

Joanna Brzezińska

Dzieciobójstwo w regulacjach wybranych państw Europy Zachodniej od starożytności do 1914 r.

Znane już ludom pierwotnym, dzieciobójstwo ulegało głębokiej ewolucji na drodze historycznego rozwoju społeczeństw, będąc początkowo zachowaniem powszechnie akceptowanym i często występującym (zwłaszcza wśród cywilizacji antycznych – greckiej i rzymskiej), dopiero na przestrzeni wieków (zwłaszcza za sprawą rozwoju chrześcijaństwa i sakralizacji życia) zaczęło przybierać charakter kryminalny.

Regulacje antyczne

Ustrój patriarchalny starożytnej Grecji znajdował swoje odzwierciedlenie w wewnętrznej organizacji rodzin greckich. Na czele wspólnoty, którą łączyły więzy krwi, stał ojciec, posiadający nieograniczoną władzę, którą wykorzystywał zarówno w stosunku do żony, jak i dzieci, stanowiących jego – by użyć rzymskiego, ale odpowiedniego tutaj, terminu – *patrimonium*⁸⁶². Stawały się one zatem niejako jego rzeczami, którymi całkowicie rozporządzał, z możliwością ich zabicia, jeśli tylko taka była jego wola. Nie ma danych, żeby stwierdzić, iż Grecy uważali dzieciobójstwo za przestępstwo. Zdecydowanie dopuszczalna była eliminacja noworodków ułomnych. Żyjący na przełomie I i II w n.e. grecki pisarz Plutarch tak opisuje obyczaj Spartan: „Gdy rodziło się dziecko, ojciec nie był w prawie chować go, brał je i zanosił na miejsce spotkań, gdzie zasiadali najstarsi spośród członków tej samej fyli. Oni to badali noworodka. Jeśli miał prawidłową budowę i był silny, nakazywali go żywić i przydzielali mu jeden z dziewięciu tysięcy działów ziemi. Jeśli niemowlę miało wadliwą budowę, odsyłali je na miejsce zwane Apotheai, będące urwiskiem w górach Tajgetu. Sądziли bowiem, że lepiej było dla niego samego i dla polis, aby nie żyło, to, co od samego początku nie miało zdrowia i siły (...)”⁸⁶³. W Sparcie nie zabijano zdrowych noworodków, co było

⁸⁶² J. Korpanty, *Mały słownik łacińsko-polski*, Warszawa 2005, 452; *Patrimonium* postrzegane w znaczeniu majątku głowy rodziny czy też majątku osobistego.

⁸⁶³ J. Tazbirowa, E. Wipszycka, *Starożytność*, Warszawa 1997, s. 78.

podyktowane chęcią zbudowania silnego, zdrowego społeczeństwa.

Podobne poglądy wyrażali starożytni myśliciele, zarówno Platon, jak i Arystoteles⁸⁶⁴, który w *Polityce* podkreślał: „Można by zatem przyjąć, że zamiast ograniczeń co do majątku należałoby raczej zaprowadzić ograniczenia rodzenia dzieci, tak aby ich nie płodzić ponad pewną liczbę; liczbę tę należałoby określić, biorąc pod uwagę takie wypadki jak to, że niektóre dzieci umrą przedwcześnie, a niektóre małżeństwa okażą się bezdzietnymi. Jeśli zaś nie poczyni się żadnych ograniczeń urodzin, jak to się dzieje przeważnie w państwach, to z konieczności pociągnie to za sobą zubożenie obywateli, ubóstwo zaś wywołuje zaburzenia i zbrodnie”⁸⁶⁵. Z kolei Polibiusz w *Dziejach* pisał: „W całej Helladzie Grecy decydowali się wychowywać jedno lub dwoje dzieci (...) w naszych czasach nastąpiła powszechna bezdzietność i w ogóle brak ludzi, przez co miasta opustoszały i nastąpił niedostatek urodzajów, choć przecież ani wojny długotrwałe nas nie gnębiły ani zaraza nie nękała. (...) Ludzie po prostu zwrócili się do chępliwości i zachłanności na mienie, a także do wygodnego i przyjemnego życia, nie chcą się żenić, a jeśli się pobiorą, nie chcą wychowywać urodzonych dzieci, lecz zaledwie jedno lub dwoje z wielu, żeby te pozostawić w bogactwie i wychować w zbytku. I tak niepostrzeżenie zło to przybrało wielkie rozmiary. Bo skoro jest jedno lub dwoje dzieci, jeżeli jeszcze to zabierze wojna, tamto choroba, mieszkania oczywiście pozostają puste (...) , tak samo miasta popadną powoli w zaniedbanie i bezwład”⁸⁶⁶.

Porzucanie dzieci było w czasach antycznych zasadą, z reguły kończyło się to ich śmiercią, szczególnie często los taki spotykał noworodki płci żeńskiej. Grecy dążyli do posiadania dwójki dzieci – synów (na wypadek śmierci jednego z nich), natomiast nawet w bogatych rodzinach pozbywano się córek, do rzadkości wręcz należały familie, w których wychowywano dwoje dzieci płci żeńskiej⁸⁶⁷. Potwierdzenie tych

⁸⁶⁴ Por. Platon, *Państwo*, t. I, Warszawa 1958, s. 264: „A dzieci tych gorszych, gdyby się tym innym jakieś ułomne urodziło to też w jakimś miejscu, o którym się nie mówi i nie bardzo wiadomo, gdzie by ono było, ukryją jak się należy”.

⁸⁶⁵ Por. Arystoteles, *Polityka*, Warszawa 1964, s. 331.

⁸⁶⁶ Polibiusz, *Dzieje*, XXXVII, przekład: S. Hamer, Biblioteka Przekładów z Literatury Antycznej PAN, Wrocław 1957–1962, s. 9.

