

**PRAWO KARNE
W OCHRONIE PRAW DZIECKA**

PRAWO KARNE W OCHRONIE PRAW DZIECKA

redakcja naukowa
Alicja Grześkowiak
Igor Zgoliński



Bydgoszcz 2018

RADA WYDAWNICZA

Marian Bybluk, Michał Czakowski, Agnieszka Florczak, Janusz Kutta,
Krystyna Kwaśniewska, Anna Matuszczak, Aleksandra Mreła

RECENZENT

dr hab. Filip Ciepły
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

PROJEKT OKŁADKI

Małgorzata Truskawa

© Copyright by Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy

ISBN 978-83-65744-01-2

ADRES REDAKCJI

Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy
ul. Toruńska 55-57, 85-023 Bydgoszcz
tel. 52 339 30 26; e-mail: wydawnictwo@kpsw.edu.pl

PRZYGOTOWANIE DO DRUKU

Kamil Skąlecki

DRUK I OPRAWA:

Drukarnia TOTEM, Inowrocław

SPIS TREŚCI

Wstęp	7
Przemysław Czarnek Konstytucyjnoprawna ochrona dziecka	9
Alicja Grzeškowiak Pojęcie dziecka w prawie karnym.....	23
Krzysztof Wiak Ochrona życia i zdrowia dziecka w prawie karnym	49
Anna Dziergawka Prawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym	61
Wiesław Juchacz Odpowiedzialność karna rodziców za zaniedbania wychowawcze wobec dziecka (dopuszczenie do demoralizacji).....	91
Sławomir Hypś Prawnokarna ochrona dziecka przed przemocą.....	101
Tomasz Oczkowski Karnoprawna ochrona mienia dziecka przed malwersacjami rodziców i opiekunów prawnych.....	123
Igor Zgoliński Racjonalizacja i podstawowe kierunki wzmożonej ochrony dziecka we współczesnym polskim prawie karnym	131
Jacek Potulski Przesłuchanie dziecka. Rozważania na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego	145

WSTĘP

Już w Deklaracji Genewskiej, przyjętej przez Ligę Narodów w 1924 r., wskazano, że ludzkość powinna dać dziecku to, co ma najlepszego. W preambule Deklaracji Praw Dziecka z 1959 r., społeczność międzynarodowa wskazała, że „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu”. Wskazanie to powtórzone zostało w preambule Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., ratyfikowanej przez Polskę 30.4.1991 r.

Należy zatem otoczyć dziecko szczególną troską i ochroną na drodze jego rozwoju biopsychospołecznego. Spoczywa ona głównie na rodzinie, ale powołane jest do niej także społeczeństwo i państwo, zobowiązane do jej realizacji w określonych prawem ramach. Prawo powinno chronić dzieci przed pokrzywdzeniem tak, by nie stały się one ofiarami przestępstw. Chodzi zwłaszcza o prawną, w tym prawnokarną ochronę życia i zdrowia dziecka oraz ich ochronę przed przemocą, złym traktowaniem, wykorzystaniem seksualnym, zaniedbaniem, porzuceniem, wyzyskiem.

Do rąk Czytelnika oddajemy monografię poświęconą szczególnemu rodzajowi ochrony dziecka, jaką jest ochrona za pomocą norm prawa karnego.

Przepisy prawnokarne, zgodnie z zasadą ultima ratio, stanowią ostateczny środek ochrony, który wykorzystywany jest wówczas, gdy inne instrumenty prawne okazały się niewystarczające. Dziecko z kolei jest niewątpliwie podmiotem szczególnym. Podlega prawnokarnej ochronie jak każdy człowiek, aczkolwiek istnieją także grupy przepisów obejmujących je ochroną indywidualną, względnie normujących instrumenty prawnej służące tej ochronie. Nie od rzeczy będzie tu zauważyć, że taka konstrukcja jest pochodną dostrzeżenia przez ustawodawcę specyficznej potrzeby w zakresie ochrony prawnokarnej. Dziecko cechuje się wszakże niedojrzałością psychiczną i fizyczną. Będąc podmiotem słabszym na ogół nie może samo zapobiegać sytuacjom stanowiącym zagrożenie dla jego dóbr prawnych czy też unikać ich. Wymaga więc ochrony innej i większej niż osoby dorosłe. Funkcja ochronna prawa karnego w odniesieniu do dziecka weryfikuje się zwłaszcza na tle przepisów, w których dziecko jest wartością chronioną. Zakres i natężenie prawnokarnej ochrony dziecka jest szczególnym wskaźnikiem tego, jak traktowana jest uniwersalna zasada „dobra dziecka”.

Te okoliczności, nie ukrywajmy, stanowiły główny impuls i inspirację do stworzenia opracowania dotyczącego szeroko rozumianej prawnokarnej ochrony

dziecka. Wypowiedzi zawarte w tej monografii ukazują rzeczywistość prawnokarnej ochrony dziecka w Polsce. Wyrażamy przekonanie, że niezbędna jest aktualna analiza tej problematyki i próba, choćby niewielkiego, jej usystematyzowania.

Monografię otwiera opracowanie poświęcone uwarunkowaniom konstytucyjnoprawnym w odniesieniu do ochrony dziecka. Jest to swoisty punkt wyjścia do dalszych rozważań poczynionych w książce. Konstytucja RP stanowi wszakże akt prawny najwyższej rangi i jest niejako „kotwicą” dla całego porządku prawnego, w tym także norm prawa karnego materialnego. W dalszej kolejności odniesiono się do tego, jak dziecko zostało zdefiniowane przez prawo karne, co niewątpliwie jest dalszym wprowadzeniem do problematyki i zarazem pomaga ułatwić eksplorację poszczególnych instytucji prawa karnego, dotyczących ochrony dziecka. Po drodze Czytelnik znajdzie również opracowania dedykowane poszczególnym kategoriom ochrony. Zamieszczone tu zostały opracowania, w których za główny punkt odniesienia przyjęto ochronę życia i zdrowia dziecka, ochronę przed wykorzystaniem seksualnym, demoralizacją, przemocą, a nadto ochronie jego bytu materialnego. Zwieńczeniem pracy są zaś rozdziały nakreślające podstawowe kierunki i racjonalizację wzmożonej ochrony dziecka we współczesnym polskim prawie karnym oraz karno-procesowe aspekty związane z przesłuchaniem dziecka.

Alicja Grzeškowiak
Igor Zgoliński

KONSTITUCYJNOPRAWNA OCHRONA DZIECKA

Ustawodawca konstytucyjny przyjmując w 1997 r. Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej² oprócz wielu materii konstytucyjnych charakterystycznych dla nowoczesnych ustaw zasadniczych uregulował także kwestię pozycji jednostki w państwie, ochrony jej podstawowych wolności i praw. Szczególne miejsce w tej regulacji zajmuje dziecko, czego wyrazem jest przepis art. 72 ust. 1, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Na przywiązywanie szczególnie dużej wagi do ochrony wolności i praw dziecka wskazuje także powołanie do życia instytucji Rzecznika Praw Dziecka. Z perspektywy ponad 20 lat obowiązywania tych przepisów warto prześledzić ich oddziaływanie na sytuację dzieci w Polsce. Służy temu niniejsze opracowanie, w którym ocena, niekiedy krytyczna, formułowana jest nie po to, by strofować prawodawcę, ale ewentualnie po to by wskazać pewne mankamenty regulacji możliwe do usunięcia w najbliższym czasie. Chodzi przecież o dobro dziecka, o jego życie i zdrowie, wychowanie, edukację, a zatem chodzi o przyszłość całego społeczeństwa, Narodu i państwa polskiego. Jak bowiem precyzyjnie ujął to kanclerz Jan Zamojski w akcie fundacyjnym Akademii Zamojskiej *takie będą Rzeczypospolite, jakie ich młodzieży chowanie*.

I.

Konstytucja nie precyzuje *expressis verbis* ani początku życia dziecka, ani też nie wskazuje kiedy mamy już do czynienia z osobą dorosłą, tj. z człowiekiem pełnoletnim. Wskazań dotyczących początku życia próżno szukać zarówno w poszczególnych przepisach rozdziału pierwszego, poświęconego naczelnym zasadom konstytucyjnym, jak i rozdziału bardziej precyzyjnego dotyczącego wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela.

Zgodnie z art. 30 konstytucji przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw. Ta właśnie nienaruszalna godność jest źródłem prawa do życia każdego człowieka, a jednocześnie państwo polskie ma obowiązek zapewnienia każdemu prawnej ochrony życia³ poprzez odpowiednią regulację w szczególności na płaszczyźnie prawnokarnej.

¹ Dr hab. Przemysław Czarnek - Adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL, od 2015 r. Wojewoda Lubelski.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

³ Art. 38 Konstytucji RP.

Pytanie, czy określenie „przyrodzona” oznacza, że godność ta, a zatem także wynikające z niej prawo do życia jest atrybutem człowieka w momencie jego urodzenia, czy też jest ona przymiotem osoby ludzkiej w każdej fazie jej rozwoju, także prenatalnej, nastrocza do tej pory wielu problemów. Dzieje się tak pomimo jednoznacznego i niezwykle ważnego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., w którym stwierdza się, że „demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju. Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”⁴.

Mimo tak precyzyjnego stanowiska sądu konstytucyjnego, najwyższego interpretatora naczelnej zasady konstytucyjnej państwa prawa, dyskusje trwały i trwają nadal. Jednoznacznie dyskusję tę chciał przeciąć projektodawca konstytucyjny w 2007 roku, kiedy procedowana była nowelizacja art. 30 i 38 ustawy zasadniczej⁵. Ostatecznie jednak do zmiany i doprecyzowania tych przepisów nie doszło, a cała sprawa, zakończona głosowaniem w dniu 13 kwietnia 2007 r. doprowadziła do kryzysu wewnętrznego w rządzącej wówczas partii Prawo i Sprawiedliwość⁶.

Początek życia dziecka dookreślony został jednak w ustawie zwykłej, uchwalonej w wykonaniu delegacji z art. 72 ust. 4 konstytucji, zapowiadającej utworzenie urzędu Rzecznika Praw Dziecka. Zgodnie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r.⁷ „dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia”. Rzecznik zobowiązany jest zatem do stania na straży praw dziecka określonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Konwencji o prawach dziecka i innych przepisach prawa (art. 1 ust. 2), tj. zgodnie z ze swymi ustawowymi obowiązkami zobligowany jest do podejmowania działań mających na

⁴ Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1996 r., K 26/96 - „Objęcie tej fazy życia ludzkiego ochroną konstytucyjną znajduje zresztą potwierdzenie w ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską 30 września 1991 r. Konwencji Praw Dziecka, której preambuła deklaruje w akapicie dziesiątym, nawiązując do Deklaracji Praw Dziecka, iż dziecko z uwagi na swą niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, a zwłaszcza właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu. Ujęcie tej reguły w preambule Konwencji musi prowadzić do wniosku, iż zawarte w Konwencji gwarancje odnoszą się również do prenatalnej fazy ludzkiego życia”.

⁵ Zob. Druk sejmowy nr 993 z dnia 5 września 2006 r. – projektodawca zaproponował by przepis art. 38 od momentu nowelizacji brzmiał następująco: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia od momentu poczęcia”; zob. druk sejmowy nr 1472 z dnia 2 marca 2007 r. – wnioskodawcy zaproponowali, by od momentu nowelizacji przepis art. 30 stanowił, że „Źródłem wolności i praw człowieka i obywatela jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka przynależna mu od chwili poczęcia. Jest ona nienaruszalna a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Por. M. Piechowiak, *Wokół konstytucyjnej ochrony życia. Próba oceny propozycji nowelizacji Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 1(96), s. 25 i n.

⁶ W wyniku kontrowersji wokół tej nowelizacji Konstytucji RP z PiS odszedł Marszałek Sejmu Marek Jurek i grupa jego zwolenników. Wkrótce utworzyli oni nową formację polityczną Prawica Rzeczypospolitej.

⁷ Ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka z dnia 6 stycznia 2000 r., t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 922.

celu zapewnienie dziecku pełnego i harmonijnego rozwoju, z poszanowaniem jego godności i podmiotowości (art. 3 ust. 1). Na Rzecznika został nałożony obowiązek podejmowania działań na rzecz ochrony praw dziecka, takich jak prawa do wychowania w rodzinie, do godziwych warunków socjalnych czy prawa do nauki, ale w pierwszej kolejności prawa do życia i ochrony zdrowia (art. 3 ust. 2). Rzecznik musi podejmować działania zmierzające do ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem, demoralizacją, zaniedbaniem oraz innym złym traktowaniem, a szczególną troską ma otaczać dzieci niepełnosprawne (art. 3 ust. 3 i 4).

Analiza przepisów przytoczonej około konstytucyjnej ustawy prowadzi bezwzględnie do konstatacji, że początek życia dziecka, jak i zatem początek jego wszystkich praw, na straży których stoi właśnie konstytucyjny organ jakim jest Rzecznik Praw Dziecka, to chwila jego poczęcia. Stoi to w bezpośredniej kontrze od uporczywych prób odmawiania płodowi ludzkiemu w łonie matki w jakimkolwiek stadium jego rozwoju przymiotu człowieczeństwa. Niekiedy tego przymiotu odmawiają dziecku w fazie prenatalnej nie tylko grupy tzw. feministek i inne tzw. organizacje liberalne, ale także jak się wydaje urzędujący funkcjonariusze publiczni. Na tzw. czarnych protestach, podobnie jak w komentarzach wielu polityków lewicy słyszeliśmy, że życie człowieka rozpoczyna się od urodzenia, że w łonie matki jest jakiś płód, a nie człowiek. Co więcej, słyszeliśmy co najmniej sugestie, że aborcja eugeniczna, tj. przeprowadzana w sytuacji trwałego i nieodwracalnego uszkodzenia „płodu” lub nieuleczalnej choroby, jest wręcz łaską dla chorego „płodu” i jego rodziny. Jak zakwalifikować te stwierdzenia w kontekście obowiązujących od blisko dwóch dekad i niekwestionowanych pod kątem ich konstytucyjności przywołanych powyżej przepisów ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka?

W świetle powołanej ustawy w związku z art. 30 i art. 38 oraz art. 72 ust. 4 Konstytucji RP nie ma żadnych wątpliwości i to bez wchodzenia na płaszczyznę jakiegokolwiek sporu światopoglądowego, że stwierdzenie, iż z człowiekiem mamy do czynienia od momentu urodzenia, a nie poczęcia jest albo nieznaną przemocą, albo wręcz występowaniem przeciwko polskiemu prawu. Podobnie stwierdzenie, że w łonie matki jest jakiś tam płód, który pozbawiony jest przymiotów człowieczeństwa, jest występowaniem wprost przeciwko przepisowi art. 2 ust. 1 powołanej ustawy i w związku z tym przeciwko Konstytucji RP. Wołanie o „prawo do aborcji” ze względów eugenicznych jest zaś w świetle tej ustawy wołaniem o prawo do zabijania dzieci tylko dlatego, że są chore. Poza jednoznacznym barbarzyństwem jest to po prostu szerzenie anarchii⁸.

⁸ Ramy i charakter tego opracowania nie pozwalają na dalsze zagłębianie się w ten problem, ale przynajmniej w tym miejscu warto zapytać co na to Rzecznik Praw Dziecka? Ten, który ma stać na straży praw dziecka od momentu jego poczęcia do osiągnięcia pełnoletności, ten który ma chronić w szczególności ich prawa do życia i do ochrony zdrowia, także w fazie prenatalnej, ten który ma za zadanie podejmować „działania zmierzające do ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem, demoralizacją, zaniedbaniem oraz innym złym traktowaniem”, i w końcu ten, który ma „szczególną troską i pomocą otaczać dzieci niepełnosprawne”, nie zdobył się choćby na komentarz. Zauważyć przy tym należy, że ustawa zobowiązuje go nie tylko do komentowania, ale w obliczu nawoływania do możliwości zabijania dziecka tylko dlatego, że

Końcowo należy jeszcze odnotować, że ta sama ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka w art. 2 ust. 1 stanowi, że osoba ludzka przestaje być dzieckiem z chwilą osiągnięcia pełnoletniości. Ta zaś ustalona jest przepisem art. 10 Kodeksu Cywilnego na poziomie ukończenia 18 roku życia lub wcześniej w momencie zawarcia małżeństwa⁹.

II.

Ustawodawca konstytucyjny w naczelnych zasadach konstytucyjnych i w normach o charakterze programowym podkreśla wagę rodzicielstwa i macierzyństwa. W art. 18 deklaruje, że zarówno macierzyństwo jak i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Z kolei w art. 71 ust. 2 stwierdza także, że matka zarówno przed, jak i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych. Szczególną uwagę poświęca też ochronie zdrowia dzieci i młodzieży, w tym zdrowia kobiety ciężarnej, a zatem także dziecka w łonie matki, a także rozwojowi fizycznemu dzieci i młodzieży¹⁰.

Niezwykle ważnym elementem konstytucyjnej regulacji jest wychowanie dziecka, a przez to także zakres korzystania przez nie z konstytucyjnych wolności i praw, takich jak prawa do nietykalności osobistej, wolności osobistej, wolności sumienia i religii. Rodzice mają prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami, przy czym w procesie tym należy uwzględniać stopień dojrzałości dziecka, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania – tak wygląda konstrukcja prawa do wychowania z art. 48¹¹. Analogicznie i w ślad za tym, na podstawie art. 53 ust. 3 rodzice mają prawo do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniami.

Wychowanie dzieci jest jednym z najważniejszych aspektów życia rodziny, będącej także pod konstytucyjnoprawną ochroną Rzeczypospolitej Polskiej, jedną z podstawowych jej funkcji¹². Z jednej strony jest przejawem prywatnego i osobistego angażowania się rodziców w życie najbliższych dla siebie osób, za które ponoszą przecież pełną odpowiedzialność prawną, a z drugiej strony jest najbardziej wyrazistym przykładem społecznej funkcji rodziny – wszak „dobrze” wychowane dziecko w przyszłości będzie ważnym filarem społeczeństwa, w którym dorasta i żyje. *A contario* „źle”

jest chore i niepełnosprawne, Rzecznik ma obowiązek podjęcia jednego lub kilku działań z całej palety kompetencji ustawowych: żądać wszczęcia przez uprawnionego oskarżyciela postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa; wystąpić z wnioskiem o ukaranie w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, w trybie i na zasadach określonych w odrębnych przepisach itp. Tymczasem Rzecznik nie zareagował w ogóle na tzw. „czarne protesty”, a przynajmniej media nie odnotowały żadnego działania ustawowego obrońcy prawa do życia dziecka od momentu jego poczęcia.

⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny, t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.

¹⁰ Art. 68 konstytucji – sposób praktycznej realizacji tych deklaracji nie mieści się w ramach niniejszego opracowania.

¹¹ Zob. P. Czarnek, *Karcenie małoletnich w świetle Konstytucji RP*, [w:] F. Cieplny (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011, s. 30-31.

¹² Zob. szerzej na ten temat P. Czarnek, M. Dobrowolski, *Rodzina jako podmiot prawa – wprowadzenie*, [w:] P. Czarnek, M. Dobrowolski (red.), *Rodzina jako podmiot prawa*, Zamość 2012, s. 5-7.

wychowane dziecko będzie problemem dla społeczeństwa, przedmiotem koniecznej troski i działań resocjalizacyjnych ze strony instytucji społecznych i organów państwa¹³.

Wychowanie oznacza zaszczepianie i umacnianie w dzieciach określonych zachowań, uznawanych w społeczeństwie za „dobre”, określonego światopoglądu, systemu wartości, przekonań, zasad moralnych. Najkrócej rzecz ujmując wychowanie jest nauką rozróżniania „dobra” i „zła”, przekazywaną przez rodziców ich dzieciom. Jest niczym innym jak ukierunkowaniem człowieka do właściwego działania. Człowiek bowiem nie rodzi się w pełni gotowy do życia, a jedynie posiada naturalne dyspozycje, które wymagają usprawnienia i odpowiedniego ukierunkowania. Jak twierdzili klasycy starożytni „to co naturalne (zmysłowe, popędliwe, zwierzęce), poprzez proces wychowawczy musi zostać uprawione (gr. *paideia*, łac. *cultura*), uszlachetnione i poddane na służbę prawdzie, dobru i pięknu”¹⁴.

W tym kontekście wychowanie jawi się również jako obowiązek rodziców polegający na wyuczeniu dzieci na – jak to ujmowała Konstytucja Marcowa – „prawych obywateli Ojczyzny”, na obywateli, którzy dzięki wychowaniu otrzymanemu przede wszystkim właśnie od rodziców, będą mogli w przyszłości znaleźć swoje miejsce w społeczeństwie, rządzącym się zasadami i wartościami wpływającymi m.in. z obecnie obowiązującej konstytucji¹⁵.

Rodzice mają prawo do wychowywania potomstwa zgodnie ze swymi przekonaniem, a więc mają swobodę postępowania w tym zakresie i korzystają z wolności od ingerencji ze strony innych osób, instytucji i organizacji. Obowiązki tych podmiotów sprowadzają się w pierwszej kolejności właśnie do zakazu ingerencji¹⁶. Widać to dokładnie zwłaszcza na przykładzie omawianej już instytucji Rzecznika Praw Dziecka, który stojąc na straży praw dziecka ma obowiązek podejmowania interwencji, gdy prawa te są łamane, ale zawsze z poszanowaniem odpowiedzialności, praw i obowiązków rodziców oraz z uwzględnieniem faktu, że naturalnym środowiskiem rozwoju dziecka jest jego rodzina¹⁷.

Nie oznacza to, że działania rodziców w procesie wychowawczym są niczym nieskrępowane. Niewątpliwie jednym z ograniczeń jest przepis art. 72 ust. 1, w szczególności konieczność ochrony dziecka przed demoralizacją. W tym kontekście rodzice nie mogą przekazywać dzieciom treści i przekonań, które demoralizowałyby dziecko, w szczególności przekonań zakazanych konstytucyjnie przepisem art. 13 ustawy zasadniczej. Wszak dziecko, jako obywatel tego państwa, w przyszłości ma znaleźć sobie odpowiednie miejsce w społeczeństwie rządzącym się zasadami wynikającymi z tej właśnie konstytucji, a jedną z tych zasad jest zakaz z art. 13.

Pewnym ograniczeniem swobody rodziców w procesie wychowawczym są

¹³ Por. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 48 konstytucji RP*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, t. III, s. 1-2.

¹⁴ D. Zalewski, *Wychować człowieka szlachetnego*, Lublin 2003, s. 11-12; zob. także P. Jaroszyński, *Kalokagatia*, „Człowiek w kulturze” 1993, nr 2, s. 31-42

¹⁵ P. Sarnecki, dz. cyt., s. 3.

¹⁶ Tamże, s. 2.

¹⁷ Zob. art. 1 ust. 2 i 3 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka.

również przekonania dzieci, ich postawy. Trzeba jednak podkreślić, że choć mają one być uwzględniane przez rodziców, stosownie do stopnia rozwoju i dojrzałości dziecka, to jednak wcale to nie oznacza, że mają być bezkrytycznie akceptowane, co oznaczałoby jednocześnie „zaniechanie na danym odcinku prowadzenia przez rodziców dalszych działań wychowawczych, skoro ich dziecko posiada już pewne przekonania”¹⁸.

Rodzice wspomagani są w tym procesie wychowawczym przez państwowy system oświaty. Zgodnie z art. 70 konstytucji każdy ma prawo do nauki, która jednak do 18 roku życia jest obowiązkowa. Nauka ta jest co do zasady bezpłatna, przy czym rodzice mają wolność wyboru dla swoich dzieci szkół innych niż publiczne.

III.

Problemem, który stał się także przedmiotem dość kontrowersyjnej regulacji ustawowej¹⁹, stała się sprawa dopuszczalności karcenia dzieci przez rodziców, w tym w szczególności karcenia cielesnego. Pogląd na ten temat wyraziłem podczas konferencji naukowej w KUL w 2010 r. „Kontratyp karcenia małoletnich” i w opracowanej na jej bazie monografii. Zająłem tam i podtrzymuję nadal i niezmiennie stanowisko, że karcenie jest jednym z najważniejszych środków wychowawczych²⁰.

Problem skutecznych środków używanych w procesie wychowawczym, w tym np. systemu nagród i kar, jest zagadnieniem, które oczywiście nie należy już do zakresu nauki prawa, co nie oznacza jednak, że można je pominąć w prawniczej refleksji naukowej. Przeciwnie, trzeba czerpać z osiągnięć innych nauk – w tym wypadku przede wszystkim z nauk pedagogicznych i psychologicznych. Wszak prawo „powinno przekazywać i odzwierciedlać rzeczywistość człowieka, a nie tylko wolę prawodawcy”²¹. Nie można ustanowić dobrego prawa bez odniesienia do rzeczywistości człowieka, a tę poznajemy dzięki rozwijaniu się przede wszystkim innych, aniżeli prawo nauk, takich jak pedagogika.

W wychowaniu dzieci system nagród i kar odgrywa rolę bardzo ważną. Dziecko, które sprząta zabawki po zakończonej zabawie, uczy się i przynosi dobre stopnie ze szkoły, powinno spotkać się z nagrodą – choć z kolei psychologowie ostrzegają, że nagroda ta nie może być zbyt często i pochopnie stosowana, bo może sprzyjać wówczas osłabieniu motywacji²². Analogicznie dziecko, które robi bałagan

¹⁸ P. Sarnecki, jw., s. 4; Trudno wymagać od rodziców biernej postawy i poszanowania wolności sumienia i wyznania dziecka w sytuacji, gdy 10-letni syn nie chce z nimi pójść do kościoła w niedzielę, bo... np. nie wierzy w Boga, albo preferuje muzułmański lub ateistyczny system wartości, zacerpnięty przez niego ze środowiska lub telewizji.

¹⁹ Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2010 r., Nr 125, poz. 842 – ustawa ta wprowadziła do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przepis art. 96¹, zgodnie z którym osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim zakazuje się stosowania kar cielesnych.

²⁰ Zob. P. Czarnek, *Karcenie...*, dz. cyt., s. 32-34.

²¹ P. Erdő, *Wolność a prawo*, [w:] I. Pachcińska (red.), Kardynał Peter Erdő. Doktor Honoris Causa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, Lublin 2006, s. 33.

²² Por. D. Zalewski, dz. cyt., s. 31.

i nie reaguje na prośby rodziców o zrobienie porządku w zabawkach, dziecko które stroni od nauki i przez to przynosi słabe oceny ze szkoły, powinno spotkać się z karą, która pokaże mu, że idzie złą drogą, w złym kierunku, że musi się zatrzymać i zmienić coś w swoim postępowaniu tak, by zasłużyć na nagrodę.

Istnieją jednak na ten temat także odmienne opinie, wśród których można wskazać choćby psychoanalizę Z. Freuda i jego pogląd, że system stosowanych kar w wychowaniu dziecka nie służy niczemu innemu jak tylko powstawaniu chorób nerwowych²³. Z tego wynika wzorzec tzw. wychowania „bezsresowego”, prowadzący do wielu patologii w rodzinie i społeczeństwie. W każdym razie zdecydowanie bliższa jest mi teza, że bez nagród, ale także bez kar w procesie wychowawczym rodzice nie osiągną dobrych rezultatów. Dokładnie tak samo jak dydaktycy na uczelniach nie osiągnęliby dobrych wyników, w postaci dobrze wykształconej młodzieży, gdyby ograniczyli się do stawiania ocen pozytywnych i zaniechali stawiania ocen negatywnych.

Bliski jest mi również pogląd, zgodnie z którym na pewnym etapie rozwoju dziecka niekiedy może pojawić się konieczność zastosowania przymusu, by wywierać na nim wykonanie pewnej „dobrej” czynności lub zaniechanie „złej” czynności. W życiu bywa tak, że słowne upomnienia i rozmowy nie wystarczają do wyeliminowania negatywnych przyzwyczajęń i zachowań. W niektórych życiowych sytuacjach zastosowanie kary fizycznej, kary cielesnej, bywa nieodzowne. I choć za Rousseau i Freudem wielu pedagogów i psychologów optuje za tzw. karą naturalną, będącą naturalnym skutkiem „złego” zachowania dziecka, to przecież jest absolutnie jasne, że nie zawsze bierne oczekiwanie na taką karę będzie uzasadnione²⁴. Niekiedy istnieje konieczność zastosowania przymusu fizycznego, w tym kary cielesnej. Konieczność stosowania tego rodzaju kar wydaje się być oczywista: *qui bene amat, bene castigat* (kto kocha naprawdę, ten karci surowo), *melius est pueros flere quam senes* (lepiej płakać w dzieciństwie niż na starość) – mówili starożytni, którym trudno zarzucić wyznawanie nierealistycznej wizji człowieka²⁵.

Jednocześnie zauważyć trzeba, że podobnie jak nagrody stosowane po-

²³ Tamże, s. 32; zob. także Z. Freud, *Poza zasadą przyjemności*, Warszawa 1976, s. 194.

²⁴ Jeżeli dziecko nie słucha naszych upomnień i z uporem podchodzi do rozgrzanego kaloryfera, to oczywiście pozwólmy mu się oparzyć (nie będzie to ani groźne, ani strasznie dla dziecka bolesne, a da naturalny skutek wychowawczy – dziecko odtąd będzie tego kaloryfera unikać). Ale jeżeli dziecko z uporem wystawia głowę przez szyberdach w autobusie przy prędkości 90 km/h, to nie możemy pozwolić, by trwałe się okaleczyło, czy wręcz straciło życie – co byłoby karą naturalną.

²⁵ Zob. D. Zalewski, dz. cyt., s. 32-33: autor podkreśla, że „rodzicielskie prawo do kary fizycznej wynika bezpośrednio z prawa naturalnego. W społeczeństwie muszą istnieć instytucje czy osoby dbające o porządek. (...) Podobna sytuacja występuje, gdy chodzi o relacje między uczniem i nauczycielem (rodzicem i dzieckiem – P. Cz.). Wychowawca nie jest kimś, kto się mści za doznane krzywdy, ale kimś, kto stoi na straży porządku społecznego. (...) Wielu współczesnych pedagogów uważa, że karząc dziecko fizycznie, jakoby uczymy je agresji. Jest to przejaw myślenia bardzo uproszczonego, wręcz infantrylnego. Bezmyślne bicie jako jedyny sposób na wychowanie rzeczywiście służy patologizacji zachowań dziecka. Niemniej karanie mądre, ukierunkowane na zwalczanie zła, pokazuje dziecku, że niekiedy, w sytuacjach granicznych, użycie siły fizycznej jest wskazane. Klasyczna etyka dopuszcza bowiem samoobronę. Tutaj, analogicznie, kara fizyczna jest przejawem obrony przed złem, z którym nie można sobie inaczej poradzić. I tego powinno się nauczyć dziecko od rodziców stosujących karę fizyczną. W przeciwnym razie zarażamy dziecko płytkim pacyfizmem”.

chopnie i bez umiaru prowadzą w konsekwencji do osłabienia motywacji, tak kary i nagany stosowane bez umiaru będą prowadziły do sprzeciwu, do efektów zupełnie odwrotnych od zamierzonych. Uwaga ta dotyczy w szczególności kar fizycznych, karcenia cielesnego, które należy stosować szczególnie roztropnie i w wyjątkowych sytuacjach. Jako takie nie mogą być w żadnym wypadku mylone z despotyzmem i „wyżywaniem się na dziecku”, czyli zjawiskiem, które koniecznie musi się spotkać z reakcją odpowiednich służb i organów państwa.

Zdaniem pedagogów, które podzielam w całej rozciągłości, absolutnym błędem byłoby upatrywanie w karach fizycznych panaceum na wszystkie pedagogiczne dolegliwości. Przeciwnie, kara fizyczna ma być ostatecznością, absolutnym wyjątkiem, a jej zastosowanie powinno uwzględniać następujące warunki: powinna być zastosowana niezwłocznie po wystąpieniu przewinienia; powinna być proporcjonalna do winy (jak każda kara); nie może być wymierzana w gniewie (bo łatwo wtedy o to, by stała się ona sposobem na rozładowanie frustracji rodzica, a nie faktycznym środkiem wychowawczym); dziecko powinno dokładnie znać powód jej wymierzenia; a przy tym nie może być stosowana za drobiazgi, a po jej wykonaniu nie należy wypominać dziecku jego dawnych przewinień. Takie są wskazówki m.in. O. Jacka Woronieckiego²⁶, w wielu miejscach, jak sądzę, zbieżne z warunkami uznania karcenia małoletnich za kontratyp (cel wyłącznie wychowawczy, odpowiedni stopień intensywności nie powodujący zagrożenia dla zdrowia dziecka, oczywiście nie powodujący uszkodzeń ciała)²⁷.

IV.

Pytanie kolejne brzmi następująco: czy konstytucyjny zakaz stosowania kar cielesnych, zapisany w art. 40 ustawy zasadniczej, nie powoduje, że każdy rodzaj kary fizycznej, cielesnej, wymierzonej dziecku przez rodziców, powinien się spotkać z penalizacją?

Jak zawsze, również i w tym przypadku nie ma jednoznacznej, jednolitej interpretacji w doktrynie prawa konstytucyjnego. Bez wątpienia zakaz stosowania kar cielesnych, będących pewnym *superfluum* wolności każdego od poniżającego traktowania, na pewno kierowany jest przede wszystkim pod adresem ustawodawcy. W tym sensie zakaz stosowania kar cielesnych oznacza, że każdy rodzaj tego typu kary przewidziany w ustawodawstwie karnym, byłby w sposób oczywisty niekonstytucyjny. Jednakże w moim przekonaniu zakazu tego, w równie bezwzględny sposób, można odnieść także do codziennych sytuacji życiowych, mimo że część przedstawicieli doktryny prawa konstytucyjnego stoi na stanowisku, że analizowany zakaz z art. 40 wprost wyłącza legalność (konstytucyjność) stosowanego przez polskie sądy pozaustawowego kontratypu karcenia małoletnich – takie stanowisko zajmują m.in.

²⁶ J. Woroniecki, *Katolicka etyka wychowawcza*, t. II/2, Lublin 1986, s. 390-391.

²⁷ Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 125-126.

twórcy encyklopedycznego komentarza do konstytucji, S. i R. Grabowscy²⁸.

Moje stanowisko zdaje się jednak potwierdzać L. Garlicki, który twierdzi wprost, że zakazu stosowania kar cielesnych nie da się przenieść w prosty sposób na relacje rodziców z dziećmi²⁹. Podobnie P. Sarnecki twierdzi, że zakaz ten dotyczy wyłącznie kar rozumianych jako dolegliwości orzekane przez organy państwowe, jako sankcja za złamanie prawa³⁰. Zbliżony pogląd zdaje się wyrażać również D. Dudek, gdy twierdzi, że wolność od niehumanitarnego traktowania (w tym od kar cielesnych) chroni przed zagrożeniami, które są „niemal w naturalny sposób powiązane z obszarem prawa karnego i wyrażają klasyczne postulaty humanitaryzmu prawa karnego”³¹.

Zasadność tych ostatnich poglądów potwierdza analiza prawniczego ujęcia „kary”, zdefiniowanego w opracowaniach encyklopedycznych i leksykograficznych. Zarówno w starszych wydaniach, jak i tych najnowszych, pojęcie „kara” określane jest jako „przewidziana ustawą, prawna konsekwencja przestępstwa, zawierająca dolegliwość i wyrażająca potępienie czynu, stosowana przez sąd wobec sprawcy przestępstwa”³², tudzież jako „środek przymusu państwowego, stosowany w wymiarze sprawiedliwości wobec sprawcy przestępstwa lub wykroczenia, wyrażający potępienie społeczne czynu i polegający na sprowadzeniu dolegliwości”³³. Tym samym pojęcie to, zastosowane w aktach normatywnych, a takim (i to w dodatku najważniejszym) jest przecież ustawa zasadnicza, należy rozumieć właśnie jako sankcję stosowaną przez odpowiednie organy władzy państwowej. Tak też należy rozumieć pojęcie „kary cielesnej” z art. 40 konstytucji i tylko jako taka jest ona bezwzględnie zakazana przez ustawodawcę konstytucyjnego.

Czym innym zatem jest kara cielesna, a czym innym karcenie. Jednak mimo tego stwierdzam jednoznacznie, że stosowanie karcenia cielesnego w relacjach rodziców z dziećmi nie zawsze pozostaje w zgodzie z normami konstytucyjnymi. Ważnych wskazówek w tym względzie można szukać w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i w normie z art. 30 konstytucji, wprowadzającej zasadę ochrony godności ludzkiej.

Trybunał w wielu orzeczeniach, w tym m.in. w wyroku z 1 czerwca 1999 r., zwracał uwagę na ścisły związek art. 40 z zasadą ochrony godności człowieka³⁴. W tym ujęciu nielegalne są wszelkie zachowania ludzkie, w tym oczywiście również działania organów władzy publicznej, wymierzone przeciwko samej naturze człowieka i tym samym przeciwko jego godności. Takim zachowaniem jest właśnie okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie i karanie, które narusza godność czło-

²⁸ Zob. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. xx.

²⁹ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 103.

³⁰ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 40 konstytucji RP*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, t. III, s. 3.

³¹ D. Dudek, *Prawo konstytucyjne w zarysie. Wybór źródeł*, Lublin 2002, s. 32.

³² A. Grześkowiak, *Kara – pojęcie*, [w:] S. Serafin, B. Szmulik, *Leksykon obywatela*, Warszawa 2008, s. 444.

³³ Z. Rybicki (red.), *Mała encyklopedia prawa*, Warszawa 1980, s. 212.

³⁴ Zob. wyrok TK z 1 czerwca 1999 r., SK 20/98, OTK ZU z 1999 r., Nr 5, poz. 93.

wieka, *dignitas hominis*, która w pierwszej kolejności stanowi „synonim człowieczeństwa, czyli wartość naturalną będącą sumą niepowtarzalnych cech każdej istoty ludzkiej (...), a zarazem uniwersalnych cech człowieczych, czyli powszechnie przynależnych każdej istocie ludzkiej”, bez względu na jej indywidualne właściwości³⁵. Stosownie do tego stwierdzić zatem należy, że jeżeli karcenie małoletnich miałyoby (choćby nieumyślnie) wywołać skutek poniżenia u dziecka, a przez to naruszenia jego godności, to niewątpliwie tego rodzaju zachowanie należy uznać za nielegalne i należy je poddać odpowiedniej sankcji. Przykładem takiego zachowania jest wymierzanie kar cielesnych dziecku przez rodziców na oczach innych osób w miejscu publicznym i pod wpływem ewidentnego gniewu. Tego rodzaju karcenie nie uzyska zamierzonego efektu wychowawczego, a przy tym może wywołać w dziecku poczucie poniżenia. Nie ma też najmniejszych wątpliwości, że karcenie nie może doprowadzić do uszkodzenia ciała, albo spowodować narażenie dziecka na utratę zdrowia. Również tego rodzaju działania powinny być penalizowane, bo są jawnie sprzeczne z przepisem art. 40 konstytucji w związku z art. 30 konstytucji, są przestępstwem, które przeciw jest ścigane na gruncie obowiązujących już od dawna przepisów prawa karnego. Wystarczy tylko zadbać o skuteczność egzekwowania tych przepisów.

Jeżeli jednak karcenie cielesne (tzw. klaps wychowawczy) dokonywane jest w warunkach opisywanych przez klasyczną pedagogikę, o których wspomniano już wcześniej i jako takie jest ostatecznym środkiem wychowawczym, stosowanym dla dobra dziecka, które jest najważniejszym kryterium podejmowania wszelkich działań wobec dzieci, stosowane w sytuacji kiedy wszelkie inne środki wychowawcze nie przyniosły rezultatu, to siłą rzeczy nie powinno być uznawane za nielegalne, bowiem nie jest wymierzone przeciwko godności dziecka.

Tym samym rację mają ci autorzy, którzy twierdzą, że zakaz stosowania kar cielesnych nie ma prostego przełożenia na dziedzinę stosunków rodzinnych. Gdybyśmy bowiem przyjęli taki prosty sposób interpretacji przepisów konstytucji, to w równym stopniu należałoby stwierdzić, że zakazywanie dziecku wychodzenia z domu do czasu odrobienia wszystkich lekcji, podobnie jak nakaz powrotu do domu przed zmrokiem, stałoby w sprzeczności z normą art. 41 konstytucji, zgodnie z którą każdemu (nie wyłączając przecież także dziecka) zapewnia się nietykalność i wolność osobistą, a pozbawienie lub ograniczenie tej wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie.

W moim przekonaniu, popartym analizą dokonaną także w niniejszym opracowaniu, bezwzględny zakaz tzw. „klapsa wychowawczego”, czyli uznanie niedopuszczalności pozaustawowego kontratypu karcenia nieletnich, wprowadzony ustawą z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw, naraża się na zarzut sprzeczności z przepisem art. 48 konstytucji. W szczególności narusza wynikającą z prawa rodziców

³⁵ Zob. D. Dudek, *Zasada przyrodzonej godności człowieka*, [w:] tenże (red.), *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 44.

do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, wolność rodziców od „wszelkiej postronnej a wiążącej ingerencji” innych osób i instytucji³⁶.

Po za wszystkim trzeba stwierdzić, że zakaz „klapsa wychowawczego” miał posłużyć jako środek do słusznej, skutecznej, z dawna oczekiwanej walki z przemocą w rodzinie, w szczególności z przemocą wobec dzieci. Dane statystyczne, pomijając w tym miejscu ich poprawność i prawidłowość sporządzania, nie wskazują jednak na to, aby penalizacja „klapsa wychowawczego” w sposób znaczący przyczyniła się do ograniczenia tego patologicznego zjawiska³⁷.

V.

Zgodnie z art. 71 Konstytucji RP państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Swą opieką państwo ma obejmować w szczególności rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne. To niezwykle istotne, bowiem rodzina właśnie tworzy wyjątkowe środowisko dla narodzin i osobowego rozwoju człowieka. Nie ma więc przesady w stwierdzeniu, że od jej kondycji – psychicznej, kulturowej, moralnej, duchowej, ale także i w nie mniejszym stopniu materialnej – zależy nie tylko los poszczególnych jednostek, ale i społeczeństw oraz państw.

Z tym większą troską należy pochylić się nad problemem polegającym na tym, że w naszym kręgu kulturowym coraz wyraźniej dostrzegalny jest kryzys współczesnego modelu rodziny, objawiający się m.in. opóźnieniem momentu zawarcia związku małżeńskiego, rosnącą liczbę związków nieformalnych i rozwodów, zmniejszającą się liczbą dzieci w tzw. przeciętnej rodzinie, starzenia się społeczeństw. Jak wskazują wraz z M. Dobrowolskim „w szerszej optyce kryzys rodziny i pozostający z nim w bezpośrednim związku kryzys demograficzny zmniejsza tzw. mobilność społeczną i prowadzi do obniżenia dynamiki rozwoju naukowego, technologicznego i ekonomicznego. (...) Z innej, bliższej perspektywy, dostrzegalne stają się skutki starzejącego się społeczeństwa – rośnie liczba ludności w wieku poprodukcyjnym i jednocześnie maleje przyrost ludności w wieku aktywności zawodowej (szacuje się, że w 2050 r. emeryci będą stanowić w Polsce 25% populacji). W konsekwencji następuje wzrost wydatków na poszczególne świadczenia społeczne oraz zapotrzebowania na nowych pracowników. Powstające w ten sposób niedobory siły roboczej są nierzadko wyrównywane przez napływ imigrantów. W ten sposób gospodarka może się dalej rozwijać, jednak w sferze społecznej sytuacja taka prowadzi do napięć i konfliktów powstających na tle kulturowym, gdyż przybysze zwykle słabo integrują się w nowych społecznościach. (...) Bezpośrednio zaś widoczny już kryzys rodziny, którego wyznacznikami są przede wszystkim wzrost liczby rozwodów i wzrost liczby dzieci urodzonych w związkach pozamałżeńskich, a przede wszystkim radykalne

³⁶ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 48 konstytucji...*, dz. cyt., s. 2

³⁷ Zob. <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html>

zmniejszenie się liczby urodzeń, prowadzi do powiększania się sfery patologii społecznych, obniżenia podatkowych dochodów państwa, rosnącego deficytu w budżecie ZUS oraz pytań o możliwość odwrócenia niekorzystnych trendów, czyli pytań o kształt tzw. polityki prorodzinnej³⁸.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że do 2016 r. polityka prorodzinna w naszym państwie była co najwyżej fasadowa i przez to doprowadziliśmy nasz kraj do zapaści demograficznej przejawiającej się współczynnikiem dzietności na katastrofalnym poziomie 1,25 w 2002 r. i ok. 1,4 dziś. Złożyło się na to szereg powodów³⁹, wśród których jednak najistotniejszym jest w zasadzie brak realnej pomocy finansowej ze strony państwa dla rodzin wychowujących dzieci.

W ramach prawa pomocy społecznej, na podstawie ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych⁴⁰ wprowadzone zostały cztery rodzaje świadczeń przysługujących rodzinie i wypłacanych przez organy wykonawcze gminy. Pierwsze z nich, zasiłek rodzinny wraz z dodatkami, wynosił miesięcznie przez lata zaledwie ok. 40-60 zł na dziecko. Wraz z nim wypłacano dodatek z tytułu urodzenia dziecka – jednorazowy w wysokości 1000 zł; dodatek z tytułu opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego – w wysokości 400 zł miesięcznie; dodatek z tytułu samotnego wychowywania dzieci – w wysokości 170 zł miesięcznie na jedno dziecko i nie więcej niż 340 zł miesięcznie na wszystkie dzieci; a także dodatek z tytułu wychowywania dzieci w rodzinie wielodzietnej (wychowującej troje i więcej dzieci mających prawo do zasiłku rodzinnego) – w wysokości 50 zł miesięcznie na trzecie i następne dzieci uprawnione do zasiłku rodzinnego.

Drugie ze świadczeń to świadczenia opiekuńcze z uwagi na niepełnosprawność dzieci – zasiłek i świadczenie pielęgnacyjne. Wysokość zasiłku przez lata wynosiła zaledwie 144 zł miesięcznie, a wysokość świadczenia pielęgnacyjnego to ok. 500 zł. Dodatkowo w ramach tej polityki mieściła się zapomoga wypłacana przez gminy i jednorazowa zapomoga z tytułu urodzenia się dziecka (tzw. becikowe) w wysokości 1000 zł. Całość uzupełniana była ulgą podatkową na wychowanie dzieci w postaci odpisu w rozliczeniu PIT w wysokości ok. 1200 zł rocznie na dziecko.

To wszystko, zwłaszcza zaś zenująco niskie świadczenia prorodzinne spowodowały, że rodziny w zasadzie skazane były w procesie wychowania dzieci wyłącznie na własną pracę i zaradność. Sytuacja ta siłą rzeczy prowadziła konsekwentnie do braku decyzji o zrodzeniu potomstwa, a w najlepszym razie do odraczania tej decyzji i do powstania modelu rodziny 2 plus 1. Z kolei rodziny wielodzietne w większości przypadków skazywane były na skrajną biedę i wegetację.

Dopiero od 2016 r. sytuacja uległa radykalnej zmianie. Ustawą z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci⁴¹ obecna większość par-

³⁸ P. Czarnek, M. Dobrowolski, *Rodzina...*, dz. cyt., s. 5-6.

³⁹ Piszę o nich szeroko wraz z R. Weremczukiem w artykule *Przegląd polskiej polityki prorodzinnej*, [w:] P. Czarnek, M. Dobrowolski (red.), *Rodzina...*, dz. cyt., s. 51-54.

⁴⁰ t.j. Dz. U. z 2006 r., Nr 139, poz. 992.

⁴¹ t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1851.

lamentarna Prawa i Sprawiedliwości wprowadziła świadczenie wychowawcze wypłacane co do zasady w wysokości 500 zł miesięcznie na jedno dziecko. Rocznie z budżetu państwa na ten cel przeznaczane jest ok 25 mld zł. W samym tylko województwie lubelskim od 1 kwietnia 2016 r. do dnia dzisiejszego Wojewoda Lubelski przekazał gminom na ten cel blisko 3,2 mld zł, z czego ok. 60 % środków trafiło na wieś i do małych miasteczek – wysokość tych środków jest niemal taka sama jak wysokość unijnych płatności bezpośrednich. To sprawiło, że udało się wydobyć ze skrajnego ubóstwa ok. 94% dzieci. Spowodowało to również zatrzymanie spadku urodzeń i odwrócenie trendu. Dane statystyczne za 2017 r. jednoznacznie wskazują, że zwiększyła się liczba urodzeń.

Ten trend i ten kierunek polityki prorodzinnej musi być kontynuowany, jeśli państwo chce realnie realizować swój obowiązek z art. 71 Konstytucji RP, tj. w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględniać dobro rodziny, a swą opieką państwo obejmować w szczególności rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne.

POJĘCIE DZIECKA W PRAWIE KARNYM

I.

Dziecko jest jednym ze słów najczęściej wypowiedzianych. Jest pojęciem używanym zarówno w języku potocznym jak i specjalistycznym. Termin ten występuje w wielu kontekstach². Jest wówczas dookreślany przez elementy charakterystyczne dla danego kontekstu. Jednym z nich jest kontekst prawny. Pojęciem „dziecko” posługuje się Konstytucja RP, występuje ono także w międzynarodowych aktach praw człowieka oraz w wielu gałęziach prawa, także w prawie karnym.

Zainteresowanie i szczególne traktowanie dziecka przez prawo spowodowane jest przede wszystkim koniecznością zapewnienia mu opieki i pomocy, ponieważ nie potrafi ono jeszcze samodzielnie zaspokoić swoich specyficznych potrzeb, zabezpieczyć swojego dobra i samodzielnie bronić swoich praw i interesów. Szczególne znaczenie pojęciu „dziecko” nadaje zatem prawo, głównie na płaszczyźnie jego praw oraz ochrony prawnej.

W kontekście prawnym, mówiąc generalizująco, podmiotem definicji „dziecko” jest osoba w wieku niedojrzałości bio-psycho-społecznej, osoba w okresie dojrzewania, będąca w toku rozwoju tak struktur biotycznych jak i psychicznych. Ten wiek określa się w prawie w różny sposób, najczęściej podając liczbowo lub opisowo dolną i górną jego granicę lub wskazując liczbowo jedynie granicę górną. Granice wiekowe służą zatem do definiowania pojęcia „dziecko”. Tak sformułowana definicja dziecka pełni w prawie przede wszystkim funkcję gwarancyjną.

Używając w tekstach prawnych terminu „dziecko”, często nie wskazuje się cezurę wiekowej osób określanых takim mianem. Powstaje wówczas problem czasowych granic tego pojęcia, a tym samym problem prawnej definicji dziecka. W doktrynie i judykaturze wskazuje się na wielość definicji dziecka oraz podkreśla się brak jednolitego określenia treści tego pojęcia - termin ten ma różne znaczenie w różnych dziedzinach prawa, w zależności od funkcji jaką pełnią one w stosunku do dziecka. Zwraca się ponadto uwagę na konieczność stworzenia uniwersalnej definicji dziecka, która obowiązywałaby we wszystkich gałęziach prawa³. Różnice definicyjne są

¹ Prof. KPSW, dr hab. Alicja Grześkowiak – Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy, Instytut Prawa.

² Zob. T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość*, [w:] T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 39.

³ Zob. B. Olszewski, *Uniwersalna definicja dziecka?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2011, No 3322, Nr 85, s. 205-216.

szczególne widoczne na tle prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego. W konsekwencji zróżnicowane są także konkretne sądowe rozstrzygnięcia dotyczące dziecka, w zależności od gałęzi prawa i przyjmowanej przez sąd interpretacji tego pojęcia.

Znamienne jest jednak, że w prawie polskim funkcjonują już dwie legalne definicje dziecka. Każda z nich ma częściowo inną treść. Jeżeli nie ma różnic w odniesieniu do górnej granicy wieku – wyznacza się ją co do zasady na lat 18, to inaczej oznaczana jest w nich dolna granica wiekowa. Jednak żadnej z tych definicji nie nadaje się znaczenia ogólnej definicji legalnej mającej zastosowanie do wszystkich tekstów prawnych posługujących się tym pojęciem.

Definicja dziecka zawarta jest w ratyfikowanej przez Polskę w 1991 r. Konwencji o prawach dziecka, druga natomiast została wprowadzona do art. 2 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka⁴.

Według pierwszej z nich, umieszczonej w art. 1 Konwencji, „dziecko” w jej rozumieniu oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem uzyska ono wcześniej pełnoletniość. Tak więc Konwencja nie wskazuje dolnej granicy wiekowej od której istocie ludzkiej przysługuje przymiot dziecka, górna - ustalona została na lat 18, ale może być w określonych przypadkach obniżona.

Jednak w jej preambule, w powołaniu się na Deklarację Praw Dziecka z 1959 r., stwierdza się, że „dziecko(...) wymaga właściwej opieki prawnej, zarówno przed jak i po urodzeniu”, co, chociaż nie *expressis verbis*, wskazuje, że według Konwencji - dzieckiem jest także istota ludzka przed urodzeniem.

W trakcie tworzenia Konwencji, przy określaniu dolnej temporalnej granicy pojęcia „dziecko”, powstał problem ustalenia od jakiego początkowego momentu życia istoty ludzkiej można ją nazwać dzieckiem, a więc problem dolnej granicy wieku wyznaczającego treść tego pojęcia. Część państw, w których gwarantuje się prawną ochronę życia ludzkiego od poczęcia, optowało za określeniem dziecka jako istoty ludzkiej od poczęcia, natomiast państwa legalizujące aborcję odrzucały tę propozycję. Przyjęto więc zapis kompromisowy, ustalając, że w konwencji nie będzie określenia dolnej granicy wiekowej pojęcia dziecko, a państwo ratyfikujące powinno samo decydować o tym, od którego momentu istota ludzka jest dla prawa - dzieckiem. Równocześnie wyrażono opinię, że najpóźniejszym, granicznym momentem powinno być odłączenie dziecka od organizmu matki. Kwestia ta była także rozpatrywana w kontekście opisanego w art. 6 tej Konwencji niezbywalnego prawa do życia, przysługującego każdemu dziecku.

Z momentem ratyfikacji przez Polskę w 1991 r. Konwencji o prawach dziecka, do polskiego porządku prawnego weszła więc definicja dziecka zawarta w Konwencji, z względnie sztywno określoną górną granicą wieku oraz bez wyraźnego wskazania dolnej granicy wieku, od którego istota ludzka uzyskuje nazwę dziecka, chociaż z powołaniem się na preambułę Konwencji - można w niej znaleźć argument,

⁴ Ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka z 6.1.2000r., Dz.U. 2000, Nr 6, poz.69, tekst jednolity Dz.U. z 2017 r., poz. 922.

że obejmuje ono także dziecko nienarodzone⁵. Ta konwencyjna, częściowa niedokreśloność definicji dziecka spowodowała różne jej interpretacje w prawie krajowym - w większości z nich przyjmuje się, że dziecko to istota ludzka od urodzenia do 18 roku życia. Jest to jednak – co trzeba wyraźnie stwierdzić- pogląd nie mający podstaw w zapisach Konwencji. W związku z użyciem w jej preambule sformułowania „dziecko przed urodzeniem” powoływana jest ona często na poparcie innego stanowiska, według którego dziecko to ludzka istota od poczęcia. Stwierdził to nawet Trybunał Konstytucyjny, wskazując - w kontekście ochrony życia dziecka poczętego, że „ujęcie tej reguły w preambule Konwencji musi prowadzić do wniosku, iż zawarte w Konwencji gwarancje odnoszą się również do prenatalnej fazy ludzkiego życia”⁶. Warto także - w odniesieniu do dyskusji toczących się w doktrynie polskiego prawa karnego dotyczących pojęcia „dziecko” - mieć na uwadze, że Konwencja posługuje się terminem „dziecko” również na oznaczenie istoty ludzkiej przed urodzeniem. Konwencja jest w Polsce obowiązującym aktem normatywnym i w hierarchii źródeł prawa, jako umowa międzynarodowa przeważa nad ustawą, jeżeli nie można ich pogodzić. O tym zdaje się zapominają zwolennicy wyłączenia z definicji dziecka – istoty ludzkiej w prenatalnej fazie jego życia.

Druga legalna definicja dziecka znajduje się w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka. Według art. 2 ustawy „dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności”. Ustawodawca równocześnie zastrzegł, że chodzi o „dziecko” w rozumieniu tej ustawy, a zatem w perspektywie praw dziecka i ich ochrony. Zgodnie z art. 1 ustawy Rzecznik stoi na straży praw dziecka określonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Konwencji o prawach dziecka i innych przepisach prawa. Jednym z takich praw dziecka jest prawo do życia, czyli życia od poczęcia – bo od tego momentu prawo do życia podlega ochronie, co wyraźnie wskazał Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 28.5.1997 r⁷. Rzecznik Praw Dziecka, będąc zobowiązany do stania na straży konstytucyjnych praw dziecka zobowiązany jest do ochrony dziecka m.in. w zakresie praw wskazanych w Konstytucji. Z tego punktu widzenia instytucja Rzecznika Praw Dziecka ma walor instytucji konstytucyjnej, tym bardziej, że wskazana została w treści art. 72 ust 4 Konstytucji RP. Oznacza to szczególne konstytucyjne umocowanie Rzecznika w zakresie ochrony praw dziecka rozumianego według definicji zawartej w ustawie, gdyż to jego konstytucyjnych praw chroni Rzecznik.

Przenosząc te rozważania na problem definicji dziecka należy uznać, że definicja zawarta w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka, jako, że i ona ma- chociaż pośrednio- umocowanie konstytucyjne, potwierdzające ochronę życia ludzkiego od jego początku, powinna mieć zakres obowiązujący na tle całego systemu prawa pol-

⁵ T. Smoczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość*, dz. cyt., s. 41.

⁶ Zob. uzasadnienie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 28.5.1997 r., sygn. akt K. 26/96, OTK 1997 nr 2, poz. 19, [w:] Trybunał Konstytucyjny w sprawie życia. Dokumenty, Częstochowa 1997, s. 98.

⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28.5.1997 r., sygn. K.26/96, Trybunał Konstytucyjny w sprawie życia, s. 85 n.

skiego i powinna odnosić się do każdego dziecka widzianego w perspektywie jego praw i ich ochrony. Jest bowiem oczywiste, że zadaniem Rzecznika jest baczenie, by dziecko miało zagwarantowaną ochronę prawa do życia od poczęcia, gdyż od tego momentu rozpoczyna byt istota ludzka nazywana dzieckiem. Jeżeli zatem życie człowieka w fazie prenatalnej stanowi wartość konstytucyjną – co wskazał także Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 28.5.1997 r., a – w odniesieniu do dziecka- na jego straży stoi konstytucyjnie umocowany do strzeżenia praw dziecka Rzecznik Praw Obywatelskich, to definicja dziecka zawarta w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka powinna mieć znaczenie uniwersalne, zawsze tam, gdzie chodzi o prawa dziecka. Taka definicja zresztą nie jest sprzeczna z definicją konwencyjną, a jest jej wypełnieniem, gdyż to prawo krajowe określać powinno dolną granicę pojęcia dziecko. Należy uznać określenie jej w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka za decyzję ustawodawczą wiążącą także w odniesieniu do postanowień konwencyjnych. Nieuprawnione jest zatem przeciwstawianie sobie tych dwóch definicji.

Za przyznaniem definicji dziecka zawartej w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka waloru ogólnej definicji obowiązującej w całym systemie prawa polskiego nie opowiada się jednak ani większość doktryny ani judykatura. Wyraźnie zazaczył to np. Sąd Okręgowy II Wydz. Cywilny Odwoławczy w Bydgoszczy, który w uzasadnieniu wyroku z 25.6.2015 r. podkreślił, że nie można przyjąć, że „definicja dziecka” zawarta w ustawie z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka stanowi prawo bezwzględnie obowiązujące i jest jedyną definicją, która winna być stosowana. Zdaniem Sądu Okręgowego, definicja dziecka zawarta w tej ustawie została stworzona tylko na potrzeby tej ustawy. Nie jest zatem przepisem prawa bezwzględnie obowiązującym”⁸.

II.

Problem definicji dziecka powstaje także na tle przepisów Konstytucji RP, która posługuje się takim pojęciem kilkakrotnie. W Konstytucji, co prawda, brak bezpośredniej definicji dziecka, ale można definicję taką zrekonstruować z jej przepisów.

W prawie konstytucyjnym problem pojęcia „dziecko” jest rozważany przede wszystkim w kontekście normy chroniącej życie każdego człowieka. Jedną z dróg dojścia do określenia konstytucyjnej treści pojęcia „dziecko” jest zatem interpretacja pojęcia „człowiek” na tle art. 38 Konstytucji RP i wykładni dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny. Chodzi o to, czy ten przepis Konstytucji - poręczający ochronę życia każdemu człowiekowi, gwarantuje ją od urodzenia czy od momentu w którym rozpoczyna się życie, czyli od poczęcia. Jeżeli gwarantuje ochronę człowiekowi w prenatalnej fazie życia, to równocześnie uznaje, że człowiekiem jest istota ludzka od poczęcia. Rzutować to będzie w konsekwencji na treść konstytucyjnej, rekonstrukcyjnej definicji dziecka, którym będzie każdy człowiek od poczęcia do 18 roku życia.

⁸ Zob wyr. SO w Bydgoszczy II Wydz. Cywilny Odwoławczy z 25.6.2015 r., Ca 1042/14.

Niedookreślona formuła zawarta w przepisie art. 38 Konstytucji RP powoduje jednak sprzeczne jego interpretacje. W doktrynie „istnieje spór o znaczenie pojęcia człowiek na gruncie Konstytucji RP, w szczególności art. 38”⁹. Na ten temat odnotować można dwie grupy poglądów wyrażanych w kontekście konstytucyjnej ochrony życia każdego człowieka. Według jednego - konstytucyjna ochrona życia „nie oznacza ochrony życia ludzkiego od momentu poczęcia”¹⁰. Tak więc, w perspektywie normy zawartej w art. 38 Konstytucji, człowiek to istota ludzka od urodzenia. Taka interpretacja wpływa oczywiście na wyrowadzoną z Konstytucji definicję dziecka - będzie nim wyłącznie istota ludzka od urodzenia do 18 roku życia¹¹.

Według drugiej grupy poglądów, człowiekiem na tle art. 38 Konstytucji RP jest ludzka istota od poczęcia¹². Punktem wyjścia dla takiego ustalenia jest nie tylko przepis art. 38 Konstytucji, ale także jej art. 30 w powiązaniu z orzeczeniami Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącymi ochrony życia, zwłaszcza tym z 28 maja 1997 r. W piśmiennictwie konstytucyjnym podkreśla się, że dopiero wykładnia art. 38, łącznie z art. 30 Konstytucji stanowiącym, że „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka jest źródłem jego praw”, pozwala na przyjęcie, że prawo do życia przynależy człowiekowi od poczęcia”¹³. Opierając się na takich podstawach wyrowadzić można wniosek, że konstytucyjne pojęcie człowiek zawarte w art. 38 Konstytucji RP oznacza każdą ludzką istotę, a więc zakres pojęcia człowiek obejmuje wszystkie biologiczne fazy rozwojowe człowieka, poczynając od jej poczęcia aż do śmierci. Według tego poglądu człowiekiem jest zarówno zarodek, embriion, płód, gdyż są to jedynie określone przez biologię i medycynę prenatalne fazy rozwojowe człowieka. Wskazuje T. Smoczyński, że „nauki biologiczne dają odpowiedź na pytanie o początek życia, które rozpoczyna się od poczęcia(...) Życie zarodka i płodu jest od początku życiem ludzkim, ponieważ ma ludzki kod genetyczny”¹⁴. Skoro więc życie zaczyna się od poczęcia, ochrona konstytucyjna przynależna człowiekowi dotyczy życia ludzkiego w każdej jego formie¹⁵. „Współczesna wiedza biologiczna jednoznacznie dowodzi,

⁹ Zob. T. Sroka, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis.

¹⁰ A. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis.

¹¹ Tak np. L. Garlicki, Art. 72, [w:] L. Garlicki, *Konstytucja RP. Komentarz*, t.3, Warszawa, pkt. 4, s. 3-4.

¹² Zob. np.; L. Bosek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie prenatalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczonej przez standardy międzynarodowe*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, Druk Sejmowy nr 993, BAS 2007, nr 3, s. 77, 80; J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 49; T. Smoczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Konstytucyjna formuła*, s. 18; W. Wróbel, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art.38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Konstytucyjna formuła...*, dz. cyt., s. 21; tenże, *Opinia prawna odnosząca się do pytań dotyczących poselskiego projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjna formuła...*, dz. cyt., s. 25; W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia przesłanki dopuszczalności aborcji*, [w:] *Konstytucyjna formuła...*, dz. cyt., s. 29.

¹³ L. Bosek, *Opinia prawna na temat struktury normatywnej i konsekwencji prawnych propozycji poprawki do projektu o zmianie Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjna formuła...*, dz. cyt., s. 76.

¹⁴ T. Smoczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art.38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucyjna formuła...*, dz. cyt., s. 16.

¹⁵ Tamże, s. 18.

że początek życia ludzkiego to powstanie kodu genetycznego nowego człowieka, co w potocznym myśleniu, tłumaczeniu i rozumowaniu może być sprowadzone do pojęcia poczęcia. Oczywiście jest to, że ów kod genetyczny nie jest zawieszony w próżni, lecz w pierwszej komórce nowego organizmu, która w ogromnie skomplikowanym mechanizmie rozpoczyna realizację informacji w owym kodzie zapisanych. I to jest nowy człowiek”¹⁶.

T. Sroka, w komentarzu do art. 38 Konstytucji RP, szeroko analizując treściowy zakres użytego w tym przepisie pojęcia „człowiek”, idąc za interpretacjami zawartymi w literaturze przyjmuje, że „Konstytucyjne pojęcie „człowiek”, zawarte zarówno w art. 38, jak i w art. 30 Konstytucji RP, obejmuje każdą istotę posiadającą genom ludzki, niezależnie od etapu rozwoju”¹⁷. Píše, że: „Istota człowieczeństwa nie wyczerpuje się (...) w posiadaniu przez organizm pewnych cech morfologicznych i właściwej dla gatunku ludzkiego budowy i kształtu tego organizmu, ale w posiadaniu przez organizm genotypu ludzkiego, który decyduje, że dana istota żywa jest człowiekiem”. Uważa zatem, że konstytucyjne pojęcie „człowiek” obejmuje „wszystkie istoty ludzkie na każdym etapie rozwoju, w tym w okresie prenatalnym”¹⁸. Argumenty przemawiające za taką interpretacją pojęcia człowieka znajduje Autor w orzecznictwie konstytucyjnym jak i w treści art. 30 Konstytucji. Opierając się na tym przepisie Konstytucji uznaje, że „prawo do życia przysługuje człowiekowi na każdym etapie rozwoju, na którym przysługuje mu również ochrona godności ludzkiej, a zatem również w okresie prenatalnym”¹⁹. Tezy te wzmacnia Autor, wskazując na gwarancyjną funkcję art.38 Konstytucji RP, który „powinien stanowić podstawę dla prawnej ochrony biologicznej egzystencji istoty ludzkiej na wszystkich etapach rozwoju, w tym w fazie prenatalnej. Nie można również zaakceptować tezy, wedle której art. 38 jest z jednej strony podstawą dla ochrony życia ludzkiego od chwili urodzenia jako prawa podmiotowego, zaś z drugiej strony podstawą dla ochrony życia ludzkiego przed narodzeniem jedynie jako przedmiotowej wartości konstytucyjnej. Brzmienie tego przepisu nie pozwala bowiem na wyodrębnienie dwóch różnych treściowo norm określających odmienne zakresy podmiotowe i przedmiotowe ochrony tej samej wartości konstytucyjnej, jaką jest życie każdego człowieka”²⁰. Jak podkreśla się w literaturze - „W konstytucyjnym systemie wartości nie można uznać za dopuszczalne segregacji istot ludzkich na posiadające godność ludzką i tej godności nieposiadające, a przez to niezasługujące na równą ochronę wartości ich życia (podobnie wyr. TK z 30.9.2008 r., K 44/07, OTK-A 2008, Nr 7, poz. 126)”²¹. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty należy przyjąć, że człowiek według Konstytucji to ludzka istota od poczęcia, a więc i dziecko to człowiek od poczęcia do 18 roku życia.

¹⁶ M. St. Gabryś, *Opinia dotycząca pytania od kiedy zaczyna się ludzkie życie*, [w:] Konstytucyjna formuła..., dz. cyt., s. 144.

¹⁷ Zob. T. Sroka, [w:] Safian, Bosek (red.), *Konstytucja RP*, Legalis.

¹⁸ Tamże.

¹⁹ Jak wyżej.

²⁰ L. Bosek, *Art. 30*, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, Legalis.

²¹ L. Bosek, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, Legalis.

III.

Prawo cywilne w zasadzie nie stwarza trudności w wykładni pojęcia dziecko, co z pewnością jest efektem długiej normatywnej tradycji posługiwania się w przepisach tego prawa pojęciem „dziecko poczęte”. Stosuje się w nim pojęcia człowiek, osoba, osoba fizyczna, pełnoletni, małoletni, dziecko i dziecko poczęte z różnymi dookreśleniami tego terminu. W KC, ale także KRiO występuje pojęcie dziecka poczętego używane gdy „chodzi o status człowieka, jego podmiotowość i zdolność prawną przed urodzeniem”²².

Jeżeli w doktrynie szeroko rozumianego prawa cywilnego - na ogół - nie ma wątpliwości co do treści pojęcia dziecko, to w orzecznictwie sporadycznie wskazuje się, że „W kodeksie cywilnym – głównym źródle prawa cywilnego – nie ma definicji pojęcia „dziecko”²³. Jednak pomimo, iż przepisy te nie zawierają legalnej definicji dziecka, to można w oparciu o nie łatwo stworzyć definicję rekonstruowaną tego pojęcia. Podstawą jest terminologia stosowana w tej dziedzinie prawa na określenie istoty ludzkiej we wczesnym okresie życia oraz przyznanie dziecku poczętemu – w niektórych przypadkach tzw. warunkowej zdolności prawnej.

Prawo cywilne, poza ogólnym terminem „dziecko”, posługuje się także pojęciem dziecka na tle określonych instytucji w kontekście zwrotów oznaczających prenatalny okres jego życia. Ponieważ pojęciem nadrzędnym jest dziecko, to zwroty dziecko poczęte i tożsamy mu określenia zawierają się w pojęciu dziecko.

W prawie cywilnym i rodzinnym wskazuje się zatem na : „dziecko poczęte lecz jeszcze nienarodzone (art. 182kro, 599 kpc, art. 19 ust. z 12.VII 1965 r.), lub dziecko poczęte(art. 77§2 kro), dziecko... już poczęte (art. 927§2kc). Równoważną treść ma pojęcie użyte w art. 75kro „dziecko nawet nie urodzone, jeżeli już zostało poczęte”. Termin „dziecko poczęte” włączony został do przepisów KPC, prawa o aktach stanu cywilnego i prawa prywatnego międzynarodowego, co jest oczywistą konsekwencją posługiwania się tymi zwrotami w prawie cywilnym materialnym²⁴.

Pojęcia dookreślające termin dziecko wprowadzone zostały do kodeksu cywilnego oraz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 1964r. i chociaż funkcjonują w nich w różnych zwrotach językowych, zawsze mają taki sam sens, wskazują na dziecko w prenatalnej fazie jego życia, co więcej, uznają w określonych przypadkach jego zdolność prawną, chociaż warunkową²⁵, w tym zakresie uznając dziecko poczęte za podmiot określonych praw. Powinno to rozwiać wątpliwości, co do tego, czy dla prawa cywilnego dziecko poczęte jest dzieckiem i człowiekiem, bo tylko czło-

²² J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, LEX.

²³ Zob. wyrok SO w Bydgoszczy II Wydz. Cyw. Odwoławczy z 25.6.2015 r., II Ca 1042/14. Sąd wskazał na dwie definicje dziecka funkcjonujące w polskim systemie prawa i odrzucił definicję dziecka zawartą w ustawie o Rzeczniku Praw Człowieka podkreślając, że obowiązuje ona wyłącznie na tle tej ustawy.

²⁴ Zob. A. Grzeškowiak, *Pojęcie dziecko poczęte*, [w:] A. Grzeškowiak, *W trosce o rodzinę*, Częstochowa 1996, s. 228.

²⁵ Zob. T. Smyczyński, [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System prawa cywilnego*, Warszawa 2011, s. 218.

wiek może być widziany w perspektywie jego zdolności prawnej i być podmiotem nadanych mu praw. Na marginesie można wskazać, że wiele aktów normatywnych różnej kategorii posługuje się pojęciem dziecko poczęte, zawsze w kontekście jego człowieczeństwa²⁶.

Czasowa dolna granica pojęcia dziecko jest w prawie cywilnym i pokrewnych dziedzinach wyraźnie odnoszona do poczęcia. Można zatem zrekonstruować ogólną definicję dziecka na tle przepisów tego prawa - dziecko to ludzka istota od poczęcia do osiągnięcia pełnoletniości.

Pojęcie dziecko poczęte w kontekście jego zdolności prawnej funkcjonowało epizodycznie także w art. 8§2 KC. Zostało wprowadzone wraz z tym paragrafem do KC ustawą z 7.1.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego, i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²⁷, następnie wykreślono je ustawą z 30.8.1996 r.²⁸, co oznaczało cofnięcie wcześniej wprowadzonej zdolności prawnej dziecka poczętego.

Trybunał Konstytucyjny nie uznał tego wykreślenia za sprzeczne z konstytucją, akcentując jednak, że ten brak nie oznacza, że dziecko poczęte utraciło w prawie cywilnym zdolność bycia podmiotem praw w nim wskazanych²⁹. Trybunał podkreślił, że również przed wprowadzeniem przepisu art. 8§2 KC w orzecznictwie przyjmowano zdolność prawną w zakresie określonych praw dziecka poczętego. Wskazał równocześnie, że nie przekreśla to dorobku judykatury, która szeroko interpretowała pojęcie dziecka włączając w jego zakres treściowy dziecko poczęte jeszcze nienarodzone i dziecko określane innymi tożsamymi zwrotami przyjętymi przez ustawodawcę w prawie cywilnym.

Orzeczenie TK z 28.5.1997 r., uznające podmiotowość prawną dziecka poczętego oznaczające, że jest ono równoprawnym z każdym człowiekiem podmiotem prawa, nie zaś przedmiotem praw innych ludzi, uważane było za „najważniejsze orzeczenie w historii polskiego Trybunału Konstytucyjnego”³⁰.

Pojęcie dziecko poczęte, ponieważ jest terminem prawnym, jest szeroko stosowane przez doktrynę i orzecznictwo cywilistyczne, odnaleźć je także można – w aspekcie przynależnych mu praw - w rozstrzygnięciach sądów administracyjnych czy sądów pracy i ubezpieczeń społecznych, chociaż można także odnotować w nim pojedyncze rozstrzygnięcia odmienne.

Już nawet w wyroku Sądu Najwyższego z 4.4.1966 r. w odniesieniu do Ko-

²⁶ Zob. F. Ciepły, *Prawne określenia człowieka w prenatalnej fazie rozwoju*, „Ius Novum” 2015, nr 4, s. 80-97. Wskazuje on następujące pojęcia: „dziecko poczęte”, „dziecko już poczęte”, „dziecko poczęte, lecz jeszcze nieurodzone”, „dziecko poczęte lecz nienarodzone”, „dziecko nienarodzone”, „dziecko jeszcze nienarodzone”, „dziecko od poczęcia do narodzin”, „dziecko w łonie matki”, „płód”, „zarodek”, „embryon”.

²⁷ Dz. U. Nr 17, poz. 78 ze zm.

²⁸ Ustawa o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz niektórych innych ustaw, Dz.U 1996, Nr 139, poz. 646.

²⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28.5.1997 r., uzasadnienie pkt 4.4.

³⁰ Zob. M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno-płodowego. Na Kanwie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1, s. 104.

deksu zobowiązań wskazano, że prawidłowa wykładnia prawa, zgodna z duchem humanizmu, prowadzi do przyjęcia, że dziecko poczęte, jeżeli urodzi się żywe, powinno być traktowane z punktu widzenia prawa na równi z dzieckiem już urodzonym, jeżeli sfery ich uprawnień są zbieżne ze sobą. Za nietrafną uznano wówczas interpretację, która prowadziła by do pozbawienia dziecka poczętego takich roszczeń, jakie przysługują jego rodzeństwu, tylko z tego powodu, że w czasie zdarzenia, które uzasadnia roszczenie, wprawdzie było ono już poczęte, ale jeszcze nieurodzone³¹. Można także przywołać serię wyroków wydawanych po 1989 r., w których przyznano dziecku poczętemu uprawnienia kombatanckie w związku z deportacją lub przebywaniem w obozie koncentracyjnym jego matki w okresie ciąży³².

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 30.11.2016 r.³³, a więc w jednym z ostatnich orzeczeń podejmujących problem definicji dziecka poczętego szeroko dowodzi, że pojęcie „dziecko” obejmuje także dziecko od poczęcia. Uznał zatem, że dziecko poczęte - pod warunkiem, że urodzi się żywe - musi być traktowane z punktu widzenia prawa na równi z dzieckiem już urodzonym, jeżeli sfery ich uprawnień pokrywają się. Prawa te wynikają bowiem z całego systemu prawa, przy czym chodzi tu o zabezpieczenie i ochronę praw dziecka poczętego, w oderwaniu od zagadnienia zdolności prawnej. Dla ustalenia, czy określone, przyszłe prawo dziecka nienarodzonego istnieje i podlega ochronie, decydujące znaczenie ma ocena sytuacji, z jakiej prawo takie może wynikać, przy uwzględnieniu zasady ochrony dobra dziecka. Sąd Najwyższy, co jest niesłychanie istotne dla prawnej definicji dziecka, wskazał równocześnie, powtarzając argumentację Trybunału Konstytucyjnego, że objęcie prenatalnej „fazy życia ludzkiego ochroną konstytucyjną znajduje potwierdzenie w ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską 30 września 1991 r. Konwencji Praw Dziecka, której preambuła deklaruje w akapicie dziesiątym, nawiązując do Deklaracji Praw Dziecka, iż dziecko z uwagi na swą niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, a zwłaszcza właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu. Ujęcie tej reguły w preambule Konwencji musi prowadzić do wniosku, iż zawarte w Konwencji gwarancje odnoszą się również do prenatalnej fazy ludzkiego życia”³⁴. Reasumując – prawo cywilne nie stawało przed dylematem czy dziecko poczęte jest człowiekiem i czy jest dzieckiem.

³¹ Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66, OSNC 1966 nr 9, poz. 158.

³² Np. wyrok SN z 29.5.1996r., III ARN 96/95, OSN 1996, z. 24, poz. 365, wyr. SN z 26.9.1996r. III ARN 40/96, OSN 1997, z. 7 poz. 105, wyroki SN z 1993r, Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 30 listopada 2005 r., II SA/Rz 328/05 (LEX nr 872649) oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 8 lutego 2006 r., IV SA/Wr 798/04 (LEX nr 836990).

³³ Sygn. akt III PK 17/16, Legalis.

³⁴ Tamże.

IV.

Kodeks karny zaledwie w trzech przepisach – w art. 118§2, 149 i 211a posługuje się pojęciem „dziecko”, zaś w pięciu używa zwrotu „dziecko poczęte”. Nie oznacza to oczywiście zwięzienia prawnokarnej ochrony dziecka do tych dwóch podmiotów - ustawodawca na ich oznaczenie używa także odmiennych określeń. Zastosowana przez ustawodawcę w kodeksie karnym inna terminologia odpowiada nazwom stosowanym wobec dziecka na tle różnych gałęzi prawa, z uwzględnieniem ich prawnej sytuacji i funkcji jakie prawo karne wobec nich ma do spełnienia. Najczęściej w kodeksie karnym wskazuje się na małoletniego. Użycie pojęcia małoletni - bez bliższego dookreślenia oznacza – zgodnie z prawem cywilnym - osobę do lat 18. „Małoletni to osoba o statusie dziecka”³⁵. W pojęciu dziecko mieści się zatem cywilistyczne pojęcie małoletniego, którym posługuje się kodeks karny, mając na uwadze podmiot bierny czynu zabronionego, czyli jego ofiarę, w niektórych typach przestępstw precyzując, że chodzi o małoletniego do lat 15. Jednak po nowelizacji KK z 23. III. 2017 r.³⁶ – w kilku przepisach KK wprowadzono obok znamienia „małoletni do lat 15” pojęcie osoby nieporadnej z uwagi na wiek, stan psychiczny lub fizyczny – a nawet w niektórych z nich wskazano wyłącznie na osobę nieporadną z uwagi na wiek, bez dookreślenia, że także chodzi o małoletniego. W tym ogólnym pojęciu powinno mieścić się oczywiście także dziecko, jeżeli będzie ono nieporadne z uwagi na wiek, a więc nie wiadomo, czy obejmie ono każde dziecko, zwłaszcza w starszym wieku. Ponadto pojęcie to nie ma już bezpośredniej i odrębnej konotacji z pojęciem „małoletni” lub pojęciem „dziecko”, co także zmienia akcent ochronny dotyczący tej kategorii podmiotów³⁷. W literaturze zwraca się uwagę, że w wyniku tej treści nowelizacji doszło do „zmniejszenia zakresu ochrony dzieci”³⁸.

Sprawca popełniający czyn zabroniony przed ukończeniem 17 roku życia, a w ściśle wskazanych w art. 10§2 KK przypadkach także po ukończeniu lat 15, nazywany jest nieletnim, a więc nieletni jest z pewnością dzieckiem, chociaż może już za swój czyn odpowiadać karnie. Na gruncie prawa karnego funkcjonuje jeszcze inna nazwa, która w niewielkim zakresie obejmuje także osobę będącą dzieckiem. Chodzi o młodocianego, którym jest, zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 115§10 KK sprawca, który w chwili popełnienia czynu zabronionego nie ukończył 21 lat i w czasie orzekania w pierwszej instancji 24 lat. Definicja ta obejmuje zatem także osobę w wieku 17-18 lat, a więc będącą jeszcze przez rok dzieckiem.

Ta różnorodność nazewnictwa przyjęta w kodeksie karnym na oznaczenie dziecka powoduje zupełnie niepotrzebny zamęt pojęciowy, a często i wrażenie, że

³⁵ V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, s. 29.

³⁶ Dz.U. z 2017 r., poz. 773.

³⁷ S. Hypś wskazuje, że zgodnie z intencją ustawodawcy pojęcie dziecko mieścić się będzie w pojęciu osoby najbliższej lub osoby pozostającej w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy – zob. S. Hypś : A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1070.

³⁸ Tamże.

są to odmienne kategorie podmiotów, mimo iż w rzeczywistości chodzi o różne kategorie wiekowe, czy rozwojowe jednego i tego samego człowieka, który uznawany jest – do czasu ukończenia 18 roku życia - za dziecko.

Kodeks karny – w typach rodzajowych przestępstw zawartych w rozdziale XIX KK - określa istotę ludzką - posługując się czterema terminami: „dziecko poczęte”, „dziecko” „człowiek” oraz „osoba”. W związku z tym zrodziły się problemy definicyjne dotyczące wskazanych pojęć – chodzi o ich zakres treściowy i to nie tylko o definicje tych zwrotów językowych, ale i o wzajemne między nimi relacje. Punktem odniesienia dla wszystkich tych terminów jest pojęcie „człowiek”.

Na tle przepisów KK dotyczących dziecka jako dobra chronionego, wyraźnie widać, że uznają one dziecko za człowieka – nie to jest więc problemem. Sedno wątpliwości leży w podejściu prawa karnego do dziecka poczętego i jego usytuowania w obrębie pojęcia „człowiek” oraz „dziecko”. Inaczej mówiąc, czy termin „dziecko poczęte” używany w tym prawie mieści się w pojęciu stosowanym w KK - „człowiek” i „dziecko”? W związku z tym chodzi o ustalenie od jakiego momentu życia ludzka istota według KK jest człowiekiem i jest uznawana za dziecko oraz o określenie momentu początkowego i końcowego istnienia dziecka poczętego, a także kiedy staje się ono dla prawa karnego człowiekiem i dzieckiem. Taka perspektywa problemów jest szczególnie istotna, gdyż każdej z tych kategorii podmiotów przyznano w kodeksie karnym inny zakres ochrony, co zasadniczo dotyczy ochrony ich życia i zdrowia.

Nie ma wątpliwości, że w pojęciu człowiek zawiera się pojęcie „dziecko” użyte w art. 149 KK³⁹. Natomiast niektórzy interpretatorzy negują, by dziecko poczęte było człowiekiem dla prawa karnego.

Kwestia ta jest żywo i często komentowana – zarówno w doktrynie prawa karnego jak i w orzecznictwie powstało wiele poglądów co do treści wskazanych pojęć i propozycji definicyjnych de lege ferenda. Podkreśla się jednak trudności jakie rodzi brak legalnych definicji tych pojęć, co pozwala interpretatorom na nadawanie im różnej treści, ale także - w konsekwencji - przypisywania tym pojęciom różnego zakresu ochrony prawnokarnej. Przede wszystkim dotyczy to pojęcia „człowiek”. Należy przy tym, już na wstępie analizy tego problemu, przyznać rację pogładowi, według którego „nie do prawa stanowionego należy definiowanie człowieczeństwa i określanie, od kiedy i do kiedy mamy do czynienia z człowiekiem”⁴⁰.

Podkreślić należy w związku z takim dylematem, że zdecydowana większość doktryny jak i judykatura nadają pojęciu człowiek na użytek prawa karnego swoje znaczenie, odbiegające nie tylko od konstytucyjnego rozumienia treści tego pojęcia, ale także od ontogenetycznego znaczenia tego terminu, a więc od prawdy o ludzkim życiu. Można także spotkać pogląd, w myśl którego „pojęcie „czło-

³⁹ Jak pisze A. Zoll - między tymi pojęciami zachodzi stosunek zawierania - zob. A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjna formuła...*, dz. cyt., s. 103.

⁴⁰ T. Sroka, *Art. 38*, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, Legalis.

wiek” samo w sobie nie budzi kontrowersji⁴¹ i „Nikt nie twierdzi, że dziecko, w tym i dziecko poczęte (w fazie prenatalnej, *nasciturus*), nie jest człowiekiem”(…) Istotne jest (...)wskazanie momentu narodzin człowieka w świetle prawa karnego, a więc chwili, z którą „dziecko poczęte” staje się „człowiekiem”⁴² w rozumieniu art. 148 KK, co jednak oznacza stworzenie na użytek tego przepisu odrębnej definicji człowieka oraz przyjęcie, że dziecko poczęte nie jest człowiekiem, ale staje się nim w jakimś momencie swojego życia.

Rozdział XIX KK, co wynika z jego tytułatury, dotyczy ochrony życia i zdrowia człowieka, a zatem chodzi tu o ochronę życia w sensie biologicznym. Dlatego jak najbardziej właściwe jest stosowanie przy wykładni tam umieszczonego pojęcia „człowiek” jego ontogenetycznej definicji. To biologiczne znaczenie pojęcia „człowiek” jest w aspekcie życia jako dobra chronionego wskazanego tytułem rozdziału o tyle istotne, gdyż obejmuje ono ludzką istotę od poczęcia. Jednak na użytek tych właśnie przepisów na ogół przyjmuje się, specjalnie dla prawa karnego utworzoną definicję człowieka, wyłączającą dziecko poczęte z zakresu znaczeniowego pojęcia człowiek, co skutkuje tym, że na gruncie tego prawa dziecko poczęte nie jest także uważane za dziecko.

Termin „człowiek” stosowany w kodeksie karnym jest w przestrzeni prawnej tłumaczony w dwojaki sposób - albo za podstawę treści tego pojęcia przyjmuje się, mającą oparcie w Konstytucji ogólną prawną rekonstrukcyjną definicję człowieka, w myśl której człowiek to ludzka istota od poczęcia do śmierci, albo - z uwagi na określenia stosowane w Kodeksie karnym oraz kontekst funkcjonalny przepisów - na użytek prawa karnego z przepisów tego prawa tworzy się odrębną definicję człowieka, abstrahującą od konstytucyjnego zakresu treściowego tego pojęcia i nie pokrywającą się z jego definicją ontogenetyczną. Przyjmuje się bowiem, że człowiekiem dla prawa karnego jest się dopiero od urodzenia (a obecnie od rozpoczęcia akcji porodowej).

Zwolennicy nadania ad usum prawa karnego takiej treści pojęciu „człowiek” przyjmują różne kryteria dla określenia dolnej granicy temporalnej właściwej dla tego pojęcia, a w konsekwencji i dla pojęcia „dziecko”. W zależności od przyjętego kryterium rozmaicie określają oni czas w którym na tle prawa karnego można przyjmować istnienie człowieka. Doktryna dla określenia tego momentu posługuje się kryterium: położniczym, fizycznym, fizjologicznym, czy rozwojowym. W ostatnich latach jednak, idąc za orzeczeniami Sądu Najwyższego, który wskazał inny dolny próg czasowy dla pojęcia „człowiek”, w doktrynie dość zgodnie - wyznacza się dolną granicę temporalną pojęcia „człowiek” opierając się na - w pewnym zakresie – swoiście rozumianym kryterium położniczym. Takiej wykładni dokonał Sąd Najwyższy w dwóch orzeczeniach: z 2006 r.⁴³ i 2008 r.⁴⁴. W wyroku z 2008 r. SN wyraźnie

⁴¹ K. Klugiewicz, [w:] M. Siwek (red.), Zbiór orzeczeń z zakresu prawa karnego materialnego wraz z komentarzami. Część szczególna, Kraków 2015, s. 24-25.

⁴² Tamże.

⁴³ Uchwała SN z 26.10.2006 r., I KZP 18/06, Legalis.

⁴⁴ Postanowienie SN z 30.10. 2008 r., I KZP 13/08, Legalis.

stwierdził – przechodząc na płaszczyznę prawnokarnej ochrony życia, że z chwilą „a) rozpoczęcia porodu (naturalnego), b) w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu, c) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności”, dziecku nienarodzonemu przysługuje taka ochrona jaka jest przewidziana dla człowieka. W konkluzji SN podkreślił, że we wszystkich typach przestępstw, w których występuje znamię człowiek, jego prawnokarne ochrona rozpoczyna się od tych trzech wskazanych zdarzeń. Odnosząc te wskazania do ustawowego znamienia „człowiek” w literaturze dość zgodnie przyjmuje się, że człowiekiem dla celów prawa karnego jest istota ludzka od czasu rozpoczęcia porodu. Ustalenie takiej treści znamienia „człowiek” wpłynęło równocześnie na poszerzenie zakresu treściowego pojęcia „dziecko” w prawie karnym. Dzieckiem jest już nie tylko człowiek od urodzenia - ale także człowiek w okresie rodzenia się, a w wypadku cesarskiego cięcia od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu lub zaistnienia medycznych przesłanek konieczności przeprowadzenia takiego zabiegu. Jak znamienne napisano w jednym z komentarzy do KK „dziecko poczęte staje się „człowiekiem” w rozumieniu przepiśców prawa karnego z chwilą wystąpienia bólów porodowych (...),które znamionują rozpoczęcie porodu w wypadku zaś cesarskiego cięcia- z chwilą otwarcia pęcherza płodowego”⁴⁵. Od tego momentu dziecko poczęte staje się także „dzieckiem”.

Do czasu zajęcia w tej kwestii stanowiska przez Sąd Najwyższy, w doktrynie opierającej się na wskazywaniu chwili urodzenia dziecka, a nie rozpoczęcia procesu rodzenia się jako dolnej temporalnej granicy pojęcia człowiek, zwracano małą uwagę na logicznie wynikający z art. 149 KK istotny argument, wskazujący, że należy tę granicę przesunąć na czas nieco wcześniejszy niż urodzenie, a więc na czas rozpoczęcia okresu porodu, gdyż przepis ten chroni już istotę ludzką, znajdującą się w „okresie porodu” nazywając ją wprost dzieckiem⁴⁶. Bezprzedmiotowe były zatem wszystkie dywagacje zajmujące wiele miejsca w piśmiennictwie czy człowiekiem dla prawa karnego jest się np. od pierwszego oddechu, czy od odłączenia dziecka od matki, czy po prostu od urodzenia.

Od daty wydania wskazanych orzeczeń przez Sąd Najwyższy zarówno judykatura, jak i w dużej części, idąca za nią doktryna, przyjmuje, że ad usum prawa karnego czas „rodzenia” jest wyznacznikiem początku istnienia „człowieka” w prawie karnym. W ten sposób Sąd Najwyższy – opierając się na przepisach kodeksu karnego, zwęził „znaczenie pojęcia „człowiek” w stosunku do użytego w art. 38 Konstytucji RP”⁴⁷, pozostawiając poza tym pojęciem dziecko poczęte. Na kanwie wskazanego

⁴⁵ Zob. R. Kokot, [w:] R.A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 880.

⁴⁶ Zob. A. Grześkowiak, *Ochrona prawa do życia w polskim prawie karnym*, [w:] A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu*, Lublin 1988, s. 141.

⁴⁷ A. Zoll, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Komentarz, e/LEX.

stanowiska najwyższej judykatury stwierdza się w doktrynie, że taka interpretacja - obejmuje wszystkie przepisy prawnokarne, w których ustawowym znamieniem jest pojęcie „człowiek”⁴⁸, a więc wyszła ona poza typy rodzajowe przestępstw zawarte w rozdziale XIX KK.

Treść powołanych orzeczeń SN wskazuje na stworzenie przez judykaturę - tylko na użytek prawa karnego - jak często się zaznacza - sui generis definicji człowieka nie obejmującej dziecka poczętego. Tym samym dziecko poczęte - na gruncie takiej interpretacji - nie jest także dzieckiem w sensie prawa karnego, nawet mimo tego, iż w nazwie ma termin „dziecko”. Przyjmuje się, że jest ono odrębną kategorią ludzkiej istoty, a przechodząc na nazewnictwo medyczno-biologiczne często nazywa się dziecko poczęte płodem, by właśnie zaznaczyć ten kodeksowy brak związku z dzieckiem i z człowiekiem.

W doktrynie odnotować można również pogląd - sformułowany już na długo przed wskazanymi orzeczeniami - jeszcze bardziej - niż to uczyniono w powołanych judykatach - poszerzający zakres pojęcia „dziecko” i „człowiek”. Według tego poglądu, którego początków należy szukać w polskiej doktrynie w stanowisku J. Makarewicz⁴⁹, w obręb pojęcia „człowiek” włączyć należy dziecko poczęte zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, co oznaczałoby także, że pojęcie „dziecko” w prawie karnym obejmowałoby również dziecko poczęte, które taką zdolność wykazuje. Rzecznikiem takiej treści ustawowego znamienia „człowiek” był np. S. Śliwiński⁵⁰, M. Cieślak⁵¹, a także K. Daszkiewicz, która od dawna zgłaszała postulaty zmiany przepisów KK, podkreślając, że „Fikcyjne, nieżyciowe kryteria rozgraniczenia, zwłaszcza te, u podstaw których legło założenie, że kobiety nie rodzą dzieci, tylko płody, zasługują na eliminację i zastąpienie ich kryterium zdolności dziecka do samodzielnego życia poza organizmem matki”⁵².

Podobnie widzi tę kwestię E. Plebanek która, krytykując stanowisko Sądu Najwyższego, stawia bardzo wyraźnie sprawę objęcia terminem „człowiek” - „dziecko poczęte zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, pisząc : „*De lege lata* chwilę, w której „dziecko poczęte” staje się „człowiekiem” lub „dzieckiem w okresie porodu” w rozumieniu prawa karnego, należy wyznaczyć na moment, w którym dziecko poczęte, posiadające zdolność do autonomicznego podjęcia podstawowych funkcji życiowych, chociażby przy udziale urządzeń medycznych, ale nie za pośrednictwem matczynego organizmu, rozpoczyna proces emancypowania się z organizmu kobiety lub pojawia się medyczna konieczność przedterminowego od-

⁴⁸ T. Sroka, *Granica stosowania typów czynów zabronionych zawierających znamię „człowiek” Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r.*, „Palestra” 2008, nr 11-12, s. 131.

⁴⁹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 515.

⁵⁰ S. Śliwiński, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 195.

⁵¹ M. Cieślak, [w:] J. Waszczyński (red.), *System prawa karnego*, t. IV, Warszawa 1985, s. 298.

⁵² K. Daszkiewicz, *Ochrona dziecka zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki* (Poglądy na ten temat prof. dr. Mariana Cieślaka), [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013, LEX; też, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 212, 266, 267.

dzielenia go od organizmu kobiety z uwagi na brak warunków do dalszego niezakłóconego rozwoju”⁵³. W konkluzji wskazuje, że kodeks karny powinien zostać w takim kierunku znowelizowany, co prowadziłoby do uporządkowania chaosu interpretacyjnego, „jaki został wywołany przez prezentowane w ostatnich latach w orzecznictwie Sądu Najwyższego ujęcie początków ochrony życia człowieka”⁵⁴. Podobnie uważa T. Sroka, który uznał, że granicę między pojęciem człowiek a „dziecko poczęte „powinna wyznaczać zdolność człowieka do samodzielnego życia poza organizmem matki”⁵⁵, wyjaśniając, że „powyższe kryterium powinno być stosowane przy interpretacji terminu technicznego „człowiek” użytego zarówno w art. 155 k.k., jak i w art. 160 k.k. oraz innych przepisach dotyczących ochrony życia i zdrowia człowieka, z wyłączeniem tych sytuacji, gdy same przepisy przewidują szczególnie w tej materii rozwiązanie”⁵⁶.

Przyjęcie takiego rozwiązania rzutowałoby oczywiście na treść pojęcia „dziecko”, w którego zakres włączone byłyby także dziecko poczęte zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki. Jednak i na jego tle poza pojęciem „dziecko” pozostawałoby dziecko poczęte niezdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki.

Z sądową interpretacją pojęcia „dziecko” na tle przepisów KK częściowo nie zgadza się M. Budyn-Kulig. Autorka krytykuje stanowisko Sądu Najwyższego, przyjmujące, że dla prawa karnego człowiekiem jest się od momentu rozpoczęcia akcji porodowej. Podkreśla, że dziecko poczęte bez wątpienia jest człowiekiem i nie powinno być wyłączone poza nawias pojęcia człowiek⁵⁷. Na tle tego poglądu pojęcie „dziecko” stosowane w prawie karnym obejmowałoby człowieka od poczęcia do lat 18.

Poglądy zmierzające do poszerzenia zakresu wykładni pojęcia „człowiek” o dziecko poczęte są w doktrynie prawa karnego jednak dość odosobnione. W przeważającej doktrynalnej interpretacji kodeksowego znamienia „człowiek” zamieszczonego w art. 148 KK oraz w innych przepisach tego rozdziału, akceptuje się bądź wykładnię pojęcia człowiek i dziecko dokonaną przez Sąd Najwyższy, bądź jeszcze bardziej zwięźa się granice tego pojęcia, uznając, że człowiekiem jest się - dla prawa karnego dopiero od urodzenia. Z takiego ujęcia rekonstruowana jest także definicja dziecka, zgodnie z którą - na gruncie kodeksu karnego dziecko oznacza człowieka od czasu rodzenia się (albo od urodzenia) do ukończenia lat 18. Tak więc dziecko poczęte, według takich ujęć nie jest uważane za desygnat pojęcia „dziecko”, a tym samym i pojęcia „człowiek”.

Na tle przepisów kodeksu karnego powstał także – patrząc na tę kwestię od drugiej strony- problem definicji pojęcia „dziecko poczęte”.

⁵³ E. Plebanek, *Życie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony* (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych), „CzPKiNP” 2016, z. 4, s. 18.

⁵⁴ Tamże.

⁵⁵ T. Sroka, *Granica stosowania*, dz. cyt., s.147.

⁵⁶ Tamże.

⁵⁷ M. Budyn-Kulig, [w:] Warylewski (red.), *System prawa karnego*, t.10, Warszawa 2012, s.151.

Początkowo do kodeksu karnego z 1997 r. wprowadzono, zamiast pojęcia „dziecko poczęte”, termin płód, co miało znamionować zerwanie w prawie karnym z uznawaniem płodu za dziecko, a więc i za człowieka. Nowelizacją art. 152 i 153 KK dokonaną przez ustawę z 8.7.1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza⁵⁸, wprowadzono w miejsce pojęcia „płód” nazwę „dziecko poczęte”, dodając także przepis o ochronie zdrowia dziecka poczętego (art.157a KK). Taką zmianę nazewnictwa w doktrynie uznano za „wprowadzenie do kodeksu karnego nacechowanego ideologicznie pojęcia „dziecko poczęte”⁵⁹, nie bacząc na to, że pojęcie takie jest terminem prawnym od dziesiątków lat funkcjonującym w innych dziedzinach prawa. Autorka tego poglądu zresztą wystrzega się nazwania podmiotu, którego życie i zdrowie chronić mają wskazane przepisy, pisząc bezosobowo o „prawnokarnej ochronie życia płodowego”⁶⁰, które przecież do kogoś należy – w tym wypadku do „gatunku ludzkiego”⁶¹. W postanowieniu z 26.3.2009 r.⁶² SN w tej kwestii wypowiedział pogląd, że „u podstaw nowelizacji przepisów Kodeksu karnego normujących tę problematykę – dokonanej ustawą z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza (Dz. U. Nr 64, poz. 729) – legło przekonanie o konieczności wzmocnienia aksjologicznej wymowy przepisów prawa w zakresie ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego (zastąpienie określenia „płód” pojęciem „dziecko poczęte”) oraz rozszerzenia zakresu jego ochrony prawnej (dodanie przepisu art. 157a k.k.)”.

W tej samej sprawie pisze E. Plebanek, „ że celem podkreślenia osobowego charakteru dobra prawnego i wyznawanej przez ustawodawcę aksjologii podczas konstruowania typów chroniących życie i zdrowie ludzkie w fazie prenatalnej odstąpiono od nazw wywodzących się z języka eksperckiego na rzecz oznaczenia przedmiotu czynności wykonawczej mianem „dziecka poczętego”⁶³.

Ustawodawca, wprowadzając pojęcie dziecka poczętego do kodeksu karnego w 1999 r. nie sformułował jego definicji, stąd w doktrynie i judykaturze funkcjonują odmienne poglądy co zakresu treściowego tego terminu⁶⁴. Wskazuje się że pojęcie dziecko poczęte nie ma jednoznacznie określonego kręgu desygnatów⁶⁵. Trudności definicyjne pogłębia także to, że kodeks karny rozwarstwia pojęcie dziecka poczętego, wskazując na dziecko poczęte zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki(art. 152§3 KK) oraz na dziecko poczęte(art. 157a §1 KK).

Definicję pojęcia „dziecko poczęte” zaproponowano w przedłożonym w parlamencie w 2016 r. obywatelskim projekcie ustawy o ochronie życia⁶⁶, określając, że

⁵⁸ Dz. U. Nr 64, poz. 729.

⁵⁹ C. Nowak, *Wpływ procesów globalizacyjnych na polskie prawo karne*, Warszawa, Legalis.

⁶⁰ Tamże.

⁶¹ M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka*, dz. cyt., s. 105.

⁶² I KZP 2/09, Legalis.

⁶³ E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego*, dz. cyt., s. 7.

⁶⁴ J. Potulski, *Komentarz do niektórych przepisów kodeksu karnego*, Warszawa 2003, LEX.

⁶⁵ E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego*, dz. cyt., s. 7.

⁶⁶ Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie pło-

„dzieckiem poczętym jest człowiek w prenatalnym okresie rozwoju od chwili połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej”⁶⁷. Jej przyjęcie oznaczałoby również przyjęcie definicji dziecka jako człowieka od poczęcia do 18 roku życia, a więc zgodnej z definicją zawartą w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka. Projekt ten został jednak odrzucony przez Sejm.

Z powyższym wyznacznikiem czasowym pojęcia „dziecko poczęte” zgadza się tylko część doktryny. Rozbieżności w doktrynie zaczynają się gdy chodzi o dolną temporalną granicę pojęcia „dziecko poczęte”, czyli od kiedy zaczyna się istnienie dziecka poczętego, a także o granicę górną, czyli kiedy istota ludzka „przestaje być desygmatem nazwy „dziecko poczęte, a staje się desygmatem takich nazw jak „człowiek” lub „dziecko w okresie porodu”⁶⁸.

Według jednej grupy poglądów „dziecko poczęte” to ludzka istota od poczęcia. Granica ta równa się granicy temporalnej pojęcia „człowiek” według wykładni przepisów konstytucyjnych oraz części doktryny prawa karnego. Na takie rozumienie tego terminu wskazuje już sama nazwa dookreślająca dziecko jako poczęte. Termin „poczęcie” odpowiada procesowi biologicznego rozwoju człowieka, gdyż rozpoczyna on swoje istnienie właśnie od poczęcia, tj. od zapłodnienia i następnie przechodzi przez kolejne fazy rozwoju prenatalnego aż do urodzenia. Urodzenie „jest tylko zdarzeniem otwierającym się na nową fazę życia ludzkiego”⁶⁹, a nie faktem „uczłowieczającym” dziecko poczęte. Jednak, pomimo takich argumentów, moment określający poczęcie jako początek życia ludzkiej istoty jest w doktrynie kwestionowany. Niektórzy uważają, że temporalnym początkiem istnienia dziecka poczętego jest moment w którym następuje implantacja czy nidacja⁷⁰. Przyjmują oni, że dopiero od tego momentu, nieco oddalonego czasowo od poczęcia, rozpoczyna swój byt dziecko poczęte, a zatem i jego prawna ochrona.

W embriologii wskazuje się, że rozwój ontogenetyczny człowieka przechodzi fazę prenatalną i postnatalną. Rozwój prenatalny człowieka dzieli się na trzy okresy: przedzarodkowy- od połączenia się komórki żeńskiej i męskiej, czyli od zapłodnienia -wówczas powstaje zygota zawierająca materiał genetyczny pochodzący od obojga rodziców, zarodkowy - od początku 4 tygodnia życia człowieka do końca 8 tygodnia życia i okres płodowy do 38 tygodnia życia człowieka. Podkreśla się tam również, że od momentu zapłodnienia (a nie od nidacji) rozpoczyna się okres roz-

du ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Warszawa 19.8 2016 r., Druk Sejmowy nr 784.

⁶⁷ Tamże.

⁶⁸ E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego*, dz. cyt., s. 8.

⁶⁹ T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość*, [w:] T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, Warszawa 1999, s. 40; zob. też K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz* Warszawa 2017, s. 799; R. Kokot, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 879.

⁷⁰ Por. np. E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego*, s. 8; V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 19n.; E. Zielińska, *Z problematyki wykładni przepisów karnych dotyczących ochrony płodu ludzkiego*, „PiP” 1995, nr 2, s. 28-29.

woju nowego ustroju⁷¹. „Współczesna wiedza biologiczna jednoznacznie dowodzi, że początek życia ludzkiego to powstanie kodu genetycznego nowego człowieka, co w potocznym myśleniu, tłumaczeniu i rozumowaniu może być sprowadzone do pojęcia poczęcia. Oczywiście jest to, że ów kod genetyczny nie jest zawieszony w próżni, lecz w pierwszej komórce nowego organizmu, która w ogromnie skomplikowanym mechanizmie rozpoczyna realizację informacji w owym kodzie zapisanych. I to jest nowy człowiek”⁷².

W doktrynie prawa karnego można napotkać różne poglądy na ten temat. A. Zoll pisze o dziecku w fazie prenatalnej od momentu poczęcia⁷³. J. Potulski, rozważając tę kwestię wskazuje, że „Przyjęcie przez ustawodawcę terminu dziecko poczęte wskazywałoby na to, że uznał on pełną podmiotowość *nasciturusa* już od momentu poczęcia”. Autor opowiada się za definicją dziecka zawartą w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka, a zatem przyjmuje, że poczęcie rozpoczyna istnienie dziecka. W pojęciu „dziecko poczęte” mieści się więc dziecko w okresie prenatalnym, dziecko od czasu poczęcia do momentu rozpoczęcia porodu⁷⁴. Podkreślając, że definicja ta nie jest wiążąca dla potrzeb analizy przepisów Kodeksu karnego, uważa jednak, że może ona mieć wpływ na rozumienie regulacji kodeksowych⁷⁵.

W tym duchu wypowiedział się także Sąd Apelacyjny w Katowicach który stwierdzając w wyroku z 16.10.2008 r.⁷⁶, że „Przedmiotem ochrony wynikającej z art. 152 k.k. jest życie dziecka w fazie prenatalnej od momentu poczęcia, a przerwanie ciąży stanowi jego zabicie”, uznał, że dziecko poczęte zaczyna istnienie od chwili poczęcia.

Zakres treściowy pojęcia „dziecko poczęte” jest kwestionowany jeszcze z innego punktu widzenia; termin ten – według zwolenników takich poglądów - stosują oni dopiero gdy chodzi o dziecko zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki. Dzielą więc życie prenatalne ludzkiej istoty na fazy rozwojowe, a w każdej z nich odnoszą ją do innego podmiotu, który jeszcze nie tylko nie jest człowiekiem, ale nawet nie zawsze jest dzieckiem poczętym. Stosują nazwy właściwe dla nauk biomedycznych na określenie różnych etapów rozwoju tej samej istoty ludzkiej, tak, by nie użyć terminu prawnego „dziecko poczęte”. Wyróżniają więc zygotę, której - jak uważają- nie chroni prawo karne, następnie powstaje zarodek ludzki(embrion) zaimplantowany w łonie kobiety, potem przekształca się on w płód, ten zaś dopiero w dalszej fazie rozwoju, gdy osiągnął zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, przekształca się w dziecko poczęte, nienarodzone i jest takim aż do czasu poprzedzającego bezpośrednio naturalny poród lub rozwiązanie ciąży w drodze cesarskiego cięcia⁷⁷. Dopiero wówczas dziecko poczęte, staje się dzieckiem, a zatem i człowiekiem dla prawa karnego. Pogląd taki jednak jest dość odosobniony

⁷¹ H. Bartel, *Embriologia. Podręcznik dla studentów*, Warszawa 2007, s. 145.

⁷² M. St. Gabryś, *Opinia dotycząca pytania od kiedy zaczyna się ludzkie życie*, [w:] Konstytucyjna formuła, s. 144.

⁷³ A. Zoll, [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz do...*, dz. cyt., Warszawa 2012, LEX.

⁷⁴ J. Potulski, *Komentarz...*, dz. cyt., LEX.

⁷⁵ Tamże.

⁷⁶ II AKa 255/08, e/Legalis.

⁷⁷ V. Konarska-Wrzosek, [w:] V. Konarska -Wrzosek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, e/LEX.

- pozostaje w sprzeczności nie tylko z embriologią, ale i z – orzecznictwem konstytucyjnym i zasadami wykładni logicznej. Pisał M. Żelichowski, że terminy „płód”, „embrion” to „terminy „techniczne”, właściwe dla nauk biomedycznych. Służą one do określenia etapu rozwoju organizmu określonego osobnika, a nie samego osobnika(...) Oprócz tych terminów używa się także innych terminów” technicznych” jak np. „zygota”, „zarodek”. Wszystkie one mają konotację *stricte* biologiczną, tzn. służą do określenia jakiegoś znaczącego –z punktu rozwoju nauk biomedycznych- stopnia rozwoju organizmu”⁷⁸. W kierunku takiej interpretacji idzie również T. Sroka wskazujący, że „Należy uznać, że są to jedynie terminy o charakterze technicznym, które służą do określania etapu rozwoju istoty ludzkiej. Niemniej wszystkie te pojęcia opisują człowieka w rozumieniu art. 38 Konstytucji RP”⁷⁹.

Górna granica temporalna pojęcia „dziecko poczęte” jest także różnie określana- wyznacza ją - jak wskazano wyżej - rozpoczęcie akcji porodowej. Zdaniem niektórych, dopiero od tego momentu dziecko poczęte staje się dzieckiem i człowiekiem w rozumieniu prawa karnego. Dało to asumpt do przyjęcia w doktrynie, że „Dziecko rodzące się „znajdujące się w maczynym organizmie, przestaje być desygnatem nazwy „dziecko poczęte”, a staje się desygnatem takich nazw, jak „człowiek” lub „dziecko w okresie porodu”⁸⁰.

Odnosić można także pogląd, według którego z dzieckiem ma się do czynienia dopiero w momencie narodzin, zaś istota ludzka zdolna do samodzielnego życia poza organizmem matki nie może być traktowana jako dziecko lecz płód. Autor tego poglądu kwestionuje nawet wskazaną wyżej wykładnię Sądu Najwyższego, przyjmuje bowiem, że człowiekiem staje się płód dopiero od urodzenia⁸¹.

Efektom wskazanych interpretacji przepisów kodeksu karnego jest dość powszechne wśród karnistów stanowisko, że dziecko poczęte nie jest dla prawa karnego człowiekiem⁸², a co za tym idzie - nie jest także dzieckiem.

Taka interpretacja pojęcia „człowiek” na gruncie prawa karnego jest wyraźnie sprzeczna z konstytucyjną treścią tego pojęcia - według której człowiekiem jest ludzka istota od momentu poczęcia. Odminną treść pojęcia człowiek i dziecko przyjmowaną w obszarze prawa karnego tłumaczy się następująco : „ W szczególności warto podkreślić, że zwroty używane w KK, takie jak „człowiek”, „dziecko” czy „dziecko poczęte”, są jedynie terminami technicznymi, mającymi na celu dokładne określenie znamion czynów zabronionych, które różnicują zakres i stopień intensywności prawnokarnej ochrony życia ludzkiego. Termin „człowiek” na gruncie KK jest tym samym użyty w węższym znaczeniu niż na gruncie art. 38 Konstytucji RP – ma on charakter techniczny, a nie gwarancyjny (zob. *T. Sroka*, *Odpowiedzialność*, s. 54–55).

⁷⁸ M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka...*, dz. cyt., s. 106.

⁷⁹ T. Sroka, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, Legalis; tak też M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka*, dz. cyt., s. 106

⁸⁰ E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka*, dz. cyt., s. 2.

⁸¹ A.T. Olszewski, *Glosa*, „PiP” 2007, nr 5, s. 142-144.

⁸² E. Zielińska, *Z problematyki wykładni przepisów dotyczących ochrony płodu ludzkiego*, „PiP” 1995, nr 2, s. 21.

W związku z tym dyskusja toczona przez przedstawicieli nauki prawa karnego, dotycząca interpretacji poszczególnych znamion przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, a także rozwijające się w tym zakresie orzecznictwo sądów powszechnych i SN, nie ma przełożenia na interpretację pojęcia „człowiek” na gruncie Konstytucji RP⁸³. T. Sroka, autor powyższego poglądu wyjaśniał, że „Aby dokładnie odróżnić czyny karalne od czynów niekaralnych, ustawodawca posługuje się określonymi zwrotami i pojęciami, między innymi tymi użytymi w poszczególnych artykułach części szczególnej kodeksu karnego. Są to jednak jedynie terminy techniczne, mające na celu dokładne określenie znamion typów czynów zabronionych. W takim kontekście należy również patrzeć na użyte w kodeksie karnym słowo „człowiek”⁸⁴. Wyjaśnił także, że „termin „człowiek” użyty w kodeksie karnym, ponieważ jest to termin techniczny, może być rozumiany inaczej niż na gruncie Konstytucji RP”⁸⁵. Taki pogląd, aprobujący definicję człowieka sformułowaną tylko na użytek prawa karnego, odmienną od konstytucyjnego rozumienia pojęcia „człowiek”, zdaje się być przyjmowany dość szeroko w doktrynie prawa karnego, można bowiem w niej znaleźć wyjaśnienie, że: „kodeksowe pojęcie człowiek ma charakter techniczny stworzony dla celów funkcjonalnych, wyodrębnienia „poziomów ochrony prawnokarnej”⁸⁶, zaś użycie przez ustawodawcę tych pojęć nie jest rozstrzygnięciem kategoryalnym⁸⁷.

