

PAULINA JABŁOŃSKA^a

**TRZYMAJĄC SIĘ KONSTYTUCJI:
O PRAWNYM ZNACZENIU
PIERWSZEGO ORZECZENIA ABORCYJNEGO
W POLSCE¹**

**ADHERING TO THE CONSTITUTION:
ON THE LEGAL IMPORTANCE OF THE FIRST ABORTION
JUDGMENT IN POLAND**

In 1997 the Polish Constitutional Tribunal held that the so-called ‘social premise’ for the permissible termination of pregnancy is unconstitutional. As the judgment had been issued before the 1997 Polish Constitution entered into force, one can raise some doubts concerning the legal importance of this ruling. The key question is: What are the effects of the ‘first abortion judgment’ today? Does the 1997 Constitution preclude the introduction of the social premise? The paper aims to answer these general questions. The contribution to the doctrinal discussion is twofold. First, the paper offers a new interpretation of the effects of the first abortion judgment and certain provisions of the 1997 Constitution. Second, it challenges the view that this judgment and/or the Constitution exclude introducing the social premise for permissible abortion. The paper claims that the legal importance of the first abortion judgment to the legislator is less than constitutional doctrine and the Tribunal suggest. Taking into account the findings of the Constitutional Tribunal in this judgment, the legislator should not adopt the social premise in its exact 1996 wording. However, the constitutionality of the social premise as such should be recognized as unsettled.

Keywords: abortion; so-called social premise; Constitutional Tribunal; constitutional interpretation

W 1997 r. Trybunał Konstytucyjny (TK) orzekł, że tzw. społeczna przesłanka dopuszczalności przerwania ciąży jest niekonstytucyjna. Ponieważ orzeczenie zostało wydane, zanim Konstytucja z 1997 r. weszła w życie, można mieć wątpliwości dotyczące prawnego znaczenia tego orzeczenia. Kluczowe pytanie brzmi: Jakie są dzisiaj skutki pierwszego orzeczenia aborcyjnego? Czy Konstytucja z 1997 r. wyklucza wprowadzenie przesłanki społecznej? Tekst odpowiada na te ogólne

^a Jagiellonian University in Kraków, Poland / Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Polska
paulina.m.jablonska@uj.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-2648-6462>

¹ Za inspirujące dyskusje, cenne uwagi i komentarze zgłoszone na różnych etapach pracy nad tym tekstem, w szczególności za wszystkie uwagi do pierwszego, mocno zmienionego szkicu, pragnę podziękować prof. Wojciechowi Ciszewskiemu, prof. Monice Florczak-Wątor, Kacprowi Komanowi, Michałowi Matusiakowi, Karolinie Śliwieckiej i prof. Piotrowi Tulei. Szczególne podziękowania kieruję do Michała Rachalskiego.

pytania. Wkład artykułu do doktrynalnej dyskusji jest dwojaki. Po pierwsze, artykuł dostarcza nowej interpretacji skutków pierwszego orzeczenia aborcyjnego i niektórych przepisów Konstytucji z 1997 r. Po drugie, kwestionuje pogląd, że to orzeczenie i/lub Konstytucja wykluczają wprowadzenie przesłanki społecznej. Tekst stawia tezę, że pierwsze orzeczenie aborcyjne ma mniejsze znaczenie dla prawodawcy, niż sugerują doktryna prawa konstytucyjnego i TK. Biorąc pod uwagę ustalenia, jakie TK poczynił w tym orzeczeniu, prawodawca nie powinien uchwalać przesłanki społecznej w brzmieniu z 1996 r. Ocena konstytucyjności przesłanki społecznej jako takiej powinniśmy traktować jako sprawę nierozstrzygniętą.

Słowa kluczowe: aborcja; tzw. przesłanka społeczna; Trybunał Konstytucyjny; wykładnia konstytucji

I. WPROWADZENIE

Wyobraźmy sobie taką sytuację: partia X przejmuje władzę w Polsce i, zgodnie z własnym programem, liberalizuje prawo aborcyjne, legalizując tzw. przesłankę społeczną². Niedługo potem posłowie partii Y zaskarżają nowelizację do Trybunału Konstytucyjnego (TK). Uzasadnienie wnioskodawcy jest w skrócie takie: legalizacja terminacji ciąży ze względów społecznych była już przedmiotem kontroli konstytucyjności w postępowaniu przez Trybunałem. W 1997 r. TK orzekł, że przepis legalizujący przesłankę społeczną jest niekonstytucyjny, wskutek czego został wyeliminowany z systemu prawa obowiązującego. Skoro ustawodawca jest związany zarówno Konstytucją, jak i orzeczeniami TK, to nie może stanowić prawa w takim kształcie, które mocą orzeczenia Trybunału zostało uznane za niezgodne z Konstytucją. Z tych powodów, jak przekonują posłowie partii Y, należy uznać, że zaskarżona nowelizacja w sposób wyraźny narusza postanowienia obowiązującej Konstytucji.

Case fikcyjny, acz prawdopodobny. Prowokuje do postawienia kilku pytań natury interpretacyjnej. W pierwszej kolejności, jak należy dzisiaj rozumieć pierwsze orzeczenie aborcyjne? Czy (ewentualnie w jakim zakresie) wiąże (ogranicza) obecnego ustawodawcę? Czy tworzy wystarczającą podstawę lub dostarcza argumentów niezbędnych do uznania, że przesłanka społeczna jest niezgodna z Konstytucją?³ Problemem, który łączy wszystkie te pytania, jest niejasność co do obecnego stanu prawnego. W świetle tego, co na temat ty-

² Przez pojęcie „przesłanka społeczna” rozumiem okoliczność, a precyzyjniej: jedną z okoliczności legalizujących zabieg przerwania ciąży za zgodą i na żądanie kobiety. Ogólnie rzecz ujmując, chodzi o trudną sytuację życiową, osobistą lub materialną kobiety. W 1996 r. polski ustawodawca wprowadził przesłankę społeczną w postaci uchwalenia przepisu zezwalającego na przerwanie ciąży przez lekarza „w przypadku, gdy kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej” (art. 1 pkt 5 ustawy z 30 sierpnia 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). W 1997 r. TK orzekł jednak, że przesłanka społeczna jest niezgodna z obowiązującymi przepisami konstytucyjnymi (orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96; dalej jako: pierwsze orzeczenie aborcyjne).

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. (dalej jako: Konstytucja).

tułowego orzeczenia zdążyli powiedzieć dotychczas TK⁴ i doktryna (Florczak-Wątor, 2023b; Kondratiewa-Bryzik, 2009; Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka, 2022; Piotrowski, 2016; Zubik, 2007), możemy udzielać różnych i jednocześnie wzajemnie wykluczających się odpowiedzi na sformułowane wyżej pytania.

W związku z powyższym w tekście szczegółowo analizuję stan tej dyskusji, a następnie udzielam własnych odpowiedzi na sformułowane wyżej pytania. Będę bronić tezy, że pierwsze orzeczenie aborcyjne można uznać dziś za wiążące/ograniczające obecnego ustawodawcę jedynie w bardzo wąskim zakresie. Twierdzę bowiem, że o ile można byłoby dziś przekonująco argumentować, że sam sposób, w jaki ustawodawca w 1996 r. sformułował przesłankę społeczną, należałoby uznać za niezgodny także z obecnie obowiązującą regulacją konstytucyjną, o tyle z braku dostatecznie przekonujących argumentów dopuszczalność/zgodność z Konstytucją przepisu legalizującego aborcję ze względów społecznych, czyli przesłanki społecznej jako takiej, należałoby uznać za sprawę otwartą w tym sensie, że nierozstrzygniętą.

