

MAGDALENA BUDYN-KULIK

PRAWNOKARNA PROBLEMATYKA KAZIRODZTWA W UJĘCIU PATERNALISTYCZNYM

Na początku lat dwutysięcznych, napisałam, że po okresie niezwykle paternalistycznego państwa, jakim była PRL (przy czym postawa taka wynikała nie tyle z deklarowanej dbałości o dobro obywateli, co z potrzeby zwiększania kontroli nad nimi), nastąpił okres zachłyśnięcia się wolnością rozumianą jako szeroka możliwość samodzielnego kształtowania sfery prywatnej obywateli, co przejawiało się w postulatach ograniczania ingerencji państwa do absolutnego minimum. Obecnie obserwujemy powrót do pierwotnych tendencji. Zarówno w ramach ustawodawstwa krajowego, jak i, a może w szczególności, ponadnarodowego (Unia Europejska) uchwalane są przepisy coraz bardziej kazuistycznie regulujące stosunki społeczne. Z pewnością w niektórych dziedzinach taki sposób regulacji jest wręcz konieczny, jednak na gruncie prawa karnego, prowadzi to do nadmiernego paternalizmu państwa, a ponadto tworzy liczne problemy interpretacyjne.

Powszechnie termin ten rozumiany jest jako „uszcześliwienie” kogoś wbrew jego woli, czyli innymi słowy - podejmowanie działania mającego na celu czyjeś dobro, niezależnie od tego, czy ten ktoś sam zdaje sobie z tego sprawę.

Paternalizm ogranicza w jakimś zakresie swobodę jednostki (rozumianą umownie jako osoba fizyczna, prawna oraz zorganizowana grupa ludzi - obywateli państwa) i narusza jej prawo do prywatności¹. Jest naganny moralnie, ponieważ nie uwzględnia prawa jednostki do uczenia się kontrolowania coraz większej części własnego życia². Pomimo to, można go w

¹ Na temat prawa do prywatności w kontekście swobody rozporządzania niektórymi dobrami prawnie chronionymi por. M. Kulik, *Prawo do prywatności a karalność spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu za zgodą pokrzywdzonego*, Prokuratura i Prawo 1999, nr 10, s. 69-79 i powołana tam literatura.

² L. Doyal, *Medical Ethics and Moral Indeterminacy*. Journal of Law and Society 1990, Vol. 17, nr 1, s. 6.

niektórych przypadkach usprawiedliwić i uznać za niezbędny instrument wykorzystywany w procesie rządzenia przez państwo. Jest to tzw. prawny paternalizm (*legal paternalism*). Usprawiedliwia on interwencję państwa w celu ochrony jednostki przed nią samą lub - szerzej - doprowadzenie jej czy tego chce, czy nie, do osiągnięcia przez nią dobra³.

Wyróżniamy różne rodzaje paternalizmu: w stosunku do jednostki i do grupy, pośredni i bezpośredni⁴. Najważniejszy jest podział na tzw. słaby i mocny paternalizm⁵. Pierwszy polega na tym, że paternalista działa w imię dobra osoby, która z jakichś przyczyn sama nie jest zdolna do efektywnego działania we własnym interesie (czasem używa się tu terminu „pomoc w potrzebie”). Istnieją trzy grupy ludzi, których uważa się za niezdolnych do podjęcia racjonalnej decyzji - ze względu na zbyt młody wiek, zaburzenia lub chorobę psychiczną oraz deficyt intelektualny⁶. Natomiast pod pojęciem „mocny paternalizm” rozumie się działanie w imię dobra osoby, która ma wszelkie kwalifikacje ku temu, żeby samodzielnie decydować o sobie⁷. Paternalizm słaby należy uznać za usprawiedliwiony, ponieważ służy faktycznej ochronie osób narażonych w kontaktach społecznych na pokrzyw-

³ Pozornie – prawny paternalizm wydaje się oznaczać sprawowanie nieustannej kontroli przez państwo nad obywatelami z racji posiadania większej wiedzy o ich potrzebach, *in loco parentis* niejako. Takie ujęcie paternalizmu prowadzi do absurdu. Jeśli dorośli są stale traktowani jak dzieci, po pewnym czasie staną się do nich podobni. Pozbawieni prawa do decydowania o sobie, rychło utracą zdolność racjonalnego sądu i podejmowania samodzielnych decyzji. Nawet jeśli traktujemy paternalizm jako dokładną analogię stosunków rodzinnych, nie możemy zapominać, że prawidłowe wychowanie polega na tym, iż pozwala się dzieciom w odpowiednim czasie dorosnąć. J. Feinberg, *Legal Paternalism* [w:] Sardonis R. (red): *Paternalism*, Minneapolis 1983, s. 3-18.

⁴ J. Feinberg, *Legal Paternalism...*, s. 18; D. Brock, *Review Essay/A Case for Limited Paternalism*, *Criminal Justice of Ethics* 1985, Vol. 14, No 2, s. 80-86; P. Hobson, *Another Look at Paternalism*. *Journal of Applied Philosophy* 1984, Vol. 1, No 2, s. 296; N. Fotion, *Paternalism*, *Ethics* 1979, Vol. 89, No 3, s. 191-198; W. Sadurski, *Racje liberala. Eseje o państwie liberalno-demokratycznym*, Warszawa 1992, s. 60.

