

Magdalena Nykiel

**Nieumyślne przestępstwa aborcyjne – uwagi *de lege ferenda* na marginesie wyroku Sądu Najwyższego –
Izba Karna z 27 września 2010 r. (V KK 34/10*)**

„1. Skoro ochrona życia dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki, aktualizuje się także z chwilą zaistnienia medycznych wskazań do niezwłocznego zakończenia ciąży cesarskim cięciem, to obowiązek sprawowania tej ochrony przez lekarza rozpoczyna się w chwili stwierdzenia zagrożenia płodu w stopniu uzasadniającym prawdopodobieństwo zaistnienia konieczności dokonania zabiegu, a więc w procesie diagnostycznym, i trwa do czasu ustania zagrożenia.

2. Nałożony na lekarza przepisem art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857 ze zm.) obowiązek niesienia pomocy występuje we wszystkich wypadkach, w których zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej mogłaby spowodować określone w tym przepisie skutki, a więc i wtedy, gdy ich zaistnienie mogło i powinno być przez lekarza przewidziane. Oznacza to, że w kontakcie z pacjentem lekarz zobowiązany jest ocenić nie tylko stan jego zdrowia na podstawie aktualnej diagnozy, ale także, w wypadku stwierdzenia zagrożenia, rozważyć prawdopodobieństwo jego zwiększenia. Jeśli przewidywany wzrost zagrożenia wskazuje na możliwość zaistnienia skutków wymienionych w art. 30, to pełniąc funkcję gwaranta lekarz jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia właściwej pomocy medycznej, chyba że zwłoka w jej udzieleniu nie zmieniłaby stopnia zagrożenia. Niespełnienie tych obowiązków przez lekarza narusza art. 30 tej ustawy.

* LexPolonica nr 2418406; „Biuletyn Prawa Karnego” 2010, nr 6; „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2010, nr 12; OSNKW 2010, nr 12, poz. 105.

3. W wypadku zaistnienia skutków określonych w tym przepisie w następstwie nieudzielenia pomocy medycznej, lekarz może ponosić odpowiedzialność karną za przestępstwo popełnione nieumyślnie, jeśli zachodzą przesłanki strony podmiotowej określone w art. 9 § 2 k.k.”¹

I. Zarys zagadnienia

W komentowanym wyroku Sąd Najwyższy rozważał kwestie prawne, podniesione w postanowieniach sądów I i II instancji, orzekających uprzednio w sprawie o następującym stanie faktycznym: Zenon B. lekarz dyżurny Oddziału Położniczo-Ginekologicznego w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej, w którym pełnił także funkcję starszego asystenta, został oskarżony, iż jako „zobowiązany do szczególnej opieki nad ciężarną Anną H. i jej mającym się narodzić dzieckiem Michałem H., pomimo tego, iż wykonane badanie KTG wykazujące cechy zawężonej oscylacji oraz jedną decelerację, połączone ze zgłaszanymi przez Annę H. osłabionymi ruchami płodu, wykazywało na prawdopodobieństwo zagrożenia życia płodu, zaniechał hospitalizacji Anny H. oraz badań diagnostycznych, przez co nieumyślnie spowodował śmierć Michała H. [...], tj. o czyn z art. 155 k.k.” Do istoty sprawy należało również stwierdzenie, że „rozwiązanie 39-tygodniowej ciąży cięciem cesarskim, zapobiegłoby wewnątrzmacicznej śmierci płodu, spowodowanej uduszeniem, będącym następstwem zaciśnięcia się pępowiny wokół szyi dziecka, bowiem Michał H. z uwagi na stopień rozwoju wewnątrzmacicznego był w tym dniu zdolny do samodzielnego życia poza organizmem matki”.

Teza oskarżenia sprowadzała się do zarzutu spowodowania przez lekarza śmierci człowieka, w drodze nieumyślnego przestępstwa skutkowego, popełnionego przez zaniechanie. Spór, dotyczący opisywanego zdarzenia z 2003 r., toczył się od tamtej pory, przez blisko 7 lat, przed obliczem sądów rejonowego i okręgowego. Ostatecznie Sąd Okręgowy utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, orzekający na korzyść oskarżonego. Kasację od obydwu wyroków wnieśli prokurator oraz oskarżyciele posiłkowi. Jak ustalił SN, podstawą trzech uniewinniających orzeczeń, jakie zapadły przed sądem *meriti*, było przyjęcie kryterium czasowego, zgodnie z którym „w czasie wskazanym w akcie oskarżenia nienarodzone dziecko [...], nie korzystało

¹ LexPolonica nr 2418406; „Biuletyn Prawa Karnego” 2010, nr 6; „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2010, nr 12; OSNKW 2010, nr 12, poz. 105.

z prawnokarnej ochrony przewidzianej w art. 155 k.k., gdyż nie rozpoczął się jego poród, a zarazem nie zaistniały jeszcze medyczne wskazania do przeprowadzenia zabiegu zakończenia ciąży cesarskim cięciem [...]”.

Ustalenie tego momentu miało pozwolić na zakwalifikowanie powinności oskarżonego wobec nienarodzonego dziecka jako obowiązków gwaranta, w rozumieniu art. 2 k.k. lub też odmówić tej szczególnej kwalifikacji.

Podejmując próby rozpatrzenia apelacji, SO szukał odpowiedzi na pytanie dotyczące istnienia w chwili zdarzenia szczególnego obowiązku ochrony nienarodzonego dziecka, a tym samym możliwości pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej z art. 155 k.k., w rozstrzygnięciu SN, któremu to przekazał – w drodze art. 441 § 1 k.p.k. – zagadnienie prawne związane z określeniem momentu, w którym rozpoczyna się prawnokarne ochrona „człowieka”, przewidziana w art. 155 k.k.

Choć SN odmówił podjęcia uchwały, to jednak biorąc pod uwagę jego wcześniejsze orzeczenie² oraz obszerne uzasadnienie postanowienia odmownego³, możliwe jest wskazanie czasu, o który pytał SO. W mojej ocenie ustalenie to nie jest jednak w omawianej sprawie aż tak istotne, jak spodziewał się sąd odwoławczy. Prawdą jest, że w sytuacji, w której uzyskałby on potwierdzenie istnienia w chwili hospitalizacji Anny H. pełnej prawnokarnej ochrony jej nienarodzonego dziecka – nie związanej z wystąpieniem medycznych przesłanek do zakończenia ciąży za pomocą cesarskiego cięcia – zostałyby rozwiane wątpliwości, co do charakteru obowiązku oskarżonego. Niemniej jednak, zaprzeczenie wystąpieniu tych okoliczności – co podnosiła obrona – nie przesądza wcale o wyłączeniu szczególnego, prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi. Nie zależy on bowiem jedynie – jak

² Postanowienie SN z 26 X 2006 r., I KZP 18/2006, LexPolonica nr 419210; SN rozstrzygał zagadnienie prawne o analogicznej treści do przedstawionego przez SO, zasadnicza wykładnia dotyczyła jednak zakresu ochrony przewidzianej przez art. 160 k.k., a nie jak w niniejszej sprawie w art. 155 k.k. Zgodnie z tezą wyroku: „Przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu”.

