dowolnej formie: pisemnej, ustnej, za pomocą jednoznacznych gestów. Wskazuje się, że nakłanianie może przybierać postać prośby, polecenia, zlecenia, rady, propozycji, sugestii⁴⁰. Jak zauważa SA w Krakowie w wyroku II AKa 121/99 „nakłanianiem jest oddziaływanie na wolę innej osoby (osób) w celu skłonienia jej do określonego działania lub zaniechania”. Karalne nakłanianie może polegać np. na wręczeniu zakupionych na czarnym rynku tabletek wczesnoporonnych wraz z instrukcją obsługi⁴¹; oferowaniu pieniędzy na pokrycie kosztów zabiegu przerwania ciąży i ewentualnej rekonwalescencji, zobowiązaniu się do znalezienia osoby, która podejmie się przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży⁴², zobowiązaniu do polepszenia relacji łączącej parę w razie przerwania ciąży, “grożeniu” zerwaniem związku w razie niepoddania się aborcji.

W przypadku pomocnictwa ustawodawca w art. 18 § 3 KK wylicza przykładowo takie zachowania sprawcze jak: słuzenie radą, informacją, dostarczenie środków, narzędzi. Przyjmuje się, że umacnianie innej osoby w podjętym uprzednio zamiarze nie realizuje znamion podżegania, ale realizuje znamiona pomocnictwa psychicznego.

Wskazuje się, że przez pomocnictwo psychiczne, w odróżnieniu od pomocnictwa udzielonego czynem, należy rozumieć pomoc udzieloną

⁴⁰ Wyrok SA w Krakowie z 8.07.1999 r., II AKa 121/99, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 8-9/1999, poz. 37.

⁴¹ Patrz stan faktyczny będący kanwą orzeczenia Wyrok SO w Kaliszu z 10.06.2016 r. III K 77/15.

⁴² Wyrok SO w Warszawie z 13.11.2014 r. VIII K 157/14.

przede wszystkim słownie. Karalna pomoc może polegać „nie tylko na udzielaniu rad i wskazówek mających ułatwić popełnienie przestępstwa, ale także na takim zachowaniu się, które w sposób szczególnie sugestywny manifestuje solidaryzowanie się całkowicie z zamiarem bezpośrednim sprawcy i może w pewnych wypadkach stworzyć atmosferę, w jakiej zamiar bezpośredniego sprawcy kształtuje się, dojrzewa oraz utwierdza, umacnia sprawcę w powziętym już postanowieniu popełnienia przestępstwa”⁴³. Jak jednak trafnie zauważa P. Kardas, pomocnictwo psychiczne musi znajdować odzwierciedlenie w świadomości osoby, której udzielane jest wsparcie psychiczne i musi stanowić istotny wpływ na psychikę tej osoby, analogiczny do tego, jaki realizują czynności polegające na udzielaniu rady lub informacji, pozwalające stwierdzić, iż udzielone wsparcie jest ułatwieniem popełnienia czynu zabronionego⁴⁴. Wyklucza to możliwość przyjęcia pomocnictwa psychicznego w wypadkach, gdy wspierający jedynie znajduje się w miejscu przestępnego zachowania i nie podejmuje żadnego realnego, obiektywnie postrzegalnego oddziaływania na psychikę bezpośredniego wykonawcy⁴⁵. Sama obecność w miejscu zdarzenia w czasie akcji przestępczej i nieprzeciwdziałanie jej może być rozpatrywane w kategorii pomocnictwa jedynie w sytuacji, gdy na osobie obecnej tam ciążył prawny szczególnie obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego⁴⁶.

Karalna pomoc w nielegalnym przerwaniu ciąży za zgodą kobiety nie musi mieć na celu „wymuszenia konkretnych czynności”, przeciwnie: może być udzielona na prośbę i z inicjatywy kobiety, która planuje ciążę przerwać.

⁴³ Wyrok SN z 9.08.1973 r., I KR 178/73, OSNKW 3/1974, poz. 43.

⁴⁴ wyrok SA w Lublinie z dnia 28 grudnia 2000 r., II AKa 250/00.

⁴⁵ wyrok SA w Lublinie z dnia 28 grudnia 2000 r., II AKa 250/00.

⁴⁶ Wyrok SN z 28.06.2002 r., III KKN 473/99.

9. Bezkarność nieumyślnego ułatwiania lub nakłaniania do aborcji

Strona podmiotowa podżegania i pomocnictwa została precyzyjnie określona na gruncie art. 18 § 2 i 18 § 3 KK. Jak zauważają J. Giezek i K. Lipiński „Podżeganie możliwe jest tylko w zamiarze bezpośrednim. Nie dochodzi zatem do prawnokarnie relewantnego podżegania, jeśli nakłaniający nieumyślnie wpływa na psychikę sprawcy, zachęcając go w sposób niezamierzony do popełnienia czynu zabronionego, bądź też czyni to w zamiarze ewentualnym, tzn. godzi się na to, że jego oddziaływanie na sprawcę spowoduje podjęcie zamiaru popełnienia czynu zabronionego⁴⁷. Podżegacz musi mieć świadomość, że podejmowane przez niego zachowanie stanowi nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego. Podżeganie z zamiarem wynikowym oraz tzw. nieumyślne podżeganie pozostają de lege lata poza sferą kryminalizacji.

