

„Okres porodu” i jego konsekwencje temporalne na gruncie art. 149 k.k.

JOANNA BRZEZIŃSKA

Katedra Prawa Karnego Materialnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Wyrażone *expressis verbis* w treści art. 149 k.k. (penalizującego zabójstwo dziecka przez matkę, potocznie zwane dzieciobójstwem) znamię modalne „w okresie porodu” z perspektywy temporalnej konstytuuje w czasoprzestrzeni następujące kontrapunkty, których interpretacja dostarcza niejednokrotnie wielu rozbieżności w doktrynie prawa karnego:

1) okres porodu:

– czas, kiedy poród się zaczyna i kończy (poród jest zatem postrzegany jako proces, a nie chwila);

2) moment, kiedy kobieta ciężarna nabywa statusu matki;

3) moment, kiedy płód nabywa statusu dziecka (chwila narodzin);

4) czas, w którym matka zabija dziecko (art. 6 k.k.);

5) czas zgonu dziecka (ustalenie związku przyczynowego między zachowaniem matki a skutkiem w postaci śmierci dziecka);

6) przestępstwa aborcyjne a dzieciobójstwo i zabójstwo.

Jednym z niezbędnych elementów o charakterze temporalnym umożliwiających zastosowanie przepisu art. 149 k.k. jest „okres porodu”¹. Literatura medyczna dzieli go na następujące fazy:

¹ Czas, w którym zostają wypełnione znamiona art. 149 k.k., w różnych ustawodawstwach karnych jest inaczej określony, m.in.: „w czasie porodu”, „natychmiast po urodzeniu”, „zaraz przy porodzie”, „podczas porodu”, „bezpośrednio po porodzie”; B. Sygit, E. Sygit, A. Gałęska-Słiwka, *Ustalenie czasu popełnienia przestępstwa określonego*

1) okres rozwierania – od powtarzalnych skurczów macicy (co 10–15 minut) do rozwarcia zewnętrznego ujścia szyjki macicy. U pierwiastek (kobiet rodzących pierwszy raz) ta faza trwa 10–24 godzin, u wieloródek 6–12 godzin;

2) okres urodzenia (wydalenia płodu) – kiedy następuje opuszczenie przez noworodka ciała matki (okres ten trwa od 30 minut do 2 godzin);

3) okres łożyskowy (wydalenia popłodu) – wydalenie łożyska, pępowiny i błon płodowych².

W położnictwie odróżnia się akt porodu od okresu porodu. Według S. Dąbrowskiego, poród jest procesem fizjologicznym, który obejmuje całokształt zjawisk somatycznych i psychicznych ustroju kobiety rodzącej, który prowadzi w konsekwencji do wydalenia płodu i popłodu³.

Obecnie w położnictwie wyodrębnia się również czwarty okres, tzw. wczesny okres poporodowy⁴. Trwa on około 2 godzin, kiedy to sprawowana jest kontrola po urodzeniu płodu nad matką i jej dzieckiem.

Pojęcie „okres porodu” jest nieostre i stwarza możliwość stosowania wykładni rozszerzającej, stąd T. Hanausek przedstawia trzy sposoby interpretacji końcowej granicy przedmiotowego okresu:

a) pogląd obiektywny – okres porodu zawiera się w określonych granicach, które powinny być ustalone przez ustawodawcę w formie sztywnych ram⁵;

w art. 149 k.k. – Referat wygłoszony na konferencji „Czas i jego znaczenie w prawie karnym”, Gdańsk 19–21 kwietnia 2007 r., s. 3–4.

² T. Zwoliński, *Podręcznik położnictwa*, Warszawa 1962, s. 92; E. Howorka, *Położnictwo*, Warszawa 1965, s. 102; E. Chróścielewski, [w:] *Medycyna sądowa*, pod red. B. Popielskiego, J. Kobieli, Warszawa 1972, s. 652; W. Michałkiewicz, T. Pydzik, [w:] *Podręcznik położnictwa dla studentów*, Warszawa 1977, s. 285. K. Daszkiewicz zwraca uwagę na sprawę analizowaną przez SN w wyroku z dnia 11 czerwca 1974 r., dotyczącą kwalifikacji jako zabójstwa (art. 148 § 1 k.k.) czynu Marii P., która nakłoniła do zabójstwa nowo narodzonego dziecka. Wbrew błędnej interpretacji SW działała ona w okresie porodu, czego sąd I instancji nie zauważył, ograniczając okres porodu do 2 pierwszych faz, pomijając tym samym stadium łożyskowe. Por. OSPiKA 1975, nr 6, poz. 148, s. 278 z głosem K. Daszkiewicz.

³ S. Dąbrowski, [w:] K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, E. Chróścielewski, *Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczno-sądowe*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 2, s. 241

⁴ T. Pisarski, *Położnictwo i ginekologia*, Warszawa 1996, s. 310–312.

⁵ Taki pogląd obowiązywał w: k.k. hiszpańskim (do 3 dni po porodzie), w k.k. portugalskim (do 8 dni po porodzie), k.k. norweskim (do 5 dni po porodzie), k.k. chilijskim

b) pogląd subiektywny – okres porodu trwa tak długo, jak długo będzie oddziaływał na psychikę kobiety rodzącej;

c) pogląd fizjologiczno-subiektywny – kładzie nacisk na zmiany fizjologiczne przy uwzględnieniu aspektu subiektywnego⁶.

T. Hanausek podważa zasadność istnienia znamienia „w okresie porodu”, które – zawierając się w drugim ze znamion konstruujących art. 149 k.k., a więc „wpływie porodu na psychikę rodzącej” – staje się zbędne. Wniosek ten podzielają E.A. Sindlewski⁷ oraz S. Raszeja⁸.

Powyższy pogląd znajduje w doktrynie licznych przeciwników, do których należą m.in. M. Tarnawski⁹ i B. Hołyst¹⁰, postulujący, aby człony tego przepisu były traktowane równorzędnie, a nie utożsamiane ze sobą.

Niektórzy autorzy, np. T. Hanausek, E.A. Sindlewski, S. Raszeja czy K. Daszkiewicz interpretują granice porodu wąsko, tak aby nie wykaczały one poza okres fizjologiczny.

