

## **Kryminalizacja kazirodztwa – niezbędność czy przejaw nadmiernej ingerencji prawa karnego w sferę seksualną człowieka?**

Prawo, w tym prawo karne, musi zajmować się różnymi obszarami życia społecznego, także tymi niejednoznacznymi, które poddawane są rozbieżnym ocenom społecznym przy rozmaitych tego przesłankach. Są to obszary dotyczące ważnych z perspektywy indywidualnej i społecznej zagadnień, do których standardowo zalicza się w szczególności te dotyczące początku i końca życia człowieka, a więc aborcji oraz eutanazji, ale także sztucznego zapłodnienia, klonowania i innych, jak również te odnoszące się do sfery seksualnej człowieka, to jest między innymi pornografii, prostytutce, związków jednopłciowych oraz innych budzących kontrowersje.

Zagadnieniem takim jest także kazirodztwo, choć poświęca się mu zdecydowanie mniej uwagi aniżeli innym kwestiom wskazanym powyżej, a wręcz jego karnoprawny status traktowany jest jako zasadniczo utrwalony i niewymagający rozważań naukowych w takim znaczeniu, że kazirodztwo jest przestępstwem i nie ulega to kwestii, gdyż przemawiają za tym względy tradycji i istotne argumenty odnoszące się do jego przedmiotu ochrony, a jego ustawowe znamiona oraz ustawowe zagrożenie karą także ukształtowane są prawidłowo. Jednakże ujęcie takie nie jest w pełni oczywiste, tak co do utrzymywania kryminalizacji kazirodztwa w ogóle albo przynajmniej w kontekście poszukiwania ważnych ku temu przesłanek. Potrzeba tu analizy opartej na dotychczasowym dorobku nauki prawa oraz odniesieniach komparatystycznych, a nie tylko o udzielenie odpowiedzi na tytuło-

we pytanie o niezbędność czy przejaw nadmiernej ingerencji prawa karnego w sferę seksualną człowieka w związku z kryminalizacją kazirodztwa według poglądów autora przedmiotowego opracowania.

W aktualnym stanie prawnym kazirodztwo jest przestępstwem z art. 201 kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.<sup>1</sup>, zgodnie z którym kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Jest to ujęcie bardzo zbliżone do tego, które przewidywał kodeks karny z dnia 19 kwietnia 1969 r.<sup>2</sup>, który w art. 175 stanowił, że kto dopuszczał się obcowania płciowego z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą albo z osobą pozostającą w stosunku przysposobienia, podlegał karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. Natomiast kodeks karny z dnia 11 lipca 1932 r.<sup>3</sup> ujmował kazirodztwo jako przestępstwo z art. 206, według którego kto spółkował z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą, podlegał karze więzienia do lat 5.

Pierwotnie u podstaw kryminalizacji kazirodztwa tkwiły względy eugeniczne, to jest przekonanie o szkodliwości relacji seksualnych pomiędzy najbliższymi krewnymi dla ewentualnego potomstwa. Dlatego też w k.k. z 1932 r. zabroniono spółkowania pomiędzy nimi, rozumianego jako waginalny stosunek heteroseksualny, poza zakresem przedmiotowej regulacji pozostawiając inne postaci zachowań seksualnych, które mogły podejmować osoby należące do kręgu najbliższych. Jak bowiem pisał twórca tego kodeksu J. Makarewicz: „przepis art. 206 k.k. kładzie nacisk nie na akt nierządny a na spółkowanie. Myślą podstawową tego przepisu jest nie tyle ochrona tak zwanej płciowej moralności, ile ochrona gatunku przed endogamią prowadzącą do zwy-

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, art. 201 (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 ze zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, art. 175 (Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94 ze zm.).

<sup>3</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny, art. 206 (Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571 ze zm.).

rodnienia rasy. Wymóg obligatoryjnej egzogamii nie jest trudny do urzeczywistnienia, skoro kazirodztwo ogranicza się do linii wstępnej i zstępnej (ojciec z córką, matka z synem), tudzież do stosunku płciowego brata z siostrą. Spółkowanie jest dokonane z chwilą połączenia części rodnych osób różnej płci, a kwestia ukończenia spółkowania jest obojętna<sup>4</sup>. Tak samo *ratio legis* kazirodztwa postrzegał L. Peiper, zdaniem którego „kodeks stoi na stanowisku ograniczenia kazirodztwa jedynie do wypadków aktu płciowego będącego spółkowaniem spełnionym pomiędzy najbliższymi krewnymi, a z pominięciem powinowatych, przy których wzgląd na utrzymanie gatunku nie zachodzi. Karanie stosunków płciowych między teściem a synową dałoby się uzasadnić chyba tylko względami na utrzymanie czystości życia płciowego w rodzinie, a społeczeństwo nie ma powodu zajmować się miłosnymi komplikacjami na tle życia rodzinnego. Z natury rzeczy inne czyny nierządne poza spółkowaniem muszą być bezkarnymi, skoro punkt wyjścia jest tu czysto genetyczny<sup>5</sup>. Również według W. Makowskiego „kodeks karny uważa za kazirodztwo tylko obcowanie płciowe pomiędzy krewnymi w linii prostej oraz pomiędzy braćmi i siostrami. Przedmiotem ochrony prawnej jest w tym wypadku wzgląd eugeniczny, dlatego też kwestia powinowactwa nie jest brana w rachubę. Pokrewieństwo jest to związek wynikający z faktu urodzenia, to też postanowienia dotyczące kazirodztwa nie mogą obejmować stosunków płciowych pomiędzy osobami zbliżonymi na podstawie przysposobienia. Kazirodztwo ma na względzie naturalny stosunek płciowy, nie będzie zatem kazirodczym inny czyn nierządny<sup>6</sup>.”

