

Artykuły

Konrad Kozub-Ciembroniewicz, Dobrosława Szumiło-Kulczycka

CZY ABORCJA NAPRAWDĘ JEST SPRAWĄ KONSTYTUCJI?

Artykuł przypomina okoliczności uchwalenia treści art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹. Przedstawia dyskusje, jakie toczyły się w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, podczas samych obrad Zgromadzenia Narodowego i wreszcie podczas kampanii referendalnej poprzedzającej przyjęcie Konstytucji. Autorzy wskazują na niebudzącą wówczas wątpliwości tak wśród projektodawców art. 38 Konstytucji, jak i wśród społeczeństwa kwestię, że przepis ten pomija prawną ochronę okresu prenatalnego. Decyzję tę podjęto świadomie, właśnie dlatego aby nie ograniczać od strony konstytucyjnej możliwości przeprowadzania zabiegów przerywania ciąży. Autorzy podważają argumenty podnoszone przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 28.05.1997 r., jak też w uzasadnieniu składu wydającego orzeczenie w dniu 22.10.2020 r. Autorzy zwracają też uwagę, że formalnie nie było podstaw prawnych do obwieszczenia wyroku TK z 28.05.1997 r. Te bowiem zostały uchylone wraz z wejściem w życie Konstytucji w dniu 17.10.1997 r. W konsekwencji orzeczenie to nie powinno być traktowane jako źródło prawa.

Niniejsza publikacja motywowana orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r.² jest elementem dyskursu toczącego się z różną intensywnością w Polsce od co najmniej kilkudziesięciu lat. W wielu publikacjach poświęconych omawianemu zagadnieniu dominują te, w których wskazuje się, że aborcja co do

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

² Wyrok TK z 22.10.2020 r. (K 1/20), OTK ZU 2021, poz. 4.

zasady jest zakazana, jako wynik pierwotnej, znajdującej swoje źródło w Konstytucji, ochrony życia, bez względu na jego fazę³. Główną tezą niniejszego artykułu jest natomiast twierdzenie, że Konstytucja z 1997 r. nie reguluje kwestii aborcji, albowiem w ogóle nie odnosi się do ochrony życia w fazie prenatalnej, a pominięcie to było świadomym i celowym zabiegiem⁴. Druga z wyrażonych tez dotyczy natomiast problemu nie(?)skuteczności wyroku TK z 28.05.1997 r.⁵, tzw. pierwszego wyroku aborcyjnego, w związku z wadami jego promulgacji.

Zasadnicza część argumentów dla wykazania tezy o konstytucyjnych źródłach zakazu przerywania ciąży odwołuje się do argumentacji bazującej na tzw. wykładni funkcjonalnej. Taką ścieżką poszedł skład wydający orzeczenie w dniu 22.10.2020 r., jak też Trybunał Konstytucyjny w wyroku wydanym w dniu 28.05.1997 r.

Stopień ogólności rozważań zawartych w uzasadnieniach tych orzeczeń, prowadzących ostatecznie do konkluzji o konstytucyjnym źródle wyinterpretowanego zakazu, nasuwa przekonanie, że mamy w istocie do czynienia nie z dyskursem dogmatycznym – opartym na prawie stanowionym, lecz dyskursem ideologicznym, skoncentrowanym na celu i poszukującym, w braku innych możliwości, uzasadnienia dla wyrażonej w nim tezy w podstawowych, najbardziej ogólnych pojęciach, takich, których treść można elastycznie formować.

W uzasadnieniu wyroku z 22.10.2020 r. warstwa językowa art. 38 Konstytucji, z którego skład wydający orzeczenie wyinterpretował zakaz aborcji, okoliczności jego uchwalenia i zatwierdzenia w referendum konstytucyjnym są obecne szczerkowo. Podobnie charakterystyka Konstytucji jako świadomej wypowiedzi normatywnej skierowanej do odbiorców została tendencyjnie pominięta. Niestety identyczna sytuacja miała miejsce także na gruncie wyroku TK z 28.05.1997 r., wydanego zaledwie trzy dni po przyjęciu w referendum treści aktualnie obowiązującej Konstytucji. Ówczesny skład TK zajmował się rozważaniem dopuszczalności aborcji w kontekście zasady demokratycznego państwa prawa, lakonicznie kwitując w uzasadnieniu przesądzenie zmiany stanu normatywnego zaledwie kilkadziesiąt godzin przed ogłoszeniem wyroku, słowami „Trybu-

³ Zob. w szczególności *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Wydawnictwo Sejmowe 2007, a tam m.in.: T. Smyczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 16; W. Wróbel, *Konstytucyjne Gwarancje Ochrony Życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, s. 29; L. Bosek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej okresie prenatalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe*, s. 48; A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, s. 102 i inne tam zamieszone publikacje.

⁴ W ten sposób zresztą artykuł ten zupełnie przypadkowo zbiegł się z tożsamą tezą Sądu Najwyższego USA, wyrażoną w wyroku z 24.06.2022 r. w sprawie *Jackson vs Dobbs* na gruncie amerykańskiej konstytucji, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (dostęp: 20.07.2022 r.).

⁵ Wyrok TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19.

nał Konstytucyjny oparł swoje rozstrzygnięcie na obowiązujących przepisach konstytucyjnych⁶. Uchwalona 2.04.1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa konstytucyjna, na której oparł swoje orzeczenie Trybunał Konstytucyjny znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP”.

Przyjęcie, że każde szczegółowe zagadnienie jest rozstrzygalne merytorycznie na gruncie konstytucji, w sytuacji poważnych problemów budzących kontrowersje natury etycznej, nieuchronnie angażuje prawników w spory etyczno-polityczne. Zapomina się przy tym, że konstytucja wcale nie musi regulować wszystkiego. Przeciwnie, może, a nawet niekiedy powinna, niektóre kwestie, zwłaszcza te wzbudzające silne kontrowersje społeczne, pozostawiać ustawodawcy zwykłemu, jako bardziej czułemu na zmiany zachodzące w świadomości zbiorowej. Pozostawienie przez ustrojodawcę problemów ustawie zwykłej wynikać może zarówno ze świadomej decyzji, istoty kompromisu, którym zazwyczaj jest Konstytucja, jak również z faktu, że operacyjny model stanowienia konkretnych ustaw w postaci czytań, konsultacji, dyskusji itd. zapewnia lepsze dostosowanie rozwiązań do problemu oraz zmieniającej się rzeczywistości społecznej. Zwracał uwagę na ten aspekt zagadnienia m.in. L. Garlicki, podkreślając, że ustawodawca konstytucyjny niekiedy celowo decyduje się na uregulowanie tylko części zagadnienia, świadomie pozostawiając w nim luki do wypełnienia przez ustawodawcę zwykłego⁷. Treść konstytucji jest wszak „wynikiem politycznego kompromisu, przy czym niektóre jej przepisy nie są niczym innym jak tylko wyrazem faktycznego braku porozumienia. W takich przypadkach zakodowana jest w nich polityczna intencja odłożenia w czasie podjęcia merytorycznych decyzji”⁸.

Poszukiwanie przez orzecznictwo konstytucyjne na siłę odpowiedzi na zagadnienia etyczne wprost w konstytucji nierozstrzygnięte obarczone jest jednak co najmniej trzema poważnymi wadami.

Po pierwsze, naraża władzę trybunalską na zarzut błędu *non sequitur*. Kiedy z tak ogólnej zasady jak państwo prawa lub zasada godności człowieka próbuje się wywieść odpowiedź na pytanie co do poszczególnych konkretnych problemów związanych z omawianą kwestią, tj warunków przerywania ciąży, można mieć wrażenie, że jest to nawet błąd *omnis sequitur*. Na nadużywanie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego refleksji ogólnej zwracał uwagę m.in. L. Morawski, zarzucając, że organ ten „swoiście interpretuje konstytucję

⁶ Tj. na utrzymanych w mocy przepisach Konstytucji z 22.07.1952 r., a dokładniej na treści jej art. 1 w brzmieniu nadanym mu ustawą z 29.12.1989 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1989 r. nr 75 poz. 444), a stanowiącym, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawa urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

⁷ L. Garlicki, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19; L. Garlicki, *Aksjologiczne podstawy reinterpretacji konstytucji (w:) Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, red. M. Zubik, Warszawa 2010, s. 98.