⁵ J. Feinberg: *Legal Paternalism...*, s. 18.

⁶ P. Hobson, *Another Look...*, s. 298.

⁷ Istnieje oczywiście w państwie pewna grupa zjawisk, które pozornie są paternalistyczne, ale w istocie takimi nie są, np. system pomocy - opieka medyczna. Organizacja tego typu przedsięwzięć przez państwo nie napotyka zazwyczaj na sprzeciw społeczny, gdyż zapewnia większą efektywność działania i nie ogranicza swobody obywateli do samostanowienia. Choć oczywiście zdarzają się wyjątki w tej mierze polegające np. na ograniczaniu inicjatywy jednostek w jakimś zakresie. Por. D. Brock, *Paternalism and Promotion the Good* [w:] R. Sartorius (red.), *Paternalism*, Minneapolis 1983, s. 237 i n.

dzenie, natomiast paternalizm mocny wykorzystywany jest przez państwo do osiągania znanych sobie celów politycznych pod pozorem dbałości o dobro obywateli i jako taki na usprawiedliwienie nie zasługuje. Paternalizm przestaje być usprawiedliwiony, gdy polega na pozbawianiu człowieka możliwości wyboru, będącego elementem realizacji własnej, mieszczącej się w ramach przepisów, nie naruszającej praw innych osób, koncepcji życia⁸.

Z pewnością istnieją wartości, leżące u podstaw funkcjonowania społeczeństwa, które zasługują na szczególną ochronę. Jednak niejednokrotnie prawo karne wykracza poza ten zakres, penalizując znacznie szersze spektrum zachowań niż niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa. Czy wystarczy aby zachowanie było złe moralnie w celu usprawiedliwienia jego kryminalizacji? Wyraźnie widać to zwłaszcza w odniesieniu do tzw. przestępstw seksualnych.

Nie wolno przy tym zapominać, że prawo karne jest instrumentem polityki państwa (w szerokim tego słowa znaczeniu)⁹. Paternalizm państwa przejawia się zatem przede wszystkim w prowadzonej przez państwo polityce karnej, która z kolei znajduje wyraz w części szczególnej kodeksu karnego. Preferowane przez ustawodawcę wartości uzyskują ochronę prawną poprzez kryminalizację czynów godzących w te dobra.

Istnieje wiele czynów spełniających znamiona czynu zabronionego, których kryminalizacja nie budziłaby kontrowersji, gdyby zamiast aksjologicznego uzasadnienia, podejmowanego w ramach jakiejś polityki, stosować uzasadnianie oparte na logice lub względach racjonalności. Albowiem od celów czy motywów kryminalizacji, a więc działań racjonalnych, należy odróżnić powody kryminalizacji, tzn. czynniki rzeczywiście skłaniające ustawodawcę do określenia zaliczenia pewnych zachowań do kategorii

⁸ P. Fennel, *Inscribing Paternalism in the Law: Consent to Treatment and Mental Disorder*, *Journal of Law and Society* 1990, vol. 17, nr 1, s. 29.

⁹ Interesujące jest to, że ideologia ulega zmianie, a regulacje prawne rzekomo na niej oparte - nie: w 1961 r. A. Gubiński pisał: „(...) w warunkach współczesnego życia, szczególnie w państwach typu socjalistycznego następuje ścisłe powiązanie i silniejsze wzajemne uwarunkowanie interesu zbiorowości i interesu jednostki. W związku z tym zwięża się w prawie karnym zakres dóbr, którymi jednostka może swobodnie rozporządzać, zezwalając na ich naruszenie.” A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*. Warszawa 1961, s. 78. Wynika z tego, że paternalistyczne tendencje państwa są ponadczasowe i niezależne ideologicznie. Jak słusznie zauważa L. Falandysz: jeżeli umiejętnie operuje się pojęciem interesu „publicznego” lub „społecznego”, można łatwo uzasadniać ograniczenie praw jednostki [w:] L. Falandysz, *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktymologii*, Warszawa 1980, s. 98.

przestępstw¹⁰. Mogą się one pokrywać z formalnym uzasadnieniem, jest to sytuacja optymalna, lub nie. Jeżeli przyczyną tego stanu jest nieuświadomienie sobie przez ustawodawcę tych rzeczywistych powodów, można to zaakceptować, natomiast niedopuszczalna jest sytuacja, gdy ustawodawca świadomie z różnych względów ukrywa te powody. Często dyskutując o powodach kryminalizacji zapomina się, że ustawodawca to konstrukt teoretyczny, a faktycznie jest to jakaś grupa ludzi, którzy myślą w określony sposób, mają własne poglądy, przekonania, a nierzadko i uprzedzenia. Dlatego oprócz racjonalnych powodów kryminalizacji, można znaleźć także irracjonalne, których źródłem są emocje.