³ Postanowienie SN z 30 X 2008 r., I KZP 13/2008, LexPolonica nr 1958842; SN stwierdził, że „[...] pełna prawnokarne ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu od: a) rozpoczęcia porodu (naturalnego), b) w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu, c) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności [...]”.

słusznie podnosi SN – od formalnych ram czasowych opieki oskarżonego nad pokrzywdzoną (wyznaczonych jej pobytem w szpitalu), ale od istnienia obiektywnych podstaw do przypisania mu skutku nie udzielenia pomocy ciężarnej Annie H., a więc w konsekwencji od wystąpienia normatywnego, a nie przyczynowego związku pomiędzy zaniechaniem Zenona B. a śmiercią Michała H, która to stanowi ustawowe znamię zarzucanego czynu.

Słuszny wydaje się pogląd oskarżenia wyrażony w kasacji i zaaprobowany przez SN, że przyjęcie, iż skutek w postaci śmierci nienarodzonego dziecka nastąpił w chwili, gdy oskarżony nie był gwarantem jego bezpieczeństwa, w połączeniu z wnioskiem, że w momencie hospitalizacji matki dziecko nie podlegało pełnoprawnej ochronie przewidzianej w art. 155 k.k., jest rażącym naruszeniem prawa materialnego oraz zasad wykładni systemowej i funkcjonalnej przepisów o ochronie życia i zdrowia.

Sedno zarzutów wobec orzeczeń wydanych w toku kontroli instancyjnej, opiera się na wadliwej wykładni treści art. 2 k.k. oraz na braku właściwego odczytania znamion strony podmiotowej opisanego czynu *in concreto*. Przepis art. 2 k.k. statuuje bowiem normatywny warunek odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe popełnione przez bezprawne zaniechanie. Osoba odpowiadająca za ten typ przestępstwa musi charakteryzować się określonymi cechami, czyniącymi ją gwarantem zapobiegnięcia skutkowi grożącemu dobru chronionemu normą⁴.

Jak podkreślił SN: „odpowiedzialności karnej za przestępstwo tego typu podlega nie każdy, lecz zgodnie z art. 2 k.k. ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”. Zgodnie z tezą, że „zaniechanie jako takie nie występuje, jest zawsze powstrzymaniem się od nakazanego (etycznego albo prawnego) działania w oczekiwanym przez odpowiednią normę kierunku”⁵ – ocenę prawną danego czynu należy zawsze poprzedzić wskazaniem odpowiedniej normy sankcjonowanej jako źródła prawnego nakazu lub zakazu, dotyczącego pożądanego działania. Bez niej nie jest możliwe wyodrębnienie zaniechania, które rozumieć należy właśnie jako naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnie chronionym.

⁴ Wyrok SN z 22 XI 2005 r., V KK 100/05, LexPolonica nr 399763; wyrok SN z 24 II 2005 r., V KK 375/2004, LexPolonica nr 376975; postanowienie SN z 5 II 2002 r., V KKN 473/99, LexPolonica nr 355143.

⁵ A. Z o 11, *Medycyna i prawo. O pewnych etyczno-prawnych dylematach związanych z zaniechaniem świadczeń medycznych*; < <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=266> >.

II. Pojęcie gwaranta bezpieczeństwa życia i zdrowia

Źródła powstania obowiązku, będącego przedmiotem oceny w niniejszej sprawie były wielokrotnie dyskutowane w doktrynie⁶. Wydaje się, że także w tym miejscu warto poświęcić kilka słów podstawom przypisania tej kwalifikacji. Jest to tym bardziej pożądane, że w swym uzasadnieniu SN wielokrotnie odwołał się do art. 30 u.z.l. jako przepisu, w którym opisany „[...] obowiązek wypełnia w s z y s t k i e [podkr. moje, MN] kryteria, jakie w art. 2 k.k. przewiduje się dla prawnego, szczególnego obowiązku, od którego istnienia uzależniono odpowiedzialność karną za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie”. Na potwierdzenie tej tezy SN przywołał również artykuł Leszka Kubickiego *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*⁷, w którym to autor prezentuje pogląd, że w stosunku do lekarzy, jako przedstawicieli oznaczonej grupy zawodowej o prawnie określonym statusie, przepisem stawiającym ich w pozycji gwaranta jest właśnie art. 30 u.z.l. Zgodnie z jego treścią: „Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”. Leszek Kubicki argumentuje, że jako przepis rangi ustawowej, wskazujący zarówno powinność określonego zachowania, jak i skutki, którym podmiot zobowiązany jest zapobiec, art. 30 u.z.l. spełnia wobec adresatów wymogi stawiane przez art. 2 k.k.

Stanowisko to – podzielane zresztą w komentowanym wyroku przez SN – jest moim zdaniem nie do zaakceptowania.

Stawiałoby to bowiem wszystkich lekarzy – tylko z racji swojego zawodu⁸ – w stanie permanentnej gotowości do zapobiegania wszelkim negatywnym skutkom „zdrowotnym”, wobec wszystkich potencjalnych osób potrzebujących pomocy lekarskiej, które staną na ich drodze. Jeśli nawet kodeksy etyczne, czy zawodowe postanowiłyby sformułować tak karkołomny obowiązek, prawo karne i związana z nim odpowiedzialność, ze względu na swój najbardziej dotkliwy charakter, nie mogą brać w tym udziału. Kodeks Etyki Lekarskiej [dalej: KEL] stanowi, zgodnie z zasadą

⁶ Przegląd stanowisk prezentuje J. K u l e s z a, *Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie pomocy*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 1(30, vol. 10).

⁷ L. K u b i c k i, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 1(13, vol. 5), s. 16.

⁸ W. W r ó b e l, A. Z o l l, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 199.

salus aegroti suprema lex esto, że „powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu [...]”⁹. Realizacja tej podstawowej powinności lekarza nie może być jednak nadzorowana – we wszystkich przypadkach – za pomocą instrumentów prawa karnego. Stanowiłoby to przejaw „przekryminalizowania życia społecznego”¹⁰. Ani bowiem cytowany przepis KEL, ani nawet art. 30 u.z.l. nie są wystarczającym powodem, aby przypisać lekarzom prawny szczególnie obowiązek, wynikający z art. 2 k.k.¹¹ Artykuł 30 u.z.l. jest po prostu normą zbyt abstrakcyjną i generalną, by można było z niej wywodzić skutki prawnokarne wobec zindywidualizowanej osoby. To czego brakuje w tej koncepcji, to właśnie konkretyzacji źródła obowiązku w odrębnym, indywidualnym akcie prawnym, skonstruowanym na gruncie Kodeksu pracy, Kodeksu cywilnego, czy choćby przepisów prawa administracyjnego¹². To dopiero dzięki nim wiadomo, kto, gdzie, kiedy i wobec kogo ponosi szczególnie ciężar odpowiedzialności. Przywołane przepisy nie są oczywiście bez znaczenia dla prawnej oceny zachowania lekarzy, jako osób kształconych i powołanych do tego, by nieść pomoc drugiemu człowiekowi. Z punktu widzenia karnomaterialnego, mogą one być jedynie dodatkowym, zawodowym dopełnieniem art. 162 k.k. – jako przepisu sankcjonującego powszechne przestępstwo (formalne, bezskutkowe) nieudzielania pomocy i tworzącego opis powinności tzw. dobrego Samarytanina¹³. Rozróżnienie to nie kwestionuje, że w warunkach grożących bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, więcej można spodziewać się od lekarza, niż od nie posiadającego medycznego wykształcenia innego obywatela. Udzielona lub nie udzielona pomoc winna być bowiem zawsze

⁹ Art. 2 KEL – uchwalony przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy, zob. < http://www.nil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/kel >.