W doktrynie dają się również wyodrębnić poglądy przemawiające za szeroką interpretacją „okresu porodu”. J. Makarewicz uważał, że sformułowanie „okres porodu” ujęte w kodeksie może zostać dowolnie zinterpretowane¹¹. M. Szerer z kolei twierdzi, że skoro ustawodawca wstrząs porodowy uczynił centralnym elementem przestępstwa dzieciobójstwa, można wnioskować, że nie należy go ograniczać jedynie do samego aktu porodu, ale rozciągnąć na czas trwania wstrząsu¹². Za szerokim ujęciem tego okresu,

(do 48 godzin po porodzie), k.k. meksykańskim (do 72 godzin po porodzie), w angielskim The Infanticide Act z 1938 r. (do 12 miesięcy po porodzie). Por. M. Rudzka, *Dzieciobójstwo w ustawodawstwie karnym*, „Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki”, t. VII, 1955, s. 101; M. Cieślak, *System prawa karnego*, Wrocław 1985, s. 363; B. Popielski, *Medycyna i prawo*, Warszawa 1963, s. 36 i 101; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1976, s. 358.

⁶ T. Hanausek, *Z problematyki dzieciobójstwa*, „Państwo i Prawo” 1962, nr 4, s. 677.

⁷ E.A. Sindlewski, *Dzieciobójstwo*, Łódź 1963, s. 191.

⁸ S. Raszeja, *Rola biegłego w przypadku sądowo-lekarskiego badania zwłok płodu i noworodka*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalistyki” 1975, nr 2, s. 196–197.

⁹ M. Tarnawski, *Przestępstwo uprzywilejowane w polskim prawie karnym*, s. 139.

¹⁰ B. Hołyst, *Art. 226 k.k. w orzecznictwie sądów i w systemie przepisów prawa karnego*, „Nowe Prawo” 1959, nr 2, s. 170.

¹¹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 518–519.

¹² M. Szerer, *Okres porodu*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 4, s. 50. Wy różnia się okres porodu rozumiany ściśle ginekologicznie – *sensu stricto*, obejmujący niedługi okres po urodzeniu dziecka liczony w godzinach, i *sensu largo*, obejmujący dłuż-

sięgającym do 6 tygodni po urodzeniu, opowiadał się B. Wróblewski¹³. Z. Papierkowski wskazuje, że proces porodowy wywołuje specyficzny stan psychiczny i wszystko, co matka uczyniła w tym stanie, miało miejsce w okresie porodu. Jednocześnie przeciwstawia się określeniu sztywnych granic porodu poprzez wskazanie ilości dni czy godzin po zakończeniu porodu¹⁴, czyli precyzyjnego oznaczenia do kiedy ten okres trwa. S. Śliwiński i M. Siewierski nie utożsamiają ukończenia okresu porodu z chwilą urodzenia dziecka, gdyż momenty te nie są dla nich równoznaczne¹⁵. J. Sawicki i W. Świda okres porodu łączą z urodzeniem dziecka, w następstwie którego występują dalsze objawy porodowe i poporodowe, a dopiero ich ustanie wraz z zakończeniem towarzyszącego im wstrząsu psychicznego matki wskazuje na zakończenie porodu¹⁶. Czas ten kończy się wraz z odzyskaniem – jak określa to W. Wolter¹⁷ – pełnej równowagi duchowej.

I. Andrejew¹⁸ i J. Śliwowski¹⁹ z kolei konkludują, że poród trwa pewną ilość godzin, natomiast „okres porodu” występuje znacznie dłużej i choć nie można z góry ustalić, ile może trwać, to należy kierować się w tym zakresie ustaleniami lekarskimi.

M. Tarnawski zauważa następujące interpretacje znamienia „w okresie porodu”:

a) w sensie szerokim – jako akt fizjologiczny i dalszy okres, gdy trwają zakłócenia psychiczne wywołane porodem²⁰;

b) w sensie wąskim – tylko jako fizjologiczny akt porodu.

szy czas, w którym fakt porodu odbija się na organizmie matki, tzw. puerperium – w medycynie 6 tygodni od urodzenia dziecka, OSPiKA 1964, nr 5, poz. 102, s. 231.

¹³ B. Wróblewski, *Prawo karne*, Wilno 1934, s. 133.

¹⁴ Z. Papierkowski, *Dzieciobójstwo w świetle prawa karnego. Studium prawnoporównawcze*, Lublin 1947, s. 16.

¹⁵ S. Śliwiński, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 1948, s. 152.

¹⁶ J. Sawicki, *Z problematyki lekarskiej w polskim prawie karnym*, [w:] G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 341–342; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 493.

¹⁷ W. Wolter, [w:] J. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 445.

¹⁸ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 358.

¹⁹ J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 355.

²⁰ Rozbieżnie określa się długość występowania tych zakłóceń. W. Gutekunst uznaje, że jest to okres od kilku do kilkunastu godzin, nie dłużej jednak niż 24 godziny. W. Wolter przyjmuje, że nie może on trwać dłużej niż jeden dzień. Podobne rozbieżności występują w literaturze niemieckiej. H. Otto podaje, że zakłócenia te mogą trwać od 12,5

Ostatecznie autor postuluje, aby okres porodu był interpretowany zawężająco w znaczeniu medycznym. Okres ten jest także odrębną przesłanką od wpływu przebiegu porodu na psychikę matki, a do zaktualizowania treści art. 149 k.k. niezbędne jest ponadto ustalenie, czy zabójstwo dziecka istotnie w tym czasie nastąpiło²¹.

Jednym z najważniejszych problemów pojawiających się na gruncie interpretacji art. 149 k.k. o podłożu temporalnym jest ustalenie momentu, w którym kobieta ciężarna staje się matką, tym bardziej, że według kodeksu karnego z 1997 r. podmiotem przestępstwa dzieciobójstwa może być jedynie matka²². Wyrażnego rozróżnienia terminologicznego pojęć „kobieta ciężarna” i „matka” dokonał w latach 80. M. Tarnawski, kiedy pisał o możliwości ich interpretacji w następującej konfiguracji:

- a) kobieta ciężarna – płód,
- b) matka – dziecko²³.

