

kazirodztwo

redakcja
Marek Mozgawa



Wolters Kluwer

AUTORZY

- Prof. dr hab. Hanna Bis-Wencel** – Katedra Higieny Zwierząt i Środowiska, Wydział Biologii i Hodowli Zwierząt, Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie
- Dr hab. Magdalena Budyn-Kulik** – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie
- Dr n. med. Marzanna Ciesielka** – Katedra i Zakład Medycyny Sądowej, II Wydział Lekarski z Oddziałem Anglojęzycznym, Uniwersytet Medyczny w Lublinie
- Dr Karol Dąbrowski** – Katedra Historii Państwa i Prawa, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Dr Ksenia Kakareko** – Instytut Dziennikarstwa, Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych, Uniwersytet Warszawski
- Dr hab. Jolanta Kociuba** – Zakład Antropologii Kulturowej, Wydział Filozofii i Socjologii, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Wiesław Kozielowicz** – Sędzia Sądu Najwyższego
- Dr Patrycja Kozłowska-Kalisz** – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Dr hab. Marek Kulik** – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Dr Aneta Michalska-Warias** – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Prof. dr hab. Marek Mozgawa** – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie
- Dr Katarzyna Nazar** – Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Prof. dr hab. Bożena Nowakowicz-Dębek** – Katedra Higieny Zwierząt i Środowiska, Wydział Biologii i Hodowli Zwierząt, Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie
- Prof. dr hab. Monika Płatek** – Zakład Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski
- Mgr Agnieszka Rowicka** – Katedra Higieny Zwierząt i Środowiska, Wydział Biologii i Hodowli Zwierząt, Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie
- Prof. dr hab. Grzegorz Smyk** – Katedra Historii Państwa i Prawa, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Prof. dr hab. Jacek Sobczak** – Katedra Prawa Ochrony Własności Intelektualnej, Wydział Prawa, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie
- Dr Agnieszka Szczekała** – Katedra Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Dr Łukasz Wlazło** – Katedra Higieny Zwierząt i Środowiska, Wydział Biologii i Hodowli Zwierząt, Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie

kazirodstwo

redakcja
Marek Mozgawa



Wolters Kluwer

Warszawa 2016

Wydawca
Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący
Kinga Zając

Opracowanie redakcyjne
Anna Krzesz

Łamanie
Andrzej Gudowski

Projekt graficzny okładki
Marcin Domitrz

Tłumaczenie streszczeń
Dr Aneta Michalska-Warias

Komitet organizacyjny konferencji
Prof. dr hab. Marek Mozgawa
Dr Katarzyna Nazar
Dr Joanna Piórkowska-Flieger
Mgr Piotr Poniąkowski
Mgr Krzysztof Wala

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-264-8646-3

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przykopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wstęp	11
Karol Dąbrowski	
Kazirodztwo w pomnikach europejskiego prawa karnego do XVIII wieku (<i>Incest in the monuments of European criminal law until the 18th century</i>)	15
Grzegorz Smyk	
Kazirodztwo jako przedmiot regulacji nowożytnych kodyfikacji prawa karnego (<i>Incest as the object of regulation of modern criminal law codifications</i>).....	32
Patrycja Kozłowska-Kalisz	
Racjonalizacja penalizacji kazirodztwa (<i>Justification for incest penalization</i>).....	47
Katarzyna Nazar	
Analiza ustawowych znamion przestępstwa kazirodztwa (<i>Analysis of the statutory features of the offence of incest</i>)	62
Wiesław Koziulewicz	
Ustawowe znamiona przestępstwa kazirodztwa w orzecznictwie Sądu Najwyższego (<i>Statutory features of the offence of incest in the Supreme Court jurisdiction</i>)	81
Aneta Michalska-Warias	
Kazirodztwo a pokrewieństwo prawne i biologiczne (<i>Incest and the legal and biological relationship</i>)	92

Marek Kulik

Przestępstwo kazirodztwa w wybranych państwach
(*The offence of incest in selected countries*) 110

Monika Płatek

Kodeksowe ujęcie kazirodztwa – pozorny zakaz i pozorna ochrona
(*The statutory incest – sham prohibition and sham protection*) 124

Marek Mozgawa

Przestępstwo kazirodztwa w świetle badań empirycznych
(*The offence of incest in the light of empirical research*) 164

Magdalena Budyn-Kulik

Psychologiczne i wiktymologiczne aspekty kazirodztwa
(*Psychological and victimological aspects of incest*) 196

Ksenia Kakareko

Kazirodztwo a zmiany społeczno-kulturowe rodziny
(*Incest and social and cultural changes of the family*) 223

Agnieszka Szczekała

Przeszkody małżeńskie pokrewieństwa i przysposobienia
oraz ustalenie stanu cywilnego a zakaz kazirodztwa
(*Consanguinity and adoption impediments to marriage,
and the civil status and prohibition of incest*) 240

Jacek Sobczak

Bioetyka a kazirodztwo. W kwestii dobra chronionego
w odniesieniu do przestępstwa kazirodztwa
(*Bioethics and incest. About the protected value in case
of the offence of incest*) 255

Marzanna Ciesielka

Kazirodztwo w ujęciu genetycznym
(*Incest from the genetics point of view*) 271

Hanna Bis Wencel, Bożena Nowakowicz-Dębek,

Agnieszka Rowicka, Łukasz Wlazło

Kojarzenia krewniacze i ich konsekwencje w świecie zwierząt
(*Pairings of genetically closely related organisms and their consequences
in the animal world*) 281

Jolanta Kociuba

Psychospołeczne i kulturowe uwarunkowania kazirodztwa (<i>Psychological, social and cultural conditions of incest</i>)	308
---	-----

Bibliografia	329
---------------------------	-----

Wykaz skrótów

Akty prawne

- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
- k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
- k.k. z 1932 r. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.)
- k.k. z 1969 r. – ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.)
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.)
- k.p.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
- k.r.o. – ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2082 z późn. zm.)
- p.a.s.c. – ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. poz. 1741 z późn. zm.)
- ustawa z 2009 r. – ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589 z późn. zm.)

Czasopisma i publikatory

CPKiNP	– Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz. WE/UE	– Dziennik Urzędowy Wspólnoty Europejskiej/Unii Europejskiej
KZS	– Krakowskie Zeszyty Sądowe
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiP	– Państwo i Prawo
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
PPK	– Przegląd Prawa Karnego
PS	– Przegląd Sądowy
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
WPP	– Wojskowy Przegląd Prawniczy

Organy

SA – sąd apelacyjny
SN – Sąd Najwyższy
TK – Trybunał Konstytucyjny

Wstęp

7 grudnia 2015 r. na Wydziale Prawa i Administracji UMCS w Lublinie odbyło się VII Lubelskie Seminarium Karnistyczne pt. „Kazirodztwo”, zorganizowane przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości oraz Katedrę Prawa Karnego i Kryminologii UMCS. W niniejszej książce prezentowane są naukowe rezultaty tej konferencji.

W pierwszej części konferencji obradom przewodniczył prof. dr hab. Marek Mozgawa, a zaprezentowane zostały następujące referaty: dr. Karola Dąbrowskiego (UMCS Lublin) pt. *Kazirodztwo w pomnikach europejskiego prawa karnego do XVIII wieku*; prof. dr. hab. Grzegorza Smyka (UMCS Lublin) pt. *Kazirodztwo jako przedmiot regulacji nowożytnych kodyfikacji prawa karnego*; dr. Patrycji Kozłowskiej-Kalisz (UMCS Lublin) pt. *Racjonalizacja penalizacji kazirodztwa* oraz dr. Katarzyny Nazar (UMCS Lublin) pt. *Analiza ustawowych znamion przestępstwa kazirodztwa*.

W drugiej części obradom przewodniczyła prof. dr hab. Monika Płatek (UW), a referaty wygłosili: sędzia SN Wiesław Koziół pt. *Ustawowe znamiona przestępstwa kazirodztwa w orzecznictwie Sądu Najwyższego*; dr. Aneta Michalska-Warias (UMCS Lublin) pt. *Kazirodztwo a pokrewieństwo prawne i biologiczne*; dr hab. Marek Kulik (UMCS Lublin) pt. *Przestępstwo kazirodztwa w wybranych państwach* oraz prof. dr hab. Wacław Nawrocki (profesor emerytowany) i dr. Mikołaj Seńko (Lwowski Narodowy Uniwersytet im. Iwana Franki) pt. *Kazirodztwo w ujęciu ukraińskiego prawa karnego*. Ten ostatni referat nie znalazł się w niniejszym opracowaniu z uwagi na fakt, iż autorzy nie złożyli go do druku.

W części trzeciej konferencji obradom przewodniczył prof. dr hab. Jacek Sobczak (SN, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie), a przedstawiono następujące referaty: prof. dr hab. Monika Płatek (UW) pt. *Kodeksowe ujęcie kazirodztwa – pozorny zakaz i pozorna ochrona*;

prof. dr hab. Marek Mozgawa (UMCS Lublin, IWS Warszawa) pt. *Przestępstwo kazirodztwa w świetle badań empirycznych*; dr hab. Magdalena Budyn-Kulik (UMCS Lublin, IWS Warszawa) pt. *Psychologiczne i wiktymologiczne aspekty kazirodztwa*; dr Ksenia Kakareko (UW) pt. *Kazirodztwo a zmiany społeczno-kulturowe rodziny* oraz dr Agnieszka Szczekała (UMCS Lublin) pt. *Przeszkody małżeńskie pokrewieństwa i przysposobienia oraz ustalenie stanu cywilnego a zakaz kazirodztwa*.