Struktura tekstu jest następująca. W pierwszej kolejności przybliżam stan dyskusji celem ustalenia tego, jakich dokładnie odpowiedzi na postawione wyżej pytania możemy udzielić w świetle dotychczasowych wypowiedzi doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (II). Krytycznie analizując wspomniane odpowiedzi, przechodzę następnie do obrony postawionej wyżej tezy, formułując na jej poparcie argumenty odpowiednio proceduralne (III) i materialne (IV). Tekst kończy syntetyczne podsumowanie.

Ostatnia kwestia wprowadzająca to zakres pracy. Ten wyznacza przyjęte znaczenie pojęć uznanych za centralne dla całego tekstu. Po pierwsze, pisząc o prawnym znaczeniu pierwszego orzeczenia aborcyjnego, ograniczam się do jego obecnego znaczenia. To oznacza, że wątki związane ze znaczeniem/skutkami, jakie pierwsze orzeczenie aborcyjne wywołało w roku jego wydania, nie będą przedmiotem szczegółowej analizy. Po drugie, tytułowe „trzymanie się Konstytucji” ma w założeniu sygnalizować przyjęte założenia metodologiczne. Postawione wyżej pytania mają po części charakter normatywny. Z tego powodu dodać w tym miejscu wypada jeszcze dwie uwagi: po pierwsze, że odpowiedzi na te pytania będą udzielać z perspektywy obecnie obowiązującej Konstytucji; po drugie, że „trzymając się Konstytucji”, w rzeczywistości trzymam się utrwalonej interpretacji tej Konstytucji, co w żadnym razie nie oznacza, że jest to jedyna możliwa interpretacja.

II. STAN DYSKUSJI W SPRAWIE

Zobaczmy, co na temat pierwszego orzeczenia aborcyjnego mówi doktryna. Jak należałoby dziś rozumieć to orzeczenie? Czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie, ogranicza aktualnego ustawodawcę? Czy tworzy podstawę lub dostarcza

⁴ Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96; wyrok TK z 22 października 2020 r., K 1/20.

argumentów do uznania, że przesłanka społeczna jest niezgodna z obecnie obowiązującą Konstytucją? Przegląd wypowiedzi z ostatnich dwudziestu lat prowadzi do następujących wniosków. Przede wszystkim warto zaznaczyć, że doktryna raczej nie stawia tych pytań wprost. Wobec tego, kiedy mówię o „dotychczasowych odpowiedziach” na postawione wyżej pytania, mam na myśli nie tyle (a w każdym razie nie tylko) odpowiedzi przedstawicieli doktryny, ile szerzej odpowiedzi, których można udzielić, kierując się tym, co doktryna mówi nam na temat pierwszego orzeczenia aborcyjnego, w jaki sposób komentuje to orzeczenie i/lub niektóre przepisy konstytucyjne. Druga myśl, jaka się nasuwa po lekturze tych wypowiedzi, jest natomiast taka, że wyraźnie zmierzają one w dwóch przeciwnych kierunkach. Zgodnie z pierwszym należałoby bowiem uznać, że pierwsze orzeczenie aborcyjne jest aktualne i prawodawca powinien/obowiązany jest brać je pod uwagę w procesie stanowienia prawa aborcyjnego. Warto zaznaczyć, że wypowiedzi, które co najmniej sugerują ten kierunek odpowiedzi na interesujące nas pytania, jest więcej (Florczak-Wątor, 2023b; Kondratiewa-Bryzik, 2009; Piotrowski, 2016; Zubik, 2007). Drugi kierunek wskazuje natomiast stanowisko, stosunkowo nowe, które kwestionuje skuteczność pierwszego orzeczenia aborcyjnego z powołaniem na formalno-proceduralne wady towarzyszące jego promulgacji (Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka, 2022). W świetle tego poglądu można twierdzić, że pierwsze orzeczenie aborcyjne wcale nie jest aktualne w tym sensie, że nie ma, a w każdym razie nie powinno mieć, dzisiaj znaczenia w procesie stanowienia prawa aborcyjnego.

Przyjrzyjmy się bliżej tym poglądom, zaczynając od ostatniego z wymienionych. Jak przekonują Konrad Kozub-Ciembroniewicz i Dobrosława Szumiło-Kulczycka (2022, s. 46–48), w związku ze zmianą przepisów konstytucyjnych obwieszczenie dotyczące pierwszego orzeczenia aborcyjnego w grudniu 1997 r. nie miało podstaw prawnych, stąd nie powinno rodzić skutku w postaci wyeliminowania przesłanki społecznej z systemu prawa obowiązującego. Jak bowiem argumentują autorzy: „[n]ormy, które poprzednio taki skutek powodowały, nie obowiązywały już bowiem w tej dacie [dacie obwieszczenia o utracie mocy obowiązującej przesłanki społecznej – P.J.], a nowe przepisy nie uregulowały tej kwestii” (s. 48). W ocenie autorów nie ma również podstaw do wnioskowania, że niezgodność przesłanki społecznej z poprzednio obowiązującą regulacją konstytucyjną stwierdzona przez Trybunał w maju 1997 r. automatycznie przekłada się na wynik kontroli zgodności regulacji z obecnie obowiązującą Konstytucją. Argumenty są tu następujące (zob. Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka, 2022, s. 46–47): Trudno mówić o tożsamości merytorycznej wzorców kontroli; sytuacja normatywna jest już inna niż w dacie wydania pierwszego orzeczenia aborcyjnego. Obecnie obowiązująca Konstytucja tworzy dużo bardziej precyzyjne podstawy do dokonania kontroli konstytucyjności, dostarczając Trybunałowi nowych kryteriów oceny przesłanki społecznej. W porównaniu ze stanem prawnym z maja 1997 r. na gruncie obecnej Konstytucji inny jest też zakres kompetencji TK. Biorąc zatem pod uwagę wszystko to, na co wskazują Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka, można twierdzić, że pierwsze orzeczenie aborcyjne, zarówno formalnie, jak

i materialnie, nie ma obecnie charakteru wiążącego w tym sensie, że nie ogranicza obecnego ustawodawcy w sprawie kierunku stanowienia prawa aborcyjnego. Ostatecznie główna teza powołanych wyżej autorów głosi, że „Konstytucja z 1997 r. nie reguluje kwestii aborcji, albowiem w ogóle nie odnosi się do ochrony życia w fazie prenatalnej, a pominięcie to było świadomym i celowym zabiegiem” (s. 34).

Tak przedstawia się mniejszościowe stanowisko doktryny w sprawie tego, jakie znaczenie ma dzisiaj pierwsze orzeczenie aborcyjne. Stanowisko większości zmierza bowiem w przeciwnym kierunku, jakkolwiek nie jest jednolite. Punktem wspólnym są argumenty i twierdzenia odwołujące się do materialnej warstwy pierwszego orzeczenia aborcyjnego. Przeanalizowane wypowiedzi mówią nam o jego podstawie prawnej, nie odnosząc się do kwestii skutków orzeczenia w warstwie formalno-proceduralnej. Różnice zachodzą na poziomie kontekstu tych wypowiedzi.

