

prof. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska  
emerytowany profesor UŚ  
ul. Gen. Zajączka 16  
40-050 Katowice  
[dukietnagorska@onet.eu](mailto:dukietnagorska@onet.eu)  
tel. 501320819

**Recenzja**  
**pracy doktorskiej Sabriny Mana-Walasek**  
**pt. Status prawny zabiegów trwalej antykoncepcji**

**1. Wybór tematu i cele badawcze**

Wybór tematu ocenić należy zdecydowanie pozytywnie. Po pierwsze, z uwagi na społeczne znaczenie problemu (zwłaszcza jeśli się uwzględni przyrost ludności na Ziemi). Po wtóre, ze względu na jego ścisły związek z prawami człowieka. Po trzecie, z racji braku jednomyślnych ocen dotyczących statusu prawnego trwalej, dobrowolnej antykoncepcji (dobrowolnej sterylizacji, trwałego ubezplodnienia<sup>1</sup>), a także wypowiedzianych opinii. Taki stan rzeczy, niejako, wyznaczył kształt zamierzeń badawczych autorki, która przedmiotem swojego zainteresowania czyni „zabiegi, w których nie dochodzi do usuwania organów płciowych”, polegające na przerwaniu „drogi komórki jajowej bądź plemników” (s. 29), wykonywane na życzenie pacjenta<sup>2</sup> i zmierza do sformułowania odpowiedzi na zasadnicze pytanie, czy dobrowolna, trwała antykoncepcja powinna być prawnokarnie irrelevantna (autorka ujęła ten cel w cztery hipotezy).

**2. Treść rozprawy**

**Uwagi ogólne**

---

<sup>1</sup> Autorka preferuje termin „trwała antykoncepcja”, ja jednak będę używała także dwóch pozostałych.

<sup>2</sup> Pomija te, które mają charakter terapeutyczny, jak również dokonywane w ramach tzw. „polityki eugenicznej”, prowadzącej do przymusowej sterylizacji.

Dysertacja zawiera wieloaspektowe omówienie trwałej antykoncepcji. Wywody oparte są o postanowienia Konstytucji, prawo międzynarodowe i ustawodawstwo krajowe – z położeniem nacisku, co zrozumiałe, na polskim prawie karnym. Uwzględniono także orzecznictwo, tak sądów krajowych, jak i ETPCz.

Punkt wyjścia dla rozważań filozoficzno-prawnych autorki stanowi omówienie istoty zabiegu w świetle aktualnego stanu wiedzy medycznej. To bardzo trafny zamysł, jako że niektóre wypowiedzi piśmiennicze wynikają z niezrozumienia tej czynności lekarskiej, a zwłaszcza różnic występujących pomiędzy wazektomią a ubezplodnieniem kobiety. Poniżej streszczam pokrótce tę część rozprawy, jako że poczynione w niej konstatacje mają znaczenie dla dalszych moich uwag.

Autorka – w oparciu o piśmiennictwo medyczne - opisuje stosowane uprzednio i współcześnie metody ubezplodnienia. Charakteryzując wazektomię podkreśla, że w razie wykonania tego zabiegu obustronnie uzyskuje się "trwałą, choć odwracalną niemożność zapłodnienia" (s. 33, podobnie na s. 38). Natomiast zaznacza, że w przypadku kobiet odwracalność zależy od stosowanej metody i techniki - np. długości pozostawionych jajowodów: "najmniejszą szansę na odwrócenie sterylizacji mają kobiety, którym wykonano ten zabieg metodą elektrokoagulacji" (s.38). Autorka sygnalizuje także, że pomimo trwałej antykoncepcji osoby, które się jej poddały mogą posiadać potomstwo „przy zastosowaniu metod wspomaganey prokreacji , m.in. zapłodnienia pozaustrojowego in-vitro” (s. 39). Informacjom tym towarzyszy wskazanie, że tak WHO, jak i liczni medycy, traktują te zabiegi jako skuteczną i bezpieczną metodę antykoncepcji (s. 35 i nast. ).

Rozważania ściśle prawnicze poprzedza prezentacja społeczno-ekonomicznych profili osób korzystających z trwałej antykoncepcji – z słusznym zastrzeżeniem co do niemożności konstruowania jednego profilu użytkownika. Niestety nie towarzyszy temu refleksja dotycząca warunków polskich. Autorka o Polakach wspomina uzasadniając dlaczego omawia m.in. wyniki badań przeprowadzonych w USA (jej zdaniem liczebność Polonii w USA pozwala, przy ewentualnych porównaniach, pominąć różnice kulturowe – jest to jednak argument wątpliwy ze względu na zróżnicowanie narodowościowe tego kraju). Wieńczy tę część następująca konstatacja: "Korzystanie z zabiegów trwałej antykoncepcji jest (...) popularne w różnych grupach społecznych, o różnych potrzebach i możliwościach" (s. 72). Rodzi ona pytanie o znaczenie tych ustaleń dla postulatów dotyczących polskich warunków. Podobnie zbędne wydają się być uwagi odnoszące się do sterylizacji w ramach polityki eugenicznej,

która realizowana była bez oparcia o zgodę uprawnionej osoby, podczas gdy przedmiot dysertacji stanowi sterylizacja dobrowolna.

Istotnym i wartościowym elementem obrazu omawianego w rozprawie zagadnienia jest obszerna sekwencja poświęcona statusowi prawnemu w licznych krajach, w tym europejskich.

Wstępną część dysertacji kończy prezentacja – jak to określa autorka – „filozoficznej i teoretycznej genezy współczesnego rozumienia autonomii jednostki”. Jest to materiał wartościowy i dobrze podany, jednakże jedynie w niewielkim stopniu wykorzystany w zasadniczej warstwie rozprawy. Sprawia wrażenie uzupełnienia dla wykazania się przez autorkę erudycją.