W czwartej, ostatniej części seminarium obradom przewodniczył sędzia SN Wiesław Kozielowicz, a zaprezentowano następujące referaty: *Bioetyka a kazirodztwo. W kwestii dobra chronionego w odniesieniu do przestępstwa kazirodztwa* – prof. dr hab. Jacek Sobczak; *Kazirodztwo w ujęciu genetycznym* – dr Marzanna Ciesielka (Uniwersytet Medyczny Lublin); *Kojarzenia krwińnicze i ich konsekwencje w świecie zwierząt* – prof. dr hab. Hanna Bis Wencel, prof. dr hab. Bożena Nowakowicz-Dębek, mgr Agnieszka Rowicka, dr Łukasz Włazło (Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie)

oraz *Psychospołeczne i kulturowe uwarunkowania kazirodztwa* – dr hab. Jolanta Kociuba (UMCS Lublin).

W dyskusji poruszono wiele wątków związanych z problematyką będącą przedmiotem konferencji, koncentrując się przede wszystkim na kwestii zasadności karalności kazirodztwa. Szereg interesujących uwag poczyniono w aspekcie genetycznej racjonalizacji penalizacji kazirodztwa. W szerokim zakresie uczestnicy seminarium odnieśli się do wyników badań kryminologicznych dotyczących analizowanego zjawiska. Wskazano, iż penalizacja określonych zachowań stanowi *ultima ratio* i możliwe zwiększenie liczby związków kazirodczych w pierwszym rzędzie powinno być eliminowane przez odpowiednią edukację społeczeństwa. Wskazano również, że pozakarnymi sankcjami dotyczącymi zachowań zabronionych przez art. 201 k.k. dysponuje prawo cywilne, w szczególności przez uregulowanie przeszkód małżeńskich w art. 14 i 15 k.r.o. i pozbawienie władzy rodzicielskiej (w pewnych sytuacjach stosunki kazirodcze mogłyby być uznane za rażące nadużycie tej władzy); racją takich sankcji jest zasada dobra dziecka i dobra rodziny. Podniesiono również niektóre kwestie historyczne, wskazując m.in., że w ujęciu historycznym konsekwencje kazirodztwa bywały bardziej dolegliwe w prawie cywilnym niż w prawie karnym (jak np. w Kodeksie Napoleona, który pozbawiał dzieci ze związków kazirodczych wielu praw rodzinnych).

Przedstawione referaty podkreśliły wielopłaszczyznowość podniesionej problematyki, jak również niezwykłą złożoność zagadnień pojawiają-

cych się w procesie analizy dogmatycznej oraz w praktycznym stosowaniu prawa. Kazirodstwo (i jego ocena, zarówno prawnokarna, jak i moralna) zdaje się jednym z najbardziej kontrowersyjnych problemów społecznych. Można sądzić, że materiały będące pokłosem konferencji mogą stać się inspiracją do dalszej, jeszcze bardziej pogłębionej dyskusji nad problematyką kazirodstwa i pozwolą Czytelnikowi na zajęcie własnego stanowiska w tej materii.

Prof. dr hab. Marek Mozgawa

Kazirodztwo w pomnikach europejskiego prawa karnego do XVIII wieku

Pod pojęciem „pomniki europejskiego prawa karnego” będę rozumieć zbiory aktów prawnych i pojedyncze akty prawne, uznawane w literaturze historyczno-prawnej za najważniejsze dla rozwoju europejskiego prawa karnego. Rozważania rozpocznę od kodyfikacji justyniańskiej, a zakończę na Terezjanie (Constitutio Criminalis Theresiana) z 1768 roku. Kodyfikacje karne, takie jak Józefina (Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung) czy część karna Landrechtu pruskiego z 1794 roku, przynależą już do kolejnej epoki rozwoju prawa karnego – wielkich kodyfikacji i zostaną omówione w niniejszym zbiorze w rozdziale autorstwa Grzegorza Smyka. Skupię się więc na przedstawieniu historycznych odpowiedników obecnie obowiązującego polskiego art. 201 k.k.¹ Pominę zarazem regulacje karne sytuujące się czasowo między Caroliną (Contitutio Criminalis Carolina) a Terezjaną, np. ordynacje poszczególnych krajów niemieckich czy Landrecht Wschodniopruski z 1721 roku. Dostrzegalne związki między Ferdinandą z 1656 roku, Leopoldiną z 1675 roku a Terezjaną zasługują na osobne opracowanie².

¹ „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”.

² S. Hehenberger, „... Ich bin mit diesem Knecht geschwistrigt Kinder...”. Das Prozeß gegen Maria Stumvollin und Johann Scherb (Freistadt/Weinberg) als Beispiel der Strafpraxis beim Delikt „Inzest” im 18. Jahrhundert, Jahrbuch des OÖ. Musealvereines Gesellschaft für Landeskunde 1999, t. 144, s. 202.

1. Kaziroddstwo w prawodawstwie rzymskim

W prawie rzymskim kaziroddstwo mieściło się w pojęciu *incestum*, które „oznaczało w sensie szerokim każdy akt niemoralny, haniebny i bezbożny, sprzeczny z dobrymi obyczajami. W sensie ścisłym obejmowała swoim zakresem dwa przestępstwa. Po pierwsze – złamanie nakazu zachowania czystości przez westalkę (...); po drugie – współżycie seksualne pomiędzy najbliższymi krewnymi i powinowatymi, pomiędzy którymi zabronione było małżeństwo, a zatem współcześnie rozumiane kaziroddstwo”³. Osoby pozostające w związku kaziroddczym nie były małżonkami, związek kaziroddczy nie był małżeństwem, a instytucja małżeństwa kaziroddczego nie istniała, do zawarcia małżeństwa nie dochodziło, czyli innymi słowy uznanie związku kaziroddczego za małżeństwo było niedopuszczalne. Zakazy małżeńskie sformułowane w *Instytucjach* Justyniana z 533 roku mogą wydawać się obecnie skomplikowane, a to ze względu na powiązanie ich z instytucją władzy ojcowskiej i możliwości uwolnienia spod niej (emancypacji). Dotyczyło to na przykład małżeństwa między mężczyzną i kobietą, która stała się jego siostrą wskutek przysposobienia przez jego ojca (*Instytucje* 1, 10, 2): „(...) jeśli by [kobieta] jakaś stała się dla ciebie przez przysposobienie siostrą, jak długo oto trwa przysposobienie, małżeństwo między tobą a nią nie może oczywiście istnieć; kiedy przysposobienie natomiast ulegnie rozwiązaniu przez uwolnienie [jej] od podległości władzy ojca, będziesz mógł ją pojąć za żonę. Ale też jeżeli ty zostaniesz uwolniony od tej podległości, nic nie stoi na przeszkodzie małżeństwu”⁴.

W przypadkach kaziroddstwa rozumianego jako zawarcie małżeństwa między zstępnym a wstępnym, bratem a siostrą, przysposabiającym a przysposobioną w *Instytucjach* powiedziano wprost: „nie ma męża ani żony, ani małżeństwa, ani związku małżeńskiego, ani posagu. Zatem ci, co rodzą się z takiego związku, nie podlegają władzy ojca, lecz są takimi, jeśli chodzi o władzę ojcowską, jakimi są ci, których matka poczęła przygodnie” (*Instytucje* 1, 10, 12)⁵. Pojawiła się więc kara utraty władzy ojcowskiej wobec dzieci

³ J. Miształ-Konecka, *Konsekwencje kaziroddstwa na gruncie rzymskiego prawa prywatnego* (w:) A. Dębiński, M. Wójcik (red.), *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, Lublin 2004, s. 176.

⁴ *Instytucje Justynianiana*, tłum. C. Kunderewicz, Warszawa 1986, s. 29. Identycznie w oparciu o to samo źródło: J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 228; tenże, *Zakaz kaziroddstwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym*, PS 2001, nr 5, s. 69.

⁵ *Instytucje...*, s. 31.

pochodzących z kazirodczego związku⁶. Z tym wiązały się – w uproszczeniu – wyłączenia w zakresie spadkobrania i alimentacji.

Ściśle zaś biorąc od strony karnoprawnej, sankcje za kazirodztwo ulegały w prawie rzymskim różnym zmianom. Do okresu dominatu regulacje w tej mierze nie były jasne i nie pozwalają na kategoryczne stwierdzenie, iż w przypadku kazirodztwa kara śmierci groziła mężczyźnie, a kara wygnania kobiecie albo odpowiedzialność za czyn spadała wyłącznie na mężczyznę⁷. Kwalifikacja kazirodztwa pojawia się w konstytucjach cesarskich późnego Rzymu, ale sankcje nie były precyzyjne. Jedynie upraszczając, można uznać, że sprawca podlegał deportacji. Wprawdzie Teodozjusz I Wielki (panujący w latach 347–395) przewidział konfiskatę majątku i spalenie żywcem dzieci rodzeństwa, które zawarło małżeństwo, ale kara ta została rychło złagodzona przez jego synów, Arkadiusza i Honoriusza⁸. Ich konstytucja z roku 396, „potwierdzając zakazy związków pomiędzy najbliższymi krewnymi i powinowatymi, w miejsce kary śmierci i konfiskaty majątku wprowadziła łagodniejsze dolegliwości majątkowe. Podstawową sankcją stał się przepadek posagu na rzecz fiskusa. Równocześnie wprowadzone zostały ograniczenia swobody testowania i rozporządzania majątkiem, uniemożliwiające uposażenie dzieci pozamałżeńskich i kazirodczego partnera”⁹. Nastąpiła więc – jak napisała Joanna Misztal-Konecka – „znacząca modyfikacja koncepcji polityki państwowej wobec kazirodztwa. W miejsce instrumentów ściśle penalnych ustawodawca opowiedział się za nałożeniem na winnych szeregu niedogodności majątkowych i cywilnoprawnych”¹⁰.

