

# Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego

Autor tekstu: **Tomasz Kaczmarek**

## Prawo karne wobec moralności

**S**zanownemu *Jubilatowi*, którego integracyjny sposób naukowego objaśniania fenomenu przestępstwa, przestępczości i jej zapobiegania nieodmiennie, od lat całych wzbudzał moje uznanie – szkic ten poświęcam.

I

1. W polskim prawie karnym czasu zmian systemowych w szerszym niż dotąd zakresie zaznacza swoją obecność refleksja o związkach między prawem a moralnością, które w strukturze etosu społecznego stanowią wiodące systemy kontroli społecznej. Jest to m.in. wynik dystansowania się współczesnego prawoznawstwa od tradycyjnej wersji pozytywizmu prawniczego, którego doktryna, traktując prawo jako *lex lata*, objaśniała je w sposób opisowy, obiektywny i nie wartościujący, tj. w sposób etycznie neutralny.

Odkrywanie w polskim piśmiennictwie, jak gdyby od nowa postaw aksjologicznych prawa [1] łączy się zazwyczaj z mniej lub bardziej otwartym wglądem w wartości, które zakłada prawo natury, a którego reguły i normy doktryna tego prawa wywodzi z nadania Istoty Najwyższej, bądź z mocy rozumu, czy społecznego porządku rzeczy, w zależności czy mamy na myśli religijną, czy laicką wersję prawa naturalnego.

Renesans zainteresowania prawem natury pojawia się najczęściej jako rezultat określonych wydarzeń politycznych, na tle których odwoływanie się do idei prawa natury stanowić ma jakoby zabezpieczenie przed bezprawiem, podnoszonym w systemach prawnych państw totalitarnych, czy także w krajach „realnego” socjalizmu do rangi ustawy (*gesetzliche Unrecht*). [2]

Nieco spektakularnym przykładem przejścia z pozytywizmu prawniczego na pozycje prawa naturalnego jest twórczość *Gustawa Radbrucha*. W swojej *Filozofii prawa* w 1932 roku pisał, iż sędzia związany jest tylko ustawą. Jego obowiązkiem zawodowym jest postępować wyłącznie zgodnie z wolą ustawodawcy. Jego własne poczucie prawne ustąpić musi zawsze wymaganiom ustawy. Sędzia pytać może tylko, czy to jest zgodne z prawem, nigdy zaś — czy to jest sprawiedliwe. Pogardzamy duchownym, który wbrew swoim przekonaniom głosi Ewangelię, ale szanujemy sędziego, który niezależnie od własnego poczucia prawnego pozostaje wierny ustawie. [3]

W jakiś czas po załamaniu się systemu narodowo-socjalistycznego w Niemczech hitlerowskich - pisał „nauka prawa musi znowu przypomnieć znaną od stuleci prawdę, że istnieje wyższe od ustawy — prawo natury, prawo Boga i prawo rozumu, według których ustalamy bezprawie. Bezprawie pozostaje bezprawiem także wtedy, gdy zostanie wyrażone w formie ustawy, a wydany na podstawie takiego niesprawiedliwego prawa — wyrok nie jest prawny, lecz bezprawny. [4]

Przy sposobności chciałoby się powiedzieć, że ta ostatnia wypowiedź *Radbrucha* miałyby zapewne zupełnie inny wymiar moralny, gdyby została sformułowana nie *po* załamaniu się państwa hitlerowskiego, albo chociażby na krótko *przed* jego upadkiem. [5]

Inna sprawa, jak poucza historia, odwoływanie się do wyższego, niż ustawa, prawa samo przez się nie zabezpiecza przed jego nadużyciem. Zasłona prawa naturalnego służyła jako uzasadnienie zarówno postępowych jak i najbardziej wstecznych praktyk. Odwoływanie się do praw boskich nie przeszkadzało inkwizycji wznosić stosy. W imię „zdrowego poczucia narodu niemieckiego” wyniszczano rasy uznane za mniej wartościowe. W myśl zaś socjalistycznej zasady sprawiedliwości społecznej, pod postacią wyłączenia dopuszczano się niekiedy pospolitej grabieży. [6]

Dzieje się to zaś między innymi dlatego, że normy prawne wraz z inwentarzem ich aksjologicznego uzasadnienia służą zazwyczaj państwu dla ochrony jego porządku społecznego, niezależnie czy ów porządek w ogóle zasługuje na podtrzymywanie.

Przeciwstawienie prawa pozytywnego, stanowionego przez państwo — prawu naturalnemu, mając u swych źródeł wieloznaczne rozgraniczenie koncepcji prawa „*ius quia ius*”

oraz „*ius quia iustum*” współcześnie traci na swym dawnym znaczeniu. Z jednej bowiem strony koncepcje pozytywistyczne zaczynają uwzględniać oceny prawa i kwestie *de lege ferenda*. Z drugiej, niektóre bardziej umiarkowane wersje doktryny prawa natury zdają się cofać przed radykalnym wnioskiem, iż o obowiązywaniu prawa stanowionego przez państwo rozstrzyga jego zgodność z prawem natury. W miejsce takiego założenia przyjmuje się niekiedy, że zgodność bądź niezgodność prawa pozytywnego z prawem naturalnym jest nie tyle probierzem *obowiązywania* tego pierwszego, co kryterium jego wartościowania na prawo sprawiedliwe i niesprawiedliwe. Prawo zatem ustanowione przez państwo obowiązuje mimo jego niezgodności z „*materialną sprawiedliwością*” jako podstawową wartością prawa natury. [7] Niezgodność ta może stanowić jedynie podstawę postulowania *de lege ferenda* zmiany tego prawa, lecz automatycznie nie może przesądzać o jego nieobowiązywaniu. [8]