⁸ A. Jakuszewicz, *Wykładnia Konstytucji jako proces konkretyzacji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/1, s. 75.

oraz imputuje jej w swoim orzecznictwie własny system wartości”. Szczególnie w tym kontekście niepokoić mogą wyroki, w których TK wydaje się interpretować dość dowolnie normy Konstytucji dotyczące praw jednostki i odchodzi od tendencji występujących w podobnych przypadkach w innych państwach demokratycznych⁹.

Po drugie, działania takie, sprawiające pozór twórczego rozwijania idei państwa prawa, faktycznie prowadzą do jego degeneracji i ostatecznie zaprzeczenia. Konsekwencje tego sięgają więc znacznie dalej niż tylko jednostkowego wydawałoby się orzeczenia. Gwarancje konstytucyjne z natury rzeczy mają bowiem sens o tyle tylko, o ile pozostaje zgoda co do tego, że konstytucja stanowi nieprzekraczalne ramy dla działań jakichkolwiek instytucji państwowych, zarówno reprezentujących sferę władzy wykonawczej, jak też ustawodawczej i sądowniczej¹⁰. Państwo prawa jest nim rzeczywiście, gdy prawo jest oparte na fundamencie o jasnym znaczeniu i zakresie. Sytuacja, w której jeden z podmiotów kreuje swoje prawo do swobodnego, twórczego wyinterpretowywania z klauzul generalnych niewyrażonych w konstytucji treści, niechybnie ten fundament rozsadza. Unieważnia zawarty konsens, otwierając tym samym furtkę i dając argument dla innych form swobodnego traktowania konstytucyjnych norm.

Wreszcie po trzecie, działania takie aktualizują również problem demokratycznej legitymacji stanowienia prawa oraz konstytucyjnego obowiązku zachowania zasady podziału władz. Jak zwracał uwagę Z. Czeszejko-Sochacki w zdaniu odrębnym do wyroku K 26/96, „ogromny odsetek wniosków kierowanych do Trybunału Konstytucyjnego, jak i w ich następstwie wydanych orzeczeń, odwołuje się do zasady demokratycznego państwa prawnego, nadając tej zasadzie swoiste znaczenie lub swoisty kontekst. Z tej zasady zostało w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyinterpretowanych szereg zasad pochodnych, co w doktrynie budzi refleksje, na czym opiera się przekonanie, że sąd będzie działał w sposób nie arbitralny – zob. *Demokratyczne państwo prawne – model a rzeczywistość*, Instytut Spraw Publicznych, Konwersatorium, Warszawa 1996”¹¹.

Rzeczywiście, niebezpieczeństwo wynikłe z przekraczania granicy pomiędzy sądzeniem a stanowieniem prawa to problem samej istoty trójpodziału władz. Już Monteskiusz przestrzegał, że „Kiedy, w jednej i tej samej osobie lub w jednym i tym samym ciele, władza prawodawcza zespolona jest z wykonawczą, nie ma wolności; ponieważ można się lękać, aby ten sam monarcha albo ten sam senat nie stanowił tyrańskich praw, które będzie tyrańsko wykonywał. Nie ma

⁹ L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy” 2009/4, s. 77; zob. też L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1994/4, s. 3; J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 51.

¹⁰ M. Safjan, *Trybunał Konstytucyjny po 30 latach – doświadczenie i przyszłość*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017/1, s. 11.

¹¹ Z. Czeszejko-Sochacki, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19.

również wolności, jeśli władza sędziowska nie jest oddzielona od prawodawczej i wykonawczej. Gdyby była połączona z władzą prawodawczą, władza nad życiem i wolnością obywateli byłaby dowolna; sędzia bowiem byłby prawodawcą¹².

Poruszona tu kwestia granic prawotwórczej działalności sędziów Trybunału Konstytucyjnego jest w pewnym stopniu odzwierciedleniem koncepcji *judicial restraint* (powściągliwości sędziowskiej) i *judicial activism* (aktywizmu sędziowskiego). *Judicial restraint* nakazuje zachować sędziom powściągliwość przy rozpatrywaniu kwestii konstytucyjnych, gdyż opiera się na założeniu konieczności szacunku dla pozostałych władz i tym samym ograniczenia unieważniania ich działań przez sąd konstytucyjny wyłącznie do tych sytuacji, gdy naruszenie reguł konstytucji jest oczywiste. Sędziowie, którzy nie posiadają zwykle demokratycznej legitymacji pochodzącej bezpośrednio od wyborców, nie powinni przywłaszczać sobie roli władzy ustawodawczej ani wykonawczej. Prowadziłoby to do ograniczania pola demokratycznej samorządności, ale też w oczywisty sposób do wikłania sędziów w spory polityczne i ideologiczne¹³. Z kolei aktywizm sędziowski oznacza co do zasady przeciwieństwo powściągliwości, a tym samym gotowość sędziów do narzucania własnych poglądów i przekonań ideologicznych, bez podporządkowywania się ocenom wyrażanym przez inne władze czy przez wcześniejsze orzecznictwo¹⁴. Aktywizm sędziowski z natury rzeczy większe znaczenie odgrywa w systemach *common law*, gdzie rola i znaczenie precedensu jako źródła prawa jest historycznie ugruntowana. I tam jednak zarzuca mu się, że zamienia sędziów w działaczy, którzy orzekają, kierując się własnymi preferencjami politycznymi, a nie wiernej interpretacji prawa, porzucając w ten sposób swoją bezstronną rolę i uprawiając *legislating from the bench*, tj. tzw. prawodawstwo z ławy orzekającej¹⁵.

Warto zauważyć, że przejawu akceptacji dla aktywizmu sędziowskiego w działalności polskiego Trybunału Konstytucyjnego można doszukiwać się w powierzonej temu organowi w 1989 r. kompetencji do dokonywania wiążącej wykładni ustawy¹⁶. Początkowo, w okresie transformacji ustrojowej, w związku

¹² Ch. Montesquieu, *O duchu praw*, w tłumaczeniu T. Boya-Żeleńskiego, wyd. Wolne lektury. Fundacja Nowoczesna Polska, publikacja elektroniczna, s. 82; <https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/o-duchu-praw.pdf> (dostęp: 20.09.2022 r.).

¹³ Zob. K. Roosevelt, *Judicial restraint* (w:) *Encyclopedia Britannica* i literatura tam cytowana, <https://www.britannica.com/topic/judicial-restraint> (dostęp: 20.07.2022 r.).

¹⁴ Zob. bliżej na temat aktywizmu sędziowskiego B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012; M. Wieczorkowski, *Problem aktywizmu i prawotwórstwa sędziowskiego w świetle współczesnych teorii interpretacji*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2018/2, s. 169.

¹⁵ Zob. K. Roosevelt, *Judicial activism* (w:) *Encyclopedia Britannica* i literatura tam cytowana, <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism> (dostęp: 20.07.2022 r.).