Wzmiankowany Justynian Wielki po wydaniu *Instytucji* zróżnicował w noweli nr 12 sankcje karne wobec sprawców kazirodztwa w zależności od tego, czy sprawca posiadał dzieci z legalnego związku i do jakiej klasy społecznej przynależał. Na surowsze kary składały się: konfiskata majątku, chłosta i wygnanie; na łżejsze – przekazanie majątku legalnym zstępny z jednoczesną ich emancypacją, a kolejno utrata stanowisk i wygnanie. Ponadto łagodniej traktowano mieszkańców wschodniej części imperium (w tym zamieszkałych tam Żydów), którym Justynian zadedykował nowelę nr 139. Inna znowuż nowela nr 154 dla prowincji Mezopotamia i Osroene

⁶ J. Misztal-Konecka, *Konsekwencje kazirodztwa...*, s. 185.

⁷ D.C.A. Gründler, *Systematische Entwicklung der Lehre von der Verjährung der peinlichen Strafe nach gemeinen und besonderen Rechten*, Halle 1796, s. 135.

⁸ J. Misztal-Konecka, *Zakaz kazirodztwa w prawie rzymskim i prawodawstwie kościelnym (III–VI w.)*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2011, z. 11.1, s. 223.

⁹ J. Misztal-Konecka, *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007, s. 178.

¹⁰ Tamże.

(obejmującej tereny północnej Syrii między Tygrysem a Eufratem) była zdecydowanie surowsza, gdyż przewidywała karę śmierci i konfiskatę dóbr dla sprawcy, jego żony i dzieci. Ani podmiot, ani sankcja karna kaziroduztwa w ustawodawstwie justyniańskim nie były więc ściśle określone¹¹. Przełożyło się to – o czym będzie niżej mowa – na prawo feudalnej Europy kontynentalnej.

2. Kaziroduztwo w prawach plemion germańskich i prawie Franków

Interpretacja rozwiązań karnych odnoszących się do kaziroduztwa w okresie wczesnego średniowiecza tylko pozornie wydaje się łatwa. Trudność wiąże się z tym, iż nomenklatura znana z prawa rzymskiego została przeniesiona do praw germańskich za pośrednictwem prawa kościelnego. Kompilatorzy nie zawsze używali precyzyjnego słownictwa, a rękopisy różnią się między sobą, co dotyczy choćby tak fundamentalnego źródła, jakim jest prawo salickie¹². Co do zakresu pojęciowego osób, które mogły popełnić ów czyn, też pojawiły się w literaturze spory¹³.

Pojęcie *incestum* w zbiorach praw germańskich uległo zmianie. Pod wpływem katolicyzmu zaczęło obejmować również stosunek płciowy z zakonnicą, kobietą lub wdową, które złożyły śluby czystości¹⁴. Z porównania prawa salickiego i rypuarskiego dokonanego w I połowie XIX przez Ernsta Laspeyresa¹⁵ wynika, iż termin ten pojawił się w prawie rypuarskim (w tekście źródłowym umieszczono go w § 2 tytułu 69). Czyn ten był zagrożony karą wygnania i konfiskatą majątku i na tle innych praw germańskich

¹¹ Tamże, s. 182.

¹² Zob. *Prawo salickie podług textu rękopisu Biblioteki Głównej Warszawskiej*, wyd. R. Hube, Warszawa 1867, s. LXXXIV.

¹³ A. Cameron, B. Ward-Perkins, M. Whitby (red.), *The Cambridge Ancient History*, vol. 14, *Late Antiquity: Empire and Successors, A.D. 425–600*, Cambridge 2000, s. 406. O różnicach pojęciowych: G. Lubich, *Verwandtsein: Lesarten einer politisch-sozialen Beziehung im Frühmittelalter (6.–11. Jahrhundert)*, Köln–Weimar–Wien 2008, s. 42.

¹⁴ K. Ubl, *Inzestverbot und Gesetzgebung: Die Konstruktion eines Verbrechens (300–1100)*, Berlin 2008, s. 189.

¹⁵ Ernst Adolf Theodor Laspeyres (1800–1869), niemiecki historyk prawa, rektor Uniwersytetu w Halle, badacz dawnego prawa niemieckiego, prawa kościelnego i prywatnego państw niemieckich, wydawca tekstów źródłowych, sędzia wyższego sądu apelacyjnego wolnych miast Rzeszy: Bremy, Frankfurtu n. Menem, Hamburga i Lubeki. Zob. H. Brandt, *Laspeyres, Adolph* (w: *Neue Deutsche Biographie* 1982, t. 13, s. 659, <http://www.deutsche-biographie.de/sfz48316.html>).

regulacja ta wyróżniała się łagodnością¹⁶. Kazirodztwo łączono z zakazami małżeńskimi, co było widoczne w Galii merowińskiej. Od początku VI do połowy VII wieku problematyka małżeństw między krewnymi była bardzo często poruszana na synodach do tego stopnia, że Karl Ubl porównał to do obsesji¹⁷. Cytowana uprzednio J. Misztal-Konecka ujęła to zagadnienie w bardziej wyważony sposób, pisząc, iż „tematyka związków kazirodczych (...) pobieżnie regulowana w III–V wieku, pojawiła się dopiero na szerszą skalę w wieku VI w prawodawstwie synodów kościelnych pod panowaniem Merowingów”¹⁸.

Regulacje kanoniczne wpłynęły na rozszerzenie adresatów normy prawnej, sankcjonującej kazirodztwo, gdyż rozszerzyło się grono osób, które nie mogły zawrzeć małżeństwa, inaczej mówiąc: których związki nie były traktowane jak małżeństwo albo których małżeństwa były od początku nieważne, a współżycie płciowe uznawane za kazirodcze. Wiązano to z dążeniem Kościoła do przełamania germańskiej obyczajowości. W niektórych wersjach prawa salickiego małżeństwo z bratanicą, siostrzenicą, szwagierką i kuzynką było karalne, ale infamia dotyczyła nie małżonków, a potomstwo zrodzone z takiego związku. Król Franków, Childebert II, wprowadził inną karę, jaką było przekazanie majątku legalnym krewnym¹⁹. Kara śmierci groziła za małżeństwo z macochą. Zignorowanie zakazów biskupich zawierania małżeństw z żoną brata, siostrą żony, żoną wuja sankcjonowano ekskomuniką²⁰. Normy z 495 r. sygnowane przez Childeberta II przypominają rozwiązania rzymskie²¹. Oprócz ekskomuniki postanowienia synodów merowińskich przewidywały zakaz pełnienia funkcji publicznych oraz – wspomniane uprzednio – przekazanie mienia rodzinie. Kary dotyczyły oboje sprawców, nie tylko mężczyznę²². W VIII wieku wpływ ustawo-

¹⁶ E.A.T. Laspeyres (red.), *Lex salica ex variis quae supersunt recensionibus una cum lege ripuariorum synoptice*, b.m.w. 1833, s. 43.

¹⁷ K. Ubl, *Inzestverbot...*, s. 137.

¹⁸ J. Misztal-Konecka, *Zakaz kazirodztwa...*, s. 221.

¹⁹ Tamże, s. 180.

²⁰ K.F. Drew (red.), *The Laws of the Salian Franks*, Pennsylvania 1991, s. 41. Tekst źródłowy w języku angielskim: tamże, s. 156. Datowanie dekretu Childeberta II jest sporne. Sytuuje się go po prostu ok. roku 495. Zob. też: Y. Fox, *Power and Religion in Merovingian Gaul: Columbanian Monasticism and the Formation of the Frankish Aristocracy*, Cambridge 2014, s. 104.

²¹ *Decretio Childeberti Regis* (w:) *Lex salica ex variis...*, s. 167. Zob. też interpretację kazirodztwa w: U. Wesel, *Rechtsethnologie* (w:) H. Beck, D. Guenich, H. Steuer (red.), *Reallexikon der germanischen Altertumskunde*, t. 14, Berlin 2003, s. 249.

²² J. Oko, *Przeszkody małżeńskie w VI i VII wieku na podstawie postanowień synodów merowińskich*, *Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne* 2009, t. 42, z. 2, s. 171.

dawstwa kanonicznego na prawodawstwo frankońskie stał się wyraźny, gdy Pepin Krótki wprowadził zakazy małżeńskie, ustalone na synodzie z 743 roku, do swoich kapitularzy. Objęły one w szczególności małżeństwo z macochą, synową i siostrą brata²³. W Lex Salica Karolina²⁴, zredagowanej za Karola Wielkiego, wspomniano o karze wygnania dla sprawcy małżeństwa z siostrą, córką brata, kuzynką, żoną brata, żoną brata matki i karze infamii dla dzieci z takiego związku²⁵.

Podobne rozwiązania znaleźć można w prawie longobardzkim. W edyktach Rotara z 643 roku i Liutpranda (panującego w latach 712–744) z początku VIII wieku małżeństwa zawarte z naruszeniem zakazów uważane były – jak pisał Karol Koranyi – za małżeństwa kazirodcze i zabronione. Zaliczano do nich małżeństwa z macochą, pasierbicą, siostrą żony, wdową po bratanku lub po jego synu, a kolejno – co już było wyraźnym wpływem Kościoła – chrzestną matką, chrzestną córką i córką chrzestnej matki. Zjawiskiem, którego przez wiele wieków przedstawicielom Kościoła nie udało się zwalczyć, było snochactwo²⁶. Zakazy małżeństw upowszechniły się jednak w ciągu wieków na obszarze Europy zachodniej, obejmując przeszkody z pokrewieństwa, powinowactwa i wspomnianego pokrewieństwa duchowego, czyli z chrztu i bierzmowania. Przeszkody z pokrewieństwa rozszerzono do siódmego stopnia komputacji kanonicznej, ale złagodzono w okresie późnego średniowiecza po Soborze Laterańskim z 1215 roku²⁷. Znany francuski historyk Jean-Louis Flandrin ocenił je zresztą jako absurdalne²⁸.