Niedopuszczalne jest zatem krzyżowanie zakresów tych pojęć, czyli następujące zestawienie:

- a) kobieta ciężarna – dziecko,
- b) matka – płód.

godzin do 24 godzin, a F. Pietrusky podkreśla, że w tych szczególnych wypadkach może to być nawet okres 14 dni; W. Gutekunst, [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, pod red. W. Świdy, Warszawa-Wrocław 1971, s. 109; W. Wolter, *op. cit.*, s. 389; H. Otto, *Straftaten gegen das Leben*, Zgs 1971, nr 1, s. 72; F. Pietrusky, [w:] F. Pietrusky, M. de Crinis, *Gerichtliche Medizin. Gerichtliche Psychiatrie*, Berlin 1938, s. 106.

²¹ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 143

²² Z reguły dzieciobójczynią jest matka, jednak konstrukcje niektórych ustaw karnych przewidywały, że sprawcą tego przestępstwa mogą być np. rodzice kobiety rodzącej (k.k. portugalski, meksykański, chilijski oraz ustawy karne Argentyny, Hondurasu, Kolumbii, Peru i Paragwaju), ponadto według k.k. włoskiego podmiotem przestępstwa może być najbliższy krewny, czyli rodzice i rodzeństwo kobiety. K.k. turecki określał najszerszy krąg podmiotów mogących dopuścić się przestępstwa – oprócz matki należeli do niego: jej mąż, matka, córka, babka, dziadek, siostra, a nawet rodzice z tytułu adopcji. Tak szeroki krąg osób jest odzwierciedleniem woli ratowania dobrego imienia kobiety rodzącej (*causa honoris*), a w doktrynie niemieckiej określa się je jako *Ehrennotstand*, czyli stan wyższej konieczności co do czci; Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 10 i 33.

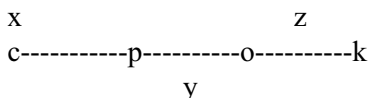
²³ M. Tarnawski, *Dzieciobójstwo w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Socjologiczny i Ekonomiczny” 1972, nr 4, s. 38.

Kobieta ciężarna może zostać matką, ale utożsamianie obydwu pojęć jest niewłaściwe²⁴, gdyż okres ciąży może się zakończyć na dwa sposoby: 1) urodzeniem dziecka, 2) poronieniem płodu. Tylko w pierwszym przypadku kobieta ciężarna stanie się matką²⁵, w drugim takiego statusu nie uzyska²⁶.

Pewne wątpliwości pojawiają się w zakresie ustalenia sytuacji kobiety, która zaczęła rodzić, ponieważ „rezultat” porodu jest kwestią niepewną, a jego przebieg z reguły jest długotrwały. M. Tarnawski rozważa w związku z tym następujące możliwości:

- 1) matka i dziecko są nimi już w chwili rozpoczęcia porodu;
- 2) matka i dziecko stają się nimi w momencie wydalenia płodu poza organizm matki;
- 3) matka i dziecko pozostają nimi od chwili pierwszego samodzielnego oddechu.

Biorąc pod uwagę obowiązywanie obecnie mieszanego kryterium fizjologiczno-rozwojowo-fizycznego, realizacja znamion dzieciobójstwa staje się możliwa wówczas, gdy płód opuści ustrój kobiety rodzącej, przy założeniu, że od chwili pierwszego oddechu dziecko jest zdolne do życia poza tym ustrojem²⁷. Wszelkie zależności czasowe, jakie wpływają na uzyskanie statusu matki, w pełni odzwierciedla schemat skonstruowany przez M. Tarnawskiego:



p – początek porodu,

o – pierwszy samodzielny oddech,

²⁴ A. Strasmann, *Przestępstwo przerywania ciąży*, Warszawa 1928, s. 22–23.

²⁵ W. Gutekunst określa kobietę ciężarną ewentualną matką; W. Gutekunst, *op. cit.*, s. 119

²⁶ E. Howorka, s. 579 i n.

²⁷ Właściwie bez znaczenia pozostaje przypadek, gdy pierwszy oddech dziecka ma miejsce w łonie matki, płód nie staje się przez to dzieckiem, nie zostanie zachowane wówczas ani kryterium fizjologiczne, ani nie urzeczywistniło się jeszcze kryterium fizyczne (wydalenie z organizmu matki); S. Manczarski, *Medycyna sądowa w zarysie*, Warszawa 1966, s. 295; M. Tarnawski za matkę uznaje kobietę, która zaczęła rodzić: „(...) kobieta, która jeszcze nie urodziła, ale zaczęła rodzić, musi być nazwana matką”; M. Tarnawski, *Zabójstwo uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1981, s. 124.

- k – koniec porodu w sensie lekarskim,
- x – 7., 8., 9. miesiąc ciąży (ewentualnie 10. miesiąc – ciąża przenoszona),
- y – okres wydalenia płodu,
- z – okres, w którym mamy do czynienia z matką i dzieckiem.

Zabójstwo noworodka przez matkę kwalifikowane byłoby jako dzieciobójstwo jedynie w okresie „z” (przy spełnieniu dodatkowych okoliczności), a gdyby kobieta zabiła płód w okresie „x” lub „y”, pozostałaby bezkarna. Skoro nie byłaby jeszcze wówczas matką, nie mogłaby zostać podmiotem przestępstwa dzieciobójstwa. Obecnie pojęcie matka – na co zwraca uwagę wielu teoretyków – ma charakter wieloznaczny²⁸.

W doktrynie postulowano zmianę art. 149 w kierunku zastąpienia terminu „matka” określeniem „kobieta”, które jednocześnie musi pozostawać w odniesieniu do zabójstwa urodzonego przez siebie dziecka. Takie sprecyzowanie treści tego przepisu byłoby konieczne, gdyż w przeciwnym wypadku dzieciobójczynią mogłaby być również kobieta, która zabiłaby obce dziecko w okresie porodu i pod wpływem jego przebiegu²⁹.