Nie ma powodu, aby przyjmować inną interpretację w przypadku przestępstw stypizowanych w art. 152 § 2 KK. Zatem dla przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo nakłaniania do nielegalnej aborcji należy wykazać, że sprawca działał z zamiarem bezpośrednim, tj. miał świadomość, że nakłania kobietę ciężarną do nielegalnej aborcji i chciał tego. Ponieważ podżeganie z zamiarem wynikowym jest bezkarne, nie poniesie odpowiedzialności karnej sprawca, który godzi się z tym, że jego uwagi lub sposób zachowania wobec ciężarnej mogą wywołać u ciężarnej zamiar nielegalnego przerwania ciąży.

Ponieważ nieumyślne podżeganie jest bezkarne, poza zakresem kryminalizacji pozostaje np. wygłoszenie wobec kobiety krytycznych uwag na temat kontynuacji ciąży w okolicznościach, w których znajduje się ciężarna; przekazanie kobiecie informacji, które skłaniają ją do podjęcia zamiaru usunięcia ciąży (np. o zdradzie ze strony partnera, o niechęci partnera odnośnie wspólnego wychowywania potomka, o innych biologicznych dzieciach partnera). Należy dodać, że zamiar sprawcy musi

⁴⁷ J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18.

obejmować naklonienie kobiety do nielegalnej aborcji, a nie aborcji zgodnej z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 18 § 3 KK pomocnictwo charakteryzuje się „zamiarem”, może być zatem popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim jak i zamiarem ewentualnym. Jak trafnie zauważa SA w Gdańsku w wyroku II AKa 294/16: „Pomoc, o której mowa w art. 152 § 2 KK, może być zatem popełniona zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym i polega na zachowaniu ułatwiającym przerwanie ciąży, np. na dostarczeniu narzędzia, środka przewozu, udzieleniu rady lub informacji. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że zawieszenie ciężarnej do lekarza ginekologa w celu przeprowadzenia zabiegu przerywania ciąży oraz przekazanie lekarzowi zapłaty za ten zabieg stanowi udzielenie pomocy w rozumieniu art. 152 § 2 KK”⁴⁸.

Brak możliwości wykazania w procesie dowodowym zamiaru ułatwienia nielegalnej aborcji wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności za przestępstwo⁴⁹. Przykładowo: pozostawienie przez nieuwagę niezabezpieczonych lekarstw o właściwościach poronnych, które następnie znalazła i zażyła kobieta w ciąży, nie realizuje znamion przestępstwa z 152 § 2 KK. Użyczenie ciężarnej kobiecie samochodu, pieniędzy, odebranie paczki z pigułkami wczesnoporonnymi, pozostawienie włączonego komputera, na którego ekranie wyświetla się strona organizacji udostępniającej kobietom pigułki poronne - pozostaną bezkarne, o ile nie zostanie wykazane, że sprawca miał świadomość i co najmniej godził się na to, że swoimi działaniami ułatwia kobiecie przerwanie ciąży. Jeżeli zaś sprawca jedynie mógł lub powinien przypuszczać, że ułatwia nielegalne przerwanie ciąży (np. podejrzewał, że kobieta jest w ciąży i że nosi się z zamiarem jej usunięcia), jednak bezpodstawnie sądził, iż wymienione środki są potrzebne ciężarnej w innym celu niż przerwanie ciąży, następuje dekompletacja znamion strony podmiotowej.

⁴⁸ Wyrok SA w Gdańsku z 9.02.2017 r., II AKa 294/16, LEX 2341089.

⁴⁹ wyrok SA w Krakowie z 9.02.2011 r. II AKa 103/10.

10. Niezapobiegnięcie nielegalnej aborcji jako karalne pomocnictwo

Teoretycznie nie jest wykluczone przypisanie odpowiedzialności karnej za ułatwianie przerwania ciąży przez zaniechanie - tak jak nie jest wykluczone przypisanie odpowiedzialności za pomocnictwo przez zaniechanie na zasadach ogólnych (art. 18 § 3 KK). Wypada jednak zauważyć, że za pomocnictwo przez zaniechanie może odpowiadać tylko osoba, na której ciążył prawny, szczególny obowiązek podjęcia określonych aktywności mogących obiektywnie zapobiec (utrudnić) popełnienie czynu zabronionego przez sprawcę wykonawczego. Nie oznacza to, że dla przypisania odpowiedzialności konieczne jest wykazanie, że działanie pomocnika zapobiegłoby popełnieniu przestępstwa; wystarczająca jest konstatacja, że obiektywnie utrudniłoby jego popełnienie.

