



KANCELARIA
SENATU

BIURO ANALIZ,
DOKUMENTACJI
I KORESPONDENCJI

Opinia na temat proponowanej
w petycji P10-78/21 zmiany
art. 207 ustawy z dnia
6 czerwca 1997 r. – Kodeks
karny, w celu uznania
nienarodzonego dziecka
za pokrzywdzonego
przestępstwem znęcania się
przez sprawcę przemocy
nad ciężarną kobietą
(w świetle prawa rodzinnego)

Opinie
i ekspertyzy
OE-396

WARSZAWA 2022

Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji zamawia opinie, analizy i ekspertyzy sporządzone przez specjalistów reprezentujących różne punkty widzenia. Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autorów. Korzystanie z opinii i ekspertyz zawartych w tym zbiorze bez zezwolenia Kancelarii Senatu dopuszczalne wyłącznie w ramach dozwolonego użytku w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2017 r. poz. 880 ze zm.) i z zachowaniem wymogów tam przewidzianych. W pozostałym zakresie korzystanie z opinii i ekspertyz wymaga każdorazowego zezwolenia Kancelarii Senatu.

© Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2022

Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji
Dyrektor – Agata Karwowska-Sokolowska
tel. 22 694 94 32, fax 22 694 94 28,
e-mail: Agata.Karwowska-Sokolowska@senat.gov.pl

Wicedyrektor – Danuta Antoszkiewicz
tel. 22 694 93 21,
e-mail: Danuta.Antoszkiewicz@senat.gov.pl

Dział Analiz i Opracowań Tematycznych
tel. 22 694 95 33, fax 22 694 94 28
Redaktor prowadzący – Joanna Granowska

Opracowanie graficzno-techniczne
Centrum Informacyjne Senatu
Dział Wydawniczy

Kancelaria Senatu
kwiecień 2022

Dr hab. Maria Boratyńska
Katedra Prawa Cywilnego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski

Opinia na temat proponowanej w petycji P10-78/21 zmiany art. 207 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, w celu uznania nienarodzonego dziecka za pokrzywdzonego przestępstwem znęcania się przez sprawcę przemocy nad ciężarną kobietą (w świetle prawa rodzinnego)

Treść:

- Streszczenie problemowe petycji
- Analiza interesów
- *Nasciturus* jako obiekt napaści
- Prawnorodzinna ochrona dziecka przed przemocą
- Ocena niehumanitarnego traktowania kobiety-matki osłaniającej dziecko przed przemocą
- „Wtórna wiktyimizacja” matki i dziecka
- Podsumowanie

Streszczenie problemowe petycji

Ekspertyza dotyczy petycji złożonej do Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji. Autorka petycji, Ewelina Starczewska, podnosi, że w obecnym stanie prawnym ochrona dziecka przed znęcaniem się ze strony przemocowego ojca bądź partnera matki jest niewystarczająca, ponieważ znęcanie się stanowi zachowanie powtarzalne oraz rozciągnięte w czasie i z tego powodu dla jego stwierdzenia potrzebne jest wykazanie więcej niż jednego aktu przemocy skierowanego przeciwko dziecku. Przekonuje, że aby dziecko mogło zyskać status pokrzywdzonego znęcaniem, matka musiałaby w praktyce zaniechać jego obrony i w ten sposób niejako przyzwolić na wielokrotne krzywdzenie, aby dysponować dowodami przeciwko sprawcy. Tak zdefiniowane przez siebie „wymaganie” autorka petycji kwalifikuje jako nieludzkie. Jeśli matka nie zdecyduje się na taki akt, w sprawach o przemoc tylko ewentualnie ona zostaje uznana za ofiarę, a to nie stanowi żadnej przeszkody w orzekaniu prawa ojca do niezakłóconych kontaktów z dzieckiem, w które *de facto* również była wymierzona przemoc.

Autorka argumentuje, że „matka jest ofiarą znęcania się w czasie ciąży, co samo w sobie nosi znamiona szczególne. Wobec znęcania na ciężarnej matce zarówno przez przemoc fizyczną, jak i psychiczną, tj. przewlekły stres, który wpływa negatywnie na rozwój dziecka, krzywda dziecka już została dokonana. Jest to szczególny przypadek wtórnej wiktymizacji wobec matki i dziecka”. Autorka zwraca przy tym uwagę na „występującą w praktyce niechęć wymiaru sprawiedliwości do uznawania dzieci za pokrzywdzone przestępstwem”. Ta druga konstatacja wymagałaby jednak najpierw potwierdzenia w faktach, ponieważ *prima facie* wydaje się wątpliwa. Autorka petycji przywołuje bulwersujące przykłady autentyczne, gdy prokuratura nie wszczęła dochodzenia, a sąd rodzinny pominął fakt, że sprawca groził nożem dziecku na rękach matki.