Przy widocznym spadku temperatury sporów pomiędzy *iusnaturalistami* i *pozytywistami*, wzrasta natomiast, zdaniem A. Kozaka — zainteresowanie koncepcjami teoretycznymi, mogącymi uchodzić za ujęcia wobec nich alternatywne. W grę wchodzi tu zwłaszcza koncepcje H.L.A. Harta i L.L. Fullera. [9] W odróżnieniu do tradycyjnej wersji prawa naturalnego, w którym relacje między moralnością a prawem zachodziły pomiędzy **odrębnymi** systemami normatywnymi, Hart i Fuller **przesuwają** niektóre zasady tradycyjnie należące do dziedziny moralności **w sferę prawa**. [10] Hart formułując koncepcję tzw. minimalnej treści prawa naturalnego odwołuje się do tych nie dających się odrzucić zasad, które służąc podstawowej ludzkiej wartości — jakim jest przetrwanie — stanowią muszą treść prawa. „Minimum moralne” zaś Fullera spełniając w istocie tę samą funkcję wobec prawa (tyle że w płaszczyźnie proceduralnej), co „minimalna treść prawa naturalnego” Harta, chociaż zakorzenione w refleksji etycznej staje się także integralną częścią samego pojęcia prawa i w tym znaczeniu moralność przestaje być kategorią zewnętrzną wobec prawa.

W ten sposób dokonało się tu coś, co trafnie nazywa. A. Kozak jurydyzacją pewnego niezbędnego minimum moralnego, co sprawia paradoksalnie, że obecnie łatwiej jest skonstruować pojęcie prawa w oderwaniu od zasad moralnych na gruncie *iusnaturalizmu* niż *pozytywizmu*. Jest tak dlatego, ponieważ prawo naturalne wciąż respektuje strukturalną odrębność prawa i moralności, towarzyszącą łączącym je zależnościom walidacyjnym; *pozytywizm* zaś przyzwyczał się już do idei prawa zawierającego w sobie minimum etyczne. [11] Współczesny pozytywista zapewne będzie twierdził, że prawo powinno respektować ogólnoludzką moralność, lecz nie kierować się konkretną doktryną moralną. [12]

W rezultacie bliski jest mi pogląd, że ani prawo nie wywodzi swojej mocy obowiązującej z aprobaty moralności, ani obowiązywanie moralności nie wynika z nakazu prawa.

Zakładając wszakże, iż prawo i moralność są od siebie niezależne w znaczeniu *walidacyjnym*, jednocześnie przyjmuję, że prawo jest systemem *aksjologicznie* otwartym wobec wartości i zasad etycznych. Te zasady i wartości, stanowiąc aksjologiczne uzasadnienie prawa, są zarazem standardami i kryteriami moralnej oceny tego prawa. Takiej ocenie podlegać może zarówno porządek prawny jako całość, jak i poszczególne instytucje i normy prawne, wtedy gdy ich treść jest moralnie relewantna, tj. gdy dotyczy zachowań stanowiących również przedmiot wartościowania etycznego.

Krytyczna ocena prawa z punktu widzenia zasad i wartości moralnych oraz formułowane na ich podstawie wnioski co do jego zmiany - stać się mogą istotnym czynnikiem doskonalenia prawa. [13]

W ustalaniu relacji prawo — moralność łatwo wszakże o obszary wzajemnego konfliktu. Wtedy zwłaszcza, gdy postrzegać będziemy społeczeństwo nie w sposób konsensualny, ale pluralistyczny. A więc jako zbiorowość daleko zróżnicowaną nie tylko pod względem dążeń, potrzeb czy interesów, ale także znacznie podzieloną co do wyznawanych wartości i ich preferencji. [14]

Pogląd, że aksjologiczną miarą porządku prawnego w społeczeństwie, którego duchową kondycję wyznaczają *różne* systemy etyczne — powinny być reguły moralności *dominującej*, a więc wartości aprobowane przez większość społeczną, znajduje niewątpliwie swoje silne oparcie w tym, co się nazywa zasadą demokracji. [15] Sprawa nie wydaje się wszakże tak prosta, aby przyjąć można, że o „wartości” czy „słuszności” moralnej prawa może rozstrzygać arytmetyka, a więc także wynik sondażu czy referendum. Od akceptacji takiego założenia wiedzie nazbyt bliska już droga do zadekretowania supremacji jakiegoś jednego systemu etycznego. Budowanie zaś porządku prawnego ze stanowiska „*jedynie słusznych*” wartości — ma, jak sądzę, historycznie rzecz biorąc — bardzo niedobre skojarzenia, zwłaszcza wtedy, gdy usiłowano je egzekwować za pomocą kary.