⁸⁶⁷ Z przykładowych danych historycznych wynika, że w IV wieku p.n.e. w 61 rodzinach ateńskich było 87 synów i 44 córki; w latach 228–220 w 79 rodzinach greckich, które wyemigrowały do Miletu i otrzymały tam

obyczajów stanowi treść listu robotnika przebywającego w Aleksandrii do jego żony z okresu I w.p.n.e.: „Hilarion śle serdeczne pozdrowienia siostrze Alis, pani matce Berus i małemu Apollinowi. Dowiedz się, że jeżeli wszyscy gromadnie wracają, a ja pozostaję w Aleksandrii. Proszę cię i upominam: dbaj o dziecko, a gdy tylko dostaniemy wynagrodzenie, pošlę ci na miejsce. Jeżeli szczęśliwie urodzisz, jeżeli to będzie to chłopiec, zostaw go przy życiu, gdy dziewczynka – porzuc⁸⁶⁸. Jeżeli zdecydowano wychowywać dziecko w rodzinie, według zwyczaju nadawano mu w dziesiątym dniu jego życia imię podczas uroczystości anfidromii. W prawodawstwie greckim brak było zakazu zabijania dzieci zdrowych, biorąc pod uwagę nieograniczoną władzę patriarchalną, należy wnosić, że ojciec miał prawo do eliminacji swojego potomstwa, nawet jeżeli było prawidłowe fizycznie.

Niejednolite poglądy towarzyszyły ocenie dzieciobójstwa u Hebrajczyków, którzy według Chatagniera karali zabicie dziecka śmiercią⁸⁶⁹. Jednak z perspektywy socjologicznej śmierć noworodka pozostawała neutralna aksjologicznie, gdyż w wymiarze społecznym nie mógł on być w jakikolwiek sposób „użyteczny”.

Początkowo w dawnym Rzymie ojciec rodziny dysponował nadmiernie szeroką, wręcz nieograniczoną władzą, w jego rękach pozostawało w sensie dosłownym, życie jego potomstwa. Miał on prawo nie przyjąć do rodziny dziecka bez względu na jego płeć, nawet jeżeli było zdrowe. W okresie pryncypatu porzucano dzieci pozamałżeńskie i dziewczynki, z biegiem czasu, na przełomie III i IV wieku proceder ten był niezwykle rozpowszechniony, co spotykało się z powszechną dezaprobatą filozofów rzymskich – Muzoniusza (I w.) oraz Epikteta (I/II w.). Jednak ojciec, który pierwotnie porzucił dziecko, miał prawo po namyśle, zważając na *patria potestas*, żądać oddania swojego potomka od tego, kto go odnalazł, bez uregulowania kwestii finansowych związanych z jego utrzymaniem⁸⁷⁰. Prawdopodobnie już Romulus próbował

obywatelstwo, było 118 synów i 28 córek; spośród rodzin w Milecie 32 miały po jednym dziecku, 31 dwoje.; Por. W. Tarn, *Cywilizacja hellenistyczna*, PWN 1957, s. 164; L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1983, s. 224.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, s. 224–225.

⁸⁶⁹ Chatagnier, *De l'Infanticide dans ses rapports avec la loi, la morale, la médecine légale et les mesures administrative*, ed. Cosse 1855, s. 15.

⁸⁷⁰ L. Winniczuk, *op. cit.*, s. 256.

ograniczać tę wszechwładzę, pozwalając na pozbawienie życia dziecka, które miało więcej niż trzy lata, a młodszego tylko w wypadku, gdyby było ułomne czy słabe, co musiało potwierdzić pięciu sąsiadów⁸⁷¹.

W I w. p.n.e. wydane zostały prawa: przeciw mordercom i trucicielom: w 81 roku *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, a w 55 roku *lex Pompeia de parricidiis*. Miały one wyraźnie charakter prokreacyjny⁸⁷², stąd za zabójstwo dziecka karano, co było swoistym *novum*, również matkę, która się go dopuściła⁸⁷³. Zastosowanie wobec niej sankcji nie było jednak związane z wolą ochrony życia nowo narodzonego dziecka, lecz podyktowane było wyłącznie wyrządzeniem krzywdy ojcu poprzez pozbawienie go potomstwa, tym samym stanowiło naruszenie *patria potestas*⁸⁷⁴ i skutkowało niedopuszczeniem dziedziczenia praw majątkowych przez zstępnego współmałżonka. Wyraźnie już wówczas ograniczono bezwzględny charakter *jus vitae et necis*, które z czasem zanikło zupełnie, co znajdowało odzwierciedlenie w uznawaniu dzieciobójstwa za *parricidium* i stosowaniu nawet wobec ojca *poena culei*. Starożytni Rzymianie mimo zakazów umieszczonych przez Romulusa w prawie XII tablic nie stosowali się do nich. Dzieciobójstwo zostało prawnie usankcjonowane dopiero w czasach cesarzy: Gracjana, Walensa i Walentyniana. Ta regulacja była niezwykle istotna, ponieważ po raz pierwszy przewidywała karę publiczną za dzieciobójstwo. Za panowania dynastii Sewerów (ok. 198–235) promulgowano reskrypt przeciw przerywaniu ciąży, a także (podążając za interpretacją niektórych ówczesnych prawników) przeciw porzucaniu dzieci. Imperium rzymskie prawdopodobnie na początku III wieku n.e. przeżywało kryzys demograficzny, co stanowiło asumpt do wprowadzenia przez cesarzy – Karakallę i Septymiusza Sewera, prawa, mającego zahamować ten

⁸⁷¹ S. Boduszyński, *O zabójstwie ze stanowiska teorii i prawodawstw obowiązujących*, Warszawa 1871, s. 200.