Wnioskodawczyni konkluduje, że w obecnym stanie prawnym „aby uznać przemoc, która dokonywana była na nienarodzonym dziecku, prawo wymaga, aby zostało wtórnie skrzywdzone przez sprawcę po urodzeniu, co wymaga zmiany”. Podczas posiedzenia senackiej Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji w dniu 2 marca 2022 r. podnosiła, że trudności, z jakimi mierzą się ofiary przemocy w ochronie swoich praw, są spowodowane tym, iż „bardzo trudno jest uznać pokrzywdzone dziecko za ofiarę przestępstwa, gdy ta przemoc jest dokonywana zarówno w czasie ciąży, jak wobec małych dzieci, które są [osłanianie] przez matki przed takim finalnym uderzeniem”.

Autorka petycji postuluje zaradzić temu w ten sposób, by w razie przemocy nad kobietą ciężarną za pokrzywdzone tym czynem uznawać również nienarodzone dziecko i tym samym – jak wolno wnioskować – niejako zaliczyć tak ustalone znęcanie się prenatalne na poczet znęcania się po narodzinach.

Analiza interesów

Aktualne brzmienie **art. 207** Kodeksu karnego:

§ 1 Kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 1a Kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2 Jeżeli czyn określony w §1 lub 1a połączony jest ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 3 Jeżeli następstwem czynu określonego w §1–2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

W świetle takiego brzmienia przepisu należy rozważyć, co zmieniłoby rozszerzenie kręgu ofiar znęcania również na „dziecko nienarodzone” bądź – zgodnie z terminologią przyjętą w Kodeksie karnym – „dziecko poczęte”, jak również, czy takie rozszerzenie poprawiłoby sposób ochrony przed przemocą w postulowany przez Wnioskodawczynię sposób. Inaczej mówiąc, czy i jak zakwalifikowanie „dziecka poczętego” jako ofiary znęcania przełożyłoby się na poprawę jego ochrony po narodzinach.

W tym celu należy również odnieść się do wytykanych przez Wnioskodawczynię istotnych usterek praktycznych w postępowaniach sądowych i prokuratorskich na tle przemocy w rodzinie. Procedury te są od dawna krytykowane jako niewydolne, pojawia się jednak pytanie, czy jest to wynikiem niedostatków na poziomie prawa materialnego.

Wyjściowo zaś trzeba poddać analizie:

1. Słuszność wyodrębnienia sfery interesów „dziecka poczętego” – w prawie cywilnym od starożytności określanego w tym celu mianem *nasciturusa* – od sfery interesów kobiety ciężarnej w przypadku znęcania się nad nią. Jednocześnie zaś w sposób nieodzowny samą faktyczną możliwość dokonania takiego rozdziału.

2. Dotychczasową ochronę interesów *nasciturusa* pod względem wystarczalności dla zaspokojenia jego słusznym interesów w części dotyczącej ochrony zdrowia i życia przed zamachami ze strony osób trzecich.

Nasciturus jako obiekt napaści

Ochrona prawno-karna przewidziana jest w **Kodeksie karnym**:

Art. 153

§ 1 Kto [umyślnie] **stosując przemoc** wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób bez jej zgody przerywa ciążę albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do przerwania ciąży, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2 Kto dopuszcza się czynu określonego w § 1, **gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza** organizmem kobiety ciężarnej, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

Art. 157a

§ 1 Kto [umyślnie] powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2 Nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, koniecznych dla uchylecia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego.

§ 3 Nie podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 1.

Przerwanie ciąży jest czynnością (medyczną albo niemedyczną) nakierowaną na taki właśnie efekt. Sprawca musi mieć świadomość, że kobieta jest w ciąży oraz że podejmuje czynności w kierunku jej przerwania¹. Będzie to więc użycie któregoś ze sposobów mających na celu przerwanie związanej i żywej ciąży. W wariantcie ekstremalnym (jakiego można spodziewać się po psychopatach) – rozcięcie brzucha ostrym narzędziem. Natomiast „spowodowanie uszkodzenia ciała dziecka poczętego” (choć rozróżnienie może wydawać się nieostre) powinno czymś się różnić, skoro stanowi odrębnie stypizowane przestępstwo. Musi więc chodzić o umyślny atak na kobietę ciężarną nienakierowany na przerwanie ciąży, ale wymierzony w *nasciturusa*, na przykład silne popchnięcie,

1 R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 520.

kopnięcie w ciążarny brzuch, podanie środków teratogennych czy dźgnięcie ostrym narzędziem².