Pierwszy kontekst obejmuje doktrynalne komentarze odnoszące się bezpośrednio do pierwszego orzeczenia aborcyjnego. Tu pojawiają się wzmianki o jego aktualności ze wskazaniem na prawną podstawę tego orzeczenia, tj. na zasadę demokratycznego państwa prawnego (Kondratiewa-Bryzik, 2009, s. 245; Piotrowski, 2016, s. 216). Oznacza to, że doktrynalny pogląd o aktualności pierwszego orzeczenia aborcyjnego zdaje się bazować na tezie o tożsamości wzorca kontroli (podstaw prawnych analizowanego orzeczenia) i przepisów obecnie obowiązującej Konstytucji. Wszak art. 2 Konstytucji z 1997 r. to dokładne powtórzenie brzmienia art. 1 przepisów konstytucyjnych, które stanowiły wzorzec kontroli w sprawie K 26/96. Zwraca przy tym uwagę to, że doktryna mocno podkreśla istotne znaczenie pierwszego orzeczenia aborcyjnego (Grabowski, 2006, s. 135; Piotrowski, 2016, s. 212). Część doktrynalnych wypowiedzi odnosi się z kolei wprost do problemu skutków, jakie to orzeczenie rodzi po stronie ustawodawcy. Myślę tutaj o ograniczeniu jego swobody, gdy chodzi o wprowadzanie zmian w kierunku liberalizacji prawa aborcyjnego. Przykładem jest tu wypowiedź Marka Zubika (2007), który pisze tak: „nie wydaje się, aby bez zmiany art. 30 i 38 Konstytucji z 1997 r. lub radykalnego odejścia od dotychczasowej linii orzeczniczej sądu konstytucyjnego (które teoretycznie mogłoby mieć jednak miejsce), istniała możliwość poważnej i zgodnej z Konstytucją RP liberalizacji ustawowych kryteriów dopuszczalności przerywania ciąży” (s. 42–43). Podobnie rzecz wydaje się postrzegać Ryszard Piotrowski (2016), który stwierdza, że „istotnym skutkiem orzeczenia pozostaje wywołanie swoistego »efektu mrożącego«, ograniczającego ustawodawcę w tworzeniu prawa dotyczącego zagadnień wymagających rozstrzygnięcia problemu ochrony życia poczętego” (s. 228).

Drugi kontekst wypowiedzi, które mogą budować nasze przekonanie o aktualności pierwszego orzeczenia aborcyjnego, to doktrynalne komentarze do obowiązującej regulacji konstytucyjnej, zwłaszcza art. 38 Konstytucji mówiącego o prawnej ochronie życia. Jak stwierdza w tym kontekście Monika Florczak-Wątor (2023b): „[a]borcja motywowana jednak wyłącznie trudną sytuacją materialną lub wolnością kobiety do decydowania o sobie byłaby sprzeczna z komentowanym przepisem” (s. 144). Chociaż nie ma w tej wypo-

wiedzi odwołań do pierwszego orzeczenia aborcyjnego, przywołana interpretacja art. 38 Konstytucji jest interpretacją wyraźnie zgodną z tym orzeczeniem lub ściślej: zgodną z interpretacją, którą TK sam przedstawił w uzasadnieniu do tego orzeczenia. Tę kwestię jeszcze rozwinę. Ogólnie rzecz biorąc, chodzi mi jednak o to, że wymowa przywołanych wyżej wypowiedzi jest podobna. Konstytucjonaliści wyraźnie podążają za interpretacją TK, taką, jaką przedstawił on w sprawie K 26/96. Wypowiedzi zawierające te interpretacje budują bowiem przekonanie, a w każdym razie mogą budować, że obecnie obowiązująca Konstytucja, zwłaszcza jej art. 38 (prawo do prawnej ochrony życia) i art. 2 (zasada demokratycznego państwa prawnego), stoją na przeszkodzie zmianom w postaci legalizacji przesłanki społecznej.

Jak wspomniałam, to dominujące stanowisko konstytucjonalistów jest kierunkowo zbieżne z myślą TK. Co mam dokładnie na myśli? Kontrolując przesłankę społeczną w maju 1997 r., TK orzekł już po uchwaleniu, ale jeszcze przed wejściem w życie obecnie obowiązującej Konstytucji. Z tego powodu art. 38 tej Konstytucji nie mógł być wzorcem kontroli. Mimo to TK powołał ten przepis w uzasadnieniu. Jak możemy przeczytać w jego ostatnich zdaniach: „Trybunał Konstytucyjny oparł swoje rozstrzygnięcie na obowiązujących przepisach konstytucyjnych. Uchwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa konstytucyjna, na której oparł swoje orzeczenie Trybunał Konstytucyjny znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP” (K 26/96, pkt 4.9 uzasadnienia). Ten fragment można interpretować jako następujący komunikat ze strony Trybunału: mamy świadomość, że orzekamy na stanie prawnym, który za chwilę ulegnie zmianie, ale nie ma to wielkiego znaczenia, ponieważ art. 38 nowej Konstytucji w gruncie rzeczy stanowi potwierdzenie podstawy konstytucyjnej naszego orzeczenia. Komunikat Trybunału wydaje się przy tym opierać na założeniu o tożsamości podstaw konstytucyjnych/regulacji, na podstawie której TK orzekł, oraz tej, która dopiero miała wejść w życie 17 października 1997 r. Trybunałowi chodzić chyba musiało o zbieżność treściową między art. 38 Konstytucji a art. 1 tych przepisów konstytucyjnych, które stanowiły wzorzec jego kontroli. Wszak obecnie obowiązująca Konstytucja w art. 2 (zasada demokratycznego państwa prawnego) dokładnie powtarza brzmienie tego wzorca (przepisu), który w 1997 r. posłużył TK do wyprowadzenia prawnej ochrony życia z przepisów konstytucyjnych. Artykuł 38 Konstytucji nie miał odpowiednika w obowiązujących wtedy przepisach, na pewno nie co do swojego brzmienia.

Pytanie brzmi, co to dla nas oznacza. Można uznać, że przez cytowany fragment uzasadnienia TK w jakiś sposób udziela odpowiedzi na pytania, które postawiłam na wstępie. W świetle tego, co Trybunał mówi, można stwierdzić, że pierwsze orzeczenie aborcyjne ma dziś znaczenie interpretacyjne w tym sensie, że wyznaczyło interpretację art. 38 Konstytucji. Wypowiedź Trybunału co najmniej sugeruje, że od czasu wejścia w życie Konstytucji to ten przepis ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o dopuszczalności legalizacji aborcji ze względów społecznych. A skoro jest to jedynie „potwierdzenie” konstytucyjnej odstawy pierwszego orzeczenia aborcyjnego, to orzeczenie staje się aktualne

w tym sensie, że tworzy wystarczającą podstawę/dostarcza argumentów niezbędnych do uznania, że przesłanka społeczna jest niezgodna z Konstytucją z 1997 r. Powołanie się na art. 38 Konstytucji w uzasadnieniu tego orzeczenia i sposób, w jaki TK to czyni, można – w mojej ocenie – odczytywać jako próbę subtelnego powiedzenia ustawodawcy, że ta podstawa konstytucyjna, która za chwilę wejdzie w życie, tak jak ta podstawa, dla której jest potwierdzeniem, wyklucza możliwość zalegalizowania przesłanki społecznej w sposób zgodny z Konstytucją.

Taka interpretacja wypowiedzi Trybunału z 1997 r. znajduje wsparcie zarówno w doktrynie, co starałam się już wyżej pokazać, jak i najnowszym orzecznictwie TK. Mam tu na uwadze drugie orzeczenie aborcyjne, czyli wyrok w sprawie zgodności z Konstytucją tzw. przesłanki embriopatologicznej⁵. W uzasadnieniu tego orzeczenia TK wprost powołuje się na aktualność pewnych ustaleń aksjologicznych, „które Trybunał wówczas poczynił” (pkt 3.3.1). Orzeczenie z 1997 r. TK wykorzystuje tu jako punkt wyjścia do ustalenia podmiotowości prawnej embrionu. Jak stwierdza bowiem w uzasadnieniu: „Trybunał podkreśla, że w wyniku orzeczenia z 1997 r. kwestie te [status ludzkiego płodu i granice ochrony jego dóbr prawnych – P.J.] nie mają warunkowego charakteru, a Trybunał traktuje jako wiążące, a zarazem znajdujące normatywne oparcie w obowiązującej Konstytucji, ustalenia poczynione w sprawie o sygn. K 26/96” (pkt 3.3.1). W dalszej części Trybunał powołuje również cytowany już przeze mnie fragment uzasadnienia orzeczenia z 1997 r.