Wadliwość powyższego rozumowania prowadzącego do sformułowania odrębnej definicji człowieka i dziecka tylko w celu realizacji norm prawa karnego ma charakter merytoryczny i formalny. Jest to problem zawierający się w pytaniu - czy prawo karne służy ochronie dóbr człowieka, czyli istocie realnie istniejącej od poczęcia, czy też człowiek może liczyć na ochronę swoich dóbr, tylko wówczas, gdy odpowiada on modelowi człowieka stworzonemu na użytek tego prawa?

Treść prawnokarnej definicji człowieka konstruowanej przez doktrynę i judykaturę pozostaje w oczywistej sprzeczności z empirycznie sprawdzalną prawdą o początku istnienia człowieka i fazach jego rozwoju. Prawda ta jest podstawą ontogenetycznej definicji człowieka. Prof. Lejeune, światowej sławy genetyk stwierdził, że „dzięki nadzwyczajnemu postępowi techniki wtargnęliśmy do prywatnego życia płodu. Przyjęcie za pewnik faktu, że po zapłodnieniu powstała nowa istota ludzka, nie jest już sprawą upodobań czy opinii. Ludzka natura tej istoty od chwili poczęcia do starości nie jest metafizycznym twierdzeniem, ale zwykłym faktem doświadczalnym”⁸⁸. Zasadnie wskazuje M. Żelichowski, że” gdy pojawia się problem niedookreśloności początku (...) egzystencji człowieka- to raczej problem poznawalności ani-

⁸³ T. Sroka, *Art. 38*, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, Legalis.

⁸⁴ T. Sroka, *Granica stosowania typów czynów zabronionych zawierających znamię „człowiek” Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r.*, „Palestra” 2008, nr 11-12, s. 146-147.

⁸⁵ Tamże, s. 147.

⁸⁶ Zob. M. Królikowski, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t.1 Komentarz art. 117-221, Warszawa 2017, s. 236.

⁸⁷ Tamże.

⁸⁸ Za: R. Michalak (red.), *Naukowcy, lekarze o początku życia człowieka, Służba Życiu*, „Zeszyty Problemowe” nr specjalny, 2008, s. 7.

żeli brak jej faktycznych granic”⁸⁹.

Człowiekiem jest się od poczęcia do śmierci, przez całe życie - zapoczątkowane właśnie przez poczęcie i żadna odmienna definicja człowieka formułowana na użytek jakiegś dziedziny prawa nie jest w stanie tej prawdy zmienić. Warto powtórzyć, że według ontogenetycznej definicji - człowiekiem jest każda istota urodzona przez kobietę, której rodzicami są ludzie: kobieta i mężczyzna, a którą charakteryzuje swoisty ludzki genotyp⁹⁰. Tak więc życie zarodka, embrionu, płodu, dziecka poczętego niezdolnego i zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki jest od poczęcia życiem człowieka, gdyż od poczęcia mają ludzki kod genetyczny. I chociaż człowiek, począwszy od poczęcia przechodzi przez różne fazy rozwojowe, a jedną z nich jest dzieciństwo, zawsze chodzi o tę samą istotę ludzką - o człowieka. Fazy te przynależą człowiekowi, i chociaż mogą być określane przy użyciu różnych nazw, to wszystkie one znamionują człowieka, a nie inną istotę żyjącą. „W chwili urodzenia człowiek już posiada atrybut człowieczeństwa zyskany w chwili poczęcia”⁹¹.

Na użytek prawa karnego wskazuje się jednak dość często, że życie w fazie prenatalnej nie przynależy jeszcze człowiekowi, ale innemu podmiotowi. Jest oczywistością, że nie urodziłby się człowiekiem ten, kto nie począłby się jako człowiek. Tak więc „fakt narodzin jest(...) z biologicznego punktu widzenia zmianą środowiska w jakim przebiega egzystencja określonego człowieka, a nie początkiem jego życia”⁹²

W odniesieniu do odrębnej, technicznej definicji człowieka przyjmowanej w kodeksie karnym powstaje także pytanie stawiane z wizją konieczności zachowania jedności systemu prawa w Polsce oraz zgodności prawnokarnej definicji człowieka z Konstytucją RP. Czy można w określonej dyscyplinie prawa ustalać inny zakres pojęcia, które ma zakorzenienie w Konstytucji i na jej gruncie odpowiednią treść? Innymi słowy chodzi tutaj o niezgodność zakresu treściowego pojęcia „człowiek”, przyjmowanego na użytek prawa karnego z zakresem pojęciowym tego pojęcia rekonstruowanego z Konstytucji RP.

Pojęcia zawarte w Konstytucji mają znaczenie nadrzędne i powinno ono być uznawane przez wszystkie akty normatywne niższej rangi. Na tę niezgodność między treścią pojęcia „człowiek” przyjmowaną przez SN na tle przepisów KK z rozumieniem tego pojęcia według Konstytucji RP zwraca się uwagę w literaturze, wskazując, że „Sąd Najwyższy, opierając się na przepisach kodeksu karnego, zawęży znaczenie pojęcia „człowiek” w stosunku do użytego w art. 38 Konstytucji RP”⁹³. W doktrynie prawa karnego przechodzi się niemal do porządku dziennego nad tą sprzecznością.

Powyższe zastrzeżenia odnoszą się oczywiście także do pojęcia „dziecko poczęte” w relacji do pojęcia „dziecko”, gdyż nazwa ta wskazuje jedynie na określo-

⁸⁹ M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka*, dz. cyt., s. 108.

⁹⁰ J. Haberko, dz. cyt. Lex. Oznacza to, że w chwili urodzenia nie nabywa się statusu człowieka, a jedynie w sposób definitywny pewną zdolność określaną jako zdolność prawna.

⁹¹ M. Banyk, *Status prawny dziecka poczętego na tle jego prawa do ochrony dóbr osobistych matki*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2014, nr 4, s. 17.

⁹² M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka*, dz. cyt., s. 111.

⁹³ Zob. A. Zoll, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el.

ną fazę rozwojową człowieka, a nie na inny podmiot nośnika życia ludzkiego.

Należy wskazać także na wadliwość interpretacji wyłączającej dziecko poczęte z pojęcia „dziecko”, a tym samym i z pojęcia „człowiek” z punktu widzenia formalnego i logicznego. Nazwa „dziecko poczęte” składa się z dwóch członów- „dziecko” i „poczęte”. Użyte przez ustawodawcę zwroty językowe wskazują, że w nazwie „dziecko poczęte”, pojęcie „dziecko” jest nazwą generalną, będącą oznaczeniem dla całego gatunku desygnatów i nazwą ogólną posiadającą więcej niż jeden desygnat. Treść leksykalna ogólnej nazwy „dziecko” wskazuje na taki zbiór cech, który posiada każdy zwrot złożony z tego pojęcia.

W języku prawnym na określenie dziecka używa się zwrotów np. dziecko poczęte, dziecko nienarodzone, dziecko urodzone, itp. Wszystkie te określenia stanowią uzupełnienie nazwy ogólnej „dziecko” przez wskazanie cech dodatkowych, nadających dodatkową charakterystykę tej ogólnej nazwie. Oczywiście każdy z poszczególnych desygnatów nazwy ogólnej w niej się mieści, a zatem każdy desygnat wskazujący na dodatkową cechę dziecka zawiera się w pojęciu „dziecko”. Tak więc w nazwie „dziecko” zawiera się także nazwa „dziecko poczęte”. Każde dziecko poczęte jest zatem dzieckiem, ale oczywiście nie każde dziecko jest dzieckiem poczętym. Można więc spierać się o prawidłowość nazwy „dziecko poczęte”, ale skoro taka nazwa istnieje w systemie prawa i została także wprowadzona do prawa karnego, nie można jej na użytek tego prawa interpretować wbrew treści wynikającej z nazwy. Dziecko zawsze kategoryalnie będzie dzieckiem niezależnie od dookreśleń tego terminu.

Nie ma zatem żadnych podstaw, ani istotowych, ani logicznych, czy semantycznych pozwalających twierdzić, że w sensie prawa karnego dziecko poczęte może nie być dzieckiem i tym samym nie być człowiekiem. Przesądzenie drogą interpretacji treści pojęć „człowiek” i „dziecko” *ad usum* prawa karnego ma charakter wyraźnie arbitralny.

Na kanwie sporu w prawie karnym o zakres pojęcia człowiek i pojęcia dziecko powstaje zatem istotny problem, czy prawo karne może tworzyć na swój użytek własne definicje takich pojęć, które mają w rzeczywistości empirycznej i naukowej zupełnie inną treść. Czy można nadawać im treść sprzeczna z prawdą obiektywną? I problem drugi- na ile w prawie karnym można akceptować definicje sprzeczne z Konstytucją?

Odmawiający na tle norm prawa karnego dziecku poczętemu waloru człowieczeństwa, a tym samym i stawianie go poza zakresem pojęciowym dziecka, mieszają zupełnie niepotrzebnie dwie płaszczyzny- normatywną zawierającą się w treści pojęć przyjętych przez ustawodawcę na oznaczenie dóbr chronionych i płaszczyznę zakresu ochrony prawnokarnej tych dóbr. Zadaniem prawa karnego nie jest tworzenie *ad usum* tego prawa swoistych definicji człowieka, dziecka i dziecka poczętego, odrębnych od definicji wyznaczanych ontogenetycznie, ale ustalenie zakresu ich prawnokarnej ochrony. Jednym z takich zadań jest ochrona życia człowieka we wszystkich fazach jego rozwoju- od poczęcia do śmierci. Wyraźnie wskazał to zadanie Trybunał Konstytucyjny

w wyroku z 28.5.1997 r. Kodeks karny, realizując funkcję ochronną w odniesieniu do życia człowieka, różnicuje jej intensywność w zależności od fazy rozwojowej człowieka i innych szczególnych okoliczności. I to jest płaszczyzna jego właściwości. Zawsze jednak przepisy prawa karnego chronią życie człowieka - zarówno w prenatalnej fazie życia jak i w fazie postnatalnej. Dziecko poczęte, czyli inaczej mówiąc człowiek w fazie życia prenatalnego posiada podmiotowość prawną wynikającą z przyrodzonej mu godności, jest podmiotem prawa do życia, przysługującego każdej ludzkiej istocie od poczęcia, które podlega ochronie prawnej.

Człowiek od poczęcia do 18 roku życia nazywany jest dzieckiem. Tak właśnie rozumiał przepisy art. 152 KK SA w Katowicach, który w powołanym wyżej wyroku z dnia 16 października 2008 r., stwierdził: „Przedmiotem ochrony wynikającej z art. 152 k.k. jest życie dziecka w fazie prenatalnej od momentu poczęcia⁹⁴.”

Na tle ustawowych znamion przestępstw przeciwko życiu należy więc przyjąć, że funkcją przepisu art. 148§1 KK, w którym ustawodawca zawarł typ podstawowy zabójstwa, jest ochrona życia człowieka od poczęcia do śmierci. Traktować go należy, na tle wszystkich typów rodzajowych przestępstw z rozdziału XIX KK jako *lex generalis*, typ podstawowy. Przepis ten nie ma jednak zastosowania do wszystkich czynów stanowiących zamachy na życie człowieka, ponieważ w kodeksie karnym utworzony został - na zasadzie *legis specialis*- cały szereg przepisów szczególnych, chroniących z różną intensywnością życie człowieka w zależności od określonej fazy jego rozwoju lub szczególnych właściwości podmiotu czynu lub innych okoliczności o charakterze podmiotowym czy przedmiotowym. Mają one charakter odmian podstawowego typu rodzajowego i wyłączają w zakresie im przypisanym ustawą obowiązywanie ogólnego przepisu z art. 148§1 KK. Podstawowy zakres ochrony życia człowieka przed zabójstwem przewidziany jest w więc w art. 148§1 KK, ale w innych przepisach KK określone zostały jego typy kwalifikowane lub typy uprzywilejowane. Ustawodawca przewidział zatem w art. 148§1 KK ochronę życia każdego człowieka, jednak wprowadził na zasadzie *lex specialis* m.in. odrębną ochronę człowieka w kodeksowo określonych jego fazach rozwojowych: ochronę życia i zdrowia dziecka poczętego niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, dziecka w okresie porodu. Ustawodawca stworzył więc jako *lex specialis* do art. 148§1 KK przepisy statuujące odrębną- zresztą niepełną i wyraźnie słabszą ochronę życia człowieka w prenatalnej fazie życia⁹⁵. Wszystkie te odmiany typu rodzajowego zabójstwa funkcjonujące w kodeksie karnym jako *lex specialis* w stosunku do typu podstawowego, wyłączają na zasadzie reguł wyłączających wielość ocen w prawie karnym stosowanie art. 148§1 KK. Taki pogląd prezentuje J. Potulski,⁹⁶ oraz

⁹⁴ Wyrok SA w Katowicach z 16. 10. 2008 r. II AKa 255/08, Legalis.

⁹⁵ Zob. A. Grzeškowiak, *Ochrona prawa do życia w polskim prawie karnym*, s. 141; taż, *Ochrona prawa do życia w Kodeksie karnym z 1997 r.*, [w:] *Ochrona funkcji prokreacyjnej rodziny*, Sandomierz 2006, s. 67n.; A. Zoll, [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX.

⁹⁶ J. Potulski, *Komentarz do niektórych przepisów KK*, 2003, LEX.

M. Budyn-Kulig⁹⁷. J. Potulski wprost stwierdził, że „pod pojęciem „dziecko poczęte” mieści się dziecko w okresie prenatalnym, dziecko w początkowym okresie swojego rozwoju, od czasu poczęcia do momentu rozpoczęcia porodu. (...) regulacje chroniące życie i zdrowie dziecka poczętego stanowią *lex specialis* wobec ogólnych przepisów dotyczących ochrony życia i zdrowia człowieka⁹⁸. Zasadnie także akcentuje A. Zoll, że „Pojęcie „człowiek” musi mieć znaczenie nadrzędne nad innymi określeniami znamion charakteryzujących przedmiot ataku tych przestępstw (tzn. z rozdz. XIX KK- AG). Tylko pod tym warunkiem przepisy Kodeksu karnego mogą być uznane za zgodne z art. 30 i 38 Konstytucji RP. Oznaczać to będzie, że jeżeli dane zachowanie nie wyczerpuje wszystkich znamion umyślnego typu zmodyfikowanego przeciwko życiu, to wchodzić będzie w grę odpowiedzialność za typ zasadniczy, czyli art. 148 § 1”⁹⁹.

O zamieszaniu wokół pojęcia dziecka poczętego i uznania go za dziecko i człowieka w prawie karnym dowodzi także interpretacja ustawowego znamienia „człowiek” zawartego w art. 155 i 160 KK. W doktrynie, od czasu wyżej powołanych orzeczeń SN z 2006 i 2008r., wskazuje się, iż „należy przyjąć, że „początek karalności zachowania skierowanego przeciwko życiu człowieka sięga do momentu rozpoczęcia porodu lub zaistnienia medycznej konieczności wywołania porodu lub zabiegu cesarskiego cięcia¹⁰⁰. Z takim poglądem nie zgadza się Budyn-Kulig, słusznie wskazując, że „Ponieważ przepisy art. 152-153 k.k. stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 148 k.k., należy uznać, iż dziecko poczęte stanowi przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa z art. 155 k.k.”¹⁰¹. Autorka podkreśla, że z uwagi na to, iż Kodeks karny *expressis verbis* reguluje jedynie odpowiedzialność karną za umyślne pozbawienie życia dziecka poczętego, a brak w nim odrębnego typu rodzajowego przestępstwa nieumyślnego pozbawienia życia dziecka poczętego, stosować powinno się w przypadku takiego czynu przepis art. 155 KK, gdyż inaczej czyny takie byłyby bezkarne. W uzasadnieniu tego stanowiska Autorka podkreśla, że przedmiotem czynności wykonawczej przy przestępstwie z art. 155 KK jest człowiek, a więc również dziecko poczęte. Ustawodawca nie definiuje w żadnym akcie prawnym terminu „dziecko poczęte”. Jest on przez niego używany na określenie człowieka, który nie przeszedł jeszcze procesu narodzin¹⁰². Uznając przepisy art. 152 i 153 KK za przepisy szczególne w relacji do przepisu art. 148 KK, Autorka wskazuje, że gdyby ich nie było, sprawca zabicia dziecka poczętego ponosiłby odpowiedzialność karną z art. 148 KK. Podobna sytuacja występuje na tle art. 157a KK w stosunku do art. 156 i 157 KK. Tłumaczy autorka, że: W odniesieniu do nieumyślnego pozbawienia życia człowieka, ustawodawca nie wprowadza szczególnego typu przestępstwa, w którym przedmiotem czynności wykonawczej jest dziecko poczęte.

⁹⁷ M. Budyn-Kulig, [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, Warszawa 2017, e/LEX.

⁹⁸ J. Potulski, *Komentarz do niektórych przepisów KK*, 2003, LEX.

⁹⁹ A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji*, dz. cyt., s. 104.

¹⁰⁰ M. Królikowski, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, s. 305; podobnie K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, s. 832.

¹⁰¹ M. Budyn-Kulig, [w:] J. Warylewski (red.), System prawa karnego, t. 10, s. 163.

¹⁰² Tamże.

Należy zatem uznać, iż dziecko poczęte stanowi przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa z 155 KK¹⁰³. W kierunku takiej interpretacji idzie także A. Zoll, wskazujący, że „(...)art. 155 powinien mieć zastosowanie w wypadku czynów zabronionych charakteryzujących się nieumyślnym spowodowaniem śmierci także do tych wypadków, w których z jakiegoś powodu nie zostały zrealizowane znamiona typu uprzywilejowanego”¹⁰⁴.

O tym kto jest człowiekiem w prawie karnym nie może arbitralnie decydować ani litera prawa karnego, a tym bardziej – nawet dominująca interpretacja doktrynalna lub sądowa przepisów tego prawa. Ustawodawca, jeżeli odrzuci wartość człowieka może pozostawić go poza zakresem prawnokarnej ochrony, ale nie do niego należy kwalifikacja istot ludzkich według kryterium – człowiek- nie człowiek¹⁰⁵. Takie woluntarystyczne podejście doktryny i judykatury do pojęcia człowiek nie ma żadnego uzasadnienia na gruncie prawa karnego, którego zadaniem nie jest ustalanie kto jest, a kto nie jest człowiekiem, czy dzieckiem, ale wyznaczenie prawnokarnej ochrony i określenie jej zakresu w relacji do życia człowieka. Podkreśla J. Potulski na tle prowadzonych w doktrynie i judykaturze rozważań dotyczących człowieczeństwa dziecka poczętego „dyskurs ten jednak nie dotyczy kwestii- czy płód, dziecko poczęte ma podmiotowość, czy jest człowiekiem lecz tylko tego, jaki reżim ochrony jego życia został przyjęty”¹⁰⁶.

Do pojęcia człowiek na płaszczyźnie prawa karnego odnosić się powinno konstytucyjne pojęcie człowieka. Urodzenie, czy nawet krótki okres przed tym zdarzeniem nie może być cezurą dla istnienia „człowieka” dla prawa karnego.

Człowiekiem jest więc w prawie karnym istota ludzka od poczęcia, jest nim oczywiście każde dziecko - zarówno dziecko poczęte, dziecko poczęte zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, dziecko rodzące się, dziecko urodzone.

Dzieckiem jest zatem człowiek od poczęcia do 18 roku życia, niezależnie od tego jak się go nazywa się w prawie. Taką treść pojęciu dziecko nadaje – jak wyżej wskazano - art. 2 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka i taką treść tego pojęcia interpretuje się z Konwencji o prawach dziecka i tak rozumie się to pojęcie w oparciu o konstytucyjne znaczenie pojęcia człowiek, tak też widzi zakres tego pojęcia prawo cywilne. Opiera się ono na prawdzie o ludzkim życiu. Nie ma zatem żadnej racjonalnej podstawy by na użytek prawa karnego zmieniać taką definicję, zostawiając dziecko poczęte poza zakresem pojęcia „dziecko”.

Konkludując, „dziecko” w prawie karnym to człowiek od poczęcia do lat osiemnastu. Tak też powinno być interpretowane to pojęcie wszędzie tam, gdzie ustawodawca posługuje się pojęciem „dziecko”.

¹⁰³ M. Budyn-Kulig, [w:] J. Warylewski (red.), System prawa karnego, t.10, s. 151.

¹⁰⁴ A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie konstrukcji*, dz. cyt., s. 104.

¹⁰⁵ Zob. A. Grześkowiak, *Ochrona prawa do życia w Kodeksie karnym z 1997 r.*, [w:] Bp A. Dziega, ks. J. Krukowski, ks. M. Sitarz (red.), *Ochrona funkcji prokreacyjnej rodziny*, Sandomierz 2006, s. 55.

¹⁰⁶ J. Potulski, *Glosa do postanowienia Sadu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r.*, sygn. I KZP 13/08, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 5, s. 164.

OCHRONA ŻYCIA I ZDROWIA DZIECKA W PRAWIE KARNYM

I.

Przedstawiony w tytule problem kieruje rozważania ku aksjologii prawa karnego i w pierwszej kolejności wymaga postawienia pytania o rangę życia i zdrowia człowieka jako dóbr prawnie chronionych. Wymiar aksjologiczny ma również poszukiwanie treści pojęcia „dziecko” i określenie jego statusu na tle prawa karnego. Ustalenia te staną się podstawą dla krótkiego omówienia regulacji kodeksowych, mającego na celu ukazanie w jaki sposób polskie prawo karne realizuje funkcję ochronną wobec życia i zdrowia dziecka.

II.

Życie i zdrowie powszechnie zaliczane są do najważniejszych dóbr prawnych człowieka. Życie stanowi niezbędny warunek do rozwoju i korzystania przez człowieka ze wszystkich przysługujących mu praw i wolności. Prawo do życia jest podstawowym i przyrodzonym, czyli niezależnym od woli prawodawcy pozytywnego, prawem przysługującym każdej istocie ludzkiej. Deklarację taką wyrażają międzynarodowe standardy praw człowieka (art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych², art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³), a Konstytucja RP⁴ zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia (art. 38).

Życie oraz jego ochrona są ściśle związane z poszanowaniem godności człowieka. Wysoką rangę obu tych dóbr dostrzegł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 września 2008 roku. W judykacie tym stwierdzono: „Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie przyznaje priorytet wartościom, którymi są życie i godność człowieka. Wartości te stanowią fundament europejskiej cywilizacji i wyznaczają treść znaczeniową centralnego w naszej kulturze (także prawnej) pojęcia humanizmu”⁵. W polskim porządku prawnym obowiązek zapewnienia prawnej ochrony życia już

¹ Prof. KUL, dr hab. Krzysztof Wiak - Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Katedra Prawa Karnego.

² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu 19 grudnia 1966 r. w Nowym Jorku (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167 – zał.).

³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, podpisana w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, ze zm.).

⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 września 2008 r., K 44/07, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego - A 2008, Nr 7, poz. 126.

od początku jego powstania został wywiedziony z istoty demokratycznego państwa prawnego. Trybunał Konstytucyjny uzasadnił to w następującym wywodzie: „Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wyprowadzanych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, a gwarantujących minimum jego sprawiedliwości, to pierwszą taką dyrektywą musi być respektowanie w państwie prawa wartości, bez której wykluczona jest wszelka podmiotowość prawna, tj. życia ludzkiego od początków jego powstania. Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju. Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”⁶.

Warto odnotować, że w polskim orzecznictwie ukształtował się jednolity pogląd, iż ochronie podlega życie każdego człowieka, niezależnie od jego indywidualnych cech i właściwości. Przykładem takiej linii orzeczniczej jest pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 27 września 2006 r.⁷: „nie ma znaczenia i nie jest istotne dla odpowiedzialności karnej to, czy ofiarą zabójstwa jest osoba biedna, czy bogata, jakiej jest narodowości czy rasy, jakie ma poglądy, przekonania i zapatrywania. Każde życie ludzkie jest bezcenne i podlega ochronie (...)”. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 14 listopada 2006 r.⁸: „Życie ludzkie jest najwyższą wartością w każdej społeczności, czy kulturze etnicznej, a co za tym idzie względy kulturowe nie mogą stanowić jakiegokolwiek usprawiedliwienia dla zachowania prowadzącego do śmierci człowieka”.

III.

Ochrona zdrowia jest wartością ściśle związaną z ochroną życia, a więc również z godnością człowieka⁹. Zdrowie podlega prawnej ochronie zarówno w porządku krajowym, jak i na podstawie powszechnych standardów praw człowieka. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka stanowi, iż „Każda osoba ma prawo do pozio-

⁶ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1997, Nr 2, poz. 19.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27 września 2006 r., II AKa 224/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 1, poz. 60.

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 14 listopada 2006 r., II AKa 158/15, Lex nr 2179340.

⁹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, Dz. U. z 2004 r., Nr 5, poz. 37; M. Gawrońska, *Prawo do ochrony zdrowia na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 2, s. 11.

mu życia odpowiadającego potrzebom zdrowia i dobrobytu jej samej i jej rodziny” (art. 25 ust.1)¹⁰. Konwencja o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r.¹¹ wyraża prawo dziecka do jak najwyższego poziomu zdrowia i udogodnień w zakresie leczenia chorób oraz rehabilitacji zdrowotnej (art. 24 ust. 1).

Prawo każdego do ochrony zdrowia zostało zagwarantowane w art. 68 ust. 1 Konstytucji RP. Ponadto, dla podjętej w niniejszym opracowaniu problematyki istotne znaczenie ma przepis art. 68 ust. 3 Konstytucji RP, który stanowi, iż władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom.

Istnienie ścisłego związku pomiędzy obowiązkiem ochrony zdrowia a ochroną życia człowieka uzasadnił Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyżej wyroku z 28 maja 1997 r. W judykacie tym Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że ochrona życia ludzkiego nie może sprowadzać się do zapewnienia minimum funkcji biologicznych niezbędnych do egzystencji, ale powinna dawać „gwarancje prawidłowego rozwoju, a także uzyskania i zachowania normalnej kondycji psychofizycznej, właściwej dla danego wieku rozwojowego (etapu życia). Bez względu na to, jak wiele czynników uzna się za istotne z punktu widzenia owej kondycji, nie ulega wątpliwości, iż obejmuje ona pewien optymalny, z punktu widzenia procesów życiowych, stan organizmu danej osoby, zarówno w aspekcie funkcji fizjologicznych, jak i psychicznych. Stan taki można utożsamiać z pojęciem zdrowia psychofizycznego. Konstytucyjne gwarancje ochrony ludzkiego życia muszą więc w sposób konieczny obejmować także ochronę zdrowia; przepisy stanowiące podstawę tych gwarancji stanowią więc równocześnie podstawę do wnioskowania konstytucyjnego obowiązku ochrony zdrowia, bez względu na stopień rozwoju fizycznego, emocjonalnego, intelektualnego czy społecznego. (...) zdrowie człowieka, w tym dziecka poczętego, ma bez wątpienia walor wartości konstytucyjnie chronionej”¹².

IV.

Nakreślone na wstępie niniejszego opracowania zadanie ustalenia zakresu i intensywności prawnej ochrony życia i zdrowia dziecka wymaga postawienia pytania: kim jest podmiot, któremu te dobra prawne przysługują? Odpowiedzi na nie należy poszukiwać z uwzględnieniem dwóch definicji wprowadzonych do polskiego porządku prawnego. Pierwsza stała się wiążąca wraz z przyjęciem Konwencji o prawach dziecka, w której treści znalazło się wyjaśnienie, iż „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletniość (art. 1). W zakresie dolnej granicy Konwencja

¹⁰ Cyt. za: B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik (opr.), *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 19.

¹¹ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta w dniu 20 listopada 1989 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526).

¹² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1997, nr 2, poz. 19.

odwołuje się w Preambule do Deklaracji Praw Dziecka z dnia 20 listopada 1959 r.¹³, stanowiąc o konieczności zapewnienia dziecku właściwej ochrony prawnej „zarówno przed urodzeniem, jak i po nim”. W literaturze przyjmuje się, że ten fragment preambuły jest „podstawą do wykładni ku obronie życia dziecka poczętego”¹⁴.

Wyjątkowym rozwiązaniem na tle porównawczym jest definicja legalna „dziecka” przyjęta w ustawie z 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka¹⁵. W przepisie art. 2 ust. 2 ustawodawca przesądził, że „w rozumieniu ustawy dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności”. Takie rozwiązanie jest unikatowe nie tylko z racji nadania ustawowej rangi wyjaśnieniu tego pojęcia, ale również ze względu na jednoznaczne przesądzenie jego dolnej temporalnej granicy. Dodać należy, że ustawa zobowiązuje Rzecznika Praw Dziecka do działania działa na rzecz ochrony praw dziecka, w szczególności prawa do życia i ochrony zdrowia (art. 3 ust. 2).

W Kodeksie karnym z 6 czerwca 1997 r.¹⁶ ustawodawca posługuje się zróżnicowaną terminologią. W zależności od stadium rozwoju, w zakresie pojęcia „dziecko”, rozumianego zgodnie z wyjaśnieniem przyjętym w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka, mieszczą się wyrażenia: „dziecko poczęte” (art. 157a KK), „dziecko poczęte zdolne do samodzielnego życia” (art. 152 § 3, art. 153 § 2 KK), „dziecko w okresie porodu” (art. 149 KK), „dzieci” (art. 118 § 2, art. 211a KK), „małoletni” (art. 202 KK), „małoletni poniżej lat 15” (art. 197 § 3 pkt 2, art. 200 KK).

V.

Rekonstruując ponadustawowe gwarancje ochrony dóbr prawnych dziecka, w pierwszej kolejności należy uwzględnić, iż korzysta ono – jak każdy człowiek – z praw i wolności określonych w międzynarodowych i konstytucyjnych standardach praw człowieka. Pomimo tego, że w dokumentach tych występują różne określenia podmiotu, któremu przysługują prawa i wolności („każdy”, „osoba”, „człowiek”), w tym prawo do życia oraz prawo do ochrony zdrowia, przyjąć trzeba, że co do zasady, pojęcia te obejmują swoim zakresem każdego człowieka, w tym dziecko.

Dostrzec jednak można szereg odrębności dotyczących prawnomiędzynarodowego statusu dziecka, zwłaszcza na tle przysługujących jemu podstawowych praw – do życia i do zdrowia. Zmierzają one w dwóch kierunkach. Po pierwsze, rozpowszechniona jest praktyka ograniczania zakresu ochrony w początkowym, prenatalnym okresie rozwoju. Przepis art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, co prawda, deklaruje, iż „prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez

¹³ Deklaracja Praw Dziecka, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 20 listopada 1959 roku; https://www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/ppwd/akty_prawne/onz/deklaracja_praw_dziecka.pdf

¹⁴ T. Smoczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość*, [w:] T. Smoczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 41.

¹⁵ Ustawa z 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. z 2017 r., poz. 922).

¹⁶ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 ze zm.).

ustawę”, lecz nie zapobiegło to ukształtowaniu się linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozbawiającej takich gwarancji istotę ludzką w prenatalnym okresie rozwoju w związku z legalizacją aborcji. Tą drogą podążają również ustawodawcy w wielu krajach legalizując przerwanie ciąży w razie wystąpienia tzw. wskazań do aborcji lub też wprowadzając model tzw. aborcji na życzenie.

W przeciwnym kierunku – powiększenia zakresu i intensywności ochrony dziecka – wydają się zmierzać te tendencje rozwojowe w zakresie praw człowieka, w których silnie akcentuje się „uznanie przyrodzonej godności każdego człowieka oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków rodziny ludzkiej” (Preambuła Konwencji Praw Dziecka). Wyartykułowana tak stanowczo po raz pierwszy w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka teza, iż „dzieci mają prawo do szczególnej troski i pomocy”, współcześnie jawi się jako oczywista i niepodważalna. W rozbudowanej formule została zawarta w Deklaracji Praw Dziecka i powtórzona jako motyw przyjęcia Konwencji o prawach dziecka: „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu” (Preambuła). Nie można jednak zapominać, że powszechne uznanie podmiotowości prawnej dziecka jest dopiero osiągnięciem drugiej połowy XX wieku. Wcześniej, przez wieki, dzieciństwo było uważane za mało istotny okres w życiu człowieka, charakteryzujący się słabością umysłową i fizyczną, a dziecko traktowano jako zadatek na człowieka wymagający surowego wychowania¹⁷.

Dostrzeżenie w dziecku odrębnego podmiotu zasługującego na wzmoczoną ochronę ze względu na to, iż jego rozwój fizyczny i umysłowy odbiega od stanu człowieka dorosłego, legło u podstaw szeregu zmian w ustawodawstwie karnym. Miały one miejsce również w ostatnich latach. W Uzasadnieniu prezydenckiego projektu nowelizacji Kodeksu karnego z 23 marca 2017 r. podkreśla się, że „Osoby małoletnie są w wysokim stopniu narażone na wykorzystanie przez inne osoby, mające na celu bezpośrednie lub pośrednie ograniczenie ich podmiotowości i autonomii. Naruszenie dóbr osób małoletnich charakteryzuje się bardzo dużą społeczną szkodliwością mierzoną *in abstracto*. Dziecku znacznie trudniej się bronić, a wyrządzone mu krzywdy bardzo negatywnie wpływają na jego rozwój i całe przyszłe życie”¹⁸. Zasadność wzmocnienia ochrony dziecka przed zamachami na jego życie i zdrowie w tym projekcie była motywowana „kwalifikowanym charakterem naruszenia przywołanych dóbr prawnych. Ów kwalifikowany charakter naruszenia związany jest z podmiotem pokrzywdzonym czynami zabronionymi”¹⁹.

¹⁷ Zob. D. Szczęch, *Ochrona praw dziecka w konwencjach międzynarodowych*, s. 47; m.wspia.eu/file/20244/08-SZCZĘCH+DOROTA.pdf.

¹⁸ Uzasadnienie Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, druk nr 846, Sejm RP VIII kadencji, s. 3; <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C82FD2CA-F85A8A2FC125803500244863/%24File/846.pdf>.

¹⁹ Tamże, s. 2.

VI.

Podstawowe znaczenie dla zapewnienia karnej ochrony życia i zdrowia człowieka (w tym i dziecka) ma zbiór przepisów zgrupowanych w rozdziale XIX Kodeksu karnego. Wysokiej rangi chronionych nimi dóbr prawnych dowodzi ich umiejscowienie w jednym z początkowych rozdziałów części szczególnej Kodeksu karnego oraz zaopatrzenie surowymi sankcjami. M. Cieślak uznał te typy czynów zabronionych za centrum prawa karnego – podstawę, z której wyrastało i na której głównie opierało się prawoznawstwo karne ze swoimi konstrukcjami i instytucjami²⁰.

W strukturze rozdziału XIX Kodeksu karnego wyodrębnić można trzy grupy przepisów, które chronią człowieka (w tym i dziecko) przed:

- a. zamachami na życie (art. 148–155 KK), takimi jak zabójstwo, nieumyślne spowodowanie śmierci, przerwanie ciąży;
- b. zamachami na zdrowie (art. 156–157a KK), przybierającymi postać spowodowania różnych postaci uszczerbków na zdrowiu;
- c. narażeniem na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia (art. 158–162 KK), np. przez narażenie na zarażenie chorobą lub nieudzielenie pomocy.

Poza rozdziałem XIX ochronę życia i zdrowia człowieka zapewniają przepisy umieszczone w innych częściach Kodeksu karnego, np. wprowadzające odpowiedzialność karłą za ludobójstwo (art. 118 KK), zbrodnie przeciwko ludzkości (art. 118a KK), znęcanie się (art. 207 KK), zgwałcenie kwalifikowane (art. 197 § 3 i 4 KK) czy wzięcie zakładnika (art. 252 § 2 KK).

VII.

Ustalając standardy karnej ochrony życia i zdrowia dziecka oraz dokonując rozstrzygnięć co do kwalifikacji prawnej czynów zabronionych, których ofiarą jest dziecko, należy mieć na względzie konstrukcję normatywną rozdziału XIX Kodeksu karnego i terminologię, jaką posłużył się w nim ustawodawca. Bliższa analiza zawartych w nim regulacji prowadzi do wyodrębnienia dwóch grup przepisów chroniących życie i zdrowie ludzkie. Przez to ochrona dziecka staje się „przepełowiona”, a jej dwa niejednolite poziomy oddziela moment porodu. Czyny popełnione przeciwko dziecku znajdującemu się w okresie życia prenatalnego będą realizowały znamiona typów rodzajowych przestępstw, w których kryminalizowane są zachowania prowadzące do przerwania ciąży (art. 152–154 KK) oraz powodujące uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia zagrażający życiu (art. 157a KK). Dla nazwania podmiotu biernego, chronionego tymi przepisami ustawodawca posługuje się pojęciem „dziecko poczęte”. Termin ten oznacza istotę ludzką w całym prenatalnym okresie rozwoju – od

²⁰ M. Cieślak, *Przestępstwa przeciwko życiu*, [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), System prawa karnego, O przestępstwach w szczególności, t. 4, cz. 1, Wrocław 1985, s. 283.

momentu połączenia komórek rozrodczych: męskiej i żeńskiej (zapłodnienia)²¹. Drugą grupę przepisów, wprowadzających odpowiedzialność karną za czyny zabronione następujące w okresie późniejszym (od porodu), stanowią te regulacje, w których przedmiot zamachu został opisany jako „człowiek” (art. 148, 150–151, 155–157, 158–162 KK) lub „dziecko” (art. 149 KK). Znajdą one pełne zastosowanie do ochrony dóbr prawnych istoty ludzkiej po urodzeniu do osiągnięcia pełnoletności, a zatem spełniającej kryterium „dzieciństwa” wprowadzone w Konwencji o prawach dziecka i w ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka.

Przyjęta konwencja terminologiczna polegająca na przeciwstawieniu sobie terminów „dziecko poczęte” oraz „człowiek” („dziecko”) rzutuje bezpośrednio na zakres i intensywność ochrony dóbr prawnych w rozdziale XIX Kodeksu karnego. Standard prawnokarnej ochrony życia i zdrowia ludzkiego w fazie prenatalnej jest zdecydowanie niższy od poziomu ochrony życia i zdrowia człowieka urodzonego czy też dopiero rodzącego się. Do takiej konkluzji prowadzi stwierdzenie niekaralności przerywania ciąży we wskazanych ustawowo wypadkach (tzw. wskazania do przerwania ciąży: medyczne, eugeniczne i kryminalne), a także brak kryminalizacji zamachów nieumyślnych na życie i zdrowie dziecka poczętego oraz narażenia jego życia i zdrowia na niebezpieczeństwo. Takie ograniczenia prawnokarnej ochrony nie występują przy czynach skierowanych przeciwko dziecku po przekroczeniu cezury narodzin. Konsekwencją przyjętego w rozdziale XIX Kodeksu karnego modelu jest współistnienie dwóch nierównych standardów ochrony życia i zdrowia ludzkiego, uzależniających odpowiedzialność sprawcy od tego na jakim etapie rozwoju dziecka zostały naruszone jego dobra prawne. Rozwiązanie to wydaje się być sprzeczne ze wskazaniami aksjologicznymi wypływającymi z przepisów art. 30 oraz art. 38 i art. 68 Konstytucji RP.

VIII.

W celu precyzyjnego wyznaczenia granicy zastosowania dwóch grup przepisów wprowadzających zróżnicowane standardy ochrony życia i zdrowia dziecka w okresie prenatalnym i postnatalnym przedstawiciele doktryny i judykatury odwołują się do przyjętej w Kodeksie karnym terminologii i starają się dokładnie rozgraniczać zakres pojęć „dziecko poczęte” oraz „człowiek”. Przywiązują przy tym szczególną wagę do treści przepisu art. 149 KK, w którym ustawodawca kryminalizując zamachy na życie podjęte „w okresie porodu” nie posługuje się pojęciem „dziecko poczęte”, lecz używa zwrotu „dziecko”. W konsekwencji zwoleńcy tzw. kryterium położniczego w momencie rozpoczęcia porodu (wystąpienia pierwszych bólów porodowych) dostrzegają granicę oddzielającą wskazane dwa etapy życia ludzkiego. Według innych takimi wyznacznikami mają być: początek samodzielnego oddychania (kryterium fizjologiczne) lub oddzielenie rodzącego się dziecka od ciała matki

²¹ Zob. K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 845.

(kryterium przestrzenne), a także różne kryteria mieszane²².

Sąd Najwyższy w postanowieniu z 30 października 2008 r.²³ wyróżnił aż trzy istotne dla rozstrzygnięcia tej kwestii okoliczności. W powołanym orzeczeniu została sformułowana następująca teza: „Pełna prawno-karna ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu od:

- a. rozpoczęcia porodu (naturalnego),
- b. w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu,
- c. w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności”.

W kolejnym wyroku z 27.9.2010 r.²⁴, z przesłanki, że „ochrona dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki, aktualizuje się także z chwilą zaistnienia medycznych wskazań do niezwłocznego zakończenia ciąży cesarskim cięciem”, Sąd Najwyższy wyprowadził wniosek o istnieniu obowiązku sprawowania tej ochrony przez lekarza już od „chwili wystąpienia zagrożenia płodu w stopniu uzasadniającym prawdopodobieństwo zaistnienia konieczności dokonania zabiegu, a więc w procesie diagnostycznym”.

IX.

Na tle nakreślonego modelu ochrony życia i zdrowia dziecka można wskazać przykłady, w jaki sposób w aktualnym stanie prawnym kondycja psychofizyczna i status prawny dziecka – ofiary przestępstwa oddziałują na kwalifikację prawną czynu.

Okolicznością wpływającą na surowsze zagrożenie karą przy zabójstwie jest szczególne okrucieństwo w zachowaniu sprawcy (art. 148 § 2 pkt 1 KK), przez co należy rozumieć zadawanie ofierze dodatkowych cierpień, których charakter i intensywność wykraczają znacznie poza potrzebę realizacji zamierzonego skutku w postaci śmierci ofiary²⁵. O szczególnym okrucieństwie nie decyduje jednak sam sposób zachowania sprawcy czy użycie niebezpiecznych przedmiotów. Za kwalifikacją czy-

²² Zob. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego, Komentarz*, Warszawa 2000, s. 21-214; S. Pikulski, [w:] Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym. System Prawa Karnego*, t. 10, Warszawa 2016, s. 16-19.

²³ Postanowienie Sądu Najwyższego z 30 października 2008 r. (I KZP 13/08, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa 2008, Nr 11, poz. 90).

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2010 r. (V KK 34/10, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa 2010, Nr 12, poz. 105).

²⁵ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10 maja 2001 r. (II AKa 78/01, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2001, nr 5, poz. 26), wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19 kwietnia 2001 r. (II AKa 80/01, „Wokanda” 2002, nr 7–8, 2003, Nr 4, poz. 57), wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12 września 2002 r. (II AKa 220/02, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, nr 10, poz. 53), wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10 listopada 2005 r. (II AKa 298/05, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8, poz. 22), wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 8 października 2015 r. (II AKa 185/15, Legalis).

nu jako zabójstwa ciężkiego na podstawie art. 148 § 2 pkt 1 KK mogą przemawiać subiektywne odczucia i cechy ofiary wynikające z jej stanu zdrowia lub wieku, np. okoliczność, iż ofiarą jest dziecko.

Innym przykładem jest ocena prawna zachowania polegającego na doprowadzeniu człowieka namową lub przez udzielenie pomocy do targnięcia się na własne życie. Stanowi ono czyn zabroniony kryminalizowany w art. 151 KK i zagrożony karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Jeżeli jednak ofiarą, wobec której oddziaływał sprawca, byłoby dziecko, osoba niedojrzała, która z uwagi na właściwości psychiczne i stopień rozwoju nie zdaje sobie sprawy w podejmowanych czynności, należałoby rozważyć zasadność zakwalifikowania takiego czynu jako zabójstwa z art. 148 KK²⁶.

X.

Analizując aktualny stan prawny nie sposób pominąć podejmowanych w ostatnim czasie licznych prób wzmocnienia prawnokarnej ochrony dziecka. Wspomnieć należy m.in. o zrealizowanych już propozycjach podwyższenia surowości prawnokarnych ocen przejawów wykorzystywania seksualnego dzieci, wprowadzonych jako reakcja na zagrożenia wynikające z dostępu do nowych technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych przez ich sprawców. Na szczególną uwagę zasługują nowe typy czynów zabronionych, będące przejawem tzw. kryminalizacji na przedpolu czynu zabronionego, jak np. zakaz nawiązywania za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej kontaktu z małoletnim poniżej lat 15 w celu wykorzystania seksualnego (art. 200a § 1 KK), zakaz składania małoletniemu do lat 15 za pośrednictwem takiego systemu lub sieci propozycji obcowania płciowego lub innego wykorzystania seksualnego (art. 200a § 2 KK) i zakaz publicznego propagowania zachowań o charakterze pedofilskim (200b KK)²⁷.

Nie doczekał się natomiast wprowadzenia w życie projekt nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2013 roku²⁸, przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego. Znajdowała się w nim propozycja wprowadzenia gruntownych zmian w rozdziale XIX polegających m.in. na:

1. zintensyfikowaniu i rozszerzeniu prawnokarnej ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki;

²⁶ Zob. K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 873; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 13 listopada 2009 r. (II Aka 276/09, „Kraakowskie Zeszyty Sądowe” nr 4, poz. 52).

²⁷ Zob. K. Wiak, *Nowe tendencje w zakresie przeciwdziałania przestępstwom związanym z wykorzystywaniem dzieci w celach seksualnych na tle nowelizacji Kodeksu karnego*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*. t. I, Toruń 2012, s. 490-505.

²⁸ *Projekt z dnia 5 listopada 2013 r. Ustawa z dnia... 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, tekst dostępny na stronie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/>

2. modyfikacji znamion typów czynów zabronionych ustanawiających ochronę życia i zdrowia dziecka poczętego niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki;
3. dookreśleniu przesłanek dopuszczalnej aborcji;

Na uwagę zasługuje również wyrażona w treści projektowanego art. 162 a § 1 KK propozycja Komisji Kodyfikacyjnej, aby przepisy przewidujące odpowiedzialność karną za czyny skierowane przeciwko życiu i zdrowiu człowieka stosować również do czynów skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu dziecka poczętego, zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki.

Ustawą z 23 marca 2017 r. nowelizującą Kodeks karny²⁹ do okoliczności wpływających na wymiar kary (art. 53 § 2 KK) *expressis verbis* zaliczono popełnienie przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub na stan zdrowia. W konsekwencji, wymierzając sprawcy karę, w każdym przypadku sąd powinien uwzględnić to, iż pokrzywdzonym jest dziecko. Uzasadniając takie rozwiązanie projektodawcy stwierdzili: „Wprowadzenie dodatkowej okoliczności do dyrektyw wymiaru kary spowoduje, że sądy wymierzając karę, we wszystkich sprawach karnych będą zobowiązane do sprawdzenia, czy przestępstwo nie zostało popełnione na szkodę małoletniego. W przypadku ustalenia, że tak było, sąd powinien wymierzyć karę wyższą niż w przypadku przestępstwa analogicznego, ale popełnionego bez szkody na małoletnim. Zmiana w art. 53 § 2 k.k. powoduje, że przedkładany projekt kompleksowo chroni dobra małoletnich. Ochrona odbywa się nie tylko przez pryzmat przepisów, w których wprost wprowadzono znamię małoletniości ofiary, ale także poprzez obowiązek uwzględnienia dóbr małoletniego w każdej sprawie karnej”³⁰.

Powyższe uzasadnienie legło również u podstaw wprowadzenia nowych typów kwalifikowanych przestępstw: pozbawienia wolności (art. 189 § 2a KK) oraz znęcania się (art. 207 § 1a KK), jeżeli czyn skierowany był przeciwko osobie nieporadnej ze względu na wiek, stan psychiczny lub fizyczny.

XI.

Problematyka prawnokarnej ochrony podstawowych praw dziecka jest obszerna i w niniejszym opracowaniu nawet nie zostały zasygnalizowane liczne zagadnienia wiążące się wprost lub pośrednio z ochroną życia i zdrowia dziecka, jak odpowiedzialność za rozpijanie i udzielanie środków odurzających małoletnim, dopuszczalne granice karcenia wychowawczego, środki reagowania na zaniedbania wychowawcze czy stosowanie środków karnych, np. w postaci zakazu wykonywania zawodu związanego z wychowaniem lub edukacją małoletnich w razie skazania na

²⁹ Ustawa z 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2017 r., poz. 773).

³⁰ Uzasadnienie Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, druk nr 846, Sejm RP VIII kadencji, s. 4; <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C82FD2CA-F85A8A2FC125803500244863/%24File/846.pdf>.

karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego.

W aktualnym stanie prawnym szczególne wątpliwości budzi nierówna ochrona życia i zdrowia dziecka, uzależniona od fazy jego rozwoju. Nie wydaje się być ona zgodna ze standardami nakreślonymi w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, w świetle których brak jest aksjologicznego uzasadnienia dla przyjęcia porodu jako podstawy istnienia takich „przepełowionych” regulacji prawnych.

Opracowanie spójnego modelu ochrony życia i zdrowia dziecka powinno również zawierać adekwatną odpowiedź na nowe zagrożenia, takie jak eksperymenty na embrionach, cyber-przestępczość czy handel ludźmi. Wprowadzając takie rozwiązania ustawodawcy powinno towarzyszyć mocne przekonanie, że dziecku, jako człowiekowi, przysługuje przyrodzona godność ludzka.

Rozważając aktualny stan prawny oraz perspektywy jego rozwoju w zakresie ochrony prawa do życia i zdrowia dziecka warto pamiętać o słowach wypowiedzianych przed niemal 40 laty przez Ojca Świętego Jana Pawła II: „Troska o dziecko, jeszcze przed jego narodzeniem, od pierwszej chwili poczęcia, a potem w latach dziecięcych i młodzieńczych, jest pierwszym i podstawowym sprawdzianem stosunku człowieka do człowieka”³¹.

³¹ Jan Paweł II, *Przemówienie na Zgromadzeniu Ogólnym Narodów Zjednoczonych*, pkt 21, 2 października 1979 r., „Acta Apostolicae Sedis” 1979, 71, s. 1159.

PRAWNA OCHRONA DZIECKA PRZED WYKORZYSTANIEM SEKSUALNYM

I. Wstęp

Mówiąc o tematyce związanej z ochroną dziecka należy pamiętać, że „Dzieci to przyszli ludzie. Więc dopiero będą, więc jakby ich jeszcze nie było. A przecież jesteśmy, żyjemy, czujemy, cierpimy”².

Także papież Jan Paweł II przypomniał, że dzieci narażone są współcześnie na różnorakie krzywdy: „nie brak nieletnich głęboko zranionych przez przemoc dorosłych: nadużycia seksualne, przymuszanie do prostytucji, wciągnięcie w sprzedaż i zażywanie narkotyków; dzieci zmuszane są do pracy lub rekrutowane do wojska; na całe życie pozostają urazy niewinnych z rodzin rozbitych; nie oszczędza maluczkich haniebną handel organami i ludźmi”³.

W polskiej procedurze karnej, jak również w kodeksie karnym, nie zawarto legalnej definicji terminu „dziecko”. Przyjąć zatem należy, że istotne znaczenie ma definicja Organizacji Narodów Zjednoczonych, Rady Społecznej i Gospodarczej, zawarta w wytycznych dotyczących wymiaru sprawiedliwości w sprawach, w których ofiarami lub świadkami przestępstw są dzieci⁴. W świetle przywołanego aktu, dzieci, które są ofiarami lub świadkami przestępstw, to dzieci i nieletni poniżej 18 roku życia, bez względu na ich role w przestępstwie lub procesie prowadzonym przeciwko domniemanemu sprawcy lub grupie sprawców. W Konwencji o Prawach Dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r.⁵ sprecyzowano, iż dziecko to każda istota ludzka poniżej 18 lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletniość⁶.

Podkreślić należy, że o problematyce przestępczości seksualnej pisze się w ostatnich latach ze stale rosnącą siłą. Nieaktualne stały się czasy, gdzie zagadnienia przestępczości w sferze stosunków seksualnych były traktowane „po macoszemu”⁷. Jednocześnie można odnieść wrażenie, że im szerszy zakres problemów uregulowa-

¹ Dr Anna Dziergawka – Sędzia Sądu Rejonowego w Bydgoszczy.

² Por. J. Korczak, *Szare dni. Pisma wybrane*, t. III, Warszawa 1978, s. 403.

³ Orędzie Jana Pawła II wygłoszone podczas Wielkiego Postu w 2004 roku.

⁴ Rezolucja przyjęta w dniu 22 lipca 2005r., nr 20/2005.

⁵ Dz. U. z 1991r., Nr 120, poz. 526.

⁶ Polski Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964r., Nr 16, poz. 93 ze zm.) w art. 10 określa granice pełnoletniości na wiek 18 lat. Taką osobę Kodeks cywilny nazywa małoletnim. Jednakże pełnoletniość małoletni może uzyskać również wcześniej, poprzez zawarcie małżeństwa. Z kolei Kodeks karny w art. 10 określa granice odpowiedzialności karnej sprawcy na 17 lat.

⁷ Por. M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 5.

no, tym więcej wątpliwości pojawia się w praktycznym funkcjonowaniu tych przepisów. Momentami trudno nie wyrazić poglądu, że w ostatnich latach szermowanie hasłem o konieczności wzmagania ochrony dzieci przed wykorzystaniem seksualnym, pozwala na uchwalenie i wprowadzenie w życie właściwie każdego przepisu, także takiego, który ochronę tę osłabia⁸. Niewątpliwie społeczeństwo stało się bardziej świadome zjawiska dotyczącego małoletnich pokrzywdzonych czynami na tle seksualnym i przestało je tolerować, co równocześnie spowodowało zwiększenie liczby zgłaszanych przypadków⁹. Także w mediach pojawiają się informacje o licznych przypadkach molestowania seksualnego dzieci, które oburzają opinię publiczną¹⁰. O ile w latach 80 twierdzono, że seksualne wykorzystanie dzieci nie dotyczy społeczności polskiej¹¹, to obecnie o skali tego zjawiska mówi się jako o „epidemii XX wieku”¹². Skutki wykorzystywania seksualnego dziecka obejmują: depresję, zespół stresu pourazowego, zaburzenia lękowe, skłonność do wykorzystywania dzieci w wieku dorosłym, naruszenie prawidłowego rozwoju seksualnego, a także fizyczne uszkodzenia ciała dziecka. Szczególnie dotkliwe i długoterminowe urazy psychiczne dotyczą dzieci – ofiar kazirodztwa rodzicielskiego¹³. Podkreślić należy z całą stanowczością, że nie ma pedofilii dobrej dla rozwoju dziecka¹⁴. Każde zachowanie osoby dorosłej, starszej wobec dziecka, które służy podniecaniu się i zaspokajaniu popędu seksualnego, jest przemocą seksualną wobec tego dziecka. Seksualna aktywność pomiędzy osobą dorosłą a dzieckiem zawsze opiera się na wykorzystywaniu władzy, przewagi dorosłego nad dzieckiem, dlatego traktowana jest jako wykorzystanie seksualne dziecka. Nie ma więc możliwości wyodrębnienia, co w pedofilskich stosunkach jest dobre, a co złe; niezależnie od tego, czy źródłem takich zależności jest uczucie, czy strach, ponieważ wszystkie prowadzą do wykorzystania słabszej pozycji bezbronnego dziecka¹⁵.

Odnośnie tematyki dotyczącej włączania dzieci do aktywności seksualnej osób dorosłych stosuje się zamiennie terminy: „przemoc seksualna wobec dzieci”; „wykorzystywanie seksualne”; „krzywdzenie seksualne”; „molestowanie seksualne” czy też „nadużycie seksualne”¹⁶. Światowa Organizacja Zdrowia proponuje używa-

⁸ Por. Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 200a, 2017, wyd. 4, teza 69, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.). Szerzej ten problem zostanie przedstawiony przy omawianiu art. 200a k.k. oraz art. 199 k.k.

⁹ Tak: J. Mierzwińska-Lorencek, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 16.

¹⁰ Np. sprawa Michaela Jacksona, Andrzeja Samsona, dyrygenta chóru „Polskie Słowiki”- Wojciecha Krollopa.

¹¹ Z. Lew-Starowicz, *Seks nietypowy*, Warszawa 1988, s. 143.

¹² V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 65.

¹³ Szerzej: M. Beisert, *Kazirodztwo: rodzice w roli sprawców*, Warszawa 2008; B. Pietkiewicz, *Tata się tylko tak wygłupia*, „Polityka” 2008, nr 19, s. 112-114; K. Pospiszyl, *Rola matki w kazirodczych kontaktach ojca z córką*, „Małżeństwo i Rodzina” 2005, nr 1-2, s. 48-51.

¹⁴ M. Kopiński, M. Kącki, *Boylover to próba zmiękczenia pedofilii*, „Gazeta Wyborcza” z 11 kwietnia 2006 r., tekst artykułu dostępny na stronie: <http://www.gazeta.pl>.

¹⁵ J. Mierzwińska-Lorencek, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 31.

¹⁶ Por. J. Mierzwińska-Lorencek, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 32.

nie terminu „przemoc seksualna” przez którą rozumie się wykorzystywanie dzieci dla uzyskiwania przyjemności seksualnej przez osoby dorosłe. Jest to „włączanie dziecka w aktywność seksualną, której nie jest ono w stanie w pełni zrozumieć i udzielić na nią świadomej zgody i/lub na która nie jest dojrzałe rozwojowo i nie może zgodzić się na ważny prawnie sposób i/lub która jest niezgodna z normami prawnymi lub obyczajowymi danego społeczeństwa. Z wykorzystywaniem seksualnym mamy do czynienia, gdy taka aktywność wystąpi pomiędzy dorosłym a dorosłym lub dzieckiem a innym dzieckiem, jeśli te osoby ze względu na wiek bądź stopień rozwoju pozostają w relacji opieki, zależności i władzy. Celem takiej aktywności jest zaspokojenie potrzeb innej osoby. Aktywność taka może dotyczyć:

- namawiania lub zmuszania dziecka do angażowania się w prawnie zabronione czynności seksualne;
- wykorzystywanie dziecka do prostytucji lub innych prawnie zakazanych praktyk o charakterze seksualnym;
- wykorzystywania dziecka do produkcji materiałów lub przedstawień o charakterze pornograficznym”¹⁷.