W obu tych typach przestępstw Kodeks karny statuuje ochronę na wypadek jednorazowego bezpośredniego zamachu na dobro chronione, co różni ten sposób ochrony od ochrony przed znęcaniem jako rozciągniętym w czasie. Istotne jest jednak to, że ochrona ta uruchamia się już przy jednorazowym naruszeniu (na marginesie: znęcanie się też może polegać na jednorazowym działaniu, z tym że przez pewien czas, np. na zmuszeniu do kilkugodzinnego klęczenia na grochu). W tym miejscu można też przypomnieć, że na równi z dokonaniem jest traktowane usiłowanie. Artykuł 14 § 1 Kodeksu karnego stanowi, że sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa. Wolno przy tym sądzić, że udowodnienie jednorazowego zamachu na dobro będzie w praktyce łatwiejsze, niż wykazanie utrzymującego się znęcania, a zamach może wyczerpywać się w formie stadialnej usiłowania.

Już z tak pobieżnej analizy widać jednak, że precyzyjne oddzielenie zamachu na ciążarną kobietę od zamachu na znajdujący się wewnątrz jej ustroju płód może być trudne w praktyce. Tym niemniej prawo karne rozpoznaje dwa typy przestępstw, których znamiona razem obejmują potrzebny obszar ochrony.

Tak samo trudne może być ustalenie, że znęcanie się nad kobietą ciążarną obejmuje również znęcanie się nad *nasciturusem*. Argument Wnioskodawczyni, iż o jego krzywdzie przesądza już przewlekły stres przyszłej matki, który wpływa negatywnie na rozwój dziecka, jest na pierwsze wejście racjonalny, aczkolwiek trzeba zwrócić uwagę, że to nie *nasciturus* jest tutaj obiektem zamachu. Wnioskodawczyni zmierza najwyraźniej do wykazania, że znęcanie się nad kobietą w ciąży stanowi automatycznie znęcanie się nad *nasciturusem*, a to jest jednak duże uproszczenie i wniosek zbyt daleko idący, wzięwszy pod uwagę obowiązującą w naszym prawie zasadę przyczynowości. Wprawdzie, żeby osiągnąć *nasciturosa* trzeba najpierw skrzywdzić kobietę w ciąży, nie każda jednak krzywda u kobiety pociąga za sobą krzywdę u płodu. W praktyce będą to tylko czyny wyraźnie wymierzone w płód. Odbijające się na płodzie „poszkodowanie pośrednie” poprzez krzywdzenie samej kobiety przedstawia się natomiast jako spekulacja nie znajdująca potwierdzenia w danych medycznych. Znęcanie ma ponadto miejsce wtedy, gdy zadawane komuś cierpienie

2 Zob. E. Plebanek, *Przestępstwa aborcyjne – praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*. Prawo i Medycyna nr 2/2011 s. 33-37; tejsze: *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*. Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 4/2016, s. 14-18.

przekracza pewien próg dolegliwości, a w odniesieniu do *nasciturusa* wątpliwe w punkcie wyjścia jest wykazanie po jego stronie jakiegokolwiek dolegliwości. Wnioskodawczyni ma niewątpliwą słusność, iż znęcanie się nad kobietą w ciąży nosi cechy szczególnego okrucieństwa, ale jest to wynikiem specjalnej kondycji kobiety, która w takich okolicznościach jest i bardziej bezbronna, i podwójnie zaniepokojona – tak o sobie, jak o stan przyszłego dziecka.

Powiązanie przyczynowe między znęcaniem się nad kobietą a negatywnymi symptomami u narodzonego później dziecka wymagałoby najpierw przekonującego i jednoznacznego dowiedzenia. **Do tego nie wystarczy formalne rozciągnięcie ochrony przed znęcaniem na okres prenatalny.** Trzeba by przede wszystkim wykazać, że znęcanie było pośrednio przynajmniej wymierzone i **zamierzone** w stosunku do płodu. W przeciwnym razie wyodrębnianie *nasciturusa* jako dobra chronionego nie ma najmniejszego sensu.

Tym niemniej na gruncie cywilnego prawa odszkodowawczego ochrona już jest przewidziana. Zgodnie z treścią **art. 446¹ Kodeksu cywilnego** z *chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem*. Przymuszczałnie Wnioskodawczyni niezupełnie o to chodziło, ekspertyza wymaga jednak wszechstronnego przedstawienia ochrony interesów zdrowotnych w okresie prenatalnym, aby nie powstało wrażenie, iż postulowana zmiana w prawie byłaby zdolna wypełnić jakąś lukę systemową.

Rzecz jasna roszczenia za szkody przedurodzeniowe także wymagają dowodu na ich przyczynowość.

Prawnorożinną ochroną dziecką przed przemocą

Podstawowe dla Wnioskodawczyni znaczenie ma jednak ochrona nie retrospektywna, lecz bieżąca: zakaz zbliżania się przez prześladowcę oraz ograniczenie bądź nawet zakaz kontaktów przemocowego ojca z dzieckiem. Na poparcie swoich tez Wnioskodawczyni przedstawiła kilka wstrząsających przykładów, które wzbudzają niewątpliwą niepokój moralny. Ponownie należy jednak zadać pytanie, czy postulowane rozszerzenie ochrony prawnokarnej przed znęcaniem będzie miało moc rozwiązania zarysowanych problemów praktycznych, w tym zwłaszcza na gruncie prawa rodzinnego.

