

Jakub Bojke, Michał Wantoła

Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za aborcję. Wybrane zagadnienia

1. Zarys problemu

Problematyce dopuszczalności przerywania ciąży poświęcono wiele publikacji, zwłaszcza w kontekście uchwalenia ustawy z dn. 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży¹ oraz ustawy z dn. 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw², a także wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96³ czy wreszcie wejścia w życie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego. W tym kontekście dziwić może niewielkie zainteresowanie przedstawicieli nauki prawa karnego zagadnieniem możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za udział w procedurze aborcji. Jest to jednak kwestia ważna z uwagi na charakter przedmiotu ochrony⁴ oraz interesująca –

¹ Dz.U. 1993, Nr 17, poz. 78. Dalej: „ustawa o planowaniu rodziny”.

² Dz.U. 1996, Nr 139, poz. 646.

³ OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19.

⁴ Na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego przeważa pogląd, zgodnie z którym głównym przedmiotem ochrony przestępstw stypizowanych w art. 152 k.k. jest życie dziecka poczętego. Tak. m.in. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 331; J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 198 i J. Potulski, w: *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 188. Odmienne, na gruncie innego, aczkolwiek zbliżonego do obecnego stanu prawnego: J. Majewski, *Karalność aborcji w Polsce w świetle ostatnich zmian legislacyjnych*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 5, s. 67–68.

i niełatwa do rozstrzygnięcia – chociażby ze względu na nieprecyzyjność sformułowań użytych przez polskiego ustawodawcę.

Aby usunąć niejasności terminologiczne, należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, zwrotu „kobieta ciężarna” występującego w tytule niniejszego artykułu będziemy używać w tym samym znaczeniu, które nadał mu ustawodawca w art. 152 § 2 i 3 k.k. oraz w art. 153 § 1 i 2 k.k. (tożsamym z pojęciem „kobieta”, użytym w art. 152 § 1 k.k.). Po drugie, na potrzeby niniejszej publikacji używać będziemy tego zwrotu zamiennie z terminami „kobieta” oraz „matka”, uwzględniając konotację tego ostatniego na gruncie art. 157a § 3 k.k., a abstrahując od jego definicji legalnej z art. 61⁹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁵. Wreszcie, określenia „aborcja” będziemy używać zamiennie z pojęciem „przerwanie ciąży”, używanym na gruncie art. 152 i 153 k.k.

Z uwagi na to, że w Polsce praktyka wymiaru sprawiedliwości jest jednolita i jednomyślnie aprobowana przez wypowiadających się w tej kwestii przedstawicieli nauki prawa karnego, celem niniejszego tekstu jest między innymi bliższe przyjrzenie się wypowiedziom doktryny na temat ewentualnego przypisania kobiecie ciężarnej odpowiedzialności karnej z jakiegokolwiek podstawy prawnej, związanej z przerywaniem ciąży. W tym kontekście celowe wydaje się podjęcie próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy dotychczasowa praktyka polegająca na braku pociągania kobiety ciężarnej do odpowiedzialności karnej jest słuszna, a – w zależności od sposobu rozstrzygnięcia tej kwestii – wyjaśnienia wymagać będą dalsze problemy. W razie uznania, że – istotnie – dotychczasowe postępowanie organów ścigania w rzeczonym zakresie zasługuje na afirmację, koniecznym będzie ustalenie, czy jest to obecnie we właściwy sposób uzasadniane. Jeśli natomiast okaże się, że dotychczas prezentowany pogląd rozmija się z prawidłową wykładnią tekstu ustawy karnej, koniecznym będzie jednoczesne zaprezentowanie spójnego rozstrzygnięcia podjętego problemu.

Na marginesie rozważań zostaną zarysowane problemy odpowiedzialności karnej ojca za udział w przerywaniu ciąży oraz formułowania w przepisach prawa karnego okoliczności wyłączających przestępność czynu. W wielu przypadkach nie jest bowiem jasne, czy z dobrodziejstwa wypływającego ze sformułowania przez ustawodawcę tychże okoliczności może skorzystać tylko sprawca, czy również podżegacz lub pomocnik.

Jak wynika z przedstawionego wyliczenia postawionych problemów, rozważania będą miały charakter wyłącznie dogmatyczny i oparte będą

⁵ Przepis ten ma następujące brzmienie: „Matką dziecka jest kobieta, która je urodziła”.

o analizę obecnie obowiązującego w Polsce stanu prawnego. Poza zakresem dociekań pozostaną problemy z zakresu teorii prawa, systemów praw obcych czy polityki kryminalnej. Niniejsza analiza nie obejmie przy tym przypadków wskazanych przez ustawodawcę w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny.

2. Analiza możliwości pociągnięcia kobiety ciężarnej do odpowiedzialności karnej za udział w aborcji

Poniższe rozważania dotyczące kwestii odpowiedzialności karnej matki za udział w aborcji prowadzone będą na gruncie art. 152 k.k. Prezentowane w polskim piśmiennictwie wypowiedzi skłaniają do wniosku, że matka nigdy nie może być podmiotem czynów opisanych w art. 152 k.k. Część autorów uważa tę tezę za oczywistą, uznając przy tym jej uzasadnienie za zbędne⁶. Należy się zgodzić, że przymiot oczywistości powyższego twierdzenia dotyczy art. 152 § 2 k.k., w którym jest mowa o udzieleniu pomocy kobiecie ciężarnej lub nakłonieniu jej do przerwania ciąży. W zasadzie wystarczy ograniczyć się w tym miejscu do stwierdzenia, że nie jest możliwa sytuacja, w której podmiot sam sobie udziela pomocy bądź też sam siebie nakłania do czegokolwiek – a to z uwagi na znaczenie językowe zwrotów „udziela pomocy” i „nakłania”. Bardziej interesujący w tym kontekście wydaje się przepis art. 152 § 1 k.k. Za niemożnością pociągnięcia kobiety do odpowiedzialności karnej za sprawstwo czynu opisanego w tym przepisie formułowane są dwa argumenty, z których pierwszy opiera się na wykładni językowej tego przepisu, zaś drugi swoje źródło czerpie z treści art. 152 § 2 k.k.

Analizując treść art. 152 § 1 k.k. w izolacji od pozostałych regulacji zwraca się uwagę na rolę rzeczownika „kobieta”. M. Królikowski używa w odniesieniu do owej „kobiety” zwrotu: „przedmiot zapośredniczający realizację czynności sprawczej”⁷. Skoro matka jest przedmiotem zapośredniczającym realizację czynności sprawczej przez podmiot (sprawcę przestępstwa), to tym samym nie może być tym podmiotem. Przekonuje o tym dodatkowo użycie w treści przepisu zaimka przymiotnego dzierżawczego „jej”, który wskazuje, że kobieta, o której ciąży mowa jest w przepisie, musi być kimś innym niż podmiot czynu zabronionego.