⁸⁷² M. Zabłocka, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 34; J.-N. Carvisier, W. Suder, *La population de l'Antiquité classique*, Paris 2000, s. 93, 95.

⁸⁷³ Z. Papierkowski, *Dzieciobójstwo w świetle prawa karnego. Studium prawnoporównawcze*, Lublin 1947, s. 17. Por. „Mater, quae filium, filiamque occiderit eius poena adficitur”.

⁸⁷⁴ P. Salmon, *La limitation des naissances dans l'Empire romain*, [w:] M. Bellancourt-Valdher, J.-N. Corvisier (red.), *La démographie historique antique*, Arras 1999, s. 100–101.

proces, działania te jednak nie ograniczyły (wbrew oczekiwaniom władców) spadku przyrostu naturalnego⁸⁷⁵. Niewątpliwie wśród przyczyn owej aktywności legislacyjnej Sewerów nie należy upatrywać dążenia do ochrony życia dzieci, motywem tym była raczej kwestia podkreślenia i wzmocnienia znaczenia wyraźnie nadwyreżonego poprzez postępującą emancypację kobiet *patria potestas*⁸⁷⁶.

W kręgu podmiotów, mogących się dopuścić dzieciobójstwa, dawni Germanie upatrywali nie tylko rodziców, ale również osoby obce. Zróżnicowanie kary za zabicie dziecka wyrażało się w wysokości Wehrgeldu, przewidywano, że przy dzieciobójstwie miał on być kilkukrotnie niższy niż w przypadku kary za zabójstwo dorosłego. Do jego zapłaty były zobowiązane osoby obce, które dopuściły się zabójstwa, ojciec był wyłączony z tego kręgu, gdyż nie mógł wypłacić kary sobie, ponadto dysponował *mundium* na wzór rzymskiego *jus vitae et necis* i sprawował władzę nad swoimi dziećmi⁸⁷⁷. Germańskie regulacje, takie jak *Rechtsbücher*: Angłów, Bawarski, Saski, Werinów, nie odnoszą się w swej treści do dzieciobójstwa. Pierwsze wzmianki na temat zabójstwa dziecka pojawiły się dopiero w prawie Franków Salickich i Rypuarskich.

Badacze dawnych praw germańskich nie są zgodni co do karalności tego czynu. Według Hälschnera ani ojciec, ani matka nie mieli prawa zabić dziecka, a przestępstwo było karane w ramach *patria et maritali potestate*, z kolei Spangberg wyrażał pogląd, że dzieciobójstwo dokonane przez matkę na dziecku nieślubnym pozostawało bezkarne.

⁸⁷⁵ L. Wierschowski, *Der historisch-demographische Kontext der severischen Abtreibungs- und Kinderaussetzungsverbote*, Laverna VII, 1996, s. 42–66; *idem*, *Die historische Demographie – ein Schlüssel zur Geschichte? Bevölkerungsrückgang und Krise des Römischen Reiches, im 3. Jh.*, *Klio* 78, 1994, s. 355–380; Trzeba jednak podkreślić, że teza o kryzysie demograficznym nie została jednoznacznie udowodniona; por. L. Gallo, *La base demografica*, [w:] *La crisi del principato e la società imperiale*, Milano 1992, s. 319–341; W. Suder, *Moralność, prawo, demografia, aborcja w starożytnym Rzymie*, [w:] M. Kuryłowicz (red.), *Cisina et Mores. Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 2001, s. 204–207.

⁸⁷⁶ „Si quis necandi infantis causa piaculum agressus, agressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum” – *ibidem*, s. 211.

⁸⁷⁷ S. Boduszynski, *op. cit.*, s. 202; Regulacja salicka brzmiała: „Si quis infantem in ventre matris suae aut natum, antequam nomen habeat intra VIII noctes occiderit, centum solidis culpabilis judicetur”.

Potwierdzeniem stanowiska autora wydaje się treść *Lex Frisionum*⁸⁷⁸.

U Wizygotów niezwykle restrykcyjnie karano wszelkie przestępstwa przeciwko życiu, w tym także aborcję i dzieciobójstwo, za które król Chindas-vind przewidział kary o charakterze publicznym: śmierć i wypalenie oczu. Miały one znajdować zastosowanie w przypadku zabójstwa dzieci nowo narodzonych bez względu na ich pochodzenie (małżeńskie czy pozamałżeńskie) w stosunku do każdego, kto się go dopuścił (zarówno do rodziców, jak też do osób obcych).

Zasadnicza zmiana poglądów w zakresie postrzegania dzieciobójstwa nastąpiła stosunkowo późno. W średniowieczu (IV w. n.e.) cesarz Konstantyn usankcjonował czyny takie karą śmierci. Recepja tej kary do innych kodeksów europejskich od tego momentu praktycznie stała się powszechna. Ewolucja penalizacji dzieciobójstwa miała swoje uzasadnienie religijne. Sprawczyni była karana niezwykle dotkliwie (stosowano tortury przed śmiercią, m.in. obcinano kończyny, dla dzieciobójczyni przewidywano hańbiące rodzaje śmierci, np. topiono je w jednym worku ze zwierzętami), zwłaszcza jeżeli przed śmiercią nie ochrzciła noworodka, a zatem nie dopełniła praktyk religijnych względem duszy dziecka (które według ówczesnych poglądów religijnych nie mogło dostąpić zbawienia)⁸⁷⁹.