Są to w istocie kwestie wykonawcze: prokuratura wyodrębniła sprawę przemocy wobec dziecką do osobnego postępowania, ale go nie wszczęła; zeznanie o grożeniu nożem dziecku na rękach matki nie zostało ujęte

w protokole; wycofanie przez matkę zeznań i powrót do sprawcy przemocy miały na celu uniknięcie wydania formalnego orzeczenia o kontaktach ojca z dzieckiem. Przyczyną opisanych zdarzeń nie są luki w prawie materialnym, tylko brak reakcji organów na ewidentne symptomy przemocy. Jest to problem stosowania prawa, a nie jego jakości, wymaga zatem rozwiązań właściwych dla swojego obszaru oddziaływania. Na odmowę wszczęcia postępowania służą środki odwoławcze, a nieścisłości w protokołach sądowych koryguje się za pomocą wniosków o sprostowanie bądź uzupełnienie. Wymaga to dobrej orientacji w procedurach, więc użyteczne jest zawnioskowanie o pełnomocnika z urzędu. Należy z tego powodu poważnie rozważyć rozwiązania systemowe, by ofierze przemocy taka pomoc była przyznawana z zasady i we wszystkich sprawach, w tym prawnorodzinnych, które mają w tle przemoc bądź znęcanie się. Istnieje też sieć poradni prawnych świadczących bezpłatne doradztwo, w szczególności studenckie kliniki prawa. Matki mogą zwracać się tam o pomoc, podobnie jak do organizacji kobiecych, zatrudniających korpus wyspecjalizowanych prawniczek. To nie tak, że ofiara przemocy jest zostawiona sama sobie i jedynym panaceum na tę społeczną bolączkę miałyby być rozszerzenie ochrony przed znęcaniem na okres „od poczęcia”.

Nieludzkie traktowanie kobiety-matki osłaniającej dziecko przed przemocą

Postawiony w ten sposób problem ma charakter czysto dowodowy. Jest oczywiste, że w każdej sprawie karnej, cywilnej czy administracyjnej strona dochodząca swoich racji obowiązana jest je udowodnić – zgodnie z zasadą prawdy materialnej (zwanej też obiektywną). Ułatwienia dowodowe w szczególnie trudnych pod tym względem kwestiach cywilnoprawnych polegają na posługiwaniu się domniemaniami faktycznymi i prawnymi, na rozumowaniu w oparciu o tzw. dowód *prima facie* (czyli „z pierwszego wejrzenia”) bądź na ustawowym przerzuceniu ciężaru dowodu na stronę przeciwną niż chroniona. Domniemanie polega na wnioskowaniu z jednego faktu już znanego o innym fakcie, który wymaga wykazania. Na podstawie istnienia pewnych faktów można wnioskować także o istnieniu innych, których nie jesteśmy pewni. Na przykład, na podstawie tego, że ktoś wchodzi dokądś z mokrą głową wolno domniemywać, czyli wnioskować, że dopiero co mył włosy lub też że na zewnątrz pada. To jest domniemanie, które można przyjąć na podstawie życiowego doświadczenia albo innych okoliczności faktycznych (domniemanie faktyczne). Podstawy do przyjmowania takiego sposobu wnioskowania dostarcza

art. 231 Kodeksu postępowania cywilnego: *Sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne).*

Taki sposób wnioskowania o jednym fakcie nieznanym na podstawie innego faktu znanego może też znajdować się w przepisie prawnym i wtedy nazywa się domniemaniem prawnym. Wówczas, w razie udowodnienia określonego faktu, to domniemanie pozwala uznać automatycznie za udowodniony inny fakt. Klasyczny przykład to domniemanie ojcostwa w prawie rodzinnym. Zgodnie z **art. 85 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego** domniemywa się, że *ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka, albo ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji.*

§ 2. *Okoliczność, że matka w tym okresie obcowała także z innym mężczyzną, może być podstawą do obalenia domniemania tylko wtedy, gdy z okoliczności wynika, że ojcostwo innego mężczyzny jest bardziej prawdopodobne.*