²³ J. McNamara, S.F. Wemple, *Marriage and Divorce in the Frankish Kingdom* (w:) S.M. Stuart (red.), *Women in Medieval Society*, Pennsylvania 1993, s. 101.

²⁴ Lex Salica Karolina należy odróżnić od Lex Salica Emendata. Pierwsza wersja oznaczana jest jako rękopis E z roku 798 liczący 99/100 tytułów, a druga jako rękopis K z roku 802/803 o 70 tytułach, co miejscami zmienia cytowanie treści prawa salickiego. Zob. M. Elsackers, *Abortion, Poisoning, Magic and Contraception in Eckhardt's Pactus Legis Salicae*, *Amsterdamer Beiträge zur Älteren Germanistik* 2003, t. 57, s. 236.

²⁵ K.F. Drew (red.), *The Laws of the Salian Franks...*, s. 190.

²⁶ K. Koranyi, *Powszechna historia prawa*, oprac. K. Sójka-Zielińska, Warszawa 1976, s. 39. Identyfikacja (w oparciu o tę samą literaturę): J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 229; tenże, *Zakaz kazirodztwa...*, s. 69–70 oraz K. Marzec-Holka, *Przemoc seksualna wobec dziecka. Studium pedagogiczno-kryminologiczne*, Kraków 2011, s. 24.

²⁷ K. Koranyi, *Powszechna...*, s. 75. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2008, s. 104. W przypadku komputacji kanonicznej liczy się liczba urodzeń od wspólnego przodka po dłuższej stronie drzewa genealogicznego. W komputacji rzymskiej liczy się liczba urodzeń po obu stronach drzewa genealogicznego. Dlatego rodzeństwo cioteczne będzie się znajdowało w czwartym stopniu pokrewieństwa rzymskiego, a drugim kanonicznego.

²⁸ J.-L. Flandrin, *Historia rodziny*, tłum. A. Kuryś, Warszawa 1998, s. 33 oraz odwołanie do literatury francuskiej w rozdziale autorstwa Moniki Płatek.

Podsumowując: wczesnośredniowieczne prawo karne znało przestępstwo kazirodztwa i sankcjonowało je karą śmierci lub wygnania, a dodatkowo konfiskatą majątku i infamią²⁹. Kara śmierci dotyczyła przede wszystkim stosunków płciowych między zstępnyymi lub rodzeństwem³⁰. Karę grzywny przyniosły zaś wieki późniejsze³¹.

3. Kazirodztwo w bamberskiej ordynacji kryminalnej i Carolinie

Constitutio Criminalis Carolina z 1532 roku, czyli kodeks karny cesarza Karola V, został poprzedzony przez Constitutio Criminalis Bambergensis (Bambergische Peinliche Halsgerichtsordnung) z 1507 roku. Był to kodeks karny opracowany przez Johanna von Schwarzenberga³² na polecenie biskupa Bambergu, Georga von Limpurg³³. Bamberska ordynacja stała się wzorcem dla Caroliny i nie można wykluczyć, iż J. von Schwarzenberg brał udział w przygotowaniu jej wczesnych projektów³⁴. Bamberski kodeks karny w art. 142 „Straff der vnkeusch mit nahent gesippen freunden” penalizował kazirodztwo³⁵. Stosunek płcio-

²⁹ K. Koranyi, *Powszechna...*, s. 75 i 96.

³⁰ S. Bdeiw, *Beischlaf zwischen Verwandten* (§ 173 StGB). *Reform und Gesetzgebung seit 1870*, Berlin 2014, s. 12.

³¹ B. Wojciechowska, *Ekskomunikowani w świetle średniowiecznego prawa kanonicznego – pozycja społeczna, religijna i prawna*, *Studia Historica Gedanensia* 2013, t. 4, s. 33.

³² Johann von Schwarzenberg (1463–1528), niemiecki szlachcic na służbie cesarskiej i biskupa Bambergu (przewodniczący sądu nadwornego, mistrz dworu), zwolennik reformacji, potem na służbie margrabiów brandenburskich, autor powiastek poetyckich. A. Deutsch, *Schwarzenberg, Johann (der Starke) Freiherr von S. und Hohenlandsberg* (w:) *Neue Deutsche Biographie* 2010, t. 24, s. 20–21, <http://www.deutsche-biographie.de/sfz120105.html>.

³³ Georg III von Limpurg (1470–1522), biskup Bambergu w latach 1505–1522, doradca cesarza Maksymiliana, znany dzięki swej korespondencji z Lutrem i innymi humanistami oraz wydania bamberskiej ordynacji kryminalnej. Zob. L. Ruickbie, *Faustus: The Life and Times of a Renaissance Magician*, The History Press 2012, b.p.

³⁴ F.Ch. Schroeder, *Kryminalna ordynacja sądowa cesarza Karola V (Carolina) z 1532 roku*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 1992, t. 1247, Prawo nr 194, s. 83–101 i oparty na tym artykule tekst: M.L. Klementowski, *Rogaty Zygfryd i jego dzieło: Constitutio Criminalis Carolina z 1532 roku*, *Zamojskie Studia i Materiały* 2005, t. 3 (18), Prawo i Administracja, z. 1, s. 104. Szerzej: G. Radbruch, *Gesamtausgabe* (w:) A. Kaufmann (red.), *Strafrechtsgeschichte*, t. 11, Heidelberg 2001, s. 315 (*Zur Einführung in die Carolina* i pozostałe teksty). Zob. też S. Salmonowicz, *Wizerunek kodeksu: Constitutio Criminalis Carolina (1532 r.)* (w:) S. Salmonowicz, *Studia z historii prawa (XVI–XX wiek)*, Bydgoszcz 2010, s. 9.

³⁵ J. von Schwarzenberg, *Bambergische Peinliche Halsgerichtsordnung*, Bamberg 1507, <http://www.uni-mannheim.de/mateo/desbillons/bambi.html>.

wy z pasierbicą, synową i macochą był karany tak jak za cudzołóstwo, określone w art. 145. J. von Schwarzenberg zastosował jakże powszechną współcześnie technikę legislacyjną, gdyż art. 142 odsyłał do art. 145. Cudzołóstwo, a co za tym idzie kazirodztwo było więc karane śmiercią. Stosunek płciowy osób bliżej spokrewnionych niż ojczym, teść i pasierb, czyli na przykład między bratem a siostrą, podlegał kwalifikowanej karze śmierci³⁶. Zaostrzenie kary śmierci argumentowano w takim wypadku większą obrazą moralności.

Twórcy *Constitutio Criminalis Carolina* cesarza Karola V z 1532 roku przestępstwo kazirodztwa ujęli podobnie w art. 117 o prawie identycznym tytule: „Straff der vnkeusch mit nahende gesipten freunden”³⁷. Znamiona czynu wypełniał każdy, kto wedle prawa kanonicznego zawarł nieważne małżeństwo bez otrzymania dyspensy, tzn. krewni w prostej linii, krewni do czwartego stopnia linii bocznej oraz powinowaci³⁸. Carolina nie była jednak precyzyjna ani co do kwalifikowanej kary śmierci dla najbliższych krewnych, ani w ogóle co do kary śmierci za kazirodztwo. W praktyce występowała kara śmierci, w katolickich państwach niemieckich stosowana co do zasady, a w protestanckich zawężająco, gdyż – jak można domniemywać – stosunki płciowe między dalszymi krewnymi nie były ścigane³⁹. Trudno jest jednak jednoznacznie stwierdzić, jakie konkretnie kary groziły za kazirodztwo, gdyż sędziowie korzystali z dużego zakresu swobody w orzekaniu, a praktyka w poszczególnych państwach Rzeszy mogła być różna. Z drugiej jednak strony prawnicy niemieccy pozostawali pod wpływem prawa rzymskiego i Caroliny, nawet jeśli lokalni władcy starali się zastąpić ją własnymi ordynacjami kryminalnymi, więc zasadniczą karą pozostawała kara śmierci. Zdaniem Urlicha Siebera za stosunek płciowy między zstępными i wstępnymi groziła śmierć przez ścięcie, zaś za stosunek płciowy między rodzeństwem przeważnie konfiskata majątku,

³⁶ S. Bdeiwi, *Beischlaf zwischen Verwandten...*, s. 14.

³⁷ J.Ch. Koch (red.), *Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Carls V. und des H. Röm. Reichs*, Giessen 1781, s. 171; *Kaiser Karls des Fünften Peinliche Gerichtsordnung nebst der Bamberger und Brandenburger Halsgerichtsordnung*, Jena 1826, s. 48. Porównanie przepisów ordynacji bamberskiej z Caroliną: G. Radbruch, *Gesamtausgabe...*, s. 660.

³⁸ Komentarze: B. Carpov, *Practicae Novae Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium*, t. 2, Vvitteberg 1670, s. 172; E.B. Carpov, *De poena excisionis iure positivo universali in incestas nuptias statuta*, Vitembergae 1738, s. 11; C.F. Gerstlacher, *Handbuch der teutschen Reichsgesetze nach dem möglichst ächten Text in sistematischer Ordnung*, cz. 1, rozdz. 1, Stuttgart 1793, s. 2637; J.P. Kress, *Commentatio Succincta In Constitutionem Criminales Caroli V. Imperatoris*, Hanoverae 1760, s. 338.