Regulacje niemieckie

Najbardziej znaną penalną regulacją niemiecką była ustawa karna Karola V z 1532 r. – *Constitutio Criminalis Carolina*. Zawarte w niej przepisy art. 35 i 131 penalizowały zabicie nieprawego dziecka przez matkę pod warunkiem, że uczyniła to złośliwie i umyślnie. Przewidywane za dzieciobójstwo kary, takie jak śmierć przez wbicie na pal, zakopanie żywcem matki lub jej utopienie⁸⁸⁰, były niezwykle surowe. Z drugiej strony tam, gdzie przestępstwo to nader często się pojawiała, kary zaostrzano. Zatem utopienie lub zakopanie żywcem poprzedzało szarpanie rozżarzonymi kleszczami. Częściowo jedynie łagodniejsze kary miały w zamiśle cesarza Karola przyczynić się do zahamowania

⁸⁷⁸ Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 16–17; Por. „De hominibus qui sine compositione occidi possunt et infant ab utero sublatus et enecatus a matre”.

⁸⁷⁹ J.A. Bartoszewski, J. Halunbrenner-Lisowska, *Dzieciobójstwo. Aspekty prawne, medyczne i społeczne*, Warszawa 1974, s. 6.

⁸⁸⁰ Analogiczne kary były stosowane do kobiet, które odbyły poród potajemnie i urodziły martwy płód – *ibidem*, s. 6–7.

nadużywania kar niehumanitarnych, a nawet w opinii niektórych badaczy spowodowane było już wówczas uwzględnieniem motywu hańbiącego położenia kobiety. Pogląd ten jednak miał swoich oponentów⁸⁸¹. Pierwszy raz w sprawach o dzieciobójstwo pojawili się wówczas występujący w trakcie przewodu sądowego lekarze powoływani jako biegli. W trudnych przypadkach istniała nawet możliwość zwrócenia się do wydziałów lekarskich⁸⁸².

XVI wiek przyniósł w prawodawstwie niemieckim kontynuację postanowień Caroliny (np. *Hadeler Landsrecht*, Statut Lauenburga), choć niektóre regulacje nadal nie wprowadzały rozróżnienia między ojcobójstwem a dzieciobójstwem (np. kodeks józefiński czy Statut Kryminalny Elektora Palatynu z 1584 r.). Warto podkreślić, że w unormowaniach takich jak *Hennebergsches Landrecht* z 1539 r. czy *Tyrolisches Landrecht* z 1570 r., pierwszy raz starano się w konstrukcji dzieciobójstwa uwzględnić motyw działania sprawczyni, jakim była utrata czci niewieściej, co sprzyjać miało przede wszystkim złagodzeniu karalności. Długa jednak była droga ewolucji strukturalnej opisywanego przestępstwa w tym zakresie, ponieważ dopiero w XVIII wieku motywacja dzieciobójczyni stała się powszechnie immanentnym komponentem konstrukcyjnym dzieciobójstwa.

W Prusach za przykładem innych regulacji niemieckich wcześniej włączono motyw hańby do definicji dzieciobójstwa, aczkolwiek dopiero XVIII wiek przyniósł szybszy rozwój ustawodawstwa w tym kierunku o czym świadczą: rozporządzenie policyjne z 1710 r. oraz *Algemeines Edict wegen das Kindesmordes* z 1720 r., przewidujący karę worka dla dzieciobójczyni⁸⁸³.

Za czasów panowania Fryderyka Wilhelma w 1740 r. został wydany *Cabinats Order*, który kontynuując ustalenia wcześniejszych unormowań, po uwzględnieniu aspektu motywacyjnego wprowadzał (uznawaną za bardziej honorową) karę miecza. Z kolei wydany w 1765 r. *Edict wider den Mord neugeborner, unehelicher Kinder, Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft*, który stał się następnie źródłem *des Allgemeinen Landrechts für preussischen Staaten*, definiował

⁸⁸¹ Motyw taki wyodrębniali: Halschner i Heffter, nie uznawali jego istnienia Hepp i Spangenberg; S. Boduszynski, *op. cit.*, s. 203.

⁸⁸² J.A. Bartoszewski, J. Halaunbrenner -Lisowska, *op. cit.*, s. 7.

⁸⁸³ Istniał obowiązek aby corocznie w Popielec Edykt ten był ogłoszony w kościołach; por. S. Boduszynski, *op. cit.*, s. 204.

dzieciobójstwo jako zabójstwo dziecka przez matkę o charakterze umyślnym.

W drugiej połowie XVIII wieku analizowanie struktury przestępstwa dzieciobójstwa stało się przedmiotem licznych niemieckich badań doktrynalnych. W 1780 r. Dalberg i Michaelis zorganizowali konkurs na pracę poświęconą sposobom zapobiegania występowania tego przestępstwa. W przygotowanych rozprawach (około 400 – co stanowi dowód szerokiego zainteresowania tą problematyką) wśród przesłanek dopuszczania się przez matki tych czynów wskazywano: otoczenie dzieciobójczyni (szczególnie rodziców), przekonania społeczne, a przede wszystkim zachowanie ojca dziecka, który pozostawiał samotną kobietę, narażając ją na powszechne szykany ze strony środowiska, w którym egzystowała.

Szczególnym aspektem budowy przestępstwa dzieciobójstwa w rozważaniach niemieckich badaczy stał się motyw utraty czci przez kobietę brzemienną. Gans uznawał za zasadne jego istnienie tylko wówczas, gdy sprawczyni najpierw ukrywała swój stan, następnie fakt odbycia porodu, a w konsekwencji dokonana przez siebie zbrodnię. Pogląd ten nie był jednak do końca akceptowany w doktrynie. Wprawdzie powszechnie postrzegano, że ukrywanie ciąży i odbytego porodu mogą elementami zamiaru dzieciobójczyni, ale w żadnej mierze nie konstytuują jego bytu⁸⁸⁴. Rozważania oscylujące wokół motywu hańby kobiecej kumulują się również wokół pytania, czy zasadne były rozważania jego występowania w odniesieniu do nierządnic. Poglądy i regulacje niemieckie pozostawały niejednolite w tej materii. Heffter wydawał się dość odosobniony w stwierdzeniu, że nawet kobieta utrzymująca się z nierządu ma prawo ukrywać swą lekkomyślność. Gans nie zajmował jednoznacznego stanowiska, uzależniał kwalifikację zachowania sprawczyni od okoliczności, za niedopuszczalne uznawał kryminalizowanie jako dzieciobójstwo zabójstwa noworodka popełnionego w celu uwolnienia się od obowiązków macierzyńskich⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ Tak m.in. Hepp i Temme. Z kolei Heffter dla uznania motywu utraty czci niewieściej i wstydu wymaga ukrycia aktu porodu, ale nie brzemiennosci – *ibidem*, s. 211.