Zasadniczo odmienne stanowisko przyjmuje K. Buchała i A. Zoll. Zdaniem tych autorów — przepis art. 18 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Prawa Obywatelskich i Politycznych [16] — uzasadnia twierdzenie, że tam, gdzie powstają różnice światopoglądowe i różnice w systemach etycznych — „prawo nie powinno nakazywać, szczególnie pod groźbą kary zachowań sprzecznych z akceptowanym przez członków danej społeczności systemem etycznym”. [17]

Twierdzenie takie wspiera się o błędne założenie, że można zbudować *jednolity* system prawny, a o taki zawsze chodzi, który chroniłby w jednakowy sposób przeciwstawne sobie wartości moralne. Z ogólnego twierdzenia autorów wynika przecież, iż prawo nie powinno pod groźbą kary — przykładowo nakazywać eutanazji, gdy byłoby to sprzeczne z moralnością określonej grupy społecznej. Ale z tego wynika dalej, że prawo nie powinno również nakazywać zaniechania eutanazji, gdy jej dokonanie byłoby moralnie uzasadnione z punktu widzenia systemu etycznego innej grupy społecznej. Chcąc przeto respektować w jednakowym stopniu te dwa stanowiska moralne — prawo nie powinno ani nakazywać, ani zakazywać eutanazji, co w konsekwencji prowadziłyby praktycznie do jej bezkarności w każdych warunkach, a co byłoby stanowiskiem nie do przyjęcia.

W tym miejscu zakładam, że w sferze zachowań, które w społeczeństwie nie są oceniane pod względem etycznym jednolicie, od ustawodawcy oczekiwać należy nie tyle moralnej neutralności, co przede wszystkim rozwiązań, które byłyby oparte na rozsądnym kompromisie, a który w prawnokarnej ochronie wartości moralnych, uwzględniałby działanie reguły i wyjątku.

W rzeczy samej w demokratycznym państwie prawnym nie ma wartości, które byłyby w prawie karnym chronione w sposób bezwzględny i absolutny. Nawet w ochronie najcenniejszego dobra jakim jest życie człowieka — prawo dopuszcza wyjątki. Usprawiedliwia zabójstwo w obronie koniecznej (art. 25 § 1 k.k.). Zezwala w ściśle określonych warunkach stanu wyższej konieczności poświęcić cudze życie dla ratowania własnego (art. 26 § 2 k.k.). Zakłada możliwość bezkarności sprawcy, który zabija człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego, chcąc np. uwolnić od dotkliwych cierpień nieuleczalnie chorego (art. 150 § 2 k.k.). Podobnie doznaje wyjątków ochrona życia poczętego, gdy za aborcją przemawiają ściśle wymienione w ustawie okoliczności.

Zezwolenia prawa w tym zakresie najczęściej wynikają stąd, że wymagania moralne zwykle przekraczają oczekiwania prawa, którego normy nie wymagają od ich adresatów doskonałości moralnej, ale zachowań pod względem etycznym mniej wygórowanych, co nie oznacza, aby bez zastrzeżeń można podzielić i pogląd G. Jelinka, że prawo karne jakoby sankcjonuje tylko najdrastyczniejsze przekroczenia porządku moralnego, a więc minimum jego wymagań. [18]

Z tego wynika dalej, że nie wszystko co jest sprzeczne z danym systemem etycznym (nawet akceptowanym przez zdecydowaną większość) może i powinno być uznane za sprzeczne z normą prawną, a w szczególności za czyn prawnokarnie sankcjonowany.

Myśl tę znajdujemy także w tomistycznej koncepcji prawa według której nie jest rolą prawa ludzkiego ani nakazywać wszelkich dobrych czynów, ani zakazywać wszelkich czynów złych. [19]

Pomijając, że normy moralne czerpią swą siłę nie z nadania jakiegokolwiek władzy państwowej, lecz z faktycznego i wolnego od przymusu uznania dla wartości, które one zakładają, zaakcentować chcemy, że brak zakazu karnego wobec określonego zachowania nie oznacza wcale jego moralnej aprobaty. Jego brak wynika zazwyczaj ze zbilansowania korzyści i strat, jakie wynikałyby z wprowadzenia zakazu karnego. Powiedziane inaczej: oznacza, że wynika on z potrzeby uwzględnienia także właściwości instrumentalnych środków karnych, a które sprawiają, że egzekwowanie poszanowania niektórych wartości moralnych za pomocą kary wywołałoby niekiedy więcej niezamierzonych a ubocznych społecznie ujemnych następstw, niż zamierzonych a dodatnich [20], a czego historia skutków m.in. bezwzględnej karalności aborcji stanowi pouczający w tym zakresie przykład.

## II

Zakres prawnokarnej ochrony płodu ludzkiego należy do zagadnień najbardziej spornych. W doktrynie prawniczej, w płaszczyźnie rozważań *de lege ferenda*, toczy się spór, jakim powinien być ten status z punktu widzenia różnych systemów wartości i koncepcji moralnych i w tym znaczeniu jest on w dyskursie prawniczym kontynuacją sporu o moralny status płodu.

Spór o status moralny płodu ludzkiego jest w istocie rzeczą sporem o pojmowanie osoby ludzkiej, człowieka i życia ludzkiego. Odpowiedź na pytanie, czy lub od jakiego momentu rozwojowego płód ludzki jest osobą lub człowiekiem w sensie moralnym zależy od przyjętej

etycznej koncepcji człowieka lub osoby ludzkiej .