Na tak skonstruowanym podglebiu posadowione są obszernie rozważania poświęcone regulacjom w prawie międzynarodowym i prawie krajowym – ich lektura pozwala na wysoką ocenę kompetencji autorki tak w zakresie znajomości prawa, jak i umiejętności jego interpretacji.

Zagadnieniom bezpośrednio związanym z prawem karnym poświęcone dwa ostatnie rozdziały pracy.

Sekwencjom dogmatycznym poświęcone są poniższe uwagi szczegółowe.

### **Uwagi szczegółowe**

Partia uwag poświęcona prawu międzynarodowemu zawiera interesujący materiał obrazujący etapy jego rozwoju w zakresie praw reprodukcyjnych: od aspektu negatywnego po pozytywny, od dokumentów o charakterze deklaracji czy rezolucji po prawo konwencyjne (w tym stanowiące część prawa obowiązującego na terytorium Polski).

Na tej podstawie autorka określa autonomię prokreacyjną jako element składowy prawa reprodukcyjnego.

W rozważaniach autorki wyraźnie ujawniają się jej preferencje. Jest orędowniczką uznania autonomii prokreacyjnej. Podzielając ten punkt widzenia nie mogę nie wskazać, że autorka nie zachowuje pełnego obiektywizmu w toku wywodu. Otóż autonomia prokreacyjna nie pozostaje w sprzeczności z pewnymi jej ograniczeniami, - przyznaje to zresztą autorka (np. s. 182), toteż zasadne było uzupełnienie wywodów o wskazanie jej granic albo braku

podstaw po temu. Tego w tej części rozprawy brakło w odniesieniu do trwałej antykoncepcji, ale rozważania o takim charakterze znaleźć można w dalszych jej partiach..

Autorka, słusznie, upatruje źródła autonomii prokreacyjnej m.in. w art. 8 Konwencji Europejskiej. Znalazło to wyraz w przedstawieniu orzeczeń dotyczących tego artykułu. Wobec braku odnoszących się wprost do przedmiotu rozprawy, zostały omówione judykaty zawierające określenie sposobu rozumienia prywatności (bez bliższej charakterystyki wyjątków opisanych w art. 8 ust. 2 Konwencji Europejskiej) oraz niektórych pozostałych składowych autonomii prokreacyjnej – np. przerwania ciąży czy zabiegów in vitro. Doktorantka uważa, że uzasadnione jest tu rozumowanie per analogiam, bowiem analizowane sprawy „(...) mimo że dotyczą różnych aspektów wykonywania praw reprodukcyjnych, łączy kwestia autonomii prokreacyjnej, przez pryzmat której były rozpoznawane” (s. 190). Wywody te prowadzą ją do konstatacji, że obecny stan prawa międzynarodowego kształtuje autonomię prokreacyjną w sposób przesądzający o objęciu jej zakresem trwałej antykoncepcji. Ilustrują to, przywołane przykładowo, dwa fragmenty dysertacji pochodzące z różnych jej partii:

Na s. 157 autorka wskazuje, że na prawa reprodukcyjne „(...) składają się m.in. prawo mężczyzn i kobiet do odpowiedniej informacji oraz możliwości korzystania z bezpiecznych, skutecznych, przystępnych finansowo oraz akceptowanych metod planowania rodziny i dokonywania wyboru spośród nich, jak również spośród innych **nie kolidujących z prawem metod regulowania płodności** (podkreśl. TDN) (...);

Na s. 424 pisze, iż autonomia prokreacyjna „(...) w szczególności obejmuje prawo do decydowania o posiadaniu czy nieposiadaniu potomstwa oraz do decydowania o tym ile, kiedy i w jakich odstępach czasu będzie się miało dzieci. Prawo to obejmuje również możliwości korzystania z bezpiecznych, skutecznych, przystępnych finansowo i akceptowanych metod planowania rodziny oraz dokonywania wyboru spośród nich, jak również spośród innych **nie kolidujących z prawem** (podkreśl. TDN) **metod regulowania płodności, w tym także prawo do trwałej antykoncepcji**”.

W dużej mierze doktorantka opiera swoje rozumowanie o treść argumentów podnoszonych przez ETPCz, toteż tym sekwencjom pracy poświęcić muszę więcej uwagi.

Przywołując sprawę Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu - doktorantka wykazała, że wedle oceny ETPCz, art. 8 Konwencji Europejskiej chroni autonomię prokreacyjną w zakresie podejmowania decyzji o posiadaniu bądź rezygnacji z posiadania dzieci, przy czym obydwie te decyzje stawia na równi. Z treści tego judykatu wyprowadziła także wniosek co do przysługiwania autonomii prokreacyjnej każdemu człowiekowi indywidualnie. Natomiast

sprawy V.C. przeciwko Słowacji oraz A.P. Garcon i Nicot przeciwko, jej zdaniem, dają podstawę tezie o istnieniu zakazu arbitralnej ingerencji w autonomię prokreacyjną (sprawy dotyczyły przymusowej czy podstępnej sterylizacji). W toku relacji autorka pisze: „Trybunał wskazał przy tym, że do sterylizacji **może** (podkreśl. TDN) w sposób uprawniony dojść na żądanie np. poprzez zastosowanie tego zabiegu jako metody antykoncepcji albo ze względów leczniczych (s. 198)”.

Wyrok poświęcony sprawie Alicji Tysiąc przeciwko Polsce autorka odczytuje jako przesądzenie, że „(...) **uznanie konkretnego prawa jednostki** (podkreśl. TDN) ( w omawianej sprawie było to prawo do przerywania ciąży w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia kobiety) pociąga za sobą obowiązek państwa do zapewnienia środków umożliwiających realizację tego prawa” (s. 210). Jest to wniosek jak najbardziej prawidłowy, tyle tylko, że tyczy sytuacji uznania w prawie wewnętrznym prawa do aborcji w określonej sytuacji, a nie autonomii prokreacyjnej w ogólności.