¹⁶ Art. 1 pkt 10 ustawy z 7.04.1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. z 1989 r. nr 19 poz. 101); zob. też art. 13 ustawy z 29.04.1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1998 r. nr 22 poz. 98).

z ograniczonymi przepisami konstytucyjnymi, ale także w związku z przekreśleniem dotychczasowego fundamentu aksjologicznego i potrzebą budowy nowego, powierzenie wypełniania ewentualnych luk Trybunałowi Konstytucyjnemu uznawane było za przejaw konieczności. Temu też służyć miała wprowadzona do tekstu ówczesnie obowiązującej Konstytucji¹⁷ w 1989 r. formuła demokratycznego państwa prawnego¹⁸. Co oczywiste, kompetencja ta dawała spore pole do wypełnienia przestrzeni prawnokonstytucyjnej poglądami członków tego organu, ale tym samym ingerencji w politykę stosowania prawa. Rozwiązanie to, choć budzące wątpliwości co do swojej demokratycznej legitymacji, było w tamtym okresie o tyle łatwiej akceptowalne, że stanowiło kontynuację znanej w czasie PRL instytucji, tyle że przysługującej Radzie Państwa¹⁹. Co oczywiste, w okresie transformacji ustrojowej wyjęcie tego rodzaju uprawnień z rąk organu o charakterze politycznym i przekazanie go sądowi konstytucyjnemu stanowiło paradoksalnie krok w przód w procesie demokratyzacji. Nie znaczy to, że nie dostrzegano wówczas problemów, jakie się wiązały z akceptacją tak wyrażanego aktywizmu sędziów Trybunału Konstytucyjnego²⁰. Przeciwnie, bardzo dobrze zdawano sobie sprawę z ryzyk, jakie się wiązały z tak ukształtowaną „dopełniającą” system spisanych norm konstytucyjnych kompetencją. Traktowano ją więc jako czasową, do momentu uchwalenia nowej konstytucji, kiedy to argument o konieczności wypełniania luk powstałych po 1989 r. straci rację bytu²¹. Rzeczywiście Konstytucja z 1997 r. nie zawierała już takiego

¹⁷ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22.07.1952 r. (Dz.U. z 1976 r. nr 7 poz. 36 ze zm.).

¹⁸ Jak wskazują M. Zubik i W. Sokolewicz, „Pospieszne, niepoprzedzone wcześniejszą refleksją teoretyczną, wprowadzenie do konstytucji nowelą z 29.12.1989 r. charakterystyki państwa polskiego jako demokratycznego, prawnego, a przy tym urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej [zob. T. Chauvin, J. Winczorek, P. Winczorek, *Wprowadzenie klauzuli państwa prawnego do porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej*, (w:) *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006, s. 22], miało akcentować odmiennosć od dotychczasowej definicji ogólnej państwa jako «demokracji ludowej» (1952–1976) bądź państwa «socjalistycznego» (od 1976 r.). Przepis ten przede wszystkim jednak przesądzał o kierunku dokonywanych od kwietnia 1989 r. zmian ustrojowych. Miały one prowadzić do zasadniczej transformacji w ustrój innej jakości, oparty na odmiennej, by nie rzec, przeciwstawnej, aksjologii politycznej. Formuła demokratycznego państwa prawnego wyprzedziła zatem przeprowadzone później przemiany demokratyczne, ale w pewien sposób je wymuszała, wskazując konieczny kierunek tych przemian, tkwiąc tymczasem w otoczeniu prawnym niedostosowanym jeszcze, lecz dopiero dostosowywanym do jej treści. O ile w przyjętej w 1989 r. formule jasno wyrażone zostały polityczne intencje ustrojodawcy, o tyle mniej wyraźne było jej znaczenie prawne”, M. Zubik, W. Sokolewicz (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, t. 1, teza 3 do art. 2.

¹⁹ Por. art. 25 ust. 1 pkt 3 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22.07.1952 r. (Dz.U. z 1952 r. nr 33 poz. 232).

²⁰ Zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *O niektórych problemach powszechnie obowiązującej wykładni ustalonej przez Trybunał Konstytucyjny* (w:) *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciniński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 39.

²¹ Zob. bliżej Z. Czeszejko-Sochacki, *Trybunał Konstytucyjny w świetle projektów Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1995/2, s. 17.

uprawnienia Trybunału Konstytucyjnego. Nie zostało ono także przewidziane w nowej, uchwalonej w 1997 r., ustawie o Trybunale Konstytucyjnym²². A co więcej, w art. 239 ust. 2 Konstytucji z 1997 r. przewidziano, że z dniem jej wejścia w życie podlegają umorzeniu wszystkie wcześniej wszczęte, a niezakończone postępowania w przedmiocie powszechnie obowiązującej wykładni ustawy, jak również tracą moc wszystkie uprzednio wydane uchwały w przedmiocie powszechnie obowiązującej wykładni prawa (art. 239 ust. 3 Konstytucji). Wszystko to było zupełnie logiczne i konsekwentne. Ponieważ uzyskano społeczny konsens wokół treści ustanawiającej kompletny demokratyczny fundament Konstytucji, uzyskano jej akceptację w drodze referendum, nie miało sensu dalsze utrzymywanie prawotwórczej, w aspekcie pozytywnym, kompetencji Trybunału Konstytucyjnego.

Aby więc odpowiedzieć na tytułowe pytanie, warto teraz pochylić się nad genezą treści art. 38 Konstytucji RP oraz przypomnieć, jakie obiektywne znaczenie zawartemu tam sformułowaniu przypisywano podczas trzech etapów działań ustrojodawczych, tj. prac komisji Zgromadzenia Narodowego, głosowania w Zgromadzeniu Narodowym i wreszcie podczas aktu referendum, które miało miejsce zaledwie trzy dni przed ogłoszeniem powołanego wyżej wyroku TK. Z pełnym rozmysłem odwołujemy się do obiektywnych ocen historycznych, a więc rekonstruowanych z perspektywy adresatów, bo to adresaci – obywatele – ostatecznie podejmowali decyzję o uchwaleniu Konstytucji o określonej treści. Niemniej jednak już tu zaznaczyć należy, że w tej konkretnej sytuacji ustalenia dotyczące woli autorów brzmienia omawianej normy, a zatem czynione z perspektywy subiektywnej, również wskazują na taki sam cel i taką samą intencję, jaka wynika z zobiektywizowanej perspektywy adresata wypowiedzi normatywnej.

W pracach omawiających proces tworzenia Konstytucji podkreśla się, że właśnie tzw. elementy światopoglądowe stanowiły istotną część sporu i debaty publicznej²³. Już na etapie prac w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nad „projektem jednolitego brzmienia art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (w ujęciu wariantowym)” na posiedzeniu w dniu 27.01.1995 r. odbyło się głosowanie, które dało następujące wyniki:

- za wariantem I (wniosek posła Jerzego Ciemniewskiego) w brzmieniu „1. Każdy ma prawo do ochrony życia. 2. Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 7 głosów;
- za wariantem II w brzmieniu „Życie ludzkie jest nienaruszalne” oddano 0 głosów;
- za wariantem III w brzmieniu „1. Rzeczpospolita Polska uznaje przyro-

²² Ustawa z 1.08.1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. nr 102 poz. 643).

²³ Zob. J. Jaskiernia, *Spoleczna percepcja Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017/6, s. 76. „Spory konstytucyjne i poszukiwanie kompromisu «zewnątrznego» (z partnerami spoza koalicji konstytucyjnej) dotyczyły głównie problemów o charakterze ideologicznym (m.in. Invocatio Dei, roli prawa naturalnego, zakresu ochrony życia, stosunku państwo – Kościół, roli rodziców w wychowaniu dzieci)”.