Formułowane w oficjalnej doktrynie Kościoła katolickiego twierdzenie, że płód ludzki jest osobą ludzką, (człowiekiem w sensie moralnym) — oparte jest na założeniu, że zarówno człowiek dorosły jak i zygota wyposażone są w ten sam kod genetyczny, który powstał w momencie zapłodnienia żeńskiej komórki jajowej, i który stanowi program rozwoju indywidualnej jednostki ludzkiej na cały okres jej życia. Z tego punktu widzenia posiadanie niepowtarzalnego kodu genetycznego ma stanowić empiryczny dowód człowieczeństwa płodu ludzkiego. [21]

Genetyczna koncepcja osobowości ludzkiej i osobowości płodu ludzkiego spotyka się wszakże i m.in. z zarzutem nieadekwatności zakresowej. Podnosi się bowiem, że ludzki kod genetyczny wykrywalny jest również w zwłokach ludzkich i w wyodrębnionych od ciała organach i komórkach ludzkich, którym z tego powodu nie przypisuje się jednakże właściwości osoby ludzkiej. Kwestią sporną na gruncie empirycznym jest także stopień tożsamości istoty ludzkiej od poczęcia (rozumianego jako powstanie zygoty) do śmierci. Sporny jest w szczególności stopień determinacji całokształtu cech człowieka przez kod genetyczny. W okresie prenatalnego rozwoju człowieka wiele jego cech kształtuje się pod wpływem czynników egzogennych, zewnętrznych. Chromosomy zapłodnionej komórki jajowej nie determinują nie tylko psychiki późniejszego człowieka, ale nawet jego późniejszego wzrostu, ani odcisków palców. Jednojajowe bliźnięta mają różne odciski palców, chociaż dziedziczą ten sam komplet informacji genetycznych i rozwijają się w tej samej macicy. Stopień zaś podobieństwa i tożsamości niezaimplantowanego embrionu i urodzonego człowieka jest tak nikły, że nie stanowi podstawy do przenoszenia kwalifikacji normatywnych człowieka urodzonego (osoby ludzkiej) na embrion. [22]

W piśmiennictwie prawniczym podkreśla się, że kontrowersyjność filozoficznych sporów dotyczących **moralnego** statusu płodu ludzkiego i jego empiryczna nierozstrzygalność przekłada się na odmienne stanowiska w określaniu także jego **prawnej** pozycji. [23]

W doktrynie katolickiej, w jej wersji radykalnej formułowany jest pogląd, że płód ludzki jest osobą ludzką od momentu zapłodnienia. Od tej chwili rozpoczyna się nie tylko biologiczne życie człowieka, ale również jego życie w znaczeniu moralnym. [24]

Wobec wątpliwości, jakie wzbudzać może genetyczna koncepcja osoby, w myśl której płód ludzki jest osobą ludzką od chwili poczęcia, doktryna katolicka sformułowała „rezerwową” koncepcję płodu ludzkiego jako *domniemanej* osoby ludzkiej. W Deklaracji Watykańskiej w sprawie przerywania ciąży. [25] W myśl tego stanowiska wątpliwość filozoficzna dotycząca osobowego statusu płodu interpretować należy na korzyść płodu

Wątpliwości odnośnie do moralnego statusu płodu interpretować należy na korzyść płodu w myśl zasady „*in dubio pro vita humana*”. Jeżeli nie ma więc pewności, że płód ludzki jest osobą ludzką należy przyjąć domniemanie, że jest on od chwili poczęcia osobą ludzką.

W doktrynie prawniczej dominuje natomiast wywodząca się z prawa rzymskiego zasada *in dubio pro libertate*. Wolność oznacza w tym wypadku wolność wyboru zachowań odnoszących się do płodu oraz znaczną swobodę w określaniu prawnego statusu płodu ludzkiego. Aksjologicznym uzasadnieniem tej swobody jest nierozstrzygalna empirycznie wątpliwość filozoficzna dotycząca moralnego statusu płodu, która wyznacza w państwie prawa granice swobody ustawodawcy w określaniu prawnego statusu płodu ludzkiego. W państwie prawa i w pluralistycznym światopoglądowo społeczeństwie, organy prawodawcze i sądy nie są kompetentne do rozstrzygania sporów filozoficznych. Posługiwanie się prawem do rozstrzygania tego typu sporów narusza elementarne zasady neutralnego światopoglądowo państwa prawa. [26]

W tym miejscu nasuwa się pytanie — na ile **moralny** status płodu ludzkiego wynikający z przyjęcia takiej czy innej etycznej koncepcji człowieka przesądza, czy przesądzać powinien jego status **prawny**.

W niektórych doktrynach etycznych przyjmowane koncepcje moralnego statusu płodu ludzkiego odnoszone są również bezpośrednio do statusu prawnego płodu. Dotyczy to w szczególności doktryny katolickiej, która zakłada logiczne wynikanie prawnego statusu płodu ludzkiego z jego statusu moralnego.

Zwolennicy tego poglądu, przenosząc koncepcję płodu jako domniemanej osoby ludzkiej, jako człowieka znajdującego się w stanie rozwoju — do dyskursu prawniczego, zakładają, że również w prawie pozytywnym należy na tej zasadzie przyjąć domniemanie pełnej podmiotowości prawnej płodu ludzkiego. [27]

Przy takim założeniu — niemożliwe jest dopuszczenie aborcji w jakiegokolwiek postaci.