Wzgląd na eugenikę jako podstawę kryminalizacji kazirodztwa nigdy nie został jednak przekonywująco potwierdzony, co pod rządami k.k. z 1969 r. przejawiało się w różnych jej uzasadnieniach, ale z reguły

<sup>4</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 253–254.

<sup>5</sup> L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach*, Kraków 1933, s. 568.

<sup>6</sup> W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1933, s. 476.

opierających się na innych niż eugeniczne argumentach. W jednym z pierwszych komentarzy do tego aktu prawnego I. Andrejew, W. Świada i W. Wolter wskazali bowiem, że „kazirodztwo jest zamachem na obyczajność w dziedzinie stosunków seksualnych. U podłoża jego zakazu nie leży przeświadczenie o szkodliwości stosunków seksualnych między bliskimi krewnymi z punktu widzenia eugenicznego, skoro k.k. obejmuje zakazem również obcowanie płciowe między osobami, które nie są krewnymi, a mianowicie między przysposabiającym a przysposobionym, a więc inaczej aniżeli w k.k. z 1932 r. O zmianie poglądu na tę sprawę może świadczyć również zastąpienie czasownika «spółkuje», którym posługiwał się k.k. z 1932 r. określeniem «obcowanie płciowe», które jest szersze»<sup>7</sup>. W monografii poświęconej przestępstwu seksualnym M. Filar wyraził zaś pogląd, że „skoro teza o niepełnowartościowości potomstwa zrodzonego ze stosunków kazirodczych nie została nigdy potwierdzona, zerwanie przez k.k. z 1969 r. z racjonalizacją odpowiedzialności w oparciu o tę niesprawdzoną hipotezę jest słuszne, o czym świadczy uznanie za kazirodcze nie tylko stosunków między krewnymi, ale także między osobami nie złączonymi jakimkolwiek węzłem krwi, a związanymi przysposobieniem, jak też ujęcie przestępstwa kazirodztwa jako czynu przeciwko obyczajności», dodając że „niewątpliwie dodatkowym przedmiotem ochrony jest tu także interes społeczny w zakresie prawidłowego funkcjonowania i realizowania zadań rodziny oraz prawidłowego rozwoju społecznego i moralnego młodzieży»<sup>8</sup>. Według I. Andrejewa zaś „kazirodztwo jest karalne jako obrażające moralność społeczną. Obcowanie płciowe na przykład ojca z córką przeczy też elementarnym obowiązkom wychowania, które mają rodzice i opiekunowie w stosunku do małoletnich»<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> I. Andrejew, W. Świada, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 515.

<sup>8</sup> M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 84.

<sup>9</sup> I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 421.

Jednakże wówczas zdarzały się wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa wykazujących istotne przywiązanie do względów eugenicznych jako podstawy kryminalizacji kazirodztwa. W szczególności zdaniem J. Śliwowskiego „bezpośrednim przedmiotem ochrony są tu względy eugeniczne (spłodzenie niepełnowartościowego potomstwa), a także względy etyczno-moralne. Mamy tu do czynienia z dwoma przedmiotami ochrony: głównym i dodatkowym, przy czym obyczajność jest przedmiotem dodatkowym, mimo że rozdział k.k. dotyczy przestępstw przeciwko obyczajności”<sup>10</sup>. Podobnie, choć w odwrotnej kolejności, kwestię tę widział także K. Buchała, który wskazał, że „przedmiot ochrony przestępstwa kazirodztwa jest złożony, chodzi bowiem nie tylko o prawidłowe funkcjonowanie rodziny, panującą obyczajowość w zakresie stosunków seksualnych, ale także o względy eugeniki, a więc interes populacyjny społeczeństwa, choć ten ostatni argument nie dotyczy obcowania płciowego osób pozostających w stosunku przysposobienia”<sup>11</sup>.

*Ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa przeszło zatem ewolucję od argumentów wyłącznie natury eugenicznej do przesłanek obyczajowych oraz mających na względzie prawidłowe funkcjonowanie rodziny. Wydawać by się mogło, że taki stan rzeczy będzie wykazywał tendencję rozwojową w takim znaczeniu, że powoływanie się na względy eugeniczne przejdzie do lamusa, wszak współczesna nauka nie potwierdza zagrożeń eugenicznych w przypadku relacji kazirodczych, a w konsekwencji jako jedyne wskazania uzasadniające kryminalizację kazirodztwa utrzymują się te pozostałe bądź też przedstawiciele doktryny prawa karnego będą wskazywali na jeszcze inne racje za tym przemawiające.

Analizując uzasadnienia w tym zakresie wskazywane w opracowaniach powstałych na gruncie k.k. z 1997 r., w tym najnowsze, uznać należy, że co do zasady tak właśnie jest. W szczególności w jednym z pierwszych komentarzy do nowego k.k. O. Górniok wskazała, że

<sup>10</sup> J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 409.

<sup>11</sup> K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 703.