⁶ Zob. np. J. Giezek, *op. cit.*, s. 199 oraz L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2008, s. 618.

⁷ M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 243.

O trafności interpretacji wskazującej, że matka nie może odpowiadać kar­nie za sprawstwo czynu opisanego w art. 152 § 1 k.k., przekonuje również treść art. 152 § 2 k.k. Zauważa się, że gdyby matka była podmiotem zdatnym do ponoszenia odpowiedzialności na podstawie art. 152 § 1 k.k., to wówczas zbędnym byłaby obecność w ustawie karnej przepisu art. 152 § 2 k.k., który zawiera szczególne konstrukcje podżegania i pomocnictwa⁸. Istnienie takiej regulacji jak art. 152 § 2 k.k. uzasadnione jest tym, że kobieta ciężarna nie może odpowiadać za przerwanie ciąży na podstawie paragrafu 1. Gdyby było inaczej, art. 152 § 2 k.k. jawiłby się jako pozbawiony znaczenia praw­nego wobec możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób nakłaniających kobietę lub udzielających jej pomocy w przerywaniu ciąży na podstawie art. 18 § 2 lub 3 w zw. z art. 152 § 1 k.k.

Ze zrozumiałych względów uwagi powyższe odnosić się będą również do art. 152 § 3 k.k., który ma charakter wtórny wobec art. 152 § 1 i 2 k.k., a to oznacza, że matka nie może odpowiadać kar­nie za sprawstwo żadnego z czynów zabronionych stypizowanych w art. 152 k.k.

Przedstawiciele nauki prawa karnego podobnie zapatrują się na kwestię ewentualnej odpowiedzialności kobiety ciężarnej za podżeganie lub po­mocnictwo do aborcji⁹, choć większość z nich w ogóle pomija ten problem w swoich rozważaniach. Warto jednak wskazać, że sytuacja prawna matki na tym tle kształtuje się już zasadniczo odmiennie, ponieważ podżeganie i pomocnictwo, jako tzw. niesprawcze postacie współdziałania, stanowią odmiennie od sprawstwa w ścisłym znaczeniu typy czynów zabronionych, charakteryzujące się samodzielnym zespołem znamion¹⁰. Wydaje się, że zachowanie kobiety ciężarnej uczestniczącej w procederze przerywania ciąży może, przynajmniej *prima facie*, odpowiadać opisowi czynu zrekonstruowa­nemu w oparciu o (odpowiednio) art. 18 § 2 lub 3 oraz art. 152 § 1 k.k.

⁸ Zob. np. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 380.

⁹ Do tych przedstawicieli doktryny, którzy poruszają wskazany problem należą, oprócz E. Zielińskiej, L. Tyszkiewicz oraz J. Potulski (zob. L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, Warszawa 2008, s. 618 oraz J. Potulski, *op. cit.*, s. 192). Ten pierwszy uznaje jednak tę kwestię za „jasną”, a drugi sprowadza uzasadnienie poglądu o braku odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za podżeganie lub pomocnictwo do przerywania jej ciąży do przyto­czenia opartej na już nieobowiązujących przepisach wypowiedzi J. Sawickiego, który zresztą stwierdza tylko, że „jego zdaniem” kobieta nie odpowiada kar­nie za nakłanianie lekarza do nielegalnego spędzenia płodu (zob. J. Sawicki, *Z problematyki lekarskiej w polskim prawie karnym*, w: G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 348). Zob. też uwagi w przypisie 17.

¹⁰ Zob. np. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 548–671.

Tytułem przykładu można wskazać, że kobieta ciężarna prosząca lekarza ginekologa o dokonanie zabiegu aborcji nakłania go do przerywania ciąży za jej zgodą i czyni to chcąc, aby ów lekarz zrealizował znamiona czynu opisanego w art. 152 § 1 k.k. Z kolei zrealizowanie przez kobietę znamion pomocnictwa do czynu zabronionego z art. 152 § 1 k.k. mogłoby polegać na wykonywaniu przez kobietę poleceń lekarza bezpośrednio przed zabiegiem lub w jego trakcie. Na marginesie zaznaczmy, że – z uwagi na przyjmowane powszechnie reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym – nawet gdyby dopuścić możliwość pociągnięcia kobiety ciężarnej do odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo, to i tak, co do zasady, nie mielibyśmy w tym przypadku do czynienia z właściwym zbiegiem przepisów ani przestępstw. Z uwagi na konieczność zastosowania w większości przypadków reguły konsumpcji, właściwą podstawą skazania mogłoby być co najwyżej podżeganie¹¹.

Argumentów mających przemawiać za niemożnością pociągnięcia kobiety ciężarnej do odpowiedzialności za podżeganie do aborcji próbowała dostarczyć, spośród polskich autorów, właściwie tylko E. Zielińska¹². Jeden z nich oparty jest na rozumowaniu *a maiori ad minus*. Chodzi o uznanie, że skoro ustawodawca wykluczył odpowiedzialność kobiety ciężarnej za sprawstwo przerywania ciąży, to tym bardziej za niedopuszczalne należy uznać skazanie jej za podżeganie bądź pomocnictwo, gdyż w przeciwieństwie do sprawstwa opisanego w art. 152 § 1 k.k. czyny te są podejmowane na przedpolu zniszczenia dobra prawnego w postaci życia dziecka poczętego. Wydaje się jednak, że argument ten powinien być skierowany raczej do ustawodawcy, mającego sensownie ukształtować politykę karną, aniżeli do podmiotów stosujących prawo. Trudno jest bowiem uznać, że argument ten wystarcza *de lege lata* do wyłączenia możliwości pociągnięcia matki do odpowiedzialności karnej. Należy uznać, że nie pozwala na to podstawowa dla prawa karnego funkcja ochronna¹³: czyn matki stwarza pośrednio zagrożenie dla dobra prawnego – życia dziecka poczętego – poprzez niedopuszczalne nakłanianie do stworzenia już bezpośredniego

¹¹ Podżeganie niesie bowiem ze sobą większy ładunek społecznej szkodliwości, co wyraża chociażby treść art. 19 § 2 k.k., przewidującego samoistną podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku skazania za pomocnictwo; w przypadku podżegania ustawodawca nie przewidział samoistnej podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary.