Życie ludzkie od chwili poczęcia powinno bowiem być szanowane i chronione w sposób absolutny, a istota ludzka od pierwszej chwili swego istnienia powinna mieć przyznane prawa osoby a wśród nich nienaruszalne prawo do życia. [28]

Z tego punktu widzenia przewidywane prawem warunki dopuszczalności aborcji, w tym także dokonywanej ze względu na zagrożenia życia i zdrowia matki, z powodu ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu, bądź gdy ciąża jest wynikiem przestępstwa — nie zasługują na uznanie i napotykają na nieustającą krytykę. [29] Przerwanie ciąży stanowiącej niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia matki dotyczy problemu wartości życia ludzkiego i zdaniem J. Orchowskiego — nie można rozstrzygać, które życie jest ważniejsze — matki czy dziecka. Lekarz powinien ratować oboje pacjentów, a nie dokonywać wyboru, którego leczyć, a którego zabić. [30] M. Schooyans udzielając odpowiedzi na pytanie, jak należy postępować, kiedy trzeba wybierać między życiem matki i życiem dziecka uważa, że „w żadnym razie nie można świadomie poświęcić jednej istoty ludzkiej dla ratowania innej, lecz może się zdarzyć, że próba ratowania kogoś zakończy się ofiarą. Przede wszystkim ratować chcemy wszystko, co można uratować. Kiedy podejmujemy działania o dwojakim skutku: pozytywnym i negatywnym -nigdy nie powinniśmy pragnąć skutku negatywnego, co najwyżej go tolerować”. [31]

Podobnie gdy dziecko poczęte dotknięte jest poważną wadą rozwojową rodzice dziecka nawet wtedy nie mogą decydować o jego życiu lub śmierci, bowiem życie jest dobrem zbyt podstawowym, by można je bilansować w kategoriach zysków i strat. Także przerywanie ciąży z powodu jej powstania w wyniku czynu zabronionego nie zasługuje na przyzwolenie, które oznaczałoby, że to dzieci poczęte płacą najwyższą cenę życia za przestępstwa dorosłych. [32]

Autorzy krytycznie oceniający przyjmowane w polskim prawie karnym warunki prawnej dopuszczalności aborcji — z punktu widzenia wartości, które zakłada etyka katolicka *de lege ferenda* postulują wzorem Kodeksu Prawa Kanonicznego nowelizację prawa karnego i przyjęcia w nim takich rozwiązań w zakresie ochrony dziecka poczętego, które nie przewidywałyby żadnych odstępstw i wyjątków od tej ochrony. [33]

Założenie, że płód ludzki mając status identyczny ze statusem człowieka urodzonego i formułowana na tym tle dyrektywa, w myśl której ewentualne wątpliwości dotycząc pozycji moralnej i prawnej płodu powinny być interpretowane zawsze na jego korzyść — może być stanowiskiem uprawnionym w dyskursie etycznym, nie da się natomiast włączyć do systemu prawnego, gdyż przyjęte w charakterze zasady prawnej naruszałaby wewnętrzną koherencję systemu prawa, w tym również koherencję aksjologiczną. Pełna podmiotowość prawna płodu traktowana na serio a nie jako retoryczny ozdóbek regulacji prawnych wymagałaby zasadniczej rekonstrukcji niemal wszystkich podstawowych dziedzin prawa, w których płód nie posiada aktualnie statusu pełnego podmiotu prawa. Rychło okazałoby się, że jedną z istotnych przyczyn destrukcyjnych dla porządku prawnego skutków pełnej podmiotowości prawnej płodu ludzkiego byłaby praktyczna niemożność zrealizowania tej koncepcji. Brak pełnej podmiotowości prawnej płodu ludzkiego jako dominujący stan we współczesnym prawie jest rozwiązaniem racjonalnym, jedynie możliwym w praktyce funkcjonowania systemów prawnych i uzasadnionym aksjologicznie na gruncie wewnętrznej moralności prawa. [34] Również postulat absolutnej ochrony prawnej jakiegokolwiek wartości, w tym także życia ludzkiego jest praktycznie niewykonalny. Zwolennicy bezwzględного zakazu prawnego przerywania ciąży, także powstałej w wyniku gwałtu czy kazirodztwa — niekiedy odwołują się do ewangelicznej zasady „dobrej Samarytanki”, która powinna okazywać miłość również dziecku, które zostało poczęte w następstwie czynu zabronionego, jakby nie dostrzegając, że oczekiwanie od zgwałconej matki takiej heroicznej postawy moralnej, zapewne zasługującej na uznanie moralne — nie może być wszakże wymuszane siłą przymusu państwowego. Obowiązek bycia „dobrym samarytaninem”, podobnie jak nakaz miłości bliźniego jest wyłącznie nakazem moralnym a nie prawnym. Wymuszany środkami przymusu państwowego byłby sprzeczny nie tylko z wewnętrzną moralnością prawa, ale deprecjonowałby także samą głębię i urok chrześcijańskich wartości.

Szukając odpowiedzi na nadzwyczajnie ważne, zasadnicze pytanie o to, czy obowiązki moralne względem płodu ludzkiego muszą być wsparte autorytetem prawa – w tym zwłaszcza prawa karnego, w charakterze poniekąd konkluzji, chciałbym zapożyczając się u Leszka Kołakowskiego, zacytować bliski mi pogląd, że „Kościół ma oczywiście prawo potępiać nie tylko przerywanie ciąży, ale również korzystanie ze środków zapobiegawczych i głosić (bezskutecznie, rzecz jasna), że regulacja urodzin jest dozwolona – przez abstynencję

seksualną. Z tego nie wynika wszakże, że ma się również domagać więzienia dla tych, którzy reguł tych nie przestrzegają. (...) Więzienie bowiem nie jest nauką moralności, ale jest środkiem socjotechnicznym; nie uczy jak być dobrym, ale zastrasza (..) Byłoby więc pożałowania godne, gdyby wychowanie moralne miało swoją naczelną regułę: przede wszystkim wsadzać do więzienia." [35]

Artykuł publikowany był pierwotnie w: *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga Jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Warszawa 2007, ss. 87-97.