Kolejny z omówionych wyroków ETPCz ( sprawa Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu) dotyczy kwestii uniemożliwienia skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności (dożywotniego z możliwością przedterminowego zwolnienia po 15 latach) medycznie wspomaganą prokreacji. Rząd odpowiadając na skargę powołał się na istotę kary pozbawienia wolności, której składową jest niemożność posiadania potomstwa. ETPCz rozpoznał sprawę pod kątem sprawiedliwej relacji pomiędzy interesem publicznym i prywatnym i orzekł o nadmiernym, w świetle art. 8 ust 2 Europejskiej Konwencji, ograniczeniu interesu indywidualnego. Doktorantka przywołuje także judykat (sprawa Costa i Pavan przeciwko Włochom) odnoszący się do odmowy prawa do skorzystania ze wspomaganego rozrodu poprzedzonego preimplantacyjną diagnostyką genetyczną, w którym także ustalono przekroczenie spod ochrony określonych w tym przepisie granic wyłączenia i wskazano na konieczność zapewnienia spójności ingerencji w określoną sferę życia jednostki. Praca zawiera także nawiązanie do sprawy S. i P. przeciwko Polsce, której przedmiotem jest znaczenie klauzuli sumienia dla autonomii prokreacyjnej, jak też procedury ograniczające dostęp do zgodnej z prawem aborcji. Doktorantka omówiła również sprawę Pichon i Sajous przeciwko Francji, w której ETPCz ustosunkował się do przypadku odmowy sprzedaży środków antykoncepcyjnych.

Relację o judykatach ETPCz wieńczy następująca konstatacja: „(...) uznać można, że korzystanie z zabiegów trwałej antykoncepcji nie tylko jest dopuszczalne, ale też objęte ochroną EKPCz” (s. 223).

W świetle poczynionych przez doktorantkę ustaleń nasuwa się wniosek o dokonaniu przezeń nieuzasadnionego uogólnienia: ETPCz uznaje, że art. 8 Europejskiej Konwencji przydaje ochronę autonomii prokreacyjnej, ale nie tylko nie zajmuje stanowiska w kwestii dopuszczalności dobrowolnej sterylizacji, ale nawet nie wypowiada też o ogólnym charakterze pozwalających na ponoszenie ich do tej materii, jako że impuls dla nich stanowiły stany faktyczne dalece odbiegające od kwestii dobrowolnej sterylizacji. Nie jest także oczywista prawidłowość przyjętego przez autorkę wniosku o analogię z orzeczenia – a ma ono zasadnicze znaczenie dla argumentacji zawartej w tej części rozprawy. Po pierwsze, doktryna prawa zna jedynie analogię iuris i analogię legis, po wtóre skoro na gruncie prawa karnego, w zasadzie, nie znajduje zastosowania analogia iuris, to tym bardziej odnosi się to do postaci analogii akceptowanej przez autorkę (w dodatku opartej o wybrane wyroki dotyczące problemów dość odległych od przedstawianego).

Autorka podjęła także próbę wykazania, że z art. 47 Konstytucji wynika ochrona autonomii prokreacyjnej także w zakresie poddawania się dobrowolnej sterylizacji.. Nie jest to jednak próba zwieńczona sukcesem, choć poprzedzona obszerną wykładnią tego przepisu, w ramach której doktorantka celnie wykazuje, że podejmowanie decyzji dotyczących posiadania dzieci czy rezygnacji z nich to sfera tak życia prywatnego, jak i osobistego (s. 242). W toku tych wywodów, obok stwierdzeń słusznych, spotkać można zbyt daleko idące. Oto np. (na s. 239) w toku prezentowania wyroku TK uznającego zasadność ograniczania autonomii małoletnich w zakresie wyrażania zgody na działania medyczne pisze, że ograniczenie takie nie dotyczy osób o pełnej zdolności do czynności prawnych – a wszak polski system prawa medycznego dopuszcza w pewnych sytuacjach ich dokonywanie nawet wbrew sprzeciwowi uprawnionego (np. w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego czy ustawie o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi). Rzecz w tym, że prawo wewnętrzne – bez naruszenia tego przepisu i art. 8 Europejskiej Konwencji - może wytyczać granice autonomii prokreacyjnej w taki sposób, że poza jej zakresem znajdzie się trwała antykoncepcja. Polska Konstytucja dopuszcza ograniczanie praw i wolności obywatelskich (art. 31 ust. 3 Konstytucji), toteż rozwiązania o takim charakterze są znane polskiemu prawu nie tylko w obszarze prawa medycznego – np. prawo do decydowania o życiu osobistym doznaje ograniczenia w związku z kryminalizacją dobrowolnej eutanazji. Uprawniony jest dyskurs o zasadności derogacji tego zakazu z racji braku uzasadnień dla jego istnienia spełniających wymogi z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale nie jest uprawniona teza, że z samej istoty

konstytucyjnej gwarancji prawa do decydowania o swoim życiu osobistym wynika dozwolenie na realizację takich czynów. To samo dotyczy dobrowolnej sterylizacji. W tym miejscu autorka nie omawia bliżej zasady proporcjonalności, ograniczając się do wzmianek na jej temat (s. 244, 246) i opisu testu proporcjonalności (s. 249 -250) – dokonuje tego w innej części rozprawy. Rozważania te konkluduje powołując się na art. 233 Konstytucji ust. 1 zakazujący ograniczania wolności i praw obywatelskich, którego zakresem objęte m.in. prawa i wolności z art. 47 Konstytucji (s. 251). Ubolewam, że autorka w tym względzie „poszła na skróty” pisząc jedynie, „(...) nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego, nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności” (s. 251).