⁸⁸⁵ Kodeks wirtemberski (art. 249) nie różnicuje kobiet na nierządnicę i kobiety prawe, natomiast kodeksy hanowerski (art. 234), heski (art. 259) i bawarski (art. 158) przewidują surowsze kary za dzieciobójstwo popełnione przez nierządnicę. „Dzieciobójczyni, która prowadziła się jak nierządnicą (...)

Choć wypadki takie należały do rzadkości, to niekiedy kobiety dopuszczały się dzieciobójstwa częściej niż jeden raz. W tym zakresie ustawodawstwa niemieckie były niezwykle surowe. O ile według kodeksu bawarskiego (art. 158) i wirtemburskiego (art. 234) dzieciobójstwo karne było więzieniem na czas nieograniczony, to już za powtórne zabójstwo noworodka przewidziana była kara śmierci⁸⁸⁶.

Odrębnym problemem pozostawała w nauce niemieckiej możliwość występowania dzieciobójstwa z niedbalstwa. Hefter pisał: „Jest niewątpliwym, że nie tylko usiłowanie, ale i dzieciobójstwo z niedbalstwa podlega stosunkowej do dokonanego dzieciobójstwa karze. Najwyższy stopień niedbalstwa jest wtedy, kiedy rodząca bez zamiaru zabicia postawiła się w takim położeniu, w którym przy najmniejszym zastanowieniu się śmierć dziecięcia przewidzieć by mogła”⁸⁸⁷. Oponentem tego poglądu był Marezoll. W zakresie ustalenia charakteru zamiaru w odniesieniu do omawianego przestępstwa w XIX wieku istniały trzy grupy poglądów: 1) możliwość zabicia noworodka zawsze z rozmysłem, 2) dzieciobójstwo może być zrealizowane zarówno rozmysłem, jak i bez jego udziału, 3) dzieciobójstwo popełnione jest bez rozmysłu. Za ostatnią grupą poglądów podążała znaczna część regulacji niemieckich. Gans za warunek wystąpienia dzieciobójstwa uznawał *dolus praemeditatus*, autor uzasadniał, że zabójstwo dokonywane jest w zasadzie w stanie niepoczytalności, na tym etapie pozbawione musi być zatem rozmysłu, jednak jego istnienia upatruje on w zamiarze pojawiającym się na etapie ukrywania zarówno ciąży, jak i porodu.

Choć w nauce niemieckiej stosunkowo wcześniej pojawiło się określenie dzieciobójstwa⁸⁸⁸, to dopiero w 1824 r. w projekcie do kodeksu karnego bawarskiego zwrócono uwagę w strukturze tego przepisu poza motywem hańby na szczególny stan psychofizyczny kobiety⁸⁸⁹,

karana będzie kajdanami” – *ibidem*, s. 215.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, s. 217.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, s. 219.

⁸⁸⁸ „Die von einer ihrer Geschlechtsehre nich verlustigen Muter selbst begangene Tödtung eines unehelichen, neugebornen, lebensfähigen Kindes von dessen Existenz nur sie und ihre Vertrauten wissen”; K. von Grollmann, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, Giessen 1818, § 275, s. 154.

⁸⁸⁹ Teza, jakoby specyficzny nastrój psychiczny kobiety będący przyczyną uprzywilejowania dzieciobójstwa nie wpływał na zróżnicowane traktowanie dzieci ze względu na ich pochodzenie (ślubne i nieślubne), wydaje się

spowodowany przebiegiem procesu porodu, który skutkował zmniejszeniem poczytalności sprawczyni. Aspekt ten został kolejno uwzględniony w partykularnych regulacjach niemieckich: brunszwickiej, badeńskiej i hamburskiej⁸⁹⁰. Anormalne zachowanie matki (skutkujące zabięciem noworodka) starano się uzasadniać (aczkolwiek niezbyt trafnie) przede wszystkim niedostatecznie rozwiniętym uczuciem macierzyńskiej miłości.

W 1860 r. w Lipsku wydano napisaną przez doktora medycyny C.T. Kunze pracę *Der Kindermord historisch und kritisch dargestellt*. Zawierała ona szczególnie ważne ustalenia medycyny sądowej w relacji do dzieciobójstwa. Ustalenia te były tym bardziej istotne, że pozwalały określić, od którego momentu płód można uznać za noworodka. Kunze wymagał aby dziecko osiągnęło zdolność do samodzielnej egzystencji, tzn. było zdolne do funkcjonowania już za pośrednictwem własnych organów. Za dzieciobójstwo uznawano jednak nie tylko sytuację pozbawienia życia noworodka pozostającego poza organizmem matki, ale także widziano możliwość realizacji tego przestępstwa w sytuacji jedynie częściowego oddzielenia dziecka od ciała rodzącej kobiety, wówczas gdy jedynie jego głowa znajdowałaby się na zewnątrz ustroju matki, już w tym momencie bowiem noworodek może zaczerpnąć powietrze własnymi płucami⁸⁹¹. Nie podzielał tego poglądu Temme, który wymagał aby dziecko całkowicie oddzielone zostało od organizmu kobiety⁸⁹².

nieuzasadniona szczególnie wobec treści art. 249 kodeksu bawarskiego: „Domniemywa się, że kobieta, która rodzi dziecko pochodzące z nieprawego związku zawsze pozostaje w szczególnym stanie psychiczno-psychicznym, co ma swoje uzasadnienie społeczne”. Por. Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 23; S. Boduszyński, *op. cit.*, s. 213.