Zobacz także te strony:

[Największa zbrodnia prawa karnego](#)

[Krótkie dzieje praw naturalnych](#)

[Ustawa aborcyjna a Konstytucja i Konkordat](#)

[Prawo "naturalne", czyli o "naturalizmie" katolickim](#)

[Teorie prawa natury](#)

[O prawie naturalnym](#)

[Ingerencja prawa w sferę moralności w trudnych przypadkach](#)

[Problem aborcji: 'za życiem' czy 'za wyborem'?](#)

[Ustawa antyaborcyjna](#)

[Zbrodnie i dzieci](#)

---

Przypisy:

[1] Por. Z. Ziemiński: "Lex" a „ius” w okresie przemian, PiP 6/91, s 3 i n . a także R. A. Tokarczuk: *Filozofia prawa w perspektywie prawa natury*, Białystok 1996, tegoż : *Sprawiedliwość jako naczelną wartość prawa*, PiP 6/97, s. 3 i n., A. Zoll: *Czy filozofia ma być służącą czy panią. (Uwagi do pewnej wypowiedzi P.J.A. Feuerbacha (w) Dziedzictwo prawne XX wieku, Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia TBSP UJ, Zakamycze 2001 s. 19 i n.*

[2] Por. A. Kozak: *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited 2002, s. 77, J. Zajadło: *Gustaw Radbruch i antynomie współczesnej filozofii prawa*, „Colloquia Communia” nr 6/88-1/89, ss. 63-74

[3] G. Radbruch: *Rechtsphilosophie*, C.F. Mueller, Aufl. 2 s. 83 i n .

[4] G. Radbruch: *Die Erneuerung des Rechtes*. Die Wandlung 2. Jahrgang 1947, s. 9.

[5] Pisząc o Radbruchu przyznam, że myślę wtedy także o niektórych polskich prawnikach, którzy w okresie PRL-u sami uprawiając na wiele sposobów w naukach prawnych z kolei marksizm i demonstrując swój emocjonalny związek z jego ideologią, dziś z żenującą łatwością od niego się odzegnują, ubolewając nad ideologiczną indoktrynacją, tak jak by sami jej nie uprawiali, lub jej nie podlegali. Znany historyk myśli społecznej, wywodzący się z otoczenia prof. Bronisława Baczki z Instytutu Filozofii i Socjologii PAN - Andrzej Walicki autor wydanej niedawno w Stanach Zjednoczonych historii marksizmu (*Marxism and the Leap to the Kingdom of Freedom. The Rise and Fall of the Communist Utopia*, Stanford 1995), udostępnionej świeżo czytelnikowi polskiemu pod tytułem *Marksizm i skok do królestwa wolności. Dzieje komunistycznej utopii*, Warszawa 1996, s. 535; zwrócił uwagę, że w naszych środowiskach intelektualnych panuje wokół marksizmu raczej pełne zażenowania milczenie. Zażenowani są dawni zwolennicy, podczas gdy przeciwnicy demonstrują wobec przesłania marksizmu pogardę i wyniosłe lekceważenie. Zmieniło się jedynie tyle, że dawniejsze trywializujące peany jego chwalców, zastąpiły równie trywialne, czy zbanalizowane oceny krytyczne, bądź negatywne, stwarzające jedynie pozory rzetelnej naukowo krytyki marksizmu. (por. recenzję tej książki: R. Panasiuk: *Na czym polegał błąd Marksa*, Zbliżenia Polska –Niemcy, nr 1 (19) 98 s. 72 i n. Por. również Z. Ziemiński: "Lex" a „ius”... op.cit. s. 13, T. Kaczmarek: *Stan polskiej dogmatyki prawa karnego w okresie zmian ustrojowych*, PiP nr 1/2007 s.16-18.

[6] W tym miejscu można przypomnieć pogląd J. Austina, według którego, adresaci

norm prawnych postawieni wobec konfliktu pomiędzy prawem a moralnością raczej przyznają prymat moralności (patrz: W. Babicki: *Prawo jako rozkaz suwerena w doktrynie Johna Austina*, "Studia Filozoficzne" nr 5/88, s. 79) Nie bez racji pisze A. Kozak, że historia XX wieku pokazała, że poglądy Austina w tej mierze były nadmiernie optymistyczne. Okazało się, że terror można nasilić tak, iż obywatele zapomną o obowiązku moralnym w konfrontacji z obłąkanym prawem, oraz – co więcej – że społecznie akceptowana moralność sama może być zaczynem obłędu, popychając zwykłych ludzi do entuzjastycznego współudziału w masowych mordach, usankcjonowanych prawem pozytywnym. – patrz. A. Kozak: *op.cit.* s.95.

**[7]** Por. W. Lang (w) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki: *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 290 i n.