W regulacjach unijnych wykorzystanie seksualne zostało zdefiniowane jako:

- nakłanianie lub zmuszanie dziecka do uczestniczenia w jakiegokolwiek bezprawnej czynności seksualnej;
- czerpanie korzyści z udziału dziecka w prostytucji lub innych bezprawnych praktykach seksualnych;
- czerpanie korzyści z udziału dzieci w pornograficznych prezentacjach lub materiałach, włączając w to produkcję, sprzedaż, rozpowszechnianie lub inne formy handlu takimi materiałami oraz posiadanie takich materiałów¹⁸.

Istotnym jest także, że coraz częściej zwraca się uwagę na fakt, że udział małoletniego w postępowaniu przygotowawczym i procesach sądowych jest dla niego kolejnym źródłem cierpienia i poczucia zagubienia. Wskazuje się na wtórną wiktyimizację dziecka wynikającą z wielokrotnych przesłuchań, długotrwałych procesów, braku pomocy i wsparcia, braku profesjonalizmu osób przesłuchujących czy złych regulacji postępowania karnego. Dlatego zamiarem autora jest dokonanie analizy przepisów prawa karnego w zakresie typizacji przestępstw na tle seksualnym popełnianych na szkodę dzieci oraz regulacji karnych i karnoprosesowych pod kątem instrumentów chroniących małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym oraz ich skuteczności. Generalnym założeniem artykułu jest zaprezentowanie karnych i procesowych środków uwzględniających potrzebę poszanowania praw dziecka na

¹⁷ M. Sajkowska, *Wykorzystywanie seksualne dzieci – ustalenia terminologiczne, szacowanie skali zjawiska, oblicza problemu społecznego*, [w:] M. Sajkowska (red.), *Wykorzystywanie seksualne dzieci. Teoria, badania, praktyka*, Warszawa 2004, s. 8-9.

¹⁸ Wspólne działanie Rady 96/700/WSiSW z dnia 29 listopada 1996 roku ustanawiające program zachęt i wymiany dla osób odpowiedzialnych za zwalczanie handlu ludźmi i seksualnego wykorzystywania dzieci (STOP), Dz. Urz. WE L 322 z 12.12.1996, s. 7; Wspólne działanie Rady 97/154/WSiSW z dnia 24 lutego 1997 roku dotycząc działań mających na celu zwalczanie handlu ludźmi i seksualnego wykorzystywania dzieci, Dz. Urz. WE L 63 z 04.03.1997, s. 2.

tle normatywnym, dogmatycznym i pragmatycznym. Przedstawiona problematyka dotyczy aktualnych problemów w polskim prawie karnym, wraz ze wskazaniem ich etiologii. Zostanie zatem poruszona problematyka wykorzystania seksualnego małoletnich w odniesieniu do regulacji prawa karnego materialnego oraz problematyka karnoprosesowa, ze wskazaniem nowych rozwiązań prawnych i środków ochrony przed osobami skazanymi za przestępstwa seksualne wobec dzieci.

II. Typizacja przestępstw seksualnych na szkodę dzieci w polskim prawie karnym

a) Uwagi ogólne

Na wstępie przypomnieć wypada, że w ujęciu tradycyjnym przedmiotem ochrony była tzw. obyczajność (moralność) w dziedzinie płciowej. Obyczajność rozumiano jako zbiór reguł rządzących zachowaniem ludzi w sferze seksualnej w aktualnej formacji społeczno – kulturowej i ściśle wiązano ją ze sferą moralności. Z czasem racjonalizację moralistyczną zaczęto zastępować racjonalizacją wolnościowo – wiktymologiczną i coraz większą popularność zaczęło zdobywać podejście wolnościowe¹⁹. Obyczajność w dziedzinie płciowej, rozumiana jako niepodzielne i abstrakcyjne dobro prawne, musiała więc ustąpić miejsca bardziej zindywidualizowanemu dobru prywatnemu, jakim stała się integralność i wolność jednostki. Dobrem tym stała się tzw. wolność seksualna, zwana inaczej wolnością samostanowienia seksualnego, tj. wolność w zakresie dyspozycji własnym życiem płciowym, jak też wolność przed niepożądanymi przez daną osobę atakami seksualnymi²⁰.

Zdaniem W. Świdy wolność seksualna, jako jeden z rodzajów wolności, jest „przejawem obyczajności w dziedzinie płciowej, a więc dotyczy przyjętych w społeczeństwie norm moralnych w tej dziedzinie”²¹. Podobny pogląd wyraża M. Filar, twierdząc, że wolność seksualna „nie wydaje się być wartością samoistną i niezależną, lecz pochodną innej wartości, jaką jest powstała na gruncie aktualnych stosunków społecznych obyczajowość seksualna”²².

Odmiennego zdania jest L. Gardocki, który uznaje wolność seksualną za element szeroko rozumianej wolności, która może występować w różnych odmianach i nie wiąże się z nadrzędną kategorią obyczajności. Zdaniem tego autora, obyczajność, rozumiana jako „pewien system norm społecznych (głównie moralnych) regulujących zachowania się ludzi w sferze seksualnej”, jest samodzielnym i równo-

¹⁹ Szerzej: J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 38.

²⁰ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 24-25. Szerzej na temat wolności seksualnej: A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prok. i Pr.” 2007, nr 4, s. 133-147.

²¹ W. Świda, *Prawo karne*, wyd. 3, Warszawa 1986, s. 497-498.

²² M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych*, [w:] I. Andrejewa, L. Kubickiego, J. Waszczyńskiego (red.), *System prawa karnego*, t. 4, cz. 2, O przestępstwach w szczególności, Wrocław 1989, s. 152.

rzędny wobec wolności seksualnej przedmiotem ochrony²³.

Na podobnym stanowisku stoi również J. Warylewski, który zwracając uwagę na zmiany w świadomości społecznej i przywiązywanie coraz większego znaczenia do praw człowieka stwierdził, że wolność seksualna nie powinna być traktowana jedynie jako pochodna obyczajności. Za źródło wolności seksualnej w sensie normatywnym należy uznać prawa i wolności gwarantowane przez konwencje międzynarodowe oraz Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej²⁴. Mimo, że w aktach prawa międzynarodowego i Konstytucji RP brak jest bezpośredniego odwołania do dobra prawnego w postaci wolności seksualnej, uznać należy, że mieści się ono w prawie do prywatności, które jest zaliczane do podstawowych praw i wolności człowieka. W sensie normatywnym prawo do prywatności zakłada uprawnienie jednostki do takiego ukształtowania sfery życia prywatnego, aby była ona niedostępna dla innych, a tym samym wolna od ingerencji²⁵. Jednym z dóbr wchodzących w skład prawa do prywatności jest niewątpliwie wolność seksualna, mająca ogromne znaczenie dla rozwoju osobowości człowieka, stylu życia, nawiązywania kontaktów międzyludzkich. Ponadto sfera seksualna jako źródło przyjemności należy do przeżyć jak najbardziej prywatnych i osobistych²⁶. Wskazuje się też, że konieczność ochrony tej sfery wynika z przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka²⁷.

Ustawodawca polski typizuje czyny zamieszczone w rozdziale XXV k.k. jako „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Tym samym wskazuje na dwa przedmioty ochrony: wolność seksualną i obyczajność. Powodem zebrania tych czynów w jednym rozdziale jest fakt, że zazwyczaj oba te dobra są atakowane łącznie. Kierując się postulatami doktryny, kodeks ten pomija takie określenia, jak „czyn niezgodny” oraz „czyn lubieżny”. Zamiast tych pojęć Kodeks ten posługuje się wyrażeniami w mniejszym stopniu cennymi i pozbawionymi z góry negatywnego zabarwienia. Rozróżnia „obcowanie płciowe” i „inne czynności seksualne”²⁸.

Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej są zbliżone charakterem do przestępstw przeciwko wolności, w tym przypadku zagrożonej różnymi formami przymusu. Są to takie formy zachowań, które atakują wolność życia seksualnego poprzez łamanie oporu ofiary, albo dlatego, że ofiara z uwagi na specyficzne znamiona sytuacyjne nie ma w ogóle możliwości samostanowienia seksualnego, bądź możliwość ta jest istotnie ograniczona. Powszechnym i najbardziej ogólnym kryterium wyróżniania przestępstw seksualnych jest ich ścisły związek ze sferą seksualną

²³ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 239, 243 i dalej.

²⁴ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 13.

²⁵ A. Sakowicz, *Prywatność jako samoistne dobro prawne (per se)*, „PiP” 2006, z. 1, s. 26-27.

²⁶ Tak: J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 40.

²⁷ Por. Rozdział XXV KK, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2018, wyd. 5, teza 1, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

²⁸ *Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniem*, Warszawa 1997, s. 196-197.

człowieka (życiem płciowym)²⁹.

Wolność seksualna jest wolnością człowieka do samostanowienia³⁰, czy inaczej do swobodnego dysponowania własnym życiem seksualnym³¹ wolnym od przymusu³², jednak z ograniczeniami typowymi dla wszelkich wolności osobistych – bez naruszenia praw innych osób, przepisów prawa i dobrych obyczajów³³. Takie ujęcie wolności seksualnej oznacza, że ma ona zarówno aspekt pozytywny („do”), jak i negatywny („od”). Ten pierwszy polega na swobodnym kształtowaniu własnego życia seksualnego – wchodzenia w relacje seksualnie z dowolnie wybranym partnerem lub powstrzymywania się od nich³⁴. Drugi natomiast oznacza brak konieczności znoszenia niechcianych zachowań seksualnych ze strony innych osób³⁵.

Obyczajność w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego to podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych³⁶. Ochrona obyczajności znajduje zatem uzasadnienie z jednej strony w potrzebie wyznaczania standardu postępowania człowieka korzystnego z punktu widzenia życia społecznego (np. ograniczenia wynikające z kryminalizacji prostytucji, pornografii czy kazirodztwa), z drugiej natomiast – w potrzebie ochrony podmiotów słabszych, które nie są w stanie w pełni świadomie podejmować decyzji co do własnego życia płciowego (np. dzieci lub osoby nieporadne)³⁷. Przy czym obyczajność z samej swej natury jest pojęciem płynnym, podlegającym ewolucji, co musi być uwzględniane zarówno przez ustawodawcę na etapie typizacji czynów zabronionych przeciwko obyczajności, jak i przez organy stosujące prawo przy ich wykładni i subsumpcji stanów faktycznych³⁸.

Rozdział XXV jest także wyrazem realizacji obowiązków wynikających z międzynarodowej ochrony w zakresie przestępczości seksualnej. Na szczególną

²⁹ Tak: J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 40; J. Warylewski, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 911.

³⁰ Por. Rozdział XXV KK, A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2018, wyd. 5, teza 2, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

³¹ A. Michalska -Warias, *Ustawowe znamiona przestępstwa zgwałcenia*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Zgwałcenie*, Warszawa 2010, s. 33.

³² J. Wojciechowska, [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2001, s. 91.

³³ J. Warylewski, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2016, s. 681; J. Warylewski, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 912-913; uchwała SN z 21.12.1972r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973, nr 2-3, poz. 18; wyrok SN z 10.03.1976r., IV KR 3/76, OSNKW 1976, nr 9, poz. 113.

³⁴ Por. M. Budyn-Kulik, *Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, PDW 2008, nr 5 – Sprawy karne, s. 132.

³⁵ Por. Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117-221*, 2017, wyd. 4, teza 3, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

³⁶ Uchwała SN z 13.04.1977r., VII KZP 30/76, OSNKW 1977, nr 12, poz. 58.

³⁷ Por. Rozdział XXV KK., [w:] A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2018, wyd. 5, teza 3, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

³⁸ Por. Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117-221*, 2017, wyd. 4, teza 4, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

uwagę zasługują postanowienia Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, który zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. g za zbrodnie przeciwko ludzkości uznaje m.in. zgwałcenie, niewolnictwo seksualne, przymusową prostytutkę, wymuszoną ciążę, przymusową sterylizację oraz jakiegokolwiek inne formy przemocy seksualnej porównywalnej wagi, jeżeli czyny te zostały popełnione w ramach rozległego lub systematycznego, umyślnego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej³⁹. Zgodnie zaś z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, istnieje obowiązek współpracy państw członkowskich UE w sprawach karnych, w tym ustanawiania minimalnych norm w dziedzinie szczególnie poważnej przestępczości o charakterze transgranicznym, przy czym art. 83 TFUE wskazuje, że do takiej przestępczości zaliczają się m.in. seksualne wykorzystywanie dzieci i przestępczość komputerowa⁴⁰.

Konieczność zapewnienia ochrony małoletnim ze strony państwa wynika z art. 24 ust. 1 MPPOiOP, a także z art. 7 ust. 10 Europejskiej Karty Społecznej z 18.10.1961 r.⁴¹. Na potrzebę ochrony małoletnich przed wykorzystaniem seksualnym wskazuje także Konwencja o Prawach Dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 20.11.1989 r.⁴². Jej art. 34 stanowi o obowiązku państw – stron ochrony dzieci przed wszelkimi formami wyzysku seksualnego i nadużyć seksualnych. Konwencja zobowiązuje państwa – strony do podjęcia właściwych kroków o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania nakłanianiu lub zmuszaniu dziecka do jakichkolwiek nielegalnych działań seksualnych; wykorzystywaniu dzieci do prostytucji lub innych nielegalnych działań seksualnych; wykorzystywaniu dzieci w pornograficznych przedstawieniach i materiałach⁴³. Protokół dodatkowy do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii przyjęty w Nowym Jorku 25.05.2000 r.⁴⁴ w art. 3 zobowiązuje państwa – strony w kontekście handlu dziećmi do spenalizowania oferowania, dostarczenia lub przyjęcia dziecka w jakikolwiek sposób w celu m.in. seksualnego wykorzystania dziecka. Należy zwrócić uwagę także zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy Nr 11 z 2000 r. w sprawie działania przeciwko handlowi istotami ludzkimi w celu ich seksualnego wykorzystania, a także Nr 16 z 2001 r. w sprawie ochrony dzieci przed seksualnym wykorzystaniem⁴⁵. Dodatkowo uchwała Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 10.05.2002 r. zaleca państwom przygotowanie trzyetapowego planu działania (do 2015 r.) mającego stwarzać dzieciom możliwe najlepsze warunki startu życiowego, i obejmującego m.in. ochronę przed wykorzystaniem seksualnym. Wykonując to zalecenie, Ministerstwo

³⁹ Por. Rozdział XXV KK., [w:] A. Grześkowiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, 2018, wyd. 5, teza 4, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 r.).

⁴⁰ Cyt. za: Rozdział XXV KK., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 200, 2017, wyd. 4, teza 13, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

⁴¹ Dz. U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67 ze zm.

⁴² Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.

⁴³ Por także: M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne aspekty pedofilii (analiza dogmatyczna i wyniki badań empirycznych)*, „CzPKiNP” 2006, nr 2, s. 56-57.

⁴⁴ Dz. U. z 2007 r. Nr 76, poz. 494.

⁴⁵ Cyt. za Rozdział XXV KK., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 200, 2017, wyd. 4, teza 10, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

Edukacji Narodowej od lutego 2003 r. prowadzi działania wynikające z planu⁴⁶. Kolejnym istotnym w omawianym zakresie aktem prawa międzynarodowego jest Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, przyjęta w Lanzarote 25.10.2007 r. Artykuł 18 tej Konwencji stanowi m.in., że udział w czynnościach seksualnych z dzieckiem, które zgodnie z właściwymi przepisami prawa krajowego nie osiągnęło wieku umożliwiającego mu wyrażenie zgody na podejmowanie czynności seksualnych, stanowić powinien przestępstwo; penalizowane powinno być ponadto zachowanie polegające na udziale w czynnościach seksualnych z dzieckiem, które następuje z użyciem przymusu, siły lub groźby, które jest nadużyciem szczególnej sytuacji dziecka, zwłaszcza jego niepełnosprawności, także psychicznej lub fizycznej, lub sytuacji zależności, bądź następuje w wyniku nadużycia zaufania, władzy lub wpływu na dziecko, w tym w rodzinie. W grę wchodzi także art. 21 Konwencji stanowiący o obowiązku penalizacji udziału dziecka w przedstawieniach o charakterze pornograficznym. Ponadto art. 22 Konwencji nakazuje penalizację demoralizacji dzieci, rozumianej jako obecność dzieci, które nie osiągnęły wieku przyzwolenia, w czasie wykorzystywania seksualnego lub czynności seksualnych, nawet jeżeli same w nich nie uczestniczą⁴⁷.

Na zakończenie warto wskazać na dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2011/92/UE z 13.12.2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującą decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW⁴⁸, w szczególności jej art. 3 ust. 4, który stanowi, że podejmowanie czynności seksualnych z udziałem dziecka, które nie osiągnęło wieku przyzwolenia, podlega sankcji karnej w maksymalnym wymiarze co najmniej 5 lat pozbawienia wolności. Z kolei art. 3 ust. 5 wskazanej dyrektywy stanowi m.in., że podejmowanie czynności seksualnych z udziałem dziecka, w przypadku gdy:

1. Dochodzi do nadużycia uznanego stosunku zaufania, władzy lub wpływu na dziecko, podlega sankcji karnej w maksymalnym wymiarze co najmniej 8 lat pozbawienia wolności, jeżeli dziecko nie osiągnęło wieku przyzwolenia, i co najmniej 3 lat pozbawienia wolności, jeżeli dziecko osiągnęło ten wiek;
2. Dochodzi do wykorzystania szczególnej bezbronności dziecka, w szczególności wynikającej z jego niepełnosprawności umysłowej lub fizycznej lub stosunku zależności, podlega sankcji karnej w maksymalnym wymiarze co najmniej 8 lat pozbawienia wolności, jeżeli dziecko nie osiągnęło wieku przyzwolenia, i co najmniej 3 lat pozbawienia wolności, jeżeli dziecko osiągnęło ten wiek⁴⁹.

⁴⁶ Por. B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełniane za pośrednictwem systemu informatycznego*, Wrocław - Warszawa - Kraków 2004, s. 10 (dostęp w dniu 04.07.2017 r.).

⁴⁷ Cyt. za Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*. Tom I. Komentarz do art. 200, 2017, wyd. 4, teza 12, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 r.).

⁴⁸ Dz. Urz. UE L Nr 335, s. 1.

⁴⁹ Cyt. za Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna*. Tom I. Komentarz do art. 200, 2017, wyd. 4, teza 14, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 r.).

Do przestępstw przeciwko wolności seksualnej zalicza się: zgwałcenie (art. 197 k.k.), wykorzystanie seksualne osoby bezradnej, upośledzonej umysłowo lub niepoczytalnej (art. 198 k.k.), wykorzystanie seksualne przy nadużyciu stosunku zależności lub krytycznego położenia (art. 199 k.k.), czynności seksualne z małoletnim poniżej 15 lat (art. 200 k.k.), nawiązanie kontaktu z małoletnim za pośrednictwem systemu teleinformacyjnego lub sieci telekomunikacyjnej (art. 200a k.k.), publiczne propagowanie zachowań o charakterze pedofilskim (art. 200b k.k.) lub rozpowszechnianie pornografii (art. 202 k.k.), kazirodztwo (art. 201 k.k.), zmuszanie do prostytucji (art. 203 k.k.) oraz nakłanianie do uprawiania prostytucji lub jej ułatwianie, a także czerpanie korzyści z uprawiania prostytucji przez inną osobą (art. 204 k.k.). Przedmiotem opracowania są przede wszystkim przestępstwa popełnione na szkodę dzieci w polskim prawie karnym.

b) Zgwałcenie (art. 197 k.k.)

Przestępstwo zgwałcenia wymaga wystąpienia dwóch elementów łącznie: zachowania z użyciem określonego sposobu w postaci przymusu, podstęp lub groźby bezprawnej, w celu doprowadzenia ofiary do obcowania⁵⁰. Pojęcie „doprowadza” jest aksjologicznie neutralne i wskazuje najczęściej na istnienie związku przyczynowego pomiędzy pewnym warunkiem (przyczyną) a skutkiem⁵¹. Ukrytym znamieniem przestępstwa z art. 197 § 1 k.k. jest brak zgody pokrzywdzonego na ingerencje sprawcy w sferę wolności seksualnej⁵². Należy zgodzić się z poglądem, że immanentną cechą zgwałcenia świadcząca o braku zgody osoby pokrzywdzonej jest opór⁵³. Za zmuszanie należy uznać również taką sytuację, gdy ofiara zmęczona stawianiem oporu nie ma już siły go manifestować, co nie oznacza, że zgadza się poddać woli napastnika⁵⁴, a także sytuację, gdy ofiara rezygnuje ze stawiania oporu z obawy przed wywołaniem większej agresji gwałcicieli co mogłoby prowadzić do zadania jej urazów, a przeto i większych cierpień, aż po skutki najpoważniejsze – w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu czy nawet utraty życia⁵⁵. Znamię w postaci groźby bezprawnej należy rozumieć zgodnie z treścią art. 115 § 12 k.k. Podstęp w odróżnieniu od przemocy czy groźby nie jest uznawany za środek zmuszania, gdyż nie wywołuje on stanu przymusu⁵⁶. Sprawca stosuje podstęp, aby doprowadzić pokrzywdzonego do wyrażenia zgody do poddania się czynności seksualnej lub udziału

⁵⁰ Z. Kallaus, *Przestępstwo zgwałcenia*, „PP” 1985, nr 11, s. 95-101.

⁵¹ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 155.

⁵² J. Warylewski, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2016, s. 683; A. Michalska-Warias, *Ustawowe znamiona przestępstwa zgwałcenia*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Zgwałcenie*, Warszawa 2016, s. 35.

⁵³ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Toruń 1974, s. 93.

⁵⁴ K. Daszkiewicz, *Glosa do wyroku SN z 16.05.1968r.*, VI KZP 49/68, „NP” 1969, nr 5, s. 854.

⁵⁵ Wyrok SA w Krakowie z 15.02.1996r., II AKa 2/96, „Prok. i Pr.” 1996, nr 10, poz. 20.

⁵⁶ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Toruń 1974, s. 105; J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973, s. 74 i dalej.

w akcie płciowym, która bez podstępów nie została wyrażona lub aby uniemożliwić pokrzywdzonemu wyrażenie braku zgody⁵⁷.

Przez obcowanie płciowe rozumie się zarówno sam akt spółkowania (bezpośredni kontakt ciała sprawcy z organami płciowymi ofiary), jak i jego surogaty (kontakt ciała sprawcy z częściami ciała ofiary uznanymi przez sprawcę równoważnie z organami płciowymi pokrzywdzonego, na których lub za pomocą których wyładowuje on swój popęd seksualny, stosunki oralne, analne)⁵⁸. Wątpliwości budzi w doktrynie czy penetracja narządów płciowych lub odbytu przedmiotem stanowi realizację typu z art. 197 § 1 k.k.⁵⁹ czy też z art. 197 § 2 k.k., który mówi o „innej czynności seksualnej”⁶⁰. Przy czym termin „inna czynność seksualna” jest zwrotem niedookreślonym⁶¹ i oznacza czynności inne niż obcowanie płciowe, o którym mowa w § 1 art. 197 k.k.

Zgwałcenie małoletniego poniżej lat 15 stanowi typ kwalifikowany z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. Tak zwane zgwałcenie pedofilskie polega zarówno na obcowaniu płciowym, jak i innej czynności seksualnej w stosunku do małoletniego poniżej 15 roku życia. Przepis ten kryminalizuje jedynie niedobrowolne obcowanie płciowe czy inną czynność seksualną z małoletnim poniżej lat 15. Jeżeli jest ono realizowane przez takiego małoletniego, wówczas odpowiedzialność sprawcy ograniczy się do art. 200 § 1 k.k.⁶² Przy czym zgwałcenie osoby niedojrzałej (dziecka), zwłaszcza gdy sprawca – świadomy następstw w postaci wstrząsu psychicznego lub uszkodzenia organów płciowych ofiary – z całą brutalnością realizuje swój zamiar, może uchodzić za szczególnie okrutne⁶³.

Na zakończenie warto podkreślić, że w aktualnym stanie prawnym przestępstwo zgwałcenia, podobnie jak wszystkie pozostałe przestępstwa z tego rozdziału, ścigane jest w trybie publicznoskargowym z urzędu. Nie oceniając kompleksowo powyższej zmiany, moim zdaniem słusznie uznano, że w przypadku gdy pokrzywdzonym jest małoletni, ściganie kwalifikowanych typów zgwałcenia powinno odbywać

⁵⁷ J. Warylewski, [w:] J. Warylewski (red.), System Prawa Karnego. Przesłpstwa przeciwko dobrom indywidualnym, t. 10, Warszawa 2016, s. 692-693; J. Warylewski, *Przesłpstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 37; M. Filar, *Przesłpstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Toruń 1974, s. 107; wyrok SN z 27.05.1985 r., II KR 86/85, OSNP 1985, nr 11, poz. 152.

⁵⁸ Por. M. Rodzyńkiewicz, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny, Komentarz, Część szczególna, t. II, Kraków 2006, s. 512; M. Bielski, *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „CzPKiNP” 2008, nr 1, s. 216-218; B. Kurzępa, „Inna czynność seksualna” jako znamię przestępstw, „Prok. i Pr.” 2005, nr 5, s. 60-61; M. Filar, *Przesłpstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Toruń 1974, s. 83 i dalej.

⁵⁹ M. Bielski, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny, Komentarz, Część szczególna, t. II, Kraków 2006, s. 697-698; Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117-221, 2017, wyd. 4, teza 55, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 r.).

⁶⁰ Tak: M. Berent, M. Filar, [w:] M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 1214; wyrok SA w Katowicach z 9.11.2011 r., II AKA 142/11, OSA 2012, nr 4, poz. 13.

⁶¹ M. Rodzyńkiewicz, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny, Komentarz, Część szczególna, t. II, Kraków 2006, s. 601; B. Kurzępa, „Inna czynność seksualna” jako znamię przestępstw, „Prok. i Pr.” 2005, nr 5, s. 60-61.

⁶² M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks karny, Komentarz, Warszawa 2007, s. 540.

⁶³ Tak: wyrok SA w Katowicach z 2.06.2011 r., II AKA 142/11, OSA 2012, nr 4, poz. 13.

się z urzędu. W poprzednim stanie prawnym, dobrowolne poddanie się obcowaniu płciowemu czy innej czynności seksualnej przez małoletniego poniżej lat 15 ścigane było z urzędu (i tak jest nadal), natomiast niedobrowolne – na wniosek. Powyższe rozwiązanie było nielogiczne, albowiem ustawodawca surowiej (bo ścigając go z urzędu) traktował sprawcę, gdy małoletni nie tylko nie stawiał oporu, ale często sam zachęcał sprawcę dorosłego do podjęcia czynności seksualnych, a mniej restryktywnie (ścigając w trybie wnioskowym) gdy małoletni stawiał opór⁶⁴.

c) Seksualne wykorzystanie małoletniego

Przedmiotem ochrony art. 200 § 1 k.k., który mówi o obcowaniu płciowym z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszczeniu się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej albo doprowadzeniu jej do poddania się takim czynnościom lub ich wykonania, jest obyczajność i prawidłowy rozwój moralny i fizyczny małoletnich⁶⁵. Dla bytu tego przestępstwa nie ma znaczenia fakt wyrażenia zgody przez małoletniego⁶⁶. Ponadto przepis art. 200 § 4 k.k. określa przestępstwo prezentowania małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby.

Szczególną kategorią wykorzystania seksualnego dzieci jest kazirodztwo, definiowane jako współżycie seksualne między spokrewnionymi osobami. Tradycyjnie podaje się, że za karalnością kazirodztwa przemawiają względy eugeniczne⁶⁷. Ponadto wskazuje się na emocjonalny charakter kryminalizacji tego zachowania⁶⁸. Obecnie takie uzasadnienie budzi poważne wątpliwości⁶⁹, co wiąże się chociażby z faktem, że osób takich może nie łączyć pokrewieństwo biologiczne, co dotyczy np. przysposobionego i przysposabiającego. Należy zgodzić się z ustawodawcą, że utrzymywanie kontaktów seksualnych z bliskimi krewnymi, zwłaszcza w linii prostej i dziećmi, jest naganne, co z kolei powoduje potępienie tego rodzaju zachowań⁷⁰. Podkreślić należy, że w obecnym stanie prawnym, przy nowym brzmieniu art. 197 § 3 pkt 2 k.k., w zakresie gdy osobą pokrzywdzoną zgwałceniem jest małoletni poniżej lat 15, uregulowanie stosunków kazirodczych jest niejasne i budzi problemy kwalifi-

⁶⁴ Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117-221, 2017, wyd. 4, teza 152, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 r.).

⁶⁵ Tak: M. Bielski, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny, Komentarz, Część szczególna, t. II, Kraków 2006, s. 769.

⁶⁶ Por. J. Warylewski, *Karalność praktyk sadomasochistycznych a prawo do prywatności (Interpretacja art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z siedzibą w Strasburgu – sprawa Laskey, Jaggard i Brown przeciwko Wielkiej Brytanii*, „GSP” 1999, nr 4, s. 68.

⁶⁷ Por. więcej: J. Baranowski, *Ratio legis prawnokarnego zakazu kazirodztwa*, „PPK” 1990, nr 3, s. 62 i dalej; J. Leszczyński, *Przestępczość tzw. seksualna a reforma prawa karnego w Polsce*, „Pal.” 1996, nr 3-4, s. 34; tenże, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, „PiP” 1992, nr 2, s. 83-84.

⁶⁸ Por. M. Budyn, *Kryminalizacja eutanazji, posiadania narkotyków oraz eksploatacji prostytutki – przejawy usprawiedliwionego paternalizmu państwa?*, „AUMCS” 2002, Sectio G, Prawo nr 49, s. 128 i dalej.

⁶⁹ Por. M. Ciesielska, *Kazirodztwo w ujęciu genetycznym*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kazirodztwo*, Warszawa 2016, s. 271-278.

⁷⁰ Por. J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa*, dz. cyt., s.70-80; M. Budyn-Kulik, *Prawnokarna*, dz. cyt., s. 59-71.

kacyjne. Wszakże przepis art. 201 k.k. zakazuje jedynie obcowania płciowego między bliskimi krewnymi, ale nie penalizuje wykonywania czy poddawania się innej czynności seksualnej.

d) Seksualne nadużycie stosunku zależności, zaufania lub wykorzystanie krytycznego położenia (art. 198 i art. 199 k.k.)

Indywidualnym przedmiotem ochrony w przypadku art. 198 k.k. jest wolność seksualna osób bezradnych i niepoczytalnych. W odniesieniu do tego przestępstwa nie występuje atak na swobodę procesu decyzyjnego ofiary w sferze przyzwolenia seksualnego, jaki występuje w przypadku przestępstwa zgwałcenia, lecz wykorzystanie tego, że ofiara nie jest w stanie podjąć w sposób niezakłócony i swobodny decyzji woli w powyższym względzie⁷¹. W kontekście ochrony osób małoletnich, wskazać należy, że stan bezbronności w rozumieniu art. 198 k.k. nie musi wiązać się z niemożliwością rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowani swoim postępowaniem (warunek psychologiczny). Osoba bezradna to inaczej osoba bezsilna, słaba lub osłabiona pod względem fizycznym lub umysłowym. Często mówi się o kimś, że jest „bezradny jak dziecko”, co oddaje istotę tego pojęcia⁷².

Podkreślić wypada, że dopiero wskazywana już ustawa z dnia 27.07.2005 r. dodała do art. 199 k.k. przepis § 2 i 3, które dotyczą wprost ochrony małoletniego. Wskazuje się, że indywidualnym przedmiotem ochrony art. 199 § 3 k.k. jest ochrona małoletnich przed demoralizacją⁷³, jak również prawo małoletniego do niezakłóconego rozwoju psychoseksualnego⁷⁴, a w szczególności zwalczanie zjawiska prostytucji nastolatków⁷⁵. Przedmiotem czynności sprawczej z art. 199 § 3 k.k. jest małoletni, czyli osoba, która nie ukończyła lat 18. W obecnym brzmieniu art. 199 § 3 k.k. konstytuuje nowy, nieznany wcześniej przedmiot ochrony, który można określić jako wolność od seksualnego wykorzystania osób pomiędzy 15 a 18 rokiem życia. Zatem wraz z nowelizacją z dnia 27.07.2005 roku pojawiła się w Kodeksie karnym z 1997 roku całkiem nowa kategoria przestępstw seksualnych popełnionych na szkodę małoletniego⁷⁶. Chociaż nie wynika to wprost z treści przepisu, faktycznie przedmiotem czynności wykonawczej może być jedynie małoletni powyżej 15 roku życia⁷⁷. Małoletni w wieku poniżej 15 lat korzysta z o wiele szerszej ochrony pod względem przedmiotowym i su-

⁷¹ R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2017, wyd. 3, art. 198 k.k., teza 8, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

⁷² Por. wyrok SN z 20.04.2006r., IV KK 41/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 880.

⁷³ J. Warylewski, *Przestępstwo uwiedzenia małoletniego*, „Pal.” 2008, nr 9-10, s. 51-61.

⁷⁴ Tak: M. Bielski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Komentarz, Część szczególna*, t. II, Kraków 2006, s. 754.

⁷⁵ S. Szyrmer, *Nowelizacja prawa karnego w świetle ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy- Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy*, „CzPKiNP” 2006, nr 1, s. 68.

⁷⁶ Por. R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz do art. 199 KK*, 2017, wyd. 3, teza 6, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 roku).

⁷⁷ Tak: J. Warylewski, [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2016, s. 787.

rowości sankcji karnej na podstawie art. 200 § 1 k.k. Skoro ustawodawca wprowadził przepis art. 199 § 2 k.k. później, mając świadomość istnienia przepisu art. 200 § 1 k.k. należałoby go chyba uznać za *lex specialis*. Jednakże taka interpretacja prowadzi do wniosków sprzecznych z *ratio legis* przepisu art. 199 § 2 k.k. i stanowi kolejny przykład konieczności zachowania umiaru we wprowadzaniu zmian do Kodeksu karnego. Późniejsze zmiany i nowelizacje Kodeksu karnego spowodowały rozbitcie spójnej i konsekwentnej polityki ochrony małoletnich przed wykorzystaniem seksualnym, gdzie cezurą wiekową było 15 lat. Obecnie powstało wiele niekonsekwencji, a wykładnia przepisów, zarówno starych jak i nowych, nie należy do prostych⁷⁸.

e) Prezentowanie, produkcja, rozpowszechnianie oraz posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 15

Podkreślić należy, że treść art. 200 k.k. oraz art. 202 k.k. została zmieniona ustawą z dnia 18.03.2004 roku⁷⁹, ustawą z dnia 27.07.2005 roku⁸⁰ i ustawą z dnia 04.04.2014 roku⁸¹. Ponadto art. 202 k.k. został zmieniony na mocy ustawy z dnia 24.10.2008 roku⁸². Nowelizacją z dnia 04.04.2014 roku usunięto z art. 202 k.k. cały § 2, treść jego wprowadzając jednocześnie do nowego art. 200 § 3 k.k., dotyczącego ochrony małoletniego przed wykorzystaniem seksualnym, co jednak rozbija systematykę wskazanego przepisu, przenosząc tam treści „okołopornograficzne”⁸³. Jednocześnie w § 4 i § 4a art. 202 k.k. usunięto przewidzianą tam granicę wieku do lat 15, co oznacza, że po zmianie typizowane jest zachowanie podjęte wobec małoletniego poniżej lat 18. Także treść art. 202 § 4b i 4c k.k. dotyczy małoletniego bez granicy wiekowej.

Art. 200 § 3 k.k. penalizuje prezentowanie małoletniemu poniżej lat 15 treści pornograficznych lub udostępnianie mu przedmiotów mających taki charakter, a także rozpowszechnianie treści pornograficznych w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi. Małoletni jest chroniony niezależnie od tego, czy życzy sobie kontaktu z pornografią, czy nie. Jest to uzasadnione tym, że ze względu na wiek małoletni zwykle nie potrafi racjonalnie dysponować wolnością seksualną, co wynika z okoliczności, że jego aparat wolicjonalno – intelektualny nie jest jeszcze w pełni ukształtowany⁸⁴. Niewątpliwie dostęp małoletnich do treści pornograficz-

⁷⁸ Por. M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Rozdział XXV KK, Kodeks karny. Część szczegółowa. Tom I. Komentarz do art. 199 KK*, 2017, wyd. 4, teza 49 i 63, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018r.).

⁷⁹ Ustawa z dnia 18.03.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 69, poz. 626).

⁸⁰ Ustawa z dnia 27.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363 ze zm.).

⁸¹ Dz. U. z 2014 r. poz. 538.

⁸² Ustawa z dnia 24.10.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 214, poz. 1344).

⁸³ Tak: M. Skórzewska-Amberg, *Zmiany w kodeksie karnym na tle postanowień dyrektywy 2011/93/UE*, „PiP” 2015, z. 7, s. 76-77.

⁸⁴ M. Rodzyńkiewicz, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Komentarz, Część szczegółowa, t. II*, Kraków 2006, s. 674; M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 71; M. Filar (red.),

nych stoi w sprzeczności z zasadami obyczajowymi związanymi z wychowywaniem dzieci⁸⁵. Jeszcze istotniejsza jest okoliczność, że przedwczesny kontakt ze sferą seksualną, np. przez zetknięcie się z pornografią, może zaburzyć rozwój seksualny, a nawet rozwój osobowości w ogóle⁸⁶. Dyskusyjną rzeczą jest jak traktować dobrowolne obcowanie ze sobą płciowo dwóch małoletnich w wieku poniżej 15 roku życia⁸⁷. Art. 200 § 5 k.k. dotyczy przestępstwa prowadzenia reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15.

Przepis art. 202 k.k. typizuje cały szereg czynów zabronionych związanych ze zjawiskiem szeroko pojętej pornografii. Nie ulega wątpliwości szkodliwość pornografii dziecięcej⁸⁸. Współczesny rozwój techniki wymaga rozwiązań dotyczących zagadnienia tzw. dziecięcej pornografii wirtualnej, w której produkcji nie uczestniczyli istniejący w rzeczywistości małoletni, a postaci przedstawione w tego rodzaju treściach zostały wygenerowane komputerowo. W doktrynie przeważał pogląd, że klasyczne przepisy dotyczące zjawiska pornografii nie obejmują tego rodzaju zjawiska, stąd potrzeba jego penalizacji⁸⁹, czego dokonano wprowadzając do art. 202 k.k. § 4b.

Samo pojęcie treści pornograficznych jest niezwykle trudne do zdefiniowania, z samej swej istoty ma bowiem charakter oceny, a zakres nieostry⁹⁰. Istnieje wiele definicji pornografii, przy czym część z nich ma obecnie tylko historyczne znaczenie⁹¹. Teorie subiektywno – moralistyczne (podmiotowe) wywodzą się z założenia, że ocena pornograficznego charakteru treści związana jest z tym, czy jej celem jest pobudzenie płciowe odbiorcy⁹². Koncepcja ta była prezentowana w dawniejszej literaturze przedmiotu⁹³. Zgodnie z teorią obiektywna (przedmiotowa) akcent powinien

Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 966.

⁸⁵ P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawnokarne aspekty pornografii*, „Prok. i Pr.” 1999, nr 4, s. 36.

⁸⁶ M. Bydyn-Kulik, *Psychologiczne i społeczne następstwa konsumpcji pornografii*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 194; M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 966.

⁸⁷ L. Gardocki uważa, że nie dochodzi do przestępstwa, L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 26; Inni autorzy wskazują na możliwość popełnienia czynu karalnego w rozumieniu ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, por.: J. Warylewski, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 1062-1063; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 548.

⁸⁸ Por. J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 216.

⁸⁹ A. Adamski, *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, „Prok. i Pr.” 2003, nr 9, s. 59; M. Filar, *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych*, „Prok. i Pr.” 2004, nr 11-12, s. 21 i dalej; J. Błachut, *Pozorowana pornografia dziecięca*, „PiP” 2005, nr 4, s. 71; M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 80.

⁹⁰ M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 67-69; J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 21; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, [w:] Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze nr 2, Warszawa 1997, s. 39-40.

⁹¹ Por. J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 11 i dalej; M. Filar, *Pornografia*, „PUG” 1993, nr 8-9, s. 30 i dalej.

⁹² M. Filar, *Pornografia*, „PUG” 1993, nr 8-9, s. 31; J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 18-19.

⁹³ Por. S. Śliwowski, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 1948, s. 136-137; J. Makarewicz,

być położony na charakter samych prezentowanych treści. M. Filar uważa, że o charakterze pornograficznym danej treści decyduje: po pierwsze, charakter prezentowanych czynności seksualnych, które stają się pornograficzne, jeżeli w zdecydowany sposób odbiegają od standardów społecznych w tym zakresie, po drugie, sposób prezentowania ludzkiego ciała i zachowań seksualnych. W tym zakresie decyduje to, jak bardzo sposób ten jest ograniczony do sfery czysto biologicznej, a tym samym odhumanizowany. Jako trzeci element M. Filar wskazuje motywacje autora treści. Jeżeli dąży on do pokazania aktywności seksualnej człowieka w sposób ściśle techniczny, dążąc do wywołania podniecenia seksualnego odbiorcy, przemawia to za uznaniem treści za pornograficzną. Uważa także za słuszne ocenianie poziomu technicznego i estetycznego przekazu. Im jest on niższy, tym bliżej do oceny materiału jako pornograficznego⁹⁴. Z kolei Sąd Najwyższy stwierdził, że „treści pornograficzne” w rozumieniu art. 202 k.k. to zawarte w utrwalonej formie (np. film, zdjęcia, czasopisma, książki, obrazy) lub nie (np. pokazy na żywo), prezentacje czynności seksualnych człowieka (zwłaszcza ukazywanie organów płciowych człowieka w ich funkcjach seksualnych), i to zarówno w wymiarze niesprzecznym z ich biologicznym ukierunkowaniem, jak i czynności seksualnych człowieka sprzecznych z przyjętymi w społeczeństwie wzorcami zachowań seksualnych⁹⁵. Do oceny treści jako pornograficznej słuszne jest sięganie do zgeneralizowanych wzorów zachowań w sferze seksualnej. Wydaje się, że ocena ta powinna być dokonana, z punktu widzenia normatywnego wzorca osobowego – osoby przeciętnie wrażliwej, zintegrowanej społecznie i świadomej powszechnie akceptowanych wzorców osobowych⁹⁶. Przy czym ocena treści jako pornograficznej ma charakter prawny a nie medyczny czy seksuologiczny i to sąd ocenia istnienie tego znamienia w danej prezentacji⁹⁷.

f) Nawiązanie kontaktu z małoletnim za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej

Przestępstwo z art. 200a § 1 k.k., podobnie jak z art. 200a § 2 k.k., zostało wprowadzone do polskiego prawa karnego po raz pierwszy ustawą z dnia 05.11.2009 r.⁹⁸ i obowiązuje od 08.06.2010 r. Jest to polski odpowiednik „groomingu”, aczkolwiek

Kodeks karny, 1938, s. 497; M. Siewierski, *Kodeks karny*, 1965, s. 251; I. Andrejew, *Polskie prawo karne*, s. 362.

⁹⁴ M. Filar, *Pornografia*, „PUG” 1993, nr 8-9, s. 24 i dalej.

⁹⁵ Wyrok SN z 23.11.2010 r., IV KK 173/10, Legalis.

⁹⁶ Por. M. Rodzyńkiewicz, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Komentarz, Część szczególna*, t. II, Kraków 2006, s. 670; M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 67-68.

⁹⁷ Por. wyrok SN z 23.11.2010 r., IV KK 173/10, Legals; J. Warylewski, [w:] A. Wąsek R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 1112; M. Rodzyńkiewicz, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Komentarz, Część szczególna*, t. II, Kraków 2006, s. 572; M. Filar, *Pornografia*, „PUG” 1993, nr 8-9, s. 24 i dalej.

⁹⁸ Ustawa z 05.11.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.).

właściwsze wydaje się polskie określenie „nagabywanie seksualne małoletniego”⁹⁹. W praktyce chodzi o nawiązywanie za pomocą Internetu kontaktów z małoletnimi poniżej 15 roku życia celem obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, jak również produkowania lub utrwalania treści pornograficznych, z wykorzystaniem różnych oszukańczych praktyk w postaci wprowadzenia w błąd, wykorzystania błędu małoletniego lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej. W projekcie rządowym z 31.10.2008 r.¹⁰⁰ jako *ratio legis* wskazanego przepisu podawano konieczność zagwarantowania skutecznego zwalczania przestępstw seksualnego wykorzystania małoletnich, co w danym wypadku ma być osiągnięte przez penalizację zachowań podejmowanych na możliwie najwcześniejszym etapie, tzn. już w sytuacji przygotowania do popełnienia czynu. W uzasadnieniu czytamy: „Wprowadzenie w projektowanym art. 202a (obecnie art. 200a- przypis autora) nowego typu przestępstwa, polegającego na nawiązywaniu kontaktu z małoletnim poniżej 15 lat za pośrednictwem systemu teleinformacyjnego lub sieci telekomunikacyjnej i podejmowaniu czynności zmierzających do spotkania z nim, w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2, art. 200 lub produkowania bądź utrwalania treści pornograficznych z jego udziałem, wynika z konieczności dostosowania polskiego prawa do postanowień Konwencji Rady Europy z Lanzarole o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, podpisanej przez Polskę w dniu 25.10.2007 r.”

Przepis art. 200a § 2 k.k. typizuje przestępstwo nagabywania seksualnego małoletniego poniżej 15 roku życia. Jest to występki podobny do stypizowanego w art. 200a § 1 k.k., obejmuje jednak zachowania, które nie są podejmowane za pomocą wprowadzenia małoletniego w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej, lecz wprost dotyczą składania pokrzywdzonemu propozycji¹⁰¹.

Wiele wątpliwości i kontrowersji wzbudza możliwy zbieg przepisów z art. 200a § 1 k.k. wobec przepisów z art. 197 § 3 pkt 2 i art. 200 § 1 k.k. Gdyby przepis z art. 200a § 1 k.k. potraktować jako przepis szczególny do art. 197 § 3 pkt 2 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. lub art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k., to w takim przypadku sprawca tego rodzaju zachowań przed pojawieniem się w kodeksie karnym przepisu art. 200a § 1 k.k. podlegały karze odpowiednio od 3 do 15 lat pozbawienia wolności w wypadku usiłowania przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub karze od 2 do 12 lat pozbawienia wolności w wypadku usiłowania przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., gdy obecnie podlegałyby wyłącznie karze pozbawienia wolności do lat 3 na podstawie art. 200a § 1 k.k. Jak słusznie zauważono, byłby to w istocie pożałowania godzien skutek

⁹⁹ M. Bielski, *Rzecz o granicach usiłowania przestępstw formalnych i materialnych – na przykładzie art. 200 § 1 k.k. i art. 200a k.k.*, „CzPKiNP” 2010, nr 3, s. 101; M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 960.

¹⁰⁰ Druk Nr 1276, Sejm I kadencji, cyt. za Kodeks karny pod red. Stefański. Komentarz do art. 200a k.k., 2017, wyd. 3, teza 1, Legalis (dostęp w dniu 06.03.2018 r.).

¹⁰¹ M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 961.

aktywnej działalności ustawodawcy zmierzającej do ochrony tzw. naszych dzieci¹⁰². Być może ustawodawca uchwalając ustawę z dnia 05.11.2009 r. był przekonany, że wzmacnia prawnokarną ochronę dziecka przed wykorzystaniem seksualnym, gdy w istocie znacznie ją osłabił¹⁰³. Warto podnieść, że Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że art. 200a k.k. nie stanowi *lex specialis* odnośnie przepisu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., lecz jest czynem uprzednim współukaranym¹⁰⁴.

g) Publiczne propagowanie i pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim

Przestępstwo z art. 200b k.k. zostało wprowadzone do polskiego prawa karnego po raz pierwszy ustawą z dnia 05.11.2009 r.¹⁰⁵ W uzasadnieniu projektu nowelizacji Kodeksu karnego¹⁰⁶ podnoszono, że *de lege lata* brak jest w polskim porządku prawnym przepisów penalizujących zachowania propagujące pedofilię, co należy uznać za sytuację nieprawidłową. Projektowana zmiana miała zmierzać do „wprowadzenia skutecznych narzędzi zwalczania występującego coraz częściej zjawiska polegającego na propagowaniu i promowaniu, rzekomo istniejących, pozytywnych stron pedofilii”. Dalej w uzasadnieniu projektu wskazuje się, że w istniejącym przed wprowadzeniem wskazanego przepisu stanem prawnym brak było możliwości skutecznego przeciwdziałania promowaniu takich treści, ponieważ inne przepisy Kodeksu karnego nie pozwalają na skuteczne ściganie osób propagujących tego typu ideologię oraz zamykanie stron internetowych, na których jest ona prezentowana. Podkreślić jednak wypada, że istniał i istnieje nadal w Kodeksie karnym art. 255 k.k., dotyczący publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa (§ 1) i publicznego pochwalania przestępstwa (§ 3)¹⁰⁷, co świadczy o zbędności omawianego przepisu¹⁰⁸. Ponadto w doktrynie wskazuje się, że w przepisie mowa jest o pedofilii jako takiej, gdy nie każdy czyn o charakterze seksualnym popełniony z pokrzywdzeniem małoletniego, stanowi przejaw pedofilii¹⁰⁹. Od zjawiska wykorzystywania seksualnego

¹⁰² Tak: M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 961.

¹⁰³ Tak: Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 200a k.k.*, 2017, wyd. 4, teza 69, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 r.).

¹⁰⁴ Tak: wyrok SN z 01.09.2011 r., V KK 43/11, OSNK2011, Nr 11, poz. 100.

¹⁰⁵ Dz. U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.

¹⁰⁶ Druk sejmowy Nr 1298 Sejmu VI Kadencji.

¹⁰⁷ Por. P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Opinia na temat projektu grupy posłów na Sejm klubu parlamentarnego Lewica – ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, dodanie art. 200a*, <http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/042/1289-001.pdf>, s. 1; A. Sakowicz, *Opinia o zmianie ustawy – Kodeks karny (Druk sejmowy Nr 1289)* <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1289> (dostęp w dniu 15.05.2012 r.), s. 4.

¹⁰⁸ Rozdział XXV KK, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 200b k.k.*, 2017, wyd. 4, teza 6 i 7, Legalis (dostęp w dniu 07.03.2018 r.); P. Kozłowska – Kalisz, M. Kulik, *Opinia na temat projektu grupy posłów na Sejm klubu parlamentarnego Lewica – ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, dodanie art. 200a*, <http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/042/1289-001.pdf>, s. 1; A. Sakowicz, *Opinia o zmianie ustawy – Kodeks karny (Druk sejmowy Nr 1289)* <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1289> (dostęp w dniu 15.05.2012 r.), s. 4.

¹⁰⁹ M. Filar, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*, „Pal.” 1995, nr 7-8, s. 25-26; J. Warylewski, *Opinia prawna w sprawie rządowego projektu ustawy zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw* (Druk sejmowy Nr 1756 z 18.05.2007 r.), w zakresie dotyczącym

dzieci należy wyraźnie odróżnić pojęcie pedofilii, za którą uznaje się każde zachowanie osoby dorosłej wobec dziecka, które służy podnieceniu i zaspokojeniu własnych potrzeb seksualnych. Wykorzystywanie seksualne nie jest równoznaczne z pedofilią. Najprościej można zdefiniować pedofilię jako podejmowanie aktywności seksualnej z dziećmi lub fantazjowanie o tej aktywności przez osobę dorosłą jako stale preferowany lub wyłączny sposób osiągnięcia podniecenia seksualnego i orgazmu. Wykorzystywania seksualnego mogą się natomiast dopuszczać nie tylko pedofile, ale również osoby, które podejmują kontakty seksualne z dziećmi, ponieważ mają trudność w nawiązaniu kontaktów seksualnych z osobami dorosłymi. Dziecko w tym przypadku jest bardziej dostępnym, łatwiejszym w pozyskaniu partnerem seksualnym niż osoba dorosła, choć nie jest najbardziej pożądanym erotycznie obiektem¹¹⁰. Dlatego za lepsze od istniejącego należy uznać rozwiązanie zawarte w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego z 29.11.2012 r.¹¹¹, gdzie znamię czynnościowe określa się jako propagowanie nie zachowań o charakterze pedofilskim, lecz zachowań o charakterze seksualnym w stosunku do małoletnich poniżej 15 lat.

III. Pozycja procesowa małoletniego pokrzywdzonego (świadka) i jego przesłuchanie w trybie art. 185a oraz 185b k.p.k.

a) Warunki i tryb przesłuchania

Wprowadzone zmiany przepisu art. 185a k.p.k.¹¹² mają na celu wzmocnienie ochrony małoletnich świadków przed negatywnymi skutkami wielokrotnego przesłuchania w obecności oskarżonego, czyli przed wtórną wiktyimizacją¹¹³. Ponadto wprowadzona zmiana ma na celu wdrożenie do polskiego ustawodawstwa dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2011r. nr 2011/36/UE w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar¹¹⁴, jak również z dnia 5 kwietnia 2011 r. nr 2011/93/UE w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW¹¹⁵.

nowelizacji przepisów rozdziału XXV k.k. – przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (art. 197-205 k.k.) oraz art. 255a (tzw. propagowanie pedofilii), Kodeks karny – projekt nowelizacji, Biuro Analiz Sejmowych 2007, nr 5, s. 126; W. Łuniewski, *O kryminalizacji przejawów pedofilii*, „Pal.” 2003, nr 5-6, s. 92 i dalej.

¹¹⁰ Por. J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 37.

¹¹¹ Obecnie na etapie prac w Komisji Kodyfikacyjnej.

¹¹² Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r., o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2014r., poz. 849, która obowiązuje od 27 stycznia 2014 roku.

¹¹³ Zob. R.A. Stefański, *Przesłuchanie pokrzywdzonego poniżej lat 15 w procesie karnym*, [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności*. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewiczza, Toruń 2004, s. 373; P. Jarocki, *Prawa ofiar przestępstw*, „Prok. i Pr.” 2002, nr 10, s. 127; J. Kosonoga, *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k.*, „Prok. i Pr.” 2004, nr 1, s. 65.

¹¹⁴ Dz. Urz. UE L Nr 101 z dnia 15.04.2011r., s. 1.

¹¹⁵ Dz. Urz. UE L Nr 335 z dnia 15.04.2011r., s. 1 ze zm.

Regulacje te wprowadzają wiele wymogów, jakie powinno spełniać przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem seksualnego wykorzystania, które ustanawiają jedynie standard minimalny. Polski ustawodawca rozszerzył zakres przedmiotowy stosowania szczególnego trybu przesłuchania nie tylko w sprawach pokrzywdzenia czynami zabronionymi przeciwko wolności seksualnej i wprowadził dalej idące gwarancje. Dlatego konstrukcja przyjęta w art. 185a § 1 k.k. obejmuje poza dotychczasowymi przestępstwami z rozdziałów XXV i XXVI k.k. także wszystkie przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby jej użycia, podobnie jak w art. 185b oraz dodatkowo przestępstwa przeciwko wolności z rozdziału XXIII k.k. Nowością jest możliwość stosowania przepisów art. 185a § 1-3 k.p.k. także do przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych, którzy w chwili przesłuchania ukończyli już 15 lat, jeżeli zachodziłaby uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny (§ 4 art. 185a). Oceny zaistnienia powyższej przesłanki organ procesowy powinien dokonywać na tle okoliczności konkretnej sprawy, w oparciu o istniejący materiał dowodowy, a przede wszystkim opinie biegłego psychologa¹¹⁶. Dodatkowo wprowadzone zmiany obejmują: ograniczenie możliwości przesłuchania małoletniego tylko do sytuacji, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla sprawy, obowiązek wyznaczenia oskarżonemu obrońcy z urzędu oraz prawo małoletniego do wskazania pełnoletniej osoby, która będzie mogła wziąć udział w przesłuchaniu. Przesłuchanie małoletniej ofiary przestępstwa należy traktować zgodnie z zasadą *ultima ratio* i czynność tę przeprowadzić tylko w ostateczności. Także zobligowanie sądu do wyznaczenia oskarżonemu obrońcy z urzędu, jeśli nie posiada on obrońcy z wyboru, w znacznym stopniu przeciwdziała niebezpieczeństwu ponawiania przesłuchań małoletnich pokrzywdzonych w sytuacjach niezwiązanych z ujawnieniem się nowych istotnych okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przeprowadzenia tej czynności, a jedynie z powodu nieposiadania obrońcy przez podejrzanego w czasie pierwszego przesłuchania małoletniego. Obowiązek ten, nie będzie oddziaływać na te postępowania, w których do pierwszego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego dochodzi przed przedstawieniem zarzutów podejrzanemu. W literaturze wskazuje się więc, że przedstawienie zarzutów powinno wyprzedzać przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego i opierać się na innych dowodach niż jego zeznanie¹¹⁷. Pogląd ten należy odczytać jako postulat poszukiwania i wykorzystywania innych niż zeznania małoletniego źródeł i środków dowodowych. Często jednak, z uwagi na specyfikę przestępstw seksualnych, dziecko jest jedynym źródłem informacji. Nie należy z góry wykluczać, że do przedstawienia zarzutów wystarczające okażą się inne dowody niż zeznania małoletniego, np. wyniki oględzin ciała i badań lekarskich, wiarygodne zeznania rodziców, którym dziecko opowiedziało o zdarze-

¹¹⁶ Por. Kodeks postępowania karnego pod red. Skorupka. Komentarz 2018, wyd. 3, art. 185a, teza 14, Legalis (dostęp w dniu 08.03.2018 roku).