W doktrynie pojawiają się poglądy wskazujące iż „w przypadku ojca dziecka poczętego, który nie przeciwstawia się działaniom kobiety ciężarnej zmierzającym do przerwania ciąży, nie jest wykluczona odpowiedzialność za przestępstwo z art. 152 § 2 KK popełnione przez zaniechanie”; „Czynność sprawcza polegałaby w tym przypadku na nieprzeszkodzeniu kobiecie ciężarnej w realizowaniu zamierzenia o przerwaniu ciąży (co stanowi ułatwienie przeprowadzenia aborcji). Jednocześnie konieczny byłby zamiar sprawcy odniesiony do ułatwienia przerwania ciąży, tj. sprawca musi przewidywać lub wiedzieć, że jego zachowanie ułatwia przerwanie ciąży i przynajmniej na to się godzić”⁵⁰.

Zważywszy jednak na zasygnalizowane powyżej zasady ogólne przypisania odpowiedzialności karnej za pomocnictwo, należy zdecydowanie odrzucić tezę o możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za nieprzeszkodzenie nielegalnej aborcji mężczyzny który kobietę zapłodnił. Podobnie należy zdecydowanie odrzucić tezę o możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej np. rodziców małoletniej dziewczyny, którzy

⁵⁰ K. Kmań, Naklanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy, „Prok.i Prawo” 2/2018, s. 52-80.

nie przeciwstawiają się przerwaniu ciąży przez córkę oraz lekarza, który nie zniechęca do przerywania ciąży pacjentki ujawniającej taki zamiar.

Celem uzasadnienia należy przywołać wiadomości ogólne dotyczące realizacji znamion pomocnictwa przez zaniechanie.

Po pierwsze, pomocnictwo przez zaniechanie określonego prawem działania zawsze stanowi przestępstwo indywidualne. Istnieje konieczność wykazania, że na podmiocie pomocnictwa z zaniechania ciąży prawny, szczególnie obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę⁵¹. Innymi słowy - sprawcą przestępstwa z art. 152 § 2 KK popełnionego przez zaniechanie może być jedynie osoba, na której ciąży szczególnie, prawny obowiązek podjęcia określonego działania w celu niedopuszczenia do wykonania przez kobietę aborcji niezgodnej z przepisami ustawy. Należałoby zatem wykazać, iż na mężczyźnie, który zapłodnił kobietę, ciąży nie etyczny, nie moralny, nie religijny - ale prawny i szczególnie obowiązek ochrony „dziecka poczętego” biologicznie pochodzącego od tej osoby. Znalezienie podstawy prawnej, z której taki obowiązek można wywodzić, jest niemożliwe w tych wszystkich wypadkach, w których przed dokonaniem aborcji nie nastąpiło uprzednie uznanie ojcostwa przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego potwierdzone przez kobietę (jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny) tudzież gdy pochodzenie dziecka poczętego wynika z domniemania ojcostwa męża kobiety ciężarnej. W tych dwóch ostatnich wypadkach wywodzenie prawnego szczególnego obowiązku opieki nad płodem opiera się natomiast na takiej wykładni art. 87 lub 95 § 1 k.r.o., która wydaje się być rozszerzająca i niedopuszczalna na gruncie prawa karnego⁵². Art. 92 KRiO nie wskazuje jednoznacznie chwili powstania władzy rodzicielskiej, a dominujący sposób wykładni tego przepisu przyjmuje, że władza ta powstaje ex lege z chwilą narodzin dziecka w

⁵¹ Patrz np. J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18.

⁵² Szerzej E. Plebanek, Analiza konieczności wprowadzenia zmian legislacyjnych w rozdziale XIX KK w zakresie prawnokarnej ochrony dziecka poczętego [w:] Reforma Prawa karnego, red. I. Sepioło-Jankowska, Warszawa 2014, s. 355-392.

odniesieniu do obydwójga rodziców, jeżeli pozostają oni w związku małżeńskim, zaś w sytuacji gdy zdarzenie, jakim jest urodzenie, nie wiąże się automatycznie z przyznaniem władzy rodzicielskiej, władza rodzicielska powstaje po narodzinach dziecka i orzeczeniu sądu bądź oświadczeniu o uznaniu ojcostwa⁵³.

Po drugie, nawet uznanie mężczyzny, który zapłodnił kobietę, za osobę na której ciąży prawny szczególny obowiązek troski o dobrostan płodu, nie przesądza możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za pomocnictwo przez zaniechanie. Nawet gdyby uznać, że mężczyźni który kobietę zapłodnił, przysługuje władza rodzicielska wobec zarodka/płodu wraz z jej wszelkimi atrybutami, to nie oznacza jeszcze że podobna władza przysługuje mężczyźnie wobec kobiety będącej w ciąży. Tymczasem dla przypisania odpowiedzialności za pomocnictwo przez zaniechanie należałoby wykazać, że „ojciec dziecka poczętego” miał obiektywną możliwość podjęcia czynności, które mogłyby zapobiec nielegalnej aborcji oraz że zaniechanie wymaganego działania obiektywnie ułatwiło popelnienie czynu zabronionego. Pojawia się zatem pytanie, jakie konkretnie działania zobowiązany jest podjąć mężczyzna który zapłodnił kobietę aby utrudnić kobiecie przerwanie własnej ciąży. Czy mężczyzna jest prawnie zobowiązany pozbawić kobietę na czas trwania ciąży dostępu do telefonu lub internetu? Do umieszczenia kobiety na okres ciąży w zamkniętym pomieszczeniu? Odebrania kobiecie pieniędzy, z których może sfinansować aborcję?