- dzono prawo każdej istoty ludzkiej do życia od poczęcia i gwarantuje jego ochronę prawną. – Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 0 głosów;
- za wariantem IV w brzmieniu „Chroni się życie ludzkie od poczęcia do naturalnej śmierci. Warunki dopuszczalności przerywania ciąży określa ustawa” oddano 0 głosów;
 - za wariantem V w brzmieniu: „1. Rzeczpospolita Polska uznaje przyrodzone prawo każdej istoty ludzkiej do życia od poczęcia po naturalną śmierć i gwarantuje jego prawną ochronę. 2. Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 0 głosów;
 - za wariantem VI (wniosek poseł Krystyny Łybackiej oraz wniosek posłów Lidii Błądek, Mariana Króla, Marii Kurnatowskiej, Mirona Pomirskiego i senatorów: Adama Daraża i Jana Orzechowskiego) w brzmieniu „Każdy człowiek ma prawo do ochrony życia” oddano 30 głosów;
 - za wariantem VII (wniosek senatora Piotra Ł.J. Andrzejewskiego) w brzmieniu „Podstawowym prawem osoby ludzkiej, gwarantowanym przez Rzeczpospolitą Polską, jest prawo do życia. Życie człowieka podlega szczególnej ochronie od poczęcia do naturalnej śmierci” oddano 4 głosy;
 - za wariantem VIII (wniosek posła Tadeusza Mazowieckiego) w brzmieniu „1. Podstawowym prawem osoby ludzkiej, gwarantowanym przez Rzeczpospolitą Polską, jest prawo do życia. Życie człowieka podlega szczególnej ochronie od poczęcia do naturalnej śmierci. 2. Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 2 głosy;
- Nikt nie wstrzymał się od głosu²⁴.

Drugim etapem prac były prace Komisji nad poprawkami zgłoszonymi po posiedzeniach w lutym 1997 r. Posiedzenie Komisji odbyło się w dniu 14.03.1997 r. Również i tym razem obie poprawki zawierające przepisy o ochronie życia poczętego zostały odrzucone przez Komisję. Została natomiast przyjęta autopoprawka w brzmieniu, które ostatecznie weszło do art. 38 Konstytucji. Analiza dyskusji z posiedzenia Komisji wskazuje, że jednoznacznym celem przyjętego ostatecznie brzmienia tego przepisu było pozostawienie regulacji dotyczących możliwości przeprowadzenia aborcji ustawodawcy zwykłego i świadome wyłączenie tej sfery spod ewentualnych ocen Trybunału Konstytucyjnego²⁵.

²⁴ Biuletyn 1228/II Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego nr 11/25-01-95/, <https://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/B2?Open> (dostęp: 22.01.2022 r.).

²⁵ Przywołać tu można choćby wypowiedź jednego z posłów – M. Borowskiego. „Według mnie – i nie tylko według mnie – człowiek się staje w łonie matki. Teraz jest kwestia momentu, w którym staje się człowiek. Na ten temat są różne teorie. Jest teoria, że jest to z chwilą poczęcia. Jest też teoria, że jest to z chwilą, gdy pojawiają się tzw. synapsy, czyli moment pośaldowania mózgu. Jest to chyba 16 tygodni. Nie bez przyczyny więc w zdecydowanej większości krajów, w których jest dopuszczalność przerywania ciąży, określony jest okres, w którym przerwanie ciąży jest możliwe. Najczęściej jest to 12–14 tygodni. Jest tak dlatego, że na ogół wychodzi się z założenia, że jednak później ma się już do czynienia z człowiekiem i że już później tylko szczególne okoliczności mogą spowodować zgodę na przerwanie ciąży. Jest to np. ewidentne za-

Autopoprawka została przyjęta w wyniku głosowań w dniu 21.03.1997 r. na posiedzeniu Zgromadzenia Narodowego. Przedmiotem obrad i głosowania było wówczas pięć poprawek i dwa wnioski mniejszości, wśród których ponownie znajdowały się poprawki rozszerzające treść art. 38 o ochronę prawną życia od poczęcia. Zgromadzenie Narodowe przyjęło jednak treść rekomendowaną przez Komisję²⁶.

Nie budzi również wątpliwości, że kwestie zakresu ochrony życia w Konstytucji, w tym w szczególności kwestia konstytucyjnego wprowadzania bądź nie zakazu aborcji, były wówczas także przedmiotem debaty publicznej wśród polskiego społeczeństwa. Brak konstytucyjnych gwarancji ochrony życia poczętego był jednym z elementów kampanii referendalnej zarówno po jednej stronie sporu światopoglądowego, jak i po drugiej²⁷. W szczególności niektórzy zwolennicy wpisania ochrony życia poczętego do Konstytucji namawiali za głosowaniem w referendum przeciwko jej przyjęciu, właśnie m.in. z tej przyczyny, że nie zawiera ona takiego zapisu²⁸.

grożenie życia matki. Tak więc spór ma charakter filozoficzny. Przepis, który zaproponowałem jako autopoprawkę, polega na tym, aby nie miał on charakteru, o którym m.in. Kościół katolicki mówił, iż ma formułę wskazującą na nadawanie sobie prawa do życia. Rezygnuję więc z tej formuły i przyjmuję formułę stanowiącą, że Rzeczpospolita Polska zapewnia prawną ochronę życia. Równocześnie jednak absolutnie nie mogę zgodzić się na to, aby w konstytucji przesądzić lub dać pełne podstawy do tego, aby później każda ustawa, zezwalająca na przerywanie ciąży, była automatycznie blokowana przez Trybunał Konstytucyjny, bez względu na to, kto będzie w składzie Trybunału Konstytucyjnego, a więc zwolennicy czy przeciwnicy przerywania ciąży. Myślę, że jest to wszystko, co można powiedzieć w tej sprawie”, zob. stenogram z posiedzenia Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego z 13.03.1997 r., <http://orka2.sejm.gov.pl/Debata2.nsf>. (dostęp: 22.01.2022 r.); zob. też B. Banaszak (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 38: „Prawna ochrona życia nie oznacza ochrony życia ludzkiego od momentu poczęcia. Postulat ochrony życia ludzkiego od momentu poczęcia pojawił się już w toku prac nad Konstytucją. Budził jednak duże kontrowersje i został w 1995 r. w początkowej fazie prac odrzucony. W efekcie art. 38 Konstytucji ograniczył się tylko do sformułowania o prawnej ochronie życia. Za przyjęciem normy niezawierającej zwrotu o ochronie życia od poczęcia opowiedziało się 30 spośród 43 głosujących członków Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (Biuletyn XII, Warszawa 1995, s. 92)”.

²⁶ T. Kalita, *Proces tworzenia konstytucyjnej formuły określającej zakres ochrony życia człowieka*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016/36, s. 77; zob. też „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego” XLV z 1997 r.

²⁷ Ten argument wskazywał m.in. L. Garlicki w zdaniu odrębnym do wyroku TKK 26/96.

²⁸ M. Krzaklewski, *Zniesienie progę frekwencyjnego w referendum konstytucyjnym (1997) to była manipulacja*, 4.05.2017 r., <https://www.tysol.pl/a6937-M-Krzaklewski-zniesienie-progu-frekwencyjnego-w-referendum-konstytucyjnym-1997-to-byla-manipulacja> (dostęp: 22.01.2022 r.), gdzie ówczesny przewodniczący związku NZSS Solidarność tak wspomina: „Wówczas po raz kolejny wystąpiłem w sejmie wskazując, że Solidarność jest gotowa poprzeć projekt ZN tylko wówczas, gdy zostanie w niej zawarte trzynaście punktów, które dotyczyły m.in. odwołania się w preambule w sposób naturalny, a nie sztuczny do Boga, podkreślenia roli Solidarności w procesie odzyskiwania niepodległości, podkreślenia prymatu prawa naturalnego nad stanowionym, zawarcia prawa do ochrony życia od poczęcia aż do śmierci. (...) Zgodnie z uchwałą władz «Solidarności» zaznaczyłem, że w zbliżającym się referendum konstytucyjnym należy obywatelom

Warto przy okazji zwrócić uwagę na inny zabieg, który pojawił się już po uchwaleniu Konstytucji, to jest zabieg redefinicji normatywnego zakresu terminu „człowiek”, a który następował ewidentnie w kontekście problematyki aborcji. Termin ten był używany zarówno w języku prawnym, jak i prawniczym przez dziesiątki lat w odniesieniu do osoby urodzonej lub też w odniesieniu do osoby zdolnej do samodzielnego życia poza organizmem matki od fazy rozpoczęcia porodu²⁹. Ustawodawca konsekwentnie posługiwał się pojęciem „człowiek”, odnosząc je do osoby urodzonej. Dla odmiany obejmując hipotezę normy stan przedurodzeniowy, posługiwał się pojęciami „płód”, „*nasciturus*”, lub z czasem także pojęciem „dziecko poczęte”. Rozróżnienie to szczególnie wyraźne było i jest w prawie karnym, gdzie przeciwstawienie pojęcia „człowiek” pojęciu „dziecko poczęte” służy między innymi różnicowaniu typów czynów zabronionych i zakresu odpowiedzialności karnej³⁰. Nie ma też wątpliwości, że pojęcie „człowiek” używane jest tam wyłącznie w odniesieniu do osoby urodzonej lub też w odniesieniu do osoby zdolnej do samodzielnego życia poza organizmem matki od fazy rozpoczęcia porodu. Nie ma też wątpliwości, że takim znaczeniem wskazanego terminu posługiwali się członkowie Zgromadzenia Narodowego i taki wreszcie sposób rozumienia tego terminu był przedmiotem debaty referendalnej³¹.