L. Gardocki wyróżnia następujące grupy powodów kryminalizacji niektórych społecznie niepożądanych zjawisk (bo przecież nie wszystkie niepożądane społecznie zjawiska są przedmiotem zainteresowania prawa karnego - np. łamanie obietnic): ochrona dobra prawnego, utwierdzanie postaw moralnych, rozładowanie napięć społecznych, dyscyplinowanie społeczeństwa, kryminalizacja symboliczna i uproszczona oraz doktrynalna należące do powodów racjonalnych, a także kryminalizację emocjonalną¹¹.

Ustawodawca uznaje pewne dobro (życie, zdrowie, seksualność, wolność) za tak istotne dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, że chroni je, nawet wbrew jego woli. Istnieje katalog dóbr, którymi każdy może swobodnie dysponować (wiąże się to z zagadnieniem zgody pokrzywdzonego lub zezwolenia uprawnionego)¹². Do dóbr, którymi swoboda rozporządzania jest praktycznie wyłączona należy życie, znacznie ograniczona jest możliwość stanowienia o własnym zdrowiu - psychicznym i fizycznym oraz integralności cielesnej. Zachodzi tu konflikt interesów: z jednej strony są to dobra osobiste, ale z drugiej pośrednio znajdują się one w polu zainteresowania państwa, którego zadaniem jest zapewnienie ochrony porządku społecznego, zapewnienie poczucia bezpieczeństwa obywatelom¹³.

Wątpliwości budzi utwierdzanie postaw moralnych. Po pierwsze prawo karne nie powinno opierać się wyłącznie na moralności; poza tym trudna do uchwycenia jest granica między kryminalizacją mającą na celu promocję określonych postaw moralnych, a będącą skutkiem emocji wywołanych na-

¹⁰ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 42-85.

¹¹ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 42 i n.

¹² A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego*, PiP 1972, nr 3, s. 81-87; A. Szwarec, *Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*, Poznań 1975, s. 136-137.

¹³ Por. np. A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem?*, Przegląd Prawa Karnego 1992, nr 5, s. 92-93.

ruszaniem norm moralnych, zwłaszcza ze sfery obyczajowości seksualnej. Chociaż L. Gardocki zalicza tę grupę do powodów racjonalnych, mogą tu grać pewną rolę także czynniki irracjonalne¹⁴.

Aby dane zachowanie mogło zostać zagrożone sankcją, powinien istnieć określony stopień jego społecznej i moralnej niewłaściwości lub brak użyteczności. Przesłanki moralne nie powinny jednak stanowić jedynej przyczyny kryminalizacji danego zjawiska. Zupełność obowiązywania prawa powoduje bowiem, że mamy do czynienia z walidyzacją niezależności prawa i moralności *ex definitione*. Nie oznacza to jednak, że nie wchodzi ono w wielopłaszczyznowe reakcje z moralnością¹⁵. Państwo demokratyczne, świeckie jest (a przynajmniej powinno być) neutralne moralnie¹⁶. Wybór, zmiana i przestrzeganie zasad moralnych pozostawione jest swobodnemu uznaniu obywateli¹⁷.

Chociaż prawo karne jest niezależne walidacyjnie od moralności, wchodzi z nią w wielopłaszczyznowe reakcje¹⁸. Wyróżniamy pięć modeli relacji zakresu przedmiotowego prawa i moralności: dwa modele inkluzji, krzyżowania się i pokrywania¹⁹.

Nawet przy przyjęciu koncepcji powszechnej moralności²⁰ nie można z całą pewnością stwierdzić, że społeczności grozić będzie rozpad, jeśli zezwoli się na zachowania pewnego typu np. w ramach swobody seksualnej. Często kategorie zły - dobry są danemu zachowaniu narzucone przez fakt jego kryminalizacji lub jej brak, niezależnie od jego kwalifikacji moralnej samego zachowania. Dla określenia wagi przestępstwa nie ma większego znaczenia, czy dane zachowanie jest dobre, czy złe z punktu widzenia mo-

¹⁴ L. Gardocki: *Zagadnienia teorii...*, 42 i n.

¹⁵ W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, s. 157 i n.

¹⁶ Neutralność moralną państwa można rozumieć jako zapewnienie przez państwo wyznawcom różnych koncepcji moralnych jednakowych szans ich realizacji lub jako neutralność interpretacji motywacyjnej (oznacza to, że ustawodawca powinien się kierować względami racjonalności, a nie preferencji dla danego systemu moralnego). W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa*, PiP 1990, nr 7, s. 28-41.

¹⁷ W. Sadurski, *Neutralność moralna...*, s. 28-41.

¹⁸ W. Lang, *Prawo...*, s. 157 i n.

¹⁹ W. Lang, *Prawo...*, s. 131-139; A. Wąsek, *Prawo karne - minimum moralności?*, *Annales UMCS*, Lublin 1984, Sectio G, Vol. XXXI 3, s. 12-43; A. Wąsek, *W kwestii tzw. odmoralizowania prawa karnego*, *Studia Filozoficzne* 1985, nr 2, s. 225 i n.

²⁰ H. Morris, *Paternalistic Theory of Punishment*. [w:] R. Sartorius (red.), *Paternalizm*, Minneapolis 1983, s. 139-152. Odmiennie - M. Ossowska, *Zagadnienie powszechnie uznanych norm moralnych*, *Studia Filozoficzne* 1957, nr 3, s. 80-96; J. Q. Wilson, *The Moral Sense*, New York 1993, s. 13-15.

ralności. Jeżeli dane zachowanie zostaje rozpoznane jako naruszające normę oznacza to tylko tyle, że taki odbiór tego zachowania jest powszechnie utrwalony²¹. Są oczywiście czyny, których kwalifikacja moralna i prawna się pokrywa (zabójstwo, zgwałcenie, etc.), ale jest wiele form zachowania kontrowersyjnych pod tym względem, w stosunku do których termin „zły” nie musi oznaczać społecznej czy moralnej nieprawidłowości. W takich przypadkach przyjęcie pewnego standardu społecznego, według którego wprowadza się kryminalizację określonych zachowań zależy od ideologii (systemu wartości) wyznawanej przez grupę rządzącą; tak, aby najbardziej efektywnie służyło to jej celom. W ten sposób prawo karne wpływa na postrzeganie i akceptację norm moralnych. W systemach autorytarnych ideologia, a co za tym idzie powody i cele kryminalizacji, co najwyżej w niewielkim stopniu przystaje do systemu wartości (moralnego) preferowanego przez ogół obywateli²². Prawo karne zawiera wówczas więcej typów przestępstw o charakterze ideologicznym. W państwach o ustroju demokratycznym oddziaływanie na społeczeństwo poprzez prawo karne jest subtelniejsze, ponieważ system wartości leżący u jego podstaw, przynajmniej pozornie, odzwierciedla powszechną moralność. Nie we wszystkich dziedzinach prawa karnego jest to takie jasne. Nadal trwa dyskusja co do zakresu prawa karnego w sprawy m.in. moralności seksualnej.

W słynnej dyskusji pomiędzy H.L.A. Harte'm i lordem Devlinem ten ostatni twierdził, że społeczeństwo jest uprawnione do wykorzystywania prawa karnego przeciw zachowaniom mogącym zagrozić jego egzystencji. W każdym społeczeństwie istnieje bowiem powszechna moralność, która gwarantuje jego spójność²³. Jednakże, skoro jak wskazano wyżej, państwo demokratyczne, świeckie jest (a przynajmniej powinno być) neutralne moralnie²⁴, wybór, zmiana i przestrzeganie zasad moralnych pozostawione jest swobodnemu uznaniu obywateli²⁵. Nie oznacza to jednak, że państwo preferuje amoralność. Aby móc stworzyć spójny system prawny musi przyjąć jakąś ideologię w tej mierze, najbardziej zbliżoną, czy naj-

²¹ H. Morris, *Paternalistic...*, s. 139-152; por. jednakże M. Ossowska, *Zagadnienie...*, s. 80-96; J. Q. Wilson, *The Moral...*, s. 13-15.

²² M. Żmigrodzki, M. Chmaj, *Spółeczeństwo, państwo, władza*, Lublin 1995, s. 75-83.

²³ H. Morris, *Paternalistic Theory of Punishment*. [w:] R. Sartorius (red.), *Paternalizm*, Minneapolis 1983, s. 139-152. Odmiennie - M. Ossowska, *Zagadnienie powszechnie uznanych norm moralnych*, *Studia Filozoficzne* 1957, nr 3, s. 80-96; J. Q. Wilson, *The Moral Sense*, New York 1993, s. 13-15.

²⁴ Por. przypis 16.

²⁵ W. Sadurski, *Neutralność...*, s. 28-41.

bardziej możliwą do zaakceptowania przez większość obywateli, innymi słowy zgodną z moralnością powszechną. Wszelkie dewiacje wykraczające poza ramy tej moralności prawdopodobnie spowodują szkody społeczne. Z tych powodów można usprawiedliwić, czy nawet uzasadnić niezbędność penalizacji zachowań niemoralnych. Nawet jednak przy przyjęciu koncepcji powszechnej moralności nie można z całą pewnością stwierdzić, że społeczności grozić będzie rozpad, jeśli zezwoli się na zachowania pewnego typu np. w ramach swobody seksualnej. Chodzi tu przede wszystkim o to, aby zapewnić wszystkim obywatelom poczucie jednakowego traktowania w przypadku, jeśli ich dobro zostanie naruszone. Zakaz danego postępowania ma wynikać nie z moralnej dezaprobaty dla systemu sankcjonującego dane postępowanie, lecz z przekonania ustawodawcy, że takie działanie pozwalałoby uprawnionej osobie na dominację nad innymi, stwarzając jej uprzywilejowaną pozycję.

Przesłanki moralne nie powinny stanowić jedynej przyczyny kryminalizacji danego zjawiska. Aby dane zachowanie mogło zostać zagrożone sankcją, powinien istnieć określony stopień jego społecznej i moralnej niewłaściwości lub brak użyteczności. W zależności od przyjętej opcji politycznej zakłada się określony rodzaj przyczyn, np. jedynie ekonomiczne, za wystarczający dla zastosowania represji karnej.