K. Kmąk zauważa, że może chodzić o zaniechanie przejawiające się tym, że mężczyzna od którego dziecko pochodzi „nie próbuje przeszkodzić takiej sytuacji (np. nie próbuje odwieść matki od tej decyzji)”. Zdaniem autora „bez wątpienia stanowi to umyślne ułatwienie przerywania ciąży wbrew przepisom ustawy pod warunkiem, że bez zaniechania gwaranta przeprowadzenie aborcji byłoby trudniejsze niż w przypadku jego

⁵³ H. Haak, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Władza rodzicielska. Komentarz, Toruń 1995, s. 35; H. Ciepła [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 621; T. Smyczyński, Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2009, s. 215 i n.; M. Andrzejewski, Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2006, s. 137.

przeciwdziałania”. Pomijając już brak możliwości wywiedzenia obowiązku gwaranta, pojawia się wątpliwość: czy sytuacja w której ktoś „nie odwodzi” dorosłej osoby od realizacji dość istotnej decyzji życiowej, stanowi „obiektywne ułatwienie” jej wykonania. Czy sytuacja w której dowolna osoba, w tym „mężczyzna, od którego dziecko pochodzi” powstrzymuje się od rozmowy na temat aborcji z dorosłą kobietą, która podjęła decyzję aby przerwać ciążę, stanowi czyn bezprawny, z którym polski ustawodawca wiąże odpowiedzialność karną? Czy idąc tym tropem należy konsekwentnie przypisywać odpowiedzialność karną za pomocnictwo przez zaniechanie np. matce dorosłego syna, która podejrzewa, że 25 - letni syn trudni się handlem narkotykami ale powstrzymuje się od wychowawczej pogadanki z latoroślą? Czy ponosi odpowiedzialność karną partnerka, która podejrzewa, że mąż popełnia przestępstwa gospodarcze, ale celem niezakłócania milej atmosfery panującej w ognisku domowym nie podejmuje rozmowy odwołującej męża z bezdroży przestępstwa? Czy popełnia przestępstwo lekarz, który w czasie kontaktu ze swoim dorosłym pacjentem, z nadwagą, nie stroniącym od alkoholu i tytoniu, poprzestaje na informacji jak określone nawyki i używki mogą wpłynąć na zdrowie, ale powstrzymuje się od wygłaszania tyrazy na temat zgubnych dla zdrowia skutków obranego przez pacjenta stylu życia? Jak wykazać, że obiektywnie ułatwia aborcję powstrzymanie się od wygłoszenia słownej krytyki tej decyzji? Czy psychika ciężarnej kobiety jest tak krucha, a tryb podejmowania kluczowych decyzji życiowych i wcielania ich w życie tak chaotyczny i chwiejny, że wystarczy perswazja ze strony bliskiego mężczyzny aby je czym prędzej zmienić? Podobne uwagi krytyczne należałoby wypowiedzieć w sytuacji, w której tego rodzaju prawnym szczególnym obowiązkiem zapobiegnięcia przerwania ciąży poprzez przeprowadzenie dyscyplinującej rozmowy obciążono by np. lekarza lub rodziców dziewczyny noszącej się z zamiarem przerwania ciąży.

Powyższe uwagi nie oznaczają, że przestępstwa ułatwiania kobiecie przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy nie można popełnić przez zaniechanie. Teoretycznie można wyobrazić sobie takie sytuacje – paradoksalnie w innych relacjach niż kobieta – „mężczyzna od którego dziecko pochodzi”. Przykładowo, jeżeli osoba odpowiedzialna za

prawidłowe przechowywanie w aptece lub w szpitalu medykamentów o znanych właściwościach poronnych świadomie pozostawia je niezabezpieczone przed dostępem niepowołanych osób, co najmniej godząc się na to, że w tym czasie kobieta chcąc przerwać ciążę uzyska do nich nieuprawniony dostęp. Podobnie, jeżeli medyk mający uprawnienia do wystawiania recept na medykamenty o znanych właściwościach poronnych świadomie pozostawia niezabezpieczony komputer z dostępem do systemu wystawiania recept elektronicznych, co najmniej godząc się na to, że w tym czasie kobieta nosząca się z zamiarem przerwania ciąży (albo inna osoba działająca na prośbę takiej kobiety) uzyska dostęp do systemu i wygeneruje taką receptę, celem wykorzystania leku do wywołania poronienia.