W nauce prawa karnego opracowano następujące kryteria, które umożliwiają odróżnienie płodu (dziecka poczętego) od dziecka (noworodka):

1) położnicze – płód uzyskuje status dziecka z momentem rozpoczęcia się aktu porodu (pojawienie się bólów porodowych³⁰, bądź z momentem

²⁸ W okresie rozwoju sztucznych metod zapłodnienia czy też pojawienia się matek zastępczych, tzn. kobiet, które zgadzają się wobec braku medycznych przeciwwskazań donosić ciążę, która rozwija się z implementowanego embrionu, przy czym dawcą materiału genetycznego są rodzice, którzy sami nie mogliby nimi zostać, gdyby nie pomoc tzw. matki surogatki. A. Zoll postuluje, aby za podmiot przestępstwa z art. 149 uznać kobietę, która zabija rodzące się lub urodzone przez siebie dziecko. Z kolei B. Michalski zauważa, że matką jest kobieta, która zabija urodzone przez siebie dziecko bez względu na sposób jego poczęcia. Takie ujęcie skłania jednak do szerokiej interpretacji; *Kodeks karny. Część szczególna*, pod red. A. Zolla, t. II, Kraków 2006, s. 276; B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Warszawa 2000, s. 158. Niektórzy autorzy postulują, aby status matki nadawać także matkom genetycznym; J. Goyda, *Przesłanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia*, „Rodzina i Prawo” 2006, nr 1, s. 43.

²⁹ B. Sygit, E. Sygit, A. Gałęska-Śliwka, *op. cit.*, s. 3–4.

³⁰ E. Zielińska, *Oceny prawnokarne przerywania ciąży. Studium porównawcze*, Warszawa 1986, s. 298.
Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 25, 2009

całkowitego rozwarcia ujścia szyjki macicy – okres wydalania)³¹. Bóle porodowe muszą mieć charakter rzeczywisty, nie urojony, nie oznacza to jednak, aby poród nie mógł mieć charakteru przedwczesnego³²;

2) przestrzenne (fizyczne) – z dzieckiem mamy do czynienia z momentem częściowego³³ bądź całkowitego³⁴ odłączenia od ciała matki;

3) fizjologiczne – płód rozpoczyna samodzielną egzystencję z chwilą oddychania za pomocą własnych płuc, czemu z reguły towarzyszy krzyk lub płacz dziecka, spowodowany przedostaniem się powietrza do płuc, co określa się jako zewnętrzną oznakę urodzenia³⁵;

³¹ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 187; W. Grzywo-Dąbrowski, *Podręcznik medycyny sądowej*, Warszawa 1948, s. 773. W literaturze niemieckiej do zwolenników tego poglądu należałoby zaliczyć E. Drehera, R. Franka, E. Kohlrauscha i R. Langego oraz H. Welzla. Por. R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1919, s. 370; E. Kohlrausch, R. Lange, *Strafgesetzbuch*, Berlin 1961, s. 474; H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1967, s. 269; E. Dreher, *Strafgesetzbuch*, München 1970, s. 795.

³² O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, pod red. W. Świdy, Warszawa 1980, s. 124; K. Marzec-Holka, *Dzieciobójstwo – przestępstwo uprzywilejowane czy zbrodnia?*, Bydgoszcz 2004, s. 21–22; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciw życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 212.

³³ J. Śliwowski, *op. cit.*, Warszawa 1979, s. 351–352.

³⁴ L. Lernell, [w:] *Prawo karne. Część szczególna*, pod red. L. Lernella, A. Krukowskiego, Warszawa 1969, s. 42; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1933, s. 613; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1997, s. 216. W starszej literaturze na uwagę zasługuje opinia E. Chróścielewskiego: „(...) już nawet częściowe oddzielenie ciała dziecka od matki jest przejściem płodu w noworodka (...)”; K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, E. Chróścielewski, *op. cit.*, s. 247. Przykład odniesienia do kryterium fizycznego stanowił projekt k.k. angielskiego z 1879 r., w którym stwierdzono: „dziecko otrzymuje istnienie człowiecze z chwilą, kiedy żywe wyszło całkowicie z łona matki, bez względu na to, czy oddychało, czy osiągnęło niezależny obieg krwi oraz czy pewnowina została przerwana”. Podobne stanowisko, choć nieco później prezentuje niemiecki uczony K. Binding, który uważał, że aby śmiertelny cios mógł zostać skutecznie zadany z zewnątrz, niezbędne jest przynajmniej częściowe wyjście noworodka z ustroju matki. Por. Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 11–12; K. Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 1902, § 114

³⁵ W starszej literaturze niemieckiej poglądy takie prezentował F. Liszt; F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1908, s. 307–308. W doktrynie polskiej W. Makowski pisał: „Ponieważ oddychanie jest jednym z podstawowych objawów życia, słusznie można je uważać za cechę odróżniającą noworodka od nieurodzonego płodu; W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności*, Warszawa 1924, s. 260; J. Sawicki, *op. cit.*, s. 341; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1974, s. 176, K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 679; B. Kieres, *Początek życia ludzkiego w aspekcie ochrony prawnej*, „Nowe Prawo” Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 23, 2009

4) rozwojowe – z momentem zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety płód staje się człowiekiem, opuszczając drogi rodne kobiety przy równoczesnym przerwaniu pępowiny³⁶.

W zależności od przyjęcia jednego z czterech powyżej wskazanych kryteriów, pozwalających określić cesurę między płodem (obecnie dzieckiem poczętym) a dzieckiem (noworodkiem), inne będą konsekwencje w zakresie ochrony udzielonej przez prawo karne rodzącemu się człowiekowi. Ze względu na fakt odmiennie określonego w czasie momentu utraty statusu płodu z jednoczesnym uzyskaniem statusu dziecka, ochrona ta będzie słabsza lub mocniejsza, węższa lub szersza, a rozpiętość czasowa między momentem uznania za dziecko, w zależności od preferowanego kryterium, okaże się niezwykle duża, obejmując okres od kilku minut czy godzin do kilku dni czy nawet miesięcy³⁷.

Wyodrębnione jako pierwsze kryterium położnicze staje się zawodne w zestawieniu z aktualnym stanem wiedzy medycznej. Status płodu bądź noworodka może ulegać zmianom, a zatem jest niestabilny w tym sensie, że nawet rozpoczęta przedwcześnie akcja porodowa może zostać powstrzymana (w znacznej części przypadków), szczególnie, jeśli wiąże się to z koniecznością dalszego rozwoju niedostatecznie dojrzałego płodu.