¹² Zob. E. Zielińska, *Świadek własnego nieszczęścia*, „Rzeczpospolita” 2000, nr 4, s. 28.

¹³ Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 39.

zagrożenia i naruszenia (zniszczenia) tego dobra przez osobę trzecią (zwykle lekarza)¹⁴.

Drugi z argumentów E. Zielińskiej polega na posłużeniu się analogią i uznaniu, że sytuację kobiety ciężarnej należy traktować podobnie jak przypadek niedoszłej ofiary eutanazji, która poprosiła inną osobę o dokonanie na niej zabójstwa eutanatycznego. Łatwo jednak znaleźć zasadniczą różnicę pomiędzy tymi sytuacjami, pozwalającą wyprowadzać z nich odmienne konsekwencje. Osoby chcące umrzeć i proszącej kogoś innego o dokonanie eutanazji nikt nie próbuje pociągać do odpowiedzialności karnej i jest to praktyka prawidłowa. Należy zwrócić uwagę, że w przeciwnym wypadku dochodziłoby do ukarania za czyn popełniony na szkodę samego siebie. Z Kodeksu karnego da się wyprowadzić ogólną regułę zakazującą skazywania za tego rodzaju zachowania. Przepęstwem zasadniczo nie jest czyn polegający na dysponowaniu własnym dobrem prawnym, bez względu na to, czy zostało to wyraźnie zaznaczone w danym przepisie typizującym, czy też nie¹⁵. Wykładnia przeciwna byłaby trudna do pogodzenia z konstytucyjną zasadą godności i prawem do samostanowienia. W przypadku kobiety ciężarnej nakłaniającej lekarza bądź udzielającej mu pomocy w przerwaniu jej ciąży sytuacja jest jednak odmienna. Nie mamy tu do czynienia z przestępstwem na szkodę samego siebie, lecz z atakiem na życie dziecka poczętego jako odrębnego nośnika dobra prawnego. Z tego względu nie można zrównywać obu omawianych w tym miejscu sytuacji i uzasadniać braku odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej w taki sam sposób, jak niedoszłej ofiary eutanazji.

Argumentu za wyłączeniem odpowiedzialności karnej matki poszukiwać można w treści przepisu art. 152 § 1 k.k. Wątpliwości może bowiem budzić fakt, że opis czynu utworzony w oparciu o art. 18 § 2 i art. 152 § 1 k.k. wymagałby od kobiety ciężarnej, aby nakłaniała do przerwania ciąży za własną zgodą. Wymóg dotyczący zgody jest w tym przypadku oczywiście zbędny, ponieważ nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której owej zgody przy nakłanianiu by zabrakło. Skoro rekonstrukcja opisu czynu zabronionego w oparciu o technikę kondensacji i rozczłonkowania tekstu praw-

¹⁴ Jak wskazuje E. Hryniewicz, „przyczyna wprowadzenia ustawowego zakazu takich zachowań – czyli społeczne niebezpieczeństwo związane z zachowaniem podżegacza oraz pomocnika – nie wyraża się w zagrożeniu chronionego dobra sprowadzonego czynem głównym, lecz że zagrożenie jest cechą własną poszczególnych niesprawczych form działania”. Zob. E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 194.

¹⁵ Zob. np. art. 157 § 1 i art. 288 § 1 k.k.

nego¹⁶ z wykorzystaniem przepisu przednawiasowego (art. 18 § 2 k.k.) oraz zrębowego (art. 152 § 1 k.k.) przynosi, wobec kobiety ciężarnej jako potencjalnego sprawcy tego czynu, tak specyficzny rezultat, zbliżający zgodę jako element normy prawnej do pozycji swoistego *superfluum*, to można zadać pytanie, czy celem ustawodawcy jest pociągnięcie jej do odpowiedzialności za podżeganie bądź pomocnictwo do aborcji. Uwagi dotyczące zgody pozostaną aktualne również na gruncie rozważań dotyczących pomocnictwa.

Wydaje się, że inny argument przemawiający za wyłączeniem kobiety ciężarnej z grona potencjalnych sprawców przestępstwa podżegania lub pomocnictwa do aborcji można wyprowadzić z treści art. 152 § 2 k.k. Zgodnie z językowymi regułami wykładni, „przerwanie ciąży”, o którym mowa w tym przepisie, można rozumieć wąsko (samodzielne przerwanie ciąży przez kobietę), ale i szeroko (zarówno samodzielne przerwanie ciąży przez kobietę, jak też działanie osoby trzeciej doprowadzającej do śmierci dziecka poczętego). Doktryna zdaje się rozumieć to określenie szeroko¹⁷. Przyjęcie szerokiego rozumienia przerwania ciąży na gruncie art. 152 § 2 k.k. skutkowałoby tym, że osoba nakłaniająca kobietę do poddania się zabiegowi przerwania ciąży wykonanemu przez osobę trzecią odpowiadałaby właśnie za przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. Gdyby w tej sytuacji dopuścić możliwość ukarania kobiety nakłaniającej lekarza do dokonania aborcji (na podstawie art. 18 § 2 w zw. z art. 152 § 1 k.k.), to osoba nakłaniająca kobietę do poddania się zabiegowi przerwania ciąży wykonanemu przez osobę trzecią (czyli, tym samym, nakłaniająca ją do nakłonienia np. lekarza do dokona-

¹⁶ Zob. np. M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 60–64.

¹⁷ A. Zoll, wskazując *ratio legis* art. 152 § 2 k.k., zwraca uwagę na to, że: „ponieważ sama kobieta przerywająca swoją ciążę lub zezwalająca na jej przerwanie nie realizuje znamion czynu zabronionego pod groźbą kary, pomocnictwo i podżeganie do takiego czynu nie mogą być karane na zasadach ogólnych. Konieczne więc było, podobnie jak w przypadku art. 151, stworzenie typu przestępstwa *sui generis*”. A. Zoll zdaje się tym samym wskazywać, że za przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. odpowiadać może nie tylko osoba udzielająca kobiecie ciężarnej narzędzi lub leków do przerwania ciąży przez nią samą, ale i np. osoba nakłaniająca ją do poddania się zabiegowi przerwania ciąży wykonanemu przez kogoś innego (zob. A. Zoll, w: *Kodeks..., op. cit.*, s. 334). Wprost tezę tę stawia J. Potulski, wskazując, że „pomocnictwo udzielone kobiecie dotyczyć jednak nie musi jedynie sytuacji, gdy ona sama dokonała przerwania swej ciąży. Odnosić się może to również do przypadku, gdy ciążę niezgodnie z przepisami ustawy przerywa osoba trzecia. Dla przyjęcia typizacji z art. 152 § 2 k.k. konieczne jest jednak wskazanie, że zachowanie sprawcy nakierowane jest na kobietę ciężarną w odniesieniu do istniejącego płodu, a nie na osobę trzecią dokonującą nielegalnego przerwania ciąży” (zob. J. Potulski, *op. cit.*, s. 193).