10. Przerwaniu ciąży ze wskazań embriopatologicznych – wątpliwości odnośnie karalności

Wyrok K 1/20 uznał za niezgodny z Konstytucją art. 4a ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży - przenosząc przerwanie ciąży ze wskazań embriopatologicznych w krąg zachowań bezprawnych. Pojawia się pytanie: czy publikacja orzeczenia K 1/20 poszerzyła nie tylko krąg zachowań bezprawnych, ale także krąg zachowań przestępnych – realizujących znamiona przestępstw stypizowanych w art. 152 KK? W doktrynie podnoszone są zasadne wątpliwości, czy zakres kryminalizacji przestępstw stypizowanych w art. 152 KK, w tym przestępstw polegających na nakłanianiu lub ułatwianiu przerwania ciąży za zgodą kobiety, mógł zostać poszerzony bez ingerencji ustawodawcy na mocy orzeczenia derogacyjnego sądu konstytucyjnego.

W pierwszej kolejności wypada zauważyć, że w doktrynie prezentowane są poglądy, iż wymienione orzeczenie nie powinno być uznawane

za istniejący wyrok Trybunału Konstytucyjnego⁵⁴. Podnosi się liczne problemy związane z legitymacją formalną części osób zasiadających w Trybunale Konstytucyjnym, w tym osób biorących udział w wydawaniu orzeczenia. Chodzi tu przykładowo o osoby wybrane na miejsca sędziowskie już wcześniej obsadzone oraz o udział w składzie orzekającym osoby, która wcześniej występowała w sprawie jako jeden z posłów wnioskujących o stwierdzenie niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. 1 ustawy o planowaniu rodziny i ochrony płodu ludzkiego⁵⁵.

Koncentrując się na wątku karnistycznym i przyjmując założenie (nie da się wykluczyć że nietrafne), że wyrok K 1/20 jest jednak orzeczeniem istniejącym, wypada zauważyć, że J. Giezek i P. Kardas zasadnie poddali w wątpliwość, czy w konsekwencji orzeczenia derogacyjnego Trybunału Konstytucyjnego, które wprost nie odnosi się do regulacji ze sfery prawa karnego materialnego może dojść do poszerzenia zakresu kryminalizacji. Innymi słowy autorzy kwestionują, tezę że w wyniku orzeczenia sądu konstytucyjnego, zachowania stypizowane w art. 152 KK obejmują od momentu publikacji orzeczenia także przerywanie, nakłanianie, ułatwianie przerywania ciąży ze wskazań embriopatologicznych⁵⁶. Autorzy prezentują przekonujące argumenty za tezą, iż fundamentalna i konstytucyjna zasada prawa karnego *nullum crimen, nulla poena sine lege* nie pozwala na stwierdzenie, że doszło do ustanowienia karalności na podstawie orzeczenia sądu konstytucyjnego, w szczególności orzeczenia derogacyjnego. Wskazują, iż uprawnienie sądu konstytucyjnego do modyfikacji zakresu karalności należy rozumieć wąsko i nie wydaje się możliwe, aby tego rodzaju organ mógł ustanowić karalność, przejmując w ten sposób kompetencje ustawodawcy⁵⁷.

⁵⁴ A. Rakowska-Trela, Wyrok czy „niewyrok”. Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży, „Przegląd Sądowy” 6/2021, s. 106-118; R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, „PiP” 8/2021, s. 62-80.

⁵⁵ Szerzej D. Szumilo-Kulczycka, K. Kozub-Ciembroniewicz, Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20), „PiP” 8/2021, s. 81-100.

⁵⁶ J. Giezek, P. Kardas, Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20, „PiP” 8/2021, s. 40-60.

⁵⁷ J. Giezek, P. Kardas, Kompetencje derogacyjne TK..., s. 44.

Podsumowując: uznanie aborcji ze względów embriopatologicznych za zachowanie bezprawne nie przesądza, że stanowią czyny karalne zachowania wiążące się ze współdziałaniem w przerwaniu ciąży obciążonej ciężką patologią płodu. Wedle J. Giezka i P. Kardasa dopiero stosowna ingerencja ustawodawcy na płaszczyźnie norm prawa karnego pozwoli uznać tego rodzaju przypadki za czyny karalne.

Przyjęcie poglądu przeciwnego musiałoby prowadzić do wniosków, iż racjonalny ustawodawca w państwie prawa nakłada sankcje karne oraz określa ich wysokości „w ciemno”, „blankietowo” – nie wiedząc, jakie zachowania w istocie sankcjonuje i oddaje pole w tym zakresie np. sądowi konstytucyjnemu. Można dodać, że w opinii przedstawicieli doktryny prawa konstytucyjnego TK nie został wyposażony przez Konstytucję w prawo kreowania własnych kompetencji, a czyniąc przeciwnie zastępuje niejako ustawodawcę zwykłego. Jak zauważa R. Piotrowski „Przypisywana Trybunałowi rola strażnika konstytucji nie oznacza, że zyskuje on prawo rozstrzygania nierozstrzygalnych dylematów moralnych i staje się twórcą jej postanowień, dotyczących praw człowieka – także wtedy, kiedy owe postanowienia naruszają utrzymujący się z trudem konsens społeczny, a konstytucyjna tożsamość Trybunału budzi zastrzeżenia”⁵⁸. Wskazuje się, że TK przejmując rolę ustawodawcy zwykłego „nie tylko narusza art. 7 Konstytucji, ale także jej art. 10 ust. 2, zgodnie z którym nie sprawuje on władzy ustawodawczej, oraz art. 235 Konstytucji, w świetle którego Trybunał nie sprawuje władzy ustrojodawczej”⁵⁹.