Przyjęte zatem w końcowej części uzasadnienia wyroku TK z 28.05.1997 r. twierdzenie, jakoby użyte w art. 38 Konstytucji pojęcie „człowiek” obejmowało także fazę prenatalną, niewątpliwie stanowiło instrumentalną próbę tzw. definicji perswazyjnej, projektującej, niemającej podstawy ani w ówczesnym potocznym rozumieniu tego terminu, ani w języku prawnym, i przy całkowitym pominięciu niebudzącego wątpliwości podczas prac komisji ZN oraz podczas odbywającego się ledwie trzy dni wcześniej referendum konstytucyjnego, faktu, że faza ta właśnie zakresem tego artykułu z rozmysłem została pominięta. Nie ulega wątpliwości, że znaczenie nadawane językowi aktu prawnego, po pierw-

przedstawić w referendum alternatywnym dwa projekty konstytucji: obywatelski i przyjęty przez Zgromadzenie Narodowe, ponieważ opierają się one na odmiennych systemach wartości i różnych koncepcjach systemu społeczno-gospodarczego. Ta propozycja była przez związek artykułowana już w 1995 roku, czyli 2 lata przed referendum konstytucyjnym. Ani postulaty, ani propozycja podania pod referendum dwóch projektów nie zostały przez Zgromadzenie Narodowe zaakceptowane. (...) W takiej sytuacji Komisja Krajowa wezwała członków i sympatyków związku, aby w referendum w dniu 25.05.1997 głosowali za odrzuceniem projektu konstytucji”.

²⁹ Zob. przegląd poglądów zawarty w uzasadnieniu uchwały SN z 26.10.2006 r. (I KZP 18/06), OSNKW 2006/11, poz. 97.

³⁰ T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, przy czym autor ten zdaje się krytycznie odnosić do tego podziału, postulując interwencję ustawodawcy w celu rozszerzenia odpowiedzialności za pozbawienie życia człowieka na taki etap rozwoju płodu, który pozwoliłby uznać jego zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki.

³¹ Zob. też B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 38.

sze, nie powinno odbiegać od zwykłego jego rozumienia, po drugie, nie może być oderwane od celu i zamysłu ustrojodawcy co do zakresu desygnatów, które ma on obejmować. Zwłaszcza gdy mamy do czynienia z aktem o charakterze konstytucyjnym i gdy w grę wchodziła interpretacja pojęcia budzącego szczególne emocje na etapie jego tworzenia, które zostały przewyciężone zawartym przez projektodawców kompromisem, a potwierdzone akceptacją wyrażoną podczas referendum konstytucyjnego. Podważenie tego kompromisu pozbawiło *de facto* ustrojodawcę prawa do formułowania za pomocą zastanego języka treści przepisów prawnych odpowiadającej jego woli, doprowadziło bowiem do ustalania tej treści nie tylko w oderwaniu od jakiegokolwiek kontekstu językowego, ale przede wszystkim sprzecznie z jego wolą.

W konsekwencji powstała sytuacja w istocie naruszająca demokratyczne reguły formowania porządku konstytucyjnego i naruszająca zasadę trójpodziału władz. Władza trybunalska przypisała sobie, wbrew woli ustrojodawcy, prawo narzucenia całemu społeczeństwu, z pominięciem ustawodawcy, określonej regulacji, czemu w sposób oczywisty na etapie tworzenia Konstytucji chciano zapobiec. Był to ewidentny przykład przekroczenia dopuszczalnych granic aktywizmu sędziowskiego, polegający na wyinterpretowaniu z normy ogólnej, tj. zasady demokratycznego państwa prawnego, treści tak szczegółowej, jak zakaz aborcji ze względów społecznych³². Co więcej, towarzyszyło temu zaprojektowanie takiego sposobu rozumienia, dopiero co przyjętego w referendum konstytucyjnym, lecz jeszcze wówczas nieobowiązującego art. 38 nowej Konstytucji, mimo że ten sposób regulacji odrzucony był tak w toku prac ZN nad treścią tego przepisu, jak też podczas referendum. Niewątpliwie był to jaskrawy przejaw nadużycia w orzecznictwie TK zaufania obywateli, którzy świadomie opowiedzieli się za przyjęciem Konstytucji w określonym brzmieniu i o przewidywanych jego skutkach i zlekceważenia wypracowanego w ten sposób kompromisu. Nie powinno więc dziwić, że dysonans wywołany tamtym orzeczeniem do dziś pozostaje źródłem bardzo emocjonalnych postaw społecznych.

Być może dlatego niektórzy autorzy otwarcie wskazują, że ustrojodawca w ich ocenie w ogóle nie ma kompetencji do określania tych kwestii. Tak m.in. A. Zoll, który wskazuje, że „nie do prawa stanowionego, także do Konstytucji, należy definicja człowieczeństwa i określenie od kiedy mamy do czynienia z człowiekiem”. Autor ten podaje dalej: „Uważam, że konstytucja słusznie zaniechała wprowadzania jakichkolwiek elementów definicyjnych odnoszących się do desygnatu pojęcia «człowiek»”³³. Problem w tym, że tezy te nie uwzględniają rzeczywistych dyskusji i przyczyn takiego jak ostatecznie przyjęto uregulowa-

³² Rozumowanie to starannie pomijało przy tym inny, wynikający z niego nieuchronnie wniosek, że w takim razie wszystkie kraje cywilizacji zachodniej demokratycznymi państwami prawa nie są, jak również że nie chronią w sposób właściwy ani życia, ani godności jednostki ludzkiej, co można uznać za dający do myślenia paradoks.

³³ A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP...*, s. 102.

nia w Konstytucji analizowanego zagadnienia. Kwalifikowana większość ZN wyraźnie opowiedziała się bowiem za wyznaczeniem jedynie granic ochrony życia, nie zaś za definiowaniem pojęcia „człowiek” czy przyznawaniem komukolwiek prawa do życia. Ustalając jedynie granice konstytucyjnej ochrony życia, z premedytacją zrezygnowano z zapisów rozciągających ją na fazę prenatalną. A chodziło dokładnie o zaniechanie konstytucyjnego ingerowania w regulowanie kwestii tak drażliwej, jaką jest przerywanie ciąży. Co oczywiście nie wykluczało regulowania tej kwestii w drodze ustawy. Z uwagi jednak na brak społecznej akceptacji dla lansowanego przez Kościół katolicki zakazu lub co najmniej bardzo poważnego ograniczania przerywania ciąży, jak też na nieuchronnie wywołany takim zakazem problem jego sprzeczności z innymi konstytucyjnymi wartościami, jak: godność kobiety, jej prawo do życia, do zdrowia (także w aspekcie zdrowia psychicznego) czy prawo do prywatności i autonomii decyzji kobiety, z pełną świadomością zdecydowano ograniczyć konstytucyjną ochronę życia człowieka, tak aby pozostawić kwestię przerywania ciąży poza jej zakresem.