nia aborcji), mogłaby odpowiadać nie tylko na podstawie art. 152 § 2 k.k., ale i na podstawie art. 18 § 2 w zw. z art. 18 § 2 w zw. z art. 152 § 1 k.k.¹⁸ Taki dualizm podstaw prawnych dla tych samych zachowań z tym samym zagrożeniem karą¹⁹ jawi się jako niespełniający postulatów racjonalności ustawodawcy. Problem ten uległby rozwiązaniu wraz z przyjęciem, że matka nie jest podmiotem zdatnym do ponoszenia odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo do czynu opisanego w art. 152 § 1 k.k.²⁰

Powszechna (szeroka) interpretacja umiejscowionego w art. 152 § 2 k.k. zwrotu „przerwanie ciąży” może jednak budzić wątpliwości natury metodologicznej. W literaturze wychodzi się niekiedy z założenia, że kobieta ciężarna nie może odpowiadać karnie za zachowanie związane z przerwaniem jej ciąży²¹, w tym również za podżeganie lub pomocnictwo do aborcji. Następnie, opierając się na takim z góry przyjętym założeniu, dochodzi się do przekonania, że zwroty „udziela kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży” i „ją do tego nakłania” należy interpretować szeroko wobec dwójakiego ich znaczenia językowego. Trudno się tej wykładni dziwić, bowiem w przeciwnym razie, przy zaprezentowanym założeniu, zachowania o bardzo wysokim stopniu społecznej szkodliwości pozostałyby poza zakresem kryminalizacji tylko dlatego, że nie były nakierowane bezpośrednio na osobę dokonującą przerwania ciąży. Optyka możliwości interpretacyjnych znacząco zmieni się, jeśli odrzuci się przyjęte założenie o zakazie pociągania kobiety ciężarnej do odpowiedzialności karnej za podżeganie lub pomocnictwo do czynu z art. 152 § 1 k.k. Jeżeli dojdzie się przy tym do przekonania, że w podanym wyżej przykładzie matka prosząca lekarza o zabieg realizuje znamiona podżegania do aborcji, to wówczas nie ma problemu z przyjęciem ścisłej interpretacji art. 152 § 2 k.k., bez szkody dla polityki kryminalnej i postulatów racjonalności ustawodawcy. Wówczas bowiem osobę nakłaniającą kobietę ciężarną do poddania się zabiegowi przerwania ciąży wykonanemu przez osobę trzecią można byłoby pociągnąć do odpowiedzialności

¹⁸ W kwestii dopuszczalności stosowania tzw. konstrukcji łańcuszkowych podżegania i pomocnictwa zob. uchwała SN z 21 X 2003 r., I KZP 11/03, OSPiKA 2003, z. 11–12, poz. 89. Analogiczne rozwiązania można prowadzić odnośnie do konstrukcji podżegania do pomocnictwa do aborcji (art. 18 § 2 w zw. z art. 18 § 3 w zw. z art. 152 § 1 k.k.), pomocnictwa do podżegania do aborcji (art. 18 § 3 w zw. z art. 18 § 2 w zw. z art. 152 § 1 k.k.) i pomocnictwa do pomocnictwa do aborcji (art. 18 § 3 w zw. z art. 18 § 3 w zw. z art. 152 § 1 k.k.). Zob. też przypis 10.

¹⁹ Zob. art. 19 § 1 k.k.

²⁰ Podobne rozważania można toczyć również na gruncie art. 204 § 1 k.k.

²¹ Zob. np. A. Zoll, w: *Kodeks..., op. cit.*, s. 334, B. Michalski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117-221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2010, s. 318.

karnej na podstawie konstrukcji łańcuskowej „podżegania do podżegania do aborcji”: art. 18 § 2 w zw. z art. 18 § 2 w zw. z art. 152 § 1 k.k.

Przyjęcie wąskiego rozumienia pojęcia „przerwa ciążę” z art. 152 § 2 k.k. skutkowałoby więc uznaniem za możliwe pociągnięcie kobiety do odpowiedzialności karnej za podżeganie lub pomocnictwo do czynu z art. 152 § 1 k.k. – chyba że uznalibyśmy za wystarczające argumenty E. Zielińskiej oraz argument wypływający z użycia w treści przepisu art. 152 § 1 k.k. sformułowania „za zgodą kobiety”. Szerokie rozumienie „przerwania ciąży” zdaje się natomiast nie pozostawiać wątpliwości co do tego, że matka za podżeganie lub pomocnictwo do aborcji nie odpowiada karnie.

Można również dodać, że za wyborem szerokiego lub wąskiego rozumienia tego pojęcia mogłyby przemawiać argumenty natury systemowej i funkcjonalnej. Ewentualne prowadzenie postępowania karnego, wymierzenie kary i jej wykonywanie (lub chociażby samo widmo jej wykonania w razie zastosowania przez sąd któregoś ze środków probacyjnych) wprawdzie najczęściej nie jest związane z zadaniem niedoszłej matce fizycznej dolegliwości, niemniej jednak ewidentnie wiąże się z zadaniem jej dolegliwości o charakterze psychicznym. Kobieta, która poddała się aborcji, może być w pewien sposób stygmatyzowana w kręgu rodziny i znajomych, a prowadzenie wobec niej postępowania karnego (czy to postępowania przygotowawczego w fazie *in personam*, czy już postępowania sądowego) stanowiłoby dodatkową stygmatyzację, pogłębiając ze względów obyczajowych cechę dolegliwości jej sytuacji. Jeszcze większą dolegliwość stanowiłoby wymierzenie kary. Rodziłoby to pytanie, czy skazywanie matki za podżeganie lub pomocnictwo do aborcji nie naruszałoby jej godności, stanowiąc okrutne lub nieludzkie traktowanie lub karanie²², a ewentualne ukaranie nie godziłoby w zasady humanitaryzmu²³. Wydaje się, że na tak postawione pytanie nie można udzielić pozytywnej odpowiedzi, a wskazany opis dolegliwości odczuwanych przez karaną matkę może zostać wykorzystany zaledwie jako argument systemowy czy funkcjonalny.