**[8]** Szerzej o aksjologii i dylematach współczesnego pozytywizmu i prawa natury - patrz: J. Zajadło: *Marksistowska doktryna prawa natury in statu nascendi czy rehabilitacja antypozytywizmu*, PiP 9/86, W. Lang: *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, K. Opalek, J. Wróblewski: *Prawo, metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, ss. 124-139, 216-229, Z. Ziemiński: *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993, J. Stelmach, R. Sarkowicz: *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, L. Morawski: *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, A. Kozak: *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej...*, *op. cit.*, ss.75-80, 87-104.

**[9]** A. Kozak: *op.cit.* ss. 93-97.

**[10]** H.L.A. Hart. *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s.251, L.L. Fuller: *Moralność prawa*, Warszawa 1978, odróżniając podobnie jak Hart – ideały moralne, określając je jednak jako dwie podstawowe formy powinności: tzw. moralność dążeń (ku moralnym ideałom) i moralność obowiązków. Dość wyraźna różnica w strukturach obu typów powinności nie daje jednak podstaw do dokonywania jednoznacznego przyporządkowania ich do prawa bądź moralności, choć co do zasady moralność dążeń nie nadaje się na podstawę konstrukcji norm prawnych. Niemniej jednak, zdaniem Fullera, istnieje zespół szczególnie istotnych reguł związanych z tworzeniem prawa, które tworząc jego wewnętrzną moralność mają – poza obowiązkiem ogłaszania aktów normatywnych – charakter ideałów, ku spełnieniu których można dążyć (35 i n. oraz s. 245).

**[11]** A. Kozak: *op.cit.*, 95-97, M. Błachut: *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005, ss. 17-19.

**[12]** A. Łopatka: *Kryteria jakości prawa* (w:) A. Wasilkowski, *Jakość prawa*, Warszawa 1996, s. 38.

**[13]** Patrz szerzej o tym: W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, ss. 290-300.

**[14]** Zwłaszcza w pluralistycznym społeczeństwie epoki postindustrialnej nie można liczyć na zgodę co do wartości stanowiących podstawę rozstrzygnięć. Zdaniem A. Kozaka, wyrażonym na marginesie przedstawiania teoretycznej koncepcji J.M. Finnisa, można jednak – w warunkach niezakłóconego ładu społecznego i stabilnej kultury prawnej - liczyć na zgodę co do zinstytucjonalizowanej formy podejmowania rozstrzygnięć, stanowiącej wyraz koniecznego mechanizmu działania społeczeństwa w określonym jego modelu. (A. Kozak: *op.cit.*, ss.92-93)

**[15]** *tak*, M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 27.

**[16]** W myśl tego przepisu: „nikt nie będzie podlegał przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub przyjmowania religii, albo przekonań według własnego wyboru.”

**[17]** K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne*, 1995, s. 18.

**[18]** Por. A. Wąsek: *Prawo karne - minimum moralności*, "Anales UMCS S.G." vol. XXXI, 3/84, s. 35 i n.

**[19]** Patrz: *Summa Theologica* 1a 2 ae, qu.XCVI, art. II,III.

[20] Myśl tę znajduję także u A. Zolla *op.cit.*, s.26-27 z tym wszakże zastrzeżeniem, że niekiedy jego zdaniem „wartość chronionego dobra może przesądzić, że bez względu na zjawiska uboczne, które towarzyszyć mogą wprowadzeniu zakazu karnego - nie można z tego środka zrezygnować (...). Kierując się przede wszystkim tymi przesłankami Trybunał Konstytucyjny uznał w 1997 roku za sprzeczną z Konstytucją rezygnację przez ustawodawcę ze zwalczania za pomocą także środków karnych zabicia dziecka poczętego z tzw. przyczyn społecznych”

[21] Patrz szerzej o tym: W. Lang: *op.cit.*, s. 30 i n.

[22] Patrz szerzej o tym W. Lang: *op. cit.* s. 33 i n., a także J. Kiss: *Aborcja. Argumenty za i przeciw*, Warszawa 1995, s. 168, N.A. Ford: *Kiedy powstałem*, Warszawa 1995, a także D. Callahan: *Abortion, Law and Morality*, NY 1970, A. Mauron: *The Human Embryo and the Relativity of Biological Individuality* (in:) *Conceiving the Embryo*, London-Boston 1996.

[23] Por. szerzej o tym: W. Lang: (w:) *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Wyd. A. Marszałek, Toruń, s. 21 i n., oraz literatura tam podana.

[24] Patrz: *Encyklika Ojca Świętego Jana Pawła II, II Evangelium Vitae*, Pallotinum 1995, s. 111.

[25] *Deklaracja o przerywaniu ciąży ogłoszona przez Świętą Kongregację do Spraw Wiary*, Watykan 1974. Tekst polski wyd. Polskie Towarzystwo Teologiczne, Kraków 1997.

[26] Por. W. Lang: *Status prawny płodu ludzkiego* (w:) *Prawne problemy ludzkiej prokreacji.* *op. cit.*, ss.80-87, tegoż: Glosa do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., "Przegląd Sejmowy" nr 6 /1997, s. 181. Por. także: M. Błachut: *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005, ss.13 -52 i literatura tam podana.

[27] R. Krajewski: *Prawne kontrowersje ochrony życia człowieka. Studium z prawa polskiego i prawa kanonicznego*, Płock 2004, s. 73 i n., i literatura tam podana, por. także: Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994, s. 517.

[28] *Katechizm Kościoła Katolickiego...*, *op. cit.* s. 515.

[29] Por. R. Krajewski: *op. cit.*, s. 73-83 i literatura tam podana.