¹¹⁷ K. Eichstadt, *Glosa do wyroku SN z 24.11.2009r., III KK 176/09*, LEX nr 11538, s. 153.

niu, ale ocena tych dowodów dokonywana jest *in concreto* przez organ prowadzący postępowanie przygotowawcze i nie może prowadzić do zbyt szybkiego stawiania w stan podejrzenia osoby, przeciwko której nie świadczy żaden dowód pierwotny¹¹⁸. Warto też mieć na uwadze, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi (art. 15 ust. 3 pkt a) oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 grudnia 2011r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej (art. 20 ust. 3 pkt a) zalecają organom procesowym przesłuchiwanie małoletniego pokrzywdzonego bez nieuzasadnionej zwłoki, wkrótce po otrzymaniu informacji o przestępstwie¹¹⁹. Tym niemniej wprowadzone regulacje pozwolą na znaczne zmniejszenie, choć nie wykluczenie, sytuacji, w których będzie dochodziło do wielokrotnego przesłuchiwanie małoletniego świadka, zwłaszcza w obecności oskarżonego¹²⁰.

Wydaje się oczywistym fakt, że zeznania dzieci mogą być cennym materiałem w sprawie, choć nie można zapominać, że ich wypowiedzi należy traktować z dużą dozą ostrożności, gdyż łatwo ulegają wpływom i manipulacjom, a nierzadko same są skłonne do konfabulacji. W polskim systemie prawnym świadkiem może być każda osoba, bez względu na wiek, płeć, stan psychiczny i fizyczny, poglądy czy stan społeczny. Ponieważ kodeks postępowania karnego nie określa granic wiekowych świadka, zatem należy uznać, iż w procesie karnym świadkiem mogą być także małe dzieci. Przy czym nie ma żadnego ograniczenia dolnej granicy wieku dziecka, dlatego przy bardzo małych dzieciach należy mieć na uwadze, że małoletniego świadka przesłuchuje się tylko wtedy, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Zgodnie przepisami krajowymi wskazać należy, że do prokuratora należy decyzja o skierowaniu do sądu wniosku o przesłuchanie małoletniego świadka¹²¹. Można by rozważać oddalenie wniosku dowodowego na podstawie art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k., z uwagi na stan zdrowia lub stan rozwoju psychicznego świadka - pokrzywdzonego¹²², najlepiej przed przesłuchaniem małego dziecka, bez narażania go na stres, związany z wezwaniem i stawianiem na przesłuchanie.

Stosownie do treści art. 185a § 4 k.p.k. istnieje możliwość przesłuchania przez sąd pokrzywdzonego, gdy w chwili przesłuchania ma on już ukończone 15 lat, z tym że jedynie wówczas, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie go w innych warunkach mogłoby wyrzucić negatywny wpływ na jego stan psychiczny. W myśl znowelizowanego przepisu, sąd kierując się dobrem małoletniego, podejmuje decyzję o stosowaniu art. 185a § 4 k.p.k. na podstawie ustaleń

¹¹⁸ Szerzej o przyczynach i konsekwencjach przedwczesnego przedstawiania zarzutów zob. F. Prusak, *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1973, s. 70-71.

¹¹⁹ Tak: D. Kaczmarska, *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prok. i Pr.” 2014, s. 23.

¹²⁰ Szerzej: A. Dziergawka, *Praktyczne uwagi odnośnie do przesłuchania małoletniego świadka i ofiary zgwałcenia*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2015, nr 2, s. 92.

¹²¹ Por. wyrok TS z 21.12.2011 r., C-507/10, ZOTSiS 2011/12C-/1-14241-14284, LEX Omega 06/2015.

¹²² Por. postanowienie SN z 15.03.2012 r., III KK 244 OSNKW 2012/6/68, LEX Omega 06/2015.

dotyczących niekorzystnych skutków „zwykłego” trybu przesłuchania na psychikę świadka. W uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji k.p.k.¹²³ słusznie wskazano, że dokonanie takich ustaleń jest możliwe tylko w drodze zasięgnięcia opinii biegłego. Z treści dodanego § 4 wynika bowiem, że przesłanką rezygnacji ze zwykłego trybu przesłuchania w odniesieniu do małoletniego powyżej 15 roku życia jest nie tyle jego kondycja psychiczna w dacie przesłuchania, lecz przewidywanie jej pogorszenia w następstwie odebrania zeznań „w innych warunkach”, a tego rodzaju „prognozowanie” z pewnością wymaga wiadomości specjalnych z dziedziny psychologii. Tym bardziej, że niezbędna jest „uzasadniona obawa”, to znaczy taka, którą sąd będzie mógł wesprzeć argumentami natury psychologicznej, a nie tylko domysłem, przypuszczeniem czy intuicją sędziego. Nie może jednak ująć uwadze okoliczność, że poddanie świadka badaniom psychologicznym dopuszczalne jest jedynie za jego zgodą, lub zgodą przedstawiciela ustawowego (art. 192 § 4 k.p.k. w zw. z art. 51 § 2 k.p.k.). Ponadto badanie takie może być dla świadka źródłem dodatkowego stresu, a tym samym prowadzić do rezultatów sprzecznych z *ratio* przepisu art. 185a k.p.k.¹²⁴

W tym miejscu wypada podnieść, że także w odniesieniu do przesłuchania w trybie art. 185b § 2 k.p.k. świadka, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, stosuje się wymóg uzasadnionej obawy, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Także w zakresie negatywnego wpływu obecności oskarżonego na stan psychiczny świadka, problem leży w sferze wiadomości specjalnych, dlatego wymaga z reguły wypowiedzenia się w tej materii przez biegłego psychologa. W przypadku uznania, że zachodzą okoliczności z art. 185b § 2 k.p.k., świadek jest przesłuchiwany w trybie określonym w art. 177 § 1a k.p.k., a więc z użyciem środków przesłuchania na odległość. Nie dotyczy to sytuacji, gdy świadek w stadium sądowym osiągnął już pełnoletniość, możliwe jest wówczas sięgnięcie po art. 390 § 2 k.p.k.¹²⁵

Podczas przesłuchania należy uprzedzić małoletniego świadka w zrozumiałym dla niego sposób, o jego prawach obowiązkach, w tym o prawie do odmowy składania zeznań wynikającym z przepisu art. 182 k.p.k., art. 183 k.p.k. czy art. 185 k.p.k.¹²⁶ Dziecko do 13 roku życia wypada pouczyć, aby mówiło prawdę, gdyż jest

¹²³ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – kodeks karny i niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 970), cyt. za D. Kaczmarek, *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prok. i Pr.” 2014, nr 1, s. 26.

¹²⁴ Por. tezę postanowienia SN z 05.12.2007 r., V KK 119/09, „Prok. i Pr.” 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1. s. 11. W myśl tej tezy intensywne poddawanie dziecka indagacji przez biegłych psychologów i terapeutów, choć „z pozoru” nie narusza procedury to jednak „kłóci się z ideą przyświecającą wprowadzeniu do kodeksu postępowania karnego art. 185a”.

¹²⁵ Por. A. Dziergawka, *Praktyczne uwagi odnośnie do przesłuchania małoletniego świadka i ofiary zgwałcenia*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2015, nr 2, s. 97.

¹²⁶ Por. także § 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzonego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego, Dz. U. z dnia 24 grudnia 2013 r., poz. 1642, które weszło w życie z dniem 27 stycznia 2014 r.

to celem tej czynności. Natomiast starsze dzieci (13-17 lat) trzeba pouczyć o konsekwencjach prawnych zeznawania nieprawdy lub zatajania prawdy w świetle ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich¹²⁷. Trzeba podkreślić, iż zgodnie z obowiązującą procedurą, dziecko nie składa przyrzeczenia (art. 189 k.p.k.). Jeśli przebieg czynności będzie utrwalany na kasecie magnetofonowej lub video, to trzeba o tym poinformować osoby uczestniczące w czynności (art. 147 § 1 k.p.k.), w tym także dziecko. Należy mieć na uwadze, że w zakresie sposobu sporządzania i cech protokołu należy stosować przepisy ogólne, z uwzględnieniem unormowań szczególnych, zawartych w art. 147 § 2 k.p.k. oraz art. 185a § 3 k.p.k. W związku z tym, że jest to protokół z posiedzenia sądu, podpisany jest wyłącznie przez sędziego i protokolanta, zgodnie z treścią art. 149 § 1 k.p.k.

Przy wielokrotnym przesłuchiowaniu dziecka warto zadbać o to, aby czynność ta wykonywała zawsze ta sama osoba, a zatem pozytywnym rozwiązaniem byłoby przydzielanie danej sprawy sędziemu, który już uprzednio miał styczność z małoletnim i wykonywał z nim czynności. Skorzystanie ze zbudowanej już wcześniej wzajemnej relacji między tymi samymi uczestnikami posiedzenia, odbywającego się po raz kolejny w trybie art. 185a § 1 k.p.k., z pewnością ułatwiłoby kontakt z małoletnim i przyspieszyłoby przebieg przesłuchania¹²⁸. W tym miejscu trzeba też zaznaczyć, że nie istnieje przeszkoda, by ten sam sędzia brał udział w przesłuchaniu w warunkach określonych w art. 185a k.p.k. oraz w rozprawie dotyczącej sprawy, w związku z którą przeprowadzana była ta czynność dowodowa z udziałem małoletniego¹²⁹. Jest to okoliczność postulowana, żeby sędzia wydający wyrok, brał udział w przesłuchaniu małoletniego świadka, z uwagi na konieczność oceny tego dowodu, co wiąże się także z bezpośredniością przeprowadzenia dowodu przez skład orzekający w konkretnej sprawie¹³⁰.

Prowadzący przesłuchanie powinien dążyć do maksymalnego ograniczenia uczestników przesłuchania. Większa liczba uczestników tej czynności może rozkojarzyć dziecko, onieśmielić je i w efekcie zniechęcić do współpracy oraz złożenia obszernych i wartościowych zeznań¹³¹. W wyniku nowelizacji, prawo do udziału w przesłuchaniu będzie zapewnione zarówno przedstawicielowi ustawowemu albo opiekunowi faktycznemu¹³², a także innej osobie powyżej 18 roku życia, jeśli nie

¹²⁷ Zob. V. Kwiatkowska -Darul, *Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym*, Toruń 2007, s. 209-210.

¹²⁸ Podobny postulat przedstawił Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie do Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 marca 2009 r., sygn.. RPO-494684-II/05/DK, s. 3 <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12379842880.pdf> (dostęp w dniu 18 lutego 2013 r.).

¹²⁹ P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-296*, Warszawa 2011, t. I, s. 1058-1059; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 11.12.2007 r., II AKo 279/07, KZS 2007, nr 12, poz. 55.

¹³⁰ Tak: A. Dziergawka, *Praktyczne uwagi odnośnie do przesłuchania małoletniego świadka i ofiary zgwałcenia*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2015, nr 2, s. 101.

¹³¹ Tak R. Kosior, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka*, „Prok. i Pr.” 2010, nr 4, s. 52.

¹³² Z. Woźniak, *Ustawowa ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami przesłuchania w aspekcie praktycznym*, „Prokurator” 2009, nr 2, s. 85-97; *Postanowienie SN z dnia 04.01.2007 r., IV KK 381/08*, „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 2, poz. 64.

ogranicza to swobody wypowiedzi chociażby w minimalnym stopniu¹³³. Taka sytuacja może zaistnieć nie tylko ze względu na rodzaj i okoliczności popełnionego na szkodę małoletniego przestępstwa, ale także wtedy, gdy którakolwiek z uczestniczących w przesłuchaniu osób byłaby sprawcą¹³⁴ albo pozostawałaby w bliskiej relacji ze sprawcą takiego przestępstwa¹³⁵. Zatem organ prowadzący postępowanie powinien przed przeprowadzaniem takiej czynności dowodowej zawsze zbadać, czy podmioty wymienione w art. 185a § 2 k.p.k. powinny wziąć w niej udział¹³⁶.

Przesłuchanie pokrzywdzonego w okolicznościach wskazanych w art. 185a § 1 k.p.k. przeprowadza zawsze sąd¹³⁷, na posiedzeniu z udziałem psychologa¹³⁸, bez względu na stadium prowadzonego postępowania, co dotyczy zarówno postępowania przygotowawczego, jak i postępowania sądowego¹³⁹. W myśl art. 185d § 1 k.p.k. przesłuchanie w trybie określonym m.in. w art. 185a § 1 k.p.k. będzie przeprowadzane w odpowiednio przystosowanym pomieszczeniu, zaś jego warunki techniczne reguluje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013r.¹⁴⁰ W przeciwieństwie do sali rozpraw „przyjazny pokój przesłuchań” może zapewnić o wiele większy komfort psychiczny przesłuchiwanemu. Powoduje to nie tylko sam wystrój takiego pomieszczenia, ale także możliwość fizycznej izolacji poszczególnych uczestników przesłuchania, a zatem zmniejszenie stresu małoletniego, który nie musi nawiązywać jednocześnie bezpośredniego kontaktu z dużą liczbą osób. Wskazać należy, że na potrzeby przesłuchania wyodrębnia się pokój przesłuchań i pokój techniczny, gdzie znajdują się inne osoby niż świadek, sędzia, biegły psycholog, ewentualnie tłumacz, lub za zgodą sędziego osoba wskazana przez pokrzywdzonego¹⁴¹.

Cytowane wcześniej rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości przewiduje

¹³³ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 21.05.2008r., II AKA 104/08, KZS 2009, nr 3, poz. 55.

¹³⁴ A. Muszyńska, *Karnoprocesowe i kryminalistyczne problemy przesłuchania w charakterze świadka osoby nieletniej*, „PPiA” 2005, nr 72, s. 179.

¹³⁵ Uchwała SN z 30.09.2010 r., I KZP 10/10, OSNKW 2010, nr 10, poz. 84; wyrok SN z 01.12.2010 r., III KK 315/09, LEX nr 686665, Biuletyn Prawa Karnego 2011, nr 2, poz. 13; postanowienie SN z 11.01.2011 r., V KK 125/10, R-OSNKW 2011, poz. 27.

¹³⁶ Tak: A.Z. Krawiec, *Przesłuchanie małoletniego świadka po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego*, „Prok. i Pr.” 2013, nr 12, s. 125.

¹³⁷ Uchwała SN z 30.11.2004 r., I KZP 25/04, OSNKW 2004, nr 11-12, poz. 101, wraz z głosem aprobującym J. Kosonogi, „Prok. i Pr.” 2005, nr 6, s. 107; odmiennie – A. Wesołowska, *Glosa do tej samej uchwały*, „Prok. i Pr.” 2007, nr 5, s. 157; Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 05.04.2012r., II AKA 78/12, LEX nr 1168494; postanowienie SN z 02.06.2006 r., IV KK 2/06, R-OSNKW 2006, poz. 1148.

¹³⁸ R. Kosiór, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka*, „Prok. i Pr.” 2010, nr 4, s. 42; M. Ostrowska, *Elementy psychologii sądowej w postępowaniu karnym na tle regulacji dotyczących przesłuchania świadków*, „PPiA” 2009, nr 81, poz. 9; Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 31.05.2006 r., II AKA 134/06, OSA 2007, nr 11, poz. 58.

¹³⁹ Uchwała SN z 30.11.2004r., I KZP 25/04, OSNKW 20024, nr 12, poz. 101 z aprobującą głosem J. Kosonogi, „Prok. i Pr.” 2005, nr 6, s. 107 i dalej.

¹⁴⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzonego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego, Dz. U. z dnia 24 grudnia 2013r., poz. 1642, które weszło w życie z dniem 27 stycznia 2014 r.

¹⁴¹ Por. § 5 cyt. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzonego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego.

także wyposażenie pokoju przesłuchań, lub pokoju technicznego, w środki techniczne umożliwiające między innymi utrwalanie obrazu i dźwięku z przebiegu przesłuchania¹⁴². Przesłuchanie musi bowiem zostać, poza obowiązkiem protokolowania tej czynności, obligatoryjnie utrwalone poprzez zapis rejestrujący obraz i dźwięk zgodnie z art. 147 § 2a k.p.k. Sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania odtwarza się na rozprawie głównej, jak również odczytuje się protokół z tej czynności (art. 185a § 3 k.p.k.)¹⁴³. Zmiana ta ma na celu pełną realizację zasady bezpośredniości oraz prawa do obrony oskarżonego, który może zapoznać się nie tylko z zeznaniami świadka, lecz także ze sposobem i okolicznościami ich składania, a przez to dokonać ich oceny oraz wykorzystać w ramach swej linii obrony¹⁴⁴. Utrwalenie przesłuchania małoletniego pozwoli organom prowadzącym postępowanie na zapoznanie się z mimiką, gestami oraz wszelkimi innymi, nie tylko słownymi, reakcjami przesłuchiwanego na zadawane pytania, co ułatwi sądowi ocenę nie tylko okoliczności, ale i skutków popełnionego na szkodę małoletniego przestępstwa¹⁴⁵.

b) Rola biegłego psychologa

Niewątpliwie wielką rolę odgrywa prawidłowe przygotowanie praktyczne i teoretyczne do procedury przesłuchania dziecka, przy czym istotną rolę prócz organów procesowych, w tym sądowych, odgrywa rola biegłego psychologa. Ma ono fundamentalne znaczenie przy uzyskaniu materiału dowodowego istotnego w sprawie karnej. Należy zauważyć, że dziecko niejednokrotnie pozostaje jedynym, bezpośrednim świadkiem zdarzenia, a często jest także pokrzywdzone wskutek zaistnienia danego przestępstwa. Może się zdarzyć, iż wobec traumatycznych przeżyć po zajściu dziecko nie będzie mogło brać udziału w dalszych czynnościach procesowych¹⁴⁶.

Podkreślić wypada, że w przypadku małoletnich świadków zadanie biegłego psychologa powinno polegać nie tylko na czynnym uczestnictwie w samym przesłuchaniu dziecka, ustaleniu psychologicznych czynników wiarygodności zeznań świadka - psychologicznej analizie jego zeznań¹⁴⁷, sporządzenia opinii, lecz nadto

¹⁴² Szerzej: § 9 i 10 cyt. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzonego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego.

¹⁴³ Or. D. Tarnowska, *Utrwalanie przebiegu*, s. 26; T. Gregorczyk, *Protokół uproszczony jako nowy sposób utrwalenia czynności procesowych w znowelizowanym postępowaniu karnym i w sprawach o wykroczenia*, „Prok. i Pr.” 2003, nr 11, s. 27; wyrok SN z dnia 07.11.2011r, V KK 143/11, OSNKW 2012, nr 2, poz. 17.

¹⁴⁴ Tak: A.Z. Krawiec, *Przesłuchanie małoletniego świadka po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego*, „Prok. i Pr.” 2013, nr 12, s. 129.

¹⁴⁵ A. Krawiec, *Małoletni pokrzywdzony w polskim procesie karnym*, Toruń 2012, s. 171-172.

¹⁴⁶ Zespół Stresu Pourazowego (PTSD) jest to jednostka chorobowa wyodrębniona w 1980 r. PTSD występuje w konsekwencji przeżytego przez daną osobę silnie traumatycznego doświadczenia, tak: A. Budzyńska, *Jak przesłuchiwać dziecko*, Warszawa 2007, s. 6.

¹⁴⁷ Zob.: S. Marzec, *Wiarygodność zeznań małoletnich świadków na przykładzie rekonstrukcji wyglądu sprawcy czynów lubieżnych*, „Problemy kryminalistyki” 1994, nr 203; M. Draheim, *Jak psychologowie oceniają wiarygodność zeznań świadków?*, „Czasopismo Psychologiczne” 1995, t. 1, nr 3; T. Jaśkiewicz-Obydzińska, A. Czerederecka, *Wpływ relacji sprawca - ofiara na wybrane cechy zeznań małoletnich świadków pokrzyw-*

przygotowaniu go do udziału w przesłuchaniu i ewentualnie późniejszych czy innych czynnościach procesowych¹⁴⁸ oraz wspieraniu go¹⁴⁹.

Mimo, że biegły psycholog nie jest stroną procesową, niemniej posiada on prawo, a nawet obowiązek¹⁵⁰ do zapoznania się z aktami głównymi danej sprawy karnej, jak również prawo do zadawania pytań osobie przesłuchiwanej, czyli małoletniemu¹⁵¹. Podkreślić należy, że zgodnie z treścią art. 185a § 1 k.p.k., przesłuchanie przeprowadza się „z udziałem biegłego psychologa”. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów procedury karnej, podczas psychologicznej oceny zeznań małoletniego świadka, biegli wskazują nie tylko możliwości intelektualne przesłuchiwanej osoby, zdiagnozowanie jej zdolności odnośnie postrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń, określenie jej skłonności do kłamstwa czy fantazjowania, funkcjonowania społeczno - emocjonalnego, ale nadto podają konsekwencje dla niej przeżytej skutek zdarzenia traumy, możliwość jej udziału w dalszych czynnościach procesowych i warunków, w jakich ewentualnie mogłyby te czynności nastąpić¹⁵².

Biegły jest zatem ważnym pomocnikiem organu procesowego, konsultantem¹⁵³, albowiem na bazie akt sprawy, informacji z wywiadu i spostrzeżeń z przesłuchania, dostarcza on organowi materiał do oceny wiarygodności wypowiedzi małoletniego¹⁵⁴.

Organ procesowy (sąd lub prokurator), powołując w konkretnej sprawie biegłego psychologa, określa ramy jego pracy i stawiane przed nim zasadnicze zadania poprzez sformułowanie za pomocą pytań¹⁵⁵ tez dowodowych¹⁵⁶, na które ekspert wi-

dzonych w sprawach o przestępstwo seksualne, „Acta sexologica, Jurnal of Xex Crime and Social Patology” 1995, vol. 1, nr 1; M. Leśniak, *Wybrane problemy badań psychologicznych w procesie karnym*, „Prok. i Pr.” 1998, nr 5, s. 65 i nast.; V. Kwiatkowska- Darul, *Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym*, Toruń 2007, s. 238; A. Pietrzyk, *O wiarygodności zeznań małoletnich świadków- ofiar przemocy seksualnej rodziców wobec nich*, „Palestra” 1995, nr 3-4; E. Ostrowska, E. Milewska, *Diagnozowanie psychologiczne w kryminologii. Przewodnik metodyczny*, Warszawa 1986; J. Wojtasik, *Wartość informacyjna i procesowa zeznań małych dzieci a przestępstwa seksualne*, „Problemy kryminalistyki” 1981, nr 149.

¹⁴⁸ Zob. m.in.: M. J. Ackerman, *Podstawy psychologii sądowej*, Gdańsk 2005, s. 93-121; W. Badura-Madej, A. Dobrzyńska - Mesterhazy, *Wpływ traumy na funkcjonowanie dziecka - ofiary wykorzystania seksualnego*, [w:] M. Sajkowska (red.), *Wykorzystywanie seksualne dzieci. Teoria, badania, praktyka*, Warszawa 2004, s. 97-128.

¹⁴⁹ Tak: A. Budzińska, *Psycholog w roli biegłego sądowego*, „Dziecko krzywdzone” 2007, nr 4, s. 7; J. Zmarzlik, *Będę świadkiem w sądzie. Poradnik dla dzieci i młodzieży*, Warszawa 2007; J. Żylińska, *Biegły psycholog a odebranie i ocena zeznań małoletniego świadka w procesie karnym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa karnego” 2013, t. 30, s. 155.

¹⁵⁰ Tak: R. Kosior, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka*, „Prok. i Pr.” 2010, nr 4, s. 47.

¹⁵¹ A. Budzińska, *Jak przesłuchiwać dziecko*, Warszawa 2007, s. 20.

¹⁵² Por. R. Kosior, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka*, „Prok. i Pr.” 2010, nr 4, s. 47.

¹⁵³ Zob.: S. Kalinowski, *Biegły i jego opinia*, Warszawa 1994, s. 73 oraz 145-148; A. Wesółowska, *Regulacje prawne dotyczące ochrony małoletnich w toku postępowania karnego* (www.dzieckoswiadek.pl), s. 46.

¹⁵⁴ J. Gierowski, *Status biegłego psychologa w procesie sądowym*, „Palestra” 1998, nr 9-10, s. 29-32; J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa*, Kraków 2002, s. 383-384 i 388; Wyrok SN z 20.09.1974r, II KR 103/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 231.

¹⁵⁵ Szerzej: T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 1988, s. 70 i nast.; S. Kalinowski, *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972, s. 119 i 132; J. Kasprzak, *Biegły i specjalista przed sądem - wybrane aspekty taktyczne*, Warszawa 2001, s. 8 i dalej.

¹⁵⁶ Zob. m.in.: J. Biedeman, *Oczekiwania organu procesowego wobec biegłego psychologa w sprawach karnych dotyczących seksualnego wykorzystania dzieci*, „Dziecko krzywdzone” 2007, nr 4, s. 111-114;

nien udzielić rzetelnie odpowiedzi wraz z uzasadnieniem. Zaznaczyć należy, że ocena wiarygodności zeznań danego świadka, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, należy do wyłącznej kompetencji organu procesowego¹⁵⁷. Wskutek tej analizy, to oceniający uznaje lub nie uznaje, całości lub części dowodu, jaki stanowi opinia psychologiczna¹⁵⁸. Psycholog wprawdzie wspomaga swoją wiedzą organ procesowy, ale nie podejmie za prokuratora lub sędziego decyzji co do możliwości procesowego wykorzystania zebranego materiału dowodowego¹⁵⁹.

Rola biegłego psychologa przy przesłuchaniu dziecka jest ogromna. Jego wiedza specjalistyczna i aktywny udział w przesłuchaniu pomagają uzyskać podczas omawianej czynności procesowej wiele cennych informacji stanowiących następnie materiał dowodowy.

Podkreślić jednak trzeba, że istotny jest z jednej strony problem przygotowania psychologów do pełnienia roli biegłych sądowych, w tym konieczności ustalenia zasad oceny ich kompetencji i możliwości weryfikacji tychże. Z drugiej strony, konieczne jest pogłębienie wiedzy psychologicznej u prawników, co pozwoli im na dokonywanie adekwatnych ocen sporządzonych przez biegłych opinii, unikanie bezpodstawnego zasięgania opinii kolejnych, a także lepsze zrozumienie dylematów biegłych psychologów w obszarach, które naruszają etykę ich zawodu¹⁶⁰. Dlatego tak ważne jest nawiązanie odpowiedniej współpracy pomiędzy organami ścigania a biegłymi psychologami w zakresie właściwej organizacji przesłuchania małoletniego, z uwzględnieniem wspólnego ustalenia przebiegu czynności, zasad i zakresu udziału w nim sędziego i psychologa¹⁶¹, a następnie respektowania tych rozwiązań w praktyce. Przy czym to sędzia, jako „gospodarz” przesłuchania, w każdej sytuacji odpowiedzialny jest za jego przebieg i musi cały czas mieć kontrolę nad tą czynnością.

IV. Inne środki ochrony małoletnich przed zagrożeniami przestępczością na tle seksualnym

Poruszając problematykę ochrony osób małoletnich przed zagrożeniami przestępczością na tle seksualnym należy wskazać na środki karne, które mają zapobiegać kontynuowaniu działalności przestępczej przez osoby, które z pobudek seksualnych dopuszczają się groźnych przestępstw. Dlatego do katalogu środków karnych

A. Budzyńska, *Psycholog w roli biegłego sądowego*, „Dziecko krzywdzone” 2007, nr 21.

¹⁵⁷ Szerzej: E. Gruza, *Kryteria oceny wiarygodności zeznań dzieci* (www.dzieckoswiadek.pl); J. Gyrgul, *Wybrane problemy w kontaktach organu procesowego z biegłym*, „Problemy kryminalistyki” 2004, nr 244, s. 20-21.

¹⁵⁸ Szerzej: T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 1988, s. 112 i nast.

¹⁵⁹ A. Antoniuk-Drożdż, *Przesłuchanie dziecka w procesie karnym – uwagi praktyczne*, „Prok. i Pr.” 2006, nr 6, s. 45.

¹⁶⁰ Szerzej: T. Jaśkiewicz-Obydzińska, E. Wach, *Ekspertyza psychologiczna - obszary kontrowersji*, „Na wódkandzie” 2015, nr 1(23), s. 23-26.

¹⁶¹ Por. także § 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzonego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego.

został wprowadzony wskazywaną już wcześniej ustawą z dnia 27.07.2005 roku środek karny określony w art. 41 § 1a i § 1b k.k. w postaci zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, gdzie zakaz ten jest obligatoryjny na czas kreślony albo dożywotnio w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego¹⁶². Przy czym wskazany zakaz, sąd orzeka dożywotnio na podstawie art. 41 § 1b k.k., w razie ponownego skazania sprawcy w warunkach określonych w art. 41 § 1a k.k. Przyjąć należy, że wskazy środek karny ma charakter zarówno represyjny, jak też przede wszystkim prewencyjny – zapobiegawczy. Chodzi bowiem o stworzenie możliwości pozbawienia prawa wykonywania wszelkich czynności zawodowych związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi.

Kolejnym środkiem karnym zmierzającym do uniemożliwienia kontaktów sprawcy z małoletnim jest wprowadzony tą samą ustawą z dnia 27.07.2005 roku, skodyfikowany w art. 41a k.k., zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, jak również nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, między innymi w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Środek ten może być połączony z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu, a zakaz zbliżania się do określonych osób, również kontrolowany w systemie dozoru elektronicznego. Przyjąć należy, że nakaz i zakazy z art. 41a k.k. mają w pierwszym rzędzie charakter prewencyjny, a ich celem jest ochrona małoletnich ofiar przestępstw przeciwko wolności seksualnej oraz wszystkich ofiar przed przestępstwami z użyciem przemocy.

Warto wspomnieć, że wobec sprawcy przestępstwa popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, wprowadzono instytucję obowiązkowego dozoru. Definicja „zaburzenia preferencji seksualnych” (parafilia) nie zostało zdefiniowane w kodeksie karnym i budzi pewne niejasności interpretacyjne, Natomiast zgodnie z Międzynarodową Statystyczną Klasyfikacją Chorób (ICD 10), ustaloną przez Światową Organizację Zdrowia należy pod nim rozumieć utrwalone formy zachowań seksualnych, w których wystąpienie podniecenia seksualnego i pełnej satysfakcji seksualnej uzależnione jest od pojawienia się specyficznych obiektów (w tym osób), rytuałów czy sytuacji, niebędących częścią normatywnej stymulacji, które zapewniają osobie satysfakcję na poziomie psychicznym, ale wykluczają spełnienie biologiczne (prokreacja) lub społecznej (tworzenie więzi) funkcji zachowania seksualnego. Przykładami takich zaburzeń są: dewiacje zбочzenia płciowe, perwersje

¹⁶² Przy czym przestępstwa te traktuje się bardzo szeroko, także w odniesieniu do czynów z art. 291 k.k., 203-204 k.k. np. L. Falandysz, *Wiktymologia*, Warszawa 1979, s. 52 i dalej; J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001.

seksualne inne niż zaburzenia identyfikacji z płcią (np. pedofilia, raptofilia, jednak nie będzie nim homoseksualizm), a także długotrwałe, nawracające, silne, seksualnie podniecające fantazje, seksualne pobudki lub zachowania, które obejmują nietypowe obiekty, działania lub sytuacje (np. obiekty nieosobowe, cierpienie lub poniżenie, dzieci) i powodują klinicznie znaczącą przykrość lub pogorszenie w społecznej, zarobkowej lub w innych ważnych dziedzinach funkcjonowania¹⁶³.

Ustawa nowelizująca kodeks karny z dnia 20 lutego 2015 r.¹⁶⁴ pozwala zgodnie z treścią art. 93c ustęp 3 k.k. na orzeczenie środków zabezpieczających w razie skazania za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Skazując takiego sprawcę na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 15 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez skazanego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych (art. 93g § 3 k.k.). Należy przypomnieć w tym miejscu, że do osób skazanych za czyn popełniony przed dniem wejścia w życie wskazanej ustawy, ma zastosowanie Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób¹⁶⁵, zwana „ustawą o bestiach”. Wzbudzające niepokój prawników było wprowadzenie tego typu rozwiązań z niebezpieczną praktyką aktu prawnego działającego retroaktywnie.

Dodatkowo, nie sposób pominąć głównych założeń Ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym z dnia 13 maja 2016 r.¹⁶⁶, która określa szczególne środki ochrony przeciwdziałające zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (art. 1 cyt. ustawy). Ustawa weszła w życie 1.10.2017 r. Wprowadziła ona nowe rozwiązania prawne, w szczególności Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym (zwany dalej Rejestrem) z dostępem ograniczonym oraz publiczny, jak również policyjną mapę zagrożeń przestępstwami na tle seksualnym. Największe wątpliwości wzbudza publiczny Rejestr, w którym zamieszcza się dane osób, które między innymi dopuściły się przestępstwa zgwałcenia wobec małoletniego poniżej 15 roku życia, które były już skazane na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia i ponownie popełniły przestępstwo seksualne na szkodę małoletniego i które zostały w związku z tym skazane prawomocnym wyrokiem sądu lub wobec których orzeczono warunkowe umorzenie postępowania karnego bądź wobec których orzeczono środki zabezpieczające w sprawach o przestęp-

¹⁶³ Szerzej: K. Eichstaedt, P. Gałęcki, A. Depko, *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, Warszawa 2014, s. 236 i dalej; Z.N. Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 396 i dalej.

¹⁶⁴ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

¹⁶⁵ Dz. U. z 2014 r., poz. 24 ze zm.

¹⁶⁶ Dz. U. z 2016 r., poz. 862.

stwa seksualne. Rejestr ten odgrywa funkcję prewencyjną oraz sprawiedliwości, ale ma także spełniać inną rolę, wykraczającą poza prawo karne, a mianowicie funkcję społecznego napiętnowania¹⁶⁷. Pojawiają się wątpliwości związane z ingerencją państwa w prawa i wolności jednostki oraz dotyczące celowości i skuteczności takich rozwiązań. Pytanie dotyczy kwestii w jaki sposób mieszkańcy mogą reagować na fakt, że w ich okolicy zamieszkuje osoba skazana za przestępstwo seksualne. Identyfikacja takiej osoby może zakończyć się nękaniami i agresywnym zachowaniem wobec niej, lub poczuciem zagrożenia ze strony okolicznych mieszkańców. Państwo niejako scedowało na obywateli obowiązek zapewnienia ochrony dzieci przed przestępstwami o charakterze pedofilskim, równocześnie odbierając przestępcy prawo do powrotu do społeczeństwa. Można założyć, że nie zmniejszy to liczby przestępstw, a doprowadzi jedynie do samosądów i utrudnienia resocjalizacji przestępcy seksualnego. Wydaje się, że wobec rosnącego problemu przestępczości na tle seksualnym, wskazane środki prewencyjne mogą okazać się niewystarczające. Jak wynika z opinii kryminologów oraz psychiatrów, stosowanie kar izolacyjnych i społecznych dolegliwości nie prowadzi do zmniejszenia liczby popełnianych przestępstw. Wyniki badań prowadzonych przez specjalistów w tych dziedzinach wskazują, że jedynym skutecznym sposobem jest poddawanie takich osób odpowiednim terapiom, chociaż będą to terapie dość kosztowne i trwające czasami całe życie. Może jednak zwrócić się one w momencie, kiedy zmniejszy się znacząco liczba postępowań karnych, zakłady karne będą mniej obciążone, a bezpieczeństwo dzieci będzie się zwiększać¹⁶⁸. Jednocześnie pozytywnie należy ocenić wprowadzony omawianą ustawą Rejestr z dostępem ograniczonym oraz policyjną mapę zagrożeń przestępstwami na tle seksualnym.

V. Uwagi końcowe

Kończąc poruszoną problematykę, podkreślić należy, że aktualny model materialno – procesowych uprawnień dziecka, co do zasady, zapewnia dzieciom należytą ochronę. Z uwagi na pojawiające się wątpliwości interpretacyjne, w przekonaniu autora, w stosowaniu przepisów prawa materialnego powinno kierować się szeroko pojętym dobrem dziecka.

Zwłaszcza w sferze przestępczości seksualnej na szkodę małoletnich pokrzywdzonych, należy szukać optymalnych rozwiązań, które pozwolą zadbać o dobro pokrzywdzonych, ale i efektywną realizację uprawnień podejrzanych. W sprawach o przestępstwa seksualne konieczne jest wykazanie z jednej strony wrażliwości i zrozumienia a z drugiej strony daleko posuniętej ostrożności w formułowaniu zarzutów, by nie dopuścić do pogwałcenia praw którejkolwiek ze stron. W trosce o dobro dziecka należy usprawnić działania zapobiegawcze, w zakresie resocjalizacji sprawców

¹⁶⁷ Por. E. Michałkiewicz, *Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym w aspekcie praw człowieka i obywatela*, „PME” 2016, nr 2, s. 1, Legalis (dostęp w dniu 09.03.2018 r.).

¹⁶⁸ Cyt. za E. Michałkiewicz, *Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym w aspekcie praw człowieka i obywatela*, „PME” 2016, nr 5, s. 1, Legalis (dostęp w dniu 09.03.2018 r.).

i nadzoru nad nimi oraz otoczenia ofiar opieką psychologiczną. Przy czym niezbędna wydaje się współpraca pomiędzy środowiskiem prawniczym i medycznym, chociażby w aspekcie psychologii sądowej, obdukcji dziecka, badania ginekologicznego czy seksuologii.

Niezależnie od wprowadzonych zmian w zakresie ochrony prawnomaterialnej małoletnich pokrzywdzonych oraz trybu ich przesłuchania, czy też podjętych działań w celu zapobiegania przestępczości seksualnej wobec dzieci, podkreślić należy, że wiele zależy od podejścia do pokrzywdzonych przez organa ścigania, tj. policjantów, prokuratorów, a także sędziów. Bez intensywnego przygotowania tych osób do dokonywania czynności procesowych z małoletnimi pokrzywdzonymi, nawet najlepsze rozwiązania normatywne mogą okazać się niewystarczające¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Tak: A. Dziergawka, *Praktyczne uwagi odnośnie do przesłuchania małoletniego świadka i ofiary zgwałcenia*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2015, nr 2, s. 112.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA RODZICÓW ZA ZANIEDBANIA WYCHOWAWCZE WOBEC DZIECKA (DOPUSZCZENIE DO DEMORALIZACJI)

Skoro zgodnie z art. 92 kr i o² dziecko pozostaje, aż do pełnoletności, pod władzą rodzicielską to jest oczywiste, że w przypadku zaniedbań wychowawczych musi istnieć możliwość ich minimalizacji. Jedną z form reakcji jest przypisanie odpowiedzialności karnej.

W myśl art. 95 § 3 kr i o władza rodzicielska powinna być bowiem wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny.

Z uwagi na brak definicji ustawowej zwrotu „dobro dziecka” wypełnienie jego znaczenia powinno być dokonywane w konkretnych okolicznościach faktycznych. Na jego naruszenie lub zagrożenie naruszenia mogą wskazywać sytuacje w jakich znalazło się dziecko, które wskazują na konieczność ingerencji ze strony innych podmiotów, w tym także sądu. Wyszczególnić należy uprawnienie do ochrony życia i zdrowia oraz wszelkich działań ze strony innych, które powinny zapewnić warunki do spokoju, prawidłowego, niezakłóconego rozwoju, poszanowania godności i udziału w procesie decydowania o jego sytuacji³.

Skoro występują przepisy dopuszczające warunkową możliwość nabycia przez nasciturusa określonych praw to wydaje się, że powinno go się objąć ochroną regulującą odpowiedzialność karną za zaniedbania wychowawcze⁴. Jeżeli bowiem przyjmie się, że np. zachowanie matki w okresie ciąży polegające na picciu alkoholu, zażywaniu narkotyków ma wpływ na późniejszy psychofizyczny rozwój dziecka

¹ Dr Wiesław Juchacz - SSO w Bydgoszczy w stanie spoczynku, Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości im. Księcia Kazimierza Kujawskiego w Inowrocławiu.

² Ustawa z dnia 25 lutego 1964r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. z 2017r., poz. 682 – dalej kr i o.

³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2016 r., II CA 1/16, OSNC 2017, nr 7-8, poz. 90.

⁴ Zob. np. B. Kunicka-Michalska, [w:] B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, Komentarze karne Becka, Przesłębstwo przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej, Warszawa 2001, s. 316; J. Potulski, *Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu karnego*, LEX/el. 2003; R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, LEX; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 23 lutego 2005 r., II SA/Lu 43/05, www.nsa.gov.pl.; Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997r., K 26/96, OTK 1997/2/19; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 marca 2006 r., II OSK 703/05, LEX nr 2211500; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 28 stycznia 2008 r.; IV SA/GI 341/07, LEX nr 505438; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 17 listopada 2016 r., II SA/Łd 619/16, LEX nr 2176164; A. Siostrzonek-Sergiel, *Nasciturus jako pokrzywdzony w polskim procesie karnym*, „PS” 2010, nr 10, s. 16-22; I. Zgoliński, *Zniesławienie w polskim prawie karnym*, Warszawa 2013, s.124.

(spowoduje uzależnienie od alkoholu albo narkotyków) to niewątpliwie już dziecko poczęte z takiej ochrony musi korzystać⁵.

Interes społeczny wymaga bowiem, żeby dziecko wdrożyć do przestrzegania zasad współżycia społecznego, norm obowiązujących w społeczeństwie i prawidłowego w nim funkcjonowania.

Jeżeli władza rodzicielska nie będzie realizowana zgodnie z wskazanymi wyżej wymogami może to doprowadzić do zakłócenia procesu wychowawczego. Powodem ich będą zaniedbania wychowawcze sprawujących władzę rodzicielską, których mogą się oni dopuścić przez działanie i zaniechanie. Jako przykład zaniedbań których można dopuścić się przez działanie można podać np. podawanie nieletniemu alkoholu albo narkotyków, wpajanie nieletniemu wzorców postępowania charakterystycznych dla podkultury więziennej⁶. Przykładem natomiast zaniedbań popełnionych przez zaniechanie mogą być np. brak reakcji na niewykonywanie przez nieletniego obowiązku szkolnego lub dopuszczenie się przez niego czynów agresywnych⁷.

Konsekwencją zaniedbań wychowawczych może być demoralizacja dziecka.

W ustawach przewidujących odpowiedzialność karną legislator w znamionach wykroczeń i przestępstw określając przedmiot ochrony nie posługuje się pojęciem dziecko ale nieletni lub małoletni.

Nieletnim jest ten kto popełnia czyn zabroniony przed ukończeniem 17 lat⁸. Małoletnim jest osoba, która w chwili czynu nie ukończyła 18 lat. Uzyskanie pełnoletniości na podstawie przepisów prawa cywilnego (np. osoba poniżej 18 lat, która zawarła związek małżeński – art. 10§2 k.c⁹.) wyłącza taką osobę jako przedmiot czynu z art.208 k.k¹⁰. Okoliczność, że dana osoba tą drogą uzyskała pełnoletniość nie może przecież pozostawać bez wpływu na jej status prawny na gruncie prawa karnego¹¹. Skoro dana osoba może założyć rodzinę to można przyjąć, że jest na tyle dojrzała, żeby oceniać właściwości alkoholu. Przeciwny pogląd wynikający z treści art. 15 Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹², który wprowadza zakaz sprzedaży alkoholu osobom w wieku – do lat 18, przy stosowaniu art. 208 k.k. wydaje się, że nie może być w związku z tym zaakceptowany¹³.

⁵ J. Potulski, *Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego*, Gdańsk 2007.

⁶ A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1989, s. 304; P. Daniluk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 723 – 724; M. Szwarczyk, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 364 – 367.

⁷ B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 402.

⁸ Art.1 §1 pkt 2 Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz.U z 2016r. poz.1654.

⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 2018r., poz. 1025.

¹⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2017r., poz. 2204 – dalej k.k.

¹¹ Zob. np. J. Kosonoga, [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1313; A. Marek, *Komentarz. Kodeks karny*, Warszawa 2005, s. 470.

¹² Dz.U. z 2016 poz. 487; J. Kosonoga, [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, dz. cyt., s. 1313; J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 949; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 403 – 404.

¹³ Zob. np. Z. Siwik, [w:] *Kodeks karny. Komentarz pod red. M. Filara*, Warszawa 2016, ss. 1291.

Określenie demoralizacji można znaleźć w art. 4 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁴, w którym wymienione są okoliczności ją charakteryzujące. W szczególności można mówić, że mamy do czynienia z demoralizacją gdy dojdzie do naruszania zasad współżycia społecznego, popełnienia czynu zabronionego, systematycznego uchylania się od obowiązku szkolnego lub kształcenia zawodowego, używania alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia, uprawiania nierzędu, włóczęgostwa, udziału w grupach przestępczych.

Skoro się uwzględnia, że celem dla którego uchwalono ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich było dążenie do przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz stwarzania warunków powrotu do normalnego życia nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem bądź z zasadami współżycia społecznego, a także w dążeniu do umacniania funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowanie nieletnich na świadomych swych obowiązków członków społeczeństwa to musiały w niej się znaleźć rozwiązania pozwalające ten cel osiągnąć.

Jeżeli chodzi o oddziaływanie na rodziców dla realizacji zadań postawionych przed tą ustawą to zawarto w art. 7 § 1 pkt 1 i 2 możliwość zobowiązania rodziców przez sąd rodzinny do poprawy warunków wychowawczych, bytowych lub zdrowotnych nieletniego, a także do ścisłej współpracy ze szkołą, do której nieletni uczęszcza, poradnią psychologiczno-pedagogiczną lub inną poradnią specjalistyczną, zakładem pracy, w którym jest zatrudniony, oraz lekarzem lub zakładem leczniczym oraz do naprawienia w całości lub w części szkody wyrządzonej przez nieletniego. W art. 8 § 1 przewidziano natomiast w wypadku gdy rodzice lub opiekun nieletniego uchylają się od wykonania obowiązków nałożonych na nich przez sąd rodzinny, to sąd ten może wymierzyć im karę pieniężną w wysokości od 50 do 1500 złotych.

W § 2 wprowadzono możliwość uchylecia przez sąd tej kary pieniężnej w całości lub w części, jeżeli osoba ukarana w ciągu 14 dni usprawiedliwi swoje zachowanie lub przystąpi do wykonywania nałożonych obowiązków.

Ustawa wprowadziła więc instrumenty pozwalające reagować w stosunku do rodziców w wypadku zaniedbywania obowiązków w sprawowaniu władzy rodzicielskiej. Zaniedbania w zakresie funkcji opiekuńczo-wychowawczych wynikających z władzy rodzicielskiej stanowią z reguły pewien ciąg zaniechań lub działań. Można określić, że demoralizacja jest szczególną postacią nieprzystosowania społecznego.

Nie wszystkie zaniedbania władzy rodzicielskiej są spenalizowane. Niekiedy mogą one bowiem jedynie doprowadzić do ograniczenia lub pozbawienia rodziców władzy rodzicielskiej, a niekiedy do ponoszenia także odpowiedzialności karnej.

Praktyka wskazuje, że do demoralizacji dziecka zawsze prowadzi popełnienie przestępstwa wspólnie z dorosłym. Jeżeli dorosłym będzie któryś z rodziców

¹⁴ Dz.U z 2016r. poz.1654.

proces demoralizacji będzie przebiegał jeszcze sprawniej ponieważ dziecko z reguły osobę dorosłą, a szczególnie rodziców obdarza zaufaniem – wręcz wzoruje się na ich postępowaniach.

O współdziałaniu z nieletnim w popełnieniu przestępstwa mowa jest w art. 53 §2 k.k. Współdziałanie to może przybierać różne formy, tj. współsprawstwo, sprawstwo kierownicze czy polecające (art. 18 § 1 k.k.), jak i podżeganie (art. 18 § 2 k.k.) lub pomocnictwo (art. 18 § 3 k.k.). Każda z nich obojętnie czy polegać będzie na wspólnym działaniu czy też np. na nakłanianiu będzie w nieletnim rodziło przekonanie, że nie należy przestrzegać porządku prawnego np. dlatego, że jest nieopłacalne lub powoduje dużo wyrzeczeń i.t.d.

Okoliczność, że dorosły popełnił przestępstwo wspólnie z nieletnim musi być uwzględniana przy wymierzaniu kary jako okoliczność obciążająca ponieważ świadczy o braku oporów przed sprowadzaniem dzieci na drogę przestępstwa, a więc o ewidentnym ich demoralizowaniu¹⁵.

O odpowiedzialności karnej za zaniedbania wychowawcze można mówić dopiero wówczas gdy zostaną wyczerpane znamiona jakiegoś konkretnego wykroczenia lub przestępstwa, w wyniku których realizacji może dojść do demoralizacji dziecka.

O demoralizacji polegającej na naruszeniu zasad współżycia społecznego oraz dopuszczeniu się popełnienia czynu zabronionego mowa jest w kodeksie wykroczeń w artykułach 104 i 105.

W pierwszym – art.104 k.w.¹⁶ stwierdzono, że podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny ten kto skłania do zebrania małoletniego lub osobę bezradną albo pozostającą w stosunku zależności od niego lub oddaną pod jego opiekę.

Przepis ten ma zapewnić karnoprawną ochronę przed byciem skłanianym do zebrania. Ochrona ta obejmuje jednak tylko wskazane osoby, które z powodów faktycznych lub prawnych nie dysponują pełną autonomią w zakresie decydowania o sobie oraz o swoim postępowaniu albo nie są zdolne do rozpoznania i oceny otaczającej je rzeczywistości¹⁷.

Uregulowanie to wprowadzono po to aby uchronić wskazane osoby przed przyswojeniem sobie niekorzystnych wzorców zachowań w zakresie pozyskiwania środków na utrzymanie. Takie zachowania uznano bowiem za nieprawidłowe, które nie powinny funkcjonować ani być propagowane. Niewątpliwie żebractwo – przyjęcie takiego sposobu życia narusza normy prawidłowego współżycia. Aby być członkiem jakiegoś społeczeństwa należy realizować obowiązujące w nim reguły postępowania¹⁸. Jedną z tych zasad mówi w jaki sposób należy pozyskiwać środki na utrzymanie. Wskazuje, że podstawowym sposobem jest uzyskiwanie wynagrodzenia za świadczenie pracy.

¹⁵ Zob. np. V. Konarska-Wrzosek, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 373; M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 211.

¹⁶ Ustawa z dnia 20 maja 1971r. – *Kodeks wykroczeń*, Dz. U. z 2018r., poz. 618 – dalej k.w.

¹⁷ P. Daniluk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 717; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 400 – 401.

¹⁸ P. Daniluk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, dz. cyt., s. 717.

Z uwagi na to, że bycie małoletnim lub osobą bezradną jest cechą uniwersalną w tej części jest to wykroczenie powszechne. W pozostałej części podmiotem wykroczenia może być tylko ten, kto pozostaje ze skłanianym do żebrania w stosunku zależności lub stosunku opieki. Mamy więc tutaj do czynienia z wykroczeniem indywidualnym¹⁹.

Podmiotem tego wykroczenia mogą być więc także rodzice w wypadku wyczerpania jego znamion.

Strona przedmiotowa wykroczenia polega na skłanianiu do żebrania. Skłanianiem jest wpływanie na czyjąś decyzję, na czyjś wybór m.in. przez namawianie, nakłanianie, przekonywanie, zmuszanie, wywieranie nacisku, groźbę, obietnicę korzyści czy też wytworzenie sytuacji faktycznej. Istotne dla odpowiedzialności sprawcy będzie wytworzenie u osoby nakłanianej woli żebrania.

Wykroczenie określone w art. 104 k.w. ma charakter formalny. Do poniesienia odpowiedzialności wystarczające jest zachowywanie się w sposób określony w jego dyspozycji. Nie jest konieczne podjęcie przez skłanianego faktycznego żebrania²⁰.

W wykroczeniu mowa jest o skłanianiu do żebractwa czyli, że można je popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim.

Tak jak już zaznaczono art. 104 k.w. zabrania skłaniania do żebrania małoletniego, osobę bezradną, osobę pozostającą w stosunku zależności do sprawcy, osobę oddaną pod jego opiekę.

Kto jest osobą małoletnią opisano już w opracowaniu.

Osobą bezradną jest osoba, która z jakichkolwiek powodów nie może czy też nie umie poradzić sobie w sytuacji wywierania na nią wpływu²¹.

Osobą pozostającą w stosunku zależności do sprawcy jest osoba, której los, sprawy, prawa lub obowiązki czy też interesy są uzależnione w sposób trwały lub doraźny od sprawcy²².

Osobą oddaną pod opiekę sprawcy to osoba wobec której sprawca sprawuje opiekę prawną lub faktyczną²³.

Wykroczenie z art. 104 k.w. zagrożone jest alternatywnie karą aresztu (od 5 do 30 dni – art. 19 §1 k.w.), karą ograniczenia wolności (1 miesiąca – art. 20 §1 k.w.) albo grzywną (od 20 do 5000 zł – art. 24 §1 k.w.).

Drugie wykroczenie zawarte w art. 105 k.w. zajmuje się w §1 odpowiedzialnością w wypadku rażącego naruszenia obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej i w konsekwencji dopuszczenia do popełnienia przez nieletniego czynu zabronionego przez ustawę jako przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe i wskazującego na demoralizację nieletniego. W §2 mowa jest natomiast o odpowiedzialności za czyn określony w §1 przez osobę,

¹⁹ Zob. np. tamże, s. 719.

²⁰ Tamże.

²¹ Tamże.

²² Tamże.

²³ Tamże.

pod której nadzór odpowiedzialny oddano nieletniego.

Wykroczenie, o którym stanowi art. 105 k.w., ma na celu ochronę nieletnich przed demoralizacją wynikającą z zaniedbań w sprawowaniu władzy rodzicielskiej lub nadzoru odpowiedzialnego nad nieletnim²⁴. Tym samym ustawodawca chroni prawidłowy rozwój nieletniego. Przepis ten ma chronić interes nieletniego wyrażający się w konieczności zapewnienia mu należytej opieki, tak aby nie był zaniedbywany i nie wszedł na drogę przestępstwa.

Wykroczenie zawarte w art. 105 § 1 k.w. polega na dopuszczeniu do popełnienia czynu zabronionego przez nieletniego wskazującego na jego demoralizację na skutek rażącego zaniedbania obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej²⁵.

Strona przedmiotowa charakteryzowanego wykroczenia składa się z dwóch elementów:

- pierwszego obejmującego zachowanie polegające na rażącym naruszeniu obowiązków mających swe źródło we władzy rodzicielskiej;
- raz drugiego polegającego na wywołaniu skutku w postaci popełnienia przez nieletniego czynu zabronionego przez ustawę jako przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie i wykroczenie skarbowe, i wskazującego na demoralizację nieletniego.

Te dwa elementy składowe składają się na ustawowy opis czynu i muszą wystąpić łącznie.

Nadzór odpowiedzialny rodziców lub opiekuna o którym mowa w §2 tego przepisu ustanawia sąd rodzinny wobec nieletnich na podstawie art. 6 pkt 3 ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Koniecznym warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie określone w art. 105 k.w. jest ustalenie, że czyn wskazuje na demoralizację nieletniego²⁶.

Wykroczenie to ma charakter materialny. Strona podmiotowa wykroczenia określanego w komentowanym artykule w typie podstawowym i kwalifikowanym może polegać na umyślności, co wynika z faktu, że naruszenie obowiązków przez sprawcę ma mieć charakter rażący. W literaturze wskazuje się również na możliwość popełnienia tego wykroczenia nieumyślnie²⁷.

Wykroczenie w typie podstawowym zagrożone jest alternatywnie karą grzywny albo karą nagany, a w typie kwalifikowanym karą ograniczenia wolności, karą grzywny albo nagany.

Karę ograniczenia wolności wymierza się w wysokości 1 miesiąca (art. 20§1 k.w.), karę grzywny w granicach od 20 do 5000 zł. (art. 24§1 k.w.).

Na podstawie art. 105§3 k.w. istnieje ponadto możliwość orzeczenia fakultatywnego środka karnego w postaci nawiązki na rzecz pokrzywdzonego w wysokości do 1000 zł pod warunkiem, że nieletni swoim czynem wyrządził szkodę.

²⁴ M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 603.

²⁵ Tamże, s. 604; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, dz. cyt., s. 402.

²⁶ M. Bojarski, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, dz. cyt., s. 605.

²⁷ Tamże, s. 605.

O odpowiedzialności karnej rodziców za demoralizację dziecka można mówić także w wypadku wyczerpania przez nich strony przedmiotowej niektórych przestępstw.

I tak demoralizacja może być spowodowana dopuszczeniem się zaniedbań przez sprawujących władzę rodzicielską w zakresie obyczajności seksualnej czyli reguł społeczno – kulturowych rządzących tymi zachowaniami w obecnym społeczeństwie²⁸. Przepisy kształtujące odpowiedzialność karną w wypadku zaistnienia takich zaniedbań można znaleźć w rozdziale XXV zatytułowanym Przystępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności.

W rozdziale tym o różnych formach wykorzystania seksualnego małoletniego mowa jest w art. 200 k.k.. W przepisie tym w § 1 zapisano, że kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. Z tym, że należy pamiętać o treści art. 201 k.k. który stanowi, że kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Gdy sprawcą takiego czynu będzie rodzic możliwa będzie kumulatywna kwalifikacja przepisu art. 200 § 1 z art. 201 k.k. inny jest bowiem ich zakres przedmiotowy. W art. 201 k.k. mowa jest bowiem jedynie o dopuszczeniu się obcowania płciowego, a w art.200 §1 k.k. także o innej czynności seksualnej²⁹.

§ 3 tego przepisu natomiast stanowi, że kto małoletniemu poniżej lat 15 prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter albo rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Strona przedmiotowa może polegać więc na:

- prezentowaniu – umożliwieniu małoletniemu postrzegania treści pornograficznych;
- udostępnieniu – przekazaniu obiektów fizycznych będących nośnikami takich treści;
- rozpowszechnianiu – gdy małoletni przy stosowaniu środków i procedur typowych, będzie mógł się zapoznać z treściami pornograficznymi³⁰.