Zostawiając na boku problem nakłaniania lekarza przez matkę do przerwania jej ciąży, można wskazać, że matka która zgadza się na przerwanie ciąży (zob. art. 152 § 1 k.k.) musi tym samym realizować znamiona pomocnictwa do aborcji. Ze zgodą bowiem immanentnie łączą się zachowania ułatwiające lekarzowi popełnienie czynu zabronionego z art. 152 § 1 k.k. Analizując tę sytuację od strony negatywnej można powiedzieć, że bez

²² Zob. art. 40 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

²³ Zob. art. 3 k.k.

zachowania matki polegającego na wyrażeniu zgody nie byłoby możliwe zrealizowanie przez inną osobę znamion typu z art. 152 § 1 k.k. Czyniłoby to zachowanie matki swoistym pomocnictwem koniecznym i stanowiłoby dodatkowy argument służący do podważenia możliwości karania matki na podstawie art. 18 § 3 w zw. z art. 152 § 1 k.k.²⁴

Powyższa analiza ukazuje skalę niejednoznaczności obecnie obowiązującego stanu prawnego w omawianym zakresie, która stwarza zasadnicze problemy interpretacyjne w określeniu karnoprawnego statusu matki nakłaniającej bądź udzielającej pomocy w przerwaniu własnej ciąży przez osobę trzecią. W takim stanie rzeczy wskazane wydaje się przecięcie zaprezentowanych wątpliwości w drodze nowelizacji Kodeksu karnego. O próbie takiej nowelizacji podjętej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego piszemy w dalszej części artykułu. Rozwiązaniem mógłby być powrót do prostej konstrukcji przepisu art. 149a § 2 wprowadzonego do Kodeksu karnego z 1969 r. przez art. 7 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny („Nie podlega karze matka dziecka poczętego”).

3. Kwestia odpowiedzialności karnej ojca dziecka poczętego za udział w procedurze przerwania ciąży

Podobną do pomocnictwa koniecznego konstrukcją można zastosować w ramach rozważań nad ewentualną odpowiedzialnością karną mężczyzny, który spółkuje z kobietą, doprowadzając do powstania ciąży, która następnie zostaje przerwana (podobną w tym znaczeniu, że takie zachowanie, pomijając przypadki zapłodnienia pozaustrojowego, stanowi warunek konieczny poprzedzający przeprowadzenie aborcji). Czyn ojca nie będzie nigdy stanowił przestępstwa, nawet jeśli jest świadomy tego, że do przerwania ciąży dojdzie i obejmuje to swoją wolą – nigdy bowiem nie będzie można uznać takiego czynu za naruszenie normy sankcjonowanej. Zasadniczo istotą takiej normy jest ochrona dobra prawnego (aspekt aksjologiczny) oraz nakaz postępowania zgodnie z wolą ustawodawcy (aspekt teleologiczny). Normę tę uadekwatnia się poprzez wskazanie, że do jej naruszenia niezbędne jest zaatakowanie dobra prawnego (zniszczenie albo przynajmniej spowodowanie dlań zagrożenia)²⁵.

²⁴ Takiej argumentacji nie można użyć odnośnie konstrukcji art. 18 § 2 w zw. z art. 152 § 1 k.k. Zgoda nie musi bowiem oznaczać nakłaniania.

²⁵ Więcej na temat istoty norm sankcjonowanych dekodowanych z przepisów prawno-karnych zob. np. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Kra-kowskie Studia Prawnicze” 1990, z. 23, s. 69–99.

Zasadniczo również w przypadku normy sankcjonowanej irrelevantne są elementy podmiotowe²⁶. Ewentualne dopuszczenie uzależnienia bezprawności czynu polegającego na spółkowaniu z kobietą i doprowadzeniu do powstania ciąży od nastawienia intelektualno-wolicjonalnego mężczyzny nakazywałoby rozważać bezprawność (i karalność) czynu ojca dziecka poczętego w każdym przypadku (innym niż wymienione w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny) zakończenia ciąży aborcją – czego, rzecz jasna, nikt nie proponuje²⁷.

Niezależnie od powyższego, w czasie popełnienia czynu przez niedośzłego ojca, przedmiot warunkujący realizację znamienia czynnościowego (dziecko poczęte) jeszcze nie istnieje – dopiero na skutek czynu przedmiot ten powstaje. Jest to sytuacja pod pewnymi względami podobna do kazusów *Talidomidu*²⁸ czy wadliwego zaprojektowania budynku, który następnie, po kilku latach, zawalił się, doprowadzając do śmierci osoby, która urodziła się po jego wybudowaniu. Sam tylko fakt nieistnienia w ustalonym zgodnie z art. 6 § 1 k.k. czasie popełnienia czynu zabronionego przedmiotu warunkującego realizację znamion nie stoi jednak na przeszkodzie postawieniu tezy o realizacji znamion danego typu czynu zabronionego. Wszystkie wskazane kazusy (niedośzłego ojca, *Talidomidu* czy wadliwie zaprojektowanego budynku) należy bowiem rozpatrywać na gruncie przepisów Kodeksu karnego przewidujących przestępstwa skutkowe (art. 152, 155, 156 czy 163 k.k.), w przypadku których skutek będzie związany właśnie z tym przedmiotem warunkującym realizację znamion. Skoro zaś skutek może być nawet znacznie oddalony w czasie od momentu podjęcia aktywności (lub jej zaniechania) przez sprawcę²⁹, to brakuje powodów do konstruowania wymogu istnienia wspomnianego przedmiotu w czasie działania (lub zaniechania) sprawcy. Wystarczy, że sprawca przewiduje albo może przewidzieć, że przedmiot ten

²⁶ Choć np. w przypadku usiłowania nieudolnego to z powodu nastawienia intelektualno-wolicjonalnego dokonuje się przewartościowanie nie tylko społecznej oceny czynu, ale i jego oceny prawnej: z czynu zasadniczo legalnego tworzy się czyn bezprawny i karalny. Zob. J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013, s. 90.

²⁷ Do podobnych konkluzji na gruncie analizy przypadków sztucznego zapłodnienia oraz zapłodnienia komórki żeńskiej w przypadku wcześniejszego zastosowania poronnych środków antykoncepcyjnych, uszkodzenia macicy czy patologii narządów rodnych uniemożliwiającej zagnieżdżenie się zarodka doszli J. Majewski i W. Wróbel: *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 5, s. 37–38.

²⁸ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 199.