⁸⁹⁰ Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 22.

⁸⁹¹ C.T. Kunze, *Der Kindermord historisch und kritisch dargestellt*, Lipsk 1860, s. 84–142; Pogląd ten podzielał K. Binding, [w:] *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts 1902, Besonderer Teil*, § 2; Z kolei F. von Liszt i Birkmeyer uznawali, że noworodkiem jest istota ludzka, będąca w stanie samodzielnie oddychać za pomocą własnych płuc, oddzielona od ciała matki. Por. F. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1905*, s. 309 i n.; Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 11.

⁸⁹² Podobne stanowisko zajmował projekt kodeksu karnego angielskiego z 1879 r.: „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 pępowina została przerwana”. Por.

W doktrynie niemieckiej wiele uwagi poświęcano ocenie, czy dziecko, które stało się ofiarą dzieciobójstwa, było w ogóle zdolne do życia („żywotne”). Istniały dwie zasadnicze przyczyny zwiększające prawdopodobieństwo śmierci noworodka: 1) niedostateczna dojrzałość płodu oraz 2) wady rozwojowe dziecka⁸⁹³. W XIX wieku zaczęto uzależniać wysokość kar od tego, czy dzieciobójstwa dokonano w stosunku do w pełni ukształtowanego, zdolnego do dalszego życia noworodka, czy też zabite zostało dziecko, które z powodu zakłóceń fizjologicznych, patologii rozwojowej bądź przedwczesnego porodu i tak by zmarło. Kodeksy: saski (art. 126) oraz hanowerski, przewidywały zredukowanie w takiej sytuacji kary do połowy (zmniejszenie sankcji miało występować proporcjonalnie, początkowa kara od 4 do 15 lat więzienia miała występować w wymiarze od 2 do 7,5 lat), kodeks badeński (§ 219) penalizował to przestępstwo karą domu poprawczego, najłagodniejszą regulację przewidywał kodeks heski (art. 260), modyfikując przewidzianą sankcję od 10 do 16 lat więzienia lub 4 do 10 lat na kary odpowiednio od 2 do 8 lat bądź od 6 miesięcy do 4 lat więzienia. Dla odmiany kodeks wirtemberski (art. 249) jako okoliczność wpływającą na łagodniejszą karę przyjmuje wyłącznie niedojrzałość płodu jako przyczynę dalszej niezdolności do życia, wszelkie natomiast wady rozwojowe wobec braku ich precyzyjnego określenia uznaje za wykluczające łagodzenie odpowiedzialności wobec sprawcy⁸⁹⁴.

Podobnie, choć niejednakowo, ustawodawstwa niemieckie odnosiły się do kwestii precyzyjnego wyznaczenia terminu, który pozwoliłby uznawać po ukończonym porodzie noworodka za dziecko nowo narodzone⁸⁹⁵. Okres 3 dni po porodzie wyznaczył jako wiążący jedynie

Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 11; S. Boduszyński, *op. cit.*, s. 222.

⁸⁹³ Obydwie przyczyny akceptuje Gans, Hefter z kolei przy ocenie żywotności płodu bierze pod uwagę nie tyle wiek płodu, ile wady, które może on wykazywać. Temme wprowadza ciekawe rozróżnienie na zdolność do życia – *Lebensfähigkeit*, oraz dojrzałość – *Vollständigkeit*. Rozróżnia płody niedojrzałe (te, które mają mniej niż 7 miesięcy), przedwcześnie dojrzałe (mające od 7 do 9 miesięcy) oraz dojrzałe. Według niego nieżywotność jest jedynie wynikiem niedojrzałości, pozostałe przypadki określa jako niedokładnie dojrzałe (*unvollständige*).

⁸⁹⁴ *Ibidem*, s. 225–226.

⁸⁹⁵ Liczne, prowadzone w XIX wieku badania medyczne w zakresie tego, jakie dzieci należy uznawać za nowo narodzone, pozwoliły doktrynie niemieckiej

kodeks badeński (§ 159), większość regulacji przewidywała za obowiązujący termin 24 godzin po urodzeniu (np. kodeks saski z 1855 r. w art.614, kodeks badeński i brunszwicki oraz projekt kodeksu bawarskiego). W niektórych ustawodawstwach, np. w Austrii, Prusach, kodeksie hanowerskim (art. 230) czy heskim (art. 258), nie dokonano wyznaczenia terminu, a wprowadzono następujące określenia: „w czasie porodu”, „zaraz po porodzie”. Odosobnione poglądy w tym zakresie prezentował Kunze, uznając, że już kilka godzin po urodzeniu dziecko nie może posiadać przymiotu nowo urodzonego.