¹⁰ A. Wąsek, *Komentarz do art. 2 k.k.*, LexPolonica.

¹¹ Por. A. Zoll, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 1(5, vol. 2), s. 37; A. Zoll, w: G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, t. I, Kraków 2007, s. 82.

¹² Może to być np.: umowa o pracę, kontrakt cywilnoprawny, decyzja o mianowaniu na stanowisko, powołanie do służby wojskowej. Za istotne do oceny stanu faktycznego należy przyjąć również podjęcie się przez lekarza wykonywania obowiązków. Fakt ten może mieć kapitalne znaczenie praktyczne, w sytuacji odmowy wykonywania świadczeń medycznych, w związku z przystąpieniem przez pracowników służby zdrowia do strajku.

¹³ „Odpowiedzialność karną z art. 162 § 1 k.k. może ponieść lekarz jedynie wtedy, gdy nie ciąży na nim obowiązek troszczenia się o osobę zagrożoną” – wyrok SN z 28 IV 2000 r., V KKN 318/99, LEX nr 50985.

oceniana pod kątem jej adekwatności do zaistniałych okoliczności¹⁴. Nie ma też przeciwwskazań, aby normy deontologii medycznej nakładały szerszy zakres obowiązków, czy też wyłączały przypadki, w których osoby inne niż adresaci mogą uchylić się od nakazanego zachowania¹⁵. W tym zakresie art. 30 u.z.l. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 162 k.k. i o ile zachowanie lekarza nie wyczerpuje znamion typu czynu określonego w art. 162 k.k., należy mu odmówić rygoru, jaki niesie za sobą naruszenie normy prawa karnego i pozostawić konsekwencje regulacjom dyscyplinarnym, czy wręcz jedynie moralnym¹⁶.

Dla przypisania odpowiedzialności za skutek zaniechania udzielenia pomocy, niezbędne jest zatem stwierdzenie istnienia prawnego, szczególnego obowiązku konkretnego lekarza wobec konkretnego pacjenta, polegającego na zapobiegnięciu konkretnym niepożądanym następstwom, a wynikającemu z art. 2 k.k. i ze specyfiki kompetencji gwaranta bezpieczeństwa życia i zdrowia. Pełny zakres tego obowiązku można wywieść dopiero z łącznej treści normy abstrakcyjnej i indywidualnej¹⁷.

W moim przekonaniu takie skonkretyzowane ujęcie relacji lekarz–pacjent służy poczuciu bezpieczeństwa zarówno jednych, jak i drugich. Czyni ponadto zadość zasadzie dostatecznej określoności i funkcji gwarancyjnej w prawie karnym. Wskazana wydaje się także powściągliwość w stosowaniu narzędzi prawa karnego, nawet w obronie najcenniejszych wartości. Jak słusznie orzekł Trybunał Konstytucyjny: „Prawo nie może być pełnym odbiciem moralności. [...] To normy prawne powinny posiadać legitymację aksjologiczną, normy etyczne nie potrzebują legitymacji jurydycznej”¹⁸.

Problem prawidłowego przypisania szczególnego obowiązku gwaranta ma podstawowe znaczenie także dla wymiaru kary. Przykład popełnionego

¹⁴ E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarzy i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 355.

¹⁵ Np. ograniczona możliwość powołania się lekarza na stan wyższej konieczności (art. 26 § 1 k.k.); szerzej na ten temat: A. Zioli, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2(19, vol. 2).

¹⁶ O stosunku art. 30 u.z.l. do art. 162 k.k. – na gruncie ówczesnego art. 247 k.k. z 1932 r. oraz art. 26 ust. 2 w zw. z art. 12 ustawy z dn. 28 X 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 50, poz. 458) – rozstrzygał SN w postanowieniu składu 7 sędziów SN – Izba Karno z 14 VI 1956 r., IV KO 17/55, LexPolonica nr 306078.

¹⁷ Zob. M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3(3, vol. 1).

¹⁸ Uchwała pełnego składu TK z 17 III 1993 r. (W 16/92, OTK 1993, cz. I, poz. 16, s. 156) w sprawie wykładni art. 41 w zw. z art. 15 pkt 1 ustawy z dn. 17 V 1989 r. o izbach lekarskich oraz art. 23a k.k.

w tym zakresie błędu można dostrzec w procesie, jaki toczył się przed obliczem Sądu Okręgowego w L., w którym to czyn zarzucany ordynatorowi oddziału szpitalnego zakwalifikowano jako przestępstwo z art. 160 § 3 w zw. z art. 160 § 1 k.k. Choć Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, badając jako instancja odwoławcza złożoną w tej sprawie apelację, dostrzegł pominięty przez oskarżenie fakt ciężenia na lekarzu (jako gwarancie) szczególnego obowiązku opieki nad pacjentami, a więc znamienia czynu określonego w art. 160 § 2 k.k., nie mógł już zmienić rozstrzygnięcia (w części nieobjętej zaskarżeniem) na niekorzyść oskarżonego¹⁹.

W komentowanej sprawie nie budzi wątpliwości fakt, że oskarżony był gwarantem bezpieczeństwa pacjenta. Wprawdzie SN opiera to twierdzenia na dyrektywie art. 30 u.z.l. i interpretacji przedstawionej przez L. Kubickiego, ale wydaje się mieć świadomość konieczności zindywidualizowania źródła naruszonego obowiązku, pisząc choćby „z racji pełnienia dyżuru na oddziale położniczo-ginekologicznym szpitala publicznego [...], miał on obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej”.

III. Obiektywne przypisanie skutku w przypadku zaniechania

Słusznie z krytyką SN spotkała się próba uwolnienia oskarżonego od odpowiedzialności, sprowadzająca się do prostej konstatacji, że w chwili kiedy Anna H. była pod opieką oskarżonego, nie zaistniały jeszcze powody do udzielenia jej i dziecku pomocy lekarskiej, a w chwili kiedy pomoc ta była niezbędna, pacjentka nie była już pod opieką lekarza. Twierdzenie to godzi nie tylko w zasady logicznego rozumowania, ale przede wszystkim w standardy, według których dokonuje się przypisania odpowiedzialności karnej za indywidualne przestępstwo skutkowe. Wydając orzeczenie uniewinniające, pominięto najważniejsze zagadnienia teorii obiektywnego przypisania skutku oraz koncepcji związku normatywnego, który to próbowano zastąpić wykazaniem braku związku przyczynowego, ontologicznego, którego poszukiwanie w przypadku przestępstw z zaniechania jest nieporozumieniem²⁰.

Warunkiem koniecznym występującym w teorii o obiektywnym przypisaniu skutku jest ustalenie, że pożądane zachowanie alternatywne wobec

¹⁹ Wyrok SA we Wrocławiu z 15 X 2008 r., II Aka 223/2008, LexPolonica nr 2140394.

²⁰ A. Z o l l, w: G. B o g d a n, Z. Ć w i a k a l s k i [i in.], *op. cit.*, s. 80; także: J. G i e z e k, N. K ł a c z y ń s k a, G. Ł a b u d a, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2007, s. 46–47.

bezprawnego zaniechania, stanowiące realizację ciężącego na lekarzu obowiązku, zapobiegłoby wystąpieniu niepożądanego zdarzenia (skutku), czyli w realiach opisywanej sprawy – śmierci nienarodzonego dziecka²¹. Jak już była o tym mowa, w przypadku zaniechania, źródła odpowiedzialności nie należy szukać w kauzalnym przyczynieniu się sprawcy do wystąpienia skutku, ale w niedopełnieniu obowiązku jego zapobiegnięcia.

Nie ma wątpliwości, że oskarżony był zobowiązany do przeciwdziałania negatywnym, w tym przypadku tragicznym, skutkom wywołanym wewnątrzmacicznym podduszeniem się dziecka. Zgodnie bowiem z twierdzeniami orzecznictwa²², za zamach na dobro prawne uważa się nie tylko spowodowanie na nie zagrożenia, ale także zwiększenie niebezpieczeństwa już istniejącego, choćby pochodziło ono ze źródła niezależnego od sprawcy lub też zdynamizowanie swoim zachowaniem jego przebiegu w sposób tak zasadniczy, że wywołujący niedozwolony skutek. Przy ocenie popełnionego czynu należało również zbadać, czy gwarant działał w sytuacji, w której obiektywnie możliwe było w danym czasie i miejscu podjęcie działania w pożądanym kierunku.

Sąd Najwyższy trafnie wytknął, że w drodze instancji kontrolnej SO przeszedł do porządku dziennego nad okolicznościami *in concreto*, towarzyszącymi wizycie w szpitalu uszkodzonej i obiektywnymi możliwościami wypełnienia obowiązku przez oskarżonego. W realiach sprawy na niekorzyść sprawcy przemawiają bezsporne fakty, świadczące o tym, że:

1) mógł on rozpoznać istnienie realnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi,

2) miał materialne środki umożliwiające mu sprostanie zadaniu,

3) miał odpowiednią do postawionego przed nim zadania wiedzę i doświadczenie,

a zatem jego zachowanie stanowi rażące przykład braku ostrożności w postępowaniu z dobrem prawnie chronionym.

Oskarżony w chwili aktualizacji ciężącego na nim obowiązku dysponował bowiem szeregiem informacji na temat stanu zdrowia pacjentki oraz jej nienarodzonego dziecka. Ich źródłem był wywiad z pacjentką, zgłaszającą niepokojące ją osłabienie ruchów płodu oraz miarodajny odczyt badania KTG. Wszystko, jak wynika z akt sprawy, działo się krótko przed terminem rozwiązania ciąży.

²¹ Wyrok SN z 1 IV 2008 r., IV KK 381/2007, LexPolonica nr 1933281; wyrok SN z 27 VIII 2008 r., WA 32/2008; LexPolonica nr 2214593.

²² Postanowienie SN z 3 VI 2004 r., VKK 37/2004, LexPolonica nr 368716; wyrok SN z 15 II 2001 r., WA 2/2001, LexPolonica nr 2309580.

IV. Nieumyślność i reguły ostrożności tzw. „dobrego fachowca”

Przedstawione powyżej zarzuty wymagają – dla prawidłowej kwalifikacji odpowiedzialności karnej za przypisany czyn – rozważenia znamienia strony podmiotowej, jakim jest bezprawna nieumyślność, w znaczeniu opisanym w art. 9 § 2 k.k. Zgodnie z jego treścią sprawca nie mając zamiaru popełnienia czynu zabronionego, popełnia go jednak w wyniku niezachowania wymaganej w danych okolicznościach ostrożności, w sytuacji, w której popełnienie to przewidywał lub obiektywnie biorąc mógł przewidzieć²³.

Jednym z elementów charakteryzujących nieumyślność, o której mowa m.in. w art. 155 k.k., jest naruszenie zasad ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Ponieważ w przypadku przestępstw popełnianych nieumyślnie nie występuje zamiar ich popełnienia, naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym należy oceniać obiektywnie, tzn. w oderwaniu od specyficznych cech sprawcy. Dlatego też orzecznictwo posługuje się często pojęciem „przeciętnej” czy „normalnej” ostrożności, określającej generalnie reguły, których zachowanie wypełnia standard ostrożnego postępowania. W jednym z postanowień SN orzekł, co następuje: „Pod pojęciem przeciętnej ostrożności rozumieć trzeba ostrożność, której można wymagać od sprawcy na podstawie normalnej [...], zdolności przewidywania skutków własnego czynu. Dla przypisania sprawcy odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne [...] konieczne jest wykazanie, iż był świadomy tego, że swoim zachowaniem może zrealizować znamiona czynu zabronionego (przewidywał taką możliwość), bądź też iż możliwości takiej nie przewidywał, choć mógł ją przewidzieć (art. 9 § 2 k.k.). Możliwość przypisania sprawcy skutków czynu obejmuje jedynie normalne, a nie wykraczające poza możliwość przewidywania, następstwa jego zachowania. I co równie ważne, następstwa te muszą pozostawać w związku z zawinionym naruszeniem tych reguł ostrożności, które w konkretnym układzie sytuacyjnym wywołało stan niebezpieczeństwa dla określonego dobra prawnego”²⁴.

Jest to opis ostrożnego zachowania, którego można oczekiwać od tzw. „modelowego obywatela”, obdarzonego przeciętną umiejętnością przewidywania następstw własnych czynów i nie obciążonego szczególnym obowiązkiem troski o dobro prawne. W komentowanej sytuacji procesowej, tak rozumiana definicja ostrożności wydaje się jednak niewystarczająca.

²³ Postanowienie SN z 24 XI 2009 r., II KK 134/2009, LexPolonica nr 2140602; wyrok SN z 18 VII 2007 r., WA 27/2007, LexPolonica nr 2128743.

²⁴ Postanowienie SN z 24 XI 2009 r., II KK 39/2009, LexPolonica nr 2151510; wyrok SN z 2 VIII 2001 r., II KKN 63/99, LexPolonica nr 384967.

Nie można bowiem uzależniać jakości udzielonej pomocy lekarskiej od przeciętnego stanu aktualnej wiedzy medycznej. Przyjmuje się zatem jako punkt odniesienia do oceny stopnia zachowanej przez sprawcę ostrożności, wzorzec „dobrego specjalisty” w danej dziedzinie i „rozwąznego obywatela”, który posiada lub przynajmniej powinien posiadać „przewagę informacyjną”, wynikającą z oczekiwanej od niego specjalistycznej wiedzy oraz umiejętności²⁵.

Stożek abstrakcyjności tych norm jest ponadto zawsze dopasowywany do okoliczności, w których funkcjonuje podmiot, którego zachowanie podlega prawnej ocenie. Te okoliczności to przede wszystkim dobro, które ze względu na chronioną prawem wartość, korzystać ma ze standardów ostrożnego z nim postępowania. To, czy sprawca zachował się niezgodnie z wyznaczonym standardem „dobrego lekarza”, zależy także od zaplecza technicznego, jakim dysponuje i wreszcie od metody, jaką posłużył się obchodząc się z danym dobrem. Mając na uwadze, że nie jest możliwe wyłączenie nawet najcenniejszych dóbr z interakcji (obrotu prawnego) z innymi dobrami, bez wypaczenia tego, co stanowi ich wartość, przyjmuje się, że prawnie wymaganą ostrożność cechować ma adekwatność do opisanych wyżej uwarunkowań.