„nadal dobrem chronionym art. 201 k.k. pozostaje obyczajność kształtowana zasadami moralnymi”<sup>12</sup>. Także zdaniem M. Filara „przedmiotem ochrony art. 201 k.k. jest obyczajność. Chodzi tu o ochronę moralności i nie dotyczy to w ogóle zagadnienia tak zwanej wolności seksualnej, przy czym powoływanie się zarówno na względy moralistyczne, jak i eugeniczne oraz wolnościowe stanowi jedynie zbędną konfuzję pojęć”<sup>13</sup>. Również według A. Marka, „jako przedmiot ochrony wysuwa się tu moralność (obyczajowość seksualną) oraz wzgląd na prawidłowe stosunki w rodzinie i wychowanie dzieci, gdyż współczesna genetyka nie potwierdza obciążeń dzieci pochodzących ze związków kazirodczych”<sup>14</sup>. Także zdaniem M. Mozgawy, „przedmiotem ochrony jest tu obyczajność. Współcześnie nie da się bowiem utrzymać poglądu że za karalnością kazirodztwa przemawiają względy eugeniczne”<sup>15</sup>. Podobnie kwestię tę postrzega J. Piórkowska-Flieger, a mianowicie, że „przedmiotem ochrony art. 201 k.k. jest utrwalona społecznie obyczajowość seksualna, zgodnie z którą obcowanie płciowe między osobami blisko spokrewnionymi lub które łączy stosunek prawny wynikający z przysposobienia, jest niemoralne i z tego powodu niedopuszczalne”. Autorka ta jednocześnie wskazuje, że dawniej powoływano się na względy eugeniczne mające uzasadniać byt przestępstwa kazirodztwa, a obecnie wskazuje się także na inne tego przesłanki, w tym potrzebę ochrony prawidłowego funkcjonowania rodziny i wychowujących się w niej dzieci<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, s. 181.

<sup>13</sup> M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2010, s. 963.

<sup>14</sup> A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 506.

<sup>15</sup> M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 418.

<sup>16</sup> J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2012, s. 503.

Na argumenty eugeniczne za kryminalizacją kazirodztwa wskazuje jednak M. Bojarski, który uważa, że „art. 201 k.k. ma na celu ochronę obyczajowości ukształtowanej wieloletnią tradycją, uwzględniającą przesłanki natury eugenicznej”<sup>17</sup>. Eksponuje je także J. Wojciechowska, według której „kazirodztwo należy do swoistych przestępstw seksualnych, którego karalność motywowana jest dwoma zasadniczymi względami. Pierwszy z nich polega na przekonaniu, że kazirodcze stosunki seksualne ze względów eugenicznych są zagrożeniem dla ewentualnego potomstwa, choć eugeniczna szkodliwość stosunków kazirodczych nie została w nauce potwierdzona, współczesna genetyka nie dowiodła bowiem, aby potomstwo kazirodcze odbiegało pod względem wad genetycznych w sposób istotny od populacji potomstwa nie pochodzącego z takich związków. Drugi wzgląd uzasadniający zakaz kazirodztwa odwołuje się natomiast do pogwałcenia podstawowych norm obyczajowości seksualnej oraz do prawidłowego funkcjonowania stosunków rodzinnych”. Autorka ta dostrzega jednocześnie, że „nawiązując do argumentacji eugenicznej k.k. z 1932 r. ograniczył kazirodztwo jedynie do spółkowania, zaś k.k. z 1969 r. zakreślił to przestępstwo szeroko, co czyni także k.k. z 1997 r., gdyż obejmując zakazem obcowanie płciowe, a nie tylko spółkowanie, przy czym zakaz ten dotyczy także osób związanych stosunkiem przysposobienia, a zatem przedmiotem ochrony tego przestępstwa jest obyczajność seksualna jako gwarant prawidłowego funkcjonowania rodziny i prawidłowego rozwoju moralnego młodzieży. W obu kodeksach nie nawiązano zaś do karalności kazirodztwa z przesłanek eugenicznych”<sup>18</sup>. Eugeniczny motyw kryminalizacji kazirodztwa, choć nie jako pierwszorzędny,

---

<sup>17</sup> M. Bojarski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2010, s. 515.

<sup>18</sup> B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 114–115.

dostrzega również M. Rodzynkiewicz, według którego „tradycyjnie wskazuje się na dwa uzasadnienia karalności kazirodztwa. Z jednej jest to wzmocnienie normy obyczajowej, głęboko zakorzenionej w tradycji kulturowo-cywilizacyjnej, gdyż z punktu widzenia historycznego oraz antropologiczno-kulturowego zakaz kazirodztwa ma charakter niemal powszechny. Drugi zasadniczy argument odwołuje się do zagrożeń eugenicznych, aczkolwiek teza ta nigdy nie została naukowo dowiedziona. Wskazuje się także na związane z kazirodztwem zakłócenia prawidłowych relacji rodzinnych, na wynikającą z obyczajowej pruderii możliwość społecznej dyskryminacji dzieci pochodzących ze stosunków kazirodczych, jak również na traumatyczne skutki relacji kazirodczych podejmowanych wobec dzieci, choć ten ostatni argument w równym stopniu dotyczy pedofilii, jak i kazirodztwa”. Autor ten zaznacza przy tym, że w przypadku relacji kazirodczych pomiędzy osobami związanymi relacją przysposobienia „pierwszoplanowym przedmiotem ochrony jest tu obyczajność i sankcjonowanie prawidłowego funkcjonowania rodziny, odpadają natomiast w tym zakresie eugeniczne przesłanki karalności”<sup>19</sup>.

Zgodzić się więc trzeba z M. Bielskim, że „uzasadnienie karalności kazirodztwa jest niewątpliwie trudne, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę niekonsekwentną regulację w tym względzie, gdyż k.k. z 1932 r. wyraźnie opierał się na argumentacji eugenicznej, ograniczając znamię wykonawcze do spółkowania, zaś k.k. z 1969 r. oparł się na racjonalizacji moralistycznej, gdyż posłużono się w nim znamieniem określonym jako obcowanie płciowe, odnoszącym się nie tylko do krewnych, ale i do osób związanych węzłem przysposobienia, co czyni także k.k. z 1997 r. Indywidualny przedmiot ochrony w art. 201 k.k. stanowi więc obyczajność w sferze życia seksualnego, a karalność zachowań kazirodczych tłumaczy się przełamaniem powszechnie uznawanego w społeczeństwie zakazu nawiązywania kontaktów seksualnych