Tu nasuwa się kilka uwag. Trybunał powołuje się na aktualność pewnych ustaleń aksjologicznych poczynionych w 1997 r., ale nie mówi nam ani tego, o jakie konkretnie ustalenia chodzi, ani co jest źródłem (podstawą) tej aktualności. Na pewno nie mówi tego wprost, bo jak już zaznaczyłam, pewną wskazówką może być powołanie (zacytowanie) ostatnich zdań uzasadnienia pierwszego orzeczenia aborcyjnego. Moje wątpliwości wynikają z tego, że w 2020 r. TK przesądził podmiotowość prawną embrionu, podczas gdy w uzasadnieniu orzeczenia z 1997 r. raczej próbował się od tego dystansować, wykorzystując formułę życia ludzkiego jako wartości konstytucyjnej. Sam Trybunał powinien być świadomy tych różnic, gdyż wspomniane zdystansowanie widać wyraźnie w cytowanych fragmentach pierwszego orzeczenia aborcyjnego, które możemy znaleźć w uzasadnieniu drugiego z tych orzeczeń (K 1/20, pkt 3.3.1 uzasadnienia). Analiza tego ostatniego prowadzi do wniosku, że jakkolwiek TK deklaruje kontynuację myśli przezeń wyrażonych w 1997 r., faktycznie robi coś innego (podobnie Gliszczyńska-Grabias i Sadurski, 2021, s. 144–145). Przesądżając podmiotowość prawną embrionu, w gruncie rzeczy formułuje znacznie dalej idącą myśl niż ta, która została przedstawiona w pierwszym orzeczeniu aborcyjnym. Tam bowiem przesądzenia tej podmiotowości nie było⁶. Po lekturze uzasadnienia orzeczenia z 2020 r. można jednak argumentować, że

⁵ Wyrok TK z 22 października 2020 r., K 1/20.

⁶ Zwracał na to uwagę sędzia Lech Garlicki w swoim zdaniu odrębnym. Podobnie w tej sprawie m.in. Grabowski (2006, s. 141), Roszkiewicz (2017, s. 104) i Zubik (2007, s. 38). Inaczej jednak Florczak-Wątor (2023b, s. 139) i Piotrowski (2016, s. 217–218).

uznanie aktualności ustaleń TK poczynionych w sprawie K 26/96 przekłada się na przekonanie, czy precyzyjniej, podtrzymanie przekonania, że to art. 38 Konstytucji ma kluczowe znaczenie dla kwestii rozstrzygnięcia sprawy konstytucyjnej dopuszczalności tzw. przesłanek aborcyjnych (przypadków umożliwiających legalną terminację ciąży). W tym sensie ustalenia poczynione przez TK w pierwszym orzeczeniu aborcyjnym wyznaczają pewne minimum interpretacyjne w tych sprawach.

III. ARGUMENTY PROCEDURALNE

Zacznijmy od kwestii formalno-proceduralnych. Argument, który przeanalizuję, jest taki: pierwsze orzeczenie aborcyjne należałoby uznać za nieskuteczne, dlatego że w związku ze zmianą przepisów konstytucyjnych nie powinno ono wejść w życie. Taki argument można sformułować, kierując się tym, co o interesującym nas orzeczeniu pisze część doktryny (zob. Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka, 2022, s. 33–48).

Moja teza zmierza w podobnym kierunku przez uznanie, że formalnie pierwsze orzeczenie aborcyjne nie ogranicza obecnego ustawodawcy. Choć, jak się wydaje, można argumentować, że po upływie dwóch lat od wejścia w życie obowiązującej Konstytucji orzeczenie to nabrało cech, o których mowa w jej art. 190 (ostateczność i powszechnie obowiązująca moc orzeczeń TK), to samo w sobie niewiele nam to mówi o kwestii aktualności ustaleń, jakie Trybunał poczynił w 1997 r. Jego stanowisko w sprawie tej aktualności wykraczało poza przedmiot orzekania, będąc wyłącznie częścią uzasadnienia, które samodzielnie nie ma mocy wiążącej. Od strony formalno-proceduralnej ustawodawca nie jest zatem związany interpretacją art. 38 Konstytucji, którą Trybunał zamieścił w ostatnich zdaniach tego uzasadnienia.

Zacznijmy od tego, dlaczego można argumentować, że interesujące nas orzeczenie nabrało cech ostateczności po upływie dwóch lat od wejścia w życie obowiązującej Konstytucji. Przez cechy ostateczności rozumiem zbiorczo te cechy orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, które zostały wskazane w art. 190 Konstytucji⁷. Nie wchodząc w zawile szczegóły intertemporalne związane z ustaleniem tego, kiedy i ewentualnie czy w ogóle powinno dojść do utraty mocy obowiązującej przesłanki społecznej, należy w tym miejscu uwzględnić, że w związku z treścią powołanego już art. 190 Konstytucji zasadą ogólną na gruncie obowiązującej regulacji konstytucyjnej jest ostateczność i skuteczność wyniku trybunalskiej kontroli *erga omnes*. Konstytucja w części zawierającej przepisy przejściowe, dokładnie w art. 239, wprowadziła jednak wyjątek w postaci ograniczenia czy inaczej zawieszenia stosowania tej zasady w okresie do dwóch lat od momentu wejścia w życie Konstytucji. Pozostawiając więc na boku doktrynalne wątpliwości w sprawie skuteczności

⁷ A dokładnie w art. 190 ust. 1 Konstytucji, który mówi, że „Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne”.

pierwszego orzeczenia aborcyjnego widzianej przez pryzmat kwestii skutku derogacyjnego (tego, kiedy powinno dojść do utraty mocy obowiązującej przesłanki społecznej; zob. Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka, 2022, s. 46–48), można argumentować, że wynik dokonanej przez TK kontroli stał się skuteczny wobec wszystkich nie później niż po upływie terminu wskazanego w art. 239 ust. 1 Konstytucji, a więc dwóch lat od czasu jej wejścia w życie. Trzeba mieć bowiem świadomość, że skuteczność orzeczeń TK to znacznie więcej niż tylko skutek derogacyjny. Związanie wynikiem trybunalskiej kontroli jest przeciwieństwem od tego skutku niezależne. W konsekwencji pogląd Kozuba-Ciembroniewicza i Szumiło-Kulczyckiej (2022, s. 48), że w grudniu 1997 r. nie doszło, a w każdym razie nie powinno dojść, do utraty mocy obowiązującej przesłanki społecznej, jako taki nie podważa jeszcze skuteczności pierwszego orzeczenia aborcyjnego rozumianej jako związanie ustawodawcy wynikiem trybunalskiej kontroli.

Rzecz w tym, że wszystko to samo w sobie jeszcze niewiele nam mówi na temat aktualności ustaleń, jakie Trybunał poczynił przy okazji wydania pierwszego orzeczenia aborcyjnego. Dlaczego tak twierdzą? Dlatego, że w kontekście pytań, które postawiłam na wstępie, interesuje nas nie tyle aktualność wyniku trybunalskiej kontroli, ile przekładalność tego wyniku (tej kontroli) na relację łączącą przesłankę społeczną z obecnie obowiązującą Konstytucją. Powtórzmy bowiem raz jeszcze, że układ, w jakim TK kontrolował w 1997 r. przesłankę społeczną, nie obejmował przepisów tej Konstytucji. Nie mógł ich obejmować, jako że w czasie orzekania przez Trybunał obecnie obowiązująca regulacja konstytucyjna jeszcze nie obowiązywała. Wynik kontroli przeprowadzonej przy wydaniu pierwszego orzeczenia aborcyjnego dotyczy niezgodności przesłanki społecznej wyłącznie z poprzednio obowiązującą regulacją konstytucyjną. To ma istotne znaczenie, ponieważ oznacza, że wypowiedź TK w kwestii aktualności tego wyniku rozumianej jako jego przekładalność na ocenę zgodności przesłanki społecznej z Konstytucją z 1997 r. jest wyłącznie interpretacją Trybunału, która, co trzeba podkreślić, wykracza poza przedmiot orzekania w sprawie K 26/96.