³⁹ S. Bdeiwi, *Beischlaf zwischen Verwandten...*, s. 15.

chłosta albo wygnanie⁴⁰. Co do lepszej kwalifikacji spółkowania przez rodzeństwo można mieć wątpliwości. Bezsporne jest za to stosowanie okoliczności łagodzących wobec związków między dalszymi krewnymi. Dla przykładu: w Karpaczu w 1701 r. skazano na karę śmierci przez ścięcie rodzeństwo pozostające w związku kazirodczym oraz ich rodziców w sytuacji popełnienia kazirodztwa i dzieciobójstwa. Zanotowano: „1 kwietnia 1701 roku w Karpaczu, małej wiosce należącej do Miłkowa, przydarzyło się coś niespotykanego. Mieszkał tu mężczyzna zwany przez wszystkich Szlifierzem Grzegorzem, miał on syna i córkę. Popełnili oni zły czyn, ponieważ spali ze sobą, a siostra zaszła w ciążę z bratem. Narodzone dziecko zabiła stara matka i pogrzebała pod ścianą domu. Utrzymywano jednak, że do kazirodztwa między rodzeństwem dochodziło wielokrotnie, a córka siedząc w więzieniu była ponownie w ciąży, czego jednak nie udowodniono. Oprócz tego rodzina ta dopuściła się kradzieży, jak i innych złych uczynków, które nie zostały wyciągnięte na światło dzienne”⁴¹.

Komentujący Caroline Carl Friedrich Gerstlacher⁴², dla wyjaśnienia zawiłości penalizacji kazirodztwa, przywołał wzmiankowane uprzednio nowele Justyniana. Było to wymownym przykładem stosowania *ius commune*⁴³. Argumentował, iż z powodu różnic w przypisaniu kazirodztwu rodzaju i wymiaru kary część państw niemieckich wprowadziła karę śmierci, ale za kazirodztwo między krewnymi w linii prostej. Natomiast za kazirodztwo między powinowatymi oraz między ojczymem a pasierbicą – karę chłosty i wygnania. Kary były również stopniowane, w zależności od stopnia pokrewieństwa: od bezterminowego wygnania przez czasowe wygnanie i kary więzienia do kary grzywny. Stosowano karę pozbawienia honorowych urzędów, a także karę twierdzy od 3 do 5 lat dla zstępnych, którzy doprowadzili swoje dzieci lub wnuki do kazirodztwa, oraz karę aresztu od 6 miesięcy do roku dla dzieci (wnuków), które ukończyły 18. rok życia. Wedle tych reguł dzieci poniżej 18. roku życia nie podlegały karze, uznawano je bowiem za pokrzywdzone przez dorosłych, tj. ofiary, a nie sprawców

⁴⁰ U. Sieber, *Rechtslage in Deutschland* (w:) H.-J. Albrecht, U. Sieber (red.), *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern*, Freiburg im Breisgau 2007, s. 6.

⁴¹ D. Wojtucki, S. Zobniów, *Pomniki dawnego prawa karnego na pograniczu polsko-czeskim*, Wrocław 2007, s. 21.

⁴² Carl Friedrich Gerstlacher (1732–1795), niemiecki prawnik, adwokat w Stuttgarcie, profesor Uniwersytetu w Tybindze, sędzia i badeński radca dworu. Zob. H. Müller, *Gerstlacher, Karl Friedrich* (w:) *Allgemeine Deutsche Biographie* 1879, t. 9, s. 67, <http://www.deutsche-biographie.de/sfz20748.html>.

⁴³ M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne: Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 19.

kazirodztwa. Związki kazirodcze między dojrzałym rodzeństwem karano karą twierdzy lub aresztu od jednego do dwóch lat. Łagodniej traktowano związki między niezamężnymi krewnymi. Oczywiście sankcją było zakończenie kazirodczego związku. Trzeba mieć jednak na uwadze, że C.F. Gerstlacher stał na stanowisku, iż zarówno w prawie rzymskim, jak i w prawie cesarskim za kazirodztwo nie groziła kara śmierci. Dobitnie stwierdził, że „sędziowie i wyrokujący tym samym nikogo na karę śmierci nie powinni skazywać”⁴⁴. Nie można też zapominać, iż był on prawnikiem oświeceniowym, wyznającym zgoła inne zasady polityki karnej niż twórcy feudalnych ordynacji karnych i nie wszyscy przedstawiciele ówczesnej doktryny prawa byli z nim zgodni⁴⁵. Interesujące, że cytowany autor pisał o Carolinie w taki sposób, jakby ciągle jej przepisy były w użyciu, a przecież był to koniec wieku XVIII. W doktrynie nie było też zgody co do okresu przedawnienia przestępstwa kazirodztwa. Podawano rozbieżne okresy: od lat 5 do 20. Cały czas autorzy odwoływali się do reguł prawa rzymskiego⁴⁶.

W ówczesnym prawodawstwie znano okoliczności łagodzące przestępstwo kazirodztwa, do których zaliczano brak świadomości istniejącego pokrewieństwa. W przypadku małoletniej córki okolicznością wyłączającą odpowiedzialność karną było podjęcie współżycia z ojcem w sytuacji zależności od niego⁴⁷. Uważa się też, że reformacja zmieniła nastawienie do kazirodztwa. Mimo deklarowanego bezpośredniego odwołania do Biblii punkt ciężkości przesunął się na zabezpieczenie małżeństwa, które zostało zdesakralizowane. W miejsce *incestum* weszło *Blutschande*⁴⁸. Claudia Jarzebowski obliczyła na podstawie zachowanych archiwaliów, iż w Brandenburgii i na Śląsku w latach 1720–1785 przeprowadzono około 220 procesów o kazirodztwo. Pewne jest, że w 80 sprawach oskarżonymi byli ojczym i pasierbica, a 15 – ojciec i córka. Po 1740 roku w postępowaniach tego rodzaju dominowały zresztą sprawy przeciwko ojczymowi i pasierbicy⁴⁹.

⁴⁴ C.F. Gerstlacher, *Handbuch der teutschen Reichsgesetze...*, s. 2643.

⁴⁵ Por. D.C.A. Gründler, *Systematische Entwicklung...*, s. 138; J.H.Ch. von Selchow, *Juristische Bibliothek von neuen juristischen Büchern und Abhandlungen*, t. 1, Göttingen 1764, s. 687.

⁴⁶ D.C.A. Gründler, *Systematische Entwicklung...*, s. XI i 70.

⁴⁷ Tamże, s. 2643–2644.

⁴⁸ C. Jarzebowski, *Legitime Nähe, illegitime Sexualität? Einige Überlegungen zu Vorstellungen von Inzest im 18. Jahrhundert* (w:) A. Hilbig, C. Kajatin, I. Miethe (red.), *Frauen und Gewalt. Interdisziplinäre Untersuchungen zu geschlechtsgebundener Gewalt in Theorie und Praxis*, Würzburg 2003, s. 78.

⁴⁹ Tamże, s. 80. Artykuł C. Jarzebowski stanowi wartościową prawnohistorycznie analizą problematyki kazirodztwa w dawnym prawie niemieckim, gdyż autorka nie tylko przedstawiła oświeceniową dyskusję w doktrynie, ale też opisała akta spraw z zasobów Preussischer Kulturbesitz.

4. Kazirodztwo w Terezjanie

Constitutio Criminalis Theresiana z 1768 roku przejęła liczne instytucje prawne znane z szesnastowiecznej Caroliny, lecz w kwestii kazirodztwa była precyzyjniejsza i obszerniejsza⁵⁰. W art. 75 § 5 określono kazirodztwo mianem plugawego grzechu przeciwko Bogu i naturze⁵¹. Zstępni i wstępni dopuszczający się kazirodztwa, również tacy, między którymi pokrewieństwo zachodziło wskutek pochodzenia nieślubnego, lub tkwiący faktycznie w konkubinacie podlegali karze śmierci. Zaznaczono, iż karze podlegają oboje ze sprawców. Kary cielesne groziły zaś za kazirodztwo w pierwszym lub drugim stopniu pokrewieństwa linii bocznej, tj. za stosunek płciowy między rodzeństwem, córką siostry lub brata, siostrą ojca lub matki itd., jak również między ojczymem a pasierbicą, macochą a pasierbem, powinowatymi pierwszego stopnia. Karalne było utrzymywanie stosunków płciowych między krewnymi dalszych stopni wedle – jak można sądzić – zakazów kanonicznych⁵².

Okoliczności zaostrzające odpowiedzialność karną (art. 75 § 6) to: kazirodztwo jako czyn ciągły z jedną osobą, kazirodztwo połączone z cudzołóstwem, utrzymywanie przez mężczyznę stosunków kazirodczych z wieloma krewniaczkami. O ile pierwszy i drugi przypadek odnosił się do sprawców obojga płci, o tyle trzeci tylko do mężczyzn. Do okoliczności łagodzących (art. 75 § 7) zaliczano: brak świadomości istnienia pokrewieństwa lub powinowactwa, stosunek zależności między córką a ojcem (łagodzący odpowiedzialność córki), podstęp ze strony osoby dorosłej (łagodzący odpowiedzialność małoletniego), usprawiedliwiona nieświadomość karalności czynu (odnośnie do np. osoby niepełnosprawnej intelektualnie) oraz – co odróżniało Terezjanę od omówionych uprzednio regulacji karnych – usiłowanie nieukończony („Gdy cielesny czyn wprawdzie został podjęty, lecz nie został wprowadzeniem członka ukończony”⁵³).