<sup>19</sup> M. Rodzynkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny, Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 659–660.



pomiędzy osobami ze sobą blisko spokrewnionymi. Jako poboczny przedmiot ochrony wskazuje się prawidłowe funkcjonowanie rodziny przejawiające się przede wszystkim w zakłóceniu akceptowanych społecznie wzorców dotyczących relacji rodzinnych w sytuacji, w której dochodzi do kontaktów seksualnych o charakterze kazirodczym. W przypadku osób powiązanych więzami krwi tradycyjnie wskazuje się także na względy eugeniczne, jakkolwiek współcześnie podkreśla się, że brak jest naukowych dowodów, że dzieci pochodzące ze stosunków kazirodczych częściej niż inne dzieci rodzą się z wadami genetycznymi”. Autor ten podkreśla przy tym, że „zgoda na kazirodcze obcowanie płciowe, jako wyraz mieszczącej się w obrębie wolności seksualnej ekspresji swojej seksualności, nie ma w wypadku przestępstwa kazirodztwa żadnego znaczenia prawnego, gdyż przedmiotem ochrony nie jest tu dobro indywidualne, ale dobro o charakterze ogólnym, którym jednostka nie może swobodnie dysponować. Wyrażenie świadomego i dobrowolnego przyzwolenia na kazirodcze obcowanie płciowe nie wpływa więc na to, że partnerzy takiego stosunku przełamują, stanowiącą uzasadnienie karalności tego zachowania, normę społeczną bezwzględnie zakazującą nawiązywania tego typu kontaktów seksualnych między osobami spokrewnionymi”<sup>20</sup>.

Argumentów uzasadniających kryminalizację kazirodztwa jest zatem wiele, przy czym na pierwszym planie widzieć należy te, które określać można jako obyczajowe oraz mające na względzie prawidłowe relacje rodzinne, zaś za mocno dodatkowe i niewspółczesne, o ile w ogóle mające jakąkolwiek rację bytu, postrzegać należy przesłanki natury eugenicznej. Jest zresztą tak, że wszelkie wskazania w tym zakresie dadzą się utrzymać pod warunkiem założenia, że kryminalizacja kazirodztwa w ogóle jest zasadna, gdyż w przeciwnym razie wskazywanie na te argumenty jest działaniem służącym wyłącznie poparciu takiej właśnie tezy, która być może nie jest możliwa do ra-

<sup>20</sup> M. Bielski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 659–660.

cjonalnego uzasadnienia, zgodnego ze standardami współczesnego prawa karnego.

Już ponad dwie dekady temu J. Baranowski, dokonując szerokiej analizy odnośnie do uzasadnienia kryminalizacji kazirodztwa, zasadnie wskazał, że „surowe i spektakularne potwierdzenie społecznych oczekiwań, jakim jest zakaz kazirodztwa w swej karnoprawnej formie, nie daje się uzasadnić faktami biologicznymi, ani też bezwzględny imperatywami życia społecznego”. Autor ten zaznaczył przy tym, że „w grze sił społecznych pozornie neutralna moralizatorska retoryka dotycząca kazirodztwa faktycznie służy realizacji określonych interesów”, gdyż „kategoryczna karnoprawna forma jego zakazu adresowana jest do społecznych outsiderów, gdyż mniej represyjne formy kontroli społecznej są przywilejem przedstawicieli klas wyższych”<sup>21</sup>. Być może wiązanie kryminalizacji kazirodztwa z układem sił społecznych postrzegać trzeba w odniesieniu do przeszłości, gdyż to w historycznym rozwoju prawa karnego było ono nader często wykorzystywane i nadużywane przez tych zaliczanych do wyższych warstw przeciwko tym z warstw niższych, co dotyczyło jego całości, a nie tylko kazirodztwa, ale odnośnie do argumentów o niemożności uzasadniania jego kryminalizacji względami biologicznymi oraz dotyczącymi standardów życia społecznego podzielić należy przedmiotowe stanowisko.

Zgodzić się tym bardziej trzeba z L. Gardockim, którego zdaniem „powód kryminalizacji kazirodztwa nie jest jasny. Wiadomo że kazirodztwo uważane było w prawie wszystkich znanych kulturach za czyn wywołujący groźbę, jako przełamanie pewnego tabu. Przystępność kazirodztwa próbowano uzasadniać szkodliwością stosunków kazirodczych dla zdrowia ewentualnego potomstwa, opierając się na założeniu, że dzieci ze stosunków kazirodczych częściej mają wady genetyczne, czego genetyka nie zdołała potwierdzić. Zresztą kazirodztwo było zabronione pod groźbą kary przez pojawieniem się tej hipotezy i pozostaje przestępstwem po jej upadku. Zresztą inne czyny mogące

<sup>21</sup> J. Baranowski, *Ratio legis prawnokarnego zakazu kazirodztwa*, „Przeгляд Prawa Karnego” 1990, nr 3, s. 72.

mieć negatywny wpływ na zdrowie potomstwa, jak na przykład picie alkoholu przez kobietę w ciąży, nie spotykają się z taką negatywną reakcją jak kazirodztwo. Wszystkie te fakty skłaniają do konkluzji, że powody kryminalizacji kazirodztwa mają charakter emocjonalny, przy czym powód tej emocji nie jest do końca jasny<sup>22</sup>. Argumenty te nie doprowadziły wprawdzie L. Gardockiego do jakichkolwiek wniosków *de lege ferenda*, ale wydaje się, że nie znajduje on też żadnych racji przemawiających za kryminalizacją kazirodztwa.