Jednak nawet przyjęcie poglądu przeciwnego do prezentowanego powyżej i uznanie, że de lege lata współdziałanie w aborcji ze wskazań embriopatologicznych za zgodą kobiety czyni z osób współdziałających sprawców czynu zabronionego, nie przesądza jeszcze o konieczności przypisania odpowiedzialności karnej. Na dalszych etapach prawnokarnego wartościowania możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności z uwagi na działanie w warunkach okoliczności wyłączającej bezprawność; brak

⁵⁸ R. Piotrowski, op. cit. s. 71.

⁵⁹ R. Piotrowski, op. cit. s. 68.

karygodności czynu (art. 1 § 2 oraz 115 § 2); brak winy (art. 1 § 3 KK) wywołany anormalną sytuacją motywacyjną lub kolizją dóbr (art. 26 KK)⁶⁰.

W niniejszym tekście świadomie pomijam zasadnicze zastrzeżenia zgłaszane do orzeczenia K 1/20 podnoszone w zakresie zgodności z Konstytucją przyjętego w nim rozstrzygnięcia oraz zaprezentowanej argumentacji⁶¹. Tylko tytułem przykładów można zauważyć, że R. Piotrowski podnosi, iż orzeczenie K 1/20 budzi wątpliwości w zakresie zgodności z art. 2 Konstytucji, zgodnie z którym Rzeczpospolita jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, tj. takim w którym „racjonalność prawa, stanowiąca w myśl orzecznictwa konstytucyjnego podstawę demokratycznego państwa prawnego, wyklucza zastępowanie dialogu w procesie kształtowania prawa przesłankami religijnymi, które jedynie legitymizują uznanie absolutnego charakteru ochrony prawnej nasciturusa”; z art. 40 Konstytucji RP zgodnie z którym „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”; z art. 47 Konstytucji RP gdyż prawo „do decydowania o swoim życiu osobistym zostało przez wyrok odebrane tym, którzy będą doświadczać skutków tego orzeczenia i prowadzi do zastąpienia sumienia indywidualnego sumieniem władzy publicznej, zaś człowiek przestaje już być celem samym w sobie, ale staje się „środkiem do realizacji jakiegoś celu”; art. 18 Konstytucji, w myśl którego „macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej”; z art. 47 Konstytucji, poręczającym prawo do ochrony prawnej życia prywatnego i rodzinnego”; z art. 71 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, że „Matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa”; z art. 53 ust. 1

⁶⁰ Szerzej np. S. Tarapata, W. Zontek, Prawnokarne skutki wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20 (zagadnienia wybrane), „PiP” 8/2021, s. 212 – 225; M. Malecki, Przerwanie ciąży wyłączające winę, „PiP” 8/2021, s. 196-210.

⁶¹ Patrz R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, s. 62-80 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane

Konstytucji, gdyż odbierając jednostce współlistotne jej godności prawo do kierowania się własnym sumieniem

Wskazuje się, że gdyby K 1/20 miałby być oceniany miarą zastosowaną przez TK w sprawie K 26/96 (proporcjonalność i określoność), to należałoby go uznać za niezgodny z Konstytucją, ze względu na właściwe wyważenie praw kobiety i „dziecka poczętego”. Można zauważyć, że także orzeczenie K 26/96 wzbudza pewne kontrowersje odnośnie kompetencji jakie przyznał sobie TK w zakresie kształtowania prawa aborcyjnego, niezależnie od poglądów ustawodawcy o tym, co jest konstytucyjnie dopuszczalne w państwie prawnym i że w istocie sąd konstytucyjny uzupełnił tekst Konstytucji z 1956 r., nadając nowe znaczenie przepisom ustawy zasadniczej w drodze wykładni.

Zamiast podsumowania

Zamiast podsumowania, tytułem dopełnienia rozważań warto zadać pytanie: czy tak szeroki zakres kryminalizacji zachowań osób współdziałających z kobietą chcącą przerwać własną ciążę jak ma to miejsce de lege lata jest uzasadniony w perspektywie podstawowych zasad kryminalizacji obowiązujących prawodawcę w państwie prawa?