Kryterium przestrzenne również posiada pewne wady. Odłączenie od ciała matki może nastąpić bowiem właściwie na każdym etapie rozwoju płodu w czasie ciąży. Wydalenie takie jest możliwe nawet zaraz po zapłodnieniu (z powodu zróżnicowanych anomalii, których przy-

1976, nr 2, s. 211. Pewne problemy w zakresie jednoznacznej kwalifikacji do określonego kryterium, które pozwoliłyby na odróżnienie płodu od noworodka, miał SN w jednym ze swoich orzeczeń, w którym stwierdził, że człowiekiem jest istota ludzka wiodąca byt samoistny poza łonem matki – orzeczenie SN z dnia 17 stycznia 1919 r., zbiór orzeczeń SN z dnia 17 stycznia 1919 r., nr 5. Z jednej strony SN wymaga do klasyfikacji jako człowieka istoty zdolnej do samodzielnego egzystencji, przecząc sobie już w drugim zdaniu orzeczenia w stwierdzeniu, że zupełne odłączenie nie jest potrzebne, a konieczne jest, aby chociaż głowa dziecka znajdowała się *extra uterum*.

³⁶ J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 527; K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Warszawa 1968, s. 145–146; L. Budrewicz, *Środowiskowe uwarunkowania zachowań przestępczych nieletnich dziewcząt*, Bydgoszcz 1997, s. 43; K. Daszkiewicz, *Przerwanie ciąży czy dzieciobójstwo*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 3, s. 497–500; M. Cieślak, *Życie ludzkie jako przedmiot ochrony*, [w:] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, pod red. I. Andrejewa, L. Kubickiego, J. Waszczyńskiego, t. IV, cz. 1, Wrocław 1985, s. 298.

³⁷ V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 24; W. Lang, *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000, s. 157.
Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 23, 2009

czyny tkwią w ciele matki bądź rozwijającego się organizmu), kiedy nie jest możliwe sztuczne utrzymanie go przy życiu, nawet przy użyciu skomplikowanej aparatury medycznej. Nie utożsamia się go wówczas z dzieckiem, a kiedy oddzielenie z organizmem matki nastąpiło we wczesnej fazie życia płodowego, nie uzyskuje on nawet statusu płodu.

Kontrowersyjnym, zwłaszcza wobec doświadczeń neonatologii, byłoby uznanie za wiążące³⁸ rozstrzygnięcia o statusie człowieczeństwa jedynie poprzez kryterium fizjologiczne, które wiąże się z samodzielnym podjęciem oddychania za pomocą płuc przez noworodka. Powyższe kryterium eliminowałoby niejako automatycznie możliwość uznawania za dziecko noworodka urodzonego w stanie tzw. zamartwicy, czyli silnego niedotlenienia organizmu³⁹. Stan taki wykluczałby możliwość odpowiedzialności karnej matki, gdyby dokonała zamachu na nowo urodzonego, gdyż według powyższego kryterium nie uzyskałby on przymiotu dziecka z powodu niemożności podjęcia oddychania. Jak trafnie podkreśla K. Daszkiewicz: „Bezkarność albo karalność dzieciobójczyni nie może być uzależniona od dokonanego przez nią wyboru techniki przestępnego działania, jest dzieciobójczynią, bo jest matką, jeżeli pozbawi dziecko życia po jego pierwszym oddechu, a nie jest dzieciobójczynią, bo nie jest matką (...) jeżeli zastosuje taki sposób zabijania, który zapobiegnie pierwszemu oddechowi dziecka”⁴⁰.

Według rekomendowanych przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) i obowiązujących w Polsce definicji pojęć dotyczących poronień, porodów, urodzeń oraz zgonów płodów, noworodków i matek wyodrębniono wśród oznak życia, obok oddychania, także czynność serca, tętnienie pępownicy lub wyraźne skurcze mięśni zależnych od woli (mięśni szkieletowych)⁴¹.

³⁸ Liczna jest mimo wszystko grupa zwolenników tego poglądu.

³⁹ J. Brzozowska, K. Buchcar-Małoń, A. Rogoyski, *Noworodek, opieka i postępowanie*, Warszawa 1969, s. 53 i 55–57. W. Psyhyrembel, *Praktyczne położnictwo i operacje położnicze*, Warszawa 1974, s. 160–169.

⁴⁰ K. Daszkiewicz, *Zabójstwo dziecka w okresie porodu*, „Nowe Prawo” 1976, nr 9, s. 1234.

⁴¹ Załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 25 kwietnia 1994 r., zmieniający rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej, sposobów jej prowadzenia oraz szczegółowych warunków jej udostępniania (Dz.U. z 1994 r., Nr 56, poz. 234).

Ostatnie z przyjętych kryteriów – rozwojowe, pozwala na możliwie najwcześniejszą ochronę prawnokarną człowieka. Z tego powodu jako dziecko jest postrzegany płód co najmniej 6-miesięczny, ponieważ już wówczas (przy udziale odpowiedniej aparatury medycznej) jest on zdolny do samodzielnej egzystencji poza organizmem kobiety ciężarnej. Obecnie wszystkie przypadki zamachów na życie dojrzałego już dziecka poczętego występują w art. 152 i 153 jako kwalifikowane postacie przestępnego przerywania ciąży, natomiast przypadek doprowadzenia do martwego porodu na jakimkolwiek etapie ciąży przez kobietę ciężarną nie jest kriminalizowany przez kodeks karny. Takie rozwiązanie uznawano za swoistą lukę w prawie⁴². W. Lang uznaje, że przedmiotowe kryterium stanowi wypełnienie luki prawnej, umożliwiając pociągnięcie do odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej, która dopuszcza się zabójstwa dziecka w fazie prenatalnej⁴³. V. Konarska-Wrzonek stwierdza natomiast, że jest ono zupełnie nieprzydatne i ma walor jedynie historyczny. Rozbieżne są zatem poglądy doktryny dotyczące utylitaryzmu tego kryterium.

Wskazane powyżej mankamenty przedstawionych koncepcji, uwarunkowane zarówno ich historycznym zużyciem, współczesnym postępowaniem wiedzy medycznej, jak i nieprzydatnością z perspektywy polityki kryminalnej, skłaniają do poszukiwania kryterium, pozwalającego na bardziej precyzyjne wyznaczenie granicy między płodem a dzieckiem.

W poglądach doktryny powszechne jest przekonanie o hybrydalnym charakterze takiego kryterium. Obecnie określa się je jako fizjologiczno-rozwojowo-fizyczne. W związku z takim kształtem koncepcji, która ma umożliwić identyfikację nowo narodzonego człowieka, niezbędne jest wyodrębnienie następujących jej aspektów:

- a) wskazania jednej z oznak życia;
- b) etapu rozwoju, który umożliwia samodzielną egzystencję;
- c) oddzielenia od organizmu matki i indywidualnego bytu⁴⁴.