²⁹ Co zauważa sam ustawodawca, wskazując w art. 101 § 3 k.k., że termin przedawnienia karalności czynu należy w przypadku przestępstw skutkowych liczyć nie od czasu popełnienia czynu, ale właśnie od czasu wystąpienia skutku.

będzie istniał w przyszłości³⁰. W obu przywołanych dla porównania kazusach (*Talidomidu* oraz budynku) powstanie przedmiotu warunkującego realizację znamion typu czynu zabronionego nie jest jednak, jak w sytuacji niedoszłego ojca, następstwem działania sprawcy. Kazus niedoszłego ojca jest więc z tego względu szczególny – zwłaszcza, że skonstruowanie podobnego stanu faktycznego, w którym przedmiot warunkujący realizację znamion typu czynu zabronionego powstawałby na skutek działania sprawcy, należałoby uznać za przedsięwzięcie dość wyrafinowane³¹. Można dla przykładu wyobrazić sobie chemika, który tworzy rzeźbę z materiałów powodujących jej samozniszczenie po upływie określonego czasu, a następnie podarowuje ją wrogowi. Rzeźba, już po zmianie właściciela, wybuchu i ulega całkowitemu zniszczeniu, nie wywołując przy tym dalszych szkód. Wydaje się, że w takim stanie faktycznym można zasadnie rozważać realizację znamion art. 288 § 1 k.k. Ten przykład różni się od kazusu niedoszłego ojca tym, że w jego ramach można wyróżnić dwa odrębne zachowania: jedno stwarzające zagrożenie dla rzeczy, która następnie stanie się przedmiotem warunkującym realizację znamion (skonstruowanie wybuchowej rzeźby) i drugie, czyniące z tej rzeczy przedmiot warunkujący realizację znamion – cudzą rzecz ruchomą (podarowanie rzeźby wrogowi). Dopiero od chwili dokonania tej drugiej czynności można mówić o zagrożeniu dobra prawnego – wcześniej bowiem nie może być mowy o istnieniu „cudzej” rzeczy ruchomej. Działanie ojca, jako jedno i to samo zachowanie, stanowi natomiast stworzenie przedmiotu warunkującego realizację znamion i jednocześnie postawienie dobra prawnego w stan zagrożenia. Wydaje się, że o ile jest możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za stworzenie zagrożenia dla dobra prawnego, którego nośnik wcześniej samemu się stworzyło (ojciec kilkuletniego dziecka, stwarzający dlań zagrożenie życia czy ów chemik – autor wybuchowej rzeźby), o tyle nie można uznawać za przestępstwo czynu

³⁰ Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej architekta, który wadliwie zaprojektował budynek, który po kilku latach się zawalił, doprowadzając do śmierci osoby, która w chwili projektowania jeszcze nie żyła, zdaje się dopuszczać R. A. Stefański, który przyjmuje, że zawalenie się budowli jest z reguły wynikiem „wad i błędów popełnionych w fazie przygotowania, projektowania lub wykonania inwestycji” i może ono być spowodowane „wadami ukrytymi, wywołującymi zagrożenie już w czasie jej wznieszenia, ale powodującymi szkody dopiero po dłuższym okresie eksploatacji budynku”. Zob. R. A. Stefański, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2010, s. 516. Zob. też B. Nietyksza, *Odpowiedzialność karna pracowników budownictwa inwestycyjnego*, Warszawa 1972, s. 64.

³¹ Pominąwszy przypadki analizowane przez J. Majewskiego i W. Wróbla (zob. uwagi w przypisie 27).

tworzącego nośnik dobra prawnego i jednocześnie stwarzającego zagrożenie dla tego dobra prawnego.

Omówione argumenty: istota normy sankcjonowanej, na której treść zasadniczo nie mają wpływu elementy podmiotowe; niemożność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za czyn, którego skutkiem jest stworzenie nośnika dobra prawnego oraz podobieństwo zachowania ojca do pomocnictwa koniecznego skłaniają do wykluczenia odpowiedzialności karnej niedoszłego ojca. Nie oznacza to oczywiście, że nie można poddać prawnokarnemu wartościowaniu jego późniejszego udziału przy przerwaniu ciąży. Nie ma bowiem przeszkód, aby w późniejszej fazie ojciec zrealizował znamiona typu z art. 152 § 2 k.k.

Przeprowadzone rozważania nakazywałyby postawić pytanie o realizację przez kobietę znamion typu czynu zabronionego z art. 18 § 2 w zw. z art. 152 § 2 k.k., czyli nakłaniania mężczyzny do udzielenia jej pomocy w przerwaniu ciąży. Gdyby kobieta odpowiadała karne za podżeganie lekarza do dokonania aborcji, wówczas taki czyn należałoby uznać za współukarany czyn uprzedni, jako prowadzący do popełnienia kolejnego czynu zabronionego, cechującego się znacznie większym ładunkiem społecznej szkodliwości. Jeżeli jednak ustawodawca podjął decyzję o braku penalizacji czynu kobiety przerywającej własną ciążę lub nakłaniającej lekarza do jej przerwania, wyłączenie odpowiedzialności karnej powinno się rozciągnąć również na zachowania bezpośrednio do tego czynu prowadzące, a więc w szczególności na nakłonienie innej osoby do udzielenia kobiecie pomocy w przerwaniu ciąży czy na nakłonienie innej osoby do udzielenia jej pomocy w nakłonieniu lekarza do przerwania jej ciąży.

4. Przykłady pomijania przez ustawodawcę kwestii wyłączenia odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika

Inny doniosły problem interpretacyjny związany z kwestią wyłączenia odpowiedzialności karnej matki rysuje się na gruncie dodanego do Kodeksu karnego ustawą z dn. 8 lipca 1999 r.³² przepisu art. 157a k.k. Przepis ten w § 1 przewiduje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby, która umyślnie spowodowała uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu. Paragraf 2 przewiduje brak odpowiedzialności lekarza realizującego znamiona typu z poprzedniego paragra-

³² Dz.U. 1999, Nr 64, poz. 729.