Z wyłączenia w razie stanu wojennego czy wyjątkowego nie wynika niemożność wprowadzenia ograniczeń w innych sytuacjach, nie ma tu bowiem miejsca na (jak wiadomo zawodne) wnioskowanie z większego na mniejsze. Ponadto zasadnie można twierdzić, że w art. 233 Konstytucji określono wyjątki od ogólnej zasady wyrażonej w art. 33 ust. 3 Konstytucji, a wyjątków nie można interpretować rozszerzająco. Bliższą analizę przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, znacząco wzmacniającą argumentację doktorantki, zawiera rozdział szósty.

Wzmocnienia rozumowania autorki nie zawiera też treść punktu 4.2, z uwagi na ogólnikowy charakter zawartych tam uwag, natomiast dobrze służą temu celowi rozważania o zakresie planowania rodziny w świetle postanowień ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży.

Doktorantka poszukuje argumentów na rzecz tezy o dozwoleniu dobrowolnej sterylizacji pośród postanowień ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, jako że ustawa ta w art. 2 ust. 2 gwarantuje dostęp do metod i środków służących dla świadomej prokreacji. Na tej podstawie uznaje, że oznacza to dostęp „(...) nie tylko do metod i środków mających pomóc zająć w ciąży i urodzić zdrowe potomstwo, ale również do metod i środków zapobiegania niechcianej ciąży”. W konsekwencji tego wypowiada kluczowe stwierdzenie: „ Omawiany obowiązek dotyczy również dostępu do zabiegów trwałej antykoncepcji, które stanowią uznaną na świecie metodę antykoncepcyjną” (s. 277).

Gdyby ta ostatnia konstatacja była w polskim porządku prawnym niepodważalna należałoby na tym zakończyć wywód, a mimo doktorantka nie poprzestaje na tym ustaleniu. Jest działanie uzasadnione. Po pierwsze dlatego, że ustawowe sformułowanie nie jest w pełni jednoznaczne i może być

odczytywane jako odnoszące się wyłącznie do prokreacji. Po wtóre, w procesie wykładni uwzględnione być powinny także inne elementy systemu prawa.

Autorka udanie wykazuje, że prawo do planowania rodziny jest publicznym prawem podmiotowym w rozumieniu prawa administracyjnego, a także prywatnym prawem podmiotowym.

W części poświęconej prawu karnemu autorka jako płaszczyznę ocen dotyczących art. 156 par 1 pkt 1 k.k. wybrała pięcioelementową strukturę przestępstwa, zaakceptowała także koncepcję obiektywnego przypisania skutku oraz koncepcję norm sprzężonych – które to decyzje korespondują z kierunkami dominującymi obecnie w polskiej doktrynie prawa karnego. Opowiedziała się również za poglądem o możliwości dekodowania normy sankcjonowanej z przepisu części szczególnej k.k. Znamiona tego przestępstwa zostały przeanalizowane pod kątem ich spełnienia w przypadku wykonania przez lekarza zabiegu trwałej sterylizacji w oparciu o świadomą zgodę uprawnionej osoby. Rozważania te zostały poprzedzone prezentacją „historii polskich regulacji w zakresie odpowiedzialności karnej za spowodowanie uszkodzeń ciała” (tytuł punktu 5.1.) – zawarte tam informacje, choć interesujące, w sporej części są luźno powiązane z tematem (poza obrazującymi prace nad kolejnymi kodyfikacjami kodeksu karnego).

Kierując się przyjętą definicją przestępstwa doktorantka przedstawia znamiona czynu zabronionego z par. 156 par 1 pkt 1 k.k., kładąc, oczywiście, nacisk na znamię „pozbawienie zdolności płodzenia”. Nie zajmuje w pełni jednoznacznego stanowiska w przedmiocie jego znaczenia, ale przyjąć można, że uznaje iż u kobiet pozbawienie zdolności płodzenia obejmuje niezdolność do odbywania stosunków płciowych, niezdolność do zajścia w ciążę i niezdolność do donoszenia płodu. Natomiast niezdolność do urodzenia i karmienia uznaje „za względne”. Natomiast u mężczyzn znamię to jest spełnione w razie niezdolności do odbywania stosunków płciowych lub niezdolności do zapłodnienia (320-321). Autorka podkreśla, że skutki wymienione w omawianym przepisie cechują się niemożnością samoistnego przywrócenia funkcji uszkodzonych narządów i nieodwracalnością, uznaje także, że wobec skutkowości przestępstwa znaczenie ma „(...) nie tyle zamiar spowodowania określonego skutku co osiągnięcie tego skutku” (s. 322). Obydwie te konstatacje budzą zastrzeżenia: nie jest zasadne użycie w pierwszej z nich znaku koniunkcji, bowiem nieodwracalność dysfunkcji pociąga za sobą niemożność samoistnego przywrócenia funkcji; nie sposób zgodzić się zwłaszcza z tezą o braku znaczenia zamiaru w przypadku przestępstwa umyślnego, choć rzeczywiście wybija się na plan pierwszy w ocenie społecznej szkodliwości.