W zakresie charakteru penalizacji można wyróżnić dwie odrębne od siebie grupy ustawodawstw. Do pierwszej zaliczyć należałoby regulacją austriacką oraz kodeks brunszwicki. Wprowadzały one zróżnicowanie wymiaru kary w odniesieniu do pochodzenia dziecka. I tak – § 122 kodeksu austriackiego stanowił, że matka, która zabije dziecko prawe, będzie odbywała karę najcięższego więzienia na całe życie, gdy pozbawi życia dziecko nieprawe – skazana zostanie na karę więzienia w wymiarze 10–20 lat, a gdyby dopuściła się przestępstwa z opuszczenia, wówczas przewidziane jest wobec niej zagrożenie od 5 do 10 lat więzienia. Kodeks brunszwicki był zdecydowanie mniej kazuistyczny w swej regulacji, przewidywał wyższą karę więzienia za zabicie dziecka prawego, w przypadku uśmiercenia nieprawego określał wymiar sankcji od 2 do 10 lat więzienia. Siedem kolejnych regulacji nie zawierało odrębności w zakresie odmiennego traktowania noworodka ze względu na jego pochodzenie, sam jednak ich charakter jest zasadniczo zróżnicowany, inaczej został zakreślony katalog znamion przedmiotowego przestępstwa. Według regulacji bawarskiej z 1813r. dzieciobójstwo określano jako umyślne pozbawienie życia nieprawego dziecka nowo urodzonego, zdolnego do samodzielnej egzystencji za co przewidywano karę więzienia na czas nieograniczony. Art.158 wprowadzał karę śmierci za powtórne dzieciobójstwo. Kodeks badeński brał pod uwagę kryterium możliwości realizacji dzieciobójstwa rozmyślnego i nierozmyślnego. Pierwsze zagrożone było karą więzienia

na poczynienie następujących ustaleń w tej materii. Dziecko nowo urodzone ma organy, które działają słabo, nie trawi samodzielnie pokarmów, pokryte jest wydzieliną (*vernix caseosa*), posiada pępowinę, która odpada zwykle około 4 dnia po urodzeniu, jego skóra jest koloru czerwonego, w żołądku brak jest substancji wskazujących na trawienie. Por. S. Boduszyński, *op. cit.*, s. 233.

od lat 6 do 15, drugie od 3 do 8 lat, per analogiam kodeks heski przewidywał dla dzieciobójstwa rozmyślnego karę od 10 do 16 lat więzienia dla nierozmyślnego od 4 do 10 lat więzienia. Ustawa hanowerska upatrywała istoty dzieciobójstwa w odbyciu tajemnego, samotnego porodu, co karane miało być więzieniem od 10 do 20 lat, w wypadku ponownego popełnienia przestępstwa sprawczyni miała być skazana na karę śmierci. Motyw szczególnego stanu psychologiczno-fizycznego występował z kolei w kodeksie pruskim i ustawie saskiej. Pierwsza regulacja przewidywała karę od 5 do 20 lat więzienia za zabicie nieprawego, nowo narodzonego dziecka w okresie porodu lub tuż po jego zakończeniu, łagodniejszą sankcję uzasadniano szczególnym stanem psychicznym matki, gdyby dopuściła się tajemnego pochówku dziecka, miała być skazana na karę od 6 do 10 lat więzienia. Kodeks saski karał sprawczynię więzieniem w wymiarze od 4 do 15 lat, chyba że znajdowała się ona w szczególnym nastroju psychicznym, ze względu na przeżycia związane z porodem, wówczas mogła zostać ukarana łagodniej.

Począwszy od wprowadzenia edyktu pruskiego oraz *Constitutio Criminalis Theresiana* zaczęto dążyć do łagodniejszego traktowania dzieciobójczyń. Szczególnie dobitnie tendencja ta zarysowała się w pruskim prawie krajowym (*Landrecht*), na początku XIX wieku zniesiono karę śmierci za to przestępstwo zarówno w kodeksie karnym Franciszka II (1803 r.), jak też w kodeksie karnym bawarskim z 1813 r.

Francja

W dawnej Francji dzieciobójstwo nie było postrzegane jako odrębne przestępstwo stanowiło jedynie odmianę ojcobójstwa. Nie było szczególnej charakterystyki sprawców tego przestępstwa, z czego należy wnosić, że mógł się go dopuścić każdy: rodzice i krewni dziecka (bez względu na jego pochodzenie), a nawet obcy.

W czasach Karola Wielkiego uważano, że „Jeśli ktoś niemowlę zabił, za mordercę zostanie uznany”⁸⁹⁶. W dawnym prawie francuskim karą przewidywaną za powtórne dzieciobójstwo było spalenie sprawczyni, o czym pojawia się wzmianka w *Etablissemens de Saint Louis*. Natomiast według *Coutumes de Namur* dzieciobójczyni podlegała karze worka (tzw. *culeus*). Umieszczano ją wraz z czterema zwierzętami: psem, małpą, kogutem i wężem w skórzanym worku, w konsekwencji

⁸⁹⁶ *Ibidem*, s. 205. Por. „Si quis infantem necaverit ut homicida tenetur”.

umierała ona w wielkich męczarniach⁸⁹⁷.

W 1556 r. został wydany niezwykle istotny ordonans Henryka II, przewidujący karę śmierci dla kobiety, która zabiła swoje dziecko pod warunkiem, że: 1) ukrywała swój stan i fakt porodu oraz 2) pozbawiła noworodka chrztu i pogrzebu, a zatem zaniechała wobec niego obrzędów chrześcijańskich⁸⁹⁸. Założenia tego Edyktu zostały następnie dwukrotnie powtórzone: w 1586 r. przez Henryka III, a później w 1708 r. przez Ludwika XIV. Postanowienia ordonansu miały być obowiązkowo odczytywane w kościołach.