Postulaty takie formułuje jednak J. Warylewski, czyniąc to konsekwentnie od pewnego już czasu. W szczególności uczynił to na łamach monografii dotyczącej przestępstw seksualnych, pisząc że „wobec podnoszonych wątpliwości co do istnienia zakazu kazirodztwa ze względów eugenicznych i prorodzinnych oraz niedopuszczalności ochrony wyłącznie obyczajności, rozumianej jako abstrakcyjne dobro prawne, postulować należy zniesienie zakazu kazirodztwa”, dostrzegając przy tym, że „trudno byłoby liczyć na rychłą decyzję ustawodawcy w tym kierunku, jednak nie można odstępować od formułowania takich wniosków, gdyż tylko w ten sposób można próbować wpływać na zmiany prawa karnego w kierunku jego racjonalizacji. Racjonalizacja ta niekoniecznie od razu musi przybrać formę całkowitej rezygnacji z kryminalizacji, gdyż w pierwszym etapie wystarczyłoby zalegalizowanie dobrowolnego podejmowania obcowania płciowego między osobami spokrewnionymi, które osiągnęły określony wiek”. Autor ten karnoprawną regulację konsensualnych stosunków między dorosłymi członkami rodziny uznaje za zbędną, wskazując przy tym, że „wolność seksualna dzieci, które nie ukończyły 15 roku życia chroniona jest w wystarczającym zakresie przez inne przepisy, przede wszystkim art. 197, 198, 199 i 200 k.k. Zakaz kazirodztwa nie jest zatem wprawdzie klasycznym *superfluum* ustawowym, ale jednak w praktyce do tego jego rola się sprowadza, gdyż chroni on te dobra prawne, które są przedmiotem ochrony innych przepisów, natomiast

<sup>22</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 270.

w tym zakresie, w jakim nie jest ich powtórzeniem, odbiera dorosłym prawo do decydowania o swoim życiu seksualnym. Narusza tym samym prawo do prywatności poręczane tak przez przepisy ustawy zasadniczej, jak i wynikające ze standardów międzynarodowych oraz europejskich<sup>23</sup>. J. Warylewski postulat ten wyraził także w komentarzu do k.k., wskazując ponadto na to, że w związku z tym, że zakaz kazirodztwa dotyczy obcowania płciowego, ale nie innych czynności seksualnych, to tak naprawdę „art. 201 k.k. nikogo i niczego nie chroni stanowiąc wyłącznie atrapę. Fakt, że niektóre formy zaspokajania popędu płciowego budzą wstręt i obrzydzenie, nikomu przy tym nie wyrządzając szkody, to za mało, aby ich zabraniać pod groźbą kary. Zakaz kazirodztwa nie chroni również małoletnich, którzy ukończyli 15 lat przed nadużyciami seksualnymi o tyle, o ile nie wykraczają one poza formułę tak zwanych innych czynności seksualnych. Nie chroni on też zdrowia potomstwa co do zasady w przypadku relacji osób związanych przysposobieniem, jak i obcowania płciowego krewnych, które ze względu na formę lub z innego powodu nie może prowadzić do poczęcia. Nie chroni także prawidłowego funkcjonowania rodziny, gdyż nie zabrania zachowań seksualnych w relacjach rodzinnych, byleby tylko partnerzy powstrzymali się od obcowania płciowego. Poza tym jest tak, że dysfunkcja rodziny prawie nigdy nie jest wynikiem związku kazirodczego, lecz wynika z innych powodów, a jest też tak, że ingerencja prawa w związku z ujawnieniem kazirodztwa zapewne zniszczy taką rodzinę do końca”<sup>24</sup>.

Argumenty te są istotne, a co do niektórych z nich można pokusić się o pewne rozwinięcie, jak też wskazanie na jeszcze inne racje poddające w wątpliwość zasadność kryminalizacji kazirodztwa. Mianowicie jeśli chodzi o znamię obcowania płciowego, którego zabrania k.k. w związku z przestępstwem kazirodztwa, to obejmuje ono stosunki

<sup>23</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 250–251.

<sup>24</sup> Tenże, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 1086–1088.

płciowe waginalne, oralne i analne zarówno hetero, jak i homoseksualne. Poza zakresem kryminalizacji pozostają zatem inne czynności seksualne, jak na przykład wzajemne pobudzanie się partnerów poprzez dotykanie narządów płciowych, czy też wzajemne masturbowanie się. Gdyby zatem na przykład dorośli brat i siostra swoją aktywność seksualną ograniczyli do takiego właśnie zachowania, to nie wypełniliby znamion przedmiotowego przestępstwa, ale wydaje się, że na płaszczyźnie obyczajowej przypadek taki byłby oceniony nagannie, a więc ochrona obyczajności przez art. 201 k.k. jest co najmniej niezupełna. Także niespełnianie przez ten przepis roli w zakresie ochrony relacji rodzinnych zdaje się nie ulegać kwestii, gdyż kazirodztwo z reguły jest następstwem, a nie przyczyną zła, które w rodzinie ma miejsce z innych powodów, jak choćby nadużywania alkoholu, nieprawidłowo ukształtowanych osobowości i innych. Ponadto nie bez znaczenia jest również to, że ujawnienie przypadku kazirodztwa i związane z tym postępowanie karne może prowadzić do społecznej stygmatyzacji uczestników takich relacji, jak i zrodzonych z ich związku dzieci, co w tym drugim przypadku może okazać się szczególnie dla nich dotkliwe, a przecież dzieci takie są zupełnie niewinne swojego pochodzenia, co nie wszyscy mogą chcieć zrozumieć. Jest też tak, że dobrowolne, to jest oparte na pełnej zgodzie, relacje seksualne osób dorosłych związanych węzłem pokrewieństwa lub przysposobienia nie czynią krzywdy ani tym osobom, ani też osobom trzecim, a w konsekwencji poprzez zakaz kazirodztwa prawo karne stara się pozornie tylko chronić te osoby przed nimi samymi, gdy one zupełnie sobie tego nie życzą, ograniczając w ten sposób ich prywatność i prawo do samostanowienia w sferze seksualnej. Prócz tego może zdarzyć się tak, że na przykład w przypadku nieznanącego się wcześniej rodzeństwa przyrodniego brat i siostra zanim dowiedzą się, że są rodzeństwem, podejmą ze sobą obcowanie płciowe, co oczywiście nie będzie wypełniało znamion przestępstwa kazirodztwa, gdyż może być ono popełnione wyłącznie z winy umyślnej, która w przedmiotowym przypadku nie zachodzi, ale po wyjściu na jaw tej okoliczności

dalsze ich obcowanie płciowe byłoby przestępstwem z art. 201 k.k., co z pewnością budziłoby ich sprzeciw, który należałoby zrozumieć, ale niestety *de lege lata* nijak nie dało by się takim osobom na gruncie prawa karnego pomóc.

Nie jest to stanowisko odosobnione, gdyż także według J. Baranowskiego „karnoprawny zakaz kazirodztwa powinien chronić konkretną rodzinę przed możliwymi zakłóceniami jej funkcjonowania wynikającymi ze stosunków kazirodczych”, a tymczasem bardziej chroni on „rodzinną strukturę społeczeństwa niż konkretną rodzinę”, gdyż raczej „kazirodztwo nie jest przyczyną, lecz skutkiem innych czynników zakłócających życie rodzinne”, a „interwencja wymiaru sprawiedliwości wobec rodziny dotkniętej kazirodztwem nie chroni jej, lecz ją niszczy”<sup>25</sup>. W konsekwencji ochronna funkcja zakazu kazirodztwa w postaci czynienia z niego przestępstwa jest wątpliwa, a jeśli już spełnia ona jakąkolwiek karnoprawną funkcję, to raczej represyjną, a nie ochronną, w imię przywrócenia dobrego samopoczucia społeczeństwa, że zrobiono wszystko, co możliwe, w tym wykorzystano instrumentarium prawa karnego, aby przeciwstawiać się kazirodztwu chroniąc jego tabu.

Jest przy tym tak, że dobrowolne obcowanie płciowe dorosłych osób spokrewnionych lub połączonych węzłem przysposobienia jest klasycznym przykładem przestępstwa bez ofiar, na co zwrócił uwagę A. Marek<sup>26</sup>, którą to koncepcję co do przestępstw w ogóle na gruncie polskiej doktryny prawa sformułował L. Falandysz, określając takie przestępstwa, jako sprowadzające się „do aktów dobrowolnej wymiany między osobami dorosłymi silnie pożądanymi, lecz prawnie zakazanych dóbr”, podkreślając przy tym, że „w tej kategorii przestępstw często zaznacza się skłonność ustawodawcy do prawnego sankcjonowania moralności jako takiej”<sup>27</sup>. Tymczasem zgodnie z regułą *volenti non fit iniuria*, a więc to, że chcącemu nie dzieje się niesprawiedliwość,

<sup>25</sup> J. Baranowski, *Ratio legis prawnokarnego...*, s. 67–68.

<sup>26</sup> A. Marek, *Prawo karne...*, s. 507.

<sup>27</sup> L. Falandysz, *Wiktymologia*, Warszawa 1979, s. 47.

mogłoby być wystarczającym argumentem za dekryminalizacją kazirodztwa lub przynajmniej zastanowienia się nad tym, czy rzeczywiście naruszenie przez chcących kazirodczych relacji partnerów dominujących w społeczeństwie zasad moralności seksualnej wymaga ingerencji prawa karnego. Rozstrzygnięcie tak ujętej kwestii nie jest jednoznacznie możliwe, ale przynajmniej poszukiwać należy jakiś rozwiązań pośrednich.

Dlatego też za bardzo rozsądny trzeba uznać postulat M. Filara zgłoszony na etapie prac legislacyjnych nad obowiązującym k.k., że w związku z tym, że „niemal 90% zachowań kazirodczych odbywa się w relacji ojciec – dorastająca córka i nosi wyraźne znamiona wymuszeń seksualnych mieszczących się w ogólnej formule przemycy w rodzinie, a inne przypadki dobrowolnych związków kazirodczych należą do egzotycznych wyjątków, które stanowić powinny przedmiot zainteresowania psychiatrów i literatów, a nie prawników, to potrzeba, aby kazirodztwo stało się kwalifikowaną postacią przestępstwa nadużycia stosunku zależności, a gdyby dodatkowo łączyło się z przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, to pozostawałoby w realnym zbiegu z przestępstwem zgwałcenia”. Zdaniem M. Filara, „rozwiązanie takie nie tylko bardziej odpowiadałoby kryminologicznej i polityczno-kryminalnej logice tego przestępstwa, ale dodatkowo ratowałoby jednolitość rodzajowego przedmiotu ochrony rozdziału XXV k.k., gdyż w obecnej postaci w przypadku pełnej zgody dorosłych partnerów podejmujących zachowania kazirodcze przedmiotem ochrony nie jest wolność od samostanowienia seksualnego, bo ta nie jest przecież naruszona, lecz obyczajność w myśl reguły, że nie wolno, bo nie wolno”<sup>28</sup>. Propozycję tę aprobowano postrzeżga J. Warylewski, a zatem postulować należy powrót do niej, ale raczej przy okazji nowelizacji k.k., gdyż próba jego zmiany tylko co do kazirodztwa byłaby z góry skazana na niepowodzenie ze względu na opór ze strony zwolenników zachowania dotychczasowego stanu prawnego dotyczącego kazirodztwa.

<sup>28</sup> M. Filar, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*, „Palestra” 1995, nr 7–8, s. 27.

Innymi słowy szersza dyskusja nad ujęciem przestępstw seksualnych w k.k. oparta na formule bardziej liberalnej co do istoty rzeczy aniżeli dotychczas mogłaby pozwolić na swoiste „przemycenie” także przedmiotowej zmiany.

Nie wydaje się bowiem, aby w najbliższej perspektywie czasowej możliwa była rezygnacja z kryminalizacji kazirodztwa w ogóle, gdyż najprawdopodobniej spotkałaby się ona z zarzutami nadmiernej liberalizacji sfery seksualnej, nieuwzględnienia potrzeby ochrony moralności oraz obyczajowości, jak też zmniejszenia ochrony rodziny przed nadużyciami seksualnymi. Jest przy tym tak, że postulat rezygnacji z kryminalizacji kazirodztwa J. Warylewskiego, zapewne słuszny, a przynajmniej wart poważnego pochylenia się nad nim, pozostaje w doktrynie prawa karnego osamotniony, co także mogłoby mieć negatywne znaczenie dla ewentualnej nowelizacji, gdyż gdyby krąg zwolenników dekryminalizacji kazirodztwa wśród przedstawicieli nauki prawa był szerszy, to taki stan rzeczy zwiększałby co do niej szanse powodzenia. Tymczasem, jak widać z uzasadnień kryminalizacji kazirodztwa przytoczonych powyżej, większość autorów dostrzega różne racje za nią przemawiające, a w konsekwencji nie formułuje jakichkolwiek postulatów *de lege ferenda*, poza oczywiście M. Filarem, ale w formule dekryminalizacji częściowej, gdyż mającej polegać na rezygnacji z kryminalizacji tych postaci kazirodztwa, które nie łączą się z nadużyciem stosunku zależności.

Oczywiście powinno być tak, jak wskazuje L. Gardocki, że prawo karne mające charakter subsydiarny, powinno interweniować dopiero wtedy, gdy inne rodzaje reakcji nie są wystarczające dla rozwiązania jakiegoś problemu. Innymi słowy, kryminalizacja jakiegoś zachowania powinna być *ultima ratio*, a gdy zachodzą jakiegokolwiek w tym zakresie wątpliwości, to zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate* należy z kryminalizacji zrezygnować<sup>29</sup>. Jest to jednak pewien ogólny postulat, który niełatwo jest realizować w każdym przypadku, a zwłaszcza co

<sup>29</sup> L. Gardocki, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12, s. 60–61.



do zagadnień kontrowersyjnych, do których należy także kazirodztwo. Być może jednak w przyszłości pojawią się warunki do dekryminalizacji kazirodztwa, w tym takie, że taka decyzja ustawodawcy mogłaby liczyć na życzliwe przyjęcie ze strony większości społeczeństwa, bo z pewnością nie wszystkich, gdyż taki stan odnośnie do kwestii niejednoznacznych moralnie i trudnych obyczajowo nie jest możliwy do osiągnięcia.

Istotnym jest też, czy dla ochrony obyczajowości, bo już nie ze względu na racje eugeniczne, można poświęcać prywatność ludzi i ich prawo do samostanowienia seksualnego, gdy z powodu ich dobrowolnej i świadomej aktywności seksualnej nikomu nie dzieje się krzywda, a przede wszystkim nie dzieje się im samym. Jest to kwestia przyznania pewnych priorytetów dobrom bądź indywidualnym, bądź społecznym, to jest w pierwszym przypadku wolności i prywatności, a w drugim obyczajowości rozumianej w konwencji moralistycznej większości społeczeństwa. Jest przy tym tak, że podejście społeczeństwa w kwestiach obyczajowych zmienia się, choć oczywiście nie wiadomo na ile zmiany te dotyczą także spojrzenia na kazirodztwo, co do którego dominują oceny negatywne, ale czym innym jest ich dokonywanie, a czym innym opieranie na nich kryminalizacji jakiegoś społecznie niepożądanego zachowania.

Trzeba mieć także na względzie to, że prawo karne nigdy nie było i nie jest instrumentem skutecznym, gdy chodzi o zwalczanie zachowań seksualnych ludzi będących źródłem ich przyjemności, co nie musi oznaczać każdorazowego przyzwolenia na nie, a tym bardziej ich afirmacji. Gdyby jednak kiedykolwiek doszło do rezygnacji z kryminalizacji kazirodztwa, to stanowiłoby to poszerzenie sfery prywatnej ludzi, która w sposób nie zawsze uzasadniony jest ograniczana, jak też byłoby wyrazem prymatu wolności nad obyczajowością, która przecież w sferze seksualnej ewaluuje raczej w kierunku liberalnym, która to tendencja być może kiedyś dotknie także kazirodztwa.

Rację ma zatem Z. Lew-Starowicz, który odnośnie do kazirodztwa wskazuje, że „nie apeluje tu o tolerancję, pobłażliwość, zwalnianie od

poczucia winy, ale chce powiedzieć, że samo prawo czy postawa społeczna ani nie przeciwdziała, ani nie ujawnia całej prawdy o kazirodztwie<sup>30</sup>. Innymi słowy to, że istnieje karnoprawny zakaz kazirodztwa, to nie sprawia, że przypadków takich jest mniej, a z drugiej strony tak zwana ciemna ich liczba może być tu znaczna, co powoduje że ofiary kazirodczych relacji tkwią w nich bez szansy na otrzymanie pomocy, którą powinni być także objęci ich sprawcy, gdyż tu trzeba przede wszystkim pomagać, a nie karać.

Z danych statystycznych policji wynika, że kazirodztwo utrzymuje się na względnie stałym poziomie, gdyż w 1999 r. ujawniono 43 jego przypadki, w 2000 r. – 38, w 2001 r. – 34, w 2002 r. – 36, w 2003 r. – 52, w 2004 r. – 58, w 2005 r. – 51, w 2006 r. – 44, w 2007 r. – 51, w 2008 r. – 60, w 2009 r. – 51, w 2010 r. – 46, w 2011 r. – 40<sup>31</sup>. Jednak, jak wskazuje J. Warylewski, statystyka policyjna wychwytuje niewielką liczbę takich związków, zwłaszcza mających miejsce wśród warstw społecznych o wyższym statusie społecznym, a według tego autora co roku kilkanaście tysięcy dzieci staje się ofiarami wymuszonych stosunków kazirodczych<sup>32</sup>. Sądzę że tym bardziej mniej ujawnia się dobrowolnych relacji seksualnych pomiędzy osobami dorosłymi, a jeśli już, to dzieje się to przy okazji wyjścia na jaw innych przestępstw lub ciąży partnerki bądź urodzenia przez nią dziecka bądź dzieci. Nie wydaje się jednak, aby kazirodztwo było problemem społecznym na tyle doniosłym, żeby trzeba było zapobiegać mu i zwalczać go przy użyciu prawa karnego, wchodząc z kryminalizacją w tę sferę życia społecznego, gdy relacje kazirodcze są dobrowolne i dotyczą osób dorosłych, a w przypadku kazirodczych kontaktów niedobrowolnych, jak też z udziałem dzieci, wystarczające są środki reakcji karnoprawnej przewidziane w innych przepisach k.k., w tym w art. 197, 199 i 200 k.k.

<sup>30</sup> Z. Lew-Starowicz, *Seks nietypowy*, Łódź 2003, s. 140–141.

<sup>31</sup> [www.policja.pl](http://www.policja.pl).

<sup>32</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne...*, s. 251–252.

Kryminalizacja kazirodztwa jakkolwiek w perspektywie komparatystycznej dominująca, nie jest obowiązująca powszechnie. Mianowicie w szczególności we Francji i w Japonii kazirodztwo między dorosłymi nie jest przestępstwem<sup>33</sup>, nie jest też nim także w Turcji oraz w Brazylii, a zniesienie jego karalności rozważa się w Szwajcarii<sup>34</sup> oraz w Rumunii<sup>35</sup>. Jednakże kryminalizacja kazirodztwa bądź jej brak zależy wyłącznie od decyzji danego kraju, co potwierdza to, że w sprawie niemieckiego rodzeństwa żyjącego w związku kazirodczym i mającego z niego czwórkę dzieci Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w 2012 r. orzekł, że państwo niemieckie może zakazywać związków kazirodczych i nie stanowi to pogwałcenia podstawowych praw do ochrony życia rodzinnego. Liczono przy tym, że gdyby zapadł inny wyrok, to stałoby się to przyczynkiem do zmiany niemieckiego prawa odnośnie do kazirodztwa<sup>36</sup>. Jeżeli jednak stało się inaczej, a podkreśla się, że wyrok ten nie budzi żadnych kontrowersji, gdyż kazirodztwo stanowi głębokie tabu w kulturze europejskiej i w każdym z państw Rady Europy postrzegane jest jako czyn sprzeczny z moralnością i zasadami współżycia społecznego, a jedynym aspektem odróżniającym są regulacje państw europejskich jest uznawanie bądź nieuznawanie kazirodztwa za przestępstwo<sup>37</sup>, to przypuszczać można, że stanowisko Trybunału wywrze wpływ na utrzymanie *status quo* odnośnie do kryminalizacji kazirodztwa w innych państwach, w tym także i w Polsce, gdzie wgląd na pojmovaną tradycyjnie obyczajowość w tym zakresie, jak też inne racje, nakazują póki co traktować kryminalizację kazirodztwa jako niezbędną, choć z nadzieją szerszego postrzegania jej

<sup>33</sup> Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 281.

<sup>34</sup> *Szwajcarski rząd chce zalegalizować kazirodztwo*, [www.wiadomosci24.pl](http://www.wiadomosci24.pl).

<sup>35</sup> *Legalizacja kazirodztwa w Rumunii*, [www.papilot.pl](http://www.papilot.pl).

<sup>36</sup> *Niemcy: brat i siostra żyjący w związku kazirodczym przegrali proces sądowy*, [www.biznes.onet.pl](http://www.biznes.onet.pl).

<sup>37</sup> *Strasburg: wyrok karny za kazirodztwo zgodny z Konwencją o prawach człowieka*, [www.lex.pl](http://www.lex.pl).

w przyszłości jako nadmiernie ingerującą w sferę seksualną ludzi, co ewentualnie mogłoby doprowadzić do rezygnacji z traktowania kazirodzych relacji seksualnych w kategorii przestępstwa.

Wiele zależy w tym względzie od pojmowania obyczajności, silnie związanej z moralnością, na co zasadnie zwraca uwagę W. Cieślak, zaznaczając przy tym, że „chodzi tu o ochronę przed zachowaniami, które mogłyby powodować uczucie wstrętu lub wstydu u przeciętnego człowieka”, co czyni kazirodztwo wywołując „zgorzenie i z tego właśnie powodu będąc karalnym”<sup>38</sup>. Póki zatem według miary przeciętnego człowieka kazirodztwo będzie naruszeniem norm obyczajowych, a wydaje się, że w najbliższej perspektywie takie właśnie podejście będzie obowiązywało, tak jak jest to i aktualnie, to traktowanie kazirodztwa jako przestępstwa będzie miało społeczną akceptację, której nie zyskałoby zapewne rozwiązanie odmienne.

---

<sup>38</sup> W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010, s. 288.