Ostatnia uwaga kieruje nas już bezpośrednio w stronę odpowiedzi na pytanie o to, dlaczego, formalnie rzecz biorąc, ustawodawca nie jest związany trybunalską interpretacją dotyczącą znaczenia art. 38 Konstytucji, która co najmniej sugeruje wspomnianą wyżej aktualność. To, co Trybunał powiedział w ostatnich zdaniach uzasadnienia pierwszego orzeczenia aborcyjnego, nie można traktować jako uzasadnienia treści sentencji tego orzeczenia, a to do niej odnosimy przymioty ostateczności i powszechnego związania w rozumieniu art. 190 ust. 1 Konstytucji. Samo uzasadnienie nie ma mocy wiążącej i jest to pogląd raczej utrwalony, od wielu lat powtarzany w doktrynie (tak m.in. Banaszak, 2012; Daroszewski, 2023, s. 23; Mączyński i Podkowiak, 2016; Naleziński, 2023, s. 618). W konsekwencji należy przyjąć, że trybunalska interpretacja art. 38 Konstytucji oraz jego znaczenia dla aktualności ustaleń TK na gruncie obecnie obowiązującej regulacji konstytucyjnej ma charakter wypowiedzi *obiter dictum*. Z przedstawionych powodów należy przyjąć, że ustawodawca formalnie nie jest nią związany.

W świetle tego, co zostało wyżej powiedziane, rację mają przedstawiciele doktryny, kiedy wskazują, że formalnie rzecz biorąc, nie ma podstaw, by twierdzić, że stwierdzenie niekonstytucyjności przesłanki społecznej w maju 1997 r. automatycznie przekłada się na niezgodność tej przesłanki z obecnie obowiązującą Konstytucją (Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka, 2022, s. 47). Podzielając ten pogląd, inaczej widzę jednak kwestię jego uzasadnienia. W mojej ocenie kluczowe znaczenie ma bowiem nie tyle kwestia dotycząca tego, czy i ewentualnie kiedy dokładnie skutek derogacyjny nastąpił, a precyzyjniej, kiedy powinien nastąpić, ile raczej to, że wypowiedź TK w sprawie art. 38 Konstytucji zdecydowanie wykraczała poza przedmiot orzekania. Z tego powodu to, co powiedział Trybunał w ostatnich zdaniach uzasadnienia pierwszego orzeczenia aborcyjnego, może wiązać tylko mocą autorytetu.

IV. ARGUMENTY MATERIALNE

Przejdźmy teraz do kwestii materialnych. Argumenty, z którymi będę polemizować, są dwa. Pierwszy brzmi tak: w związku z treścią pierwszego orzeczenia aborcyjnego należy uznać, że art. 38 Konstytucji stoi na przeszkodzie legalizacji aborcji z przyczyn społecznych. Drugi: orzeczenie to pozostaje aktualne w tym sensie, że tworzy wystarczającą podstawę/dostarcza nam argumentów niezbędnych do uznania, że wprowadzenie przesłanki społecznej byłoby niezgodne z obowiązującą Konstytucją. Jak starałam się pokazać w drugiej części tego tekstu, takie argumenty można sformułować, kierując się tym, co doktryna powiedziała na temat tego orzeczenia, w jaki sposób komentuje to orzeczenie i/lub niektóre przepisy konstytucyjne, a także tego, co, zarówno w uzasadnieniu tego orzeczenia, jak i o tym orzeczeniu, zdążył powiedzieć sam TK.

Twierdzę, że sam art. 38 Konstytucji nie wyklucza legalizacji aborcji ze względów społecznych; jego treść nie jest wystarczająca do uzyskania takiego wyniku kontroli, jaki TK uzyskał w 1997 r. Patrząc z perspektywy obecnej regulacji (jej utrwalonej interpretacji), uznaję, że pierwsze orzeczenie aborcyjne nie tworzy dostatecznej podstawy/nie dostarcza nam argumentów niezbędnych do przyjęcia, że przesłanka społeczna jest niezgodna z Konstytucją. Co więcej, w świetle tego, co powiedział Trybunał w 1997 r. można mieć spore wątpliwości co do tego, czy art. 38 Konstytucji jest (byłby) adekwatnym wzorcem kontroli w razie ponownego wprowadzenia, a następnie zaskarżenia regulacji legalizującej terminację ciąży ze względów społecznych. W tym sensie ustalenia TK poczynione w pierwszym orzeczeniu aborcyjnym nie są aktualne. O ich aktualności ze względu na tożsamość podstaw prawnych tego orzeczenia i obowiązującej regulacji konstytucyjnej można mówić jedynie w bardzo wąskim zakresie. Mam na myśli ustalenia Trybunału dotyczące zasady dostatecznej określoności prawa jako elementu składowego klauzuli demokratycznego państwa prawnego. Z powodu braku zmian w tym zakresie rzeczywiście można byłoby spodziewać się takiego samego wyniku kontroli przesłanki społecznej, jaki Trybunał uzyskał w 1997 r. W efekcie przyjmuję, że kwestia „ak-

tualności ustaleń” TK lub, mówiąc wprost, wyniku kontroli przeprowadzonej wtedy przez TK nie dotyczy przesłanki społecznej jako takiej, a co najwyższej sposobu, w jaki została ona sformułowana w 1996 r. Z perspektywy obecnej regulacji konstytucyjnej dopuszczalność wprowadzenia przesłanki społecznej jako takiej powinna zostać uznana za sprawę otwartą w tym sensie, że nierozstrzygnięta.

Uzasadnienie tych twierdzeń zasadniczo składa się z dwóch części. W pierwszej wyjaśnię to, dlaczego, dogmatycznie rzecz biorąc, sam art. 38 Konstytucji nie wyklucza legalizacji terminacji ciąży ze względów społecznych, a na pewno nie w świetle tego, co Trybunał powiedział w 1997 r. W drugiej skoncentruję się natomiast na tym, dlaczego ustalenia TK można uznać za aktualne, gdy chodzi o te związane z zasadą (wymogiem) dostatecznej określoności prawa. Na tle stanu dyskusji, który przedstawiłam w drugiej części tekstu, moje stanowisko leży pośrodku. Z jednej strony nietrafne są, moim zdaniem, sugestie, że pierwsze orzeczenie aborcyjne jest aktualne w tym znaczeniu, że potwierdza lub przesądza, jakoby aktualnie obowiązująca Konstytucja wykluczała dopuszczalność legalizacji przesłanki społecznej. Z drugiej strony również nietrafne jest, w mojej ocenie, takie ujęcie, w świetle którego orzeczenie należałoby uznać za nieskuteczne i nieaktualne, co powoduje, że ustawodawca może (powinien) pominąć je w procesie stanowienia prawa aborcyjnego. Biorąc pod uwagę aktualność niektórych ustaleń TK, takim działaniem ustawodawca może (mógłby) zwiększyć prawdopodobieństwo podniesienia uzasadnionych zarzutów działania niezgodnego z Konstytucją. Przejdźmy do szczegółowego uzasadnienia.