Domniemywa się zatem, (mimo że to nie jest pewne), iż ojcem dziecka jest ten mężczyzna, który obcował z matką dziecka nie dawniej niż w 300, a nie później niż w 181 dniu przed urodzeniem dziecka. Czyli, gdy zdołamy udowodnić, że ten pan w owym czasie miał z tą panią pożycie intymne (a w każdym razie wskazują na to okoliczności stwarzające domniemanie faktyczne, np. nocleg w jednym pokoju hotelowym), to mamy zarazem udowodnione, że jest on ojcem jej dziecka. Dzięki temu osoba chroniona tym domniemaniem „ma mniej roboty” w celu udowodnienia swoich racji: na podstawie istnienia jednego faktu uważa się – domniemywa – że miał miejsce także inny fakt. Tak działa domniemanie prawne: konkretny przepis wprowadza obowiązujący sposób wnioskowania. Ułatwia to sytuację dowodową jednej stronie, a poważnie komplikuje drugiej. Domniemania prawne w prawie cywilnym są jednak w przeważającej mierze domniemaniami usuwalnymi, co oznacza, że można je obalić dowodem przeciwnym – np. partner tej pani przedstawi zaświadczenie lekarskie o bezpłodności. Tyle, że jeśli kogoś chroni domniemanie, to jest mu łatwiej, ponieważ ma mniej do udowodnienia. To dopiero strona przeciwna musi się natrudzić, żeby dane domniemanie obalić. Jeśli jej się uda, to domniemanie upada, ale dopóki to nie nastąpi domniemanie działa na korzyść strony przeciwnej. Prawda może być inna, ale nie jesteśmy w stanie tego udowodnić, bo np. nie mamy świadków. Nie obalimy więc domniemania i ono kieruje się przeciwko

nam. Dlatego osoba, na której korzyść działa domniemanie, znajduje się w lepszej sytuacji procesowej.

Dotyczy to notabene w jednakowym stopniu domniemań prawnych, co faktycznych. Pod tym względem domniemania faktyczne, czyli podyktowane praktyką życiową, prawami fizyki etc. sposób wnioskowania o jednych faktach na podstawie innych, bywają nawet silniejsze od tych prawnych (np. skoro pan i pani nocowali w jednym pokoju, to „wszyscy” będą zasadnie wnioskować, że uprawiali seks. To samo, jeśli pan przyszedł do pani z wizytą wieczorem, a wyszedł rankiem. I jak tu wytłumaczyć otoczeniu, że całą noc grali w szachy?...).

Potęga niektórych domniemań faktycznych, zwłaszcza tych podyktowanych schematami myślenia, jest zatem wielka więc i dowód przeciwny bardzo utrudniony. Żeby wybić organ orzekający z utartego toru rozumowania, nierzadko pojawia się konieczność wykonania trzeba nierzadko potężnych akrobacji myślowych.

To samo dotyczy dowodu z pierwszego wejrzenia (*prima facie*). Ten sposób dowodzenia opiera się w istocie na domniemaniach faktycznych. Przykładowo pacjent skarży się, że podczas pobytu w szpitalu jego rana pooperacyjna została zakażona gronkowcem złocistym. Okres wylegania gronkowca pozwala wstępnie wnioskować, że zakażenie mogło mieć miejsce w szpitalu. Przebyta operacja zwiększa prawdopodobieństwo takiego przebiegu wypadków. Jednocześnie nic nie wskazuje, by gronkowiec był obecny w organizmie pacjenta przed hospitalizacją, za to wykryto go także u innych pacjentów szpitala. To już może wystarczyć dla wnioskowania, że do zakażenia tego pacjenta doszło w szpitalu. Rozumowanie *prima facie* polega na przyjęciu, że skoro w ranie pooperacyjnej pacjenta pojawił się gronkowiec, to najpewniej jest to zakażenie szpitalne, albowiem – w uproszczeniu – pewne rzeczy wskazują na coś same przez się. Wyperswadowanie takiego pierwotnie przyjętego zapatrywania może wymagać w praktyce intensywnych zabiegów dowodowych na zasadzie „to na pewno nie u nas, bo my ściśle przestrzegamy reżimu sanitarnego”. Wnioskowanie *prima facie* na potrzeby niniejszej ekspertyzy mogłoby natomiast polegać na uznaniu, że skoro mężczyzna znęcał się nad partnerką w okresie ciąży, to będzie też stosować przemoc wobec dziecka. Takie rozumowanie wydaje się jednak zawodne.

W sytuacjach dowodowych bardziej napiętych prawodawca decyduje się zaś wprowadzić przepisem ustawy formalne przerzucenie ciężaru dowodu. Jest to stosowane m.in. w celu ochrony konsumentów, ale nie tylko. Zgodnie z **art. 431 § 1 Kodeksu cywilnego** *kto zwierzę chowa albo się nim posługuje, obowiązany jest do naprawienia wyrządzonej przez nie szkody niezależnie od tego, czy było pod jego nadzorem, czy też*

zabłąkało się lub uciekło, chyba że ani on, ani osoba, za którą ponosi odpowiedzialność, nie ponoszą winy”. Oznacza to winę udowodnioną w punkcie wyjścia, więc ten, kogo obarcza ciężar dowodu, żeby mu sprostać musi dowieść swej niewinności, bo inaczej zostaje uznany za winnego. To jest właśnie przerzucenie ciężaru dowodu z poszkodowanego na osobę potencjalnie odpowiedzialną za szkodę: musi ona sama pozytywnie udowodnić, że nie ponosi winy. Przepis ustawy faworyzuje w ten sposób pod względem dowodowym stronę, co do której uznaje, że miałyby zbyt trudno, by udowodnić wszystkie przesłanki swojej racji.