Jest to przestępstwo umyślne i w sytuacji gdy rodzice nie zachowają należytej ostrożności, by ustrzec dziecko przed dostępem do posiadanych przez siebie materiałów pornograficznych i w konsekwencji dochodzi do tego, że małoletni oddaje się praktykom masturbacyjnym będąc pobudzonym na skutek kontaktu z materiałami pornograficznymi nie będzie można im przypisać odpowiedzialności karnej.

²⁸ M. Berent, M. Filar, [w:] M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 1210; J. Warylewski, [w:] R. A. Stafański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1249.

²⁹ M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 619 – 621.

³⁰ M. Berent, M. Filar, [w:] Kodeks karny. Komentarz..., dz. cyt., s. 1246; M. Mozgawa, [w:] Kodeks karny. Komentarz..., dz. cyt., s. 620 – 621.

Odmierna sytuacja wystąpi gdy będzie im można przypisać działanie umyślne³¹. Kontakt z pornografią może bowiem spowodować taką zmianę w sferze obyczajności małoletniego, że spowoduje uprawianie nierządu.

W myśl § 4 karze określonej w § 3 podlega, kto w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej, a według § 5 karze określonej w § 3 podlega, kto prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15.

Nie można zapomnieć o treści art. 200b k.k. mówiącego o publicznym propagowaniu lub pochwalaniu zachowania o charakterze pedofilskim za co grozi grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Mówiąc o demoralizacji dziecka nie sposób pominąć art. 203.k.k. który stwierdza, że kto, przemocą, groźbą bezprawną, podstępem lub wykorzystując stosunek zależności lub krytyczne położenie, doprowadza inną osobę do uprawiania prostytucji, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. A także art. 204 k.k. mówiący w § 1, że kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nakłania inną osobę do uprawiania prostytucji lub jej to ułatwia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, w § 2, iż karze określonej w § 1 podlega, kto czerpie korzyści majątkowe z uprawiania prostytucji przez inną osobę, oraz w § 3, że jeżeli osoba określona w § 1 lub 2 jest małoletnim, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Generalnie można stwierdzić, że przedmiotem ochrony jeżeli chodzi o art. 203 k.k. i 204 k.k. są obyczajność i prawidłowy rozwój moralny i fizyczny małoletniego. Doprowadzanie do uprawiania prostytucji, nakłanianie do tego lub ułatwianie jest oczywiste, że taki prawidłowy rozwój zakłóci³².

Z kolei w rozdziale XXVI zajmującym się przestępstwami przeciwko rodzinie i opiece zawarto przepis – art. 208 k.k., który mówi o odpowiedzialności za rozpijanie małoletniego przez dostarczanie mu napoju alkoholowego, ułatwianie jego spożycia lub nakłaniając go do spożycia takiego napoju.

Przedmiotem ochrony na gruncie art. 208 k.k. jest prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletnich³³.

Do zrealizowania znamion tego przestępstwa niewątpliwie należy powtarzanie czynności nakłaniania lub ułatwiania spożywania napoju alkoholowego. Nie można wykluczyć sytuacji, że również jednorazowe dostarczenie napoju alkoholowego małoletniemu może wyczerpywać znamiona przestępstwa z art. 208 k.k., jeśli w konkretnej sytuacji stwarza realne niebezpieczeństwo uzależnienia³⁴.

³¹ J. Warylewski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz...*, dz. cyt., s. 1253; J. Wojciechowska, [w:] B. Kunicka- Michalska (red.), *Komentarz. Przestępstwa przeciwko wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2001, s.124 – 127.

³² M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny. Komentarz...*, dz. cyt., s. 639.

³³ Tamże, s. 653; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 470 -471.

³⁴ Z. Siwik, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1290.

W przepisie rozróżniono trzy odmienne postacie działania sprawcy, które stwarzają niebezpieczeństwo przyzwyczajenia małoletniego do stałego używania alkoholu. Należą do nich:

- dostarczanie małoletniemu napoju alkoholowego;
- ułatwianie małoletniemu spożycia napoju alkoholowego;
- nakłanianie małoletniego do spożycia napoju alkoholowego.

Dostarczanie polega na jakimkolwiek sposobie przekazania alkoholu do dyspozycji małoletniego (np. sprzedaż, podarowanie, poczęstowanie)³⁵. Ułatwianie polega na stworzeniu sytuacji umożliwiającej małoletniemu dysponowanie napojem alkoholowym (np. kupno napoju alkoholowego małoletniemu, udostępnienie lokalu w którym można spożyć alkohol)³⁶. Nakłanianie polega na wpływaniu na wolę małoletniego tak, aby podjął decyzję spożycia alkoholu (np. namawianie, zachęcanie, polecanie)³⁷. Napojem alkoholowym jest produkt przeznaczony do spożycia zawierający alkohol etylowy pochodzenia rolniczego w stężeniu przekraczającym 0,5% objętościowych alkoholu - art. 46 ust. 1 Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi³⁸.

Sprawcą tego przestępstwa może być każdy. Jest to przestępstwo powszechne. Sprawcą może być więc też członek rodziny małoletniego.

Przestępstwo rozpijania małoletniego jest występkiem umyślnym. Nakłaniać można jednak tylko z zamiarem bezpośrednim. W znamionach dostarczania lub ułatwiania mieszczą się natomiast oba zamiary - bezpośredni i ewentualny³⁹.

W art. 208 k.k. dla sprawcy została przewidziana sankcja alternatywna: kara grzywny, kara ograniczenia wolności albo kara pozbawienia wolności do lat 2.

Nie można zapominać, że funkcjonuje ponadto przepis - art. 43 pkt. 1 Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁴⁰, który mówi, że kto sprzedaje lub podaje napoje alkoholowe w wypadkach, kiedy jest to zabronione, albo bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom, podlega grzywnie⁴¹. A zakaz sprzedaży i podawania napojów alkoholowych zgodnie z art. 15 pkt 2 dotyczy osób poniżej 18 lat.

O odpowiedzialności karnej za zaniedbania wychowawcze wobec dziecka można mówić także na podstawie art. 58 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, który stanowi w pkt 2, że podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 ten, kto udziela środka odurzającego lub substancji psychotropowej małoletniemu lub nakłania go do użycia takiego środka. Podmiotem popełnienia tego czynu może być każda osoba fizyczna, zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej, zatem mogą być nim także rodzice. Z tym, że należy pamiętać,

³⁵ Tamże.

³⁶ Tamże; J. Kosonoga, [w:] R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1312.

³⁷ Z. Siwik, [w:] Kodeks karny. Komentarz..., dz. cyt., s. 1291.

³⁸ Dz.U. z 2016 poz. 487; J. Kosonoga, [w:] Kodeks karny. Komentarz..., dz. cyt., s. 1312.

³⁹ Z. Siwik, [w:] Kodeks karny. Komentarz..., dz. cyt., s. 1291.

⁴⁰ Dz.U. z 2016 poz. 487.

⁴¹ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi.

że przestępstwo to można popełnić tylko umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub z zamiarem ewentualnym, natomiast w przypadku nakłaniania - tylko z zamiarem bezpośrednim⁴².

Mówiąc o odpowiedzialności karnej rodziców za zaniedbania wychowawcze prowadzące do demoralizacji nie można nie zasygnalizować treści art. 43c. k.k. według którego Sąd, uznając za celowe orzeczenie pozbawienia lub ograniczenia praw rodzicielskich lub opiekuńczych w razie popełnienia przestępstwa na szkodę małoletniego lub we współdziałaniu z nim, zawiadamia o tym właściwy sąd rodzinny. Wychowawczy interes dziecka może bowiem wymagać rozważenia przez kompetentny organ czy ze strony rodziców nie wystąpiły zaniedbania wychowawcze⁴³. Przesłanki te oznaczają, że w istocie skierowanie zawiadomienia jest warunkowane sytuacją, wskazującą na zagrożenie osoby znajdującej się pod władzą rodzicielską lub opiekuńczą oskarżonego. Skierowanie zawiadomienia jest obligatoryjne w razie uznania przez sąd, że celowe jest orzeczenie przez sąd rodzinny pozbawienia lub ograniczenia oskarżonemu praw rodzicielskich lub opiekuńczych⁴⁴. Na taki obowiązek wskazuje tryb oznajmujący słowa „zawiadamia”, oznaczający obowiązek skierowania zawiadomienia. Tryb oznajmujący czasownika ma charakter dyrektywny, względnie obligatoryjny, gdyż obowiązek uczynienia powstaje tylko wtedy, gdy sąd stwierdzi, że jest celowe orzeczenie pozbawienia lub ograniczenia oskarżonego praw rodzicielskich lub opiekuńczych.

Ponoszenie odpowiedzialności karnej przez rodziców w wypadku dopuszczenia się zaniedbań wychowawczych prowadzących w konsekwencji do demoralizacji dziecka jest jednym z sposobów zwalczania nieprawidłowości w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej. I chociaż nie jest on w pełni skuteczny nie można zrezygnować z jego stosowania. System prawa, który ma stać na straży prawidłowego rozwoju dzieci musi bowiem przewidywać odpowiedzialność karną w wypadku wystąpienia poważnych zaniedbań wychowawczych oraz powstrzymywać potencjalnych sprawców tego rodzaju zachowań.

⁴² T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 396 – 409.

⁴³ P. Kozłowska-Kalisz, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 176.

⁴⁴ Tamże, s. 177; R. S. Stefański, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 279 – 280; R. A. Stefański, [w:] *Kodeks karny. Komentarz...*, dz. cyt., s. 352.

PRAWNOKARNA OCHRONA DZIECKA PRZED PRZEMOCĄ

W preambule Konwencji o Prawach Dziecka społeczność międzynarodowa wyraziła przekonanie, że dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu². Nie ulega zatem wątpliwości, że dziecko zostało potraktowane jako podmiot podlegający szczególnej ochronie, która jest zadaniem każdego państwa-strony tej konwencji. Dziecko jest jednak nie tylko szczególnym przedmiotem ochrony prawnej, ale także podmiotem posiadającym swoją tożsamość osobową i prawa. Godność i prawa człowieka nie zależą bowiem od osiągnięcia określonego wieku lub poziomu rozwoju, lecz są przyrodzone³. Charakterystyczna dla dziecka niedojrzałość fizyczna, psychiczna i społeczna nie daje podstawy do traktowania go jako niepełnego człowieka o zmniejszonej godności i ułomnym katalogu praw. Przeciwnie, z faktu bycia słabszym wynika, że powinien być wyposażony w dodatkowe prawa i bezwzględnie należy mu się szczególna ochrona i opieka ze strony dorosłych, w tym szczególnie rodziców⁴. Tak więc dziecko nie jest przedmiotem, ani własnością rodziców, krewnych, czy państwa i jego organów, ale podmiotem posiadającym własną tożsamość i własne prawa, których przestrzeganie gwarantuje system przepisów prawnych. Ochrona dziecka jest więc jednym z najistotniejszych obowiązków państwa, a przyjęty system prawny powinien uwzględniać odrębności psycho-fizyczne małoletnich, ich specyficzne potrzeby oraz konieczność zapewnienia im opieki i pomocy, gdyż sami nie potrafią jeszcze właściwie zabezpieczyć swojego dobra i skutecznie bronić swoich interesów.

Ochrony dziecka nie należy jednak oddzielać od roli i funkcji jaką spełnia wobec niego jego otoczenie, w szczególności jego rodzina. Kluczową rolę ustawodawcy karnego w zakresie ochrony dziecka jest bowiem wytyczanie minimalnych standardów funkcjonowania tej wspólnoty. Racjonalny ustawodawca nie tylko zmierza do ochrony istotnych atrybutów rodziny, lecz również dba o określony model zachowań i odpowiedni poziom relacji w niej występujących. Z analizy przepisów za-

¹ Dr Sławomir Hypś – Katolicki Uniwersytet Lubelski, Katedra Prawa Karnego.

² Zob. Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z dnia 23 grudnia 1991 r., Nr 120, poz. 526 z późn. zm.

³ Zob. A. Grześkowiak, *Prawa dziecka a świat polityki*, „Ethos” 2001, nr 3 (55), s. 160.

⁴ Zob. szerzej A. Krawczak-Chmielecka, *O rozwoju praw dziecka w Polsce i na świecie*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2017, nr 2, vol. 16, s. 11 i n., także: A. Nowak, *Prawna ochrona wartości dziecka i dzieciństwa*, „Chowanna” 2010, nr 1, s. 121.

wierających zakazy karne można bowiem wyprowadzić wiele wskazań odnoszących się do prawidłowych zachowań w zakresie życia rodzinnego i prywatnego obywateli. Przepisy regulujące takie normy docelowo mają wpływać na określony model życia rodzinnego i funkcjonowanie samej rodziny; często są jednak także przedmiotem krytyki lub zastrzeżeń, zwłaszcza w aspekcie dyskusji nad granicami ludzkiej wolności, w tym również dzieci⁵.

Objęcie dziecka i jego praw szczególną ochroną pozostaje przede wszystkim w związku z koniecznością zabezpieczenia jego prawidłowego rozwoju. Dotyczy bowiem osoby, której rozwój fizyczny i psychiczny nie jest jeszcze zakończony, a jego osobowość nie jest jeszcze w pełni ukształtowana. Proces dojrzewania następuje bowiem stopniowo. Dziecko wraz z wiekiem i poziomem rozwoju intelektualnego nabywa świadomość, co do znaczenia swojego postępowania oraz umiejętności odróżniania dobra od zła, a także zdolności kierowania swoim postępowaniem zgodnego z nabytym systemem wartości. Zabezpieczenie prawidłowego rozwoju dziecka polega zatem zarówno na kształtowaniu prawidłowej osobowości małego, jak i jego procesu wychowania oraz oczywiście spoczywa głównie na rodzinie. Poza najbliższymi, do wspomagania dziecka w jego rozwoju na zasadzie pomocniczości, powołane jest także społeczeństwo i państwo. Chodzi zatem o ochronę prawidłowego rozwoju fizycznego, psychicznego i społecznego dziecka, w szczególności gdy jest ono narażone na jakiegokolwiek niebezpieczeństwo i zagrożone są jego warunki wychowawcze z powodu środowiska w jakim żyje, w tym przez zachowanie osób, które sprawują nad nim opiekę, bądź z powodu zachowań jego samego, w ten sposób, aby nie stał się osobą skrzywdzoną.

Jednym z najważniejszych zagrożeń rozwoju dziecka, a także naruszeniem jego praw, jest narażenie go na stosowanie przemocy i znoszenie jej skutków. Ochrona dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją jest w Polsce wartością konstytucyjną. Zgodnie z art. 72 ust. 1 Konstytucji RP⁶: „(...) Rzeczypospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją(...)”. Również przepis art. 19 Konwencji o Prawach Dziecka nakazuje chronić dziecko przed wszelkimi formami: przemocy fizycznej i psychicznej, krzywdy, zaniedbania, złego traktowania, wyzysku, w tym wykorzystywania dla celów seksualnych. Obowiązki państwa w tym zakresie wynikają zatem zarówno z przyjętych przez Polskę umów międzynarodowych⁷, jak i wielu regulacji krajo-

⁵ Szerzej zob. A. Grześkowiak, *Gli aspetti giuridici nell'elaborazione delle leggi nella società pluralistica per il diritto alla vita*, [w:] J. de Dios Vial Correa, E. Sgreccia (red.), *La dignità della procreazione umana e le tecnologie riproduttive. Aspetti antropologici ed etici. Atti della decima Assemblea Generale della Pontificia Accademia per la Vita*, Città del Vaticano 2005.

⁶ Zob. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z dnia 16 lipca 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁷ Zjawisku przemocy, w tym przemocy wobec dzieci, poświęcono wiele dokumentów międzynarodowych, które nakładają na państwa obowiązki jego zwalczania. Poza dokumentami ogólnie zakazującymi jakiegokolwiek przemocy to samej problematyce przemocy w rodzinie zostały poświęcone następujące akty europejskie: Re-

wych⁸. Szczególną pozycję w ramach krajowego systemu prawnego spełniają przepisy prawnokarne, albowiem przewidują najsurowszą dolegliwość jaka pozostaje w dyspozycji państwa. Niewątpliwie więc na ustawodawcy karnym spoczywa podstawowy obowiązek zapobiegania stosowaniu przemocy wobec dziecka, a zatem zapewnienia ochrony jego rozwoju.

Używanie przemocy może prowadzić do wielu patologii zarówno w życiu indywidualnym dziecka, jak i przekładać się na kształt życia społecznego. W literaturze podnosi się, że nawet stosowanie wobec dziecka przemocy o niewielkiej skali, może doprowadzić do urazów fizycznych, zaburzeń psychicznych dotyczących poczucia własnej wartości i godności, jak również różnego rodzaju nerwic, zaburzeń zachowania w relacjach do innych osób, ograniczeń w życiu społecznym, postaw agresywnych w stosunku do własnych dzieci, reakcji depresyjnych prowadzących nawet do prób samobójczych⁹. Negatywne skutki stosowania przemocy wobec dziecka mogą zatem dotyczyć jego funkcjonowania w wielu obszarach życia fizycznego, psychicznego i społecznego. Przede wszystkim przynoszą zagrożenia dla rozwoju fizycznego i zdrowotnego dziecka. Najczęściej wskazuje się na osłabioną odporność organizmu, bóle, choroby psychosomatyczne, zaniedbania higieniczne lub w ogóle na brak nawyków higienicznych, chroniczne zmęczenie, zaburzenia snu, skłonność do urazów lub urazy ciała w postaci: sińców, guzów, otarć, krwawień, braków we włosach, blizn lub pręg. W obszarze funkcjonowania życia psychicznego mogą natomiast pojawić się zaburzenia emocjonalne (chwiejność), poczucia zagrożenia, lęku, winy i wstydu, wzmożonej czujności i niemożności rozluźnienia się, a także chroniczny smutek lub depresja, tłumienie negatywnych emocji wobec sprawcy i przenoszenie ich na innych dorosłych lub rówieśników, trudności w nawiązywaniu bliskiej relacji z ludźmi, obniżone poczucie własnej wartości, nieadekwatne wyrażanie emocji np. w postaci zachowań agresywnych lub ucieczkowych, autoagresja, problemy z nauką (trudności z koncentracją i zapamiętywaniem), izolowanie i zamykanie się w sobie lub nadmierna aktywność. Często także zmienia się funkcjonowanie dziecka krzywdzonego w relacji z dorosłymi. Pojawia się wrogość, nieufność, problemy z granicami tej relacji w posta-

komendacja 561 (1969) o ochronie małoletnich przed złym traktowaniem z 30 września 1969 r., Rekomendacja nr R (79) 17 Komitetu Ministrów Rady Europy dotycząca ochrony dzieci przed złym traktowaniem z 13 września 1979 r., całościowo zagadnienie to obejmuje natomiast Rekomendacja nr R (85) 4 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie przemocy w rodzinie z 26 marca 1985 r., Rekomendacja nr R (90) 2 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie środków społecznych dotyczących przemocy w rodzinie z 15 stycznia 1990 r., Rekomendacja R 91/9 w sprawie środków nadzwyczajnych dotyczących rodziny, Rekomendacja 1371 (1998) o krzywdzeniu i zaniedbywaniu dzieci, Rekomendacja 1065 (1987) w sprawie handlu dziećmi i innych form eksploatacji dzieci, Rekomendacja 16 (2001) o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem oraz Rekomendacja 135 (2003) o lokalnej współpracy na rzecz prewencji i zwalczania przemocy w szkole. Dokumenty te, poza wskazaniem dla państw członkowskich, próbują także zdefiniować pojęcie zjawiska przemocy w rodzinie i ustalić krąg osób w nim uczestniczących.

⁸ Szerzej zob. M. Czaja, *Ochrona rozwoju dziecka przed zagrożeniami w aspekcie prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, Warszawa 2016, także: J. J. Bleszyński, A. Rodkiewicz-Ryżek, *Ochrona praw dziecka w świetle standardów polskich i międzynarodowych*, „Pedagogia Christiana” 2012, nr 2/30.

⁹ Zob. szerzej: J. Mazur, *Przemoc w rodzinie. Teoria i rzeczywistość*, Wydawnictwo Akademickie „Żak”, Warszawa 2002, także: J. L. Herman, *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, GWP, Gdańsk 2003.

ci albo nadmiernego lgnięcia do dorosłych, albo utrzymywania „sztucznego” dystansu, charakterystyczne jest także zachowanie polegające na nieposłuszeństwie wobec większości osób, które nie stanowią zagrożenia, a także potrzeba zwracania na siebie uwagi, nie słuchanie, nie wykonywanie poleceń lub podejmowanie zachowań przekornych. Negatywne skutki stosowania przemocy wobec dziecka rzutują także na jego relacje z rówieśnikami i funkcjonowanie w szkole. Wobec rówieśników często pojawiają się zachowania agresywne (bicie, agresja werbalna), przyjmowanie roli lidera negatywnego w grupie lub wręcz przeciwnie roli „kozła ofiarnego”, wycofanie, odrzucenie lub nadmierna potrzeba zwracania na siebie uwagi, któremu często towarzyszy wulgarne słownictwo, demonstrowanie gestów, słownictwa i zachowań seksualnych. W szkole często występuje brak zainteresowania zajęciami i lekcjami, czemu towarzyszą złe wyniki w nauce lub pogorszenie się wyników (w stosunku do tego jak dziecko uczyło się wcześniej), spóźnienia, ucieczki z lekcji, wagary oraz inne „lekceważenie” obowiązków szkolnych (łącznie z przyzwoleniem rodziców np. w postaci zatrzymywania dziecka w domu, obarczania innymi obowiązkami), brak przyborów szkolnych, książek, zeszytów (spowodowane także zaniedbaniami ze strony rodziców). Możliwa jest także postawa przeciwna tj. „ucieczki w naukę” w celu uzyskiwania bardzo dobrych ocen, co stanowi sposób izolowania się od problemów i chęć zapomnienia o nich¹⁰.

Zjawisko przemocy jest jednym z najtrudniejszych i najbardziej aktualnych problemów występujących w rodzinach. W szczególności dotyka ono członków rodziny słabszych fizycznie, tj. dzieci i kobiet¹¹. Jednym z podstawowych zadań prawa karnego w zakresie prawidłowego funkcjonowania dziecka jest doprowadzenie do ograniczenia lub całkowitego wyeliminowania przemocy z życia rodzinnego. W celu osiągnięcia tego efektu państwa podejmują próby przeciwdziałania temu zjawisku w dwóch głównych kierunkach¹². Przede wszystkim stopniowo uchwalają nowe przepisy - najczęściej o charakterze karnym - mające na celu wprowadzenie wyraźnego zakazu opierania jakichkolwiek relacji rodzinnych na stosowaniu przemocy i rozszerzaniu katalogu środków penalnych mających wyegzekwować zakazy karne stosowania przemocy. Drugim kierunkiem działania jest wprowadzanie specjalnych programów postępowania w celu natychmiastowej ochrony ofiary przemocy domowej oraz stosowania środków, które znacznie ograniczą lub uniemożliwią powstawanie dalszych krzywd u ofiary i jego rodziny¹³.

¹⁰ Zob. szerzej: S. D. Herzberger, *Przemoc domowa. Perspektywa psychologii społecznej*, Warszawa 2002, także: R. Izdebski, M. de Barbaro, W. Szaszkievicz, *Przemoc w rodzinie. Maltretowanie fizyczne i wykorzystywanie seksualne dzieci i młodzieży*, [w:]: I. Namysłowska (red.), *Psychiatria dzieci i młodzieży*, Warszawa 2005, także: A. Margolis, *Zespół Dziecka Maltretowanego. Diagnostyka medyczna*, Warszawa 1998, także: A. Miller, *Zniewolone dzieciństwo. Ukryte źródła tyranii*, Media Rodzina, Poznań 2000, także: I. Pospiszyl, *Przemoc w rodzinie*, WSiP, Warszawa 1994.

¹¹ Zob. B. Gruszczyńska, *Przemoc wobec kobiet w Polsce. Aspekty prawno kryminologiczne*, Oficyna 2007, s. 134-137, także: S. Spurek, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 16-21.

¹² Szerzej na temat różnych modeli zwalczania przemocy domowej zob. M. Płatek, *Karnoprawne modele przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, „Archiwum Kryminologii” 2007-2008 r., t. XXIX-XXX, s. 601-616.

¹³ Na gruncie prawa polskiego, zob. np. H. D. Sasal, *Przewodnik do procedury interwencji wobec przemocy w rodzinie*, Warszawa 2005.

Działania ustawodawcy polskiego w tym zakresie skupiają się wokół uchwalania przepisów, w których przemoc stanowi istotny element zachowania sprawcy. Termin przemoc występuje zatem dość powszechnie zarówno w literaturze prawnej, jak i w ustawodawstwie. Szczególnie przepisy prawa karnego często odwołują się do tego terminu, nie nadając mu jednak precyzyjnie określonego zakresu znaczeniowego¹⁴. Podobnie w doktrynie prawa karnego wskazuje się, że ściśle określenie treści pojęcia „przemoc” nie jest możliwe¹⁵. Trudności z określeniem ogólnej definicji przemocy mogą powodować podważenie realności jednej z podstawowych zasad prawa karnego, tj. *nullum crimen sine lege*. Brak legalnej definicji przemocy powoduje konieczność ustalenia jej treści przez orzecznictwo i doktrynę.

W języku polskim pojęcie przemoc oznacza zazwyczaj użycie siły fizycznej wbrew czyjejś woli¹⁶. W literaturze przedmiotu podnosi się, że termin przemoc oznacza trzy różne sytuacje: po pierwsze dotyczy określenia samej siły fizycznej, jako rzeczywistego potencjału energii, następnie dla oznaczenia stosunku (relacji) siły fizycznej względem kogoś lub czegoś, oraz na oznaczenie efektu użycia siły fizycznej (jako skutku zamierzonego lub rzeczywistego)¹⁷. Najczęściej doktryna odwołuje się do definicji w której: „przemocą jest takie działanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzaną dolegliwość na jego procesy motywacyjne nastawić tę decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku”¹⁸. Przy czym odróżnione działania siłą lub środkami fizycznymi, które nastawione jest na wywołanie określonego skutku nie musi dotyczyć fizycznie osoby, będącej ofiarą. Działanie bowiem siły fizycznej bądź jej środków może zostać skierowane na osobę trzecią (np. dziecko ofiary) lub rzecz (np. cenny obraz), a skutek w postaci przymusu na rzeczywistą ofiarę¹⁹.

Przemoc zatem może być także skierowana na psychikę i służyć do wpływania na decyzje woli ofiary w celu podjęcia określonego działania, zaniechania bądź znoszenia²⁰. Przy czym wpływanie na decyzje woli ofiary należy rozumieć szeroko, gdyż nie można wykluczyć, że sprawca stosuje przemoc bez jasno określonego celu, zmuszając jednak swoją ofiarę do jej znoszenia. Często zatem w literaturze przyjmuje się za przemoc każdego bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek prawem chro-

¹⁴ Przemoc jako znamię strony przedmiotowej zapisywana była w dyspozycjach części szczególnej wszystkich polskich kodeksów karnych XX w., szerzej zob. T. Bigoszewski, *Przemoc jako znamię strony przedmiotowej*, „CzPKiNP” 1997, z. 2, s. 19-20.

¹⁵ Zob. m.in. T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania przestępnego*, „ZNUJ” 1966, nr 24, s. 5. Pojawiały się także zdania, iż przemoc jest to działanie, które nie wymaga bliższego określenia ustawowego, zob. S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny*, Kraków 1934, s. 157.

¹⁶ Zob. m.in. A. Markowski (red.), *Nowy słownik poprawnej polszczyzny*, Warszawa 2003, s. 779, także: W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, tom. VII, Warszawa 1965, s. 296, także: T. i S. Skorupka (red.), *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, Warszawa 1967, s.764.

¹⁷ Zob. W. Kubala, *Znamię przemocy w ujęciu art. 123 k.k.*, „Problemy Praworzędności” 1987, nr 8-9, s. 16-17.

¹⁸ T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania*, dz. cyt., s. 65.

¹⁹ Zob. S. Hypś, *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym*, Lublin 2012, s. 152-153.

²⁰ Zob. K. Krajewski, *O pojęciu przemocy w kryminologii*, „Studia Kryminologiczne Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1988, t. XIX, s. 77, także: W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 520.

nione dobro zarówno środkami fizycznymi, materialnymi, jak i psychologicznymi oraz moralnymi, jeśli ich celem jest wymuszenie określonego działania, zaniechania lub znoszenia albo pozbawienie człowieka prawnie chronionych dóbr i wartości²¹. Pojęcie przemocy nie zamyka się bowiem jedynie w stosowaniu siły fizycznej lub jej środków, lecz treścią swoją obejmuje różne formy zachowań mających na celu wymuszenie na ofierze określonego zachowania lub znoszenia określonej sytuacji.

W tym celu w kryminologii wyróżnia się co najmniej cztery formy przemocy: fizyczną, psychiczną, seksualną i ekonomiczną, która często w kontekście dzieci opiera się na ich zaniedbaniu materialnym. Wszystkie wskazane formy przemocy mogą być stosowane wobec dziecka. Przemoc fizyczną wobec dzieci często rozpatruje się w zakresie dwóch aspektów. Po pierwsze do krzywdzenia fizycznego dziecka dochodzi wtedy, gdy działania drugiej osoby powodują u dziecka celowe urazy. Po drugie, gdy mamy do czynienia z wszelkiego rodzaju agresywnym i bezprawnym zachowaniem odnoszącym się do ciała dziecka bez względu na doznany uraz. Przemoc psychiczna wobec dziecka jest natomiast definiowana jako rozmyślne, nie zawierające aktów przemocy fizycznej, zachowania dorosłych wobec dzieci, które powodują znaczące obniżenie możliwości prawidłowego rozwoju dziecka, w tym zaburzenia osobowości, niskie poczucie własnej wartości, stany lękowe itp. Za szczególną formę przemocy psychicznej wobec dzieci, przyjmuje się także sytuację, w której dziecko jest świadkiem przemocy w rodzinie. Oglądanie przez dzieci przemocy, czasem jest równie niszczące, krzywdzące jak bezpośredni atak. Osobnym problemem jest stosowanie wobec dziecka przemocy seksualnej. Zgodnie z definicją Światowej Organizacji Zdrowia dziecko seksualnie wykorzystywane to każda jednostka w wieku bezwzględnej ochrony (w Polsce to 15 lat), którą osoba dojrzała seksualnie naraża na jakąkolwiek aktywność natury seksualnej, której intencją jest seksualne zaspokojenie osoby dorosłej. Może to być przez świadome działanie osoby dorosłej, czy też przez zaniedbanie jej społecznych obowiązków wynikających ze specyficznej odpowiedzialności za dziecko. Do wykorzystywania seksualnego dzieci dochodzi zatem, gdy mamy do czynienia z intymnym kontaktem fizycznym pomiędzy sprawcą a ofiarą o podłożu seksualnym, ale także, gdy nie dochodzi do kontaktu fizycznego, ale dziecko uczestniczy w stymulacji werbalnej (np. przez pobudzenie opowieściami seksualnymi), jest świadkiem ekshibicjonizmu lub aktu płciowego, albo był zmuszony do pozowania w produkcji pornografii. Przemoc ekonomiczna wobec dziecka najczęściej objawia się przez zaniedbywanie materialne, które zachodzi, gdy dziecko nie ma zaspokojonych potrzeb związanych z odżywianiem, higieną, zdrowiem, edukacją lub dostępem do kultury.

Pewną pomocą w tym względzie są ponadto istniejące definicje tego zjawiska w przepisach innych dziedzin prawa²². Na uwagę zasługuje definicja zawarta w polskiej

²¹ Zob. A. Ratajczak, *Przemoc jako przestępstwo oraz jako sposób sprawowania władzy*, „Gazeta Sądowa” 2000, nr 9, s. 10-11.

²² Pewną pomocą są także definicje przemocy rodzinnej, zawierane w dokumentach międzynarodowych, poświęconych zwalczaniu tego zjawiska. Na uwagę zasługuje chociażby definicja zawarta w memorandum

Deklaracji w sprawie przeciwdziałania przemocy w rodzinie z grudnia 1995 r., która określa przemoc w rodzinie jako „każde działanie lub zaniechanie podjęte w ramach rodziny przez jednego z jej członków przeciwko pozostałym z wykorzystaniem istniejącej lub stworzonej przez okoliczności przewagi sił lub władzy, która godzi w ich prawa i dobra osobiste, a w szczególności w życie, zdrowie (fizyczne i psychiczne) powodujące szkodę lub cierpienie”²³. W definicji tej wyraźnie brakuje jednak ustalenia natężenia podjętego przez sprawcę działania. Jeśli bowiem ma to być każde działanie opisane w definicji to w pewnych wypadkach przemocą w rodzinie nazwane mogłyby być np. dopuszczalne formy wykonywania władzy rodzicielskiej nad dziećmi. Najpełniejsza definicja terminu przemocy w rodzinie znajduje się w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie²⁴. Zgodnie z art. 2 ust. 2 tej ustawy przez przemoc w rodzinie należy rozumieć jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste członków rodziny, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą²⁵. Definicja ta nie jest jednak wiążąca dla prawa karnego i nie została stworzona na potrzeby Kodeksu karnego, lecz ma zastosowanie wyłącznie do ustawy w której została zawarta. Jej wykorzystanie dla prawa karnego jest zatem ograniczone, a znaczenie ma ona przede wszystkim dla prawidłowego realizowania obowiązków określonych zadań w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie przez organy administracji publicznej²⁶.

wyjaśniającym Rekomendacji nr R (85) 4 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie przemocy w rodzinie z 26 marca 1985 r., która określa pojęcie przemocy fizycznej. Zgodnie z tym dokumentem przemocą fizyczną jest każde działanie lub zaniechanie podjęte w ramach rodziny przez jednego z jej członków, które godzi w życie, integralność fizyczną lub psychiczną albo w wolność innego członka tej samej rodziny, lub które poważnie szkodzi rozwojowi jego osobowości, szerzej zob. E. Bieńkowska, *Rada Europy o przemocę w rodzinie*, „GS” 1996, nr 18, s. 18.

²³ Zob. H. D. Sasal, *Niebieskie karty. Podręcznik do procedury interwencji Policji wobec przemocy w rodzinie*, Warszawa 1998, s. 7.

²⁴ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r., o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, Dz.U. Nr 180, poz. 1493.

²⁵ Ustawa definiuje jednocześnie członka rodziny, odwołując się w tym względzie głównie do pojęcia osoby najbliższej w rozumieniu art. 115 § 11 KK, oraz rozszerza to pojęcie, włączając w jego zakres każdą inną osobę, która wspólnie zamieszkuje lub gospodaruje ze sprawcą (art. 2 ust. 1 ustawy). Pojęcie członka rodziny na gruncie tej ustawy wykracza zatem poza zwyczajowo przyjęty krąg osób należących do rodziny, opartej na małżeństwie lub konkubinacie (wspólnym pożyciu). W rozumieniu tej ustawy za członka rodziny mogą zostać uznane również całkiem obce dla siebie osoby, które łączy wyłącznie wspólne zamieszkiwanie, np. dwóch studentów wynajmujących pokój w tym samym mieszkaniu, zob. K. Dudka, *Środki zapobiegawcze stosowane wobec sprawców przemocy w rodzinie*, „WPP” 2006, nr 2, s. 44. Tak szerokie ujęcie pojęcia członka rodziny poddyktowane było jednak względami prewencyjnymi, aby objąć ochroną przepisami tej ustawy jak największą liczbę osób, mogących stać się ofiarami przemocy domowej, zob. *Stenogram z posiedzenia Komisji Polityki Społecznej i Rodziny oraz Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka z dnia 29 czerwca 2005 r.*, archiwum prac Sejmu IV kadencji (dostępne na www.sejm.gov.pl). Uznaje się, że w ten sposób lepiej zostają realizowane cele samej ustawy, zob. R. A. Stefański, *Warunkowy dozór Policji – nowy środek zapobiegawczy*, „PiP” 2006, z. 6, s. 31. W doktrynie nie brakowało jednak również postulatów, aby ograniczyć to pojęcie wyłącznie do treści osoby najbliższej rozumianej zgodnie z art. 115 § 11 KK, zob. I. Kosonoga, *Dozór Policji jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008, s. 341.

²⁶ Zob. S. Spurek, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie...*, dz. cyt., s. 67.

Ustawodawca karny każdej ze wskazanych powyżej form przemocy poświęca odpowiednie przepisy Kodeksu karnego. Brak legalnej definicji przemocy, jak również szerokie wykorzystywanie tego pojęcia w znamionach wielu czynów zabronionych sprawił, że ustawodawca karny nie przewidział jednego typu rodzajowego przestępstwa powołanego wyłącznie do jego zwalczania. Ponadto przyjęta na gruncie kodeksu karnego koncepcja zwalczania przemocy wskazuje także na skutkowy charakter odpowiedzialności karnej sprawcy za jej stosowanie. Istotą tej koncepcji jest przeniesienie ciężaru zakazu karnego na różne zachowania sprawcy wraz z jego odpowiedzialnością za powstałe skutki wynikające ze stosowania przemocy. Odpowiedzialność karna sprawcy kształtuje się zatem dwutorowo. Przede wszystkim można odpowiadać za stosowanie samej przemocy, najczęściej w postaci znęcania się, lub wobec trudności z kwalifikacją prawną jego zachowania za spowodowany przemocą skutek w postaci np. uszkodzenia ciała lub naruszenie nietykalności cielesnej.

Pomimo tej tendencji, ustawodawca karny tradycyjnie ochronę dziecka przed zjawiskiem przemocy związał głównie z jednym przepisem - typizującym przestępstwo znęcania się, określone w art. 207 KK. Czyn ten polega na znęcaniu się fizycznym lub psychicznym nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy, lub osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny. A zatem przeprowadzenie wykładni pojęcia „znęcania się” na gruncie Kodeksu karnego jest zarazem ustaleniem treści ochrony dziecka przed przemocą. Przestępstwo z art. 207 KK ma charakter ogólny i nie dotyczy wyłącznie zjawiska przemocy w rodzinie, jednak jego istota odnosi się niewątpliwie do ochrony dziecka przed zjawiskiem przemocy domowej. Zakres tej ochrony został dodatkowo wzmocniony przez wprowadzenie do tego przestępstwa trzech typów kwalifikowanych zagrożonych surowszą karą, w przypadku, gdy znęcanie dotyczy osoby nieporadnej ze względu na jej wiek²⁷, stan psychiczny lub fizyczny, a także, gdy połączone jest ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa lub w przypadku, gdy jego następstwem jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie.

Czynność sprawcza przestępstwa z art. 207 KK została opisana poza użyciem czasownika „znęca się” przez dwa alternatywnie występujące znamiona - „fizycznie” lub „psychicznie”, które dookreślają sposoby, w jakich znęcanie ma się przejawiać, aby sprawca mógł ponosić odpowiedzialność karną. Znamię czasownikowe „znęca się” jest jednak pojęciem szerokim i niedookreślonym, gdyż może

²⁷ Osobą nieporadną jest taka, która ze względu na swoje właściwości fizyczne (np. podeszły wiek, kalectwo, obłązną chorobę) lub psychiczne (np. upośledzenie umysłowe) nie ma możliwości samodzielnego decydowania o swoim losie ani zmiany swego położenia. Na gruncie omawianego przepisu chodzi jednak nie tylko o osoby, które są w wieku podeszłym, ale również o osoby w bardzo młodym wieku. Wydaje się, że nie można jednak powiedzieć, że każda osoba małoletnia jest nieporadną; twierdzenie takie jest zasadne w przypadku dzieci małych (kilkuletnich czy młodszych), natomiast w przypadku nastolatków ocena może być zróżnicowana w zależności od właściwości, stopnia rozwoju danej osoby będącej pokrzywdzonym, zob. S. Hypś, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1005.

obejmować różne sposoby zachowania się sprawcy²⁸. Katalog zachowań wypełniających znamię czasownikowe „znęca się fizycznie lub psychicznie” jest zatem otwarty i wymaga każdorazowej oceny stanu faktycznego. Zdaniem Sądu Najwyższego znęcanie się oznacza działanie albo zaniechanie polegające na umyślnym zadawaniu bólu fizycznego lub dolegliwych cierpień psychicznych, powtarzających się albo jednorazowych lecz intensywnych i rozciągniętych w czasie²⁹. Przy tak ukształtowanej definicji powstają jednak wątpliwości w kwestii jedno lub wielokrotności przestępczych zachowań sprawcy. Sporne jest też, na podstawie jakich kryteriów - obiektywnych czy subiektywnych - rozpatrywać dolegliwość cierpień ofiary przysparzanych przez sprawcę. Problem dotyczy przede wszystkim tego, czy można uznać za znęcanie się jednorazowy i krótkotrwały, ale wyjątkowo okrutny sposób postępowania z ofiarą. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że od strony przedmiotowej pojęcie znęcania się oznacza zazwyczaj zachowanie złożone z jedno lub wielorodzajowych pojedynczych czynności naruszających różne dobra i systematycznie powtarzających się. Wyjątkowo jednak za znęcanie można uznać postępowanie, wprawdzie ograniczone do jednego zdarzenia, zwarte czasowo i miejscowo, lecz odznaczającego się intensywnością w zadawaniu dolegliwości fizycznych lub psychicznych, a zwłaszcza złożone z wielu aktów wykonawczych rozciągniętych w czasie. Natomiast o uznaniu za znęcanie się zachowania sprawiającego ból fizyczny lub dotkliwie cierpienia psychiczne decyduje ocena obiektywna, nie zaś subiektywne odczucie pokrzywdzonego. Podobne poglądy przyjmowane są w doktrynie prawa karnego, gdzie „dla przyjęcia lub odrzucenia wystąpienia znamienia „znęca się” miarodajne jest hipotetyczne odczucie wzorcowego obywatela, tzn. człowieka o właściwym stopniu socjalizacji i wrażliwego na krzywdę drugiej osoby³⁰. O przyjęciu znęcania się rozstrzygają więc społecznie akceptowane wartości wyrażające się w normach etycznych i kulturowych. Z poglądem tym zasadniczo zgadzają się przedstawiciele doktryny, jednak nie brak głosów, że jest on słuszny jedynie w odniesieniu do dorosłych ofiar, natomiast nie ma zastosowania w przypadku znęcania się nad dzieckiem, o ile bowiem osoby dorosłe mają względnie podobną odporność na zadawany ból fizyczny lub psychiczny, to odporność dziecka uzależniona jest od jego wieku, stopnia rozwoju fizycznego, psychicznego i emocjonalnego³¹. Zgodnie jednak z przyjętym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, o znęcaniu decydować będzie nie tylko obiektywna negatywna ocena zachowania sprawcy, ale także jego specyficzne, subiektywne nastawienie psychiczne, wyrażające się w zamiarze wyrządzenia krzywd i powodowania cierpienia.

Znęcanie może przejawiać się w dwóch postaciach - fizycznego lub psy-

²⁸ Zob. H. Kołakowska-Przełomiec, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Prawa Karnego” 1995, nr 12, s. 40.

²⁹ Zob. wyr. SN z 8.2.1982 r., II KR 5/82, OSNPG z 1982 r., nr 8, poz. 114, także: wyr. SN z 24.10.2000 r., WA 37/00, LEX nr 332949.

³⁰ Zob. M. Szewczyk, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Część szczególna*, tom II, Komentarz do art. 117- 277 k.k., Zakamycze, Kraków 2006, s. 722.

³¹ Zob. O. Sitarz, *Ochrona dziecka przed przemocą w polskim prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 4, s. 72, także: J. D. Sosnowska, *Przestępstwo znęcania się*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 3, s. 60.

chicznego. Zachowania te mogą występować samoistnie lub na siebie zachodzić. Wystarczy bowiem do poniesienia odpowiedzialności karnej, aby sprawca wyczerpał swoim zachowaniem jedną z tych form przemocy. Ustawowe rozdzielenie znęcania fizycznego od psychicznego jest w pełni uzasadnione, w praktyce bowiem z zasady każde cierpienie fizyczne jest również cierpieniem psychicznym, jednak nie każde cierpienie psychiczne niesie za sobą dolegliwość fizyczną. Znęcanie fizyczne polega na zadawaniu bólu fizycznego oddziaływującego ujemnie na organizm dziecka. Zadawanie bólu przez sprawcę nie musi jednak wiązać się z uszkodzeniem ciała lub z naruszeniem nietykalności cielesnej. Czasem bowiem o znęcaniu fizycznym decydować będzie sposób traktowania ofiary zmierzający do pogorszenia jej stanu zdrowia (np. głodzenie, narażenie na mróz lub nadmierne ciepło itd.)³². Znęcanie psychiczne polega na zadawaniu dotkliwych cierpień, które oddziałują szkodliwie przede wszystkim na przeżycia psychiczne człowieka, na jego samopoczucie. Przykładowo za znęcanie psychiczne uznał SA w Katowicach np. sytuację w której oskarżony umyślnie uśmiercił zwierzęta należące do jego dzieci³³. Sąd zauważył, że jego działanie było podyktowane chęcią sprawienia przykrości członkom rodziny, wyrazem zademonstrowania swej siły, poczucia bezkarności i podporządkowania ich swojej woli. Nie ma więc znaczenia, że zastosowana w tym wypadku przemoc skierowana została do otoczenia osób pokrzywdzonych, tj. zwierząt, gdyż miała na celu oddziaływanie na ich świadomość oraz wolę. Co do zasady jednak należy pamiętać, że intensywność wyrządzonych cierpień psychicznych i ustalenie ich miary dokonywane jest zatem przez wymiar sprawiedliwości na podstawie konkretnego stanu faktycznego i okoliczności współistniejących z tym stanem.

Znęcanie się ze swej istoty jest więc przestępstwem wieloczynowym i obejmować może wiele innych czynów zabronionych, stypizowanych w Kodeksie karnym. Przemoc w rodzinie opiera się zatem głównie o zachowania, co do zasady zabronione. Wydaje się ponadto, że ze względu na specyficzny charakter znęcanie może obejmować również zachowania co do zasady legalne, które jednak z powodu nacechowania złośliwością sprawcy i chęcią upokorzenia swojej ofiary, mających doprowadzić do dodatkowych cierpień psychicznych, nabierają walorów znęcania się. Przykładem takich zachowań może być notoryczne sprowadzanie do domu, wbrew woli żony lub dzieci, kolegów – alkoholików, prostytutek, urządzenie imprez albo wykorzystywanie swojej pozycji rodzinnej, np. złośliwie wyłączenie energii elektrycznej lub odłączenie gazu, uniemożliwiające prawidłowe funkcjonowanie innym³⁴. Najczęściej zachowania, co do zasady legalne, pojawiać się będą w sekwencji czynów połączonych z zachowaniami nielegalnymi, nie można jednak wykluczyć,

³² Zob. A. Wąsek, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] A. Wąsek (red.), Kodeks karny, część szczególna, tom I, Komentarz do art. 117-221 Warszawa 2004, s. 979, także: L. Falandysz, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży*, [w:] L. Lernell, A. Krukowski (red.), Prawo karne. Część szczególna. Wybrane zagadnienia, Warszawa 1968, s. 77.

³³ Zob. wyr. SA w Katowicach z 22.6.2006 r., II AKa 199/06, LEX nr 196090.

³⁴ Zob. np. postan. SN z 2.8.2017 r., II KK 133/17, www.sn.pl

że samoistne zachowanie legalne sprawcy może być tak przez niego wykonane, że wypełni znamiona przestępstwa znęcania się.

Ze względu na mocno ocenny charakter tego typu czynów na szczególną uwagę zasługują uwagi wyrażane w doktrynie i orzecznictwie, iż należy z dużą rozważą stosować art. 207 KK, szczególnie w konfrontacji z możliwością łagodniejszych kwalifikacji prawnych, na przykład zniewagi lub naruszenia nietykalności cielesnej. Tak przedmiotowe, jak i podmiotowe znamiona przestępstw z art. 207 KK. powinny być na zasadach ogólnych interpretowane i stosowane w sposób restryktywny. Natomiast w przypadku braku jednoznacznej oceny stanu faktycznego, należy przychylić się do stanowiska SA w Krakowie, który stwierdza: „W pojęciu znęcania się zawarte jest odczuwanie przez sprawcę, że jego zachowania są dla ofiary dolegliwe i poniżają ją przed sprawcą. Gdy taki stan pokrzywdzonego, bądź jego odczucia, nie zostaną przez pokrzywdzonego wyrażone w postępowaniu, a brak jest możliwości ustalenia tego inaczej, nie da się dokonać owego ustalenia, zatem i przypisać znęcania. Zdarza się wszak (...), że obelgi, naruszanie nietykalności cielesnej, szykany itp. są wzajemne, że słowa wulgarne nie są obelgami, bo należą do obyczaju środowiska, że zachowania naganne sprawcy są reakcją na prowokowanie go bądź środkiem do wymuszenia poprawnego zachowania się rzekomej ofiary”³⁵.

Istotą przemocy w rodzinie jest zatem podejmowanie takich czynności, które zakłócają relacje rodzinne, powodując między członkami rodziny, w szczególności dziećmi napięcia i trudności, które sprawiają, że rodzina nie funkcjonuje prawidłowo i dziecko nie może się właściwie rozwijać³⁶. We właściwie rozwijającej się rodzinie nie opiera się bowiem relacji osobowych na przemocy nawet, jeśli między jej członkami pojawiają się problemy i konflikty. Nie można jednak wykluczyć, że nawet w normalnie funkcjonującej rodzinie wydarzą się sytuacje, w których nastąpi użycie siły fizycznej lub przewagi psychicznej w celu rozwiązania zaistniałego konfliktu lub wymuszenia posłuchu. Przemoc taka nie ma jednak z reguły formy stałego postępowania, lecz zdarza się incydentalnie. Jeśli więc, jako zachowanie jednorazowe, nie przybierze formy nadmiernie intensywnej, to nie zmieści się w treści pojęcia znęcania i jej karalność może nastąpić na podstawie innych przepisów kodeksu karnego³⁷.

Zgodnie z danymi przedstawionymi w najnowszym Raporcie o stanie bezpieczeństwa Polski³⁸ w 2016 roku wszczęto 26 633 postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą, czyli o 3,6% mniej niż w roku 2015 (27 642). Stwierdzono 14 999 przestępstw znęcania się nad osobą najbliższą (o 1,8% więcej niż w 2015 roku, kiedy to zanotowano 14 728 takich przestępstw). Wskazano w nim także, że od 2007 roku występuje zasadniczo spadkowy

³⁵ Zob. wyr. SA w Krakowie z 25.3.1998 r., II Aka 40/98, KZS z 1998 r., z. 4-5, poz. 53, także: por. wyr. SN z 6.8.1996 r., WR 102/96, OSPriP z 1997 r., nr 2, poz. 8.

³⁶ Zob. J. Kalinowski, *Przestępstwo znęcania się (art. 184 k.k.) – przedmiot ochrony*, „RPEiS” 1985, nr 1, s. 151-152.

³⁷ Por. wyr. SN z 13.9.2005 r., WA 24/05, OSNwSK z 2005 r., Nr 1, poz. 1655, także: wyr. SA w Krakowie z 16.11.1997 r., II Aka 198/97, KZS z 1997 r., Nr 11-12, poz. 49.

³⁸ Zob. *Raport o stanie bezpieczeństwa Polski w 2016 r.*, MSWiA, Warszawa 2017, s. 74-79.

trend stwierdzonych przestępstw z art. 207 KK. W roku 2016 zarzuty popełnienia przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą przedstawiono 13 539 podejrzanym (co oznacza wzrost ich liczby o 2,1% w stosunku do roku 2015, kiedy to ustalono 13 265 podejrzanych). W 2016 roku było ogółem 91 789 (97 501) osób, co do których istnieje podejrzenie, że są dotknięte przemocą w rodzinie, z czego 72,9% stanowiły kobiety, 15,5% małoletni i 11,6% mężczyźni. Wśród osób małoletnich, co do których istnieje podejrzenie, że są dotknięte przemocą w rodzinie, w 2016 roku było 7074 dziewcząt oraz 7149 chłopców. W 2016 roku odnotowano 74 155 (76 034) osób dopuszczających się przemocy wobec osób najbliższych, wśród których było aż 68 321 (70 484) mężczyzn, stanowiąc 92,1% ogólnej liczby sprawców oraz 5 461 (5 244) kobiet – 7,4% i 373 nieletnich (306) – 0,5%. W porównaniu do roku poprzedniego w 2016 roku spadła o 4,7% liczba osób, wobec których istnieje podejrzenie, że stosują przemoc w rodzinie, będąc pod wpływem alkoholu. Łącznie takie podejrzenie zaistniało wobec 46 537 (48 841), co stanowi 62,8% wszystkich osób, wobec których zaistniało podejrzenie, że stosują przemoc w rodzinie. W analizowanej grupie było 44 499 (46 830) mężczyzn, stanowiąc 95,6% wszystkich stosujących przemoc w rodzinie pod wpływem alkoholu, 1993 kobiet (1972) – 4,3% oraz 45 nieletnich (39) – 0,1%. Podczas interwencji w związku z przemocą w rodzinie w 2016 roku policjanci w 75 197 (77 126) przypadkach spotykali się z przemocą psychiczną, nieco rzadziej, bo w 58 060 (60 899) przypadkach z przemocą fizyczną, w 1193 (1442) sytuacjach ujawniona była przemoc seksualna, a w 1754 (1717) – przemoc ekonomiczna. Jako inne zachowania zakwalifikowano 25 263 (27 293) sytuacje. Należy podkreślić, że występująca w rodzinie przemoc bardzo rzadko może być zakwalifikowana tylko do jednego ze wskazanych rodzajów³⁹.

Do zachowań zagrażających prawidłowemu funkcjonowaniu dziecka, poza zjawiskiem przemocy fizycznej i psychicznej, należą również zachowania związane z zamachami seksualnymi na dziecko. Ustawodawca karny wprowadził rozległy katalog zakazów karnych mający na celu ochronę dziecka przed różnymi formami przemocy seksualnej. Katalog ten jest systematycznie rozwijany i obejmuje karyzalizację bezpośrednich i pośrednich zamachów na intymną sferę życia dziecka, a także stara się oddziaływać prewencyjnie wprowadzając szereg czynów zabronionych na przedpolu zachowań pedofilskich tj. wobec małoletnich poniżej 15 roku życia.

Najpoważniejszym zachowaniem związanym z przemocą seksualną jest opisane w art. 197 KK przestępstwo zgwałcenia. Czynność sprawcy tego przestępstwa polega na tym, że sprawca przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego (art. 197 § 1 KK) lub do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności (art. 197 § 2 KK). Przestępstwo to zawiera zatem dwie alternatywne formy (odmiany) jego popełnienia skutkujące różną karalnością. Pierwsza odnosi się do klasycznego współżycia, ale także do innych czynności stanowiących jego surogaty, które obiektywnie zbliżone są do poziomu

³⁹ Tamże.

intymności towarzyszącego stosunkowi seksualnemu⁴⁰. Akty imitujące współżycie seksualne lub stanowiące jego wynaturzoną postać mieszczą się w pojęciu obcowania płciowego, jeśli są traktowane przez sprawcę jako ekwiwalent współżycia seksualnego⁴¹. Druga natomiast obejmuje takie zachowanie sprawcy, które związane jest z szeroko pojętym życiem seksualnym człowieka i polega na kontakcie cielesnym sprawcy z ofiarą lub ma charakter seksualny i polega na fizycznym bądź psychicznym zaangażowaniu ofiary przestępstwa⁴². Zgwałcenie, co jest niezwykle ważne, gdy jego ofiarą jest dziecko może również polegać na zachowaniach niestanowiących kontaktu cielesnego, np. gdy sprawca zmusza ofiarę do obnażania się, wykonywania aktów samogwałtu itp.⁴³. Dla odpowiedzialności karnej konieczne jest jednak, aby sprawca, doprowadzając pokrzywdzonego do opisanych czynności, użył jednego ze wskazanych sposobów, tj. przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp⁴⁴.

Nowelizacją kodeksu karnego z 5.11.2009 r.⁴⁵, ustawodawca poszerzył ochronę dzieci przed zgwałceniem dodając dwa typy kwalifikowane bezpośrednio ich dotyczące. Pierwszy zawiera okoliczność zgwałcenia, gdy ofiarą tego przestępstwa jest małoletni, który nie ukończył 15 lat (tzw. zgwałcenie pedofilskie), lub zostało ono popełnione wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry (tzw. zgwałcenie kazirodcze). Istotą tych okoliczności wpływających na surowszą odpowiedzialność sprawcy jest skierowanie czynu wobec ściśle określonych osób. Karygodność działania sprawcy w tych wypadkach została uzasadniona zatem wyższym stopniem szkodliwości opisanych w art. 197 § 1 i 2 KK czynności sprawczych podjętych wobec podmiotów, które albo nie mają dostatecznego rozeznania w seksualnej sferze życia ze względu na niezakończony rozwój psychiczny, fizyczny i społeczny, albo pochodzą z kręgu rodzinnego sprawcy, przez co zostają zerwane lub nadwyrężone więzi bliskości istotne dla rozwoju życia indywidualnego i społecznego każdego człowieka. Sprawca zatem, poza naruszeniem dóbr poszczególnych osób, dotyka sfery bardzo ważnej dla życia społecznego tj. praw dziecka i rodziny. Ze względu na szczególne okoliczności można także domniemywać, że co do zasady zgwałcenie dokonane wobec wskazanych pokrzywdzonych wiąże się z większymi ich przeżyciami traumatycznymi niż w przypadku, gdy pokrzywdzony

⁴⁰ M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2008, s. 816–817.

⁴¹ Zob. wyr. SA w Katowicach z 9.11.2006 r., II AKA 323/06, KZS 2007, Nr 1, poz. 62; wyr. SA w Katowicach z 19.4.2007 r., II AKA 40/07, Prok. i Pr. 2008, Nr 1, poz. 39; wyr. SA w Katowicach z 16.11.2006 r., II AKA 328/06, KZS 2007, Nr 5, poz. 68.