W kwestii naruszenia zdrowia poprzez trwałą antykoncepcję pada w rozprawie następujące stwierdzenie: „Przyjmując (...), że przedmiotem ochrony omawianego przepisu jest zdrowie w postaci funkcjonalności organów rozrodczych i ich zdolność do zapłodnienia i zajścia w ciążę, uznać należy, że analizowane zabiegi godzą w ten przedmiot ochrony” (s. 325). Jest ono jednakże równoważone konstatacją, że takie podejście oznacza brak ochrony zdrowia reprodukcyjnego, na



podstawie którego „(...) jednostka może (...) zrezygnować z własnej płodności (...)” (s. 326). Prowadzi to autorkę do wniosku, że omawiany zabieg nie stanowi zamachu na żadne dobro prawne, powołuje przy tym stanowisko autorów akceptujących stanowisko A. Wąska uznającego dobrowolną sterylizację za czyn pierwotnie legalny – pomija jednak, że argumentacja A. Wąska oparta była o tezę, iż dobro prawne naruszane w tym przypadku należy do tych, którymi jednostka może swobodnie dysponować. Nie twierdził więc, że nie następuje naruszenie dobra chronionego. Pewnym nadużyciem jest też powoływanie się na negatywne skutki niechcianej ciąży czy kolejnych ciąż. Wszak nie są to nieuchronne konsekwencje niestosowania dobrowolnej trwałej antykoncepcji – już chociażby dlatego, że istnieją inne skuteczne metody antykoncepcji. To samo dotyczy poszukiwania argumentu w treści uzasadnienia wyroku dotyczącego podwiązania jajowodu bez zgody pacjentki. Kończąc uwagi o przedmiocie zamachu czynu zabronionego opisanego w art. 156 par 1 pkt 1 autorka odrzuca koncepcję pierwotnej legalności z tego powodu, że trwała antykoncepcja – która nie ustępuje samoistnie - wypełnia znamię pozbawienia zdolności płodzenia (niestety nie wskazuje jakie rozumienie pierwotnej legalności przyjmuje, a sprawa nie jest oczywista). Jest to konstatacja istotna dla dalszych jej wywodów.

Przyjąwszy, że przepis części szczególnej k.k. stanowi podstawę dla dekodowania normy sankcjonowanej, zaś zabiegi trwałej antykoncepcji stanowią realizację pozbawienia płodności w rozumieniu art. 156 par 1 pkt 1 k.k., w ramach ustalania bezprawności doktorantka omawia postanowienia ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Nawiązuje także do Kodeksu Etyki Lekarskiej. Uzasadnia to dążeniem do ustalenia czy zabieg trwałej antykoncepcji spełnia wymogi stawiane wszelkim zabiegom medycznym. Te sekwencję rozważań rozpoczyna od określenia istoty zabiegu terapeutycznego i nieterapeutycznego. Lecznicy charakter – jak najbardziej zasadnie - określa nawiązując do definicji zdrowia w, stanowiącej element polskiego porządku prawnego, Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia. Następnie dokonuje oceny charakteru prawnego dobrowolnej trwałej antykoncepcji i uznaje ten zabieg za leczniczy, podnosząc, że niechciana ciąża „(...) niesie ze sobą ryzyko uszczerbku na zdrowiu fizycznym i psychicznym” (s. 345). Powołuje także argument powszechnej akceptacji stosowania środków antykoncepcyjnych, co jej zdaniem oznacza, że czyn akceptowany społecznie nie może stanowić zamachu na dobro prawne (s. 346 i 348). Kończy wywód następującym stwierdzeniem: „Wobec powyższej konstatacji nie ma potrzeby usprawiedliwienia wykonywania tych zabiegów istnieniem okoliczności wyłączających bezprawność” (s. 348).

Z tą tezą zgodzić się nie sposób, jako że autorka wyprowadza wnioski na temat braku zamachu na dobro prawne w oparciu o badania opinii społecznej ( w dodatku dotyczące antykoncepcji w ogóle, a nie dobrowolnej sterylizacji), zapominając, że społeczna szkodliwość czynu jest kategorią obiektywną, zaś bezprawność stanowi normatywne jej odzwierciedlenie.

Autorka wyraża opinię o istnieniu prawnego przyzwolenia na dokonywanie trwałej sterylizacji, jednakże dla zapewnienia rzetelności badawczej, analizuje także podstawy dla uznania, że dobrowolna sterylizacja stanowi czynność nieterapeutyczną. Ta postawa wymaga podkreślenia, świadczy bowiem o właściwym rozumieniu istoty nauki prawa. W ramach tego wątku doktorantka podnosi, że dobrowolna sterylizacja nie jest bezprawna stanowi bowiem uprawnienie pacjenta na mocy, omówionych wcześniej, przepisów Konstytucji, Konwencji Europejskiej, ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta i ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Zdaniem autorki jest to uprawnienie wymagające udziału osób trzecich, co jednakże nie ma znaczenia dla oceny odnoszącej się do braku bezprawności trwałej antykoncepcji. Zaiste uczestnictwo osób trzecich nie ma znaczenia, ale mimo to główna myśl autorki jest trudna do zaakceptowania, jako że przywołane przezeń przepisy mają charakter ogólny i nie są wykluczone wyjątki od tych ogólnych uregulowań.

Poszukując uzasadnienia braku bezprawności trwałej antykoncepcji autorka omawia zgodę uprawnionego i analizuje dwa możliwe podejścia: pogląd, że zgoda uprawnionego, sama w sobie, wyłącza bezprawność oraz tezę o wyłączeniu bezprawności tylko w sytuacji, gdy nie sprzeciwia się temu interes publiczny. W toku tych rozważań sygnalizuje zasadnie, że możliwość dysponowania przez jednostkę zdrowiem, w tym zdrowiem reprodukcyjnym nie jest absolutna, ale równocześnie stwierdza: „(...) wyłącznym dysponentem tego dobra jest jednostka” (s. 353). To ogólne stwierdzenie – pozostające w sprzeczności z wcześniejszym – doznaje jednak uzupełnienia poprzez konstatację, iż „(...) jednostka ma jednakowe prawo do prokreacji, jak i do rezygnacji z prokreacji” (s. 354).