Na potrzeby ekspertyzy mowa o tym, by pokazać, że w prawie cywilnym (do którego zalicza się również prawo rodzinne) istnieją rozmaite mechanizmy ułatwiające dowodzenie, z których można korzystać bądź metodą wnioskowań faktycznych, bądź przez wprowadzenie określonego sposobu wnioskowania przepisem ustawy. Ten sposób postępowania, stosowany umiejętnie i przez odwołanie się do prawidłowości psychologicznych, statystyk czy innych znanych układów odniesienia, może poważnie ułatwić dowodzenie przemocy, np. w ten sposób, że małe dziecko powinno być beztroskie i ufne, a nie zahukane i zastraszone, co rodzi pytanie, dlaczego i na kogo tak reaguje. W takiej sytuacji pojawia się potrzeba dopuszczenia dowodu z opinii OZSS (Opiniodawczy Zespół Sądowych Specjalistów, czyli działający przy sądzie zespół złożony z psychologów i pedagogów, powołany do wydawania opinii w sprawach dotyczących dzieci). Jest to jednak uwaga odnosząca się do praktyki orzekania i właściwych metod korygowania jej niedoskonałości. Wszelako błędy w ustaleniach faktycznych oraz zaniechania organów będą mieć miejsce zawsze, dlatego ochronie słusznych interesów stron służy system instancyjny. Nie jest zaś właściwą metodą zapobieganie potencjalnym uchybieniom prawnorodzinym przez zaostrożenie i poszerzenie ochrony prawnokarnej.

Jednym z instrumentów prawnorodzinnej ochrony dziecka jest ponadto **art. 109 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego**, który stanowi, że *[j]eżeli dobro dziecka jest zagrożone, sąd opiekuńczy wyda odpowiednie zarządzenia*.

Na pytanie, kto może wystąpić z zawiadomieniem do sądu, odpowiedź brzmi – każdy. Z **art. 572 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego** wynika, że każdy, komu znane jest zdarzenie uzasadniające wszczęcie postępowania z urzędu, obowiązany jest zawiadomić o nim sąd opiekuńczy.

Tak więc instrumenty ochrony istnieją, wiadomo tylko że nie są zadowalająco wykorzystywane. Przykładowo, dyrekcja szkoły w okolicy o złej reputacji nie ma zahamowań, by słać do sądu pisma, że uczeń nie ma przyborów szkolnych ani drugiego śniadania, a przez ostatnie trzy

dni w ogóle nie przychodził do szkoły, ponieważ oboje rodzice najprawdopodobniej są w ciągu alkoholowym. Jednak wątpliwe jest, by ta sama szkoła powiadomiła sąd opiekuńczy, że trzynastolatek jest sparaliżowany strachem przed zarażeniem koronawirusem SARS-CoV-2, gdyż rodzice postanowili go nie zaszczepić. Problem bowiem nie w tym, że prawo jest niedoskonałe, lecz że zawodzi system ochrony na poziomie wykonawczym – niechęć do mieszania się w „sprawy rodzinne” wraz z panującym przekonaniem, że dziecko stanowi niejako prywatną własność rodziców. Nie są od tego wolne nawet sądy opiekuńcze, choć w tym obszarze orzekania akurat obecne jest wyczulenie na korygowanie braku rozwagi u opiekunów osoby bezradnej. Nie ma jednak uniwersalnych recept prawnych na rozstrzyganie sytuacji kolizyjnych, w tym między niewystarczająco udowodnioną przemocą a prawem do wzajemnych kontaktów między dzieckiem a ojcem. Polski system prawny i opiekuńczy nie jest jedynym, który się z tym boryka. Jednym ze sposobów powinno być wzmocnienie kompetencji opieki społecznej, a najlepiej powołanie na wzór zagraniczny energicznie działającego urzędu do spraw dzieci z przyznanymi znaczącymi prerogatywami. Dla skutecznej ochrony przed przemocą w rodzinie potrzebne jest zaś gruntowne przeoranie mentalności społecznej i przypominanie na każdym kroku, że dziecko nie stanowi prywatnej własności w „tradycyjnej” rodzinie, w której sprawy nie powinno się zanadto wnikać, a należy mu się instytucjonalna oraz faktyczna ochrona przed wszelkimi przejawami przemocy, w tym również ze strony rodziców.