Według tej koncepcji noworodkiem jest istota, która choćby częściowo opuściła ciało kobiety, przy założeniu zdolności do dalszego, samodzielnego życia⁴⁵.

⁴² K. Daszkiewicz, *op. cit.*, s. 1232.

⁴³ V. Konarska-Wrzonek, *op. cit.*, s. 24–25; W. Lang, *op. cit.*, s. 158.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 28.

⁴⁵ Jedną z najwcześniejszych koncepcji hybrydalnych w nauce polskiej stworzył M. Siewierski. Pisał on m.in.: „(...) granicą oddzielającą dzieciobójstwo od zabicia płodu

Normatywna próba odróżnienia pojęć płód i noworodek została również podjęta w załączniku do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 kwietnia 1994 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej⁴⁶ poprzez wprowadzenie pojęć: żywego i martwego urodzenia. Noworodkiem jest każda istota, która została całkowicie wydaloną lub wydobyta z ustroju matki, bez względu na długość okresu ciąży. Momentowi żywego urodzenia musi towarzyszyć jedna z czterech alternatywnie określonych oznak życia: oddychanie, czynność serca, tętnienie pępowiny, skurcze mięśni szkieletowych. Mianem płodu określa się istotę ludzką, której zgon nastąpił przed całkowitym jej wydalaniem lub wydobyciem z ustroju matki. Koncepcja „żywego urodzenia” proponowana przez Ministra Zdrowia także nie jest pozbawiona wad. Należałoby według niej uznać za noworodka słabo rozwinięty, poroniony płód czy nawet żywy zarodek, ponieważ nie wzięto pod uwagę konieczności uwzględnienia poziomu jego dojrzałości. Nieprecyzyjność koncepcji „żywego urodzenia” skłoniła do wskazania dodatkowych, niezbędnych cech anatomiczno-rozwojowych wszystkich płodów i noworodków żywych oraz martwych (koniecznych przede wszystkim dla celów statystycznych państwowej dokumentacji medycznej dotyczących okresu okołoporodowego). Noworodkiem byłoby zatem dziecko ważące minimum 500 g, gdyby nie była znana jego masa urodzeniowa, urodzone po 22. tygodniu ciąży lub osiągające długość ciała 25 cm (licząc od szczytu czaszki do pięty – § 5). Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że kryterium „żywego urodzenia” wypełnia się jedynie dopiero po uwzględnieniu dodatkowych

jest chwila, w której noworodek przestaje być częścią organizmu matki i staje się samoistnym organizmem ludzkim. Za zasadniczy objaw samodzielnego istnienia noworodka należy uważać oddychanie”. Biorąc pod uwagę, że Autor wymaga za niezbędne oddzielenie od ciała matki i oddychanie, można przyjąć, że był on zwolennikiem kryterium przestrzenno-fizjologicznego; M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 388. W nauce polskiej również E. Chróścielewski opowiadał się za przyjęciem kryterium mieszanego. Stwierdzał on: „Jednak momenty ściśle praktyczne, oparte na obserwacjach sądowo-lekarskich (trudności diagnostyczne, możliwość zabicia dziecka przez matkę wśród porodu itp.) oraz nowa sytuacja prawna powstała po wprowadzeniu ustawy o dopuszczalności przerywania ciąży przemawiałaby raczej za przyjęciem u nas nowego kryterium, powstałego z połączenia części kryterium położniczego i kryterium fizycznego”; por. K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, E. Chróścielewski, *op. cit.*, s. 247.

⁴⁶ Dz.U. z 1994 r., Nr 56, poz. 234.

aspektów, także o charakterze temporalnym (*sensu largo*): okresu ciąży i będących tego konsekwencją długości ciała oraz wagi noworodka⁴⁷.

W zakresie ustalenia momentu początkowego ochrony prawnokarnej dziecka zaznaczają się jednak zasadnicze różnice między poglądami doktryny i stanowiskiem Sądu Najwyższego. W uchwale z dnia 26 października 2006 r. wyraźnie akcentuje on, że jedynym właściwym kryterium, pozwalającym uznać dziecko poczęte za człowieka, jest kryterium położnicze, przy równoczesnym zakwestionowaniu kryterium fizjologicznego, utożsamianego z pierwszym samodzielnym oddechem, i kryterium fizycznego, związanego z całkowitym lub częściowym fizycznym oddzieleniem noworodka od ciała matki. W uchwale czytamy: „Wybór wskazywanych przez zwolenników obu stanowisk momentów czasowych razi sztucznością. (...) Nie sposób zaakceptować leżącego u podstaw omawianych poglądów założenia, że rodzące się dziecko jest nadal jedynie płodem czy dzieckiem poczętym, bo czas rodzenia się jest niewątpliwie innym jakościowo stanem. Ponadto argumentem przekonującym o nietrafności wyboru chwili, od której w grę miałyby wchodzić odpowiedzialność na podstawie art. 149 k.k. jest fakt, że w obu wypadkach celowymi zachowaniami poprzedzającymi tę chwilę spowodować można śmierć dziecka, tamując w ogóle możliwość zaawansowania porodu do momentu samodzielnego oddechu własnymi płucami lub opuszczenia łona matki. Prowadziłoby to w wypadku zaakceptowania tych poglądów – zarówno do braku odpowiedzialności matki (znamiona art. 149 nie zostałyby zrealizowane), jak i odpowiedzialności innego sprawcy nie za zabójstwo, lecz za przerwanie ciąży. Z całą pewnością wskazuje to na nieracjonalną lukę w prawie”⁴⁸. Sąd Najwyższy upatruje w konstrukcji art. 149 wypełnienia tej luki, jednocześnie podkreślając, że zastosowanie kryterium położniczego nie ma charakteru rozszerzającego, a jest związane ze ścisłą interpretacją art. 149 k.k., zatem dziec-

⁴⁷ V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 27; W. Lang, *op. cit.*, s. 160. Według L. Gardockiego przyjęcie któregośkolwiek z prezentowanych kryteriów to kwestia „(...) zależna w dużym stopniu od reprezentowanego światopoglądu lub wyznawanej religii. Nie ma tu bowiem obiektywnych, naukowych schematów, które wskazywałyby na opowiedzenie się za jedną z tych koncepcji; L. Gardocki, *op. cit.*, s. 217.