Kodeks z 1791 r. nie przewidywał odrębnej penalizacji dzieciobójstwa. Dopiero wydany w 1810 r. *Code Pénal* w art. 300 stanowił: „Uznawane jest za dzieciobójstwo zabójstwo dziecka nowo urodzonego”⁸⁹⁹. Podmiotem tego przestępstwa mógł być każdy (aspekt podmiotowy nie miał znaczenia), a przedmiotem pozostawało dziecko zarówno ślubne, jak i nieślubne. Szczególnie naganny charakter miało to przestępstwo ze względu na fakt pozbawienia życia dziecka nowo narodzonego, w tym widziano okoliczność zwiększającą znacznie karygodność zachowania matki, choć kodeks nie precyzował, do jakiego momentu należy uznawać noworodka za nowo urodzone dziecko. W związku z tym w doktrynie francuskiej niektórzy autorzy interpretowali to określenie zawężająco, Chauveau i Hélie uznawali za takiego noworodka dziecko trzydniowe, z kolei Châtaignier uznawał za zbędne sztywne precyzowanie takiego terminu, uznając to za kwestię do rozstrzygnięcia w każdym indywidualnym przypadku. Zaznaczał on, że nowo urodzonym pozostaje dziecko, które nie ma możliwości zabezpieczenia własnych praw i którego urodzenie można ukryć. Prawo francuskie kwalifikowało dzieciobójstwo jako zabójstwo rozmyślne (*assassinat*) bądź morderstwo⁹⁰⁰. Uważano, że dziecko nie może wzbudzać negatywnych

⁸⁹⁷ Uznawano, że musi ona utracić cztery elementy swojego życia i umrzeć bez nich. Por. „elle doit perdre les quatre éléments en leur vie et mourir sans éléments” – Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 18.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, s.205

⁸⁹⁹ S. Boduszyński, *op. cit.*, s. 207; „Est qualifié d’Infanticide le meurtre d’un enfant nouveau né”.

⁹⁰⁰ W oryginale: „(...) infanticide est le meurtre ou l’assassinat d’un enfant nouveau né”. Przy czym w zależności od tego, czy dzieciobójstwo zostało popełnione z premedytacją (*assassinat* określane jako *meurtre commis avec préméditation*), czy bez niej, różnicowaniu ulegała wysokość kary. Por. Z.

uczuciu, ale stanowi swoisty symbol hańby i uwiedzenia, a także powód wstydu i upokorzenia matki wobec faktu jej porzucenia przez partnera. Uznawano, że jest niemożliwe, aby dzieciobójstwo stało się wynikiem złości czy nienawiści, ponieważ dziecko nie może wzbudzać żadnych innych uczuć poza litością⁹⁰¹. Art. 302 przewidywał za popełnienie tego przestępstwa, podobnie jak za morderstwo z zasadzki i ojcobójstwo, karę śmierci. W przypadku uwzględniania przez przysięgłych motywu wstydu i hańby sprawczynie były niewinniane. W związku z tym w niedługim czasie (1824 r.) wydana została regulacja, która uwzględniała te motywy⁹⁰². Dopiero jednak w 1901 r. przyjęto ustawę, która ostatecznie zniosła karę śmierci, przewidując dożywotnie więzienie w stosunku do matki, która dopuściła się zabójstwa noworodka⁹⁰³.

Dzieciobójstwo, które towarzyszy ludzkości niemal od jej początków jako szczególnie odrażająca (ponieważ sprzeczna z instynktem macierzyńskim) forma zabójstwa, przeszło niezwykle długą drogę poprzez kolejne etapy historycznego rozwoju. Pozostające początkowo wyłącznie w gestii ojca w zakresie sprawowanej przez niego *patria potestas* czy *jus vitae et necis* nie podlegało żadnym ograniczeniom. Pozostawało swoistym regulatorem przyrostu naturalnego, będąc jednocześnie narzędziem korygującym to, co w społeczeństwach chore czy ułomne. Wobec znikomej wręcz wartości życia noworodka z perspektywy polityki populacyjnej i uwarunkowań socjologicznych jego śmierć w prawodawstwach antycznych była neutralna aksjologicznie. Modyfikacja optyki w ocenie tychże czynów była przede wszystkim związana z chrystianizacją społeczeństw europejskich. Zmiana trybu życia i obyczajów wymagana przez kościół katolicki doprowadziła z czasem do kryminalizowania dzieciobójstwa, które stawało się przestępstwem. Początkowo traktowane jako *parricidium* (ojcobójstwo) w drodze dalszych przemian zaczęło krystalizować swój byt

Papierkowski, *op. cit.*, s. 35.

⁹⁰¹ W oryginale: „il est impossible que l’infanticide ne soit pas prémédité, il est impossible qu’il soit l’effet subit de la colère ou de la haine, puisqu’un enfant, loin d’exciter de tels sentiments, ne peut inspirer que celui de pitié”.

Por. Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 20.

⁹⁰² *Ibidem*, s. 229–230 i 240; Art. 5 otrzymał następujące brzmienie: „A l’égard de la mère, la peine de mort peut être réduite à la peine des travaux forcés; cette réduction n’a pas lieu à l’égard d’aucun autre individu que la mère”.

⁹⁰³ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 358.

indywidualny, przekształcając się w *delictum sui generis*. Paradoksalnie to, czego kiedyś starano się nie zauważać, zaczęło być traktowane ze szczególną odrazą i karane hańbiącymi sankcjami (przebicie palem, czy zakopanie żywcem). Dopiero XVIII wiek za sprawą Beccarii, Grollmanna, Feuerbacha przyniósł tendencje łagodzące w zakresie kar przewidzianych dla dzieciobójczyń. Odwilż ta zmierzała głównie w kierunku wyeliminowania kary śmierci za dzieciobójstwo i doprowadziła niespełna sto lat później do generalnej zmiany poglądów na temat tego przestępstwa, przyczyniając się do usytuowania go wśród kategorii *delictum privilegiatum* (przestępstw uprzywilejowanych).

Fakt kumulacji w strukturze analizowanego przestępstwa swoistych różnic w zakresie postrzegania charakteru jego znamion (czy tylko matka może być podmiotem dzieciobójstwa?; czy regulacja przedmiotowa znajduje zastosowanie do dzieci prawych czy nieprawych?; jak długo trwa okres porodu?; czy jego przebieg może rzeczywiście wpływać na uprzywilejowane traktowanie dzieciobójczyń?) powoduje, że stale trwają ożywione, aczkolwiek nierozwiązane dotychczas spory co do jego istoty.