Na tym tle warto przyjrzeć się problematyce kryminalizowania kazirodztwa, czyli obcowania cielesnego pomiędzy bliskimi krewnymi. Należy tu odzielić wyraźnie pewne kwestie. Kryminalizację kazirodztwa można postrzegać jako przejaw paternalizmu państwa. Nawet, gdyby przyjąć tę koncepcję, to niewątpliwie (przynajmniej w pewnej części) przede wszystkim w stosunku do małoletnich, jest to tzw. paternalizm słaby, całkowicie uzasadniony. Rozważania poniższe dotyczą paternalizmu mocnego, czyli stosunków cielesnych między dorosłymi bliskimi krewnymi. Kodeks karny w art. 201 takie zachowanie kryminalizuje. Jakie są przyczyny takiego stanu rzeczy?

Niewątpliwie za umieszczeniem tego typu czynu zabronionego w kodeksie karnym przemawia tradycja. W kodeksie karnym z 1932 r. odpowiednikiem dzisiejszego przepisu art. 201 k.k. był art. 206, umieszczony w rozdziale XXXII, zatytułowanym „Nierząd”. Zabraniał on spółkowania z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą. Zagrożony był karą więzienia od 6 miesięcy do 5 lat. W literaturze podkreślano, że przedmiotem ochrony jest tu „ochrona gatunku przed endogamią prowadzącą do zwyrodnienia rasy”²⁶.

²⁶ J. Makarewicz, *Kodeks karny. Komentarz*, Lwów 1938, s. 490.

W kodeksie karnym z 1969 r. przestępstwo kazirodztwa uregulowane zostało w art. 175, zamieszczonym w rozdziale XXIII, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obyczajności”. Do jego znamion należało dopuszczenie się obcowania płciowego z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą albo z osobą pozostającą w stosunku przysposobienia. Zagrożony był karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat. Umieszczenie tego przestępstwa w rozdziale przestępstw przeciwko obyczajności, wyraźnie wskazywało na przedmiot ochrony. Odmiennie niż miało to miejsce w kodeksie karnym z 1932 r., na plan pierwszy wysuwała się tu ochrona moralności, a nie względy eugeniczne.

W kodeksie karnym z 1997 r., przestępstwo kazirodztwa znajduje się w rozdziale XXV, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Z pewnością jednak to nie potrzeba wolności seksualnej zdecydowała o tym, że zachowanie z art. 201 k.k. podlega karze. Przeciwnie, przepis ten wyraźnie wolność seksualną, rozumianą jako swobodę kształtowania w dowolny sposób, niepowodujący pokrzywdzenia innych osób, ogranicza. Trzeba pamiętać, że do znamion tego przestępstwa nie należy przemoc, groźba bezprawna, podstęp, wykorzystanie stosunku zależności etc. Zachowanie opisane w tym przepisie podlega karze, tylko ze względu na relację istniejącą pomiędzy osobami, które takie zachowanie podejmują.

Tradycyjnie podawano, że za karalnością kazirodztwa przemawiają względy eugeniczne²⁷. Jednakże obecnie także i to uzasadnienie budzi poważne wątpliwości. Warto wskazać na dwa argumenty - obcowanie płciowe między krewnymi podlega karze nawet wtedy, gdy nie może doprowadzić do poczęcia (stosunki homoseksualne lub akt płciowy inny niż spółkowanie)²⁸, a ponadto - kryminalizowane jest również obcowanie płciowe między osobami, których nie łączy pokrewieństwo biologiczne (przysposobiony -

²⁷ J. Baranowski, *Ratio legis prawnokarnego zakazu kazirodztwa*, PPK 1990, nr 3, s. 62; J. Leszczyński, *Przestępstwa tzw. seksualne w projekcie polskiego kodeksu karnego*. (wersja z grudnia 1991 r.), *Palestra* 1992, nr 9-10, s. 34; J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, PiP 1992, nr 2, s. 83-84.

²⁸ B. Madeja, *Obcowanie płciowe jako znamię przestępstwa*, *Nowe Prawo* 1989, nr 2-3, s. 147-155; J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym*, PS 2001, nr 5, s. 79; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 703; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 87; M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa-Poznań 1974, s. 80; M., Filar, *Pojęcie „czynu nierządneho” w kodeksie karnym*, *Palestra* 1973, nr 2, s. 11; J. Warylewski, *Z zagadnień karnoprawnej ochrony małoletnich przed wykorzystywaniem seksualnym*, PS 2000, nr 2, s. 115-116.

przysposabiający). Uzasadnianie kryminalizacji kazirodztwa szkodliwymi skutkami genetycznymi jest jedynie próbą racjonalizacji tabu²⁹. Najlepszym dowodem słuszności tej tezy jest to, że kazirodztwo stanowiło czyn zakazany przez prawo na długo przedtem zanim odkryto istnienie genów³⁰. Z drugiej zaś strony, ustawodawca nie kryminalizuje spółkowania osób dotkniętych chorobami dziedzicznymi. Pamiętać również należy, że urodzenie dzieci z wadami genetycznymi nie wynika bezpośrednio z samego faktu współżycia z bliskim krewnym. Zjawisko to bardzo często ma miejsce w rodzinach patologicznych, gdzie warunki bytowe są nienajlepsze, a jedno lub obydwój rodzice nadużywa alkoholu. Działa zatem wiele czynników patogennych. Obcowanie płciowe między bliskimi może doprowadzić oczywiście do powstania wad genetycznych, ale zwykle następuje to w wyniku długotrwałego procesu. Dzieje się tak w wyniku braku dopływu „nowych” genów, spoza małej puli (dryf genetyczny, tzw. chów wsobny). Pamiętać należy, iż zjawisko to pojawia się nie tylko w przypadku długotrwałego obcowania płciowego bliskich krewnych ze sobą. Dzieje się tak w każdej niewielkiej, zamkniętej społeczności³¹.

Ponadto kryminalizowane jest przecież także obcowanie płciowe między osobami, których nie łączy pokrewieństwo biologiczne (przysposobiony - przysposabiający). Pamiętać należy również o tym, że w dzisiejszych czasach - w dobie antykoncepcji, prokreacyjna funkcja seksu zesłała na dalszy plan.

Powstaje pytanie, czy można upatrywać przyczyn kryminalizacji kazirodztwa w ochronie prawidłowych relacji rodzinnych. Również w tym przypadku odpowiedź nie jest prosta. Obcowanie płciowe w obrębie najbliższej rodziny jest raczej następstwem niewłaściwego funkcjonowania rodziny, a nie jego przyczyną. Jeżeli relacje pomiędzy członkami najbliższej rodziny zbudowane są w oparciu o prawidłowe wzorce, z poszanowaniem zasad moralnych i współżycia społecznego, nie dojdzie raczej do zachowania tak sprzecznego z pojęciem i funkcją rodziny. K. Banasik uważa w związku z tym, że karanie partnerów seksualnych z art. 201 k.k. nie tylko nie ocali komórki rodzinnej, w której oni funkcjonują lecz doprowadzi do ostatecznego jej rozbicia. Tacy partnerzy potrzebują fachowej pomocy psy-

²⁹ M. Filar [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.): *System prawa karnego*. Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź, Wrocław 1989, s. 190.

³⁰ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii...*, s. 59.

³¹ W kwestii prowadzonych badań dotyczących kazirodztwa - por. B. Ślusarczyk, *Z problematyki kazirodztwa (charakterystyka rodzin, w których ujawniono fakty współżycia kazirodczego)*, SKKiP 1977, t. 6, s. 131-140.

chologiczno-seksuologicznej, a nie kary³². Nie widzi zasadności uznawania za przedmiot ochrony dobra rodziny także J. Warylewski³³. Jako argument przeciwko tej koncepcji można uznać również i to, że ustawodawca nie zakazuje np. pobudzania popędu w relacjach rodzinnych, zabrania tylko demonstrowania istnienia takich nieprawidłowych stosunków w postaci obcowania płciowego³⁴.

Może zatem przyczyny kryminalizacji kazirodztwa dadzą się „odkodaować” poprzez ustalenie przedmiotu ochrony. Rodzajowym dobrem chronionym jest tu wolność seksualna i obyczajność. Wolność seksualna nie jest tu z pewnością indywidualnym przedmiotem ochrony. Czy jest nim obyczajność?

SN zdefiniował obyczajność jako podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych³⁵. Nie jest to najtrafniejsza definicja. Takie określenie przedmiotu ochrony czynu zabronionego z art. 201 k.k. budzi relatywnie niewiele zastrzeżeń. Chociaż i tu można znaleźć poglądy kwestionujące takie jego określenie. Gdyby bowiem faktycznie ustawodawca chciał chronić „dobre obyczaje” i „moralność”, powinien także kryminalizować stosunki pozamałżeńskie czy przedmałżeńskie. Z drugiej jednak strony, można przyjąć, iż prawo karne nie stoi na straży wszystkich zasad moralnych, a jedynie niektórych, np. tych których nieprzestrzeganie uważa za szczególnie niewłaściwe.

Z pewnymi zastrzeżeniami, przyjąć trzeba chyba, że przedmiotem ochrony czynu zabronionego z art. 201 k.k. jest przede wszystkim obyczajność (moralność), a także chyba jednak prawidłowe funkcjonowanie rodziny.

Rację chyba należy w tej mierze przyznać L. Gardockiemu, który wskazuje na emocjonalny charakter powodów kryminalizacji tego zachowania³⁶. Trudno również całkowicie odrzucić pogląd J. Warylewskiego, zdaniem którego przepis art. 201 k.k. w rzeczywistości nikogo ani niczego z wyjątkiem „dobrego samopoczucia ustawodawcy” nie chroni³⁷. O słuszności stwierdzenia, że przepis ten niczego nie chroni, czy ściśle biorąc - nie chro-

³² K. Banasik, *W kwestii penalizacji kazirodztwa*, Prok. i Pr. 2011, nr 4, s. 69.

³³ J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, s. 82.

³⁴ J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, s. 80.

³⁵ Uchwała SN z dn. 13.04.1977, VII KZP 30/76, OSNKW 1977, z. 6, poz. 136.

³⁶ L. Gardocki, *Prawo karne*. Warszawa 2009, s. 264; por. także M. Budyn, *Kryminalizacja eutanazji, posiadania narkotyków oraz eksploatacji prostytutki – przejawy usprawiedliwionego paternalizmu państwa?*, Annales UMCS, sectio G, Prawo, Lublin 2002, s. 128 i n.

³⁷ J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, s. 80.

ni żadnego dobra, którego nie chroniłyby inne przepisy, świadczy istnienie w rozdziale XXV k.k. przepisów art. 200 k.k. (chroni prawidłowy rozwój seksualny małoletniego), art. 197 k.k. (dobrowolność wchodzenia w relacje seksualne, w tym także - pomiędzy członkami najbliższej rodziny - art. 197 § 3 pkt 3), art. 198 (wolność seksualną osoby bezradnej lub upośledzonej), art. 199 (swobodę podejmowania decyzji w sprawach seksualnych, wolną od jakiegokolwiek presji).

Ponadto daje się tu zauważyć pewną niekonsekwencję ustawodawcy - przestępstwo zgwałcenia, charakteryzujące się większą społeczną szkodliwością (choćby ze względu na brak zgody pokrzywdzonego) jest przestępstwem bezwzględnie wnioskowym (i słusznie). Natomiast przestępstwo kazirodztwa, którego racjonalne ratio legis trudno ustalić, czyn zabroniony, który i „sprawca”, i „ofiara” popełnia z własnej woli - ścigane jest z urzędu. Stanowczo zbyt daleko posuwa się ustawodawca w dbaniu o dziwnie rozumianą „czystość moralną” społeczeństwa. Niewątpliwie można traktować przepis art. 201 jako przejaw paternalizmu państwa³⁸.

De lege ferenda pojawiają się od wielu lat głosy, aby usunąć przepis art. 201 z kodeksu karnego. Argumentuje się, że trudno znaleźć racjonalne, oparte na nauce, a nie emocjach uzasadnienie kryminalizowania takich zachowań.

Autorka niniejszego artykułu opowiadała się swego czasu za usunięciem tego przepisu jako samoistnego typu przestępstwa, a za wprowadzeniem do przepisu art. 200 § 1 k.k. oraz art. 197 k.k. jako znamienia kwalifikującego okoliczności obcowania z bliskim krewnym. Można powiedzieć, że ustawodawca częściowo zrealizował te postulaty. Jednakże rozwiązanie, które przyjął (wprowadzenie nowego typu zgwałcenia kwalifikowanego - art. 197 § 3 pkt 3 k.k.) przy pozostawieniu w niezmiennym brzmieniu przepisu art. 201 k.k. nie jest najszcześniejsze.

Obserwując jednakże zmiany w życiu społecznym, autorka doszła do wniosku, że utrzymywanie w kodeksie karnym tego typu czynu zabronionego ma sens. Z pewnością utrzymywanie kontaktów seksualnych z bliskimi krewnymi (zwłaszcza w linii prostej) od wieków stanowiło tabu społeczne³⁹. U jego podstaw leżały jednak racjonalne argumenty. Krzyżowanie się w obrębie małej, zamkniętej grupy mogło grozić w dłuższej perspektywie powstaniem różnego rodzaju deformacji (czego najwyraźniejszym dowodem są defekty, zarówno fizyczne, jak i psychiczne liczenie pojawiające się wśród członków dynastii np.

³⁸ M. Budyn, *Paternalizm w prawie karnym - wybrane zagadnienia*, PPK 2003, nr 22, s. 59-70.

³⁹ J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa...*, s. 70-80.

Merowingów). Chociaż nie znano pojęcia „genu”, jednak najprawdopodobniej w wyniku obserwacji umiano wyciągnąć właściwe wnioski (należy zauważyć, iż w obyczajowości starożytnej istniało wiele zwyczajów, dziś trudnych do zaakceptowania, które również miały służyć zapobieżeniu niekorzystnym zmianom genetycznym - np. tzw. prawo gościnności). Z pewnością, jak już pisałam, obecnie ten argument z wielu powodów należy uznać za nietrafny.

Owo tabu funkcjonowało od wieków w większości społeczeństw. Należy zauważyć, że nawet tam, gdzie z pewnych racji politycznych zachowania takie pojawiały się (np. małżeństwa władców - pomiędzy rodzeństwem w starożytnym Egipcie), nie stawały się przez to jednoznacznie akceptowane i zwykle nie były one powszechnie powielane. Z tego względu to tabu miało wpływ na ukształtowanie zasad moralnych, wchodzących w skład tzw. powszechnej moralności. W społeczeństwie, w którym zasady moralne są wyraźnie określone nie budzi wątpliwości naganność takiego postępowania, co z kolei powoduje potępienie tego rodzaju zachowań. Prawo karne nie zawsze musi stać na straży przestrzegania takiej normy moralnej. Jednakże mamy do czynienia z sytuacją, gdy coraz bardziej rozwarstwia się moralność prywatna (normy i wartości uznawane przez jednostkę za ważne i przestrzegane przez nią) od moralności powszechnej („oficjalnie” przyjmowane wartości i normy). Nie wypada publicznie w nowoczesnym (czy - ponowoczesnym) społeczeństwie, zwłaszcza w pewnych jego kręgach, np. artystycznych głośno przyznawać się do wierności tradycyjnym (w znaczeniu - przestarzałym) zasadom. Nie ma czytelnego komunikatu odnośnie do oceny moralnej pewnych zachowań (np. kazirodcza relacja przedstawiona w filmie nie zostaje potępiona), co zwłaszcza dla osób z niewykształconą jeszcze hierarchią wartości moralnych może być niebezpieczne. Z tego względu prawo karne nabiera charakteru „porządkującego”. Ustawodawca jasno i wyraźnie informuje - takie zachowanie jest niewłaściwe, zasługuje na potępienie i ukaranie. Dlatego nie można zgodzić się z poglądem, że „z pełnym spokojem możemy odesłać >>obyczajność<< do karnoprawnego lamusa”⁴⁰.

Wydaje się jednak, że ustawodawca powinien w sposób kompleksowy tę kwestię uregulować. W obecnym kształcie (przy nowym brzmieniu art. 197 § 3 pkt. 3 k.k.), uregulowanie stosunków kazirodczych jest niejasne, budzi problemy kwalifikacyjne (zwłaszcza na gruncie zbiegu przepisów ustawy). Nadal sądzę, że *de lege ferenda* potrzebne są tu zmiany. Pamiętać trzeba, że ustawodawca w art. 201 k.k. zakazuje jedynie obcowania płciowego między bliskimi krewnymi, ale nie - wykonywania czy poddawania się innej czynności seksual-

⁴⁰ W. Łuniewski, *O kryminalizacji przejawów pedofilii*, Palestra 2003, nr 5-6, s. 97.

nej. Być może jakimś rozwiązaniem byłaby zmiana brzmienia przepisu art. 201 k.k. tak, by przepis nie tyle zabraniał obcowania płciowego z bliskim krewnym, co afiszowania się z takimi zachowaniami, propagowania ich itp. W ten sposób dobrem chronionym stałaby się właśnie obyczajność. Chociaż bowiem tytuł rozdziału XXV k.k. mówi o „obyczajności”, w odniesieniu do przestępstwa z art. 201 k.k. chodzi raczej o obyczajowość. Obyczajowość odnosi się do sfery zachowań (ogół powszechnie przyjętych, tradycyjnych obyczajów, właściwych danemu środowisku; sposób zachowywania się wynikający z uznania określonych norm towarzyskich i moralnych)⁴¹. Obyczajność zaś to płaszczyzna ocen odnoszących się do tych zachowań (zgodny z powszechnie przyjętymi normami moralnymi⁴²). W ten sposób wyjaśniłaby się kwestia zarówno dobra chronionego, jak i pokrzywdzonego. Obecnie kazirodztwo należy do tzw. przestępstw konsensualnych („bez ofiar”)⁴³. Skoro dwie dorosłe osoby wchodzi z sobą dobrowolnie w relację seksualną, żadnej z nich nie dzieje się krzywda. Nawet z formalnego punktu widzenia trudno jest tu któremuś z uczestników jednoznacznie przypisać jedną z tych ról.

Zakaz obcowania płciowego z bliskimi krewnymi ma z pewnością długą tradycję i jest głęboko zakorzeniony w polskiej tradycji. Tym niemniej jego dalsze utrzymywanie w obecnym kształcie nie wydaje się rozwiązaniem słusznym, zwłaszcza po wprowadzeniu nowego typu zgwałcenia kwalifikowanego z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. Umieszczenie tego typu czynu zabronionego wśród przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności powoduje liczne trudności interpretacyjne, zwłaszcza w odniesieniu do ustalenia przedmiotu ochrony. Całkowita dekryminalizacja tego przestępstwa byłaby może zabiegiem nieco ryzykownym. Mogłoby to bowiem zostać odebrane przez ogół społeczeństwa jako wyraz akceptacji przez ustawodawcę takich zachowań. Zaproponowana przeze mnie modyfikacja, z jednej strony pozwoliłaby uniknąć nadmiernie paternalistycznej ingerencji ze strony państwa, z drugiej zaś, adresaci normy dostaliby czytelny sygnał, że ustawodawca nie karze za takie zachowania pod warunkiem, że nie powodują one zgorszenia publicznego. A czyni tak nie dlatego, że uznaje takie zachowania za właściwe, lecz z innych względów (np. związanych z praktyką ścigania). Samego zachowania nie pochwała i nie godzi się na jego publiczne pochwalanie bądź propagowanie.

⁴¹ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/obyczajowość>, z dnia 3 czerwca 2012.

⁴² <http://sjp.pwn.pl/szukaj/obyczajność>, z dnia 3 czerwca 2012.

⁴³ L. Falandysz, *O koncepcji tzw. „przestępstw bez ofiar”*, PiP 1978, nr 8-9, s. 107-108; por. także R. Kmieciak, *Perspektywy depenalizacji „przestępstw bez ofiar” w USA*, Paestra 1980, nr 1, s. 103-111.