⁴⁸ <http://ppg.inforlex.pl>.

ko od chwili rozpoczęcia porodu⁴⁹ korzysta z ochrony prawnokarnej. Jest nią objęte w równym stopniu dziecko narodzone i rodzące się.

Czas, kiedy matka zabija dziecko, ustalić należy zgodnie z obowiązującymi w prawie karnym standardami. Zgodnie z art. 6 k.k., czasem popełnienia tego przestępstwa jest czas, w którym kobieta działała lub zaniechała działania, do którego była zobowiązana⁵⁰. W związku z tym niezbędne jest dokonanie następujących ustaleń:

- czy dziecko żyło w momencie realizacji znamion przestępstwa (tylko wówczas możliwe jest zaktualizowanie znamion art. 149 k.k.);
- co było przyczyną zgonu (śmierć dziecka stanowi skutek zachowania matki);
- czy zachodzi związek przyczynowy między zachowaniem matki a śmiercią dziecka.

Należy podkreślić, że czas zabijania i czas zgonu zwykle nie są tożsame. Dziecko z reguły nie umiera natychmiast, a z kolei odnalezienie zwłok noworodka i ustalenie z dużym stopniem prawdopodobieństwa, że dziecko zabito w okresie porodu, nadal wiąże się z brakiem pewności, czy istotnie dopuszczono się dzieciobójstwa, gdyż trudno ustalić, czy zabójstwa dokonała akurat matka i czy zrobiła to pod wpływem porodu⁵¹ (by wymienić wszystkie znamiona art. 149 k.k.).

Aby zaktualizowały się elementy konstrukcyjne przestępstwa dzieciobójstwa, trzeba ponadto koniecznie ustalić, czy dziecko urodziło się

⁴⁹ Rozpoczęcie porodu dotyczy zarówno porodu naturalnego, jak i niezbędnego w niektórych sytuacjach zabiegu operacyjnego cesarskiego cięcia.

⁵⁰ Ze względu na sposób zachowania matki, dzieciobójstwo może przybrać dwie formy: czynną i bierną. Dzieciobójstwo czynne polega na bezpośrednim, gwałtownym uśmierceniu poprzez uraz zewnętrzny: uduszenie, powieszenie, zadławienie, otrucie, utopienie oraz wszelkie urazy mechaniczne (śmiertelne rany cięte, klute, tłuczone). Dzieciobójstwo bierne prowadzi do zgonu noworodka poprzez nieudzielanie mu pomocy po urodzeniu, np. przez niepodwiązanie pępowiny, nienakarmienie, brak zabezpieczenia przed działaniem czynników atmosferycznych, np. poprzez wychłodzenie; por. W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1957, s. 340–345; J. Olbrycht, *Medycyna sądowa w procesie karnym*, Warszawa 1964, s. 444–448; S. Manczarski, *Medycyna sądowa w zarysie*, Warszawa 1966, s. 300; B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 1973, s. 69; *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów medycyny*, pod red. A. Jaklińskiego, J.S. Kobieli, Warszawa 1983, s. 201–204; K. Marzec-Holka, *op. cit.*, s. 32–35.

⁵¹ B. Sygit, s. 5.

żywe⁵² i jak długo to życie trwało⁵³. Odpowiedź pozytywna na pierwsze pytanie otwiera możliwość realizacji znamion z art. 149, z kolei od przybliżonego choćby ustalenia okresu życia dziecka zależy prawnokarna kwalifikacja zachowania matki: albo jako dzieciobójstwa, albo jako zabójstwa zwykłego, jeśli ustalono by, że matka zabiła dziecko, ale już poza okresem porodu.

W monografii *Dzieciobójstwo w świetle prawa karnego* Z. Papierkowski zwracał uwagę na trudności w czasowym oddzieleniu zabójstwa od dzieciobójstwa: „(...) zabicie dziecka już urodzonego wprawdzie, ale przed całkowitym ukończeniem aktu porodu, jest dzieciobójstwem, natomiast zabicie dziecka po ustaniu tego aktu jest zwyczajnym zabójstwem. Czasu trwania aktu porodu nie da się z góry oznaczyć, a wszelkie sposoby ustalenia sztywnych granic czasowych, jako szablonowe i abstrakcyjne, mogłyby się okazać nieaktualnymi i nietrafnymi w zastosowaniu do konkretnego porodu (...)”⁵⁴.

Należy również wziąć pod uwagę dominujące obecnie w doktrynie, oparte na ustaleniach neonatologii, uznawanie za noworodka dziecka

⁵² Konieczne w tym celu jest przeprowadzenie szeregu prób i badań: próby płucnej, próby solnej Faraoniego, próby żołądkowo-jelitowej, badań histologicznych płuc, badań cytologicznych rozmazów soku płucnego, badań makro- i mikroskopowych pępowiny lub pierścienia skórnej pępowiny, prób Ebera; *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów medycyny*, s. 654–655. Dodatkowo za żywym urodzeniem dziecka będą przemawiały: obecność przedgłowia, a zwłaszcza krwiaka czaszkowego, żółtaczkowe zabarwienie powłok zewnętrznych, stwierdzenie błon szklistych (hyalinowych) w badaniach histologicznych płuc, obecność zwałów moczanowych w nerkach; por. E. Chróścielewski, H. Sperl-Seyfriedowa, *Sekcja zwłok płodu i noworodka*, Warszawa 1954; E. Chróścielewski, *op. cit.*, s. 247; S. Olbrycht, *op. cit.*, s. 440–444; W. Grzywo-Dąbrowski, *op. cit.*, s. 334–338; S. Manczarski, *op. cit.*, s. 294–298; S. Raszeja, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów*, Warszawa 1990, s. 58–65; E. Chróścielewski, S. Raszeja, *Sekcja zwłok. Technika z uwzględnieniem metodyki sądowo-lekarskiej i wskazówek diagnostycznych*, Warszawa 1990, s. 149; T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1993, s. 133–135; B. Świątek, Z. Przybylski, *Medycyna sądowa*, Wrocław 2003, s. 312–313.