Sekwencję tę autorka kończy ostrożnym i niejednoznacznym stwierdzeniem, że swoboda prokreacyjna doznaje ograniczeń, „(...) które w dużej mierze występują dopiero w sytuacji zajścia w ciążę” (s. 354). Wobec tego trudno nie odnieść wrażenia, że doktorantka ma wyraźny kłopot z wytyczeniem granic swobody prokreacyjnej.

Na rzecz swobody dysponowania zdolnością do prokreacji autorka podnosi, że jest to dobro, za którego ograniczeniem nie stoi żaden interes ogólnospołeczny – zaś interes taki sprzeciwia się wyrażaniu zgody przez uprawnionego na powodowanie innych skutków opisanych w art. 156 par 1 pkt 1. Jest to pewne uproszczenie, można bowiem zasadnie uznawać, że istnieje podstawowa różnica pomiędzy ubezpłodnieniem trwałym i nietrwałym.

W podsumowaniu tego rozumowania ma miejsce stwierdzenie, że lekarz wykonujący lege artis, na podstawie zgody uprawnionego, zabieg trwałego ubezpłodnienia nie działa bezprawnie.

Doktorantka wskazuje, że jej zapatrywanie nie jest dominujące i z tej przyczyny w dalszej części wywodów podejmuje kwestię „wykonywania zabiegów trwałej antykoncepcji z punktu widzenia materialnej istoty przestępstwa”. Pomijając niezręczność językową, trzeba wskazać, że skutek w postaci trwałego ubezpłodnienia został wcześniej w rozprawie omówiony z konkluzją o wypełnieniu

istoty znamienia „pozbawienia zdolności płodzenia” bowiem przywrócenie funkcji nie następuje w tym przypadku samoistnie (którego to poglądu nie podzielam). Teraz stawiane jest pytanie o stopień społecznej szkodliwości spowodowania takiego skutku. Na to pytanie doktorantka udziela odpowiedzi przeczącej przyjmując jako przedmiot oceny hipotetyczny czyn trwałej antykoncepcji. W ślad za R. Zawłockim, w płaszczyźnie ocen dokonywanych *in concreto* wskazuje jako właściwe kryterium społecznej tolerancji i sprawiedliwej odpłaty, odrzucając pozostałe elementy propozycji tego autora, w tym obiektywnej antyspołeczności. Stanowisko to budzi pewne zastrzeżenia. Kryteria wyodrębnione przez R. Zawłockiego stanowią swego rodzaju postulat adresowany do ustawodawcy, zatem trudno je traktować inaczej niż autorską propozycję będącą odpowiednikiem uwag *de lege ferenda*. Odnoszę ponadto wrażenie, że przywołanie tych mierników stanowi ozdobnik, jako że znajdują minimalne odzwierciedlenie w treści punktu 5.4.6. W szczególności nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, w myśl którego o zastosowaniu kryterium społecznej tolerancji trwałej antykoncepcji można wnosić odwołując się do badań opinii publicznej dotyczących antykoncepcji w ogóle, w dodatku mających postać tekstów publicystycznych. Z drugiej wszakże strony horyzont ocen R. Zawłockiego dobrze współgra z zawartością rozdziału szóstego, poświęconego badaniu istnienia przeciwwskazań kryminalizacji trwałej antykoncepcji.

W ocenie rozprawy szczególną pozycję zajmuje rozdział szósty, w którym doktorantka, przyjmując jako podstawę zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji, dokonuje oglądu zasadności kryminalizacji dobrowolnej sterylizacji. Jest to zabieg jak najbardziej uzasadniony, jako że negacja jej subsumowania pod przepis art. 156 par 1 pkt 1 nie przekreśla wykorzystania po temu innej podstawy prawnej (np. poprzez nowelizację k.k.). W tej mierze autorka kieruje się przesłankami określonymi w wyroku TK z 30 października 2006 r. w sprawie o sygnaturze P 10/06 i wyraża akceptację dla poglądu o potrzebie kierowania się zasadą proporcjonalności także w procesie wykładni i stosowania prawa. Odwołując się do czołowych autorów podejmujących w polskim piśmiennictwie zagadnienie kryminalizacji, posiłkuje się autorka pięcioelementowym schematem. Jej zamierzeniem było uwzględnienie podstawowych funkcji prawa karnego (zwłaszcza w zakresie ochrony praw człowieka), zasady subsydiarności prawa karnego oraz „(...) konieczności zachowania równowagi pomiędzy ochroną interesów potencjalnego pokrzywdzonego oraz potencjalnego sprawcy” (s. 379). Oznacza to – choć takiego stwierdzenia w pracy nie ma – uznanie, że zasada subsydiarności prawa karnego stanowi część składową zasady proporcjonalności. Jest to podejście w pełni uzasadnione. Autorka jest zdania, prawa reprodukcyjne – do których zalicza prawo do rezygnacji z posiadania potomstwa realizowane m.in. poprzez dobrowolną sterylizację – mają publicznoprawny charakter. To zaś prowadzi ją do wniosku o braku kolizji pomiędzy indywidualnym dobrem jakim jest zdolność płodzenia a dobrem społecznym. Kategoryczny charakter tych wniosków równoważy dalsze działania służące ustaleniu, czy nie zachodzi przypadek ograniczenia autonomii

„(...) ze względu na wartości, z których sama się wywodzi bądź z którymi jest silnie związana” (s. 383). Daje to asumpt do podjęcia relacji pomiędzy trwałą, dobrowolną antykoncepcją a godnością, prawem do integralności fizycznej, prawem do ochrony zdrowia, prawem do ochrony życia rodzinnego, prawem do ochrony rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa. Rozpoznano także jej znaczenie dla celów związanych z demografią i obyczajnością.