⁴² Zob. post. SN z 21.5.2008 r., V KK 139/08, Prok. i Pr. 2008, Nr 12, poz. 8; uchw. SN z 19.5.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7–8, poz. 37; wyr. SN z 5.4.2005 r., III KK 187/04, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 698.

⁴³ Nie każde jednak naruszenie intymnej sfery cielesnej innej osoby może być uznane za inną czynność seksualną, warunkiem bowiem niezbędnym jest również to, by zachowanie sprawcy wiązało się z jakąś formą zaspokojenia lub pobudzenia jego popędu płciowego, zob. wyr. SN z 26.10.2001 r., WA 25/01, OSNKW 2002, Nr 1–2, poz. 6. Musi mieć zatem przynajmniej pośrednio charakter seksualny, zob. wyr. SN z 26.10.2001 r., WA 25/01, OSP 2002, Nr 6, poz. 87.

⁴⁴ Por. post. SN z 26.11.2009 r., V KK 204/09, Legalis.

⁴⁵ Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589 ze zm.

jest osobą dorosłą – obcą dla sprawcy. O wysokiej karygodności omawianych czynów świadczy także to, że przed ich wprowadzeniem do kodeksu karnego sytuacje, w których dochodziło do zgwałcenia małoletniego w kręgu rodzinnym, kwalifikowane były jako dokonane ze szczególnym okrucieństwem, gdyż wiązały się z zasady z wyrządzeniem poważnej krzywdy w sferze psychiki, wyrażającej się w długotrwałym zniewoleniu dziecka w przyszłości⁴⁶.

Następnym przepisem, który uzupełnia katalog bezprawnych zamachów na intymną sferę życia dziecka o jeszcze inne formy wykorzystania seksualnego niż określone w art. 197 KK jest art. 199 KK. Ustawodawca zawarł w nim właściwie dwa odrębne przestępstwa⁴⁷. Pierwsze określone w art. 199 § 2 KK dotyka częściowo problematyki molestowania seksualnego, gdyż polega na nadużyciu stosunku zależności lub wykorzystaniu krytycznego położenia małoletniego, przez co sprawca doprowadza do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności. Drugie przestępstwo określone w art. 199 § 3 KK dotyka natomiast problematyki uwiedzenia seksualnego małoletnich przez nadużycie zaufania lub udzielenia korzyści majątkowej, lub osobistej albo jej obietnicy. Należy także zauważyć, że ze względu na bezwzględny zakaz podejmowania czynności seksualnych wobec dziecka poniżej 15 roku życia, przepis art. 199 § 2 i 3 KK ma na celu ochronić przede wszystkim wolność seksualną małoletniego między 15. a 18. rokiem życia przed specyficznymi formami wykorzystania ze strony sprawcy⁴⁸. Istotą bowiem naruszenia tej wolności jest ochrona nie tylko przed naciskiem kompulsywnym w sferze udzielenia przyzwolenia seksualnego (art. 199 § 2 KK), lecz także ochrona małoletnich przed doprowadzaniem ich do udzielenia takiego przyzwolenia na podstawie art. 199 § 3 KK⁴⁹.

Czynność sprawcza przestępstwa z przepisu art. 199 § 2 i 3 KK polega na tym, że sprawca przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia dziecka doprowadza do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności. Stosunek zależności to taka relacja, która daje sprawcy możliwość wywierania określonego wpływu bezpośredniego lub pośredniego na dalsze losy i położenie (prawne, społeczne, ekonomiczne itp.) w różnych sferach życiowych dziecka⁵⁰. Istotą zatem tej zależności jest realna możliwość wpływania na jego motywacje i podejmowane przez niego de-

⁴⁶ Zob. wyr. SA we Wrocławiu z 27.11.2008 r., II AKa 207/08, OSAW 2009, Nr 4, poz. 146.

⁴⁷ M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, dz. cyt., s. 831.

⁴⁸ Zob. M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Oficyna 2007, s. 390.

⁴⁹ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do art. 117-277 k.k.*, t. II, Kraków 2006, s. 639; także: S. Szyrmer, *Nowelizacja prawa karnego w świetle ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego i ustawy - Kodeks karny wykonawczy*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, nr 1, s. 56.

⁵⁰ Zob. post. SN z 18.12.2008 r., V KK 304/08, Legalis; wyr. SA w Katowicach z 13.11.2008 r., II AKa 303/08, Biul. SA w Katowicach 2009, Nr 1, poz. 7.

cyzje, co umożliwi kierowanie jego dalszym postępowaniem. Nadużycie stosunku zależności obejmuje natomiast świadome użycie tego stosunku przez sprawcę jako czynnika nacisku na psychikę pokrzywdzonego, prowadzącego do wyrażenia przez niego zgody na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną.

Natomiast krytyczne położenie to stan, w którym dziecku grozi niebezpieczeństwo doznania określonego uszczerbku (zagrożona jest doznaniem jakiejś poważnej dolegliwości np. podczas ucieczki z domu), natomiast odpowiednie zachowanie sprawcy jest w stanie temu niebezpieczeństwu zapobiec. Istotą tego niebezpieczeństwa jest zatem zagrożenie dla jego dóbr osobistych lub majątkowych. O ile bowiem stosunek zależności stanowi relację międzyludzką, wynikającą z wypełnianych funkcji czy ról społecznych, o tyle krytyczne położenie może być niezależnym od relacji międzyludzkich niekorzystnym splotem okoliczności. Istotne jest także, aby stosunek zależności i krytyczne położenie były sytuacjami występującymi obiektywnie i istniały niezależnie od działania sprawcy. W orzecznictwie natomiast zauważono, że sam fakt podejmowania określonych zachowań, nawet jeżeli dotyczy to własnych dzieci, nie jest równoznaczny z nadużyciem stosunku zależności, który niewątpliwie istnieje pomiędzy rodzicem i dzieckiem. Dla karalności tego typu działania, zauważa Sąd Najwyższy, niezbędne jest jeszcze, aby sprawca nadużył zależności albo wykorzystał krytyczne położenie, w jakim znajduje się ofiara, a to (fakt nadużycia) z samego charakteru relacji między rodzicem i dzieckiem wcale nie wynika⁵¹. Wydaje się, że w przedstawionym stanowisku istnieje pewne niebezpieczeństwo prowadzące do akceptacji niektórych form wykorzystania seksualnego w relacji do małoletniego znajdującego się w kręgu rodzinnym. Należy jednoznacznie przyjąć, że jakiegokolwiek podjęcie umyślnych czynności o charakterze seksualnym w stosunku do dziecka ze strony osoby najbliższej należy rozpatrywać w kategorii nadużycia stosunku zależności, tym bardziej, że dotyczy osoby, która otacza większy zaufaniem sprawcę i spodziewa się od niego bezpieczeństwa w tej sferze życia. Trudno bowiem uznać, że jakiegokolwiek umyślny czyn o charakterze seksualnym może być inaczej traktowany niż jako forma nadużycia lub wykorzystania własnego dziecka.

W art. 199 § 3 KK stypizowano natomiast przestępstwo tzw. uwiedzenia, na podstawie którego odpowiedzialność karną ponosi sprawca, gdy obcuje płciowo z małoletnim lub dopuszcza się wobec niego innej czynności seksualnej albo doprowadza go do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, nadużywając zaufania lub udzielając w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy. W połowie 2014 r. została dokonana zmiana art. 199 § 3 KK⁵², która miała głównie na celu uniknięcie wyrażanych w orzecznictwie i doktrynie prawa karnego nieścisłości. Ustawodawca karny w celu dokładniejszej interpretacji tego przepisu dokonał redakcyjnej korekty znamion, nie zmieniając jednak ich znaczenia treści-

⁵¹ Zob. wyr. SN z 4.3.2009 r., III KK 348/08, Legalis.

⁵² Zob. Ustawa z 4.4.2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2014 r. poz. 538.

wego. Pojawiły się bowiem w orzecznictwie wątpliwości co do zakresu kryminalizacji objętego art. 199 § 3 KK. Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń uznał bowiem, że przepis ten penalizuje zachowania na tle seksualnym wobec małoletniego będące jednakże wynikiem wyłącznej inicjatywy innej osoby niż małoletni. Przepis ten posługuje się bowiem znamieniem „doprowadza”, co – zgodnie z wykładnią tego określenia stosowaną w komentarzach i orzecznictwie Sądu Najwyższego – oznacza, że penalizacją nie są objęte sytuacje, gdy propozycja kontaktów seksualnych wychodzi od małoletniego⁵³. Zarówno jednak dyrektywa⁵⁴ na podstawie której wprowadzono do kodeksu to przestępstwo, jak i Konwencja z Lanzarote nie uzależniają jednak odpowiedzialności karnej od tego, z czyjej inicjatywy doszło do takiego zachowania. W orzecznictwie stwierdzono także, że o doprowadzeniu w omawianym czynie można mówić jedynie wtedy, gdy zachowanie sprawcy, odpowiadające nadużyciu zaufania, lub udzielenie korzyści majątkowej albo osobistej lub jej obietnicy było wyłącznym powodem, dla którego małoletni powyżej 15. roku życia wyraził zgodę na obcowanie płciowe lub na poddanie się innej czynności seksualnej albo na wykonanie takiej czynności⁵⁵.

Należy jednak zwrócić uwagę na pewne trudności, które w interpretacji zakresu ochrony małoletniego powstają na gruncie art. 199 § 3 KK. Przepis ten posługuje się bowiem znamieniem nadużycia zaufania wobec małoletniego, do którego może dojść w wypadku istnienia szczególnych związków psychiczno-emocjonalnych między dzieckiem a sprawcą czynu, gdy sprawca związku te świadomie wykorzystuje w celu skłonienia małoletniego do udzielenia przyzwolenia na określone czynności seksualne⁵⁶. Wskazuje się jednak, że w praktyce trudno wykazać takie nadużycie zaufania⁵⁷, zwłaszcza że uznaje się iż przepis ten nie może prowadzić do całkowitej „prohibicji seksualnej” małoletnich między 15. a 18. rokiem życia, prowadząc niejako automatycznie do uznania, że każda inicjatywa seksualna skierowana w ich stronę będzie uznana za nadużycie zaufania⁵⁸. Wskazuje się ponadto, że nadużycie zaufania można rozumieć w sensie wprowadzenia ofiary w błąd (rodzaj podstępu) co do charakteru związku osobistego sprawcy i ofiary, np. przez wykorzystanie młodzieńczego romantyzmu ofiary, zapewnieniu jej o swojej bezinteresownej przyjaźni, aby następnie domagać się uległości seksualnej itp.⁵⁹. Drugi (alternatywny) ze sposobów działania sprawcy w ramach czynności sprawczej z art. 199 § 3 KK polega na przekupieniu małoletniego przez udzielenie mu korzyści majątkowej lub osobistej

⁵³ Zob. post. SN z 2.6.2010 r., V KK 369/09, OSNKW 2010, Nr 9, poz. 80.

⁵⁴ Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2011/93/UE w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej.

⁵⁵ Zob. post. SN z 2.6.2010 r., V KK 369/09, OSNKW 2010, Nr 9, poz. 80.

⁵⁶ Zob. M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, dz. cyt., s. 829–830.

⁵⁷ Zob. S. Szymer, *Nowelizacja prawa karnego w świetle ustawy z dnia 27 lipca 2005 r.*, s. 53 i n.

⁵⁸ Zob. J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do art. 117-221, t. I*, Warszawa 2004, s. 55; także: M. Filar, „*Druga*” *nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 3, s. 46.

⁵⁹ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, dz. cyt., s. 643–644.

albo ich obietnicy i wydaje się mieć na celu zwalczanie przede wszystkim zjawiska prostytucji dziecięcej.

W celu przeciwdziałania zjawisku wykorzystywania seksualnego młodszych dzieci ustawodawca powołał przede wszystkim art. 200 KK, który określa przestępstwo pedofilii. Płaszczyzna ochrony wyrażona w tym przepisie obejmuje normy, które mają chronić dzieci przed uczynieniem z nich bezpośredniego obiektu zaspokojenia popędu seksualnego, w postaci współżycia intymnego lub wykonywania wobec nich jakichkolwiek innych czynności seksualnych, ale także przed narażaniem ich na kontakt z tą intymną sferą życia w sposób pośredni. Ustawodawca obejmuje zatem kryminalizacją przede wszystkim bezpośredni kontakt dziecka poniżej lat 15 z różnego typu czynnościami seksualnymi, które zagrażają jego rozwojowi (art. 200 § 1 KK) oraz chroni go także przed demoralizacją związaną z bezpośrednim kontaktem z pornografią (art. 200 § 3 KK) oraz jej promocją lub reklamą (art. 200 § 5 KK). Kryminalizacją objęto także działanie ekshibicjonistyczne, w którym sprawca, w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub innej osoby, prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej (art. 200 § 4 KK).

Powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że wprowadzenie zakazu pedofilii ma na celu zapewnienie prawidłowego rozwoju psychofizycznego małoletniego do 15. roku życia, który może być naruszony przez zbyt wczesną inicjację seksualną i może prowadzić do jego demoralizacji⁶⁰. Należy jednak podkreślić, że wskazane zagrożenie ma charakter abstrakcyjny, a ochrona małoletniego opiera się na domniemaniu, że co do zasady wprowadzenie dziecka do lat 15 w tę sferę życia jest szkodliwe. Dla bytu przestępstwa pedofilii nie jest zatem konieczne wskazanie konkretnych negatywnych skutków demoralizacji seksualnej, na jaką narażone jest dziecko wskutek podejmowania wobec niego czynności seksualnych. Ponadto wprowadzony zakaz ma bezwzględny charakter, co wyraża się w odebraniu dziecku możliwości podjęcia jakiegokolwiek decyzji w tym względzie. Uznaje się bowiem, że ze względu na niedojrzałość dziecko do 15. roku życia nie jest w stanie nigdy prawidłowo ocenić sytuacji zagrożenia i podjąć wiążącej decyzji, co do podjęcia, utrzymania i skutków intymnych relacji⁶¹.

Wskazany przepis był w 2014 roku przedmiotem ważnej nowelizacji⁶², której istotą było przeniesienie do jednego przepisu pełnego zakresu ochrony młodszych dzieci, które nie ukończyły lat 15 przed demoralizacją seksualną spowodowaną ich udziałem lub kontaktem z tego typu sferą życia. Przede wszystkim ustawodawca

⁶⁰ Zob. wyr. SN z 12.9.1997 r., V KKN 306/97, Prok. i Pr. 1998, Nr 3, poz. 4; wyr. SN z 14.7.1988 r., II KR 163/88, OSNKW 1988, Nr 11–12, poz. 83; M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, dz. cyt., s. 830–831; M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, dz. cyt., s. 392.

⁶¹ Zob. M. Czekaj, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego*, Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005, s. 444; także: W. Łuniewski, *O kryminalizacji przejawów pedofilii*, „Palestra” 2003, nr 5-6, s. 101.

⁶² Zob. ustawa z 4.4.2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2014 r. poz. 538.

wprowadził art. 200 § 3 KK, który stanowi powtórzenie dotychczasowego brzmienia przepisu art. 202 § 2 KK. Powodem przeniesienia wskazanego przepisu była potrzeba zachowania spójności przepisów pod kątem jednolitości dobra chronionego prawem. Przepis art. 200 § 1 KK oraz dotychczasowy art. 202 § 2 KK miały na celu ochronę rozwoju psychoseksualnego małoletniego poniżej 15 lat. Rozwojowi takiemu zagrażają zarówno kontakty seksualne (art. 200 § 1 KK), jak i narażenie małoletniego na odbiór treści pornograficznych (dotychczasowy art. 202 § 2 KK). Z uwagi na dobro chronione ustawodawca uznał za wskazane podwyższyć ustawowe zagrożenia karą do 3 lat pozbawienia wolności, przy jednoczesnej rezygnacji z możliwości wymierzenia kary grzywny i kary ograniczenia wolności.

Z uwagi na wskazaną zmianę dotychczasowy art. 200 § 2 KK został wykreślony i oznaczony jako art. 200 § 4 KK. Jednocześnie w przepisie tym zaproponowano doprecyzowanie opisu znamion czynu zabronionego przez wskazanie, iż celem działania sprawcy jest jego (własne) zaspokojenie seksualne lub zaspokojenie seksualne innej (niż sprawca) osoby. Rozwiązanie to wychodzi naprzeciw wymaganiom sformułowanym w art. 3 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2011/93/UE w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej. Dyrektywa posługuje się bowiem pojęciem „w celach seksualnych”, nie zawężając opisu celu działania jedynie do zaspokojenia seksualnego samego sprawcy. Dlatego też, biorąc pod uwagę efektywność ochrony dobra w postaci rozwoju psychoseksualnego małoletniego poniżej 15 lat, konieczna była penalizacja prezentowania małoletniemu wykonania czynności seksualnych, również w celu zaspokojenia seksualnego innych osób.

Ustawodawca dodał także całkiem nowy przepis art. 200 § 5 KK, który zakazuje prowadzenia reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15. Celem wprowadzenia tego przepisu było niewątpliwie przeciwdziałanie demoralizacji seksualnej małoletnich, jakiej mogą oni doznać na przedpolu zetknięcia się z treściami pornograficznymi przez reklamą lub promocją. Eliminacja informacji, gdzie można znaleźć owe treści, nie tylko utrudnia dziecku możliwość dotarcia do nich, ale co ważniejsze zmusza twórców takiej reklamy do przedsięwzięcia środków i sposobów, które będą miały charakter bardziej dyskretny. Zakaz ten ma szczególne znaczenie dla dostępu małoletnich do pornografii w Internecie.

Czynność sprawcza przestępstwa z art. 200 § 1 KK polega na tym, że sprawca obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej, lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania. Małoletni chroniony jest zatem nie tylko przed obcowaniem płciowym, lecz także przed inną czynnością seksualną. Przy takiej konstrukcji ustawodawca wprowadza zatem bezwzględny zakaz podejmowania jakichkolwiek czynności o charakterze seksualnym wobec dziecka poniżej lat 15. W odróżnieniu bowiem od uregulowań obowiązujących w przypadku innych przestępstw przeciwko

wolności seksualnej (np. art. 197–199 KK) znamiona przestępstwa z art. 200 § 1 KK nie opisują sposobów działania, których zastosowanie powoduje penalizację zachowania sprawcy, co upoważnia do wnioskowania, że każde zachowanie bezpośrednio prowadzące do wyczerpania znamion jest już karalne⁶³. Ponadto przyjmuje się, że dla bytu przestępstwa pedofilii zarówno cel działania sprawcy, jak i motywacja lub pobudki, którymi kierował się sprawca, oraz ewentualna zgoda małoletniego na zakazane czynności nie mają znaczenia⁶⁴.

W art. 202 § 3 KK został określony odrębny typ czynu zabronionego, w którym ustawodawca objął zakazem zachowanie polegające na spowodowaniu kontaktu dziecka z treściami pornograficznymi. Zgodnie ze wskazanym przepisem odpowiedzialność karną ponosi ten, kto małoletniemu poniżej lat 15 prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter albo rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi. Prezentacja w tym wypadku polega na pokazywaniu dziecku pornografii w jakiegokolwiek formie (filmu, gazety, zdjęcia czy obrazu itd.) oraz w jakiegokolwiek postaci tj. publicznej (wystawianie na widok), jak i prywatnej, która pozwala małoletniemu poniżej lat 15. w sposób bezpośredni zapoznać się z jej treścią. Udostępnianie jest natomiast formą ułatwienia, umożliwienia zapoznania się dziecka z treściami pornograficznymi, np. przez sprzedaż, użyczenie lub podarowanie magazynu pornograficznego. Nie jest ponadto konieczne, aby adresatem działania sprawcy był wprost małoletni, wystarczy bowiem, aby wśród osób, wobec których sprawca działa, znalazła się osoba małoletnia. Rozpowszechnianie to czynienie określonych treści powszechnie dostępnymi, umożliwienie zapoznania się z nimi większej, bliżej nieokreślonej liczbie osób.

Odrębnej kryminalizacji podlega zachowanie sprawcy, który w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej (art. 200 § 4 KK). Ustawodawca w art. 200 § 4 KK zawarł odmianę przestępstwa pedofilskiego mającego charakter ekshibicjonistyczny. Zakazem objęto bowiem jakiejkolwiek przedstawienie wykonania czynności seksualnej zarówno w sposób indywidualny (np. masturbacja), jak i wspólnie z inną osobą (np. prezentacja współżycia seksualnego). Należy jednak zauważyć, że przyjęta konstrukcja osłabia ochronę małoletniego w tym względzie, gdyż poza zakresem kryminalizacji pozostają przypadki, gdy osoby dorosłe tolerują obecność małoletnich poniżej lat 15 w czasie zbliżenia intymnego, z zastrzeżeniem, że ich obecność nie jest im potrzebna do celów zaspokojenia seksualnego, lecz przeciwnie, stanowi np. pewną konieczność z powodu warunków lokalowych, w jakich mieszka rodzina, lub wynika z braku roztropności co do rozumienia znaczenia szkodliwości takiej sytuacji⁶⁵.

⁶³ Zob. wyr. SN z 19.2.2009 r., V KK 409/08, Biul. PK 2009, Nr 5, poz. 26.

⁶⁴ Zob. wyr. SN z 10.10.2007 r., III KK 116/07, Legalis; wyr. SN z 19.2.2009 r., V KK 409/08, Prok. i Pr. 2009, Nr 9, poz. 9.

⁶⁵ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, dz. cyt., s. 655.

W art. 200 § 5 KK ustawodawca zawarł natomiast odrębny typ czynu zabronionego zawierający przestępstwo prowadzenia reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznaniu się z nimi małoletniemu poniżej lat 15. Istotą omawianego czynu jest prowadzenie przez sprawcę określonej działalności, których przedmiotem jest usługowa działalność reklamowa lub promocyjna. Czynności te mogą mieć zarówno charakter odpłatny, jak i nieodpłatny. Mogą polegać na zorganizowanej i ciągłej działalności, ale także na jednorazowym zdarzeniu. Prowadzenie działalności w ramach tego przepisu należy zatem rozumieć szeroko i nie można jej ograniczać jedynie do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Celem ustawodawcy było bowiem wyeliminowanie jakiegokolwiek reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych.

Ustawodawca karny w celu zwiększenia ochrony małoletnich przed wykorzystywaniem seksualnym nowelą KK z 5.11.2009 r. dodał dwa nowe typy przestępstw mające na celu kryminalizację przedpola tego typu zamachów (art. 200a i 200b KK). Uzasadnieniem tej nowelizacji była także potrzeba dostosowania polskiego prawa do postanowień Konwencji Rady Europy z Lanzarote o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych. Konwencja ta nakazuje bowiem, poza zwalczaniem samego zjawiska wykorzystywania seksualnego dzieci, także kryminalizację zachowań mających na celu podejmowanie czynności stanowiących najczęściej występujące przygotowanie lub usiłowanie wykorzystania seksualnego dziecka, albo propagowanie zachowań pedofilskich (art. 23 Konwencji). Niewątpliwie kierunek wzmożonej ochrony dzieci przed tego typu zamachami jest słuszny, we wprowadzanych zmianach razi jednak pewien „zamęt terminologiczny”, spowodowany używaniem wielu pojęć nieznanymi obecnemu kodeksowi karnemu, oraz nie do końca sprecyzowany zakres kryminalizacji.

Celem obydwu czynów zabronionych określonych w art. 200a i 200b KK jest nie tylko bezwzględny zakaz podejmowania czynności seksualnych z małoletnim poniżej lat 15 (art. 200 KK), lecz także zakaz podjęcia czynności zmierzających do tego typu czynów (art. 200a KK), a nawet ich publiczne propagowanie lub pochwalanie (art. 200b KK). Nie bez znaczenia, dla bytu tych zakazów karnych, jest także społeczno-prawna negatywna ocena zachowań pedofilskich. Pedofilia, której istotą jest patologiczne zaburzenie fizjologiczno-psychiczne wyrażające się w potrzebie zaspokojenia seksualnego z użyciem do tego celu dziecka, prowadzi do naruszenia wielu dóbr, z których za najważniejsze uznaje się zagrożenie prawidłowego rozwoju psychofizycznego dziecka, ale także naruszenie jego godności, demoralizowanie go lub przedmiotowe traktowanie.

Przepis art. 200a KK zawiera dwa odrębne typy przestępstw. Istotą czynności sprawczej pierwszego, uregulowanego w art. 200a § 1 KK, jest nawiązanie kontaktu z małoletnim poniżej lat 15 za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej i tym sposobem zmierzanie – za pomocą wprowadzenia go

w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej – do spotkania z nim w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2 KK (zgwałcenie) lub art. 200 KK (pedofilia) albo w celu produkowania lub utrwalania treści pornograficznych. Drugi typ zawarty w art. 200a § 2 KK polega na składaniu propozycji obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej albo udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych małoletniemu poniżej lat 15 za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej i zmierzaniu do realizacji jednego z tych celów. W orzecznictwie SN uznano, że wymagane do przypisania sprawcy przestępstwa określonego w art. 200a § 2 KK wypełnienie jego zachowaniem znamienia zmierzania do realizacji propozycji seksualnej, o jakiej mowa w tym przepisie, ma miejsce także wtedy, gdy składający taką propozycję, po jej złożeniu małoletniemu poniżej lat 15, nakłania go następnie, w tym przez ponaglanie, do reakcji na nią, bez względu na to, czy nakłanianie to okaże się skuteczne ani czy nakłaniany w ogóle zareaguje w jakikolwiek sposób na takie nakłanianie⁶⁶.

Czynność sprawcza przestępstwa z art. 200b KK polega na publicznym propagowaniu lub pochwalaniu zachowania o charakterze pedofilskim. Propagowanie oznacza zachowanie polegające przede wszystkim na prezentowaniu poglądu z zamiarem przekonania do niego innych. Celem działania sprawcy jest zatem upowszechnienie zachowań o charakterze pedofilskim, najczęściej w połączeniu z zachęcaniem do ich akceptacji. Pochwalanie natomiast to zawsze takie przedstawianie zachowań o charakterze pedofilskim, które ma celu ich gloryfikację, uznawanie za słuszne i godne naśladowania lub usprawiedliwione. Pochwalanie może mieć charakter konkretny, tj. dotyczyć czynów już popełnionych, lub ogólny, odnoszący się do samego zjawiska pedofilii jako takiej. Dla bytu tego przestępstwa ważne jest, aby sprawca wskazane czynności sprawcze popełnił publicznie, tj. dokonał ich w miejscu publicznym lub przeprowadził je w sposób umożliwiający zapoznanie się z głoszonymi poglądami większej, nawet bliżej nieokreślonej liczbie osób.

W ramach zachowań o charakterze pedofilskim należy rozważać nie tylko obcowanie płciowe z małoletnim (art. 200 KK), lecz także wszystkie te czyny, które są związane z jakimkolwiek wykorzystywaniem seksualnym dzieci (art. 197 § 3 pkt 3 i art. 199 § 2 lub 3 KK) oraz łączące się z procederem pornografii (art. 202 § 2–4b KK) lub prostytucji dziecięcej (art. 204 § 3 KK). Sprawca nie musi odnosić się do zachowań rzeczywiście zaistniałych w postaci pochwalania konkretnego czynu, który miał miejsce. Do realizacji znamion przestępstwa z art. 200b KK wystarczające jest, aby odniósł się on do zachowań abstrakcyjnych, a nawet pozorowanych, lecz wyrażających treść pedofilską.

Aktualny stan prawny dotyczący ochrony dziecka przed przemocą należy uznać za wystarczający. Zapewniający z jednej strony szeroki zakres kryminalizacji zachowań wymierzonych wobec dzieci, z drugiej przewidujący szeroki wachlarz

⁶⁶ Zob. post. SN z 17.3.2016 r., IV KK 380/15, OSNKW 2016, Nr 6, poz. 38.

środków penalnych, które mają moc przeciwdziałać tym zachowaniom. Wpracowany przez polskiego ustawodawcę model prawnokarnej ochrony przed zamachami związanymi z przemocą respektuje też standardy wypracowane przez społeczność międzynarodową. Jedynym wskazaniem, które należałoby uwzględnić przy ewentualnym tworzeniu nowych norm, a przede wszystkim stosowaniu obowiązujących przepisów jest konieczność uwzględnienia specyficznej sytuacji dziecka jako podmiotu – członka większej społeczności, jaką jest rodzina. Co do zasady rodzina jest bowiem środowiskiem, które najpełniej zabezpiecza prawa dzieci i jest gwarancją ich ochrony. Systemowe wspieranie rodziny w jej zasadniczych funkcjach w perspektywie okaże się najskuteczniejszym środkiem polityki prawnokarnej w tym zakresie.

KARNOPRAWNA OCHRONA MIENIA DZIECKA PRZED MALWERSACJAMI RODZICÓW I OPIEKUNÓW PRAWNYCH

Wprowadzenie do problematyki karnej ochrony interesów dziecka

W aktualnej rzeczywistości społeczno-ekonomicznej Polski, już występują i będą występować różnego rodzaju zjawiska patologiczne, charakterystyczne dla gospodarki wolnorynkowej. Z tej też przyczyny, w szczególności w kontekście widocznego zjawiska wzrostu zamożności społeczeństwa, będą również pojawiać się niewłaściwe praktyki w zarządzaniu majątkiem dzieci. Oczywiście może przyjąć, że w Polsce nie występują znane z krajów wysokorozwiniętych zdarzenia sprzeniewierzenia wielkich majątków dzieci. Z pewnością wielkie majątki nieletnich dzieci, będące w Polsce w zarządzie ich opiekunów prawnych, nadal jeszcze należą do rzadkości. Niemniej jednak, całkowicie nie można już wykluczyć, że w Polsce będą się pojawiać w różnej postaci i skali sprzeniewierzenia majątku dzieci. Tym bardziej, że korzystanie z majątku dzieci, choćby na skalę wybitnie drobną, wydaje się być zjawiskiem powszechnym². Analiza prawno-dogmatyczna kwestii ochrony majątku dzieci, siłą rzeczy musi obejmować dwa aspekty prawne. Pierwszym z nich jest oczywiście analiza otoczenia prawnego dotyczącego sprawowania władzy rodzicielskiej lub opiekuńczej nad dzieckiem, w szczególności analiza zakresu obowiązków prawnych rodziców i opiekunów prawnych wobec dziecka oraz zakres kontroli zewnętrznej. Drugi zaś z aspektów prawnych, dotyczyć będzie rozważań, czy w sferze karnej interesy majątkowe dziecka są chronione należycie przed bezprawnymi działaniami osób, które przepisami prawa rodzinnego są zobligowane do należytej dbałości o interesy dziecka, a w tym także o jego interesy majątkowe.

Majątkowe aspekty władzy rodzicielskiej i władzy opiekuna prawnego nad dzieckiem

Już na wstępie należy wskazać, że polskie przepisy formalnie zapewniają dziecku szczególną pozycję prawną, a wszelkie zagrożenia jego interesów winny skutkować podejmowaniem działań sanacyjnych przez posiadające bardzo szerokie

¹ Dr hab. Tomasz Oczkowski - Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

² „Telegraph Reporters” 2 May 2016 • 12:01 am, „Przeszukiwacze dziecięcych skarbonek” - 46% procent rodziców pobierało pieniądze ze skarbonek dzieci do lat 16, średnia wartość pieniędzy pobranych przez rodziców - to około 21 GBP.

uprawnienia władcze sądy rodzinne. Jednak z całą stanowczością należy postawić tezę, że najbardziej rozbudowane otoczenie prawne, nominalnie gwarantujące zapewnienie ochrony interesów majątkowych nieletniego nie oznacza, że stosowanie racjonalnych i przemyślanych przepisów prawnych, będzie w praktyce efektywne. Wniosek taki wynika z faktu, że co do zasady organ nadzorujący zarząd jakim jest sąd rodzinny, nie posiada wiedzy z zakresu ekonomii, rachunkowości, analiz finansowych i zarządzania. A wiedza taka, może być konieczna w zakresie sprawowania efektywnej kontroli, w szczególności w sytuacji, gdy mamy do czynienia z wartościowymi aktywami, którymi trzeba efektywnie zarządzać (np. gospodarstwo rolne, przedsiębiorstwo – nawet o nieznacznym rozmiarze). Wydaje się, jak wykażemy poniżej, że w praktyce sytuacja kwestionowania poprawności zarządu nad mieniem dziecka jako mienie cudzym, może być przedmiotem szerszych działań dopiero po uzyskaniu kontroli nad aktywami przez dziecko. A wtedy może się okazać, że przepisy prawa karnego materialnego mogą – w szczególności w sytuacji nikłej efektywności nadzoru sądu rodzinnego. Dziecko pozostaje aż do pełnoletniości pod władzą rodzicielską (art. 92 KRO). Władza rodzicielska to przede wszystkim zespół obowiązków rodziców względem dziecka³. Treść i wykonywanie władzy rodzicielskiej uwarunkowana jest zasadniczym kryterium, którym jest dobro dziecka⁴. Władza ta, co zasady jest sprawowana od dnia narodzin dziecka do pełnoletniości, choć w tym okresie może ona ulegać pewnym modyfikacjom. W szczególności, poszerzają się uprawnienia samego dziecka, ale zakres tych uprawnień w kontekście trzonu naszych rozważań, nie ma istotnego znaczenia⁵. Zakres wykonywania władzy rodzicielskiej obejmuje trzy istotne aspekty: opieka nad dzieckiem, zarząd jego majątkiem oraz reprezentowanie dziecka, a w tym także reprezentowanie interesów dziecka w sprawach dotyczących jego majątku (zob. art. 95 KRO)⁶.

Każde z rodziców ma obowiązek i prawo wykonywać władzę rodzicielską, z tym jednak zastrzeżeniem, że w sprawach istotnych konieczna jest wspólna ich decyzja, a przy jej braku, rozstrzyga sąd opiekuńczy. Ponieważ jak wskazano powyżej, że generalną zasadą wykonywania władzy rodzicielskiej – jest dobro dziecka, co w przypadku zarządu nad jego majątkiem sprowadza się do obowiązku przestrzegania zasad prawidłowej gospodarki, wzorzec staranności z art. 355 par. 1 KC⁷. W pieczy nad majątkiem dziecka, obowiązuje więc zasada zachowania należytej staranności (zarząd nie obejmuje jednak zarobku dziecka ani przedmiotów oddanych mu do swobodnego użyt-

³ Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 09 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976 nr 9, poz. 184.

⁴ H. Ciepla, [w:] H. Ciepla, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, K. Piasecki, M. Sychowicz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2011, s. 728.

⁵ Przykładem może tu być uzyskanie pewnych ograniczonych praw przez dziecko, z chwilą ukończenia 13 lat, ubezwłasnowolnienie całkowite dziecka między 13 a 18 rokiem jego życia, zdarzenia związane z ustaniem władzy rodzicielskiej np. śmierć rodzica, zaprzeczenie ojcostwa, przysposobienie dziecka) - jednak czynności rodziców do tej daty mają moc prawną. Zob. szerzej H. Ciepla, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks, dz. cyt., s. 729-731.

⁶ H. Ciepla, [w:] K. Piasecki (red.), Kodeks, dz. cyt., s. 737.

⁷ Tamże, s. 738.

ku). Rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego wykonać czynności przekraczających zwykły zarząd, ani wyrazić zgody na taką czynność przez dziecko (art. 101 KRO). Stąd też czynność prawna dotycząca majątku dziecka dokonana przez przedstawiciela ustawowego bez zgody sądu – jest nieważna i nie może być konwalidowana, ale jest to oczywiście tylko skutek cywilnoprawny (uchwała całej Izby cywilnej SN z 24.06.1961 r., ICO 16/61, OSNCP 1963, nr 187, pomijamy przy tym problematykę dobrej wiary nabywcy). Nie oznacza to więc, że także przez nieważną czynność prawną, nie dojdzie do zubożenia majątku dziecka lub „nietrafnej” ekonomicznie konwersji np. wartości pieniężnych na aktyw trwałe – gdyż na skutek nieważnej czynności prawnej, może dojść do faktycznego przejęcia aktywu przez osobę trzecią. Przyjmuje się, że nabycie odpłatnego wartościowego składnika majątku przez dziecko, jest czynnością przekraczającą zwykły zarząd, ale już przyjęcie darowizny takiego składnika, nieobciążonego prawami osób trzecich nie wymaga zgody sądu (uchwała SN z 30.04.1977 r., III CZP 73/76, OSNCP 1978, nr 2, poz. 19)⁸.

W kontekście wniosków końcowych i ewentualnych zagrożeń, przy władzy rodzicielskiej i związanej z nią aspektem zarządu nad mieniem dziecka, konieczne jest podkreślenie dwóch szczególnych regulacji:

- w postaci przepisu art. 103 KRO, zgodnie z którym czysty dochód z majątku dziecka, przeznacza się w pierwszej kolejności na utrzymanie i wychowania dziecka i jego rodzeństwa, ale nadwyżka poza ten cel, może być już przeznaczona na uzasadnione potrzeby całej rodziny (np. bieżąca konsumpcja),
- w postaci przepisu art. 105 KRO, w myśl którego żądanie złożenia rachunku przez rodziców (do roku po ustaniu zarządu), nie obejmuje dochodów z majątku dziecka pobranego w czasie wykonywania władzy rodzicielskiej.

Takie rozwiązanie prawne, niewątpliwie wiąże się z założeniem o „wyższej” staranności zarządu mieniem dziecka w przypadku jego rodziców. Jednocześnie jednak, może być ono podstawą do sporych nadużyć, oczywiście w przypadku znacznych i dochodowych aktywów dziecka. W szczególności, jeśli uwzględnimy przy tym, że tzw. „uzasadnione potrzeby całej rodziny” pozwalają zaliczyć do podjęcia wydatki o różnym celu, w szczególności przy uwzględnieniu tzw. podwyższonego standardu życia całej rodziny. W doktrynie co prawda wskazuje się przy tym, że naruszenie przez rodziców art. 103 KRO winno skutkować podjęciem działań sanacyjnych przez sąd opiekuńczy z art. 109 KRO⁹. Niemniej jednak, nadzór sądu rodzinnego nad rodzicami jest zdecydowanie mniejszy, niż w przypadku zarządu mieniem dziecka przez jego opiekunów prawnych. I nie bez znaczenia będzie tu także okoliczność, że w przypadku pokaźniejszych kwot dochodów z aktywów dziecka, dokumenta-

⁸ Zob. szerzej w tej materii: H. Ciepla, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks, dz. cyt.*, s. 775-778. Zob. także J. Gajda, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2018, s. 822, który zwraca uwagę, że również w kontekście tzw. przysporzeń nieodpłatnych konieczna jest analiza całokształtu okoliczności związanych z przesunięciem wartości majątkowych do majątku dziecka – np. w przypadku darowizny zrujnowanej kamienicy, kwestia pozyskania dochodów z niej, musiały się wiązać ze znaczną wartością nakładów.

⁹ H. Ciepla, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks, dz. cyt.*, s. 783.

cja rozrachunkowa może być bardzo skomplikowana. Kwestie zaś księgowo-ekonomiczne, nie wydają się być „mocną” stroną sądów rodzinnych, co z pewnością może być dodatkowym czynnikiem sprzyjającym potencjalnym malwersacjom.

W kontekście prowadzonych rozważań, istotna jest także druga z prawnie możliwych sytuacji sprawowania zarządu, którą jest sprawowanie opieki. Konieczność ustanowienia opieki zachodzi w jednej z następujących okoliczności:

- oboje rodzice nie żyją,
- nie mają pełnej zdolności do czynności prawnych na skutek ubezwłasnowolnienia lub z uwagi na nieosiągnięcie pełnoletniości,
- zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej lub władza rodzicielska została zawieszona,
- orzeczono wobec nich środek karny z art. 51 KK,
- sąd nie przyznał dziecka ojcu w wyroku ustalającym ojcostwo, a matce dziecka nie przysługuje władza rodzicielska¹⁰.

Wskazać należy, że z mocy prawa opieka obejmuje także zarząd majątkiem dziecka. Wydaje się również, że można postawić tezę, że ta postać sprawowania zarządu nad mieniem dziecka, jest bardziej podatna na potencjalne sprzeniewierzenia. Przepisy KRO, co prawda wskazują na mniejszą autonomię opiekuna i głębszy nadzór nad wykonywanym przez niego zarządem – nad opiekunem formalnie sprawowany jest stały nadzór sądu rodzinnego (art. 165 KRO). Opiekun ma obowiązek przedstawiania sprawozdania ze sprawowanego zarządu nad majątkiem dziecka, na żądanie sądu, nie rzadziej jednak niż raz na rok (art. 166 KRO). Co więcej, formalnie sprawozdanie to jest przedmiotem oceny przez sąd rodzinny (art. 167 KRO). Opiekun nie ma także tak szerokich uprawnień do dysponowania dochodem uzyskanym z mienia dziecka, jak rodzice dziecka. Po ustaniu bowiem opieki, ma on obowiązek wydać cały majątek (art. 174 KRO) i musi uzyskać skwitowanie z wykonanego zarządu, za cały okres wykonywania zarządu (art. 172 KRO)¹¹. Wydaje się jednak, że brak tak silnych więzi krwi jak w relacji rodzice-dziecko i np. posiadanie znacznej liczby własnych dzieci, mogą być czynnikami, które będą skutkować malwersacją majątku dziecka, nad którym sprawowana jest opieka. Nie bez znaczenia jest trafnie wskazywany w doktrynie problem niskiej fachowości podmiotów zarządzających mieniem dziecka¹². I wreszcie nie bez znaczenia może tu być: Może zwolnić opiekuna – art. 169 KRO, opieka ustaje z mocy prawa – przywrócenie władzy rodzicielskiej lub uzyskanie pełnoletniości.

¹⁰ S. Kalus, [w:] H. Ciepła, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, K. Piasecki, M. Sychowicz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2011, s. 1014.

¹¹ J. Sadowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, [w:] W. Borysiak, M. Manowska, J. Sadowski, E. Skowrońska-Bocian, B. Trębska, E. Trybulska-Skoczelas, J. Wierciński, R. Zegadło, Warszawa 2014, s. 1015.

¹² Tak J. Gajda, *Kodeks...*, dz. cyt., s. 821.

Potencjalne znaczenie przepisów prawa karnego w ochronie interesów majątkowych dziecka

Mienie dziecka jako mienie cudze

Powyższe rozważania wskazują, że regulacje prawne dotyczące sprawowania zarządu nad mieniem dziecka przez rodziców lub opiekunów, formalnie wydają się być restrykcyjne. Niemniej jednak, w kontekście władzy rodzicielskiej, należy wskazać że rodzice mają bardzo szeroką autonomię w sferze zarządzania majątkiem dziecka – w szczególności w kontekście możliwości wydatkowania dochodu z mienia dziecka na uzasadnione potrzeby rodziny. Akcentujemy bowiem, że złożony ekonomicznie i organizacyjnie majątek dziecka, będzie utrudniał sprawowanie efektywnego – w tym bowiem wypadku tzw. ocena dbałości o dobro dziecka wymagać będzie posiadania rozległej wiedzy ekonomiczno-finansowej oraz wiedzy o realiach biznesu. Innymi słowy, w przypadku niewykluczonego przecież „dochodowego” majątku dziecka o znacznej wartości, z pewnością nadzór sądu rodzinnego nie musi być efektywny, z uwagi z złożoność ewentualnej dokumentacji rozliczeniowej. Stąd też z całą stanowczością możemy przyjąć, że nie jest wykluczone, że w zarządzie mieniem dziecka wystąpią różne przejawy malwersacji tego mienia, czy też temu zarządowi będą towarzyszyć nieudolne decyzje gospodarcze. I w tym też aspekcie, jak to bywa w sferze ochrony cudzych interesów majątkowych, subsydiarna rola prawa karnego i organów ścigania, wyposażonych w szerokie uprawnienia władcze, może stać się kluczowym środkiem do ochrony interesów dziecka. Innymi słowy, w sytuacji w której dojdzie do naruszenia interesów majątkowych dziecka przez rodziców lub opiekunów prawnych, prawo karne może uzyskać status kluczowego środka do usankcjonowania naruszenia obowiązku odpowiedniej pieczy nad mieniem dziecka. Co do zasady też, prawo karne posiada odpowiednie „narzędzia” do takiej ochrony. Wynika to z faktu, że prawo karne szeroko chroni cudze mienie i cudze interesy majątkowe. A przecież mienie dziecka jest niewątpliwie dla rodziców i opiekunów mieniem cudzym. A to oznacza, że jest objęte ochroną karną prawną przez przepisy rozdziału XXXV kodeksu karnego. I to co jest istotne w kontekście naszych rozważań, zasadniczo należy przyjąć, że większość malwersacji aktywami dziecka (w szczególności aktywami finansowymi), winny być oceniać przez pryzmat przestępstwa sprzeniewierzenia z art. 284 par. 1 k.k. Jest to bowiem mienie cudze, które z mocy ustawy lub orzeczenia sądu, zostało powierzone innej osobie do dysponowania na określonych zasadach, a w szczególności na określony cel. Z pewnością także wydatki na inne niż dozwolone w KRO cele, również należy oceniać jako sprzeniewierzenie cudzego mienia¹³. Co do zasady bowiem, dysponowanie aktywami pieniężnymi dziecka w myśl omawianych wyżej regulacji, nie może prowadzić do uzyskania korzyści

¹³ Por. A. Marek, T. Oczkowski, [w:] R. Zawłocki (red.), System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce. Tom 9, Warszawa 2015, s. 114.

majątkowej u innej osoby lub innych osób. „Niecelowe” wydatki mogą być widoczne w szczególności w przypadku sprawowania opieki – tu bowiem „przekonwertowanie” aktywów dziecka powierzonego pod opiekę na aktywa członków rodziny opiekuna, nie może być oceniane inaczej karnie, jak tylko jako akt sprzeniewierzenia cudzego mienia. Natomiast w kontekście osób wykonujących władzę rodzicielską, gdzie dopuszczalne jest wydatkowanie dochodów na szeroko rozumiane potrzeby całej rodziny, kwestia przyjęcia, że wydatki te są niezgodne z KRO może być bardzo trudne, czy wręcz niemożliwe. Jednakże wydatkowanie dochodów lub wydatkowanie aktywów finansowych dziecka wyłącznie na cele osobiste rodzica, pozwala już z pewnością na możliwość rozważania o dokonaniu sprzeniewierzenia. Nie powinno też być wątpliwości, że fikcyjne transakcje, również pozorujące zgodność wydatku z KRO, których rzeczywistym celem jest przejęcie środków finansowych przez opiekuna i „podstawionego” zbywcę rzeczy lub usług - zawsze powinny być interpretowane jako sprzeniewierzenie¹⁴, bez względu na to, czy tego rodzaju praktyk dopuścił się rodzic czy też opiekun.

W zakresie zaś możliwości ochrony interesu dziecka przed zachowaniami sprzecznymi z obowiązkiem odpowiedniej staranności w zarządzaniu cudzym mieniem, kwestia potencjalnego zwalczania szkodliwych praktyk w zarządzaniu mieniem dziecka środkami prawa karnego, nie jest już tak oczywista. Co prawda, formalnie prawo karne może być podstawą do ścigania szkodliwego prowadzenia interesów majątkowych także i dziecka. Co do zasady daje ono bowiem możliwość ścigania nieudolnego lub intencjonalnie szkodliwego prowadzenia cudzych spraw majątkowych, które wygenerowało straty w cudzych aktywach. Wynika to z faktu, że w aktualnym k.k. ujęto w art. 296 przepisy, penalizujące różne przejawy niegospodarności. Co więcej, z treści znamion podmiotu tego przestępstwa wynika jednoznacznie, że jego sprawcą może być każda osoba prowadząca cudze sprawy majątkowe, o ile jej uprawnienie do zarządzania cudzym majątkiem wynika z ustawy, decyzji właściwego organu lub z umowy. Skoro zaś źródłem tego uprawnienia może być przepis ustawy, to z tej też przyczyny jak wykazano powyżej analizując niektóre przepisy KRO, uprawnienia do zarządzania mieniem dziecka posiadają także rodzice oraz opiekunowie dziecka¹⁵.

Byt tego rodzaju przestępstw wiąże się jednak zawsze albo z przekroczeniem uzyskanych uprawnień albo z niedopełnieniem obowiązków. O ile w kontekście przekroczenia uprawnień można jeszcze rozważać czy doszło do wymaganej dal bytu przestępstwa szkody (np. wprowadzenie w błąd sądu, aby doprowadzić do nieracjonalnej inwestycji ze środków dziecka), to w kontekście niedopełnienia obowiązków np. przez przyzmat nieuzyskania odpowiednich dochodów, zakwalifikowanie tego rodzaju praktyk jako karalne przejawy nadużycia zaufania, wydaje się być praktycznie niemożliwe.

¹⁴ Por. A. Marek, T. Oczkowski, *System...*, dz. cyt., s. 112.

¹⁵ T. Oczkowski, *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnkarne oceny i konsekwencje*, Warszawa 2013, s. 87-88.

Stanowisko to wynika z faktu, że w przypadku zarządzania aktywami dziecka, KRO jednoznacznie akcentuje zachowawczość w tym zarządzaniu. Wręcz można przyjąć, że chodzi tu przede wszystkim o administrowanie tym majątkiem tj. utrzymanie go w stanie niepogorszonym, co tym samym wyłącza możliwość podejmowania ryzykownych decyzji majątkowych. Innymi słowy, konieczność dążenia do maksymalizacji zysku w zarządzaniu majątkiem, nie jest tu w ogóle przewidziana (inaczej będzie można ocenić tzw. aktywy kapitałowy – np. w postaci własności spółki z o.o., która to znowu jest właścicielem aktywnego i dochodowego przedsiębiorstwa. Wtedy bowiem wymóg maksymalizacji zysku będzie wynikał z faktu prowadzenia przedsiębiorstwa przez spółkę, a to co do zasady musi uzyskiwać dochód. Co prawda poprzez własność udziałów spółki kapitałowej, jest to de facto przedsiębiorstwo dziecka - jednak w znaczeniu prawnym rodzic czy też opiekun nie będzie tym przedsiębiorstwem zarządzał, a będzie „tylko” jego właścicielem poprzez własność udziałów. Stąd też zarząd samą spółką, nie może być oceniany jako zarząd nad mieniem dziecka – niemniej jednak w kontekście KRO i tzw. dobra dziecka można także i tu formułować bardzo daleko idące wnioski, de facto ograniczające możliwość swobodnego zarządzania spółką). To zaś powoduje, że „zachowawczy” standard w zarządzaniu aktywami dziecka nie pozwala wyodrębnić standardu obowiązku wypracowania zysków. To zaś powoduje, że nieudolność w zarządzaniu przejawiająca się bardzo niską dochodowością zarządu mieniem dziecka, nie generującą jednak zubożenia aktywów dziecka, nie będzie mogła być uznana za sprzeczną z obowiązkami spoczywającymi na zarządzającym. Tym samym oznaczać to będzie niemożność wypełnienia jednego z kluczowych znamion karalnego nadużycia zaufania.

Problematyka reprezentanta dziecka w postępowaniu karnym. Znaczenie uzyskania przez dziecko pełnoletności

Ta krótka analiza regulacji ze sfery prawa karnego jednoznacznie wskazuje, że w kontekście potencjalnych malwersacji lub „zubożającego” zarządzania przez rodziców lub opiekunów prawnych, mienie dziecka, jest w prawie karnym chronione skutecznie jako tzw. mienie cudze. W szczególności, zapewnienie tej ochrony z pewnością dotyczy różnych przejawów sprzeniewierzenia majątku dziecka lub tak nieudolnego zarządzania, które skutkiem było zubożenie majątku dziecka. Niemniej jednak nie da się tu jeszcze pominąć innego aspektu tej problematyki. Istnienie odpowiednich „narzędzi” w prawie karnym do zwalczania szkodliwych zachowań, nie oznacza jeszcze, że karne środki ścigania sprawców będą efektywne. Oczywiście kwestia ta jest bardzo złożona, ale przy ochronie interesów dziecka pojawia się także inny problem związany z efektywnością zwalczania malwersacji w mieniu dziecka i który wiąże się z reprezentacją dziecka w postępowaniu karnym i możliwością inicjowania postępowania karnego przez pokrzywdzonego.

Podkreślić należy, że w przypadku osób fizycznych, jako pokrzywdzony w procesie karnym samodzielnie może działać tylko osoba pełnoletnia, mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Pokrzywdzony będący zaś osobą nieletnią albo ubezwłasnowolnioną, musi być reprezentowany przez przedstawiciela ustawowego, czyli osobę której umocowanie opiera się na ustawie (czyli właśnie rodzice lub opiekun prawny) albo za pośrednictwem opiekuna faktycznego, czyli przez osobę pod której stałą pieczęą pozostaje¹⁶. W przypadku więc nieletniego, niemożność samodzielnego działania w postępowaniu karnym jako pokrzywdzony, ustaje dopiero z chwilą uzyskania przez niego pełnej zdolności do czynności prawnych, co do zasady następuje z chwilą ukończenia 18 roku życia. I to też powoduje, że w przypadku słabego nadzoru sądu rodzinnego, dopiero z tą chwilą dziecko uzyskuje możliwość samodzielnego inicjowania ewentualnego postępowania karnego przeciwko osobom zarządzającym jego mieniem – tym bardziej, że w tym czasie formalnie uzyskuje pełnię praw do swojego mienia, a to także daje w końcu możliwość podjęcia własnych czynności kontrolnych i analiz. I można postawić tezę, że dopiero z chwilą uzyskania przez dziecko pełnoletniości, uzyskuje ono na pewno możliwość zadbania o własne interesy majątkowe. Co prawda, działania sanacyjne i karne, mogą być inicjowane przez sąd rodzinny – ale w tym wypadku konieczne byłoby sprawowanie efektywnego i dokładnego nadzoru na opiekunami dziecka. Trudno przecież uznać za realne, że np. opiekun prawny dziecka, bezprawnie czerpiący korzyści z zarządu nad dzieckiem, będzie sam inicjował postępowanie karne przeciwko sobie. W przypadku zaś rodziców, nawet w wypadku dokonywania malwersacji przez tylko jednego z nich, zainicjowanie postępowania karnego nie jest łatwe. Trafnie bowiem przyjęto w uchwale 7 SSN z dnia 30 września 2010 r. I KZP 10/10 (w związku z art. 98 par. 3 i par. 2 KRO) iż: „Rodzic małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców”. W doktrynie akcentuje się przy tym, że wyłączenie reprezentowania dziecka przez drugiego z rodziców w takiej sytuacji jest uzasadnione sprzecznością interesów, jaka zachodzi między interesem dziecka a interesem działających w jego imieniu rodziców¹⁷. W takich okolicznościach, reprezentantem dziecka mógłby być wyłącznie wyznaczony przez sąd kurator.

¹⁶ Tak R.A. Stefański, [w:] R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 51 par. 1 KPK, wersja elektroniczna, opublikowany WKP 2017, zob. także wskazane tam orzecznictwo.

¹⁷ Tamże.

RACJONALIZACJA I PODSTAWOWE KIERUNKI WZMOŻONEJ OCHRONY DZIECKA WE WSPÓŁCZESNYM POLSKIM PRAWIE KARNYM

Ochrona dziecka w prawie karnym jest zagadnieniem złożonym. Już pobieżny rekonesans tej problematyki nakazuje uznać, że można rozpatrywać ją w rozmaitych kontekstach i na tle różnych grup przepisów. Należy stwierdzić, że jak każdy człowiek, także i dziecko podlega szerokiej ochronie przez normy prawa karnego. Dziecko jednakże wymaga niewątpliwie ochrony znacznie większej niżli dorosły. Jest ono wszakże mniej uspołecznione i mniej rozwinięte emocjonalnie². Dobro dziecka ma wysoką pozycję w hierarchii dóbr istotnych, posiada także swoje umocowanie konstytucyjne. Z treści art. 72 ust. 1 Konstytucji RP wynika, że Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka i każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że dobro dziecka stanowi swoistą konstytucyjną klauzulę generalną, której rekonstrukcja powinna się odbywać przez odwołanie do aksjologii konstytucyjnej i ogólnych założeń systemowych³. Nakaz ochrony dobra dziecka stanowi też nadrzędną zasadę polskiego systemu prawa rodzinnego, której podporządkowane są wszelkie regulacje w sferze stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi⁴. Uznać należy, że zasada ta znajduje również zastosowanie w innych gałęziach prawa⁵.

Sprecyzowanie zadań mających na celu ochronę tej wartości leży co do zasady w gestii ustawodawcy zwykłego. Należy podkreślić, że - poza wyjątkami literalnie wskazanymi w Konstytucji RP - prawa i wolności przynależą każdej osobie albo każdemu obywatelowi, niezależnie od wieku, co oznacza, że również dzieci są podmiotami tych praw i wolności. Podmiotowość dziecka została wyraźnie zauważona m.in. w art. 48 ust. 1 Konstytucji RP, w którym nakazuje się uwzględniać w procesie wychowania wolność sumienia i wyznania dziecka oraz jego przekonania. Szczególna troska o małoletnich wynika również z wypowiedzianej w art. 30 Konstytucji RP zasady przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka. Godność człowieka stanowi o jego podmiotowości

¹ Prof. KPSW, dr hab. Igor Zgoliński – Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy, Instytut Prawa.

² H. R. Schaffer, *Psychologia dziecka*, Warszawa 2005, s. 39.

³ por. wyroki TK z dnia 28 kwietnia 2003 r., sygn. K 18/02, OTK-A 2003/4/32 oraz z dnia 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK-A 2011/8/80.

⁴ J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001, s. 35-36.

⁵ Wyrok TK z dnia 21 stycznia 2014r., SK 5/12, OTK-A 2014/1/2.

oraz autonomii. Ustrojodawca powierzył władzom publicznym obowiązek szczególnej ochrony godności człowieka. Obowiązek ten zyskuje szczególną wagę w odniesieniu do osób, którym - przede wszystkim z uwagi na wiek, ale także inne okoliczności - trudno jest w dostatecznym stopniu samodzielnie dbać o swoją podmiotowość. Nie można zapomnieć, że obowiązek troski o małoletnich wynika także z zobowiązań międzynarodowych, którymi związała się Rzeczpospolita Polska, w szczególności Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, z późn. zm.).