⁵⁰ Przychylając się do stanowiska Karla Hillera, pomijam ewentualne związki między Terezjaną a bawarskim kodeksem karnym (Codex Iuris Bavarici criminalis) z 1751 r.: K. Hiller, *Österreich* (w:) F. von Liszt (red.), *Die Strafgesetzbuchung Der Gegenwart in Rechtsvergleichender Darstellung*, t. 1, *Das Strafrecht des Staaten Europas*, Berlin 1894, s. 115–116.

⁵¹ *Constitutio Criminalis Theresiana*, Wien 1769, s. 210.

⁵² Zob. też: Ch. Mütting, *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 STGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Juristische Zeitgeschichte, t. 37, Berlin 2010, s. 17.

⁵³ „Wenn das fleischliche Werk zwar angemasset, jedoch nicht wirklich mit Einlassung des Saamens vollbracht worden”.

Dłatego ówczesni – odwołując się przede wszystkim do prawa karnego obowiązującego w państwach Rzeszy – dokonywali wykładni zwrotów *emissio seminis* (*Auslassung des Saamens*, *Samenabgang*) oraz *immissio seminis* (*Einlassung des Saamens*)⁵⁴. Pierwszy odnoszono do ejakulacji, a drugi do wprowadzenia członka do pochwy, co nierzadko kwalifikowano jedynie jako usiłowanie popełnienia przestępstwa⁵⁵. Autorzy Terezjany uznali za karalne oba te zachowania, wprowadzając możliwość złagodzenia kary, a na pewno nie odstąpienia od jej wymierzenia, jak można by było odnieść wrażenie po lekturze głosów doktryny⁵⁶. Na wykładnię zawężającą ocenę zgwałcenia, a co za tym idzie i zgwałcenia kazirodczego wpływ miało ówczesne stanowisko lekarzy uznających za gwałt wyłącznie deflorację o wyraźnie przemocowym charakterze, nieprowadzącą – zdaniem Maren Lorenz – w dodatku do ciąży⁵⁷. Kategorycznie przecinał te dywagacje Regnerus Engelhard⁵⁸, argumentując logicznie, iż skoro do skazania za cudzołóstwo wystarcza złapanie sprawcy na gorącym uczynku, to *immissio seminis* nie jest koniecznym znamieniem tego czynu⁵⁹. Przywoływano też dla porównania art. 119 Caroliny odnoszący się do przestępstwa zgwałcenia, do popełnienia którego wystarczało pozbawienie kobiety czci czystości bez względu na sposób, w jaki zostało to dokonane⁶⁰. Twórca bawarskiego

⁵⁴ Np. L. Frey, *Entwurf zu einem republikanischen Strafgesetzbuch*, Bern 1835, s. 31; W.E. Henke, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, cz. 2, Berlin–Stettin 1826, s. 153; J.Ch. von Quistorp, *Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts*, Ch. Roß (red.), t. 3, Leipzig 1828, s. 314 i 325; O.L.W. Richter, *Handbuch des Straf-Verfahrens in den Königl. Preußischen Staaten mit Ausnahme der Provinzen in welchen noch französisches Recht gilt*, t. 2, Königsberg 1830, s. 597; Ch.J.L. Steltzer, *Lehrbuch des deutschen Criminalrechts*, Halle 1793, s. 258; D.G. Strube, *Rechtliche Bedenken. Systematisch geordnet, ergänzt, berichtigt und mit Anmerkungen begleitet*, t. 3, Hannover 1828, s. 53. Współcześnie w odniesieniu do penalizacji homoseksualizmu i zgwałcenia: Ch. Mütting, *Sexuelle Nötigung...*, s. 14; Ch. Schäfer, „Widernatürliche Unzucht” (§§ 175, 175a, 175b, 182 a.F. StGB). *Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1945*, *Juristische Zeitgeschichte*, t. 26, Berlin 2006, s. 22.

⁵⁵ *Pierer's Universal-Lexikon*, t. 6, Altenburg 1858, s. 346–347.

⁵⁶ Zob. np. krótki komentarz do art. 75 Terezjany: P.K. Jaksch, *Gesetzlexikon im Geistlichen, Religions- und Toleranzfache, wie auch in Güter-Stiftungs-Studien- und Zensursachen für das Königreich Böhmen von 1601 bis Ende 1800*, t. 1, Prag 1828, s. 330.

⁵⁷ M. Lorenz, „... da der anfängliche Schmerz in Liebeshitze übergehen kann...”. *Das Delikt der „Notzucht” im gerichtsmedizinischen Diskurs des 18. Jahrhunderts*, http://www.goethezeitportal.de/db/wiss/epoche/lorenz_nothzucht.pdf.

⁵⁸ Regnerus Engelhard (1717–1777), niemiecki prawnik, heski urzędnik i jednocześnie geograf-topograf. Zob. C. Altmüller, *Engelhard: Regnerus* (w:) *Allgemeine Deutsche Biographie* 1887, t. 6, s. 138, dostęp online w Bayerische Staatsbibliothek.

⁵⁹ R. Engelhard, *Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besodert des Rechtes der Natur*, Frankfurt–Lepzig 1756, s. 505.

⁶⁰ C.A. Tittmann, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, cz. 2, Halle 1807, s. 214.

kodeksu karnego, Paul Johann Anselm von Feuerbach⁶¹, zwrócił uwagę, że owo rozróżnienie pozwalało penalizować zachowania o różnym charakterze: 1) takie przestępstwa cielesne, które nie są popełniane z użyciem części ciała w sposób sprzeczny z naturą (czyli właśnie *immissio seminis*); 2) takie, których karalność wynika z ich sprzeczności z naturą i ich popełnienie wiąże się z *Ausschluss des Saamens*⁶². Rozważania te nie były i nie są skądinąd obce polskiemu wymiarowi sprawiedliwości⁶³.

Staje się widoczne, iż w Terezjanie, w porównaniu do wieków wcześniejszych, uporządkowano i doprecyzowano penalizację kazirodztwa⁶⁴. Być może ułatwiło to pracę kodyfikatorom późniejszych austriackich przepisów karnych („Józefina”, „Franciszkana”), którzy nie napotykali takich problemów, na jakie natrafiali przedstawiciele doktryny prawnej państw niemieckich.

Kończąc, warto przywołać stan faktyczny opisany przez Susanne Hohenberger. W 1783 roku we Freistadt (Górna Austria) sędzono 30-letniego Johanna i jego bratanicę 18-letnią Marię oskarżonych o kazirodztwo, czego dowodem była ciąża Marii. Za pierwszym razem sąd skazał wyłącznie Johanna, przypisując mu czterotygodniową karę pracy przymusowej z zamknięciem w areszcie. Z zeznań wynikało, iż Johann dwukrotnie wymusił na Marii stosunek płciowy. W związku z tym, iż sąd krajowy w Weinberg nie zatwierdził wyroku, sąd we Freistadt wznowił postępowanie. Po ponownym przesłuchaniu oskarżonych i wyjawieniu nowych faktów (następujących po sobie w różnym czasie i okolicznościach trzykrotnych stosunków płciowych, przyznaniu się oskarżonej do współwiny) oraz zasięgnięciu opinii biegłych w prawie jurystów z Linz sąd nakazał przetrzymać Johanna kolejne 4 tygodnie w areszcie z obowiązkiem przymusowej pracy, z czego przez trzy dni w tygodniu o chlebie i wodzie. Marię skazano na czterotygo-

⁶¹ Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775–1833), niemiecki prawnik, profesor uniwersytetów w Jenie, Kilonii i Monachium, uważany za jednego z twórców szkoły klasycznej prawa karnego. Zob. *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 2, Warszawa 1995, s. 338.

⁶² P.J.A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen 1801, s. 389.

⁶³ Por. wyrok SN z dnia 30 lipca 1986 r., Rw 530/86, LEX nr 22034; J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz, orzecznictwo, przepisy wprowadzające i związane*, Łódź 1949, s. 176; J. Słiwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 398. Zob. też rozdział autorstwa Katarzyny Nazar-Gutowskiej.

⁶⁴ Zob. też klasyczny podręcznik do prawa karnego autorstwa znanego profesora prawa Franza von Liszta: F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1900, s. 370. W najnowszej literaturze: R. Maurach, F.-Ch. Schroeder, M. Maiwald, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 2, *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte. Lehrbuch*, Heidelberg 2012, s. 157.

dniową karę pracy przymusowej z zamknięciem w areszcie, z czego przez dwa dni w tygodniu o chlebie i wodzie. Na oboje nałożono obowiązek pokrycia kosztów postępowania i pobytu w areszcie, łagodniej – zdaje się – traktując w tej kwestii Marię. Nie jest za to pewne, czy oboje skazano na zakucie w kajdany, czy tylko Marię⁶⁵. Mimo więc kategorycznych przepisów Terezjany sędzia – w tym przypadku – korzystał z zakresu sędziowskiego uznania⁶⁶.

Twórcy pomników dawnego europejskiego prawa karnego byli zgodni, iż kazirodztwo między krewnymi linii prostej, bocznej i powinowatymi zasługuje na karę. Co do zasady czyn ten zagrożony był karą śmierci. Nie byli w stanie jednakże precyzyjnie określić swego stanowiska, co rodziło na styku prawa rzymskiego, kanonicznego i prawa obowiązującego w Rzeszy wątpliwości interpretacyjne. Na tym tle regulacje zawarte w Terezjanie – austriackim kodeksie karnym wyróżniły się swą poprawnością legislacyjną.

Naturalnie przepisy normujące przestępstwo kazirodztwa występowały w praktyce w realnym zbiegu z innymi przepisami, które – używając dzisiejszej nomenklatury – można odnieść do: zgwałcenia, seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, nadużycia stosunku zależności, seksualnego wykorzystania małoletniego. Karnoprawna ocena takich czynów, jak się wydaje, była prostsza, gdyż i tak prawodawcy zmierzali do wymierzania za nie kary śmierci. Wiedza potoczna podpowiada, iż łatwiej było skierować ostrze represji karnej przeciwko rodzeństwu uprawiającemu kazirodztwo niż zgwałceniu kazirodczemu popełnionemu przez ojca. Inne było uzasadnienie penalizacji kazirodztwa, gdyż oprócz – używanych i współcześnie – argumentów obyczajowych, nie sięgano po argumenty dobra rodziny, promowania różnicowania kulturowego czy genetyczne albo religijne⁶⁷. Można szukać potwierdzenia dla tezy, jakoby kazirodztwo – w sytuacji gdy prowadziło do pokrzywdzenia drugiej strony – i tak było „konsumowane” przez inne przepisy karne. Moim zdaniem najważniejszą zmianą – w ocenie kazirodztwa – stała się nie depenalizacja na przykład stosunków homoseksualnych, a ograniczenie kręgu krewnych bocznych, których zaliczano do podmiotów tego przestępstwa. Dobrowolny stosunek płciowy między biseksualnym ojcem a dorosłym homoseksualnym synem

⁶⁵ S. Hehenberger, „... Ich bin...”, s. 211.

⁶⁶ Tamże, s. 224.

⁶⁷ Zob. interesującą argumentację zawartą w amerykańskim Model Penal Code – J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 235.

cały czas podlega przecież karze. Być może okoliczności łagodzące karę, wskazane przez przodków, pozwalają uchwycić kierunek rozwoju prawnokarnej polityki wobec kazirodztwa. Wydaje się, że penalizacja kazirodztwa odbiega od jego najprostszego potocznego rozumienia (jako stosunków płciowych między rodzeństwem), nie pełni funkcji odstraszałającej, a jedynie następczą. Karze się czyn, który i tak jest obyczajowo potępiany i podejmowany przez sprawców ze świadomością jego społecznego potępienia. Trafnie napisał Radosław Krajewski: „to, że istnieje karnoprawny zakaz kazirodztwa, nie sprawia, że przypadków takich jest mniej”⁶⁸. W ówczesnej literaturze spotkać można bardzo podobne dylematy obecne dziś, na przykład odnośnie do dobrowolnego utrzymywania stosunków seksualnych o charakterze kazirodczym przez osoby dorosłe; surowszej oceny kazirodztwa z rezultatem finalnym w postaci splodzenia potomstwa, popełnianego przez krewnych w linii prostej oraz wieku, w jakim dochodzi do kontaktów o charakterze seksualnym⁶⁹. Jakże racjonalnie na tym tle wypadają uwagi przedwojennej Komisji Kodyfikacyjnej, ograniczającej kazirodztwo do spółkowania między najbliższymi krewnymi, ponieważ „społeczeństwo nie ma powodu zajmować się miłosnymi komplikacjami na tle życia rodzinnego”⁷⁰.

⁶⁸ R. Krajewski, *Kryminalizacja kazirodztwa – niezbędność czy przejaw nadmiernej ingerencji prawa karnego w sferę seksualną człowieka?* (w:) B. Sygit, T. Koczur (red.), *Aktualne problemy kryminalizacyjne*, Toruń 2013, s. 140.

⁶⁹ Zob. np. wyważone stanowisko w przedmiocie dekryminalizacji kazirodztwa: M. Budyn-Kulik, *Prawnokarna problematyka kazirodztwa w ujęciu paternalistycznym*, WPP 2012, nr 1–2, s. 71. Sceptycznie: V. Konarska-Wrzosek, *Przedmiot ochrony przy typie przestępstwa kazirodztwa*, (w:) Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 296. Interesująca analiza genomu w przypadkach kazirodczych: E. Raczek, *Kazirodztwo – ujęcie sądowo-genetyczne*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2012, t. 62, nr 1, s. 55.

⁷⁰ Cytat za: M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 88 oraz J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 236.

Streszczenie

Kazirodztwo w prawie rzymskim zawierało się w pojęciu *incestum* – aktu niemoralnego, haniebnego, bezbożnego i sprzecznego z dobrymi obyczajami. W prawach państw germańskich i prawie Franków wpływ na rozszerzenie kręgu podmiotów, między którymi podejmowane stosunki płciowe były uznawane za kazirodcze, uległ rozszerzeniu wskutek oddziaływania prawa kanonicznego. Regulacje prawa rzymskiego i prawa kanonicznego przenikały się i wpływały na treść późniejszego prawa Rzeszy. Penalizacja kazirodztwa w *Constitutio Criminalis Carolina* nie była jasna, doktryna prawa była pod wpływem powszechnego prawa rzymskiego (*ius commune*), a w drodze wykładni przywoływano zdanie autorytetów (Carpzov). Zróżnicowaną ocenę kazirodztwa przyniosła *Constitutio Criminalis Theresiana* z rozbudowanym katalogiem okoliczności zastraszających i łagodzących odpowiedzialność karną.

Incest in the monuments of European criminal law until the 18th century

In the Roman law, incest was described by the notion of incestum – an immoral, disgraceful and godless act contravening good practices. In the legal systems of the Germanic states and in the law of the Franks, the circle of individuals between whom the sexual intercourse was regarded as incestuous was extended under the influence of the Canon law. The regulations of the Roman law and the Canon law merged and shaped the content of the later law of the Reich. Penalization of incest in Constitutio Criminalis Carolina was not clear as the doctrine of law was under the influence of the general Roman law (ius commune) and the opinions of authorities were quoted in the process of law interpretation (Carpzov). A diversified evaluation of incest was presented in Constitutio Criminalis Theresiana with an extensive list of circumstances aggravating and mitigating criminal responsibility.

Kazirodztwo jako przedmiot regulacji nowożytnych kodyfikacji prawa karnego

1. Kazirodztwo (*incestus*), ujmowane jako świadomy stosunek cielesny między krewnymi lub powinowatymi w stopniu, w którym małżeństwo nie jest dozwolone, od czasów najdawniejszych zaliczano powszechnie do kategorii czynów nierządnych, godzących w trwałość rodziny, związku małżeńskiego i prawidłowego rozwoju społeczeństwa¹. Samo pojęcie czynu nierządnego na przestrzeni dziejów zmieniało swoje znaczenie w zależności od aktualnych norm moralno-obyczajowych obowiązujących w zakresie stosunków seksualnych w społeczeństwach danej epoki. W przeszłości ujmowane było szeroko, jako każde działanie zmierzające do zaspokojenia popędu płciowego, popełnione w zetknięciu z ciałem innej osoby przy użyciu przemocy, groźby bezprawnej, podstępem względem osoby pozbawionej całkowicie lub w znacznym stopniu zdolności rozpoznawania znaczenia czynu, jak również przez nadużycie stosunku zależności lub wyzyskanie jej krytycznego położenia. W pojęciu tym mieściły się też zarówno czyny z elementem seksualnym popełnione publicznie, w obecności nieletniego, jak i prostytutka, stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo, a także pederastia, sodomia, cudzołóstwo oraz kazirodztwo².

Spoglądając w przeszłość, można zauważyć, że pierwotnie stosunki seksualne jednostki oceniane były przez prawo karne albo z punktu widzenia dobra rodziny, albo ze względu na zachowanie powszechnie akceptowanych w danej epoce obyczajów i zasad moralnych, utwierdza-

¹ S. Budziński, *O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy z uwzględnieniem praw obowiązujących w Królestwie Polskim i Galicji austriackiej*, Warszawa 1883, s. 246.

² *Nowa Encyklopedia Powszechna PWN*, t. 4, Warszawa 1996, s. 481.

nych zakazami i nakazami religijnymi. W czasach przedchrześcijańskich wyraźnie dominowało to pierwsze podejście. Za najbardziej naganne, i co za tym idzie najsurowiej karane, uznawane były te czyny z elementem seksualnym, które godziły w trwałość związku małżeńskiego i interesy majątkowe rodziny. Wśród nich na pierwszym miejscu wskazywano zdradę małżeńską (cudzołóstwo), porwanie i uwiedzenie panny – karane zwykle śmiercią – zaś w dalszej kolejności (i surowości kar) czyny, takie jak nierząd czy kazirodztwo³.