Być może jednak w takiej postawie widzieć należy całe *clou* problemu. Prezentowane jest bowiem przekonanie, że w tak bardzo szczegółowej, kontrowersyjnej oraz odmiennie regulowanej w innych krajach sferze istnieje akurat w polskim systemie prawa określone prawo wyższe, przed- lub ponadkonstytucyjne, wobec którego *de facto* tak zamiłł ustrojodawcy, jak i przepis konstytucyjny nie mają znaczenia³⁴. Optyka ta wyraźnie zresztą wybija się na plan pierwszy w uzasadnieniu wyroku z 22.10.2020 r. Przy takim jednak traktowaniu Konstytucji traci ona jakikolwiek sens jako źródło praw i wolności. Wskazany punkt widzenia oznacza, że równie dobrze Konstytucja mogłaby się ograniczać do treści art. 2 formułującego zasadę demokratycznego państwa prawa, z którego odpowiednio zręczny interpretator może wywieść każdą treść. Retorycznym zagadnieniem pozostawałoby wówczas tak pytanie, po co w ogóle uchwalano art. 38 Konstytucji, jak i pytanie o sens prowadzonych sporów zarówno w okresie przygotowywania projektu Konstytucji, jak też w okresie kampanii referendalnej, czy wreszcie w roku 2007, kiedy przystępowano do nieudanej próby zmiany brzmienia art. 38 poprzez dodanie do jego treści słów „od poczęcia”. Przywołane orzeczenie opiera się ostatecznie na założeniu, że ustrojodawca uregulował przedmiot, który faktycznie umyślnie pominął. Pozostaje w tym miejscu odwołać się do powtarzanej w literaturze w ślad za orzecznictwem tezy, że „nie może być mowy o tzw. lukach pozornych oraz lukach w tym sensie, że ktoś uważa, iż dane materie powinny być prawnie uregulowane, a nie są, co należałoby potraktować jedynie jako niezgodności czyjegoś ideału prawnego z prawem obowiązującym. (...) Założenia racjonalnego ustawodawcy nakazują

³⁴ Zob. np. J. Roszkiewicz, *Prawo nasciturusa do życia w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym*, „Forum Prawnicze” 2017/4, s. 105, zdaniem którego „źródłem prawa do życia nie jest Konstytucja RP, lecz godność człowieka – zakres podmiotowy tego prawa nie jest więc zależny od woli prawodawcy, nawet konstytucyjnego”.

bowiem uznać nie tylko, że nie mówi on niczego bez potrzeby, lecz także respektować to, czego ustawodawca nie powiedział”³⁵.

Stosowanie interpretacji projektujących, z pominięciem kontekstu powstania normy prawnej oraz zastanęgo znaczenia słów w nim użytych, i odwołanie się do funkcjonalnych dyrektyw wykładni prowadzi do zastąpienia treści umowy społecznej preferowaną treścią interpretatora. Prowadzi to do zupełnej arbitralności tak wyinterpretowywanych tez, wynikającej z „absolutyzowania systemu wartości przyjmowanego przez interpretatora i przypisywaniu tegoż systemu wartości wszelkiemu prawodawcy, którego uznać można by za prawodawcę racjonalnego”³⁶. W uzasadnieniu wyroku z 22.10.2020 r. pada wręcz nieprawdziwe twierdzenie, jakoby nie było żadnych merytorycznych decyzji wyznaczających dobór konkretnych słów, a w związku z tym treść art. 38 daje składowi orzekającemu kompetencję do jej uzupełnienia³⁷.

Sięgając do źródeł ukształtowania treści art. 38 Konstytucji, jak i dokonując jego wykładni językowej, nie można mieć wątpliwości, że nigdy nie obejmował on swoim zakresem fazy prenatalnej i nie wprowadzał ochrony życia od poczęcia. Świadomie podjęto w tym zakresie decyzję negatywną, właśnie z uwagi na kontrowersje społeczne, jakie ona wywoływała, i właśnie dlatego, że nie osiągnięto tu poziomu konsensu społecznego niezbędnego do uczynienia z tej kwestii podstawy ustrojowej. Z proponowanych wersji artykułu 38 Konstytucji aż siedem zawierało bezpośrednio treść wskazującą na objęcie ochroną życia poczętego, lecz wszystkie one zostały odrzucone zarówno w Komisji, jak i w głosowaniu ZN w dniu 23.03.1997 r.

Ustalenia na bazie dyrektyw językowych są spójne z ustaleniami w ramach wykładni celowościowej. Mianowicie ustrojodawca nie przyznał prawa do życia, ponieważ wychodził ze słusznego założenia, że jest to dokument prawny, a nie filozoficzny lub religijny, a więc można w nim decydować nie o życiu, lecz o zakresie jego ochrony prawnej. Po drugie, przez świadome użycie terminu „człowiek” wskazał, że ochrona konstytucyjna na podstawie art. 38 Konstytucji RP dotyczy określonego etapu rozwoju istoty ludzkiej³⁸ określanej na gruncie języka potocznego i zastanym użyciu prawnym pojęciem „człowiek”. Podkreślić przy tym należy, że chodziło o wyznaczenie ochrony konstytucyjnej, a nie ochrony w ogóle. Ustrojodawca nie neguje ani nie wyklucza ochrony fazy prenatalnej w drodze ustawy. Rozstrzygnął jednak, że nie jest ona jednakowo silna

³⁵ Uzasadnienie postanowienia SN z 25.05.2001 r. (WA 15/01), OSNKW 2001/9–10, poz. 81.

³⁶ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 296.

³⁷ „Mając na uwadze wszystkie powyższe wypowiedzi, Trybunał przyjął, że intencją ustrojodawcy było – wobec braku wskazania *expressis verbis* w Konstytucji granic temporalnych życia człowieka i jego prawnej ochrony lub wyłączenia w tym zakresie kognicji Trybunału – pozostawienie do rozstrzygnięcia Trybunałowi kwestii dotyczącej wiążącego ustalenia znaczenia pojęcia «człowiek» na gruncie art. 38 Konstytucji”, zob. wyrok TK z 22.10.2020 r. (K 1/20), OTK ZU 2021, poz. 4.

³⁸ Na marginesie trzeba wskazać, że poprawka zawierająca sformułowanie „istota ludzka” również została w pracach Zgromadzenia Narodowego odrzucona.

jak ochrona osoby już urodzonej, co w pełni odzwierciedlało obawy, jakie właśnie oponenti szerszego zakresu art. 38 wysuwali, wskazując na ryzyko, jakie niosłaby ona dla sfery życia, zdrowia, godności i możliwości samostanowienia dla kobiet.

Na temat mocy obowiązującej i skutków orzeczenia z 22.10.2020 r. napisano już wiele³⁹. Co zaskakujące natomiast, jak dotąd pomijano kwestię znaczenia i skutków wyroku z 28.05.1997 r. Dziwi to tym bardziej, kiedy się uwzględni szczególny kontekst intertemporalny, w jakim wyrok ten został wydany. Omawiany wyrok stwierdzał niezgodność części przepisów ustawy z 30.08.1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw⁴⁰, w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁴¹, z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 ustawy konstytucyjnej z 17.10.1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym.