⁵³ Niezbędne staje się określenie stopnia: 1) powietrzności płuc, 2) wypełnienia się żołądka i jelit powietrzem, 3) zachowania się smółki w jelitach, 4) stanu pępowiny, 5) zawartości żołądka, 6) zawartości jelit, 7) stanu przedgłowia. Okres ten można oznaczyć jedynie z przybliżeniem; por. *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów medycyny*, s. 655–658.

⁵⁴ Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 13–14.

w okresie do 28. dnia życia po porodzie⁵⁵, a nie jak to wcześniej określano od 7. do 14. dnia⁵⁶ po urodzeniu. Tym samym wydłuża się więc w czasie możliwość realizacji znamion z art. 149. K. Daszkiewicz wyraża pogląd, jakoby inna interpretacja tego okresu była niemożliwa jako sprzeczna ze stanowiskiem Światowej Organizacji Zdrowia. Ponowny powrót do koncepcji, aby dziecko przestało być noworodkiem z momentem upływu 7. dnia po porodzie, czyli do czasu odpadnięcia pępowiny, uznaje K. Daszkiewicz za bezzasadny, gdyż wymuszałoby to sztuczne analizowanie każdego przypadku dzieciobójstwa pod kątem terminu odpadnięcia pępowiny, co istotnie mnożyłoby w praktyce wątpliwości oraz działałoby na niekorzyść dzieciobójczyń. Autorka konkluduje, że fakt ukończenia przez dziecko 28. dnia życia nie budzi jej wątpliwości formalnych, lecz rodzi merytoryczne, co do słuszności wydłużenia ponad potrzebę tego okresu. Jednocześnie należałoby się zgodzić z poglądem, że tym samym usunięte zostaną liczne rozbieżności pojawiające się w orzecznictwie w odniesieniu do długości okresu porodu (zwłaszcza jego ostatniego momentu), a także precyzji w odróżnieniu realizacji znamion dzieciobójstwa i zabójstwa⁵⁷.

dzieciobójstwo

-----I-----I-----

przestępstwa

zabójstwo

aborcyjne

O ile przekroczenie bariery 28. dnia „okresu porodu” skutkować będzie (przy założeniu, że dokona go matka, znajdująca się pod wpływem przebiegu porodu) kwalifikowaniem takiego czynu jako zabójstwa, o tyle zabicie płodu, znajdującego się jeszcze w łonie matki, otwiera następny punkt styczności z dzieciobójstwem, czyli zagadnienie przestępstw tzw. aborcyjnych⁵⁸. S. Olbrycht trafnie zauważa: „I w jednym i w drugim

⁵⁵ B. Górnicki, B. Dębiec, J. Baszczyński, *Pediatrics*, t. 1, Warszawa 1995, s. 54.

⁵⁶ K. Marzec-Holka, *op. cit.*, s. 19; L. Paprzycki, *Granice ochrony życia i zdrowia*, „Rzeczpospolita” 1998, nr 43, s. 18.

⁵⁷ K. Daszkiewicz, *O dzieciobójstwie (w świetle kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r.)*, „Palestra” 1998, nr 5–6, s. 39; T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1975, s. 187–188.

⁵⁸ R. Kokot, *Dzieciobójstwo czy zabójstwo dziecka czyli o racjonalizację znamion art. 149*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, pod red. L. Boguni, t. XX, Wrocław 2006, s. 18.

przypadku matka pozbywa się swego niepożądanego dziecka, a jest tylko ta różnica, że przy spędzeniu płodu następuje jego zabicie w łonie matki, przy dzieciobójstwie zaś matka pozbawia życia swe nowo narodzone dziecko, zdolne do życia pozałonowego. Co więcej, zdarzają się przypadki, że po niedoszłym do skutku lub po nieudanym spędzeniu płodu, matka postanawia z góry pozbyć dziecka po jego rodzeniu się⁵⁹”.

K. Daszkiewicz rozważa w związku z tym następujące sytuacje:

1) matka podejmuje działania, aby dziecko urodziło się martwe, a czyni je w czasie przed pierwszymi bólami porodowymi (nie jest ona dzieciobójczynią w ujęciu żadnego z powyższych kryteriów);

2) gdyby matka te działania podjęła w czasie wystąpienia bólów porodowych, według kryterium położniczego byłaby dzieciobójczynią;

3) gdyby czynności zmierzające do uśmiercenia dziecka podjęła w momencie, gdy poza jej organizmem znajduje się już główka dziecka, byłaby dzieciobójczynią w ujęciu kryterium położniczego i fizycznego, ale nie fizjologicznego, przy założeniu, że dziecko nie rozpoczęło jeszcze oddychania.

Jak pisze E. Chróścielewski: „Przerwanie ciąży może nastąpić nie tylko w pierwszych miesiącach jej trwania, lecz nawet tuż przed rozwiązaniem, przez spowodowanie przedwczesnego porodu martwego płodu. Opiniowanie w takich przypadkach, czy mamy do czynienia z przerywaniem ciąży czy już z dzieciobójstwem może być bardzo trudne”⁶⁰.

Powyższe rozważania wskazują, jak istotnym elementem dla konstrukcji przestępstwa dzieciobójstwa jest czas. Aspekt temporalny przejawia się nie tylko w treści art. 149 *sensu stricto* („w okresie porodu”). Czas może spełniać również następujące funkcje w odniesieniu do istoty dzieciobójstwa:

1) wyodrębniającą – pozwala na odróżnienie, kiedy mamy do czynienia z płodem (dzieckiem poczętym), a od którego momentu z dzieckiem (noworodek);

2) statuującą – moment, od którego kobieta ciężarna uzyskuje status matki;

3) sytuującą – przestępstwa aborcyjne, dzieciobójstwo, zabójstwo;

4) dookreślającą (porządkującą) – okres porodu (określenie jego faz = akt porodu + 28 dni, kiedy dziecko pozostaje noworodkiem).

⁵⁹ S. Olbrycht, *op. cit.*, s. 433; K. Krajewski, *Prawne kontrowersje ochrony życia człowieka. Studium z prawa polskiego i prawa kanonicznego*, Płock 2004, s. 127–128.

⁶⁰ E. Chróścielewski, *op. cit.*, s. 246.

Te spostrzeżenia dowodzą, że ujęcie temporalności może pozostać również w relacji okołoprzestępczej (*sensu largo*) w stosunku do art. 149 k.k., determinując liczne wątpliwości interpretacyjne wokół konfiguracji poszczególnych elementów tego przestępstwa.