fu w pewnych szczególnych okolicznościach. Paragraf 3 statuuje natomiast okoliczność wyłączającą karalność czynu matki. Sformułowanie „czynu określonego w § 1” zdaje się nie pozostawiać wątpliwości, że mowa tutaj o czynie z § 1 w formie sprawstwa (zob. art. 18 § 1 k.k.), nie zaś o podżeganiu czy pomocnictwie do czynu realizującego znamiona typu z art. 157a § 1 k.k. – te bowiem, jak zauważono wcześniej, stanowią odrębne przestępstwa³³. Można oczywiście w tym miejscu rozważać, czy – wzorem E. Zielińskiej – nie byłoby zasadnym zaproponowanie wyłączenia przestępności czynu kobiety ciężarnej nakłaniającej inną osobę (lub pomagającą jej) do uszkodzenia ciała jej dziecka przy użyciu wykładni *a maiori ad minus*: skoro, jak na to jednoznacznie wskazuje treść art. 157a § 3 k.k., kobieta nie odpowiada za uszkodzenie ciała dziecka poczętego, dlaczego miałaby odpowiadać za nakłanianie do dokonania tego przez inną osobę lub udzielenie jej pomocy? Posługując się przykładami można zauważyć, że czyn matki, która spożywa alkohol w trakcie ciąży, doprowadzając do rozstroju zdrowia dziecka poczętego zagrażającego jego życiu zostanie objęty klauzulą z paragrafu 3, natomiast matka, która nakłania lekarza do zaordynowania jej alkoholu (który przedostanie się do jej krwi bez udziału matki, np. w formie podanej przez lekarza kroplówki), już z tego dobrodziejstwa nie skorzysta. Po raz kolejny jednak rozumowaniu *a fortiori* na przeszkodzie zdaje się stawać literalna treść przepisów Kodeksu karnego, od której trudno odejść przede wszystkim ze względu na podstawową funkcję prawa karnego, jaką jest funkcja ochronna.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na podobny problem interpretacyjny, ukazujący się na tle opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projektu nowelizacji Kodeksu karnego z dn. 5 listopada 2013 r.³⁴ Zmiany zaproponowane przez Komisję w zakresie przepisów zgrupowanych w rozdziale XIX Kodeksu zostały wprawdzie zarzucone w dalszym toku prac nad projektem w ramach Rządowego Centrum Legislacji, niemniej jednak uważamy za wartą przedstawienia pewną nieścisłość, rysującą się na tle proponowanych przepisów przewidujących wyłączenie odpowiedzialności karnej matki za czyny skierowane przeciwko życiu dziecka poczętego. Proponowana zmiana konstrukcji przepisu art. 152 § 1 k.k. na bardziej „standardową” (przypominającą konstrukcję pozostałych typów zgrupowanych

³³ Zob. przypis 10.

³⁴ Zob. < <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/download,2556,0.html> >.

w rozdziale XIX k.k.)³⁵ wymusiła na projektodawcy dodanie w art. 152 § 5 k.k., przewidującego wyłączenie przestępności czynu kobiety powodującej śmierć dziecka poczętego niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki. Projektodawca posłużył się tutaj określeniem: „nie popełnia przestępstw określonych w § 1 i 3”, co wskazuje na pominięcie kwestii wyłączenia odpowiedzialności podżegacza i pomocnika. Inaczej zostało zaprojektowane uregulowanie przewidujące wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za czyn skierowany przeciwko życiu dziecka poczętego, które osiągnęło już zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki. Proponowany przepis art. 162a § 2 k.k. przewidywał bowiem wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety za „czyn skierowany przeciwko życiu lub zdrowiu dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki”. Tak sformułowana klauzula wyłączałaby odpowiedzialność nie tylko za czyn polegający na spowodowaniu śmierci dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, ale i za podżeganie oraz pomocnictwo do takiego czynu jako stwarzające pośrednio zagrożenie dla życia dziecka poczętego, a więc niewątpliwie skierowane przeciwko takiemu dobru prawnemu³⁶. Przyjęta interpretacja projektowanych przepisów prowadziłaby więc do wniosku, iż, w zależności od tego, czy dziecko poczęte osiągnęło już zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki, czy też zdolności takiej jeszcze nie osiągnęło, jego matka nie podlegałaby albo właśnie podlegałaby odpowiedzialności karnej za nakłanianie innej osoby (lub udzielanie jej pomocy) do doprowadzenia do śmierci jej dziecka. Powyższa analiza skłania do wniosku, że sposób ujęcia wyłączenia karalności zachowań matki zaproponowany w projekcie art. 162a § 2 k.k. najlepiej oddaje intencje, jakimi kierował się ustawodawca na gruncie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego. Nawet jednak klauzula zaproponowana przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w projektowanym art. 162a § 2 k.k. nie wychodziłaby naprzeciw pewnym szczególnie nagannym w odbiorze społecznym sytuacjom³⁷. Niestety, wyłączenie odpo-

³⁵ Projektowany przepis art. 152 § 1 k.k. miał następujące brzmienie: „Kto powoduje śmierć dziecka poczętego niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

³⁶ Zob. uwagi w przypisie 14.

³⁷ Zaliczyć do nich można przypadek dopingu ciążowego. Sportsmenka biorąca w tym procederze udział zachodzi w ciążę na kilka tygodni przed ważnymi dla niej zawodami sportowymi po to, by tuż przed nimi poddać się zabiegowi przerwania ciąży. Możliwości fizyczne organizmu kobiety są zwiększone, co jest związane z aktywnością hormonów w pierwszym tryestrze ciąży, która skutkuje zwielokrotnieniem liczby czerwonych krwinek, zwiększeniem objętości płuc, a w konsekwencji poprawą utle-

wiedzialności zostało ujęte w art. 157a § 3 k.k. w sposób odmienny, natomiast w art. 152 k.k. w ogóle nie znajduje się tego typu klauzula.

Problem formułowania okoliczności wyłączających przestępność wydaje się być zresztą szerszy. Niekiedy ustawodawca posługuje się ogólnym określeniem „nie podlega karze, kto...”³⁸, w innych miejscach z kolei doprecyzowuje to określenie w następujący sposób: „nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w...”³⁹. Można postawić pytanie, czy z dobrodziejstwa wynikającego z art. 239 § 2 k.k. może skorzystać nie tylko syn ukrywający swoją matkę przestępczynię, ale i jego siostra, która go do ukrycia ich matki nakłoniła? Odpowiedzi na tak postawione pytania i rozważania tego typu problemów wymagają dokładnej interpretacji przepisów przewidujących wyłączenie przestępności poszczególnych czynów oraz, być może, ważenia racji stojących za formułowaniem takich okoliczności w perspektywie funkcji ochronnej prawa karnego. Dalsze rozważania w tym temacie przekraczają jednak ramy niniejszej pracy.