Autorka przyznaje, że trwała antykoncepcja stanowi naruszenie integralności fizycznej i oznacza ingerencję w zdrowie jednostki, uważa jednak, że jest to stan rzeczy zasługujący na pozytywną ocenę, bowiem zapobiega negatywnym skutkom niepożądanego ciąży. Tej opinii można zasadnie się przeciwstawić podnosząc, że istnieją inne metody antykoncepcji, zaś każda ingerencja w integralność cielesną niesie w sobie ryzyko ujemnych skutków. Natomiast nie ulega wątpliwości, że autorka ma rację pisząc: „Nie sposób jest (...) uznać odmowy zapłodnienia lub urodzenia dziecka za działanie naruszające prawo do życia rodzinnego, nawet jeśli drugi małżonek chce posiadać potomstwo” (s. 388). W pełni zasadnie także wskazuje, że ochrona rodzicielstwa i macierzyństwa nie odnosi się do sytuacji przyszłych.

Wykazuje także – w oparciu o dane statystyczne – że niekorzystna sytuacja demograficzna występująca w Polsce ma miejsce pomimo znikomej liczby wykonywanych zabiegów sterylizacji, zaś osoby podejmujące taką decyzję prezentują zdecydowanie negatywną postawę wobec prokreacji w przyszłości. Zatem znaczenie dla ujemnego przyrostu naturalnego ma każda decyzja o rezygnacji z potomstwa.

Godna podziwu jest skrupulatność doktorantki, która zdecydowała o objęciu zakresem rozważań także znaczenia trwałej antykoncepcji dla obyczajności – i wykazała, że nie narusza ona tego dobra prawnego, ani nawet nie naraża go na niebezpieczeństwo.

Tę partię rozprawy kończą - nader istotne - ustalenia poświęcone możliwości uznania, że zdolność do prokreacji i integralność fizyczna stanowią kategorie przynależne do tych wartości, w imię ochrony których Konstytucja dozwala na ograniczenie praw i wolności obywatelskich. W tej mierze doktorantka konstatuje: „(...) analizowane zachowanie z jednej strony atakuje dobro prawne jakie jest zdrowie oraz nietykalność cielesną (...) Zachowanie to stanowi przy tym wyraz wolności osobistej (...) prawa do samostanowienia w zakresie prokreacji (...) oraz prawa do ochrony zdrowia reprodukcyjnego (...)” – s. 397. Wobec tego autorka podejmuje problem wartości wskazanych dóbr w intencji określenia ich hierarchii i wzajemnych powiązań. Zmierzając ku temu przywołuje, omawiane wcześniej, znaczenie usytuowania art. 47 Konstytucji pośród przepisów, które chronią dobra, których nie może ograniczyć ustanowienie jednego ze stanów nadzwyczajnych wymienionych w art. 233 Konstytucji. Wobec tego aktualne są także podniesione przeze mnie wcześniej w tej mierze wątpliwości.

Konfrontując autonomię jednostki ze zdrowiem publicznym, doktorantka celnie podkreśla, że zdrowie nie jest chronione w sposób absolutny i przywołuje przykład braku karalności usiłowania samobójstwa, samookaleczeń i respektowania prawa pacjenta do odmowy leczenia. Zasadnie wskazuje, że ograniczenia autonomii z uwagi na zdrowie publiczne następują nie w imię ochrony dobra jednostki lecz dla zapobieżenia ujemnym skutkom o znaczeniu dla całego społeczeństwa (niepełnosprawności, szerzeniu się chorób, uzależnień) – a nie dotyczy to skutków omawianych w rozprawie. Trafnie puentuje tę kwestię stwierdzając, że autonomia jednostki ma wartość wyższą niż jej zdrowie.

Kolejnym elementem prowadzącym do dokonania oceny z perspektywy zasady proporcjonalności uczyniła doktoranta ocenę społecznej szkodliwości in abstracto. Powołując się na stanowisko TK i wypowiedź J. Kuleszy uznaje, że warunkiem stwierdzenia społecznej szkodliwości uzasadniającej kryminalizację jest naruszenie bądź narażenie na niebezpieczeństwo dobra wspólnego, którym staje się dobro jednostkowe jeśli potępia je wspólnota państwowa. Implikuje to badanie poziomu społecznej tolerancji danego rodzaju czynu. W tym celu autorka sięga po „wyniki badań z zakresu socjologii, demografii i seksuologii” – jest to bardzo interesujący i oryginalny zamysł. W jego ramach wskazuje autorka, że pomiędzy pozostałymi skutkami wymienionymi w wart. 156 par 1 pkt 1 k.k. a spowodowaniem dobrowolnego ubezdzielnienia jest zasadnicza różnica: ubezdzielnienie nie powoduje negatywnych skutków dla społeczeństwa. Przywołuje także wyniki badań GUS obrazujących praktykę stosowania w Polsce środków antykoncepcyjnych, które nie obejmowały trwałej antykoncepcji.

Dokonując ostatecznej oceny proporcjonalności doktorantka, mając pełną świadomość skomplikowania problemu, operuje proporcjonalnością sensu largo i sensu stricto. Rozważania te prowadzą ją do wniosku o nieprzydatności kryminalizacji trwałej antykoncepcji zarówno dla ochrony zdrowia (jako że większe ujemne znaczenie mają skutki niechcianej ciąży), jak i poprawy dzietności (poziom dzietności wynika z decyzji o rezygnacji z potomstwa, a nie metody antykoncepcji). O nieprzydatności tej strategii świadczy, jej zdaniem, także alarmująco niska dzietność mimo, że analizowana metoda antykoncepcji nie jest powszechnie stosowana w Polsce. Zwiększeniu dzietności służą inne środki. Autorka jest także przekonana, że represję karną, stanowiącą wszak głęboką ingerencję w prawa jednostki, uznać trzeba z uwagi na brak możliwości osiągnięcia celu, jako nieproporcjonalną.