Zgodnie z wówczas obowiązującym prawem wyrok ten nie wywoływał automatycznie skutku derogacyjnego, lecz uruchamiał procedurę reakcji merytorycznej ustawodawcy na decyzję TK. Reakcja ta mogła polegać na usunięciu niezgodności za pomocą działań legislacyjnych. Obowiązujące wówczas uregulowania (art. 33a Konstytucji z 1952 r. w zw. z art. 6 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 1985 r.⁴²) przewidywały też przypadek polegający na uznaniu orzeczenia w ciągu 6 miesięcy od dnia jego opublikowania za niezasadne merytorycznie i oddaleniu orzeczenia większością kwalifikowaną. Tyle że usunięcie niezgodności dwóch norm prawnych, tzn. normy kontrolowanej i wzorca kontroli, z istoty rzeczy może również nastąpić poprzez uchylenie przepisu zawierającego wzorzec kontroli lub uchylenie całego aktu prawnego, w którym jest zawarty. Taka sytuacja nastąpiła, ponieważ niecałe pięć miesięcy po wydaniu wyroku weszła w życie nowa Konstytucja i uchylone zostały wszystkie do-

³⁹ Zob. w szczególności „Państwo i Prawo” 2021/8, w całości poświęcony wyrokowi z 22.10.2020 r., a tam artykuły: P. Kardas, J. Giezek, *Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20)*, s. 40; R. Piotrowski, *Nova regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji*, s. 62; D. Szumiło-Kulczycka, K. Kozub-Ciembroniewicz, *Konsekwencje uchybień w obszarze TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20)*, s. 81; W. Zontek, *Prawnokarne skutki wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20 (zagadnienia wybrane)*, s. 211; B. Grabowska-Moroz, K. Łakomiec, *(Nie)dopuszczalność aborcji. Glosa do wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20*, s. 251; A. Rakowska-Trela, *Wyrok czy nie-wyrok. Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży*, „Przegląd Sądowy” 2021/6, s. 106.

⁴⁰ Ustawa z 30.08.1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1996 r. nr 139 poz. 646).

⁴¹ Ustawa z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. nr 17 poz. 78 ze zm.).

⁴² Ustawa z 29.04.1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1991 r. nr 109 poz. 470 ze zm.).

tymczasowe przepisy konstytucyjne (art. 242). Z formalnego punktu widzenia kończyło to kwestię możliwości uznania, że wskazany wyrok wszedł do systemu prawa i wywołał skutek prawny. Ewentualne argumenty o rzekomej tożsamości merytorycznej nowych norm z poprzednimi nie znajdują tu uzasadnienia, ponieważ i tak musiałyby być przedmiotem ponownego badania w ramach odrębnego postępowania przed Trybunałem i kontroli merytorycznej zakończonej wyrokiem, co jednak nie nastąpiło. Dodatkowo sytuacja normatywna po wejściu w życie nowej Konstytucji była już inna, choćby przez fakt pojawienia się art. 38. Treść uznana za sprzeczną ze starym porządkiem konstytucyjnym nie może być uznawana automatycznie za sprzeczną także i z nowym porządkiem, który zawiera dużo precyzyjniejsze podstawy do oceny danego zagadnienia. Suweren, decydując o uchwaleniu i przyjęciu nowej Konstytucji, zdefiniował na nowo kryteria oceny, ale też zakres kompetencji sądu konstytucyjnego.

Wyrok ten jednak nie wywołał skutku derogacyjnego wobec zaskarżonych przepisów również z tego powodu, że od października 1997 r. w polskim systemie prawnym nie było już normy, która taki skutek by przewidywała. Nowa Konstytucja nie wprowadziła przepisu intertemporalnego dotyczącego wyroków wydanych w okresie 6 miesięcy poprzedzających wejście jej w życie. Byłoby to zresztą pozbawione sensu, ponieważ uchylenie mocy obowiązującej wzorca kontroli usuwa niezgodność w systemie prawnym. Ustrojodawca uregulował jedynie w art. 239 Konstytucji kwestię orzekania w okresie pierwszych dwóch lat po wejściu w życie nowej Konstytucji o niezgodności z tym aktem ustaw uchwalonych przed dniem jego wejścia w życie⁴³. Ale co ważne, chodziło tu o mechanizm odnoszący się do orzeczeń wydanych po wejściu w życie nowej Konstytucji i dotyczących niezgodności z nową Konstytucją, nie zaś o mechanizm odnoszący się do orzeczeń stwierdzających niezgodność z „przepisami konstytucyjnymi pozostawionymi w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z 17.10.1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym”⁴⁴. Warto podkreślić, że ilekroć w Konstytucji mowa jest o tym właśnie akcie prawnym, tylekroć używa się sformułowania „Konstytucja” (por. art. 237, art. 239, art. 241, art. 243), gdy tymczasem dla oznaczenia wcześniej obowiązujących norm konstytucyjnych, czyli tych, w oparciu o które orzekał TK w dniu 28.05.1997 r., mowa jest o „ustawie konstytucyjnej” (por. np. art. 242) lub o „przepisach konstytucyjnych obowiązujących” (por. art. 241 ust. 6). *Lege*

⁴³ M. Laskowska (w:) *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 239, nb 3; K. Orzechowska, *Ostateczność orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w regulacjach obowiązujących przed 1997 r. oraz koncepcje ostateczności orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w trakcie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego i w projektach Konstytucji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” z 2015/1, s. 49 i n.; postanowienie TK z 24.07.2000 r. (SK 26/99), OTK 2000/5, poz. 151; wyrok TK z 20.02.2002 r. (K 39/00), OTK-A 2002/1, poz. 4.

⁴⁴ Ustawa Konstytucyjna z 17.10.1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. z 1992 r. nr 84 poz. 426 ze zm.).

non distinguente art. 239 ust. 1 nie mógł znaleźć zastosowania do sytuacji, w jakiej znalazł się wyrok z 28.05.1997 r. Podobnie rzecz uregulowana została w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym, uchwalonej w dniu 1.08.1997 r.⁴⁵, której art. 89 regulował kwestię postępowania z orzeczeniami stwierdzającymi niezgodność ustaw z Konstytucją w okresie pierwszych dwóch lat od dnia jej wejścia w życie, ale nie regulował postępowania z orzeczeniami wydanymi przed wejściem w życie nowej Konstytucji stwierdzającymi niezgodność ustaw z poprzednio obowiązującymi uregulowaniami konstytucyjnymi.

W poprzednim, przypadającym na czas przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r., stanie prawnym wystąpienie skutku derogacyjnego w przypadku bezczynności ustawodawcy nie było przewidziane przepisami, lecz wynikało z normotwórczej wykładni ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 20.10.1993 r. Stanowiła ona, że w przypadku gdy w ciągu 6 miesięcy od dnia obwieszczenia Sejmowi przez Prezesa Trybunału Konstytucyjnego treści orzeczenia o niezgodności ustawy z Konstytucją Sejm nie podjął żadnego działania, następował skutek derogacyjny⁴⁶. Tyle tylko, że od 17.10.1997 r. w polskim systemie prawnym nie było już tej normy prawnej, albowiem z dniem tym straciły moc wszystkie uchwały Trybunału Konstytucyjnego w sprawie ustalenia wykładni ustaw, a co wynikało *expressis verbis* z art. 239 ust. 3, w tym zatem również ww. uchwała z 20.10.1993 r. W dacie wejścia w życie Konstytucji 6-miesięczny termin, w odniesieniu do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1996 r., jeszcze nie upłynął. Upłynąłby on bowiem dopiero z dniem 16.12.1997 r., tj. 6 miesięcy od daty wypłynięcia wyroku do Sejmu II kadencji, co nastąpiło w dniu 16.06.1997 r.⁴⁷ Procedura została więc przerwana w trakcie i nie mogła prowadzić do wywołania skutku prawnego.

Wszystko to oznacza, że obwieszczenie w dniu 18.12.1997 r.⁴⁸ o utracie mocy obowiązującej przez art. 1 pkt 2 ustawy z 30.08.1996 r. zmieniającej m.in. art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży odbyło się bez podstawy prawnej. Normy, które poprzednio taki skutek powodowały, nie obowiązywały już bowiem w tej dacie, a nowe przepisy nie uregulowały tej kwestii. Wniosek ten musi zaś z kolei wywoływać pytanie o podstawy prawne byłych i obecnych postępowań karnych toczących się jako pośrednia konsekwencja wyroku TK z 1997 r.