Pozostając w obszarze kryminalizacji czynów skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu warto jeszcze wskazać na zbliżony problem: jak kształtuje się odpowiedzialność karna matki znajdującej się w stanie szoku poporodowego, która nakłania inną osobę do zabicia jej nowo narodzonego dziecka? Czy odpowiada za podżeganie do czynu opisanego w art. 149 k.k., czy za podżeganie do czynu opisanego w art. 148 § 1 k.k.? Większość przedstawicieli doktryny⁴⁰ skłania się ku pierwszej z przedstawionych możliwości. Lepiej uzasadniony i zgodny z istotą polskiej konstrukcji podżegania wydaje się być jednak pogląd wyrażony przez A. Zolla⁴¹, zgodnie z którym w tej sytuacji matka miałaby odpowiadać za podżeganie do zabójstwa w typie podsta-

nienia mięśni, jak się szacuje, aż o około 30%. Ma to duże znaczenie dla biegaczek, zwłaszcza długodystansowych. Więcej na ten temat zob. P. Bee, *Sportswomen benefit from pregnancy*, < http://web.archive.org/web/20100528195357/http://www.timeonline.co.uk/tol/life_and_style/health/features/article6831281.ece > oraz H. Schueler, *Da reissen Maedels Baeume aus*, „Der Spiegel” 1988, Vol. 37, s. 216–223.

³⁸ To określenie pojawia się w następujących przepisach Kodeksu karnego: art. 25 § 3, art. 233 § 3, art. 236 § 2, art. 240 § 3, art. 296 § 5, art. 297 § 3, art. 298 § 2.

³⁹ To określenie pojawia się w następujących przepisach Kodeksu karnego: art. 176 § 1, art. 220 § 3, art. 229 § 6, art. 230a § 3, art. 239 § 2, art. 296a § 5.

⁴⁰ Zob. np. M. Budyn-Kulik, w: *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 97; B. Michalski, *op. cit.*, s. 294. A. Marek, *op. cit.*, s. 376; L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 615. Tak też SN w wydanym jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. wyroku z 1 III 1961, III K 46/61, „Nowe Prawo” 1961, nr 11, s. 1490-1493 oraz w wydanym na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. wyroku z 11 VI 1974, IV KR 89/74, OSPiKA 1975, z. 6, poz. 148.

⁴¹ A. Zoll, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 307–308.

wowym. Niemniej jednak przyjęcie tego poglądu prowadziłyby do skrajnie niesprawiedliwego rozstrzygnięcia, zgodnie z którym matka, będąca w stanie szoku poporodowego, nakłaniająca do zabicia jej dziecka, będzie karana surowiej niż matka, która zabiła swoje nowo narodzone dziecko własnoręcznie. Co więcej, nawet zastosowanie wobec niej instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary nie umożliwi warunkowego zawieszenia orzeczonej kary⁴². Nie ulega natomiast wątpliwości, że popełnia ona czyn o mniejszym stopniu społecznej szkodliwości, jako że nie niszczy dobra prawnego w postaci życia, a jedynie stwarza dlań abstrakcyjne zagrożenie.

Przedstawione wątpliwości interpretacyjne dotyczące wyłączenia lub chociaż złagodzenia odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika w sytuacji, gdy ustawodawca decyduje się wyłączyć karalność lub przynajmniej złagodzić odpowiedzialność czynu sprawcy przestępstwa, prowadzą do sformułowania pod adresem ustawodawcy postulatu skonstruowania stosownego przepisu eliminującego te wątpliwości.

5. Podsumowanie

Analiza obecnie obowiązujących przepisów Kodeksu karnego dotyczących penalizacji zachowań związanych z przerywaniem ciąży pociąga za sobą liczne wątpliwości interpretacyjne, niemniej pozwala na usankcjonowanie praktyki organów ścigania nieprowadzących postępowań, których przedmiotem byłby czyn kobiety ciężarnej polegający na nakłonieniu lekarza do dokonania aborcji. Niejednoznaczności te powinny jednak zostać przecięte przez ustawodawcę poprzez wprowadzenie przepisu wprost wyłączającego odpowiedzialność karną matki za podżeganie lub pomocnictwo do aborcji. Bezspornym pozostaje natomiast brak odpowiedzialności matki wówczas, gdy sama dokonała przerwania ciąży. Nie jest kryminalizowane również jej zachowanie polegające na nakłanianiu innych osób do udzielenia jej pomocy w przerwaniu ciąży.

Na marginesie tych rozważań pojawia się trudność związana z odpowiedzią na pytanie, czy sformułowane w ustawie karnej okoliczności wyłączające przestępność lub przynajmniej łagodzące odpowiedzialność karną dotyczą tylko sprawców, czy również w niektórych sytuacjach podżegaczy

⁴² Zgodnie z art. 60 § 6 pkt 2 k.k., nadzwyczajne złagodzenie kary w jej przypadku miałyby polegać na wymierzeniu kary pozbawienia wolności w granicach od 2 lat i 8 miesięcy do 7 lat i 11 miesięcy, jak natomiast wskazuje art. 69 § 1 k.k., zasadniczo nie można zawiesić kary pozbawienia wolności przekraczającej rok.

i pomocników. Problem ten wymaga jednak szerszego opracowania, przekraczającego znacznie ramy niniejszego artykułu.

Wreszcie, po rozważeniu problemów dotyczących roli świadomości i woli sprawcy w uznaniu czynu za legalny albo za bezprawny i karalny, oraz wymogu istnienia przedmiotu warunkującego realizację znamion czynu zabronionego czy prawnokarnych konsekwencji zniszczenia stworzonego uprzednio przez siebie nośnika dobra prawnego, należy postawić tezę o braku możliwości pociągnięcia niedoszłego ojca za samo spółkowanie z kobietą, którego konsekwencją jest ciąża, do odpowiedzialności na podstawie art. 152 § 2 k.k.

Exclusion of the criminal liability of a pregnant woman for abortion. Selected issues

Summary

This paper focuses on the issue of the exclusion of criminal liability of a pregnant woman for the participation in the abortion on the basis of provisions being in force. In addition to the justification of the lack of liability of a mother for self-abortion, analysis concerns the possibility of punishing her for the incitement or the assistance to terminate her pregnancy by another person. In connection with this matter the *de lege ferenda* proposal to regulate the provision about excluding liability but in a different way than in art. 157a § 3 k.k. (Polish Criminal Code) was introduced. A separate issue raised in the text is the matter of liability of a father of a child conceived for the participation in the abortion.

Key words: abortion, termination of pregnancy, pregnant woman, incitement, aiding and abetting, inhuman punishment, exclusion of criminal liability

Jakub Bojke – Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorant)

Michał Wantola – Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorant)