

PAWEŁ DANILUK, GELINA NOWAK

KAZIRODZTWO JAKO PROBLEM KARNOPRAWNY (DWUGŁOS)

Niniejsze opracowanie jest dwugłosem na temat karnoprawnych aspektów kazirodztwa, a w szczególności *ratio legis* kryminalizacji takich praktyk. Pierwsza jego część – opracowana przez P. Daniluka – napisana jest z perspektywy art. 201 polskiego k.k. Druga zaś – autorstwa C. Nowak – bazuje na rozwiązaniach przyjętych w innych krajach, przy czym wnioski tam zawarte mogą mieć istotne znaczenie dla polskich regulacji, zwłaszcza jako postulaty *de lege ferenda*¹. Już na wstępie należy zauważyć, iż poglądy wyrażone w obu częściach niniejszego opracowania nie zawsze są w pełni zgodne. Wynika to z tego, że ich autorzy nie prezentują jednolitego stanowiska na temat kryminalizacji kazirodztwa.

Kryminalizacja kazirodztwa w naszym kręgu kulturowym ma wielowiekowe tradycje, które kontynuowane są do dnia dzisiejszego. Większość aktualnie obowiązujących kodeksów karnych państw europejskich przewiduje przepisy zakazujące takich praktyk pod groźbą kary². Nie inaczej ma się rzecz w Polsce, gdzie przestępstwo kazirodztwa unormowane jest w art. 201 k.k. Zgodnie z tym przepisem, kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępного, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Już na pierwszy rzut oka widać, że kazirodztwo jest przestępstwem indywidualnym. Mogą się go bowiem dopuścić tylko ściśle określone osoby, o których mowa w art. 201 k.k. Wstępny, zstępny, brat i siostra to pojęcia określające pokrewieństwo, czyli powiązania wynikające z więzów krwi. Obowiązujące akty prawne prawa rodzinnego nie zawierają definicji pokrewieństwa i jego rodzajów. Definiuje je zatem

¹ Do podjęcia tego tematu skłonił autorów m.in. udział C. Nowak w międzynarodowym projekcie dotyczącym kryminalizacji kazirodztwa w aspekcie porównawczym, prowadzonym w latach 2007–2008 przez Instytut Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego Instytutu Maksa Plancka we Fryburgu. Związany on był ze sprawą rozpatrywaną przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, dotyczącą dorosłego brata i siostry, którzy zostali rozłączeni w dzieciństwie i nawiązali stosunki seksualne, nie wiedząc o łączącym ich pokrewieństwie, kontynuowali je jednak, gdy się o tym dowiedzieli. Orzekający niedawno w tej sprawie Trybunał uznał konstytucyjność § 173 ust. 2 niemieckiego k.k. w zakresie kryminalizacji kazirodztwa między rodzeństwem (orzeczenie z 26 lutego 2008 r., 2 BvR 392/07).

² Na temat historycznej ewolucji kryminalizacji kazirodztwa w Polsce i na świecie oraz rozwiązań przyjętych we współczesnych systemach prawnych państw obcych zob. J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym*, *Przegląd Sądowy* 2001, nr 5, s. 67–79.

doktryna, odwołując się przy tym do powszechnego rozumienia tego pojęcia, ukształtowanego definicją ustawową z art. 1 nieobowiązującego już dekretu z 22 stycznia 1946 r. Prawo rodzinne³. W ramach pokrewieństwa wyróżnia się linię prostą i linię boczną. Krewnymi w linii prostej są osoby, z których jedna pochodzi od drugiej. W linii tej występują wstępni (ojciec, dziadek, pradziadek itd.) oraz zstępni (syn, wnuk, prawnuk itd.). Z kolei krewnymi w linii bocznej są osoby, które pochodzą od wspólnego przodka, nie będąc ze sobą spokrewnione w linii prostej (np. brat i siostra, siostrzeniec i wuj). W każdej linii określa się ponadto stopnie pokrewieństwa na podstawie liczby urodzeń, wskutek których pokrewieństwo powstało. I tak w linii prostej ojciec i syn spokrewnieni są w pierwszym stopniu, dziadek i wnuk zaś w stopniu drugim itd. W linii bocznej nie ma natomiast krewnych w stopniu pierwszym, gdyż potrzebne są co najmniej dwa urodzenia, aby takie pokrewieństwo powstało. Najbliżej spokrewnione w tej linii jest rodzeństwo – w stopniu drugim⁴.

Jak wynika z art. 201 k.k., podmiotem stypizowanego tam przestępstwa są wszyscy krewni w linii prostej (wstępni i zstępni), bez względu na stopień łączącego ich pokrewieństwa. Jeżeli natomiast chodzi o krewnych w linii bocznej, to podmiotami omawianego przestępstwa mogą być tylko brat i siostra, a więc osoby najbliższej spokrewnione w tej linii.

Drugi krąg podmiotów przestępstwa kazirodztwa to osoby połączone przysposobieniem (przysposobieni i przysposabiający), które polega na wytworzeniu pomiędzy jego stronami takiego stosunku prawnego, jaki istnieje między rodzicem a dzieckiem (art. 114–127 k.r.o.). Przysposobienie następuje na mocy konstytucyjnego orzeczenia sądu (art. 117 § 1 k.r.o.). *Lege non distinguente* podmiotem przestępstwa z art. 201 k.k. są osoby objęte zarówno przysposobieniem niepełnym (art. 124 k.r.o.), pełnym rozwiązywalnym (art. 121 k.r.o.), jak i pełnym nierozwiązywalnym (art. 124¹ k.r.o.). Wbrew niektórym poglądom, nie są podmiotami omawianego przestępstwa osoby pozostające w tzw. przysposobieniu faktycznym, co oznaczać ma faktyczne uznanie dziecka i współżycie z nim w jednym gospodarstwie rodzinnym⁵. Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie zna takiej instytucji i trudno ją nawet porównać do przysposobienia, które jest ściśle uregulowane przez prawo, zarówno w zakresie powstania, jego skutków prawnych, jak i rozwiązania. Ta regulacja jest ściśle podporządkowana celom, jakie przysposobienie ma spełnić. O celach tych nie można natomiast mówić przy tzw. przysposobieniu faktycznym, które nie rodzi większych skutków prawnych w zakresie stosunków rodzic–dziecko.

Cechą charakterystyczną omawianego przestępstwa jest to, iż popełniają go obie strony stosunku kazirodczego. Mamy tu więc do czynienia z tzw. współuczestnictwem koniecznym. W takim układzie występuje zatem dwóch sprawców i brak jest pokrzywdzonego, co pozwala zakwalifikować kazirodztwo do wiktymologicznej kategorii tzw. przestępstw bez ofiar (*victimless crimes*). Czyny kazirodcze idealnie mieszczą się w tej kategorii w jej klasycznym ujęciu E.M. Schura. Stanowią one bowiem akty dobrowolnej wymiany – między osobami dorosłymi – silnie pożądanymi, lecz prawnie zakazanych dóbr i usług. Ponadto – o czym będzie jeszcze mowa – ich

³ Dz.U. 1946, nr 6, poz. 52.

⁴ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 24.

⁵ Zob. W. Gutekunst, w: W. Świda (red.), *Prawo karne. Część szczególna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław–Warszawa 1975, s. 186.

kryminalizacja jest silnie związana z ochroną norm moralnych⁶. W związku z tym, iż uczestnictwo w tzw. przestępstwie bez ofiar ma charakter dobrowolny, a nawet jest przez jego uczestnika silnie pożądane, nie czuje się on pokrzywdzony i nie jest zainteresowany informowaniem o nim organów ścigania. Rodzi to poważne trudności w ujawnianiu i ściganiu tego rodzaju przestępstw, czego skutkiem jest ich niska wykrywalność i niewielka liczba skazań. Jest to szczególnie widoczne właśnie przy przestępstwie kazirodztwa, które – według pewnych źródeł – wykrywane jest zaledwie w 2% przypadków⁷. Niska wykrywalność omawianego przestępstwa ma swoje bezpośrednie przełożenie na niewielką liczbę prawomocnych skazań za jego popełnienie (zob. tabela 1).

Tabela 1. Liczba prawomocnych skazań za przestępstwo kazirodztwa w wybranych latach

Rok	1967	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976
Liczba	14	16	29	20	21	18	24	20
Rok	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984
Liczba	22	16	25	9	11	11	18	13
Rok	1990	1991	1992	1993	1996	1999	2000	2001
Liczba	3	3	7	8	17	13	9	12
Rok	2002	2003	2004	2005	2006			
Liczba	10	5	15	20	14			

Źródło: J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2001, s. 252 oraz dane z Wydziału Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości.

Kryminalizacji w art. 201 k.k. podlega obcowanie płciowe, które należy rozumieć tak jak na gruncie innych przestępstw zawartych w rozdziale XXV kodeksu karnego. Obejmuje ono zarówno spółkowanie, jak i jego surogaty, które można potraktować jako ekwiwalentne spółkowaniu. Obcowaniem płciowym jest zatem czynność seksualna polegająca na bezpośrednim kontakcie organów płciowych osób w nim uczestniczących, jak również na bezpośrednim kontakcie organów płciowych z innymi częściami ciała, które traktowane są jako równoważne organom płciowym i na których wyładowywany jest popęd seksualny (stosunki analne i oralne). W grę mogą tu wchodzić zarówno kontakty heteroseksualne, jak i homoseksualne⁸. Nie wypełnia natomiast znamion art. 201 k.k. inna czynność seksualna, o której mowa np. w art. 197 § 2 k.k. lub art. 198 k.k. W zakresie znaczeniowym innej czynności seksualnej zawierają się takie sytuacje, w których dochodzi do – innego niż obcowanie płciowe – seksualnego kontaktu cielesnego ich uczestników, bądź przynajmniej do cielesnego

⁶ Zob. np. J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, „Arche”, Gdańsk 2006, s. 428; L. Fałandysz, *O koncepcji tzw. „przestępstw bez ofiar”*, *Państwo i Prawo* 1978, z. 8–9, s. 107; idem, *Wiktymologia*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1979, s. 47; R. Kmieciak, *Perspektywy depenalizacji „przestępstw bez ofiar” w USA, Palestyna* 1980, nr 1, s. 104.

⁷ Zob. J. Gromska, J. Masłowski, I. Smoktunowicz, *Badanie przyczyn kazirodztwa na podstawie analizy opinii sądowych*, *Psychiatria w Praktyce Ogólnolekarskiej* 2002, nr 2 (4), s. 268 i cytowana tam literatura.

⁸ Por. np. M. Mozgawa, w: idem (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2006, s. 379; M. Rodzynkiewicz, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Zakamycze, Kraków 1999, s. 512.

i mającego charakter seksualny zaangażowania ofiary⁹. Zatem czynności seksualne pomiędzy krewnymi polegające na wzajemnym dotykaniu narządów płciowych czy też masturbowaniu znajdują się poza zainteresowaniem art. 201 k.k. Mogą one jednak – jako elementy tzw. gry wstępnej zmierzającej do obcowania płciowego – zostać potraktowane jako usiłowanie przestępstwa kazirodztwa.

Identyfikacja *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa w kodeksie karnym z 1997 r. nie jest zadaniem łatwym. Wydaje się, że sam ustawodawca miał z tym problem, skoro w uzasadnieniu projektu tegoż kodeksu nie wspomniał o tym ani słowem. W tej sytuacji, próbując zrozumieć intencje prawodawcy, należy w pierwszej kolejności odnieść się do systematyki części szczególnej obowiązującej ustawy karnej i miejsca w tej systematyce, które ustawodawca wyznaczył dla przepisu kryminalizującego kazirodztwo. Przepis ten umieszczony został w rozdziale XXV kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Oznaczać to powinno, że kazirodztwo jest przestępstwem skierowanym przeciwko wolności seksualnej lub przeciwko obyczajności, a zatem jego kryminalizacja ma chronić któreś z tych dóbr prawnych. Wyprowadzając taki wniosek, trzeba mieć jednak na uwadze, że tytuł rozdziału kodeksu karnego nie zawsze w pełni oddaje przedmiot ochrony poszczególnych typów przestępstw tam zawartych¹⁰. W wypadku przestępstwa kazirodztwa teza ta znajduje co najmniej częściowe potwierdzenie. Jego kryminalizacja nie chroni bowiem niczyjej wolności seksualnej, a wręcz przeciwnie – wolność tę istotnie ogranicza poprzez wprowadzenie zakazu obcowania płciowego pomiędzy dorosłymi członkami rodziny za ich obopólną zgodą. W konsekwencji mamy tu więc do czynienia z ograniczeniem wolności seksualnej dorosłych ludzi, którym zakazuje się wyboru członka rodziny na partnera seksualnego i obcowania z nim, mimo takiej woli obojga partnerów.

Poruszając się w obszarze wyznaczonym przez tytuł rozdziału XXV kodeksu karnego, po odrzuceniu wolności seksualnej jako przedmiotu ochrony kazirodztwa, możemy odwołać się jedynie do ochrony obyczajności jako uzasadnienia istnienia tego przestępstwa. I w tym też kierunku idą wypowiedzi zdecydowanej większości przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego, którzy właśnie w ochronie obyczajności upatrują sensu kryminalizacji kazirodztwa¹¹. W sytuacji, gdyby jednak *ratio legis* zakazu kazirodztwa ograniczyć wyłącznie do ochrony obyczajności, trudno byłoby obronić racjonalność takiej kryminalizacji. Wydaje się bowiem, iż w tym wypadku ochrona obyczajności – rozumianej jako zgodność ze społecznie akceptowanymi wartościami moralnymi¹² – za pomocą instrumentów prawa karnego zbyt daleko ingeruje w wolność seksualną, która jest jednym z przejawów prawa do prywatności¹³.

⁹ Por. np. uchwałę SN z 19 maja 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7–8, poz. 37.

¹⁰ Por. A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 7, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 110–111.

¹¹ Tak np. M. Filar, w: O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006, s. 657; O. Górniok, w: O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, „Arche”, Gdańsk 1999, s. 181; J. Piórkowska-Fliieger, w: T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2008, s. 388; A. Zoll, *Ochrona prywatności w prawie karnym*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2000, nr 1, s. 225.

¹² Por. *Słownik języka polskiego*, <http://sjp.pwn.pl/>.

¹³ Por. A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Wolters Kluwer Polska – Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2006, s. 219–224.

Poszukując *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa, nie można poprzestać na ograniczeniu się do wniosków płynących z tytułu rozdziału kodeksu karnego, w którym zawarto przepis art. 201 k.k. Niekiedy bowiem uzasadnienie kryminalizacji nie wynika wprost z ustawy, a nawet nie jest przez ustawodawcę do końca rozpoznane. Ta druga sytuacja pojawia się zwłaszcza wówczas, kiedy dany typ przestępstwa przejmowany jest z poprzednio obowiązujących ustaw karnych, co nastąpiło właśnie przy przestępstwie kazirodztwa¹⁴. Warto więc rozważyć, czy identyfikowane w poprzednio obowiązującym ustawodawstwie karnym *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa pozostaje – chociażby w części – aktualne na gruncie obowiązującego kodeksu karnego.

Uzasadnieniem kryminalizacji kazirodztwa w kodeksach karnych z 1932 r. i 1969 r. był niewątpliwie tzw. argument eugeniczny. Wyrażał się on przede wszystkim w przekonaniu o wyższym ryzyku nieprawidłowości zdrowotnych u potomstwa pochodzącego ze związków krewniaczych¹⁵. W piśmiennictwie powstałym na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. tzw. argument eugeniczny jako *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa został zdecydowanie odrzucony¹⁶. Charakterystyczne jest jednak, że autorzy kwestionujący racje eugeniczne najczęściej w żaden sposób nie uzasadniali swego stanowiska, w szczególności poprzez odwołanie się do współczesnej genetyki¹⁷. W konsekwencji ich twierdzenia – niepoparte wynikami badań ani fachową literaturą z zakresu genetyki – uznać należy za arbitralne; ignorujące to, co sądzą na ten temat fachowcy – genetycy. Ci natomiast – w odróżnieniu od niektórych przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego – stwierdzają problem ułomności potomstwa pochodzącego ze związków kazirodczych.

Andrzej Joachimiak¹⁸ wskazuje na prezentowane w genetyce przypuszczenie, że łatwe do zaobserwowania zwiększenie częstotliwości ujawniania się warunkowanych recesywnie schorzeń dziedzicznych przy krzyżowaniu krewniaczym stanowi wy tłumaczenie tabu kazirodztwa. Z kolei P.C. Winter, G.I. Hickey i H.L. Fletcher¹⁹ kategorycznie stwierdzają, iż większość wypadków rzadkich chorób genetycznych występuje u potomstwa zrodzonego ze związków krewniaczych; badania zaś sugere-

¹⁴ Dotyczy to zwłaszcza kodeksu karnego z 1969 r., którego art. 175 kryminalizujący kazirodztwo różni się od swojego następcy jedynie ujęciem redakcyjnym.

¹⁵ Zob. np. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980, s. 703; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 303; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1979, s. 397; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 4 kwietnia 1991 r., II AKz 28/91, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 1991, nr 4, poz. 16.

¹⁶ Wśród nielicznych współczesnych polskich autorów, którzy odwołują się do tzw. argumentu eugenicznego, wskazać należy M. Bojarskiego, który uważa, iż „Artykuł 201 k.k. ma na celu ochronę obyczajności ukształtowanej wieloletnią tradycją, uwzględniającą przesłanki natury eugenicznej”. Zob. M. Bojarski, w: idem (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004, s. 452.

¹⁷ Np. A. Sakowicz (op. cit., s. 207) w trzydziestostronicowym wywodzie poświęconym kazirodztwu „rozstrzygnął” kwestię eugeniczną w jednym zdaniu („Teza o niepełnowartościowym potomstwie zrodzonym ze stosunków kazirodczych nie została potwierdzona”), nie powołując się przy tym na żadne dane genetyczne. Podobnie do tego problemu podszedł J. Warylewski (*Zakaz kazirodztwa...*, op. cit., s. 81), którego zdaniem przywoływanie tzw. argumentu eugenicznego dla uzasadnienia kryminalizacji kazirodztwa jest „nieodpowiedzialne, gdyż w ten sposób falsyfikuje się obiektywnie istniejącą rzeczywistość”.

¹⁸ A. Joachimiak, *Genetyka*, „Korona”, Kraków 1998, s. 24.

¹⁹ P.C. Winter, G.I. Hickey, H.L. Fletcher, *Genetyka*, przeł. J. Augustyniak et al., Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000, s. 213, 218.

rują, że w małżeństwach między krewnymi występuje od dwóch do dziesięciu razy więcej przypadków poronień i śmierci noworodków niż w małżeństwach niespokrewnionych. Według innej grupy autorów²⁰, którzy dokonali szerokiego przeglądu opublikowanych wyników badań, ryzyko negatywnych następstw dla zdrowia potomstwa ze związków kazirodczych jest prawdopodobnie od 7 do 31% wyższe od takiego ryzyka w populacji ogólnej²¹. W szczególności warto zwrócić uwagę na opublikowaną w tym opracowaniu tabelę²², która zawiera zestawienie wyników czterech badań²³ w zakresie anomalii stwierdzonych u kazirodczego potomstwa. Wynika z niej, iż spośród przebadanych łącznie 213 takich osób, tylko u 98 (46%) nie stwierdzono żadnych anomalii.

W świetle powyższych danych stwierdzić należy, że potomstwo ze związków krewniaczych obarczone jest wyższym ryzykiem nieprawidłowości zdrowotnych w porównaniu z populacją ogólną. Trudno jednak precyzyjnie ustalić skalę tego ryzyka, choć z pewnością nie można go określić jako minimalne, a w konsekwencji nieistotne. Kryminalizacja kazirodztwa może być zatem środkiem służącym ochronie – przynajmniej w sferze postulatywnej – przed spółdzeniem ułomnego potomstwa będącego wynikiem obcowania płciowego między krewnymi. Pamiętać jednak trzeba, że wobec kryminalizacji w art. 201 k.k. również obcowania płciowego między osobami pozostającymi w stosunku przysposobienia, w którym wyższe prawdopodobieństwo wad genetycznych potomstwa nie występuje, taka *ratio legis* nie jest wystarczająca. Tak zwany argument eugeniczny traci na znaczeniu także z tego powodu, iż art. 201 k.k. obejmuje swoim zakresem również takie obcowanie płciowe, które nie może doprowadzić do poczęcia dziecka (np. stosunki analne i oralne).

Nie umniejsza natomiast wagi tzw. argumentu eugenicznego fakt, że ustawodawca nie kryminalizuje innych relacji, w wyniku których może zostać zrodzone potomstwo o wyższym ryzyku ułomności, na co wskazuje poniżej C. Nowak²⁴. Jej zdaniem chodzi tu w szczególności o obcowanie płciowe osób upośledzonych umysłowo i dotkniętych wadami genetycznymi. Przede wszystkim nie przekonuje logika tej argumentacji, zgodnie z którą względy eugeniczne jako *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa nie są w pełni relewantne z tego tylko powodu, że ustawodawca nie kryminalizuje innych relacji seksualnych, mogących prowadzić do zrodzenia ułomnego potomstwa. Wniosek taki jest zbyt daleko idący i abstrahuje od fundamentalnych różnic między kryminalizacją kazirodztwa a kryminalizacją obcowania płciowego upośledzonych umysłowo i obarczonych wadami genetycznymi. Te dwie sytuacje są na tyle różne, że nie ma możliwości wyciągania uprawnionych wniosków z braku kryminalizacji jednej z nich na rzecz niecelowości kryminalizacji drugiej. Wymaga podkreślenia, że

²⁰ R.L. Bennett, A.G. Motulsky, A. Bittles, L. Hudgins, S. Uhrich, D.L. Doyle, K. Silvey, C.R. Scott, E. Cheng, B. McGillivray, R.D. Steiner, D. Olson, *Genetic counseling and screening of consanguineous couples and their offspring: recommendations of the National Society of Genetic Counselors, Journal of Genetic Counseling* 2002, t. 11 (2), s. 97–119.

²¹ Ibidem, s. 116.

²² Ibidem, s. 106.

²³ M.S. Adams, J.V. Neel, *Children of incest, Pediatrics* 1967, nr 40, s. 55–62; C.O. Carter, *Children of incest, Lancet* 1967, nr 1, s. 436; E. Seemanova, *A study of children of incestuous matings, Human Heredity* 1971, nr 21, s. 108–128; P.A. Baird, B. McGillivray, *Children of incest, Journal of Pediatrics* 1982, nr 101, s. 854–857.

²⁴ Zob. również J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, op. cit., s. 82.

kazirodztwo nie jest chorobą²⁵, ale świadomym wyborem danej osoby, która decyduje się na podjęcie obcowania płciowego z krewnym lub przysposobionym (przysposabiającym). Kryminalizacja takich praktyk prowadzi zatem do ograniczenia wolności seksualnej w dość wąskim zakresie, sprowadzającym się do zakazu obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry. W konsekwencji wolność ta może być realizowana w stosunku do wszystkich innych, dorosłych osób, które wyrażają na to zgodę. Zupełnie inaczej ma się natomiast rzecz z upośledzonymi umysłowo i dotkniętymi wadami genetycznymi. W tej sytuacji mamy bowiem do czynienia z osobami chorymi. Wprowadzenie zakazu obcowania płciowego takich osób z powodu zwiększonego ryzyka zrodzenia ułomnego potomstwa nie tyle ograniczyłoby ich wolność seksualną, ile zupełnie by ją wyłączyło. Nie mogłyby one bowiem podejmować obcowania płciowego z żadną inną osobą z powodu okoliczności od nich niezależnej, jaką jest choroba. W odróżnieniu od kazirodztwa nie mielibyśmy tutaj zatem do czynienia z dość wąskim ograniczeniem swobody wyboru partnera seksualnego, lecz z pełnym zakazem obcowania płciowego, przybierającym postać dyskryminacji ze względu na chorobę. Należy również zauważyć, że o ile – o czym będzie jeszcze mowa – zakaz kazirodztwa chroni prawidłowe funkcjonowanie rodziny, o tyle zakaz obcowania płciowego osób chorych sprzeciwiałby się ochronie tego dobra. Mógłby on bowiem istotnie utrudniać takim osobom założenie i utrzymywanie więzi rodzinnych, w których nie byłoby miejsca na poczęcie potomstwa.

Na gruncie poprzedniego stanu prawnego²⁶ i obecnie²⁷ *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa upatruje się w ochronie prawidłowych relacji rodzinnych. I choć niekiedy prezentowany jest pogląd, iż kazirodztwo nie jest przyczyną, lecz skutkiem nieprawidłowości w funkcjonowaniu rodziny²⁸, to chyba nie powinno budzić większych wątpliwości, że wystąpienie w danej rodzinie zjawiska kazirodztwa może pogłębiać erozję tej podstawowej komórki społecznej. Przykładem wynaturzenia relacji w rodzinie na skutek kazirodztwa jest zdarzająca się niekiedy sytuacja, kiedy kobieta – chcąc utrzymać pełną rodzinę – akceptuje związek męża z córką, przyjmując pozycję matki męża, podczas gdy córka odgrywa rolę jego żony²⁹. Zgodzić się zatem należy z B. Ślusarczyk³⁰, która stwierdza, iż stosunki kazirodcze – oprócz groźnych następstw eugenicznych – prowadzą do rozluźnienia bądź nawet zerwania podstawowych więzi rodzinnych.

²⁵ Zob. J. Gromska, J. Masłowski, I. Smoktunowicz, op. cit., s. 267.

²⁶ Zob. np. K. Buchała, op. cit., s. 703; J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych, Państwo i Prawo* 1992, z. 2, s. 83. Por. również J. Baranowski, *Ratio legis prawnokarnego zakazu kazirodztwa, Przegląd Prawa Karnego* 1990, nr 3, s. 67–68.

²⁷ Zob. np. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007, s. 392; M. Rodzyńkiewicz, op. cit., s. 561–562; A. Zoll, *Ochrona prywatności...*, op. cit., s. 225.

²⁸ Tak np. A. Sakowicz, op. cit., s. 225; J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, op. cit., s. 82; idem, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 940.

²⁹ Zob. J. Gromska, J. Masłowski, I. Smoktunowicz, op. cit., s. 271 i cytowana tam literatura. Por. również podany przez J. Warylewskiego przykład sprawy rozpoznawanej przed sądem w Jaworznie, w której matka nie miała nic przeciwko temu, aby córka współżyła z ojcem i pełniła funkcję „zastępczej żony”. Zob. J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, op. cit., s. 95.

³⁰ B. Ślusarczyk, *Przestępstwo z art. 175 k.k. w latach 1970–1975, Nowe Prawo* 1980, nr 9, s. 85.

Nie można natomiast uznać, iż *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa polega na ochronie małoletnich. Osoby takie nie są bowiem chronione przez art. 201 k.k., gdyż znamieniem stypizowanego tam przestępstwa nie jest małoletniość partnera obcowania płciowego. Ponadto małoletni poniżej lat 15 objęci są szerszą ochroną (w sensie zagrożenia sankcją karną) przez normy art. 200 k.k.³¹

W świetle powyższych rozważań nie można zgodzić się z kategorycznymi twierdzeniami J. Warylewskiego, iż art. 201 k.k. „nikogo ani niczego tak naprawdę nie chroni – stanowi wyłącznie atrapę”³². Przedmiotu ochrony tego przepisu doszukiwać się bowiem można nie tylko w obyczajności, lecz także we względach eugenicznych i gwarancji prawidłowego funkcjonowania rodziny. Z uwagi na to z większą rozwagą i wstrzeźliwością należy podchodzić do formułowania postulatów dekryminalizacji kazirodztwa, które w ostatnich latach stały się obowiązkowym elementem niemal każdego opracowania poświęconego temu przestępstwu³³.

Wskazanie *ratio legis* jest najbardziej kontrowersyjną kwestią związaną z przepisami kryminalizującymi relacje kazirodcze, zarówno na tle prawa polskiego, jak i obcego. Jest ono przy tym przedmiotem żywego zainteresowania doktryny, tak w Polsce, jak i w innych państwach.

Zgodnie z art. 155 kanadyjskiego k.k., karze podlegają stosunki kazirodcze w ramach bardzo wąsko określonej grupy podmiotów, obejmującej rodziców, dzieci, brata, siostrę, dziadka, babkę, wnuki, przy czym pojęcie „brat” i „siostra” dotyczy także rodzeństwa przyrodniego. Dzieci adoptowane chronione są przed wykorzystaniem seksualnym na podstawie innych przepisów, o szerszym zakresie zastosowania. Zachowanie zabronione na podstawie art. 155 kanadyjskiego k.k. polega wyłącznie na stosunku seksualnym, który definiowany jest jako penetracja waginalna, najmniejszego nawet stopnia, bez względu na to, czy nastąpiła ejakulacja. Z definicji tej wynika zatem jasno, że zakresem kryminalizacji przepisu dotyczącego kazirodztwa nie są objęte innego rodzaju czynności seksualne, w szczególności substytuty stosunku seksualnego. Ponadto przepis ten nie dotyczy stosunków homoseksualnych, które z natury rzeczy nie polegają na penetracji pochwy za pomocą penisa.

W świetle kanadyjskiego prawa karnego nie można uwolnić się od odpowiedzialności za przestępstwo kazirodztwa, wskazując, że druga strona wyrażała zgodę na stosunek seksualny. Okolicznościami wyłączającymi odpowiedzialność, które może przywołać oskarżony (*defences*), jest natomiast działanie pod przymusem, pod wpływem przemocy, a także ze strachu przed osobą, z którą odbyto stosunek seksualny (art. 155 ust. 3 k.k.).

Jako uzasadnienie kryminalizacji kazirodztwa w kanadyjskim prawie karnym podaje się ochronę stosunków rodzinnych, względy eugeniczne, ochronę psychicznej integralności członków rodziny, ochronę słabszych jednostek przed wykorzystaniem,

³¹ Por. A. Sakowicz, op. cit., s. 224–225; J. Warylewski, w: A. Wąsek (red.), op. cit., s. 940.

³² J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, op. cit., s. 80. Zob. również idem, w: A. Wąsek (red.), op. cit., s. 940–941.

³³ Zob. I. Rogowska, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo kazirodztwa*, *Studia Iuridica Lublinska* 2004, t. IV, s. 194; A. Sakowicz, op. cit., s. 226; J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, op. cit., s. 95–97; idem, w: A. Wąsek (red.), op. cit., s. 941.

a także względy związane z obyczajnością³⁴. Kwestia celowości kryminalizacji kazirodztwa nie jest jednak oczywista. W raporcie z 1978 r. dotyczącym przestępstw seksualnych kanadyjska Komisja Reformy Prawa (*Law Reform Commission of Canada*) opowiedziała się bowiem za dekryminalizacją kazirodztwa między wyrażającymi zgodę osobami dorosłymi. Komisja wskazała w szczególności, że ochrona stosunków rodzinnych nie powinna być regulowana przez prawo karne, natomiast wykorzystywanie lub przymuszanie do obcowania płciowego stanowi przedmiot regulacji innych przepisów karnych. Samo ryzyko wystąpienia wad genetycznych u potomstwa poczętego w wyniku stosunków kazirodczych nie uzasadnia zaś, zdaniem Komisji, interwencji prawnokarnej. Komisja podkreślała jednocześnie, że zaproponowane rozwiązanie, polegające na depenalizacji stosunków seksualnych między dorosłymi członkami rodziny, nie świadczy o pochwalaniu tego typu zachowań, ale jedynie o uznaniu, że kwestia ta nie powinna być regulowana za pomocą instrumentów prawnokarnych.

Zmiany proponowane przez komisję nie zostały jednak wprowadzone, jej stanowisko zaś skrytykowane w orzecznictwie³⁵. Wskazywano, że komisja nie dostrzega trudności praktycznych w rozpoznaniu różnicy między zgodą osoby a podporządkowaniem się, jak również nie bierze pod uwagę negatywnych skutków społecznych i fizycznych dla potomstwa ewentualnie poczętego w wyniku relacji kazirodziej. Debata nad problemem dekryminalizacji kazirodztwa w Kanadzie właściwie zamarła i raczej nie można spodziewać się zmian w tej materii.

Odnosząc się do kryminalizacji kazirodztwa w Australii, należy zauważyć, że aktualnie jest ono penalizowane w każdym ze stanów lub terytoriów australijskich. Jednakże, ze względu na specyfikę australijskiego systemu prawnego i brak jednolitego kodeksu karnego, poszczególne regulacje, jakkolwiek wykazujące liczne cechy wspólne, nie składają się na jedno przestępstwo kazirodztwa. Można mimo to wskazać kilka ich cech wspólnych³⁶. Po pierwsze, przepisy obowiązujące we wszystkich stanach odnoszą się zarówno do obcowania płciowego z małoletnimi (zwykle chodzi o osoby poniżej 16. roku życia), jak i między osobami dorosłymi. Po drugie, penalizowane zachowanie polega na stosunku seksualnym lub penetracji seksualnej, przy czym chodzi tutaj zarówno o relacje heteroseksualne, jak i homoseksualne. Po trzecie, w zdecydowanej większości stanów Australii kazirodztwo między osobami dorosłymi stanowi przestępstwo z uczestnikiem koniecznym, w którym obie strony mogą zostać uznane za sprawców tego czynu. Zróznicowana jest natomiast grupa osób objętych zakresem stosowania przepisów kryminalizujących kazirodztwo w poszczególnych stanach Australii. Z jednej strony w przepisach niektórych stanów mowa jest jedynie o krewnych biologicznych, takich jak rodzic, brat lub siostra (Południowa Australia); z drugiej strony, na przykład na mocy przepisów obowiązujących w Queenslandzie, za kazirodztwo uznaje się relacje między osobami połączonymi nie tylko jakkolwiek

³⁴ Por. J. Benseler, *The Criminalization of Incest in Canada*, mps przygotowany w 2007 r. dla Instytutu Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego Instytutu Maksa Plancka we Fryburgu w ramach porównawczego projektu dotyczącego kazirodztwa, s. 5.

³⁵ Sprawa *R. v. M.S.* z 1996 r., 111 C.C.C.

³⁶ Por. G. Cumes, *The Criminalization of Incest in Australia*, mps przygotowany w 2007 r. dla Instytutu Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego Instytutu Maksa Plancka we Fryburgu w ramach porównawczego projektu dotyczącego kazirodztwa, s. 19 i n.

więzią biologiczną i prawną (adopcyjną, rodzicielstwa zastępczego), ale nawet więzią faktyczną (np. konkubent matki).

Odnośząc się do zagadnienia *ratio legis* przepisów kryminalizujących kazirodztwo w prawie australijskim, należy zauważyć, że pierwotnie wskazywano tu na uzasadnienie eugeniczne i moralne³⁷. Ze względu jednak na poszerzenie kręgu osób objętych zakazem kazirodztwa i zaliczenie do niego w niektórych stanach także relacji faktycznych aktualnie uznaje się, że penalizacja tego rodzaju stosunków ma przede wszystkim na celu ochronę dzieci przed wykorzystywaniem seksualnym w rodzinie³⁸. Wysuwa się jednak również argumenty sprzeciwiające się kryminalizacji kazirodztwa³⁹. W szczególności wskazuje się – w odniesieniu do argumentu eugenicznego – że nie jest rolą prawa karnego minimalizować ryzyko urodzenia dzieci dotkniętych wadami genetycznymi ani kontrolować rozmnażanie ludzi, zwłaszcza że omawiana kryminalizacja obejmuje także osoby niespokrewnione. Podkreśla się ponadto, że prawo karne nie powinno wkraczać w sferę moralności, jeśli nie można wskazać szkody dla ogółu społeczeństwa. Prezentowana jest także teza, zgodnie z którą typizowanie przestępstwa kazirodztwa prowadzi do wypaczenia istoty czynu, o który tu w rzeczywistości chodzi, a którym jest wykorzystanie seksualne. Wskazywano w sposób niepozbawiony racji, że znamiona typu przestępstwa kazirodztwa skupiają się na definiowaniu natury relacji łączącej strony stosunku kazirodczego, implikując w sposób dorozumiany istnienie porozumienia między tymi stronami, co jest krzywdzące dla małoletnich oraz niewyrażających zgody osób dorosłych i prowadzi do ich stygmatyzacji⁴⁰, a także do przeniesienia akcentu z wykorzystania seksualnego na nieobyczajne zachowania między członkami rodziny.

W związku z powyższymi argumentami komisja pracująca nad modelowym australijskim kodeksem karnym (*Model Criminal Code Officers Committee*) rekomendowała w 1996 r. dekryminalizację kazirodztwa między wyrażającymi zgodę osobami dorosłymi. Wskazała, że prawo karne nie powinno ingerować w prywatne życie obywateli i zakazywać zachowań seksualnych, bez względu na to, jak wielki sprzeciw budzą i jak mocno mogą być potępione z moralnego punktu widzenia. Komisja podkreśliła także, że zachowania seksualne między wyrażającymi zgodę osobami dorosłymi, które nie polegają na nadużyciu lub wykorzystywaniu seksualnym, nie powinny stanowić przedmiotu regulacji prawnokarnej⁴¹.

Stanowisko komisji spotkało się z krytyką. Przywoływano interesujące i ważne argumenty, przykładowo zauważono, że propozycja komisji może powodować dekryminalizację takich relacji kazirodczych między osobami dorosłymi, które rozpoczęły się, gdy jedna ze stron była jeszcze nieletnia, i trwają z powodu strachu przed starszym sprawcą lub wynaturzenia zdrowych relacji rodzinnych. Pod wpływem krytyki

³⁷ Ibidem, s. 6.

³⁸ Z tego powodu komisja kodyfikacyjna stanu Wiktorii (*Victorian Law Reform Commission*) proponowała nawet zmianę nazwy typu przestępstwa z „kazirodztwa” na „wewnątrzrodzinną penetrację seksualną”. Propozycja ta na razie nie została wprowadzona w życie (ibidem, s. 6).

³⁹ Ibidem, s. 7.

⁴⁰ Por. B. McSherry, B. Naylor, *Australian Criminal Laws: Critical Perspectives*, Melbourne 2004, s. 237, cyt. za: G. Cumes, op. cit., s. 7.

⁴¹ MCCOC 1996 Discussion Paper, cyt. za: G. Cumes, op. cit., s. 8.

komisja zmieniła swą opinię, rekomendując utrzymanie kryminalizacji, pod warunkiem wyraźnego ustalenia jej granic⁴².

Analizując sytuację w USA, można wskazać, że obecnie kazirodztwo penalizowane jest we wszystkich stanach prócz Rhode Island, w którym zdekryminalizowano je w 1989 r. W większości stanów penalizacji podlegają stosunki między krewnymi biologicznymi oraz adoptowanymi, przy czym w prawie połowie z nich penalizacja dotyczy zarówno stosunków hetero-, jak i homoseksualnych. W ośmiu stanach karze podlegają stosunki hetero- i homoseksualne, ale wyłącznie między krewnymi biologicznymi, w innych dziesięciu zaś jedynie heteroseksualne stosunki między krewnymi.

Dla debaty nad *ratio legis* przepisów kryminalizujących kazirodztwo w USA istotne znaczenie miało stanowisko funkcjonującej pod koniec lat siedemdziesiątych komisji, która zajmowała się modelowym kodeksem karnym. Komisja ta zidentyfikowała pięć możliwych uzasadnień penalizowania relacji kazirodczych: względy religijne, genetyczne, związane z ochroną stosunków rodzinnych, wzmocnienie norm społecznych oraz ochrona przed przemocą seksualną.

Ważną rolę w poszukiwaniu uzasadnienia dla kryminalizacji relacji kazirodczych odegrało także orzecznictwo sądowe; problem *ratio legis* kazirodztwa, rozpatrywany w kontekście kolizji odpowiednich przepisów karnych z konstytucyjnie chronionym prawem do wolności osobistej, był bowiem w ostatnim czasie przedmiotem kilku znaczących orzeczeń sądów amerykańskich.

Za przełomowe dla regulacji problematyki wolności seksualnej w kontekście kolizji chronionych konstytucyjnie wartości należy uznać orzeczenie z 2003 r. w sprawie *Lawrence*⁴³. Sprawa ta nie dotyczyła zagadnienia kazirodztwa, lecz konstytucyjności obowiązujących w stanie Teksas przepisów, które zabraniały „dewiacyjnych stosunków płciowych” między osobami tej samej płci. Orzekający w tej sprawie Sąd Najwyższy USA uznał po raz pierwszy w historii, że ustawodawstwo oparte wyłącznie na ochronie moralności, a jako takie potraktował teksańskie przepisy penalizujące relacje homoseksualne, jest nie do utrzymania na gruncie amerykańskiej konstytucji. W szczególności sąd wskazał na wzrastającą społeczną świadomość, że ochronie konstytucyjnej podlega wolność osób dorosłych do decydowania o ich życiu prywatnym w zakresie związanym z seksem⁴⁴.

Orzeczenie w sprawie *Lawrence* ma istotne znaczenie dla problemu *ratio legis* kazirodztwa, powoływały się na nie bowiem osoby, które domagały się uznania penalizacji kazirodztwa za sprzeczną z konstytucją, wskazując, że narusza ona ich konstytucyjnie gwarantowaną wolność osobistą. W sprawie z 2005 r. dotyczącej dorosłego

⁴² Zakres kryminalizacji przepisu zaproponowanego przez komisję obejmował czyny polegające na penetracji seksualnej, dokonanej przez bliskiego członka rodziny lub wobec niego, przez które to pojęcie należy rozumieć wyłącznie krewnych biologicznych, mianowicie rodzica, dziecko, rodzeństwo (w tym przyrodnie), dziadków, babki oraz wnuki, natomiast nie krewnych adopcyjnych lub powinowatych. Szerzej zob. G. Cumes, op. cit., s. 9 i n.

⁴³ 123 S. Ct 2472 (2003).

⁴⁴ Por. E. Silverman, *The Criminalization of Incest in the United States of America*, mps przygotowany w 2007 r. dla Instytutu Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego Instytutu Maksa Plancka we Fryburgu w ramach porównawczego projektu dotyczącego kazirodztwa, s. 8 i 15.

rodzeństwa, które zawarło związek małżeński w stanie Wisconsin⁴⁵, Sąd Apelacyjny Siódmego Okręgu odmówił uznania stanowych przepisów kryminalizujących kazirodztwo za niezgodne z konstytucją. Podobne orzeczenie zapadło w 2007 r. w Kalifornii⁴⁶. Pozew o stwierdzenie niezgodności stanowych przepisów kryminalizujących kazirodztwo z konstytucją wniósł tam mężczyzna skazany za utrzymywanie stosunków seksualnych ze swą 18-letnią córką, twierdząc, że prawo ogranicza jego konstytucyjnie gwarantowaną wolność nawiązywania stosunków seksualnych z wyrażającą zgodę osobą płci przeciwnej. Kalifornijski Sąd Apelacyjny, przyjmując na potrzeby argumentacji, że istotnie stosunki seksualne między powodem a jego córką miały charakter dobrowolny, stwierdził jednak konstytucyjność przepisów kryminalizujących obcowanie płciowe między krewnymi przeciwnej płci. W szczególności wskazał, że inaczej niż w sprawie *Lawrence*, przepisy obowiązujące w Kalifornii służyły nie wyłącznie ochronie moralności publicznej (jak w Teksasie), ale także ochronie rodziny, ochronie osób przed wykorzystywaniem seksualnym przez innych członków rodziny oraz względem eugenicznym. Podobne orzeczenie zapadło w 2007 r. w stanie Ohio⁴⁷, przy czym Sąd Najwyższy tego stanu posunął się nawet dalej niż sąd kalifornijski, stwierdzając, że kryminalizacja kazirodztwa powinna mieć na celu nie tylko ochronę dzieci biologicznych, lecz także adoptowanych oraz pasierbów. Uzasadniając takie stanowisko, sąd interesująco wskazał, że w nowoczesnym społeczeństwie tradycyjna rodzina podlega przekształceniom, które powodują, że role rodzicielskie są często odgrywane przez osoby inne niż rodzice biologiczni, a zachowania seksualne takich osób skierowane wobec dzieci (zarówno małoletnich, jak i dorosłych) mogą być równie destrukcyjne jak zachowania rodziców biologicznych. Bazując na tym argumentacie, sąd utrzymał w mocy skazanie ojczyrna za utrzymywanie stosunków seksualnych z 22-letnią pasierbicą⁴⁸.

⁴⁵ Sprawa dotyczyła brata i młodszej od niego siostry, którzy byli rozdzieleni przez jakiś czas w dzieciństwie, po czym spotkali się mniej więcej w tym czasie, gdy kobieta osiągała pełnoletność. Następnie pobrali się i mieli trójkę dzieci. Władze zorientowały się w sytuacji dopiero w 1994 r., gdy para porzuciła jedno z dzieci u opiekunki. Władze stanu Wisconsin po trwającym pewien czas postępowaniu sądowym doprowadziły do pozbawienia rodzeństwa władzy rodzicielskiej nad potomstwem. W dalszej kolejności oboje zostali oskarżeni o utrzymywanie relacji kazirodziej i skazani na karę pozbawienia wolności. Po wyczerpaniu drogi sądowej zgodnie z prawem stanowym mężczyzna zwrócił się do sądu federalnego o uznanie przepisów kryminalizujących kazirodztwo za sprzeczne z konstytucją. Przegrał w pierwszej instancji. W postępowaniu odwoławczym, które toczyło się już po wydaniu orzeczenia przez Sąd Najwyższy w sprawie *Lawrence*, sąd uznał, że choć argumentacja wykorzystana w sprawie *Lawrence* może być stosowana retroaktywnie, nie ma jednak zastosowania do sprawy rodzeństwa z Wisconsin. Nie zostali oni skazani za stosunki homoseksualne, ale kazirodcze, zdaniem sądu zaś ze sprawy *Lawrence* nie wynika konstytucyjnie chronione prawo osobiste dorosłej osoby do angażowania się w dowolnego rodzaju zachowania seksualne, w tym kazirodcze. Jednocześnie jednak sąd wskazał, że w przyszłości takie stanowisko może się zmienić i że ze sprawy *Lawrence* można wywieść szersze implikacje dla przepisów kryminalizujących stosunki seksualne między osobami wyrażającymi na nie zgodę. Por. E. Silverman, op. cit., s. 8 i n.

⁴⁶ Sprawa *People v. Scott*, E039093, 2007 Cal. App. LEXIS 1939 (Cal. Ct. App. Nov. 27, 2007), por. ibidem, s. 10.

⁴⁷ Sprawa *State v. Lowe*, 861 N.E.2d 512 (Ohio), cert. denied, 128 S. Ct. 94 (2007), por. ibidem, s. 10 i n.

⁴⁸ W zdaniu odrębnym jeden z sędziów wskazał jednak, że w stanie Ohio dokonano dekryminalizacji stosunków seksualnych między wyrażającymi na nie zgodę osobami dorosłymi i że zgoda domniemanej ofiary powinna stanowić skuteczną ochronę przed oskarżeniami o kazirodztwo między dorosłymi. Por. ibidem, s. 11.

Podsumowując te rozważania, można zatem stwierdzić, że orzekające we wskazanych sprawach sądy odmawiały uznania kryminalizacji kazirodztwa za niekonstytucyjną, rozstrzygając kwestię kolizji wartości na korzyść innych dóbr niż wolność jednostki. Wydaje się zatem, że obecnie w USA za *ratio* kryminalizacji kazirodztwa należy uznać względy inne niż tylko odnoszące się do moralności, w szczególności związane z ochroną małoletnich i relacji wewnątrzrodzinnych.

Prawo jednostki do ochrony wolności, w tym seksualnej, i prywatności, które także na gruncie prawa polskiego są prawami podmiotowymi gwarantowanymi przez konstytucję, to znaczący argument, który przemawia za dekryminalizacją kazirodztwa. W państwach, których regulacje przedstawiono wyżej, przedkłada się inne względy nad wolność jednostki w kontekście kazirodztwa. Jednakże na przykład we Francji nie kryminalizuje się stosunków kazirodczych między wyrażającymi zgodę spokrewnionymi osobami dorosłymi. Na mocy k.k. z 1994 r., podobnie jak na mocy k.k. z 1810 r.⁴⁹, nie podlegają karze dobrowolne stosunki między dorosłymi krewnymi w linii prostej (wstępnymi i zstępnymi), jak również między krewnymi w linii bocznej (rodzeństwo), w tej ostatniej sytuacji pod warunkiem, że strony mają co najmniej 15 lat⁵⁰. Jednocześnie francuskie prawo karne przewiduje wzmocnioną ochronę osób małoletnich i słabszych. Należy bowiem wskazać, że pokrewieństwo (ale tylko gdy sprawca jest biologicznym lub adoptowanym wstępnym ofiary), sprawowanie władzy nad pokrzywdzonym (rozumiane jako wynikające z relacji biologicznej – np. ze strony wuja, lub faktycznej – sprawca jest konkubentem matki), szczególna sytuacja (bezradność) oraz małoletniość pokrzywdzonego (wiek poniżej 15 lat) stanowią okoliczności kwalifikujące, które prowadzą do zaostrzenia odpowiedzialności za popełnione wobec takich grup osób przestępstwa seksualne (art. 222–24⁵¹ i 222–28⁵² francuskiego k.k.)⁵³.

Powyższe uwagi wskazują, że we francuskim prawie karnym w odniesieniu do relacji między osobami dorosłymi za wartość przeważającą uznano wolność jednostki, przejawiającą się w wyrażeniu w sposób dobrowolny i uprawniony zgody na nawiązanie relacji seksualnych. Oznacza to, że we Francji wdrożono postulat dekryminalizacji dobrowolnego kazirodztwa między osobami dorosłymi, często wysuwany, jak wskazano wyżej, w innych krajach. Jednocześnie konflikt między wolnością a ochroną innych dóbr rozstrzygnięto na korzyść ochrony w odniesieniu do osób małoletnich, które zdaniem ustawodawcy francuskiego do czasu osiągnięcia pełnoletności nie są w stanie wyrazić w sposób uprawniony zgody na nawiązanie relacji seksualnej.

Wydaje się, że kwestia kryminalizacji kazirodztwa powinna być rozpatrywana co najmniej na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, pojawia się tu problem kolizji chronionych przez prawo karne wartości: wolności jednostki – w sytuacji gdy chodzi o dorosłego, suwerennego dysponenta dobrem, oraz innych wartości (interesu rodziny, interesu gatunku ludzkiego). Po drugie, rodzi się pytanie o celowość korzysta-

⁴⁹ Zob. na ten temat M. Véron, *Droit pénal spécial*, Paris 1976, s. 198 i n.

⁵⁰ Ibidem, s. 182.

⁵¹ Odnoszący się do przestępstwa zgwałcenia, które w świetle prawa francuskiego polega na doprowadzeniu do penetracji seksualnej przy użyciu przemocy, przymusu, groźby lub zaskoczenia (podstęp).

⁵² Odnoszący się do przestępstwa polegającego na doprowadzeniu do innej czynności seksualnej niż penetracja seksualna.

⁵³ Por. M. Véron, *Droit pénal spécial*, Paris 1998, s. 50.

nia z narzędzi prawnokarnych do regulacji tak wrażliwej sfery życia, jaką stanowią stosunki seksualne, przynajmniej jeżeli są nawiązywane dobrowolnie przez osoby dorosłe.

Rozważania poczynione w tym opracowaniu pozwalają stwierdzić, że przedmiotu ochrony przepisu art. 201 polskiego k.k. można się rzeczywiście doszukiwać – inaczej, niż twierdzą polscy autorzy – we względach eugenicznych, przynajmniej w odniesieniu do niektórych grup sprawców (to jest wyjąwszy relacje homoseksualne i między osobami niespokrewnionymi). Wskazując jako *ratio legis* kryminalizacji kazirodztwa tego rodzaju względy, jak czyni to wyżej P. Daniluk, nie można jednak abstrahować od problemu zasadności ingerencji prawnokarnej w tej materii. Należy bowiem postawić pytanie o celowość kryminalizacji kazirodztwa ze względów genetycznych w sytuacji, gdy nie podejmuje się podobnej interwencji w odniesieniu do innych grup czy też rodzajów relacji, w wyniku których może urodzić się potomstwo także obciążone większym niż przeciętne ryzykiem wad genetycznych. Z argumentacji eugenicznej mianowicie wynika, że *ratio* przepisów kryminalizujących kazirodztwo ma być ochrona przed ciężkimi chorobami potomstwa poczętego w rezultacie takich relacji. Ustawodawca nie uznaje jednak za wskazane przykładowo zakazywać kontaktów pomiędzy osobami upośledzonymi intelektualnie czy też dotkniętymi wadami genetycznymi⁵⁴. Wolność seksualna takich osób w odniesieniu do relacji z innymi osobami chorymi nie jest ograniczona przez przepisy prawa karnego, podczas gdy ryzyko wystąpienia negatywnych dla zdrowia dziecka konsekwencji może być wyższe⁵⁵ niż w odniesieniu do potomstwa poczętego w wyniku relacji kazirodczych. W tej sytuacji argument o kryminalizacji kazirodztwa jako służącej ochronie przed poczęciem dzieci obciążonych ciężkimi wadami genetycznymi nie wydaje się w pełni relewantny, a w każdym razie trudno znaleźć uzasadnienie dla zwiększenia ochrony potomstwa pochodzącego ze związków krewniaczych w stosunku do potomstwa poczętego ze związków między osobami dotkniętymi ciężkimi wadami genetycznymi. Można tu co prawda stwierdzić, że całkowity zakaz nawiązywania kontaktów seksualnych między osobami chorymi, a o takim mowa, byłby niehumanitarny i zbyt daleko idący. Jednocześnie jednak – pamiętając, że dobrem chronionym w tym aspekcie kryminalizacji kazirodztwa ma być dobro potomstwa narażonego na wystąpienie ciężkich chorób – nie można unikać faktu, że zakazuje się nawiązywania stosunków seksualnych osobom ze sobą spokrewnionym, chociaż owo ryzyko jest mniejsze, a uzasadnienie w dużej mierze odwołuje się do racji moralnych i obyczajowych. Argument dotyczący ochrony ewentualnego przyszłego potomstwa poczętego w wyniku relacji kazirodczych, które – jak wskazują genetycy – może być obciążone większym niż przeciętne ryzykiem zdrowotnym, nie znosi jednak całkowicie pytania o celowość i stopień intensywności ingerencji prawnokarnej, przynajmniej jeśli chodzi o stosunki między osobami dorosłymi.

Drugim znaczącym argumentem wysuwanym za kryminalizacją kazirodztwa, zarówno w doktrynie polskiej, jak i obcej, jest zapewnienie prawidłowego funkcyjono-

⁵⁴ Niezależnie oczywiście od wykorzystania seksualnego tych osób przez osoby w pełni sprawne, takie sytuacje bowiem podlegają penalizacji na podstawie art. 198 polskiego k.k., oraz relacji między osobą chorą a sprawną.

⁵⁵ Por. D.C. Van Dyke, D.M. McBrien, A. Sherbondy, *Issues of sexuality in Down syndrome, Down Syndrome Research and Practice* 1995, t. 3 (2), <http://www.ds-health.com/issues.htm>.

wania rodziny. Pojawia się tu jednak problem, w jakim stopniu prawo karne powinno w ogóle ingerować w stosunki rodzinne, przynajmniej w sytuacji, gdy nie zachodzi szkoda na osobie ani wymuszenie. Należy w szczególności postawić pytanie, jaki interes społeczny podlega ochronie prawnokarnej dzięki penalizacji dobrowolnie nawiązywanych relacji kazirodczych między dorosłymi członkami rodziny. W odniesieniu do takich relacji kwestię kolizji między wolnością jednostki a (domniemanym) interesem społecznym ustawodawca powinien raczej rozstrzygać na korzyść wolności jednostki.

W tej sytuacji kryminalizację relacji kazirodczych należy konstruować wokół innej *ratio*. Choćby taka fragmentaryczna analiza prawnoporównawcza, jak dokonana powyżej, pozwala stwierdzić, że w innych państwach za bardzo znaczący przedmiot ochrony przepisów kryminalizujących stosunki seksualne między osobami spokrewnionymi uznaje się dobro małoletnich. Na gruncie prawa polskiego, jak wskazuje wyżej P. Daniluk, ta kwestia raczej się nie pojawia, małoletniość nie jest bowiem wymieniona wśród znamion typu przestępstwa określonego w art. 201 k.k., obowiązuje za to art. 200 k.k., który ma na celu ochronę małoletnich przed wykorzystywaniem seksualnym i ochrona ta ma charakter wzmocniony w stosunku do ochrony płynącej z art. 201 k.k. Także w prawie polskim to właśnie potrzeba ochrony małoletnich powinna być jednak decydująca dla kształtu kryminalizacji relacji kazirodczych. Jeśli bowiem można wskazać dobro prawne, którego ochrona prawnokarna w kontekście kazirodztwa jest ze wszech miar celowa z punktu widzenia społecznego i nie wywołuje kontrowersji podobnych do względów eugenicznych, obyczajowych czy związanych z wolnością jednostki i prawem do prywatności, to jest to dobro małoletnich.

De lege ferenda należy zatem rozważyć, czy wzorem ustawodawcy francuskiego nie powinno się w polskim prawie karnym odstąpić od regulowania i reglamentowania kwestii związanych z wolnością seksualną osób dorosłych i dokonać całkowitej dekryminalizacji dobrowolnie nawiązywanych relacji seksualnych. Oznaczałoby to na gruncie prawa polskiego dekryminalizację dobrowolnego kazirodztwa między osobami dorosłymi. Jednocześnie jednak należałoby utrzymać, jeśli nawet nie wzmocnić, ochronę osób małoletnich przed wykorzystywaniem przez osoby im najbliższe, od których małoletni są w pewien sposób zależni w ramach rodziny (w szerokim znaczeniu, zarówno tradycyjnej, jak i rekonstruowanej oraz zastępczej)⁵⁶. *De lege ferenda* kryminalizację powinno się zatem konstruować wokół pokrewieństwa sprawcy przestępstwa seksualnego z małoletnim pokrzywdzonym, a także łączącej ich więzi prawnej – adopcyjnej lub rodzicielstwa zastępczego, oraz więzi faktycznej – wspólnego zamieszkiwania lub gospodarowania⁵⁷. Ze względu na konstrukcję polskich przepisów odnoszących się do przestępstw seksualnych wydaje się, że najtrafniejsze byłoby, aby okoliczności te stanowiły znamię kwalifikujące, wiążące się z zaostreniem odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 200 k.k.

⁵⁶ Chodzi o tzw. postacie rodzicielskie; pojęciem tym określa się w psychologii osoby, które dziecko postrzega jako osoby bliskie, wchodzące w skład jego rodziny, wspólnie z nim żyjące bądź od których dziecko jest faktycznie zależne. Szerzej na ten temat zob. M. Beisert, *Kazirodztwo. Rodzice w roli sprawców*, Wydawnictwo Naukowe „Scholar”, Warszawa 2008, s. 17 i n.

⁵⁷ Por. art. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. Nr 180, poz. 1493), zgodnie z którym za członka rodziny uważa się osobę najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., a także inną osobę wspólnie zamieszkującą lub gospodarującą.