Konstytucyjność przesłanek legalnej aborcji dwukrotnie była przedmiotem orzekania sądu konstytucyjnego⁶². Konstytucyjność przepisów kryminalizujących aborcję nie została do tej pory poddana chociażby testowi proporcjonalności. Tymczasem zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP sięganie do instrumentów prawnokarnych uzasadnione jest wtedy tylko, gdy pożądanego celu nie można osiągnąć w inny sposób (wymóg konieczności, zasada subsydiarności prawa karnego). Ustawodawca nie może stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych, nieracjonalnych, nie-współmiernie dolegliwych nawet jeżeli jest to uzasadnione ochroną innej

⁶² R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, s. 62-80.

wartości⁶³. Ustanowiona przepisami karnymi ochrona musi być proporcjonalna, adekwatna do wagi chronionych praw i wolności (zasada racjonalności aksjologicznej). Zgodnie z zasadami przyjmowanymi w państwie prawa decyzja o kryminalizacji, w szczególności na przedpolu realnego naruszenia danego dobra prawnego (a tak dzieje się w przypadku przestępstw stypizowanych w art. 152 § 2 KK) powinna zależeć od miejsca danego dobra prawnego w hierarchii dóbr prawnych. Im wyższe znaczenie danego dobra, tym mniej intensywny może być charakter naruszenia, czy nawet sprowadzenia niebezpieczeństwa będący przesłanką wprowadzenia mechanizmów odpowiedzialności karnej. Przyjmuje się, że ocena dochowania zasad konieczności oraz racjonalności instrumentalnej i aksjologicznej w prawie represyjnym jest bardziej rygorystyczna niż w pozostałych gałęziach prawa, a margines swobodnego uznania ustawodawcy węższy⁶⁴. Zgodnie z wymogiem przydatności dopuszczalne jest zastosowanie jedynie środków skutecznych, czyli rzeczywiście i bezpośrednio prowadzących do realizacji założonego celu⁶⁵. Dla utrzymywania kryminalizacji danej kategorii zachowań nie wystarczy, by wkroczenie ustawodawcy w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności jednostki jedynie „sprzyjało” realizacji założonych celów czy „ułatwiało”

⁶³ Np. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 166-192; tenże, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „CzPKiNP” 2/1999, s. 40-46; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „PiP” 10/2001, s. 16; M. Derlatka, *Konstytucyjność kryminalizacji posiadania narkotyków*, „Prok. i Prawo” 7-8/2010, s. 89; A. Jezusek, *Przeciwdziałanie narkomanii; prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia (konopie)*. Glosa do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, „PS” 11-12/2015, s. 194-204. Patrz też wyrok TK z 4.11.2014 r., SK 55/13, OTK-A 10/2014, poz. 111; Wyrok TK 1 lipca 2014 r., SK 6/12, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 68; wyrok TK z 9 października 2012 r., P 27/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 104.

⁶⁴ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 314; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „CzPKiNP” 2/1999, s. 51; T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi o znaczeniu zasady proporcjonalności dla stanowienia prawa*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty*. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego, red. A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielaczna, P. Wiktorska, Warszawa 2013, s. 57.

⁶⁵ Patrz np. Wyrok TK z 8.07.2008 r., K 46/07, OTK-A 6/2008, poz. 104; Wyrok TK z 5.04.2011 r., P 26/09, OTK-A 3/2011, poz. 18; Wyrok TK z 16.10.2014 r., SK 20/12, OTK-A 9/2014, poz. 102.

ich osiągnięcie. Wymóg racjonalności instrumentalnej (przydatności) oznacza, że według dostępnego stanu wiedzy kryminalizacja umożliwia osiągnięcie założonych celów społecznych. W sytuacji wątpliwej ustawodawca powinien działać (powstrzymać się od działania) zgodnie z regułą in dubio pro libertate. Im wkroczenie ustawodawcy w sferę wolności i praw większe, tym bardziej restrykcyjne zasady wiążą ustawodawcę⁶⁶.

Celem wykazania, że obowiązujące przepisy karne spełniają test proporcjonalności, ustawodawca powinien zgromadzić aktualne dane dotyczące liczby przerywanych ciąży oraz przesłanek terminacji ciąży dokonywanych na terenie RP i poza jej granicami (przez kobiety zamieszkujące teren RP i udające się poza jej granice celem wykonania legalnej aborcji), a także dane pozwalające realnie oszacować liczbę aborcji wykonywanych nielegalnie na terenie RP. Istotne są także dane i doświadczenia pochodzące z państw europejskich o podobnej strukturze społecznej oraz państw, nie tylko europejskich, które w nieodległej przeszłości odstąpiły od restryktywnego prawa aborcyjnego na rzecz modelu przyjmowanego powszechnie w Europie.

Po zgromadzeniu tego rodzaju informacji należałoby odpowiedzieć na pytanie: czy założenia i cele polskiego modelu prawa aborcyjnego, zarówno po publikacji orzeczenia K 1/20, jak i w czasie obowiązywania stanu prawnego określanego mianem „kompromisu aborcyjnego” są w praktyce realizowane? Czy dzięki obowiązującym przepisom chronione jest ludzkie życie i zdrowie bardziej efektywnie niż miałyby to miejsce w modelu zbliżonym do obowiązującego w innych państwach europejskich o podobnej strukturze społecznej? Czy posłużenie się przez ustawodawcę środkami prawnokarnymi spełnia wymóg racjonalności instrumentalnej?