Pierwsza sprawa dotyczy art. 38 Konstytucji. Wróćmy tu do tezy interpretacyjnej Florczak-Wątor (2023b), która brzmi następująco: „[a]borcja motywowana jednak wyłącznie trudną sytuacją materialną lub wolnością kobiety do decydowania o sobie byłaby sprzeczna z komentowanym przepisem” (s. 144). Podstawowy problem z przywołanym stanowiskiem, jak już wyżej sygnalizowałam, w jakiś sposób podążającym za tym, co powiedział nam Trybunał w 1997 r., jest taki, że powołanie samego art. 38 Konstytucji nie wystarczy. Mam tu na myśli potencjalny proces kontroli konstytucyjności przesłanki społecznej, podobnie jakiegokolwiek innej przesłanki legalizującej terminację ciąży. Powołany przepis nic nam nie mówi na temat aborcji ani jej dopuszczalności, a jedynie wyraża konstytucyjne prawo do prawnej ochrony życia. Jego utrwalona interpretacja jest przecież taka, że prawo to nie ma charakteru absolutnego (Florczak-Wątor, 2023b, s. 142; Sarnecki, 2016; Sroka, 2016), co ma tę konsekwencję, że ustawodawca może je ograniczać na zasadach przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, czyli ogólnie rzecz ujmując, w sposób proporcjonalny. Efekt jest następujący: art. 38 Konstytucji nie może być samodzielnym wzorcem w procesie kontroli konstytucyjności. Jego powołanie dla uzasadnienia tezy, że Konstytucja wyklucza legalizację aborcji z przyczyn społecznych (podobnie jakiegokolwiek innych), jest nietrafne, bo niewystarczające. Konstytucja w art. 38 nie zakazuje legalizacji aborcji. To, czego zakazuje art. 38 Konstytucji czytany w związku z jej art. 31 ust. 3, to nieproporcjonalna (nadmierna) ingerencja w prawo do prawnej ochrony życia. Żeby jednak taką

ingerencję stwierdzić, a nawet zarzucić, trzeba skorzystać z klauzuli limitacyjnej. Ponieważ TK w 1997 r. całkowicie to pomiął, można powiedzieć, że sposób, w jaki powołał się na art. 38 Konstytucji, jest nieuzasadniony.

Druga sprawa to problem z wyborem wspomnianej klauzuli limitacyjnej. W świetle tego, co Trybunał powiedział w 1997 r., wątpliwe jest, czy w razie powtórzenia kontroli konstytucyjności przesłanki społecznej już po wejściu w życie obecnie obowiązującej Konstytucji można byłoby się skutecznie powoływać na art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji tytułem wskazania adekwatnego wzorca kontroli. Artykuł 38 Konstytucji wyraża prawo do prawnej ochrony życia⁸. W art. 31 ust. 3 Konstytucji mówi się wprost o ograniczeniach konstytucyjnych wolności i praw⁹. Wobec tego, żeby móc skutecznie powoływać się na wskazane wzorce przy kontroli konstytucyjności przesłanki społecznej, trzeba najpierw przesądzić, że embrión jest podmiotem konstytucyjnego prawa do prawnej ochrony życia. Inaczej: trzeba przesądzić, że jest on „człowiekiem” w rozumieniu art. 38 Konstytucji. Nie wystarczy stwierdzić, że życie ludzkie jest wartością konstytucyjną.

Nie wystarczy dlatego, że znów, doktrynalnie rzecz biorąc, przyjmujemy, że nieco inaczej Konstytucja określa warunki ograniczania praw konstytucyjnych, a inaczej zasady ingerencji w inne wartości konstytucyjne (Morawska, 2016, s. 163–171). W tym ostatnim przypadku nie stosujemy testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale ogólny zakaz nadmiernej ingerencji, określanej również jako zasada adekwatności działań ustawodawcy do zakładanego celu regulacji (Morawska, 2016, s. 169–171). Jeśli jest tak, że ta ostatnia znajduje zastosowanie wtedy, gdy nie znajduje zastosowania test proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁰, to, oceniając zgodność z Konstytucją, co do zasady trzeba dokonać wyboru adekwatnej klauzuli limitacyjnej¹¹. Tak również przy kontroli przesłanki społecznej. Z tego powodu samo stwierdzenie, że życie ludzkie jest wartością konstytucyjną, to zdecydowanie za mało. Kluczowe pytanie nie jest pytaniem o to, czy życie embriónu jest chronione konstytucyjnie (co do tego nie ma raczej wątpliwości), ale jaka jest forma tej ochrony: podmiotowa (jako prawo podmiotowe) czy jedynie przedmiotowa (jako wartość konstytucyjna niebędąca jednak prawem). Ta sprawa pozostaje sporna (Florczak-Wątor, 2023b, s. 139; Roszkiewicz, 2017, s. 97), a jest jednocześnie kluczowa z perspektywy wskazania i/lub wykorzystania adekwatnych wzorców kontroli konstytucyjności. Bez ustalenia tego, w jakiej formie Konstytucja chroni życie embriónu ludzkiego, nie możemy wskazać adekwatnej klauzuli limitacyjnej (kryteriów kontroli). W konsekwencji nie możemy we

⁸ Poprzez sformułowanie: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”.

⁹ Dokładnie Konstytucja mówi w tym przepisie, że: „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 publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

¹⁰ Wyrok TK z 12 lutego 2014 r., K 23/10, pkt 2 uzasadnienia.

¹¹ Co do zasady, gdyż nie zawsze. Tam, gdzie ingerencja jest wykluczona (a tak jest na przykład przy prawach absolutnych), tam nie powołujemy się na klauzulę limitacyjną.

właściwy sposób skontrolować tego, czy ustawodawca, legalizując terminację ciąży z przyczyn społecznych, działał zgodnie z Konstytucją.

Rzecz w tym, że TK generalnie dystansował się od przesądzenia tej kwestii¹², przynajmniej w 1997 r. Podmiotowość embrionu na gruncie art. 38 Konstytucji Trybunał przesądził w orzeczeniu z 2020 r.¹³ Z tym orzeczeniem mamy jednak inne problemy (szerzej zob. Bień-Kacała, 2022, s. 17–26; Bucholc, 2022, s. 84–88; Florczak-Wątor, 2022, s. 247–248; Grabowska-Moroz i Łakomicz, 2021, s. 251–252; Młynarska-Sobaczewska, 2021, s. 172–174; Rakowska-Trela, 2021, s. 106–116; Sadurski i Gliszczyńska-Grabias, 2021, s. 135–138; Szumiło-Kulczycka i Kozub-Ciembroniewicz, 2021, s. 81–98), a dodatkowo pytania, które postawiłam na wstępie, dotyczą prawnego znaczenia jedynie pierwszego z dwóch orzeczeń aborcyjnych. Zatem to na nim się skoncentrujemy. Skoro przesądzenia podmiotowości embrionu w 1997 r. nie było, to powoływanie się przez TK w tym orzeczeniu na art. 38 Konstytucji jest co najmniej wątpliwe. Działając na gruncie obecnie obowiązującej regulacji konstytucyjnej, nie można bowiem dystansować się od kwestii przesądzenia podmiotowości embrionu, a jednocześnie oceniać (kontrolować) przesłankę społeczną (podobnie zresztą jak jakąkolwiek inną) tak, jak gdyby embrion był podmiotem prawa w rozumieniu art. 38 Konstytucji. Z tego powodu należałoby uznać, że ustalenia poczynione przez TK w 1997 r. co do ingerencji w prawną ochronę życia embrionu straciły aktualność po wejściu w życie obowiązującej Konstytucji.

Z przedstawionych względów uznaję, że trafnie Kozub-Ciembroniewicz i Szumiło-Kulczycka (2022, s. 47) kwestionują możliwość wnioskowania, zgodnie z którym niezgodność przesłanki społecznej z poprzednio obowiązującą regulacją konstytucyjną, którą Trybunał stwierdził w maju 1997 r., przekłada się na wynik kontroli zgodności kontrolowanej wtedy regulacji z obecnie obowiązującą Konstytucją. Rację mają autorzy, gdy argumentują, że sytuacja normatywna jest inna, a obecna regulacja konstytucyjna przewiduje bardziej precyzyjne kryteria kontroli. Biorąc pod uwagę wszystko, co zostało tu powiedziane, nie mogę podzielić tezy Zubika (2007, s. 42–43) w sprawie konstytucyjnej (nie)dopuszczalności liberalizacji prawa aborcyjnego czy warunków zmian w tym zakresie. Jak starałam się pokazać, ani Konstytucja w art. 38, ani stanowisko TK z 1997 r. nie wyklucza (nie stoi na przeszkodzie) tej liberalizacji¹⁴.