Analizę kwestii proporcjonalności kończy konstatacja o odrzuceniu kierunku wykładni pozwalającego na subsumowanie wykonania przez lekarza zabiegu sterylizacji opartej o zgodę uprawnionego pod przepis art. 156 par 1 pkt 1 k.k. Pozwala to autorce na uznanie, że zabieg ten ani nie jest obecnie kryminalizowany, ani też nie powinien takim się stać.

Nie podzielam stanowiska doktorantki w przedmiocie oceny obecnego stanu prawnego, mam bowiem przekonanie, argumenty na rzecz tezy o braku bezprawności trwałej antykoncepcji są różne w zależności od tego, czy skutki są odwracalne przy wykorzystaniu prostej i nieryzykownej metody (zbliżonej charakterem do usunięcia spirali wewnątrzmacicznej) czy też nie. Jestem zdania, że dla przecięcia wątpliwości dobrowolną sterylizację należy dopuścić pozytywnym przepisem przy równoczesnej regulacji wszystkich związanych z tym kwestii.

Powyższe nie zmienia wysokiej oceny pracy doktorantki, gdyż stanowi ona bardzo wartościowy raport o tym jakich argumentów użyć można na rzecz uznania, że autonomia prokreacyjna swoim zakresem obejmuje trwałą antykoncepcję.

### **3. Układ**

W moim przekonaniu praca jest dobrze skonstruowana – z jednym wyjątkiem: punkt 1.4 („Regulacje dotyczące przeprowadzania zabiegów trwałej antykoncepcji w wybranych krajach”) wykazujący powiązanie z częścią dogmatyczną pracy, został usytuowany pomiędzy partią zawierającą opis socjologiczny osób poddających się dobrowolnej sterylizacji a częścią, w której omawia się filozoficzne podstawy rozumienia autonomii jednostki.

### **4. Język pracy i jej strona formalna**

Rozprawa oparta jest o bogate piśmiennictwo, tak polskie, jak i obcojęzyczne. Sposób czerpania z tych zasobów nie budzi zastrzeżeń. Autorka nie przejawia jednakże zainteresowania starszymi publikacjami - np. pisząc o społecznej szkodliwości i jej znaczeniu dla kryminalizacji pomija prace poświęcone społecznemu niebezpieczeństwu (O. Górniok, A. Marka, T. Kaczmarka – z jednym wyjątkiem). Jest to dość powszechna cecha prac autorów młodszego pokolenia.

Nie ulega wątpliwości, że autorka dokonała solidnej kwerendy w zbiorach orzeczeń.

Doktorantka operuje, na ogół, poprawną polszczyzną, choć zdarzają się potknięcia – np. tytuł podpunktu 5.4 ma takie brzmienie „Wykonywanie zabiegów trwałej antykoncepcji z punktu widzenia materialnej strony przestępstwa”.

Podkreślenia wymaga, właściwa autorce, umiejętność syntetyzowania – ujawniła się szczególnie przy referowaniu orzecznictwa (czynność ta usposabia do rozwlekłości narracji). Autorka nie dokonała wystarczająco starannej korekty ostatecznej wersji pracy, w wyniku czego spotkać można potknięcia: np. na s. 280 (i w spisie treści) znalazł się lapsus: „Prawo do stosowania rodziny jako uprawnienie wchodzące w skład publicznego prawa podmiotowego”; na niemal sąsiadujących ze sobą stronach 403 i 405 dwukrotnie cytowane są obszernie te

same fragmenty wypowiedzi A. Zolla i J. Kuleszy. Nie są to zresztą jedyne przypadki zbędnych powtórzeń, można wręcz odnieść wrażenie, że autorka upatruje w nich wzmożenia argumentów.

### **Końcowa konkluzja**

**Rozprawa bez wątpienia spełnia ustawowe wymogi pracy doktorskiej. Zawiera bogaty i wartościowy materiał, stanowiąc dowód dużego potencjału intelektualnego autorki i jej sporej wykładniczej sprawności** – o czym świadczą tak wywody, jak i metody (np. wykorzystuje celnie preambułę ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, sięga po dokumenty odzwierciedlające prace legislacyjne – a nie jest to często spotykane w publikacjach). Zaryzykuję nawet opinię, że padła ofiarą swych wysokich kompetencji prawniczych, co sprawiło, że rozprawę napisała z pozycji walki.

**Uważam także, że praca powinna być – po odpowiednich, ale zasadniczych, modyfikacjach – opublikowana.**

Pisząc o potrzebie korektur mam na myśli nie tylko zmniejszenie objętości (choć nieodzowne), ale przede wszystkim przeorientowanie pracy w kierunku większego obiektywizmu ocen istniejącego stanu prawa – paradoksalnie posłuży to wyeksponowaniu i wzmocnieniu dążenia autorki do legalizacji dobrowolnej trwałej antykoncepcji. Autorka w istocie potwierdziła inną hipotezę niż to wynika z jej konkluzji, a mianowicie hipotezę o konieczności ustanowienia ustawowej regulacji, dotyczącej istoty i zakresu autonomii prokreacyjnej - z uwzględnieniem dobrowolnej sterylizacji. O zasadności takich działań ustawodawczych jestem przekonana, jako że w obecnym stanie prawnym ocena statusu prawnego dobrowolnej sterylizacji opiera się o złożone zabiegi interpretacyjne, których rezultat może być podważony – podczas gdy lekarz powinien mieć pełną jasność co do zgodności z prawem podejmowanej czynności.

Katowice 29 czerwiec 2020 r.

  
Teresa Dukiet-Nagórska