⁶⁶ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 166-192; tenże, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „CzPKiNP” 2/1999, s. 40-46; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „PiP” 10/2001, s. 16; M. Derlatka, *Konstytucyjność kryminalizacji posiadania narkotyków*, „Prok. i Prawo” 7-8/2010, s. 89; A. Jezusek, *Przeciwdziałanie narkomanii; prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia (konopie)*. Głosa do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, „PS” 11-12/2015, s. 194-204. Patrz też wyrok TK z 4.11.2014 r., SK 55/13, OTK-A 10/2014, poz. 111; Wyrok TK

Czy normy prawnokarne nadają się do realizacji celów zadeklarowanych przez ustawodawcę? Czy dzięki obowiązującemu prawu polskie obywatelki są bardziej skłonne aby zachodzić w ciążę? Czy obowiązujący model zapewnia lepszą ochronę życia i zdrowiu polskich pacjentek oraz ich dzieci niż miałyby to miejsce na gruncie bardziej liberalnych przepisów? Czy też przeciwnie – obowiązujące przepisy doprowadziły do powstania zjawisk społecznych utrudniających optymalną ochronę życia i zdrowia ludzkiego? Czy aktualnie obowiązujące prawo doprowadziło do wykreowania nowej kategorii przestępców, tj. osób współdziałających z kobietami, które z przyczyn ekonomicznych nie stać na legalną aborcję za granicą; osób które nie miały dostatecznie silnych nieformalnych „wplywów” społecznych, zaradności życiowej lub odporności psychicznej, aby uzyskać dostęp do legalnej aborcji w Polsce? Czy aktualnie obowiązujące prawo chroni ludzkie życie i zdrowie, czy też przeciwnie: realnie wpływa na algorytmy postępowania medycznego przyjmowane wobec kobiet ciężarnych w taki sposób, że z obawy o bezpieczeństwo prawne medycy są skłonni raczej zaryzykować życiem i zdrowiem kobiety, narazić ją na traumatyczne i okrutne traktowanie, zmniejszyć szanse na urodzenie kolejnego dziecka w przyszłości (np. z uwagi na konieczne cesarskie cięcie lub długotrwałą rekonwalescencję po zakończeniu wysokiej ciąży powiklanej poważną patologią płodu), a w optymistycznej wersji „wypchnąć” ciężarną pacjentkę w stanie zagrożenia życia lub zdrowia do innego ośrodka, byleby tylko nie narazić się na rzeczywiste lub domniemane „problemy prawne”? Czy obowiązujące przepisy, w tym analizowane przepisy karne, sprzyjają zagwarantowaniu pacjentce i dziecku pomocy medycznej na poziomie adekwatnym do możliwości współczesnej medycyny, czy wręcz przeciwnie? Czy skazanie dziecka obciążonego wadą letalną na powolną agonię w ciele nie akceptującej takiego rozwiązania kobiety lub bezpośrednio w czasie porodu bądź po porodzie jest optymalnym rozwiązaniem z perspektywy zasad współczesnej medycyny oraz zasady poszanowania godności człowieka?

Jeżeli analiza dostępnych danych doprowadzi do wniosku, iż obowiązująca na przestrzeni już niemalże 30 lat, kryminalizacja przewidziana w omawianych przepisach nie doprowadziła rzeczywiście i bezpośrednio

do realizacji choćby w części założonych celów, to wypada stwierdzić, że przepisy te nie spełniają testu proporcjonalności. W Polsce eksperyment społeczny, testujący jak w praktyce wygląda realizacja „ochrony życia” za pomocą restryktywnego prawa aborcyjnego, sprzężonego z stworzonymi z nieumiarkowanym rozmachem przepisami prawa karnego, trwa już dostatecznie długo i przyniósł dostatecznie mroczne żniwo, że można pokusić się o racjonalne wnioski zarówno w sferze prawa karnego jak i w sferze przepisów regulujących dostępność do legalnej aborcji.

Bibliografia

- J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18
- J. Giezek, P. Kardas, Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20, „Państwo i Prawo” 8/2021
- P. Kardas [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, art. 18
- K. Kmań, Naklanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy, „Prokuratura i Prawo” 2/2018
- M. Królikowski [i] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2013, t. 1, art. 152
- E. Plebanek, Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych), „zasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 4/2016
- R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, „Państwo i Prawo” 8/2021
- D. Szumiło-Kulczycka, K. Kozub-Ciembroniewicz, Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20), „Państwo i Prawo” 8/2021
- K. Wojtyczek, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP, Kraków 1999

E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990.

Abstract

Criminal liability for incitement or the assistance to terminate pregnancy
(Selected Issues)

This paper focuses on selected Issues of the criminal liability for the participation in the abortion on the basis of provisions being in force. Analysis concerns the possibility of punishing for the incitement and the assistance to terminate pregnancy. The following paper examines the criteria of the act prohibited under Article 152 of the Polish Criminal Code with the blanket clause referring to the Act on Family Planning after the Constitutional Tribunal's Judgment of 22 October 2020, K 1/20 which judgment eliminated the embryopathological grounds for termination of pregnancy.