Rozumowanie, iż dla udowodnienia przemocy nad dzieckiem konieczne jest odniesienie przez nie obrażeń, a to zmusza matki do poniechania obrony dziecka przed ciosami ze strony przemocowego partnera i tym samym naraża na tortury psychiczne, stanowi dramatyczne uproszczenie o silnym nacechowaniu emocjonalnym. W sądownictwie działa bowiem zasada swobodnej oceny dowodów, funkcjonują opisane wcześniej domniemania, jak również akceptowane są dowody pośrednie – o ile okażą się przekonujące – np. awantura zarejestrowana telefonem komórkowym. Wnioskodawczyni przyjęła własne, niczym niepoparte założenie, że zdesperowane matki zmuszone są postępować w opisany przez nią sposób dla zdobycia przekonujących dowodów, i że odpowiedzialny jest za to wadliwy system prawny. Stworzyła w ten sposób sztuczną figurę retoryczną i traktuje ją jako jeden z filarów petycji, podczas gdy z logicznego punktu widzenia jest to nadużyciem wnioskowania. Jest to interpretacja tendencyjna i subiektywna, podczas gdy zadania prawodawcze, w tym inicjatywy legislacyjne, powinny wyważać proporcje ochrony prawnej, a nie opierać się na pojedynczych przypadkach zaniechań sądowo- prokuratorskich.

„Wtórna wiktyimizacja” matki i dziecka

Wysoco problematyczny jest także drugi filar argumentacji Wnioskodawczyni – koncepcja „wtórnej wiktyimizacji” nie tylko matki, ale również dziecka. Wtórna wiktyimizacja ma miejsce wówczas, kiedy ofiara przestępstwa doznaje kolejnej (wtórnej) krzywdy ze strony innych osób – otoczenia, rodziny lub bliskich. Wtórna wiktyimizacja czyli ponowne krzywdzenie polega na tym, że bezpośredni sprawca przyczynia się do **pierwotnej wiktyimizacji** danego człowieka, następnie zaś inni wiktyimizują ofiarę powtórnie, często nawet nie zdając sobie z tego sprawy. Pojęcie **wtórnej wiktyimizacji** wiąże się właśnie z działalnością osób, które powołane są, by w zetknięciu z ofiarą przestępstwa udzielić jej pomocy, tymczasem swoją postawą przysparzają jej cierpień. Jest to zjawisko uważane za powszechnie występujące w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Skazanie kogoś w procesie pełni funkcję wyrównania rachunków; pozwalając ofierze odzyskać utraconą równowagę. Jeśli do skazania nie dojdzie, ofiara czuje się powtórnie upokorzona, tak jakby społeczeństwo stanęło po stronie oprawcy. Wtórna wiktyimizacja pokrzywdzonego w procesie karnym np. o zgwałcenie polega na wydobywaniu i eksponowaniu tych fragmentów zachowania ofiary, które „sprawiły”, że została pokrzywdzona. Zgwałconej dziewczynie wypomina się, że założyła krótką spódniczkę. Jeśli była w spodniach, to zasłużyła, bo wyszła na dyskotekę. A jeśli została zgwałcona w kuchni własnego domu, to też zasłużyła, bo na pewno swoim zachowaniem sprowokowała sprawcę... Postronna osoba szuka przyczyny, powodu, który pozwoliłby jej zrozumieć sytuację zgodnie z jej wiarą w sprawiedliwy świat³.

W świetle przywołanych w petycji argumentów wiele wskazuje na to, iż Wnioskodawczyni operuje pojęciem wtórnej wiktyimizacji w sposób uproszczony i zniekształcony. Można zgodzić się z zapatrywaniem, że niesprawiedliwe uwolnienie sprawcy znęcania od zarzutów wtórnie wiktyimizuje ofiarę znęcania poprzez powtórne jej upokorzenie. Wtórna wiktyimizacja dziecka może zaś polegać na tym, że sąd orzeka „niezabezpieczone” kontakty z nim przez ojca, który wcześniej dokonał na nim aktów przemocy. W żaden sposób jednak nie ma to odniesienia do okresu płodowego, z którego dziecko przecież nic nie pamięta. Ażeby doznać wiktyimizacji wtórnej, trzeba mieć przecież świadomość doznanej wiktyimizacji pierwotnej. Świadomość ta mogłaby zostać wywołana tylko przez matkę, która opowiedziałaby dostatecznie już rozumiejącemu

3 A. Paluch-Gęgała, *Wtórna wiktyimizacja czyli ponowne krzywdzenie*, <https://psychologikaprawnika.pl/wtorna-wiktyimizacja-czyli-ponowne-krzywdzenie/>

dziecku, jak to ojciec znęcał się nad nimi obojgiem w okresie ciąży. Jak widać, zapobieżenie wtórnej wiktymiaracji nie stanowi żadnego argumentu przemawiającego za rozszerzeniem przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa znęcania również na *nasciturusa*, chyba żeby przyjąć, iż wyrok skazujący za znęcanie się nad *nasciturusem* stanowiłby prejudykat (czyli wiążące rozstrzygnięcie uprzednie) w sprawach o zakaz zbliżania się albo o ograniczenie kontaktów z dzieckiem już urodzonym.