Trzecia i ostatnia kwestia to wątek wymogu dostatecznej określoności prawa. Ten element nieco zmienia spojrzenie na aktualność ustaleń TK. Przypomnijmy bowiem, że były dwa powody, dla których Trybunał w 1997 r. stwierdził, że przesłanka społeczna narusza obowiązującą wówczas regulację konstytucyjną. Pierwszy, o którym była już mowa, to nadmierna ingerencja w prawną ochronę życia (w domyśle embrionu). Drugi z kolei to niedostateczna określoność przepisu legalizującego przerwanie ciąży z przyczyn społecznych. Jak wskazał Trybunał w treści sentencji do pierwszego orzeczenia abor-

¹² Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 3, 4.1 i 4.9 uzasadnienia.

¹³ Wyrok TK z 22 października 2020 r., K 1/20, pkt 3.4 uzasadnienia.

¹⁴ Teza Zubika pochodzi z tekstu opublikowanego w 2007 r. Nie mogła zatem ani uwzględnić, ani odnosić się do treści drugiego orzeczenia aborcyjnego.

cyjnego, zaskarżony przepis „posług[ował] się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego” (K 26/96, pkt 3 sentencji). Dogmatycznie rzecz biorąc, chodzi o naruszenie zasady określoności prawa. W ocenie TK ustawodawca po prostu sformułował przepis niedostatecznie precyzyjnie, czym naruszył konstytucyjne wymogi stanowienia prawa.

Ciekawe jest to, że zarówno Trybunał, jak i doktryna w kontekście wypowiedzi sugerujących aktualność pierwszego orzeczenia aborcyjnego powołują się raczej na art. 38 Konstytucji (prawną ochronę życia). Chociaż art. 2 Konstytucji (zasada demokratycznego państwa prawnego) także się w tej dyskusji pojawia (Kondratiewa-Bryzik, 2009, s. 245; Piotrowski, 2016, s. 216), to raczej bez wzmianek na temat znaczenia zasady określoności prawa. Tymczasem jeśli w ogóle można mówić o tożsamości podstaw prawnych pierwszego orzeczenia aborcyjnego (wzorców przeprowadzonej wtedy przez TK kontroli) i obecnej regulacji konstytucyjnej, to jedynie w tym wąskim, dotyczącym zasady określoności zakresie. Skoro przyjmujemy, że ta zasada jest elementem składowym zasady demokratycznego państwa prawnego (Florczak-Wątor, 2023a, s. 33–34), to uwzględniając kontekst historyczny, o którym była już mowa¹⁵, można uznać, że w czasie wydania pierwszego orzeczenia aborcyjnego mieściła się ona w zakresie treściowym art. 1 przepisów konstytucyjnych, na podstawie których TK wówczas orzekał, obecnie natomiast mieści się w treści art. 2 Konstytucji.

Tak więc tu można próbować sensownie powoływać się na aktualność ustaleń TK. Zastrzeżenie jest jednak takie, że w świetle tego, co zostało powiedziane, ewentualna aktualność nie przekłada się na niekonstytucyjność przesłanki społecznej jako takiej, ale raczej sposobu, w jaki ta przesłanka została przez ustawodawcę sformułowana w 1996 r. Kierując się ustaleniami, jakie Trybunał poczynił w pierwszym orzeczeniu aborcyjnym, chcąc uniknąć zarzutu działania w sposób niezgodny z Konstytucją, obecny ustawodawca nie powinien po prostu powtarzać brzmienia tej przesłanki. Ocena wprowadzenia przesłanki jako takiej na gruncie obecnej Konstytucji pozostaje sprawą nierozstrzygniętą.

Wobec powyższego rację ma doktryna, gdy w kontekście też o aktualności ustaleń Trybunału i/lub pierwszego orzeczenia aborcyjnego powołuje się na art. 2 Konstytucji (Kondratiewa-Bryzik, 2009, s. 245; Piotrowski, 2016, s. 216). Jednocześnie nie powinniśmy ulegać wrażeniu, jakie mogą budzić te wypowiedzi, a które sprowadzałyby się do stwierdzenia, że Konstytucja przez art. 38 i/lub art. 2 wyklucza legalizację przesłanki społecznej. Jeśli cokol-

¹⁵ Art. 2 Konstytucji RP z 1997 r. dokładnie powtarza brzmienie art. 1 Konstytucji PRL z 1952 r. po zmianach wprowadzonych do tej ostatniej drogą tzw. noweli grudniowej (ustawy z 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz. U. 1989, Nr 75, poz. 444). Przepis art. 1 został jeszcze później utrzymany w mocy na podstawie tzw. Małej Konstytucji z 1992 r. (ustawy konstytucyjnej z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym, Dz. U. 1992, Nr 84, poz. 426) i obowiązywał w tym samym brzmieniu aż do czasu wejścia w życie Konstytucji z 1997 r.

wiek wyklucza, to powrót do brzmienia, jakie nadano tej przesłance w 1996 r. Wbrew sugestiom TK i części doktryny nie ma tożsamości treściowej między art. 38 obecnej Konstytucji a art. 1 starych przepisów konstytucyjnych. Tylko w zakresie zasady określoności prawa można więc przekonująco argumentować, że Konstytucja z 1997 r. powtarza podstawę konstytucyjną pierwszego orzeczenia aborcyjnego.

V. PODSUMOWANIE

W ramach podsumowania wróćmy do odpowiedzi na pytania, które postawiłam we wstępie. Gdy chodzi o to, jak należałoby dzisiaj rozumieć pierwsze orzeczenie aborcyjne, odpowiedź uwzględniająca przedstawione wyżej argumenty brzmi: głównie jako fakt historyczny. Orzeczenie to przesądziło o niezgodności przesłanki społecznej z regulacją konstytucyjną, która od dawna już nie obowiązuje. Co do tego, czy (ewentualnie w jakim zakresie) pierwsze orzeczenie aborcyjne wiąże/ogranicza obecnego ustawodawcę, należy odpowiedzieć twierdząco. Orzeczenie można uznać za wiążące, aczkolwiek raczej mocą autorytetu. Jeśli ogranicza obecnego ustawodawcę, to jedynie w bardzo wąskim zakresie związanym z ustaleniami, jakie TK wtedy poczynił, stwierdzając naruszenie zasady określoności prawa. Uznając, że w tym zakresie orzeczenie czy, precyzyjniej to ujmując, ustalenia Trybunału Konstytucyjnego pozostają aktualne na gruncie obecnej Konstytucji, ustawodawca nie powinien uchylać przesłanki społecznej w brzmieniu z 1996 r. Ocena konstytucyjności wprowadzenia przesłanki społecznej jako takiej jest sprawą otwartą w tym sensie, że nierozstrzygniętą. W świetle tego, co zostało powiedziane, odpowiedź na trzecie pytanie musi być negatywna: pierwsze orzeczenie aborcyjne nie tworzy wystarczającej podstawy/nie dostarcza argumentów niezbędnych do uznania, że przesłanka społeczna jest niezgodna z Konstytucją z 1997 r. Podobnie w doktrynie nie znajdziemy argumentów wystarczających do sformułowania przekonującego stwierdzenia, że obecnie obowiązująca Konstytucja wyklucza legalizację tej przesłanki.