Na tym tle wydaje się usprawiedliwione oczekiwanie, że lekarz położnik (starszy asystent), przyjmujący pacjentkę na wyspecjalizowanym oddziale położniczo-ginekologicznym, a więc dysponującym niezbędnym w takiej sytuacji sprzętem i personelem, udzieli potrzebującej adekwatnej do okoliczności pomocy. Każde inne zachowanie, a zwłaszcza odesłanie pacjentki do domu z zapewnieniem o braku podstaw do niepokoju, jawi się jako rażące naruszenie reguł ostrożności „zawodowej” w postępowaniu z dobrem prawnie chronionym²⁶. A zatem nawet jeśli przyjąć, że do kryterium wyznaczania reguł postępowania nie należą najwyższe wymagania, ale „standardy postępowania determinowane określoną sytuacją”²⁷, uprawnione wydaje się twierdzenie, iż posiadane przez oskarżonego informacje były wystarczające do stwierdzenia istnienia niebezpieczeństwa dla „dobrostanu płodu” i ob-

²⁵ A. Zoll, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski [i in.], *op. cit.*, s. 155; por. J. Giezek [i inni], *op. cit.*, s. 82–85.

²⁶ Zgodnie z art. 4 u.z.l., lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami oraz środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością; wyrok SN z 26 III 2007 r., WA 17/2007, LexPolonica nr 2090102.

²⁷ A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1(1, vol. 1), s. 4.

ligowały go do dalszego jego monitorowania, z zachowaniem ostrożności „dobrego fachowca”. Potwierdziły to także opinie biegłych.

Na akceptację zasługuje również argumentacja SN dotycząca kwestii „możliwości przewidywania” wystąpienia skutku, o który oskarżony został Zenon B. Odpowiedzialność karna z art. 9 § 2 k.k. dotyczy tylko tych następstw naruszenia reguł ostrożnego postępowania, których wystąpienie sprawca przewidywał lub obiektywnie biorąc mógł przewidzieć. Trafnie także wskazany został moment, w którym to w toku diagnozowania powinno pojawić się przypuszczenie wystąpienia konsekwencji zaistniałego stanu. Uzasadnione wydaje się także powiązanie niekwestionowanej ochrony życia dziecka nienarodzonego, aktualizującej się z chwilą zaistnienia medycznych wskazań do zakończenia ciąży cesarskim cięciem, z obowiązkiem sprawowania tej ochrony przez lekarza już w chwili stwierdzenia prawdopodobieństwa konieczności dokonania takiego zabiegu. Słusznie przyjęto, że okres zobowiązania lekarza do przeciwdziałania skutkowi obejmuje cały proces diagnostyczny, a więc od momentu stwierdzenia zagrożenia do jego ustania. Jakikolwiek zwolnienie się z tego obowiązku przed upewnieniem się, że niebezpieczeństwo zostało opanowane, a ochrona życia i zdrowia płodu nie wymaga dalszej interwencji medycznej uchybia zasadom deontologii lekarskiej oraz prawnym regułom odnoszącym się do lekarskiego obowiązku dbałości o życie ludzkie oraz przewidywania skutków własnych działań²⁸. Konkludując można przyjąć, że sprawca pozostawił osobę, względem której miał obowiązek troszczenia się, w położeniu grożącym niebezpieczeństwem utraty życia. Fakt, że skutek tego stanu rzeczy w postaci śmierci, zaktualizował się w bliżej nieokreślonym momencie, ale po opuszczeniu przez pacjentkę szpitala, nie wyłącza odpowiedzialności sprawcy przestępstwa nieumyślnego. Zatem uzasadnione jest twierdzenie, że zachowanie sprawcy zasadniczo zwiększyło niedozwolone prawnie niebezpieczeństwo dla dobra prawnego jako przedmiotu zamachu i przez to pozwoliło na wystąpienia danego skutku przestępnego, któremu gwarant obowiązany był zapobiec, podejmując zaniechane działanie²⁹.

Reasumując, należy podzielić główne tezy wyrażone przez SN w komentowanym wyroku.

Niemniej jednak sposób argumentowania przyjęty w uzasadnieniu wymaga zgłoszenia pewnego ogólnego spostrzeżenia. Sąd Najwyższy nie dostrzegł mianowicie możliwości oparcia oskarżenia na koncepcji *z a w i n i e*

²⁸ Wyrok SA w Łodzi z 28 II 2001 r., II Aka 276/2000, LexPolonica nr 358226.

²⁹ J. G i e z e k [i inni], *op. cit.*, s. 46–47.

nia na przedpolu czynu zabronionego, sprowadzającego się – w omawianym przypadku – do zaniedbania stworzenia takich warunków, w których możliwe byłoby udzielenie poszkodowanej i jej nienarodzonemu dziecku adekwatnej pomocy lekarskiej, z wykonaniem zabiegu cięcia cesarskiego włącznie. Oskarżony swoim postępowaniem „dobrowolnie” pozbawił siebie oraz innych lekarzy, którzy przejęliby po nim obowiązki lekarza dyżurnego, szans na prawidłowe – zarówno z punktu widzenia medycznego, jak i prawnego – postępowanie. Nie można bowiem obowiązku udzielenia pomocy sprowadzać jedynie do wykonania zabiegu cesarskiego cięcia, ale należy utożsamiać go z prawidłowo prowadzonym procesem diagnostycznym, który w dynamicznie rozwijającej się sytuacji, dawałby realne szanse na uratowanie dziecka³⁰. Pominięcie sugerowanej możliwości odejścia przy orzekaniu od generalnej zasady koincydencji czasowej, może budzić zdziwienie, zwłaszcza że sam SN w orzeczeniu z 2008 r. pisze, iż „konieczności medyczne” wyznaczające granicę prawnokarnej ochrony człowieka mają swój początek w procesie diagnostycznym, „rozpoczynanym zazwyczaj od wywiadu chorobowego”.

W tej sytuacji wyłączenie odpowiedzialności oskarżonego, pomimo posiadania przez SO opinii biegłych, stwierdzających, że zebrany materiał informacyjny (m.in. właśnie wywiad chorobowy) pozwalał na stwierdzenie istnienia zagrożenia płodu, stanowi rażącą obrazę art. 155 k.k.

Zwłaszcza że „im większa wartość dóbr prawnych, które gwarant ma chronić i im wyższy stopień prawdopodobieństwa sprowadzenia niebezpieczeństwa, tym bardziej rygorystycznie trzeba oceniać obowiązek działania lub zaniechania po jego stronie”³¹.

V. Postulat *de lege ferenda*

W uzasadnieniu powoływanego postanowienia z 2008 r., SN postawił zarzut SO w P., że intencją sformułowanego przez niego pytania prawnego jest chęć objęcia nagannego zachowania oskarżonego odpowiedzialnością karną za przestępstwo określone w art. 155 k.k., w sytuacji kiedy możliwość taka nie znajduje oparcia w obowiązującym prawie karnym.

³⁰ O możliwości przypisania odpowiedzialności karnej w oparciu o koncepcje zawinienia na przedpolu czynu zabronionego pisze szerzej M. Małeck i, *Znamię „człowiek”*. *Uwagi na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2010 roku, V KK 34/10*, Referat na seminarium doktoranckim prof. Andrzeja Zolla, 25 I 2011 r., [s. 1].

³¹ Wyrok SA w Katowicach z 30 XI 2005 r., II Aka 281/2005, LexPolonica nr 416056

Dalej argumentował, że decyzja o kryminalizacji danego rodzaju zachowania, bez względu na jego społeczną szkodliwość i nie budzącą wątpliwości naganność, pozostaje w wyłącznej kompetencji ustawodawcy i nie może być zastąpiona przez interpretację rozszerzającą obowiązujących przepisów. Należy podzielić to oczywiście słuszne stwierdzenie, że obowiązujące obecnie regulacje prawne są efektem przyjęcia przez ustawodawcę takiego, a nie innego rozwiązania systemowego, do którego wyboru był on uprawniony, a które to z kolei sądy są zobowiązane respektować. Z tego punktu widzenia adresatem postawionego pytania prawnego powinien być nie SN, ale TK, zgodnie z art. 193 Konstytucji.