Wymagałoby jednak najpierw niewątpliwych ustaleń, że zwiktymizowany jest już noworodek, gdyż ze zrozumiałych względów stwierdzenie tego w okresie płodowym jest niemożliwe. Wnioskodawczyni operuje pojęciem wtórnej wiktymizacji przyjmując ją jako pewnik, podczas gdy dla stwierdzenia wiktymizacji wtórnej trzeba uprzednio stwierdzić wiktymizację pierwotną, czyli powstałą w okresie płodowym. Teorii psychologicznych jest wiele, ale jeśli miałyby być recypowane do systemu jako model regulacyjny, wymagają mocnego potwierdzenia w faktach ustalonych wiarygodnymi i miarodajnymi badaniami empirycznymi. Nie wystarczy do tego sam odruch współczucia.

Dopóki nie nastąpią żywe narodziny, ustalenie skrzywdzenia, zwłaszcza psychicznego, jest niemożliwe – może zostać dokonane tylko u dziecka już urodzonego, z uwzględnieniem powiązania przyczynowego stwierdzonych wad rozwojowych z zamachami na jego dobro w okresie płodowym. Znęcanie się nad przyszłą matką w ciąży stanowi okoliczność obciążającą sprawcę oraz dostarcza pewnego zasobu danych wyjściowych, nie przesądza jednak ostatecznie o istnieniu krzywd dziecka. Ponadto, o ile doznane w okresie płodowym urazy fizyczne mają charakter uchwytyny i do pewnego stopnia mierzalny, to ustalenie krzywd psychicznych na tak wczesnym etapie rozwoju i później – tuż po narodzinach – będzie nad wyraz trudne, a najpewniej niemożliwe. Tym niemniej przecież dla dochodzenia praw i roszczeń powinno zostać wykazane w sposób niebudzący wątpliwości.

Podsumowanie

Petycja zmierza w istocie do rozstrzygnięcia na przyszłość problemów natury dowodowej w prawie rodzinnym za pośrednictwem proponowanego mało funkcjonalnego w praktyce rozwiązania prawnokarnego – aby znęcanie się nad kobietą w ciąży oznaczało automatycznie znęcanie się nad dzieckiem w okresie prenatalnym i dawało się uznać za udowodnione na potrzeby ochrony po narodzinach, przyjmującej postać zakazu zbliżania się do domniemanej ofiary i ograniczenia kontaktów rodzicielskich.

W rezultacie, aby trudny, jeśli nie niemożliwy do uchwycenia pod względem przyczynowym – a przede wszystkim faktycznym – uszczerbek na dobrach prawnych dziecka doznany w okresie prenatalnym eliminował potrzebę wykazywania go po narodzinach. O ile jednak dowód znęcania się nad kobietą w ciąży jest możliwy do przeprowadzenia, to w przypadku *nasciturusa* będzie to praktycznie możliwe tylko gdy chodzi o wywołany u niego uszczerbek fizyczny. Do tego zaś nie jest potrzebne znęcanie, a wystarczy akt jednostkowy. Wówczas wolno uznać, iż będący rodzicem sprawca działał świadomie na szkodę przyszłego dziecka. Stanowi to podstawę do ograniczenia władzy rodzicielskiej.

Wyodrębnienie *nasciturusa* jako dobra chronionego – obiektu znęcania – ma charakter czysto instrumentalny. Służy zdobyciu dowodu na krzywdzenie dziecka po narodzinach, gdy udowodnienie tego krzywdzenia napotka trudności. Wnioskodawczynie dąży do tego, by każda ciężarna ofiara znęcania dostawała w ten sposób do ręki narzędzie ochrony przed hipotetycznym krzywdzeniem dziecka już urodzonego i dowiodłszy jednego miała z góry udowodnione drugie, niezależnie od tego, czy tamto rzeczywiście się dokona. Narusza to poważnie zasadę prawdy materialnej, a tworzenie tego rodzaju fikcji prawnej nie ma dostatecznego uzasadnienia.

Okres życia płodowego nie dostarcza żadnych danych na temat krzywd psychicznych. Rozciąganie na ten czas ochrony przed znęcaniem, które jest i tak nierozzerwalnie związane z osobą i organizmem kobiety ciężarnej niczego nie wzniesie ani nie pozwoli niczego rozstrzygnąć, przyczyni się tylko do mnożenia fikcji.