[30] J. Orchowski: *Prawo do życia nie narodzonych*, "Chrześcijanin w Świecie" nr 11/1987, s. 40 i n.

[31] M. Schooyans: *Aborcja a polityka*, Lublin 1991, ss. 199-200, por. także: A. Grześkowiak: *Ochrona prawa do życia w polskim prawie karnym* (w:) *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu* pod red. A. Strzembosza, Lublin 1988, s. 26 oraz B. Chazan: *Aborcja i zdrowie kobiety*. "Służba życiu. Zeszyty Problemowe" nr 5/2000, s. 9.

[32] tak: J. Orchowski: *op.cit.* s.43.

[33] Patrz: R. Krajewski: *op.,cit.* s. 194.

[34] Patrz szerzej o tym W. Lang, *Prawne problemy ludzkiej prokreacji...*, *op.cit.*, ss. 84-87, gdzie m.in. pisze, że przykładowo „W prawie konstytucyjnym przyjęcie tej zasady musiałoby oznaczać zagwarantowanie równych praw i równej ochrony prawnej niewątpliwym i domniemanym osobom ludzkim we wszystkich sytuacjach, a więc również w sytuacji kolizji praw i interesów. Takie rozwiązanie byłoby rażącą niesprawiedliwością wobec istot ludzkich, których status osobowy nie budzi wątpliwości.”

Inna sprawa, że sam „spór o to, czy płód jest podmiotem prawa **od** momentu zapłodnienia jest całkowicie bezprzedmiotowy. bowiem **do** momentu rozpoznania ciąży płód jest bytem nierozpoznawalnym i nie dającym się zidentyfikować jako byt jednostkowy, jest więc bytem nie spełniającym pierwszego warunku podmiotowości prawnej" (s. 86).

[35] Fragment listu L. Kołakowskiego skierowany do uczestników Forum „Polska 1992” (w:), „Polska 1992. Problem karalności przerywania ciąży” Warszawa 26 września 1992 r. Materiały z Konferencji.



### **Tomasz Kaczmarek**

Czołowy polski specjalista od prawa karnego, profesor zwyczajny Uniwersytetu Wrocławskiego, wieloletni kierownik Katedry Prawa Karnego Materialnego, członek Komisji Kodyfikacyjnej odpowiedzialnej za nowy Kodeks Karny (1997). Najważniejsze prace: "Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa" (1966), "Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona" (1968), "Sędziowski wymiar kary w PRL w świetle badań ankietowych" (1972), "Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w ujęciu teorii i praktyki sądowej" (1980). W 2006 r., w 40-lecie pracy naukowej, wydano monumentalne [Rozważania o przestępstwie i karze](#) (ss.838) - antologię rozpraw naukowych T. Kaczmarka, jako jedyny tego rodzaju projekt w powojennym prawie polskim.



[Pokaż inne teksty autora](#)

(Publikacja: 17-12-2008 Ostatnia zmiana: 18-12-2008)

[Oryginał..](http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,6259) (<http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,6259>)

Contents Copyright © 2000-2008 Mariusz Agnosiewicz  
Programming Copyright © 2001-2008 Michał Przech

Autorem tej witryny jest Michał Przech, zwany niżej Autorem.  
Właścicielem witryny są Mariusz Agnosiewicz oraz Autor.

Żadna część niniejszych opracowań nie może być wykorzystywana w celach komercyjnych, bez uprzedniej pisemnej zgody Właściciela, który zastrzega sobie niniejszym wszelkie prawa, przewidziane w przepisach szczególnych, oraz zgodnie z prawem cywilnym i handlowym, w szczególności z tytułu praw autorskich, wynalazczych, znaków towarowych do tej witryny i jakiegokolwiek ich części.

Wszystkie strony tego portalu, wliczając w to strukturę katalogów, skrypty oraz inne programy komputerowe, zostały wytworzone i są administrowane przez Autora. Stanowią one wyłączną własność Właściciela. Właściciel zastrzega sobie prawo do okresowych modyfikacji zawartości tej witryny oraz opisu niniejszych Praw Autorskich bez uprzedniego powiadomienia. Jeżeli nie akceptujesz tej polityki możesz nie odwiedzać tej witryny i nie korzystać z jej zasobów.

Informacje zawarte na tej witrynie przeznaczone są do użytku prywatnego osób odwiedzających te strony. Można je pobierać, drukować i przeglądać jedynie w celach informacyjnych, bez czerpania z tego tytułu korzyści finansowych lub pobierania wynagrodzenia w dowolnej formie. Modyfikacja zawartości stron oraz skryptów jest zabroniona. Niniejszym udziela się zgody na swobodne kopiowanie dokumentów portalu Racjonalista.pl tak w formie elektronicznej, jak i drukowanej, w celach innych niż handlowe, z zachowaniem tej informacji.

Plik PDF, który czytasz, może być rozpowszechniany jedynie w formie oryginalnej, w jakiej występuje na witrynie. **Plik ten nie może być traktowany jako oficjalna lub oryginalna wersja tekstu, jaki zawiera.**

Treść tego zapisu stosuje się do wersji zarówno polsko jak i angielskojęzycznych

portalu pod domenami Racjonalista.pl, TheRationalist.eu.org oraz Neutrum.eu.org.

Wszelkie pytania prosimy kierować do [redakcja@racjonalista.pl](mailto:redakcja@racjonalista.pl)