W uzasadnieniu tym można jednak wyłowić kilka dodatkowych wątków. Po pierwsze – słuszna jest krytyka SN, dotycząca propozycji, aby nieumyślne zachowania podejmowane na szkodę dzieci nienarodzonych, ale już zdolnych do samodzielnego życia poza organizmem matki, podlegały penalizacji w ramach przepisów całego rozdziału o przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu. Konstrukcja taka stawiałaby bowiem pod znakiem zapytania sens istnienia przepisów art. 152, art. 153 i art. 157a k.k. a także powodowałyby rozszerzenie kręgów podmiotów zdolnych do popełnienia przestępstw na kobietę ciężarną, która z woli ustawodawcy nie odpowiada karnie za czyny przeciwko dziecku poczętemu (zarówno umyślne, jak i nieumyślne).

Przepisy rozdziału XIX Kodeksu karnego – z punktu widzenia strony podmiotowej omawianych typów czynów zabronionych – obejmują ochroną prawnokarną:

1) życie dziecka poczętego, bez względu na to, czy osiągnęło ono zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej – przed zachowaniami umyślnymi (art. 152, art. 153, art. 157a k.k.),

2) życie dziecka w okresie porodu – przed zachowaniami umyślnymi (art. 149 k.k.),

3) życie kobiety ciężarnej – przed zachowaniami umyślnymi (art. 153 k.k.) i nieumyślnymi (art. 154 k.k. w zw. z art. 152 i 153 k.k.),

4) życie człowieka – przed zachowaniami umyślnymi (art. 148, art. 150, art. 151, art. 156 § 1 i 3, art. 157 § 1 i 2, art. 160 § 1 i 2, art. 162 k.k.) i nieumyślnymi (art. 155, art. 156 § 2, art. 157 § 3 k.k.).

Taki jest „m o d e l o c h r o n y” przyjęty przez polskiego ustawodawcę, którego – jak podkreśla SN – „z przyczyn aksjologicznych, można nie akceptować, można wskazywać na jego braki, w końcu można wysuwać postulaty de lege ferenda”. Niemniej jednak, nie ulega wątpliwości, że życie i zdrowie ludzkie od chwili poczęcia do śmierci są dobrami chronionymi przez prawo karne, choć zakres i intensywność tej ochrony wyznaczają normy stanowione odrębnie dla życia w fazie przed i po urodzeniu.

Nie wydaje się natomiast usprawiedliwiona konkluzja SN, jakoby nieścisłość w systemie prawa spowodowana brakiem zakazów karnych w postaci nieumyślnych typów tzw. przestępstw aborcyjnych miała charakter tylko pozorny.

Kodeks karny w art. 53 stanowi, że sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych przez ustawę. Ponadto, zgodnie z wolą ustawodawcy, dolegliwość wymierzanej sankcji odzwierciedlać ma stopień zawinienia sprawcy, społeczną szkodliwość czynu oraz potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Te podstawowe w polskim porządku prawnym zasady i dyrektywy wymiaru kary i środków karnych, wymagają od organów orzekających uwzględniania przy wyrokowaniu m.in. przesłanek racjonalnego stosowania prawa. Dlatego też w pierwszej kolejności niezbędne jest ustalenie, w oparciu o obowiązującą aksjologię, katalogu dóbr chronionych prawem karnym, uwzględniającego ich wzajemną hierarchiczną zależność oraz wyznaczenie granic ustawowego zagrożenia karą za popełnienie poszczególnych typów przestępstw. Aby można było mówić o oddziaływaniu kary na świadomość prawną społeczeństwa, wśród jego obywateli musi zaistnieć przekonanie, że dane dobro prawne, poprzez uznanie jego wartości, podlega realnej ochronie ze strony państwa. Dlatego też każde jego naruszenie rodzić będzie negatywne konsekwencje prawne, w granicach ustawowego zagrożenia karą, której ramy wyznaczają stopień winy i założenia prewencji generalnej³². Zadanie to należy do kompetencji ustawodawcy zwykłego.

Źródło problemów tkwi w katalogu przedmiotów czynności wykonawczych, którym ustawodawca posługuje się w odniesieniu do typów czynów określonych w rozdziale XIX Kodeksu karnego. Opisane tam zachowania dotyczą bowiem: człowieka; dziecka poczętego, które nie osiągnęło zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej; dziecka poczętego, które taką zdolność osiągnęło; dziecka w okresie porodu oraz kobiety ciężarnej. Warto zwrócić uwagę, że choć katalog ten jest zbiorem stosunkowo rozbudowanym, zawsze jednak dotyczy tego samego dobra prawnie chronionego, a mianowicie życia i zdrowia „istoty ludzkiej”. Mając tego świadomość wydaje się, że aktualna konstrukcja rozdziału XIX może budzić słuszne wątpliwości interpretacyjne co do zakresu ochrony życia oraz kryteriów, w oparciu o które podlega ona miarkowaniu.

Ustawodawca zawarł w Kodeksie karnym szereg przepisów, które przewidują możliwość kwalifikowania zachowania nieumyślnego jako przestępstwa przeciwko dobru prawnemu jakim jest życie i zdrowie „człowieka”

³² A. Z o 11, *Wina i kara*, „Nauka” 2004, nr 1, s. 45–46.

i sprowadzającego się do nieumyślnego spowodowania śmierci (art. 155 k.k.), nieumyślnego uszkodzenia ciała (art. 156 § 2 k.k., art. 157 § 3 k.k.) czy też nieumyślnego narażenia na niebezpieczeństwo (art. 160 § 3 k.k.).

Inaczej natomiast ukształtowane zostały przepisy dotyczące ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego, w sposób – w mojej ocenie – pomijający konstytucyjny kontekst standardów ochrony życia „istoty ludzkiej”.

Zasadnicze znaczenie ma tutaj art. 157a, który został dodany do Kodeksu karnego przez art. 1 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 64, poz. 729), która weszła w życie 17 sierpnia 1999 r. Intencją ustawodawcy było usunięcie luki prawnej dotyczącej ochrony zdrowia dziecka poczętego, poprzez wprowadzenie przepisu penalizującego uszkodzenie jego ciała lub spowodowanie rozstroju zdrowia. Co do zakresu tej ochrony, dyspozycja § 1 wskazuje, że obejmuje ona zachowania powodujące wszelkie uszkodzenia ciała oraz tylko te przypadki rozstroju zdrowia, które stanowią zagrożenie dla życia dziecka poczętego. Równocześnie w § 2 przewidziane zostały wypadki wyłączające przestępność czynu lekarza, odpowiadające kontratypowi stanu wyższej konieczności oraz czynnościom leczniczym. Choć opisane w § 1 przestępstwo ma charakter powszechny, to § 3 uchyla karalność matki dziecka poczętego za spowodowanie uszkodzenia ciała lub rozstroju jego zdrowia.

Z punktu widzenia omawianego problemu najistotniejsze wątpliwości dotyczą znamion strony podmiotowej przestępstwa z art. 157a k.k. Opisany w nim typ czynu zabronionego może bowiem zostać popełniony jedynie umyślnie, zarówno w postaci zamiaru bezpośredniego, jak i wynikowego.