Uzasadnienie powyższych odpowiedzi zawiera argumenty natury zarówno formalnej, jak i materialnej. Z perspektywy formalnej można argumentować, że w związku z przedmiotem orzekania pierwsze orzeczenie aborcyjne wiąże dzisiaj głównie mocą autorytetu. Trybunał Konstytucyjny nie orzekał w 1997 r. o zgodności przesłanki społecznej z obecnie obowiązującą regulacją konstytucyjną, ale z tą, która obowiązywała poprzednio. Trybunalska interpretacja co do aktualności tego orzeczenia i poczynionych w związku z nim ustaleń jest tylko częścią uzasadnienia, które nie ma przecież mocy wiążącej, i jako taka nie ogranicza obecnego ustawodawcy. Argument materialny to z kolei argument z tożsamości podstaw prawnych pierwszego orzeczenia aborcyjnego i obecnej regulacji konstytucyjnej. O takiej tożsamości możemy mówić tylko w zakresie dotyczącym zasady określoności prawa. Jeśli przyjąć, że Konstytucja z 1997 r. jest tu powtórzeniem podstawy konstytucyjnej inte-

resującego nas orzeczenia, to są podstawy, by twierdzić, że obecny ustawodawca powinien kierować się ustaleniami, jakie Trybunał w tym orzeczeniu poczynił. Konsekwentnie nie powinien on wprowadzać przesłanki społecznej w takim brzmieniu, co do którego TK stwierdził niedostateczną określoność. W pozostałym zakresie nie można mówić o wspomnianej tu tożsamości. Artykuł 38 Konstytucji nie jest prostym powtórzeniem podstawy konstytucyjnej pierwszego orzeczenia aborcyjnego, sam w sobie nie wyklucza dopuszczalności legalizacji przesłanki społecznej.

Biorąc pod uwagę przedstawione argumenty, trudno z aprobatą podchodzić do interpretacji, jaką Trybunał przedstawił w ostatnich zdaniach uzasadnienia pierwszego orzeczenia aborcyjnego. Wypowiedź Trybunału nie dotyczyła istoty sprawy, mocno wykraczała poza przedmiot orzekania, a dodatkowo nie znajduje umocowania w obecnie obowiązującej regulacji. Stanowisko TK, w świetle którego obowiązująca Konstytucja w art. 38 powtarza podstawę konstytucyjną pierwszego orzeczenia aborcyjnego, dogmatycznie rzecz biorąc, jest nie do obrony. Z tych względów, trzymając się utrwalonej interpretacji obecnej regulacji konstytucyjnej, można stwierdzić, że TK w 1997 r. po prostu powiedział o przysłowiowe trzy zdania za dużo.

Na koniec wracam do ograniczeń, których jestem świadoma. Chodzi o to, na co zwracałam uwagę na wstępie, a co jest związane ze znaczeniem tytułowego trzymania się Konstytucji. Bliska jest mi w tym zakresie perspektywa, w świetle której nie ma interpretacji, która istnieje niezależnie od interpretatora (Sunstein, 2015). W tym sensie każda interpretacja zakłada pewną dozę subiektywizmu. Żeby ten subiektywizm ograniczyć, starałam się trzymać utrwalonej interpretacji Konstytucji i poszukiwać w tym wszystkim pewnej spójności. W jakim jednak zakresie samo utrwalenie pewnej interpretacji i spójność argumentacji przekłada się na wiarygodność czy trafność danej interpretacji, pozostawiam dyskusji.

Bibliografia

- Banaszak, B. (2012). Komentarz do art. 190. W: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Legalis.
- Bień-Kacała, A. (2022). Nieliberalny sąd konstytucyjny w Polsce na przykładzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie aborcyjnej, sygn. akt K 1/20. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 5(69), 15–27. <https://doi.org/10.15804/ppk.2022.05.01>
- Bucholc, M. (2022). Abortion law and human rights in Poland: The closing of the jurisprudential horizon. *Hague Journal on the Rule of Law*, 14(1), 73–99. <https://doi.org/10.1007/s40803-022-00167-9>
- Daroszewski, P. (2023). Reakcje sądów na pominięcie prawodawcze. Perspektywa Trybunału Konstytucyjnego. W: P. Jabłońska (red.), *Pominięcia prawodawcze w procesie sądowego stosowania prawa* (s. 22–39). Księgarnia Akademicka.
- Florczak-Wątor, M. (2022). The constitutional review in a state pretending to be ruled by law. W: M. Belov (red.), *Rule of law in crisis* (s. 237–255). Routledge.
- Florczak-Wątor, M. (2023a). Komentarz do art. 2. W: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* (s. 29–35). Wolters Kluwer.

- Florczak-Wątor, M. (2023b). Komentarz do art. 38. W: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* (s. 139–144). Wolters Kluwer.
- Gliszczyńska-Grabias, A., i Sadurski, W. (2021). The Judgment that wasn't (but which nearly brought Poland to a standstill): 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K 1/20. *European Constitutional Law Review*, 17(1), 130–153. <https://doi.org/10.1017/S1574019621000067>
- Grabowska-Moroz, B., i Łakomic, K. (2021). (Nie)dopuszczalność aborcji. Głosa do wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20. *Państwo i Prawo*, 76(8), 251–259.
- Grabowski, R. (2006). *Prawo do ochrony życia w polskim prawie konstytucyjnym*. Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego.
- Kondratiewa-Bryzik, J. (2009). *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*. Wolters Kluwer Polska.
- Kozub-Ciembroniewicz, K., i Szumiło-Kulczycka, D. (2022). Czy aborcja naprawdę jest sprawą Konstytucji? *Palestra*, 10, 33–52. <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/10-2022/artukul/czy-aborcja-naprawde-jest-sprawa-konstytucji>
- Mączyński, A., i Podkowiak, J. (2016). Komentarz do art. 190. W: M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP: Tom 2. Komentarz do art. 87–243*. Legalis.
- Młynarska-Sobaczewska, A. (2021). Unconstitutionality of access to abortion for embryo-pathological reasons. *International Human Rights Law Review*, 10(1), 168–179. <https://doi.org/10.1163/22131035-01001005>
- Morawska, E. H. (2016). Zasada proporcjonalności. Komentarz. W: M. Derlatka, L. Garlicki i M. Wiącek (red.), *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* (s. 154–171). Wolters Kluwer.
- Naleziński, B. (2023). Komentarz do art. 190. W: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* (s. 616–621). Wolters Kluwer.
- Piotrowski, R. (2016). Zakaz przerywania ciąży. Komentarz. W: M. Derlatka, L. Garlicki i M. Wiącek (red.), *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* (s. 212–231). Wolters Kluwer.
- Rakowska-Trela, A. (2021). Wyrok czy „niewyrok”. Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży. *Przegląd Sądowy*, 6, 106–118.
- Roszkiewicz, J. (2017). Prawo naciurusa do życia w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym. *Forum Prawnicze*, 4(42), 97–124. <https://forumprawnicze.eu/wszystkie-numery/2017/60-numer-4-42/232-janusz-roszkiewicz-prawo-naciurusa-do-zycia-w-prawie-konstytucyjnym-i-prawie-miedzynarodowym>
- Sarnecki, P. (2016). Komentarz do art. 38. W: L. Garlicki i M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz (tom 2)*. Lex/el.
- Sroka, T. (2016). Komentarz do art. 38. W: M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP: Tom 2. Komentarz do art. 1–86*. Legalis.
- Sunstein, C. R. (2015). There is nothing that interpretation just is. *Constitutional Commentary*, 30(2), 193–212. <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/120/>
- Szumiło-Kulczycka D., i Kozub-Ciembroniewicz, K. (2021). Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20). *Państwo i Prawo*, 76(8), 81–100.
- Zubik, M. (2007). Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie. *Przegląd Sejmowy*, 3(80), 21–44.