Racjonalizacja instytucji prawnej to, mówiąc w pewnym uproszczeniu, próba uzasadnienia określonych racji, przedstawienia argumentów, które składają się na prawną reakcję ustawodawcy. W przypadku prawa karnego jest to z reguły katalog przesłanek wskazujących na potrzebę reakcji prawnokarnej. Rozpatrując z tej perspektywy ochronę prawnokarną dziecka wyraźnie uwidacznia się rola prawa karnego w rzeczywistej ochronie oraz jej podstawowe granice. Kwestię racjonalizacji w nauce rozpatruje się na tle przyjętego paradygmatu badawczego, a więc podstawowych koncepcji aksjologicznych czy metodologicznych⁶. Wydaje się, że potrzebę ingerencji prawa karnego w ochronę dziecka trzeba przede wszystkim zestawić z dwoma ogólnymi funkcjami prawa karnego, a więc funkcją ochronną i, będącej jej pochodną⁷, funkcją prewencyjną. Prawo karne niewątpliwie winno przewidywać możliwe zagrożenia dla dobra dziecka i w sposób adekwatny reagować. Dobro dziecka jest bowiem jedną z najważniejszych zasad ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej, która wynika bezpośrednio z zasady dobra wspólnego i godności człowieka. Dla ustawodawcy oznacza to obowiązek wnikliwego uwzględnienia dobra, które wymaga ochrony oraz wyznaczenia granic dopuszczalnej ingerencji w to dobro, przy uwzględnieniu zasady subsydiarności prawa karnego. Z tego punktu widzenia zasadniczą kwestią jest ustalenie granic ochrony, co wymaga przede wszystkim odpowiedzi na pytanie jakie znaczenie ma dziecko w społeczeństwie. Uogólniając siłą rzeczy odpowiedź na to pytanie poprzestaną na konstatacji, że dziecko jest niewątpliwie swoistym „zaczynem” dorosłego społeczeństwa, a zarazem jednym z jego fundamentów. Już tylko z tych względów wymaga ochrony prawnokarnej o wzmożonym stopniu. Patrząc na dziecko jako na dobro prawne uznać wszakże trzeba, że czyn sprawcy przeciw niemu godzi w zakaz prawnokarny, lecz jednocześnie także w pewną wartość społeczną, szczególnie istotną dla jego bytu i rozwoju. Ujęcie przestępstwa i sprecyzowanie go w normie prawnej jako zachowania niepożądanego wyjaśnia zatem jedynie kwestię jego bezprawności, lecz nie jej istotę⁸. Uwypukla się więc tu w sposób wyraźny funkcja ochronna prawa karnego. Społeczeństwo za pomocą norm tej gałęzi prawa chroni w istocie samo siebie, stąd w pełni usprawiedliwione, konieczne i zasadne

⁶ F. Ciepły, *Sprawiedliwościowa racjonalizacja wymiaru kary kryminalnej wobec współczesnych tendencji polityki karnej w Polsce*, Lublin 2017, s. 11.

⁷ A. Marek, [w:] A. Marek (red.), *System Prawa Karnego, Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2010, t. 1, s. 11.

⁸ A. Marek (red.), *System Prawa Karnego*, tom 3, R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa... s. 248.

staje się wykorzystanie najdonioślejszego instrumentu ochrony państwowej – kary kryminalnej. Owa reakcja prawno-karna winna jednakże być starannie wyważona, aby nie stała się reakcją nadmierną. Pamiętać tu cały czas należy, że zarysowana powyżej w sposób syntetyczny rola państwa, rozumianego jako instytucja, koreluje w sposób bezpośredni nie tylko z konstytucyjnym obowiązkiem ochrony praw dziecka (art. 72 Konstytucji RP), lecz także z innymi wartościami o etiologii konstytucyjnej, zwłaszcza prawnej ochrony życia (art. 38 Konstytucji RP) oraz niektórych praw rodziców, mających m. in. prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami (art. 48. 1 Konstytucji RP). Nie można pomijać, że dziecko jest przecież częścią rodziny, która także jest w sposób wszechstronny chroniona, w tym także na poziomie ustawy zasadniczej⁹. Wskazane wartości konstytucyjne muszą mieć relewantne znaczenie dla kierunku ochrony dziecka przez prawo karne. Dodatkowo uzmysławiają z jak istotnym dobrem prawnym mamy do czynienia, stanowiąc zarazem wiodący czynnik racjonalizujący i usprawiedliwiający ingerencję prawno-karną. Czynnikiem ten jest *de facto* niezależny od przyjętej aksjologii oraz kultury społecznej. W każdym bowiem społeczeństwie dziecko podlega wzmożonej ochronie, przede wszystkim w taki sposób, aby mogło dorastać wolne od wszelkiej niepożądanego, społecznie uznanej za niewłaściwe, ingerencji w jego rozwój. Nie od rzeczy będzie dodać, że dziecko jest osobą niedojrzałą nie tylko biologicznie, lecz również społecznie, a przez to szczególnie podatną na ingerencję i wpływ dorosłych. Stąd właśnie tak ważne jest jego zabezpieczenie i zapewnienie właściwych warunków rozwoju. Nie ulega wątpliwości, że jest to potrzebne i korzystne dla społeczeństwa. Warto tu dodać, że rodzice, osoby odpowiedzialne za dziecko, organy władzy publicznej, państwo - stanowią „swoisty bufor między dzieckiem a światem zewnętrznym”. Pomagają dziecku określić jego pozycję w świecie, kierując się jego dobrem, szanując jego zdanie, przekonania i odrębność, lecz filtrując je przez własne doświadczenie i wiedzę, których dziecko z naturalnych względów nie ma¹⁰.

Funkcja prewencyjna prawa karnego polega na kształtowaniu określonych, pożądanego z punktu widzenia ustawodawcy postaw społecznych. Ma za zadanie przeciwdziałanie popełnieniu określonych czynów. Funkcja ta w sposób bezpośredni zależna jest od przyjętych w państwie kategorii aksjologicznych, systemowych czy wreszcie zwykłego spojrzenia na potrzebę sięgania po najsurowszy środek reakcji państwowej. Z tej przyczyny nie ma charakteru stałego, a może jedynie w sposób zmienny, w mniejszym lub większym stopniu realizować swe cele, jakimi są przede wszystkim utrzymanie człowieka w pewnych granicach moralnych, poprzez konieczności respektowania prawno-karnych zakazów i nakazów a tym samym próba wychowania go w poszanowaniu określonych wartości. Słusznie uważa S. Hyps, powątpiewając w pełną ocenę funkcjonalności zakazu karnego. Nie jest to bowiem możliwe, stąd wszelkie tego

⁹ Odnośnie do racjonalizacji prawno-karnej ochrony rodziny zob. S. Hyps, *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym*, Lublin 2012, s. 17 – 34.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 21 stycznia 2014 r., SK 5/12, OTK –A 2014/1/2.

typu próby każdorazowo stanowić będą przypuszczenia. Wpływ na postawy społeczne ma zbyt wiele czynników, niekiedy natury zupełnie incydentalnej¹¹. Analogicznie jest jeśli chodzi o płaszczyznę małoletnich. Funkcja indywidualnoprzewencyjna może być realizowana za pomocą wiodącego instrumentu, jakim jest sankcja karna. Nie bez wpływu pozostaje tu wykonanie orzeczenia sądu karnego. Niezwykle doniosłe jest stąd zapewnienie odpowiednich wysokości sankcji za popełnienie przestępstw na szkodę małoletnich, przy uwzględnieniu ich wysokiego stopnia społecznej szkodliwości. Kara winna wszakże przede wszystkim celować w to, aby stanowiła proporcjonalną dolegliwość, przy uwzględnieniu zasad prewencji indywidualnej¹². Polski kodeks karny nadal posiada natomiast nieuporządkowaną sferę sankcji przewidzianych za popełnienie poszczególnych przestępstw. Kwestia ta wciąż wymaga uporządkowania¹³. Problem ten jest tym bardziej palący, że mankament ów rzutuje w sposób negatywny na funkcję indywidualnoprzewencyjną oraz na funkcję afirmacyjno-motywacyjną prawa karnego. W polskim prawie karnym funkcja generalnoprzewencyjna została bowiem odrzucona, a przyjęto, że celem kary jest kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa przez stosowanie kar, których funkcja polega na informowaniu go o normach sankcjonowanych¹⁴. Funkcja afirmacyjno-motywacyjna sprowadza się zaś do wskazywania standardów postępowania i zakresu ochrony oraz kształtowania za pomocą sankcji motywacji do przestrzegania norm prawnych¹⁵.

Z uwagi na to, że dziecko winno mieć zabezpieczone określone warunki dla prawidłowego rozwoju (biologicznego, środowiskowego, etc.) prawo karne wyodrębnia specyficzne, dedykowane dzieciom, grupy przepisów, w ramach których dokonuje ich dodatkowej ochrony. Z tego względu na prawnokarną ochronę dziecka można spojrzeć w sposób ogólny, utożsamiając ochronę dziecka z ochroną człowieka, w sposób węższy, dokonując analizy li tylko przepisów poświęconym ochronie dziecka, a nadto w sposób wręcz wybiórczy, a więc w zakresie poszczególnych grup spośród tychże przepisów. Warto tu nadmienić, że owe grupy przepisów charakteryzują się rozbieżnymi celami w zakresie ochrony, posiadają różny zakres ochrony oraz różne jest ich *ratio legis*. Wspólnym mianownikiem jest jednak to, że stanowią kompleksowe i zarazem komplementarne względem siebie zabezpieczenie ochrony dziecka. Dokonując pewnego usystematyzowania owych grup przepisów należy wyodrębnić:

- a. przepisy stanowiące prawnokarną ochronę życia i zdrowia dziecka,
- b. przepisy stanowiące prawnokarną ochronę dziecka przed nadużyciem,
- c. przepisy stanowiące prawnokarną ochronę prawidłowego rozwoju dziecka,
- d. przepisy stanowiące prawnokarną ochronę opieki i nadzoru nad dzieckiem,
- e. przepisy stanowiące szczególne prawnokarne gwarancje ochrony dziecka.

¹¹ S. Hypś, *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym...*, dz. cyt., s. 33.

¹² por. I. Zgoliński, *Kierunki rozwoju polskiego prawa karnego w świetle jego reformy*, [w:] D. Kala, I. Zgoliński (red.), *Reforma prawa karnego materialnego i procesowego z 2015 roku. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2015, s. 129

¹³ Tamże, s. 144.

¹⁴ *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 153.

¹⁵ Szerzej A. Marek, [w:] A. Marek (red.), *System Prawa*, dz. cyt., s. 14.

Każda z tych grup, co oczywiste, cechuje się nieco innymi potrzebami w zakresie kierunków ochrony i jej racjonalizacji. Uzasadnione jest przy tym dalsze usystematyzowanie, poprzez uszczegółowienie dóbr prawnych oraz zakresu i funkcji powyższych grup przepisów. Pośród grupy przepisów wymienionych w pkt a można więc dodatkowo wyodrębnić przepisy dotyczące ochrony dziecka poczętego, ochrony noworodka oraz ochrony dziecka przed narażeniem na niebezpieczeństwo. W ramach przepisów z grupy b można przede wszystkim wskazać przepisy chroniące dziecko przed złym traktowaniem i nadużyciem seksualnym. W prawie wykroczeń będą to także przepisy zapobiegające nadużyciom związanym z zatrudnieniem młodocianych (art. 281 pkt 5 k.p.) oraz skłanianiem małoletniego do żebrania (art. 104 k.w.). Pośród przepisów z grupy c zaakcentowania wymaga ochrona przed nadużywaniem alkoholu (art. 208 k.k. oraz art. 43 ust. 1 w zw. z art. 15 pkt 2 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹⁶), ochrona przed narkomanią (art. 58 ust. 2, art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii¹⁷), ochrona przed paleniem tytoniu (art. 6.1 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych)¹⁸, ochrona przed demoralizacją (art. 105 k.w.). Z grupy przepisów wymienionych w punkcie d wyodrębnić można przepisy zabezpieczające uprawnienia alimentacyjne dziecka (art. 209 k.k.), chroniące dziecko przed porzuceniem i uprowadzeniem (art. 210 oraz art. 211 k.k.) a nadto nielegalną adopcją (art. 211a k.k.). Do grupy e można natomiast zaliczyć przepisy penalizujące współdziałanie z nieletnim (małoletnim) w popełnieniu czynu zabronionego (art. 53 § 2 k.k. i art. 33 § 4 pkt 9 k.w.) oraz statuujące obowiązek zawiadomienia sądu rodzinnego o celowości ingerencji w prawa rodzicielskie (pozbawienie lub ograniczenie władzy rodzicielskiej – de lege lata art. 23 k.p.k., w poprzednim stanie prawnym obowiązek zawiadomienia zawarty był w art. 52 k.k.).

Kierunki zamian ochrony dziecka można z kolei rozpatrywać na trzech płaszczyznach, to jest:

- a. zmian w części ogólnej kodeksu karnego, skutkujących wzmożoną reakcją karną w indywidualnych przypadkach, co z kolei przekłada się na podwyższenie poziomu ochrony,
- b. zmian w części szczególnej kodeksu karnego, skutkujących zwiększeniem zakresu ochrony,
- c. zmian wysokości sankcji za przestępstwa, skutkujące podwyższeniem poziomu ochrony.

Jak dotychczas dało się zaobserwować różne kierunki zmian w zakresie przepisów prawa karnego, skutkujące bądź osłabieniem bądź wzmocnieniem ochrony dziecka. Były to, swoiste „wariacje” na temat ochrony dziecka, o różnym stopniu ochrony. Posiadały także różne uzasadnienie aksjologiczne. Koncentrowały się

¹⁶ t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 487.

¹⁷ t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1030.

¹⁸ t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 957.

zaś między innymi na: poszerzeniu prawnokarnej ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, zmian w zakresie znamion typów czynów zabronionych ustanawiających ochronę życia i zdrowia dziecka poczętego niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki oraz uchyleniu przepisów ustanawiających kwalifikowane czyny zabójstwa.

Już tylko ta pobieżna eksploracja kierunków ochrony dziecka przez prawo karne nakazuje uznać, że omówienie wszystkich zagadnień na wskazanych powyżej płaszczyznach nie jest możliwe w ramach opracowania o charakterze artykułowym. Odniesienie się do takiego zakresu treściowego, rzecz jasna przy założeniu konieczności przeprowadzenia kompleksowych badań naukowych, możliwe jest wyłącznie w przestrzeni opracowania monograficznego. Z tego też względu w dalszej części opracowania odniosłem się do najbardziej obszernej jak dotąd propozycji wzmocnienia ochrony dziecka przez prawo karne, którą przedstawił we wrześniu 2016r. Prezydent RP¹⁹. Nie została ona jednak przyjęta w całości przez parlament, gdyż istotnie zmodyfikowano ją w toku prac legislacyjnych, a część propozycji nie została w ogóle uwzględniona. W efekcie zakres faktycznej ochrony stał się mniejszy od proponowanej. Co jednak istotne, propozycja ta odnosiła się do wszystkich kierunków w zakresie ochrony, jak i do wielu wymienionych wyżej grup przepisów, związanych z prawnokarną ochroną dziecka.

Jak wskazano w uzasadnieniu do tego projektu²⁰, nakierowany on został na ochronę dóbr szczególnie ważnych. Ich waga przejawia się w dwóch aspektach. Po pierwsze, projektodawca zaproponował zmiany w obszarze przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko wolności, przeciwko rodzinie i opiece oraz przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Doniosłość tych dóbr, mierzona także ich pozycją w katalogu zasad ustrojowych oraz praw i wolności zawartych w Konstytucji RP, sama w sobie uzasadnia rozważenie objęcia ich daleko idącą ochroną o charakterze karnoprawnym. Nie ma bowiem wątpliwości, że dobra, takie jak życie (art. 38 Konstytucji RP), zdrowie (art. 68 Konstytucji), wolność (art. 31 ust. 1 Konstytucji), więzi rodzinne (art. 18 Konstytucji RP) ulokowane są wysoko w hierarchii dóbr chronionych w Konstytucji RP. Zasadność zmiany Kodeksu karnego wywodzono także z kwalifikowanego charakteru naruszenia przywołanych dóbr chronionych. W projekcie zadekretowano, że dążność do poprawy poziomu ochrony osób najmłodszych i najsłabszych, a więc małoletnich poniżej 15 lat, co wpisywać się miało w kontekst wcześniejszych decyzji ustawodawcy karnego (chodzi to o modyfikacje w zakresie treści przepisów art. 197 § 3 pkt 2 k.k., art. 200 k.k.). Takie zawężenie, jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu, podyktowane jest zasadą proporcjonalności i wynikającą z niej subsydiarnością prawa karnego. Nie oznacza to jednak, że nie podwyższa się wcale poziomu ochrony małoletnich od 15 do 18 roku życia. Zgodnie

¹⁹ Prezydencki projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (VIII kadencja, druk sejm. nr 846).

²⁰ <http://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/zgloszone/art,5,prezydencki-projekt-zwiekszajacy-ochrone-dzieci.html>

z proponowanym brzmieniem art. 53 § 2 k.k., popełnienie przestępstwa na szkodę takiego małoletniego powinno wiązać się z wymierzeniem odpowiednio wyższej kary w granicach przewidzianych w danym typie czynu zabronionego.

Projekt zakładał zmianę ogólnych dyrektyw wymiaru kary oraz innych środków przewidzianych w Kodeksie karnym, poprzez uzupełnienie zawartego w art. 53 § 2 k.k. katalogu okoliczności, które sąd uwzględnia wymierzając karę. Zgodnie z projektem, sąd wymierzając karę uwzględnia także to, że sprawca popełnił przestępstwo na szkodę małoletniego. Zmiana ta miała spowodować, że dobra małoletnich będą chronione kompleksowo. Ochrona odbywać się bowiem miała nie tylko przez przyzmat przepisów, w których wprost wprowadzono znamię małoletniości ofiary, ale także poprzez obowiązek uwzględnienia dóbr małoletniego w każdej sprawie karnej. Należy tu odnotować, że w tym zakresie parlament przyjął odmienne rozwiązanie od proponowanego, co – moim zdaniem - w sposób istotny wypaczyło pierwotne intencje projektu. W miejsce proponowanej przyjęto bowiem okoliczność „popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia”. Została ona wprowadzona do porządku prawnego na podstawie I noweli z 23.03.2017 r. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika natomiast, że wprowadzenie do art. 53 § 2 k.k. tej okoliczności „spowoduje, że sądy, wymierzając karę, we wszystkich sprawach karnych będą zobowiązane do sprawdzenia, czy przestępstwo nie zostało popełnione na szkodę małoletniego. W przypadku ustalenia, że tak było, sąd powinien wymierzyć karę wyższą niż w przypadku przestępstwa analogicznego, ale popełnionego bez szkody na małoletnim. Zmiana w art. 53 § 2 k.k. powoduje, że przedkładany projekt kompleksowo chroni dobra małoletnich. Ochrona odbywa się bowiem nie tylko przez przyzmat przepisów, w których wprost wprowadzono znamię małoletniości ofiary, ale także poprzez obowiązek uwzględnienia dóbr małoletniego w każdej sprawie karnej”²¹ Uzasadnienie nie oddaje zatem całej istoty wprowadzonej modyfikacji. Wypada podkreślić, że wcześniej sformułowaniem „popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia” ustawodawca w Kodeksie karnym się nie posługiwał. Ma ono niewątpliwie charakter nieostrej i wysoce dyskusyjny. Z tych względów, jak można mniemać, będzie wywoływać rozbieżności interpretacyjne, zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze. Nieporadność ze względu na wiek można wszakże odnieść zarówno do osób młodych, jak i w innym, np. podeszłym wieku (starych). Przepis nie wprowadza tu bowiem rozróżnienia, a wymaga jedynie, aby wiek pokrzywdzonego rzutował na jego nieporadność. Nie jest zatem trafne ani ustawowo uprawnione ograniczanie nieporadności ze względu na wiek do osób młodych, w szczególności co do zasady przed 15. rokiem życia²². Niezbędne jest przyjęcie na omawianej płaszczyźnie de facto każdego wieku, gdyż nie sposób określić tu jakichkolwiek granic wiekowych. Jak się wyda-

²¹ Zob. uzasadnienie projektu I noweli z 23.03.2017 r., VIII kadencja, druk sejm. nr 846.

²² Jak się wydaje, na takim stanowisku stoi R. Hałas, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny..., dz. cyt., Legalis 2017, który ograniczenie to wywodzi z „istoty systemu prawnego”.

je, chodzić wszakże będzie przede wszystkim o stopień niepełnosprawności, który w powiązaniu z wiekiem skutkuje objęciem takich osób większą troskliwością²³. Jest to natomiast de facto przypadłość warunkowana przymiotami stricte osobniczymi. Z reguły będą to jednakże zaburzenia o charakterze organicznym bądź ograniczenia natury fizycznej, które w istocie rzeczy będą powiązane z sensu largo stanem zdrowia.

Jeśli chodzi o kolejne modyfikacje zawarte w tym projekcie, to odnotowania wymaga kilka najbardziej doniosłych. Nie wszystkie jednak pośród nich wiązały się wyłącznie i bezpośrednio z ochroną małoletniego. Zaproponowano m.in. wprowadzenie typu kwalifikowanego polegającego na powodowaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w połączeniu ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa (art. 156 § 3). W zamyśle projektodawcy, czyn ten miał być zbrodnią zagrożoną karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. Ta zmiana nie odnosi się jednak wyłącznie do małoletniego. Zaproponowano nadto dodanie drugiego typu kwalifikowanego kryminalizującego dopuszczenie się czynu określonego w art. 156 § 1 k.k. wobec małoletniego poniżej lat 15 lub osoby nieporadnej ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny (art. 156 § 4). Przyjęte przez parlament modyfikacje spowodowały jednak, że aktualnie przepis nie penalizuje jednak tego typu zachowań.

Zaproponowano także transformację przepisu art. 189 Kodeksu karnego, który kryminalizuje bezprawne pozbawienie wolności człowieka. Zachowanie sprawcy sprowadzające się do pozbawienia wolności małoletniego poniżej lat 15 *lege lata* wypełnia znamiona art. 189 § 1 lub § 3 k.k. propozycja zmierzała do tego, aby rozszerzyć typ kwalifikowany z art. 189 § 3 k.k. o pozbawienie wolności, które dotyczyło małoletniego poniżej lat 15. W proponowanym stanie prawnym, typ kwalifikowany zawarty w § 3 obejmować miał alternatywnie pozbawienie wolności opisane w art. 189 § 1 lub 2, dotyczące małoletniego poniżej lat 15 lub łączące się ze szczególnym udręceniem. Modyfikacja uzasadniona została tym, że bezprawne pozbawienie wolności narusza dobro w postaci wolności w aspekcie fizycznym oraz psychicznym. Chodzi tu jednak nie tylko o tzw. wolność lokomocyjną, rozumianą jako wolność w znaczeniu swobody ruchów i możliwości zmiany miejsca przebywania, ale także o potencjalną wolę zmiany miejsca przebywania. Nie powinno budzić wątpliwości dalsze uzasadnienie tej zmiany, że odebranie wolności małoletniemu, przetrzymywanie go w zamkniętych pomieszczeniach może mieć znacznie bardziej szkodliwe skutki niż te, które występują w przypadku bezprawnego pozbawienia wolności osób dorosłych. Okoliczności te w pełni uzasadniają zwiększenie zakresu ochrony na tej płaszczyźnie, poprzez przeniesienie ich do typu kwalifikowanego przestępstwa bezprawnego pozbawienia wolności. W wyniku tej propozycji przyjęto ostatecznie rozwiązanie określone obecnie w art. 189 § § 2a k.k. Przepis ten penalizuje pozbawienie wolności, o którym mowa w § 2, dotyczące osoby nieporadnej ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny. Za tego rodzaju zachowanie

²³ Por. V. Konarska-Wrzosek, *Kom. do art. 53 k.k.*, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny...*, dz. cyt., Warszawa 2017, Legalis 2017.

przewidziano sankcję w postaci kary pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

Następna propozycja zmierzała do modyfikacji określonego w art. 189a k.k. przestępstwa handlu ludźmi. W obecnie obowiązującym stanie prawnym, zachowanie sprawcy polegające na handlu osobami małoletnimi poniżej lat 15 wyczerpuje znamiona typu podstawowego przestępstwa określonego w § 1, zagrożonego karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. Projekt zmierzał do intensyfikacji ochrony małoletnich przed tym, niepożądanym wszakże, zjawiskiem. Celowi temu miało służyć dodanie § 1a, który wprowadzał typ kwalifikowany handlu ludźmi, obejmujący małoletniego poniżej lat 15. Sankcją za tego rodzaju zachowania miała być kara pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5, co uzasadniano wyższym stopniem społecznej szkodliwości. Co więcej, zaproponowano nadto uzupełnienie znamion karalnego przygotowania do tego przestępstwa, opisanego w art. 198a § 2 k.k. o przestępstwo określone w § 1a. Propozycja ta jednak nie znalazła uznania w oczach ustawodawcy, który ostatecznie nie zdecydował się na jej wprowadzenie do porządku prawnego.

Inna jeszcze propozycja zmian obejmowała podwyższenie sankcji za przestępstwa określone w art. 210 k.k. Jak wskazano, „popelnienie czynu zabronionego typizowanego w art. 210 k.k. godzi nie tylko w opiekę nad małoletnimi poniżej lat 15 lub osobami nieporadnymi ze względu na ich stan fizyczny lub psychiczny, ale także dobra prawne, jakimi są życie lub zdrowie takiej osoby, które zostaje narażone na skutek jej porzucenia. Sprawca dopuszczający się tego przestępstwa popełnia czyn polegający na opuszczeniu dziecka lub osoby nieporadnej, wraz z zaprzestaniem troszczenia się o nią, bez zapewnienia jej opieki ze strony innych osób”. Ustawodawca zaakceptował w pełni stanowisko, że zagrożenie sankcją karną za popelnienie przestępstwa porzucenia małoletniego lub osoby nieporadnej jest nieadekwatne do stopnia społecznej szkodliwości czynu i nie czyni zadość obowiązkowi ochrony karnoprawnej dobra, jakim jest nie tylko rodzina i opieka, ale także zdrowie, bezpieczeństwo i życie małoletniego poniżej lat 15 lub osoby nieporadnej ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. W konsekwencji podwyższył sankcje karne zgodnie z sugestią Prezydenta RP, to jest w typie podstawowym kary pozbawienia wolności w rozmiarze od 3 miesięcy do lat 5, a w typie kwalifikowanym kary pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

Propozycja podwyższenia sankcji obejmowała również art. 211 k.k. Przepis ten ma m. in. przeciwdziałać negatywnym skutkom międzynarodowego, bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania, będąc jedną z realizacji zobowiązań Konwencji z dnia 25 października 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (Dz. U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528). Uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka, w świetle art. 3 powołanej Konwencji, jest bezprawne, jeśli nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego przez ustawodawstwo państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem oraz jeżeli w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawo to było skutecznie wy-

konywane²⁴. Także i przy tej propozycji argumentowano, że grożąca za popełnienie przestępstwa uprowadzenia małoletniego lub osoby nieporadnej sankcja w postaci kary pozbawienia wolności do lat 3 jest nieadekwatna do stopnia społecznej szkodliwości czynu i nie czyni zadość obowiązkowi ochrony karnoprawnej dobra, jakim jest nie tylko rodzina i opieka, ale także zdrowie i bezpieczeństwo małoletniego poniżej lat 15 lub osoby nieporadnej ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. Zaproponowano zmianę sankcji poprzez podwyższenie zarówno dolnej jak i górnej granicy kary pozbawienia wolności i w konsekwencji została ona ukształtowana przez ustawodawcę na poziomie od 3 miesięcy do lat 5.

Zmiany obejmować miały również art. 240 § 1 k.k., przy czym nie zostały one uwzględnione w całej rozciągłości. Przepis ten statuuje obowiązek zawiadomienia organu powołanego do ścigania przestępstw o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynów zabronionych określonych w zamkniętym katalogu. W uprzednio obowiązującym stanie prawnym dotyczyło to przestępstw określonych w art. 118, 118a, 120-124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189 i 252 k.k. Przepis koreluje z art. 304 § 1 k.p.k. i stanowi niejako uzupełnienie jego treści art. 304 § 1 k.p.k., nakładającego społeczny obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu. Naruszenie obowiązku wynikającego z art. 304 § 1 k.p.k. nie jest jednak obłożone żadnymi sankcjami, dlatego może jedynie podlegać ocenie na płaszczyźnie moralnej. W odróżnieniu od tego przepisu art. 240 § 1 k.k. sankcjonuje tego rodzaju zaniechanie, lecz czyni to wyłącznie w odniesieniu do niektórych zachowań, o wysokim stopniu społecznej szkodliwości. Klucz doboru czynów zabronionych wymienionych w katalogu tego przepisu nie jest jednak do końca jasny²⁵. Przepis ten stanowi zatem wyjątek od zasady społecznego obowiązku zawiadomienia organu powołanego do ścigania przestępstw o popełnieniu czynu zabronionego, a jego rodzajowym przedmiotem ochrony jest zasadniczo interes wymiaru sprawiedliwości. Pośrednio chroni jednak także dobra, które stanowią przedmiot ochrony typów przestępstw określonych w tym przepisie²⁶. Podniesiono zatem, że nie jest uzasadnione pominięcie w katalogu tych typów czynów zabronionych, których zadaniem jest ochrona małoletnich, w szczególności przed grożącą im przestępczością seksualną. Odwołując się do art. 19 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka wskazano, że konieczne jest sankcjonowanie niezawiadomienia organów ścigania o popełnieniu przestępstw typizowanych w: art. 156 k.k., 189a k.k., 197 § 3 i 4 k.k., 198 k.k., 200 k.k., 202 § 3-4c k.k. oraz 204 § 3 k.k. Wskazane typy czynów zabronionych dotyczą bezpośrednio działania na szkodę małoletnich. Część pośród wymienionych w projekcie przestępstw, tj. przestępstwa z art. 156, 197 § 3 i 4, 198 i 200 k.k., zostało finalnie ujęte w nowym brzmieniu art. 240 § 1 k.k. W na-

²⁴ J. Lachowski, *Komentarz do art. 211 k.k.*, [w:] V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lex/el. 2016.

²⁵ I. Zgoliński, *Komentarz do art. 240 k.k.*, [w:] V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lex/el. 2016.

²⁶ Tamże; zob. także K. Wiak, *Komentarz do art. 240 k.k.*, [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis/el. 2018 oraz J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 240 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lex/el. 2015.

wiązaniu do pociągnięcia legislacyjnego²⁷ polegającego na wykreśleniu z obowiązku denuncjacji o czynie zabronionym z art. 189a k.k. zaakcentowano, że zabezpieczenie dóbr dziecka polegające na walce z przestępczością wymierzoną w jego dobra powinno mieć najwyższy priorytet. W celu zapobieżenia negatywnym konsekwencjom, które mogłyby spotkać ofiary przestępstw wskazanych w art. 240 § 1 k.k., a więc kierując się potrzebą uniknięcia podwójnej wiktyimizacji ofiar, zaproponowano więc dodanie § 2a w brzmieniu: „Nie popełnia przestępstwa określonego w § 1 pokrzywdzony czynem zabronionym określonym w art. 148, 156, 163, 166, 189, 189a, 197 § 3 i 4, 198, 200, 202 § 3-4c, 204 § 3, chyba że jest to przestępstwo o charakterze terrorystycznym”. Wyłączenie przestępności w takich przypadkach miało spowodować, że osoba pokrzywdzona przestępstwem wskazanym w art. 240 § 2a k.k. nie będzie zobowiązana karnoprawnie do informowania o tym przestępstwie, nawet jeżeli objęło ono swoim zakresem także inne osoby. W toku prac ustawodawczych dodano²⁸ co prawda § 2a do art. 240 k.k., jednakże lege lata ma on następującą treść: „Nie podlega karze pokrzywdzony czynem wymienionym w § 1, który zaniechał zawiadomienia o tym czynie”.

Ostatnia spośród newralgicznych propozycji sprowadzała się do zmian w przepisie poniekąd paralelnym do art. 240 k.k., jakim jest art. 11 § 3 ustawy z dnia 26 października 1982r. o postępowaniu w sprawach nieletnich²⁹. Przepis ten niewątpliwie chroni społeczeństwo, lecz biorąc pod uwagę cele postępowania w sprawach nieletnich, również samego nieletniego - przed pogłębianiem się procesu demoralizacji³⁰. Katalog czynów karalnych określony w tym przepisie koresponduje z katalogiem czynów zabronionych objętych obowiązkiem zawiadomienia o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego zawartym w art. 240 § 1 k.k. Argumentowano, że skoro czyny zabronione wymienione w art. 240 § 1 k.k. są społecznie szkodliwe w takim stopniu, że uzasadniają objęcie ich sankcjonowanym karnie obowiązkiem zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, to tym bardziej uzasadnione jest odwołanie zawieszenia umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym w przypadku, gdy popełnił taki czyn karalny. W następstwie prac legislacyjnych katalog zawarty w art. 11 § 3 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich³¹ poszerzono o 189, art. 189a, art. 197 § 3 lub 4, art. 198, art. 200, art. 202 § 3, 4, 4a, 4b lub 4c, art. 204 § 3 k.k.

Scharakteryzowany powyżej projekt zmian nie wyczerpuje rzecz jasna możliwości zwiększenia prawnokarnej ochrony dziecka. Rozważając kierunki wzmożo-

²⁷ Dokonanego ustawą z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2011r., Nr 191, poz. 1135).

²⁸ Art. 240 § 2a dodany przez art. 1 pkt 7 lit. b ustawy z dnia 23 marca 2017 r. (Dz.U.2017.773) zmieniającej k.k. z dniem 13 lipca 2017 r.

²⁹ Tekst jednolity - Dz. U. z 2018r., poz. 969.

³⁰ Okoliczność ta jednakowoż nie jest rozumiana jednolicie – szerzej V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 11 upn*, [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek (red.), *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Lex/el. 2015.

³¹ Art. 11 § 3 zmieniony przez art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. (Dz.U.2017.773) zmieniającej ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich z dniem 13 lipca 2017 r.

nej ochrony dziecka nie sposób nadto pominąć istotnej propozycji w postaci stosowania przepisów statuujących odpowiedzialność karną za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu człowieka w zakresie ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego, zdolnego do życia poza organizmem matki (art. 162a k.k.)³². Krytycy tego rozwiązania, które w istocie w sposób dość wyraźny zwiększało zakres ochrony, podkreślali zbyt szerokie zastosowanie przepisu. Wskazywano, że obejmując także zachowania nieumyślne przepis zbyt mocno obarcza kobiety penalnym ryzykiem utrzymania ciąży³³. Sugerowano też, aby ograniczyć zakres stosowania przepisu do przypadków niewątpliwych, szczególnie nagannych od strony podmiotowej, co nakazywałoby oparcie całej konstrukcji li tylko na zamiarze bezpośrednim³⁴. Projektodawcy wprowadzili do treści przepisu klauzulę wyłączającą przestępność czynu, w art. 162a § 2 k.k., wobec matki dziecka, za wyjątkiem czynu zabronionego, określonego w art. 149a k.k. Propozycja wprowadzenia tego przepisu wywołała co najmniej równie duże kontrowersje i spotkała się z liczną krytyką. Zaproponowano w nim penalizację zachowania matki, która spowodowała śmierć dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem. Sankcją za ten czyn miała być kara pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat. Przepis stanowić miał wyłom od wyłączenia odpowiedzialności kobiety ciężarnej za czyny skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu dziecka poczętego aż do chwili porodu w rozumieniu art. 149 k.k. Słuszne wydaje się stanowisko, że gdyby projektodawcy rozważyli wyrugowanie art. 149a z treści projektu, wówczas art. 162a zostałby lepiej przyjęty³⁵. Takie posunięcie zmniejszyłoby jednak zakres ochrony. Rozwiązania te ostatecznie nie zostały przyjęte, a tym samym nie znalazły swojego miejsca w kodeksie. Implikowały jednakże daleko idącą ochronę dziecka w okresie prenatalnym, zrównując ją z ochroną w okresie postnatalnym. Z perspektywy upływu lat można tu skonstatować, że w Polsce od dawien dawna istnieje poważny problem zakresu ochrony dziecka poczętego. Zakres penalizacji jest przedmiotem sporów, kontrowersji i dyskusji, na które nie bez wpływu pozostają przede wszystkim kwestie religijne i światopoglądowe. Analizując dotychczasowy dyskurs naukowy, przedstawiane na tym polu propozycje zmian oraz ich finalny wydźwięk, jaskrawo widoczne stają się zachowania nieracjonalne i określone zaniechania ustawodawcy, podejmowane niekiedy pod wpływem politycznego populizmu. Postulować stąd wypada aby, prócz propozycji rozszerzenia prawnokarnej ochrony, szerzej uzasadniane były także i następcze ustawodawcze zaniechania, jako

³² Propozycja Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy MS kadencji 2009-2013, wyrażona w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2013 r., tekst dostępny na stronie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/>

³³ E. Łętowska, *List otwarty do prof. Piotra Hofmańskiego z dnia 13 stycznia 2014 r.*, <http://krytykapolityczna.pl/kraj/letowska-komisja-karania-kobiet-list-otwarty/> (dostęp na 24.07.2018 r.).

³⁴ R. Kokot, J. Jasińska, *Kilka uwag o ochronie życia poczętego w kontekście projektowanych zmian kodeksu karnego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, Tom XXXI, AUWr No 3591, s. 27.

³⁵ E. Plebanek, *Zdrowie i życie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane zagadnienia wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*, „Cz. P. K. i N. P.” 2016, nr 8, s. 16 (reprint).

że dotyczą niewątpliwie jednych z najważniejszych problemów społecznych. Skoro ustawodawca proponuje (a niekiedy wręcz forsuje) modyfikacje, z których następnie rezygnuje, to w tej doniosłej materii winien jest społeczeństwu stosowne wyjaśnienia.

PRZESŁUCHANIE DZIECKA. ROZWAŻANIA NA TLE ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO

Niniejsze opracowanie wskazuje na kontrowersje związane z przesłuchaniem dziecka w trybie art. 185a k.p.k. ze szczególnym uwzględnieniem ustabilizowanej już linii orzeczniczej. Linii, która chyba już docelowo odbiegła od literalnej treści przepisów, wreszcie linii, której podsumowaniem jest postanowienie SN z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. III KK 362/17². W postanowieniu tym wskazano, iż: „Oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania dziecka w trybie art. 185a k.p.k., może nadal zasadnie domagać się ponowienia takiego przesłuchania z racji niemożności realizacji prawa do obrony przy tym przesłuchaniu pokrzywdzonego i żądaniu takiemu należy zadośćuczynić, ale jednak tylko pod warunkiem, że ponowne przesłuchanie nie tylko jest możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, ale nadto że to możliwe przesłuchanie nie wywrze realnie negatywnego wpływu na jego aktualny stan psychiczny, czyli nie pogorszy tego stanu”.

Innymi słowy – przewidziana w ustawie obligatoryjność ponownego przesłuchania dziecka w przypadku niemożności udziału w przesłuchaniu pierwotnym stała się na skutek orzecznictwa sądowego tylko prawem do złożenia takiego wniosku z szerokim spektrum możliwości jego oddalenia. I chyba nie budzi wątpliwości, że niemożność przesłuchania najczęściej głównego świadka oskarżenia stanowi rażące ograniczenie prawa do obrony przy oskarżeniu o czyn należący do najgorzej społecznie postrzeganych przestępstw.

Generalizując – warto podkreślić, iż zasadą również wynikającą z EKPCz jest możliwość uczestniczenia oskarżonego w całym etapie postępowania sądowego, możliwość zadawania pytań wszelkim świadkom oraz bezpośredniego odnoszenia się do gromadzonego materiału dowodowego. Idąc dalej – Kodeks postępowania karnego zaczął ograniczać wskazane prawa kierując się interesem czy to innej strony postępowania – pokrzywdzonego, czy też interesem świadka. Ograniczenia przewidziane w art. 185a k.p.k. zostały wprowadzone w celu ograniczenia stresu po stronie pokrzywdzonego dziecka, ograniczenia wtórnej wiktyimizacji oraz sprofesjonalizowania gromadzenia specyficznego materiału dowodowego, jakim jest przesłuchanie dziecka.

¹ Dr Jacek Potulski – Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii.

² Lex nr 2495928.

Co więc stanowią przepisy? Dla przypomnienia warto wskazać, iż:
Art. 185a.

§ 1. W sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, i tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego.

§ 2. Przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Osoba wymieniona w art. 51 § 2 lub osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, o którym mowa w § 1, ma prawo również być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Jeżeli oskarżony zawiadomiony o tej czynności nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu.

§ 3. Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje się protokół przesłuchania.

§ 4. W sprawach o przestępstwa wymienione w § 1 małoletniego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przesłuchuje się w warunkach określonych w § 1-3, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny.

Zbliżone zasady dotyczą również małoletniego świadka³.

Wskazany w ustawie schemat postępowania wskazuje na obligatoryjnie nadzwyczajny system przesłuchania pokrzywdzonego – dziecka do ukończenia 15 roku życia w odniesieniu do rodzajowo określonych kategorii przestępstw. Oczywiście wskazanie rozdziałów, w których znajdują się poszczególne typy czynów zabronionych ma charakter bardzo ogólny, w tym odnosi się do typów czynów, w których nie może być określonego pokrzywdzonego (np. większość przestępstw okołoprostytycyjnych). Ustawa określa zasadę, jaką jest co najwyżej jednokrotne przesłuchanie dziecka w ustawowo określonym trybie, z ustawowo określonym kręgiem

³ Art. 185b. § 1. W sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXV i XXVI Kodeksu karnego świadka, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w warunkach określonych w art. 185a § 1-3, jeżeli zeznania tego świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. § 2. W sprawach o przestępstwa wymienione w § 1 małoletniego świadka, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przesłuchuje się w trybie określonym w art. 177 § 1a, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. § 3. Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się do świadka współdziałającego w popełnieniu czynu zabronionego, o który toczy się postępowanie karne, lub świadka, którego czyn pozostaje w związku z czynem, o który toczy się postępowanie karne.

osób. I przewiduje od tej zasady dwa zasadnicze wyjątki – gdy wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Warto podkreślić, że nawet pierwsze przesłuchanie dziecka nie jest zasadą – dziecko ma być przesłuchiwane, „gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy”.

Przechodząc na poziom praktyki wymiaru sprawiedliwości – co do zasady dziecko przesłuchiwane jest we wskazanym trybie, zanim późniejszemu podejrzanemu zostaną przedstawione zarzuty i co oczywiste, zanim będzie udzielone pełnomocnictwo do obrony ws. karnej. I co do zasady jawi się również konieczność skonfrontowania wyjaśnień podejrzanego czy oskarżonego z treścią zeznań pokrzywdzonego dziecka. Podkreślić też trzeba, że wartość przeprowadzonego dowodu bywa uzależniona od czasu jego przeprowadzenia - jako najlepszy czas przesłuchania pokrzywdzonego wskazuje się okres od 2 do 8 dni od zdarzenia⁴.

I znów – praktyka wymiaru sprawiedliwości pozostawia tutaj wiele do życzenia – bywa, że terminy przesłuchań są określane odległe, pokrzywdzeni wzywani są na adres zamieszkania, który często jest jednocześnie adresem podejrzanego. Co więcej ustawa nie przewiduje możliwości ustanowienia adwokata z urzędu dla osoby podejrzwanej, której czynów ma dotyczyć przesłuchanie. Co ważne, również w przypadku zatrzymania, przed przedstawieniem zarzutów, osoba podejrzwana ma prawo do kontaktu z adwokatem, który na tym etapie nie jest jeszcze obrońcą, do którego odnosi się omawiany przepis. I udział takiego adwokata, czy też radcy prawnego, w przesłuchaniu dziecka (nieprzewidziany przez prawo ale zwyczajowo w przypadku gdy doszło do zatrzymania – praktykowany) nie stanowi udziału obrońcy w przesłuchaniu.

Polskie regulacje dotyczące przesłuchania świadków muszą być już od lat umieszczane w kontekście I w tym miejscu należy zastanowić się nad problemem relacji art. 185a k.p.k. do art. 6 ust. 3 lit. d) EKPCz, który stanowi: „Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia”. Jednocześnie, zgodnie z orzeczeniem ETPCz z dnia 7 lipca 1989 r. w sprawie Bricmont p-ko Belgii sygn. 10857/84 uznaje się samodzielność jurysdykcyjną sądu krajowych w odniesieniu do kwestii wezwania świadka – samodzielność ta jednak musi opierać się na gwarancjach procesowych przewidzianych również w Konwencji. Pewien minimalny standard postępowania odnoszący się do przesłuchania dzieci ofiar przemoc seksualnej wymaga możliwości zadawania pytań świadkom. Standard ten został wypracowany m.in. w oparciu o wyrok ETPCz z dnia 24 kwietnia 2007 r. w sprawie B. p-ko Finlandii sygn. 17122/02. Co prawda wskazano tak, iż

⁴ Zob. A. Gadomska, *Przygotowanie do przesłuchania małoletniej ofiary w charakterze świadka*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 7–8, s. 190.

„postępowania karne dotyczące przestępstw przeciwko seksualności są często postzegane przez ofiarę jako bardzo dolegliwe, w szczególności, gdy ofiara wbrew swej woli jest konfrontowana z oskarżonym. W przypadku małoletnich względy te odgrywają jeszcze poważniejszą rolę. Dokonując oceny, czy w takim postępowaniu oskarżony uzyskał rzetelny proces, należy wziąć pod uwagę *prawo* do poszanowania życia prywatnego domniemanych ofiar [art. 10 Konwencji]. Tym samym należy uznać, iż w postępowaniu karnym dotyczącym przestępstw przeciwko seksualności mogą zostać zastosowane pewne środki chroniące ofiarę, pod warunkiem, iż środki te można pogodzić z odpowiednim i skutecznym wykonywaniem *prawa* do obrony. Przy zapewnianiu *prawa* do obrony można wymagać od organów sądowych, by te podejmowały środki równoważące niedogodności, z którymi mierzy się obrona⁵”. Co więcej w sprawie tej podkreślono iż „skoro obrona miała możliwość przekazania pytań dzieciom w postępowaniu przygotowawczym, lecz z tej możliwości nie skorzystała, nic nie wskazuje na to, by prawo do obrony nie zostało zachowane przed uznaniem winy i skazaniem skarżącej przez sąd rejonowy”.

Z orzeczenia tego można wyprowadzić więc tezę, że minimalny europejski standard prawa do obrony wymaga prawa do zadawania pytań pokrzywdzonemu. Teza ta jednak musi zostać złagodzona treścią stosunkowo nowego orzeczenia ETPCz w „polskiej” sprawie – wyrok z dnia 24 maja 2016 r., sygn. 15487/08 w sprawie Przydział p-ko Polsce. ETPCz wskazał, iż „Konwencja gwarantuje w art. 6 prawo do rzetelnego procesu, nie reguluje w ten sposób dopuszczalności dowodów oraz ich oceny, która to kwestia pozostaje przede wszystkim w zakresie regulacji prawa krajowego i do uznania sądów krajowych (...) Art. 6 nie uznaje bezwzględnego *prawa* oskarżonego do uzyskania stawienia *świadców* przed sądem”. W tej sprawie podejmowane były czynności dowodowe z udziałem 14-letniej ofiary zgwałcenia – w postępowaniu przygotowawczym nie powiadomiono o nich ustanowionego obrońcy a postępowaniu przed sądem, na skutek opinii biegłych co do stanu zdrowia pokrzywdzonej, odstąpiono od osobistego przesłuchania pokrzywdzonej. Z drugiej jednak strony sąd dysponował szerokim materiałem dowodowym, w tym wyjaśnieniami współoskarżonych. ETPCz wskazał na pewne nieprawidłowości wynikające z niezapewnienia pełnego prawa do obrony w postępowaniu przygotowawczym, jednakże całą ocenę materiału dowodowego uznała za wnikliwą a nieprzesłuchanie pokrzywdzonej przez wnioskodawcę i jego obrońcę za naruszenie prawa do obrony, które jednak nie miało znaczenia na tyle istotnego aby doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 lit. d) EKPCz. Trybunał pewne ograniczenia w zakresie bezpośrednio przeprowadzania dowodu z zeznań świadka wskazał również w sprawie Horncastle i inni p-ko Wielkiej Brytanii (wyrok z dnia 16 grudnia 2014 r., sygn. 4184/10), która to sprawa nie była jednak związana z przemocą seksualną.

Wskazany wyżej minimalny standard postępowania został w polskim orzecznictwie sądowym radykalnie ograniczony. Już w postanowieniu SN z dnia 6

⁵ Tłumaczenia SIP Lex.

lipca 2006 r., sygn. IV KK 226/06 wskazano, iż „z punktu widzenia standardu art. 6 ust. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950r. (Dz.U. z 1993r. Nr 61, poz 284) - oskarżony musi mieć możliwość wnioskowania powtórnego przesłuchania pokrzywdzonego i takie prawo w § 1 art. 185 a KPK mu zagwarantowano. Jednakże złożenie powyższego żądania nie oznacza konieczności ponownego przesłuchania (nie wynika to również z literalnego brzmienia art. 185 a KPK) albowiem żądanie to podlega ocenie - jak każdy wniosek dowodowy - przez pryzmat art. 170 KPK. Sięganie zatem do wykładni celowościowej i wskazywanie na funkcję ochronną komentowanego przepisu jest całkowicie uzasadnione”. Na dalszym etapie obowiązywania art. 185a k.p.k. orzecznictwo w coraz to większym stopniu ograniczało prawo do przesłuchania świadka – wbrew literalnemu brzemieniu przepisu. W wyroku SN z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. III KK 187/15⁶ wskazano, iż „Przepis art. 185a k.p.k. jest normą o charakterze gwarancyjnym, lecz jego funkcjonowanie nie wiąże się z zabezpieczeniem interesów procesowych oskarżonego, ale z koniecznością ochrony psychiki małoletnich pokrzywdzonych i zapobiegania ich wtórnej wiktymizacji” – SN zaprzeczył tutaj gwarancjom prawnym podejrzanego przewidzianym w art. 185a k.p.k.

Wyrok ten musi również być oceniany w kontekście późniejszego postanowienia SN z dnia 9 listopada 2016 r., sygn. V KK 273/16⁷, w którym wskazano, iż „nawet w przypadku wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego złożonego w trybie art. 185a § 1 in fine k.p.k., wniosek taki podlega ocenie także w perspektywie kryteriów określonych w art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k.”. Tak więc z orzecznictwa SN wynika, iż przy ocenie zasadności przeprowadzania dowodu także nie ma automatyzmu a wniosek taki wbrew literalnej treści art. 185a § 1 k.p.k. niekoniecznie musi być uwzględniony. Z podobnego założenia wyszedł SN w postanowieniu z dnia 27 września 2016 r., sygn. V KK 246/16, gdzie przyjęto, iż „Oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania dziecka, może nadal zasadnie domagać się ponowienia takiego przesłuchania z racji niemożności realizacji prawa do obrony przy tym przesłuchaniu pokrzywdzonego i żądaniu takiemu należy zadośćuczynić, ale jednak tylko pod warunkiem, że ponowne przesłuchanie nie tylko jest możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, a ponadto nie wywrze realnie negatywnego wpływu na jego aktualny stan psychiczny, czyli nie pogorszy tego stanu”. Jak widać - z perspektywy zacytowanych tez orzeczeń można mówić o daleko idącym ograniczeniu praw oskarżonego do obrony przede wszystkim w sprawach o przestępstwa seksualne. Z drugiej jednak strony – analiza treści uzasadnień obrazuje często skalę problemu jakim jest wtórna wiktymizacja pokrzywdzonych dzieci i konieczność ich ochrony. Jako prymarna w najnowszym orzecznictwie SN jawi się zasada jednokrotnego przesłuchania dziecka, minimalizacja traumy a prawa podejrzanego mają tutaj charakter wtórny.

⁶ Lex nr 1984691.

⁷ Lex nr 2167637.

Konsekwencje tego są oczywiście z jednej strony dalece pozytywne – chroniony jest słuszny interes pokrzywdzonego, z drugiej zaś strony dochodzić może do rażącego naruszenia prawa do obrony. Może się okazać, iż podejrzany nigdy nie będzie mógł doprowadzić do zadania swoich pytań pokrzywdzonemu, następnie będzie on skazany a taki sposób gromadzenia materiału dowodowego będzie uznany za prawidłowy. Z perspektywy realności prawa do obrony musi to budzić wątpliwości – w miarę możliwości prawo do zadawania pytań przez oskarżonego czy jego obrońcę musi zostać zachowane aczkolwiek poszanowanie praw pokrzywdzonego w wyjątkowych sytuacjach może uniemożliwiać jego wtórne przesłuchanie. W takich jednak wypadkach dowód z przesłuchania dziecka musi być szczegółowo oceniany w kontekście całego materiału dowodowego, zwłaszcza w przypadku, gdy miałby to być niemalże jedyny dowód w sprawie. Orzecznictwo strasburskie dopuszcza wskazane ograniczenia ale wyłącznie w sytuacji, w której pozostały materiał dowodowy pozwoli na wnikliwą i pełną ocenę odpowiedzialności karnej potencjalnego sprawcy.

Co ważne – ustawa określa, że opisany wyżej sposób przesłuchania dziecka ma charakter obligatoryjny. Jakie są więc procesowe konsekwencje dowodu zebranego wbrew wskazanemu przepisowi, w sytuacji, w której dziecko zostanie przesłuchane w „zwyczajnym” trybie. Punktem wyjścia analizy jest tutaj cel przepisu – ochrona dziecka przed nadużyciem jego prawa. Dowód z takiego „wadliwego” przesłuchania sam w sobie może podlegać ocenie jak każdy inny a jedynie pojawia się kwestia ewentualnej szkody po stronie dziecka i odpowiedzialności funkcjonariusza, który takie przesłuchanie prowadził. Czasem – przesłuchanie zaraz po zdarzeniu, będące wynikiem współpracy dziecka, rodziców i policji przeprowadzone w sposób empatyczny i wrażliwy może dać dobre efekty poznawcze przy minimalizowaniu traumy dziecka. Oczywiście jest, że nie można tutaj generalizować i przyjmować założeń abstrakcyjnych.

Pojawia się tutaj kwestia ewentualnej odpowiedzialności karnej z art. 231 k.k. osoby realizującej przesłuchanie z naruszeniem szczególnego trybu (zarówno przesłuchania dziecka jak i np. ofiary zgwałcenia w trybie art. 185c k.p.k. Przystępstwo polegające na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków godzi w istnienie oraz w prawidłowe funkcjonowanie administracji publicznej, jej autorytet i dobre imię poszczególnych instytucji⁸. Przede wszystkim, jak to wskazuje treść znamion art. 231 § 1–3 k.k., istotą tego przestępstwa jest działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Tak więc poza autorytetem władzy wskazane przestępstwo godzi w bliżej nieokreślony interes publiczny lub prywatny⁹. I tutaj należy ocenić, w jaki sposób naruszenie reguł przesłuchania dziecka - ofiary np. przestępstwa seksualnego powoduje szkodę? Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 24/12¹⁰, przyjął tezę, iż „Występek określony w art. 231 § 1 k.k. należy do ka-

⁸ Z. Kallus, *Przystępne nadużycie władzy*, Warszawa 1982, s. 43.

⁹ Zob. S. Hoc, *Odpowiedzialność karna za nadużycie władzy*, „WPP” 2005, nr 4, s. 48.

¹⁰ OSNKW 2013 r. Nr 2 poz. 12.

tegorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym”. Pojęcie szkody, mimo że formalnie zobiektywizowane, rozumiane może być w sposób różny. Ocena powstania szkody nie może skupiać się na doraźnej niedogodności czy uldze. Stwierdzenie zaistnienia szkody czy jej realności nie może być zbyt abstrakcyjne – szkoda musi być realna, uchwytna i konkretna¹¹. W tej sytuacji ocenić należy, czy przesłuchanie z naruszeniem zasad z art. 185c k.p.k. godzi w interes publiczny. Tutaj nie sposób udzielić odpowiedzi abstrakcyjnej – trzeba oceniać procesową wartość danego przesłuchania dla przebiegu postępowania. I, jak wskazano wcześniej, samo w sobie przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka podlegać będzie sądowej ocenie jak każdy inny dowód w sprawie, a naruszenie trybu samo w sobie nie powoduje automatycznie zagrożenia dla ustalania prawdy materialnej a bywa, że tę prawdę materialną przybliża.

Jednakże *ratio legis* wskazanego rozwiązania – specjalnego trybu przesłuchania z art. 185a k.p.k., to ochrona pokrzywdzonego przed wtórną wiktyimizacją, ograniczanie cierpienia związanego z kontaktem z sprawcą i przypomnianiem sobie po raz kolejny traumatycznych wydarzeń. Podstawowy, a także czasem jedyny interes, jaki chroniony jest poprzez treść omawianej regulacji, to interes pokrzywdzonego dziecka – i to z jego perspektywy należy oceniać ewentualną odpowiedzialność funkcjonariusza doprowadzającego do przesłuchania „poza trybem”.

Reasumując – zasadą przewidzianą w art. 185a k.p.k. jest co najwyżej jednokrotne przesłuchanie dziecka. Wbrew literalnej treści art. 185 § 1 k.p.k. *in fine* kolejne przesłuchania nie mogą być realizowane automatycznie i wymagają każdorazowo oceny ich zasadności przede wszystkim z perspektywy dobra dziecka. Naruszenie czy odstąpienie od zasad przesłuchania przewidzianych a art. 185a k.p.k. samo w sobie nie dyskwalifikuje dowodu i może ale nie musi się wiązać z odpowiedzialnością funkcjonariusza przeprowadzającego takie „wadliwe” przesłuchanie.

¹¹ Zob. A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe, nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym*, Warszawa 1972, s. 58.