A zatem koniecznym warunkiem dla przypisania odpowiedzialności karnej sprawcy musi być spowodowanie skutku w postaci uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, będącego konsekwencją umyślnego, bezprawnego zachowania osoby, która chciała popełnić dany czyn albo przynajmniej godziła się na jego popełnienie.

Stan prawny, uwzględniający jedynie tak sformułowaną dyspozycję normy prawnej, nie pozostaje w zgodzie z konstytucyjnym standardem ochrony życia ludzkiego oraz dopuszczalnymi przesłankami jej ograniczania. Decyzji tej nie da się bowiem uzasadnić kolizją równorzędnych dóbr, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, bez naruszenia zasady proporcjonalności³³.

³³ Art. 30 ust. 3 Konstytucji brzmi: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicz-

Przesłanka konieczności, o której mowa w ust. 3, musi być interpretowana szczególnie restrykcyjnie, w sposób zbliżony do „absolutnej, bezwzględnej konieczności”, której pojęciem posługuje się art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC)³⁴. Każdy wypadek ograniczenia prawnej ochrony życia ludzkiego – w stosunku do standardów ogólnych (tutaj: ochrony życia „człowieka”) musi być traktowany jako środek o charakterze *ultima ratio*³⁵.

Przedstawiony na tle omawianego przypadku stan prawny dotyczący przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu wskazuje na potrzebę ostatecznego uzgodnienia stanowisk co do rozumienia istoty znamienia „człowiek” oraz wynikających z tego konsekwencji dla wymiaru sprawiedliwości. Rozbieżna praktyka sądowa oraz nadmierna arbitralność w orzekaniu o odpowiedzialności karnej sprawców wspomnianych przestępstw, zagraża funkcji gwarancyjnej prawa karnego oraz narusza zasadę *nullum crimen sine lege certa* i *nullum crimen sine lege stricta*. Zasada demokratycznego państwa prawa wymaga bowiem takiego samego traktowania przez aparat państwowy obywateli znajdujących się w takiej samej sytuacji. Istniejący stan prawny – pozbawiony spójności i zawierający określenia wskazujące na swoisty relatywizm aksjologiczny – może budzić obawy przy wydawaniu wyroków. Zwłaszcza że tendencja orzecznictwa SN wydaje się zmierzać do rozszerzania prawnokarnej ochrony życia „człowieka”. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że dokonując reinterpretacji własnego orzeczenia z 2006 r. i nie zmieniając przyjętego tam kryterium położniczego, SN tak naprawdę wprowadził nową, nie występującą dotąd przesłankę pełnej ochrony prawnokarnej w postaci medycznej konieczności przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży. W uzasadnieniu

nego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

³⁴ Art. 2 EKPC „1. Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego, skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę. 2. Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły: a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą; b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem, c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania”.

³⁵ Wyrok TK z 30 IX 2008 r., K 44/2007, OTK ZU 2008/7A, poz. 126, dotyczący zgodności z Konstytucją art. 122a ustawy z dn. 3 VII 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz.U. z 2006 r., Nr 100, poz. 696 ze zm.), umożliwiającego zniszczenia cywilnego statku powietrznego z pasażerami i załogą na pokładzie, gdy wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa.

postanowienia z 2008 r. pojawił się ponadto dodatkowy warunek, uzależniając wystąpienie wspomnianej konieczności od stwierdzenia istnienia ku niej medycznych przesłanek³⁶.

Na marginesie warto dodać, że krótko przed wydaniem postanowienia SN z 2008 r., SA we Wrocławiu, orzekając o zakresie ochrony z art. 160 k.k., posłużył się sformułowaniem „wskazania medyczne”, na co jego zdaniem pozwalała interpretacja uchwały SN z 2006 r.³⁷

Kluczowa dla dalszych rozważań jest treść art. 38 Konstytucji, który stanowi, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę do życia”. W opinii doktryny panuje pogląd, że treść cytowanego przepisu znajduje zastosowanie także do ochrony życia w fazie prenatalnej, a ujęte w niej pojęcie „człowiek” zostało użyte „w znaczeniu obejmującym każdą istotę posiadającą genom ludzki”³⁸.

³⁶ W poszukiwaniu dookreślenia znamion takiego stanu, SN sięgnął do Rekomendacji Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego (z dn. 16 V 2008 r., „Puls Medycyny” – 16 IX 2008 r.), które wprowadziło podział wskazań do przeprowadzenia zabiegu na pilne, nagłe i nagłe – natychmiastowe. Pomijając dwa ostatnie kryteria, chcę zwrócić uwagę na definicję pilnych wskazań do przeprowadzenia cesarskiego cięcia. Zgodnie z nią „pacjentka powinna być operowana po uzyskaniu wyników niezbędnych badań” jeżeli „czynniki potencjalnie zagrażające życiu i zdrowiu matki i płodu istnieją, ale nie stanowią bezpośredniego zagrożenia życia w danej chwili, lecz są przesłanki, że pogorszenie może wystąpić w każdej chwili, a dalsze oczekiwanie i ewentualny postęp porodu może pogorszyć sytuację położniczą i warunki do wykonania cięcia”. Oczywiście ustalenia te zawsze należą do sfery faktów, a ich oceny dokonać mogą jedynie specjaliści z dziedziny położnictwa, ale nie sposób oprzeć się wrażeniu, że w realiach rozważanego przypadku, zgodnie z powołaną definicją, Anna H. mogła znajdować się właśnie w stanie „pilnych” wskazań do przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego.

³⁷ Wyrok SA we Wrocławiu z 15 X 2008 r. brzmiał: „Faza przygotowań do zabiegu zakończenia ciąży przez cesarskie cięcie, od którego to momentu dziecko poczęte objęte jest ochroną z przepisu art. 160 k.k. należną człowiekowi, to nie tylko czynności techniczne, ale występujące łącznie: wskazania medyczne do rozwiązania ciąży przez zabieg cięcia cesarskiego, gotowość rozwojowa dziecka do samodzielnego funkcjonowania poza organizmem matki oraz gotowość matki do poddania się takiemu zabiegowi”.

³⁸ A. Z o l l, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, w: *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, druk sejmowy nr 993, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Warszawa 2007, nr 3, s. 102–105; W. W r ó b e l, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji RP*, w: *Konstytucyjna formuła...*, *op. cit.*, s. 20–21; W. W r ó b e l, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, w: *Konstytucyjna formuła...*, *op. cit.*, s. 29; L. B o s e k, *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...*, *op. cit.*, s. 56;

Analiza powołanych orzeczeń SN oraz wnioski przyjęte przez TK w orzeczeniu z 28 maja 1997 r.³⁹ w sprawie zasad ochrony życia ludzkiego jako wartości konstytucyjnej, zgodnie z którymi „w s z e l k i e [podkr. moje, MN] zachowania nakierowane na naruszenie zdrowia człowieka muszą być uznane [...] za zachowania naruszające dobro prawne [...] oraz że rezygnacja z dostatecznych środków ochrony dobra stanowiącego wartość konstytucyjną musi być uznana za naruszającą gwarancje konstytucyjne takiego dobra”, skłaniają mnie do przekonania o konieczności wprowadzenia zmian do rozdziału XIX Kodeksu karnego, poprzez dodanie do katalogu typów czynów zabronionych tzw. nieumyślnych przestępstw aborcyjnych.