Od czasu przyjęcia w drodze referendum obecnie obowiązującej Konstytucji, ale także od czasu wydania pierwszego wyroku aborcyjnego, formalnie przecież w ogóle nieodnoszącego się do kwestii zgodności norm regulujących dopuszczalność przerywania ciąży ze względów społecznych z jej przepisami, minęło 25 lat. Jak się okazuje, był to dostatecznie długi okres, aby zdążyły ulec zatarciu okoliczności ustalania treści jej art. 38. Tak w każdym razie można wnioskować

⁴⁵ Ustawa z 1.08.1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. nr 102 poz. 643).

⁴⁶ Uchwała TK z 23.10.1993 r. (W 6/93), OTK 1993/2, poz. 51.

⁴⁷ Druk sejmowy nr 2441.

⁴⁸ Obwieszczenie z 18.12.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 157 poz. 1040).

z uzasadnienia orzeczenia K 1/20. Uznaliśmy za celowe przywołanie tych rudymenarnych kwestii. Zbiegło się to zresztą w sposób zupełnie przypadkowy z wyrokiem Sądu Najwyższego USA ogłoszonym w dniu 24.06.2022 r. w głośnej sprawie *Jackson vs Dobbs*. Wyrok ten – jak wiadomo – obalał wcześniej wypracowany na gruncie amerykańskiej konstytucji standard, a wyrażony w sprawach *Roe vs Wade*, *Doe vs Bolton* z 1973 r. oraz *Planned Parenthood vs Casey* z 1992 r. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku *Jackson vs Dobbs*, „Konstytucja nie zabrania obywatelom każdego ze Stanów regulowania lub zabrania aborcji. Decyzja w sprawie *Roe and Cassey* uzurpowała tę władczą kompetencję. Dokonujemy więc przełamania powyższych precedensowych decyzji i przywracamy tę władczą kompetencję ludziom i ich wybranym przedstawicielom”⁴⁹. Jak się okazuje, ten sam problem w tym samym czasie w dwóch różnych systemach prawnych został rozstrzygnięty w dwóch różnych kierunkach. Już ten tylko paradoks rodzić powinien refleksję, miejmy nadzieję owocującą dalszą dyskusją nad aktywizmem i wstrzemięźliwością sędziów sądów konstytucyjnych w sferach moralnych.

ABSTRACT

dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), a professor at the Department of Criminal Procedure at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow.

adw. Konrad Kozub-Ciembroniewicz

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow).

Is abortion really regulated in the Constitution?

The article presents the circumstances in which Art. 38 of the Constitution was adopted and the discussions that took place in the constitutional committee of the National Assembly, during the sessions of the National Assembly and, finally, during the referendum campaign preceding the adoption of the Constitution. The authors indicate that both among drafters of Art. 38 of the Constitution and among the general public there was no doubt that this provision did not extend legal protection to the prenatal period. This decision was made consciously, precisely in order

⁴⁹ Dosł. *The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. Roe and Casey arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives.* Zob. uzasadnienie wyroku, s. 79, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (dostęp: 20.09.2022 r.).

for the constitution not to limit the possibility of abortion. The authors dispute the arguments raised by the Constitutional Tribunal in the justification of its judgment of 28 May 1997, as well as in the justification provided by the panel that issued the judgment on 22 October 2020. The authors also point out that formally there were no legal grounds for promulgation of the judgment of the Constitutional Tribunal of 28 May 1997. These were revoked upon the entry into force of the Constitution on 17 October 1997. Consequently, this judgment cannot be an effective source of law.

Keywords: Constitution, abortion, legal interpretation, Constitutional Tribunal, Family Planning Act

dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka

ORCID: 0000-0002-8891-2041; e-mail: dobrosława.szumilo-kulczycka@uj.edu.pl

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie), profesorem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

adw. Konrad Kozub-Ciembroniewicz

ORCID: 0000-0001-5659-8740; e-mail: kozub_ciembroniewicz@me.com

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Banaszak Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012; komentarz do art. 38

Banaszak Bogusław, Bernaczyk Michał, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012

Bosek Leszek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie prenatalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007

Czeszejko-Sochacki Zdzisław, *O niektórych problemach powszechnie obowiązującej wykładni ustalonej przez Trybunał Konstytucyjny* (w:) *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996

- Czeszejko-Sochacki Zdzisław**, *Trybunał Konstytucyjny w świetle projektów Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1995/2, s. 17
- Czeszejko-Sochacki Zdzisław**, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19
- Garlicki Lech**, *Aksjologiczne podstawy reinterpretacji konstytucji (w:) Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, red. M. Zubik, Warszawa 2010
- Garlicki Lech**, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19
- Giezek Jacek, Kardas Piotr**, *Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawno-karne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20)*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 40
- Grabowska-Moroz Barbara, Łakomicz Katarzyna**, *(Nie)dopuszczalność aborcji. Glosa do wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 251
- Jakuszewicz Adam**, *Wykładnia Konstytucji jako proces konkretyzacji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/1, s. 75
- Jaskiernia Jerzy**, *Spoleczna percepcja Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017/6, s. 76
- Kalita Tomasz**, *Proces tworzenia konstytucyjnej formuły określającej zakres ochrony życia człowieka*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016/36, s. 77
- Krzaklewski Marian**, *Zniesienie progu frekwencyjnego w referendum konstytucyjnym (1997) to była manipulacja*, 04.05.2017, <https://www.tysol.pl/a6937-M-Krzaklewski-zniesienie-progu-frekwencyjnego-w-referendum-konstytucyjnym-1997-to-byla-manipulacja> (dostęp: 22.07.2022 r.)
- Laskowska Marzena** (w:) *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 239, nb 3
- Montesquieu Charles-Louis**, *O duchu praw*, w tłumaczeniu T. Boya-Żeleńskiego, wyd. Wolne lektury. Fundacja Nowoczesna Polska, publikacja elektroniczna, s. 82. <https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/o-duchu-praw.pdf> (dostęp: 20.09.2022 r.)
- Morawski Lech**, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1994/4, s. 3
- Morawski Lech**, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy” 2009/4, s. 77
- Nowacki Józef**, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995
- Orzechowska Katarzyna**, *Ostateczność orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w regulacjach obowiązujących przed 1997 r. oraz koncepcje ostateczności orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w trakcie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego i w projektach Konstytucji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015/1, s. 49

- Piotrowski Ryszard**, *Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 62
- Rakowska-Trela Anna**, *Wyrok czy nie-wyrok. Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży*, „Przegląd Sądowy” 2021/6, s. 106
- Roosevelt Kermit**, *Judicial restraint* (w:) *Encyclopedia Britannica* i literatura tam cytowana, <https://www.britannica.com/topic/judicial-restraint> (dostęp: 20.07.2022 r.)
- Roszkiewicz Janusz**, *Prawo nasciturusa do życia w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym*, „Forum Prawnicze” 2017/4, s. 105
- Safjan Marek**, *Trybunał Konstytucyjny po 30 latach – doświadczenie i przyszłość*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017/1, s. 11
- Smoczyński Tadeusz**, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007, s. 16
- Sokolewicz Wojciech, Zubik Marek** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, t. 1, teza 3 do art. 2
- Sroka Tomasz**, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013
- Szumiło-Kulczycka Dobrosława, Kozub-Ciembroniewicz Konrad**, *Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20)*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 81
- Wieczorkowski Michał**, *Problem aktywizmu i prawotwórstwa sędziowskiego w świetle współczesnych teorii interpretacji*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2018/2, s. 169
- Wróbel Włodzimierz**, *Konstytucyjne Gwarancje Ochrony Życia a przesłanki dopuszczalności aborcji* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007, s. 29
- Ziembiński Zygmunt**, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980
- Zoll Andrzej**, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007, s. 102
- Zontek Witold**, *Prawnokarne skutki wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20 (zagadnienia wybrane)*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 211