W orzeczeniu z 28 maja 1997 r. TK badając zgodność z Konstytucją przepisów znowelizowanej ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży orzekł, że „[...] Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju. Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. [...] Od momentu powstania, życie ludzkie staje się wartością chronioną konstytucyjnie. D o t y c z y t o t a k ż e f a z y p r e n a t a l n e j [podkr. moje, MN]”. Uzasadniając swoje stanowisko TK wskazał na brak „dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych

L. B o s e k, *Opinia prawna na temat struktury normatywnej i konsekwencji prawnych propozycji poprawki do projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP*, w: *Konstytucyjna formuła...*, op. cit., s. 77.

³⁹ Orzeczenie TK z 28 V 1997 r., K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19; Grupa Senatorów Rzeczypospolitej Polskiej we wniosku z 11 XII 1996 r. wniosła o zbadanie zgodności art. 1 ust. 2, ust. 4 pkt b i c, ust. 5 w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 1, art. 2 ust. 1 i 2 oraz art. 3 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dn. 30 VIII 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 139, poz. 646) z art. 1, art. 67 ust. 1 i 2 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dn. 17 X 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 84 poz. 426 ze zm.; Dz.U. z 1995 r., Nr 38, poz. 148; Dz.U. Nr 150, poz. 729; Dz.U. z 1996 r., Nr 106, poz. 488). Spór dotyczył określenia statusu prawnego płodu oraz granic jego prawnej ochrony po zmianie brzmienia przepisów ustawy z dn. 30 IX 1996 r., przede wszystkim jej art. 1, który przed nowelizacją stanowił: Ust. 1. „Każda istota ludzka ma od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia. Ust. 2. Życie i zdrowie dziecka od chwili jego poczęcia pozostaje pod ochroną prawa”. Natomiast po zmianie otrzymał brzmienie: „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie”.

kryteriów”, w oparciu o które uprawnione byłoby odmienne wartościowanie życia, z uwagi na fazę jego rozwoju.

Skoro tak, to należałoby się zastanowić, czy przejawem takiego właśnie zróżnicowania ochrony nie jest pominięcie przepisów dotyczących nieumyślnych zamachów na życie w fazie przed urodzeniem. Zwłaszcza że w rzeczywistości nieumyślne zachowania, stanowiące potencjalne zagrożenie dla życia i zdrowia dziecka poczętego, są niewspółmiernie częstsze niż przypadki zamierzonej aborcji. Dotyczą one bowiem – oprócz przypadków nie związanych z czynnościami leczniczymi – wszelkich niebezpiecznych dla życia i zdrowia powikłań medycznych, wynikających z podjętych decyzji diagnostycznych czy terapeutycznych. Wprowadzając postulowaną nieumyślną formę typu czynu określonego w art. 157a k.k., uzyskalibyśmy ochronę życia poczętego, odpowiadającą ochronie życia „człowieka” przewidzianą w art. 156 § 2 oraz art. 157 § 3 k.k. Pozwoliłoby to na racjonalne miarkowania wymiaru kary, zgodne z aksjologią oraz polityką kryminalną, a także z „szeregiem czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności” (K 26/96)⁴⁰.

Istotny wydaje się także fakt, że do powyższych wniosku skłaniają nie tylko aksjologiczne, ale także legislacyjne argumenty, uzasadniające penalizację tego typu zachowań. Nie jest bowiem celem prezentowanego tu rozwiązania zaostrzenie stopnia represji przewidzianych za czyny wymierzone przeciwko życiu i zdrowiu dziecka poczętego. Ani tym bardziej naruszanie – poprzez ponowne stawianie pytania o wartość ludzkiego życia – z trudem wypracowanego w drodze emocjonalnego dyskursu politycznego i społecznego kompromisu. Konieczność zmian w dotychczasowej regulacji prawnej dostrzec można uwzględniając – choćby tylko – tezy orzeczeń TK⁴¹ odnoszących się do tzw. zasady przyzwoitej legislacji, określającej m.in. wymagany stopień precyzji przepisów prawa, wynikający z dekodowanej zasady demokratycznego państwa prawnego. Zgodnie z prezentowaną w orzecznictwie

⁴⁰ Podobnie TK w wyroku z 30 IX 2008 r., K 44/2007.

⁴¹ TK w wyroku z 30 IX 2008 r., K 44/2007; także: wyrok TK z 30 X 2001 r., K 33/2000, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 217; TK stwierdził m.in. „Dla oceny zgodności sformułowania określonego przepisu prawa z wymaganiami poprawnej legislacji istotne są przy tym trzy założenia. Po pierwsze – każdy przepis ograniczający konstytucyjne wolności lub prawa winien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom. Po drugie – przepis ten powinien być na tyle precyzyjny, aby zapewniona była jego jednolita wykładnia i stosowanie. Po trzecie – przepis taki winien być tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw”.

TK tezą: „Ustawodawca nie może [...] poprzez niejasne formułowanie treści przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu ich zakresu podmiotowego i przedmiotowego [podkr. moje, MN]. Założenie to można określić ogólnie jako zasadę określoności ustawowej ingerencji w sferę praw i obowiązków adresatów normy prawnej. Przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego”.

Przedstawiony przeze mnie postulat jest więc jedynie próbą wskazania konieczności rozwiązania problemu braku spójności systemowej i funkcjonalnej prawa rozumianego jako „zespół aksjologicznie i celowościowo powiązanych norm [...], budowany w oparciu o wspólny [...] system wartości”. Nie można bowiem – wyprowadzając wnioski sformułowane w cytowanych orzeczeniach TK oraz SN – poprzestać na obowiązujących aktualnie normach sankcjonowanych, objętych przepisami rozdziału XIX Kodeksu karnego. Skoro postanowiliśmy „nadać” życiu ludzkiemu przymiot wartości najcenniejszej, chronionej Konstytucją i wywodzącej się z niezbywalnej i przyrodzonej godności człowieka, to musimy być gotowi na związane z tym konsekwencje dla całego porządku prawnego. Dlatego też – jeśli nie mają to być jedynie puste słowa – należy oczekiwać od ustawodawcy, że wypełni powstałą lukę prawną, tak aby porządek prawny odzwierciedlał wartość przypisaną życiu ludzkiemu i czynił zadość postulatowi zapewnienia mu dostatecznej ochrony.

Wydaje się zatem, że kontekst konstytucyjny odnoszący się do „dostatecznej” ochrony życia oraz charakter *ultima ratio* orzeczeń TK wymaga zgłoszenia postulatu *de lege ferenda*, dotyczącego wprowadzenia do przepisów Kodeksu karnego typów czynów zabronionych polegających na nieumyślnym zamachu na życie i zdrowie dziecka poczętego, tzw. nieumyślnych przestępstw aborcyjnych.

Na przedstawionych przykładach orzeczeń widać ponadto, że wprowadzenie do porządku prawnego postulowanego typu przestępstw, pozwoliłoby na wyeliminowanie sytuacji, w której sądy orzekające próbowałyby zwolnić się od odpowiedzialności związanej z interpretacją przepisów i oczekiwały od SN wykładni „dopasowanej” do rozstrzyganego aktualnie przypadku.

Należy również wziąć pod uwagę, że nie zawsze będzie możliwe odwołanie się do konstrukcji zawinienia na przedpolu czynu zabronionego, czy też powołanie się na „humanistyczne racje dyrektywy interpretacyjnej »*in dubio pro vitae*«”, bez naruszania dopuszczalnych granic wykładni zakazu karnego oraz wypaczenia gwarancyjnego charakteru definicji winy.