Pod wpływem przyjęcia chrześcijaństwa nastąpiła wyraźna zmiana w ocenie zachowań seksualnych jednostki, ujmowanych teraz przede wszystkim od strony ich zgodności z nakazami i nauką Kościoła, oraz stałe zaost్రzanie grozących za nie kar. Od początku Średniowiecza państwo wkraczało w tę sferę nie tylko jako obrońca ustalonego ładu społecznego, ale także jako ramię karzące za grzech przeciw przykazaniom boskim. Pociągało to za sobą rozszerzenie katalogu czynów kwalifikowanych jako przestępstwa przeciwko moralności i dobremu obyczajom, do których u progu epoki

³ Najstarszym kodeksem obejmującym przestępstwa seksualne był babiloński Kodeks Hammurabiego z lat 1792–1750 p.n.e. Wśród nich wymieniał: cudzołóstwo, porwanie panny, nierząd i kazirodztwo. Za cudzołóstwo groziło kobiecie zamężnej uduszenie wspólnie z kochankiem, zaś mąż cudzołożnik był karany tylko grzywną. Za uwiedzenie panny będącej narzeczoną innego uwodziciel podlegał karze śmierci jako złodziej cudzego mienia. Podobną karę wymierzano sprawcy porwania nieletniej. Kobieta zamężna za uprawianie tajnego nierządu była topiona w wodzie. Za kazirodztwo ojca z córką ojcu groziło wygnanie, a matki z synem – kara śmierci obojga na stosie. Najstarsze egipskie przepisy pochodzą z ok. 1350 r. p.n.e. i są jednocześnie najstarszymi znanymi dotąd uregulowaniami prawnymi. Należy do nich ustawa karna wydana przez faraona Hormheba (1319–1292 p.n.e.), która wymienia karę tylko za cudzołóstwo – dla mężczyzny tysiąc batów, a dla kobiety zmiażdżenie nosa. Ustawa ta nie przewidywała natomiast karania kazirodztwa ze względu na dopuszczalność małżeństw braci z siostrami, występujących często w królewskim rodzie faraonów (tzw. kazirodztwo dynastyczne). Wyjątkowo dużą różnorodność w dziedzinie przestępstw seksualnych odnotować można w Starym Testamencie i prawie rabinicznym starożytnych Izraelitów. W księgach Mojżesza kara śmierci groziła za cudzołóstwo, zgwałcenie i za kazirodztwo. W prawie rabinicznym utrzymano karę śmierci za cudzołóstwo i kazirodztwo, do którego zaliczano też bigamię; natomiast zgwałcenie pociągało za sobą jedynie grzywnę i wynagrodzenie za cierpienia ofiary, a w pewnych wypadkach obowiązek jej poślubienia. Uprawianie prostytucji karane było chłostą, a w razie recydywy śmiercią lub obcięciem nosa, powiek i uszu. W prawie starożytnej Grecji cudzołóstwo karane było grzywną, ale gdy mąż złapał żonę na gorącym uczynku, mógł ją bezkarnie zabić. Za kazirodztwo groziła kara śmierci; porwanie gwałt i uwiedzenie karane były grzywną; pederastia – utratą praw politycznych; bigamia nie była karana. We wczesnym prawie rzymskim za cudzołóstwo odpowiadała tylko żona, a karę wymierzał *pater familias*, który mógł zabić i współwinowajcę, o ile przylapał ich oboje na gorącym uczynku. Z czasem za cudzołóstwo odpowiadał także i mąż – zwykle karany grzywną. Ponadto prawo rzymskie przewidywało też karalność nierządu, kazirodztwa i czynów lubieżnych, por. M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006, s. 38–43, 75, 87–88, 99–100, 145; W. Nestorowicz, *Przestępstwa płciowe w dawnych kodeksach karnych*, Głos Sądownictwa 1937, nr 12, s. 987–989.

nowożytnej zaliczano: gwałt, porwanie kobiety, uwiedzenie, cudzołóstwo, nierząd, bigamię, konkubinat, pederastię, sodomie, nekrofilie oraz kazirodztwo. Tendencja ta utrzymała się w epoce następnej. Od czasów reformacji aż po schyłek XVIII stulecia prawo karne w dziedzinie oceny obyczajów i zachowań seksualnych cechowało się niespotykaną wcześniej w takiej skali surowością oceniania ludzkich poczynań i drastycznością wymierzanych kar. Zdecydowana większość czynów przeciwko moralności płciowej, w tym kazirodztwo, kwalifikowana była do kategorii przestępstw ciężkich, za które groziła zwykle kara śmierci, rzadziej chłosta, więzienie czy grzywna⁴.

2. Wyraźne przewartościowanie oceny czynów z elementem seksualnym, takich jak kazirodztwo, i ich kwalifikacji w prawie karnym nastąpiło dopiero na przełomie XVIII i XIX w. Pod wpływem szkoły humanitarnej czyny takie uznawano co prawda nadal za karygodne, ale już nie „ze względu na obrazę praw boskich”, ale „z powodu poniżenia człowieczeństwa”, postulując karanie ich – w myśl filozofii racjonalistycznej – „zgodnie z ich naturą”, a więc karami przewidzianymi za przestępstwa lekkie, zaliczane – poza zbrodnią zgwałcenia – do kategorii występków lub wykroczeń. Istotną rolę w propagowaniu tej nowej, oświeceniowej ideologii odegrała *Encyklopedia* francuska, w której wprost zalecano zerwanie z – uzasadnianą wcześniej motywami religijnymi – represyjnością prawa karnego w stosunku do karygodnych czynów seksualnych jednostki: „Zbrodnie przeciw obyczajom. Zalicza się do nich przestępstwa przeciw obyczajności publicznej i osobistej, których dotyczą stosowne ustawy o przyjemnościach zmysłowych i stosunkach cielesnych. Również kary za te przestępstwa powinny być zgodne z naturą rzeczy i polegać na przykład na pozbawieniu korzyści związanych z zachowaniem czystości obyczajów, na grzywnach, odosobnieniu, niesławie, wygnaniu z miasta lub nawet poza granice państwa oraz na wszystkich karach, które orzekają sądy poprawcze. Są to wystarczające kary

⁴ Pozostające pod wpływem rozwiązań rzymskich prawo kanoniczne za przestępstwa seksualne przewidywało kary kościelne – zwykle pokutę, zaś w najbardziej drastycznych przypadkach – ekskomunikę, a dla duchownych – zamknięcie w klasztorze. O wiele bardziej surowe było prawo świeckie. W *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r. i w pozostającym pod jej wpływem prawie miejskim karą za większość tych przestępstw była kara śmierci: ścięcie mieczem, łamanie kołem, spalenie na stosie, zakopanie żywcem, utopienie, które groziły za: gwałt, cudzołóstwo, bigamię, kazirodztwo, pederastię i sodomie. Lżejsze kary: chłosta, wystawienia pod pręgierzem lub wygnania z miasta, przewidziano za pokątną prostytucję i stręczenie do nierządu. Natomiast nie podlegało karaniu zawodowe uprawianie prostytucji w domu publicznym, gdyż traktowane było ono jako legalne zatrudnienie w przedsiębiorstwie miejskim, por. S. Plaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, t. I, Kraków 1997, s. 363–364; Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. II, Warszawa 1968, s. 368–370.

dla poskromienia zbytnej śmiałości obojga płci, która rodzi się z namiętności usposobienia, z zapomnienia o dobrych obyczajach, a także z pogardy dla samych siebie”⁵. Takie podejście znalazło odbicie w kodeksach karnych tzw. okresu przejściowego, powstałych w okresie pomiędzy epoką feudalną a kapitalizmem, które uwzględniając podstawowe założenia doktryny prawa natury i postulaty szkoły humanitarnej w zakresie racjonalizacji oceny zabronionych czynów seksualnych jednostki w stosunkach rodzinnych, takich jak kazirodztwo czy cudzołóstwo, w zakresie ich penalizacji nadal hołdowały feudalnej tradycji. Przykłady takich rozwiązań zawierały takie regulacje prawa karnego przełomu XVIII i XIX w., jak: Powszechne prawo krajowe dla państw pruskich z 1794 r. (tzw. Landrecht pruski), austriacka Księga ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa z 1803 r. (tzw. Franciscana), jak również Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 1818 r. oraz rosyjski Kodeks Kar Głównych i Poprawczych z 1845 r. i jego wersja dla Królestwa Polskiego z 1847 r.⁶

W Landrechcie pruskim z 1794 r. kazirodztwo zaliczono – obok uwiedzenia, zgwałcenia, nierządu, bigamii, sodomii i cudzołóstwa – do kategorii występków cielesnych, przy czym czyny kazirodcze uznano za odmianę tzw. nierządu pospolitego, tj. niedozwolonych stosunków płciowych pomiędzy osobami połączonymi więzami pokrewieństwa⁷. Stosownie do tego Landrecht wyróżniał: kazirodztwo pomiędzy krewnymi w linii prostej, zarówno wstępnej, jak i zstępnej, oraz kazirodztwo pomiędzy rodzeństwem rodzonym i przyrodnim, pomijając milczeniem takie stosunki pomiędzy krewnymi w linii bocznej oraz osobami powinowatymi. Takie zawężenie podmiotowe przestępstwa kazirodztwa uzasadniano w Landrechcie szczególną ochroną dzieci, stanowiąc w § 992, że: „Rodzice i nauczyciele powinni swe dzieci i uczniów odwodzić od zepsucia niosącego występku wszeteczeństwa, powtarzając im mocne przełożenia o nieszczęśliwych onego skutkach, tudzież mocno ich nakłaniając do uczciwego i obyczajnego

⁵ L. Chevalier de Jaucourt, hasło: crime (droit naturel) (w:) *Encyklopedia francuska*, za: G. Baltrusajtys, J. Kolarzowski, M. Paszkowska, K. Rajewski, *Wybór źródeł do historii prawa sądowego czasów nowożytnych*, Warszawa 1996, s. 19.

⁶ Powszechne prawo krajowe dla państw pruskich z 1 czerwca 1794 r. (dalej: Landrecht pruski z 1794 r.), cz. II, t. II, Poznań 1826; Księga ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa z 3 września 1803 r. (dalej: Franciscana z 1803 r.), cz. I i II, Lwów 1804; Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 16 kwietnia 1818 r. (dalej: KKKP z 1818 r.), *Dziennik Praw Królestwa Polskiego*, t. 5, s. 3–292; Kodeks Kar Głównych i Poprawczych z 12–24 marca 1847 r. (dalej: KKGiP z 1847 r.).

⁷ Landrecht pruski z 1794 r., tytuł XX. *O występkach i karach*, oddział XII. *O występkach cielesnych*, § 992–1072, s. 646–657.

trybu życia”⁸. Stosownie do tego, zgodnie z § 1039, szczególnie zwalczane i najsurowiej karane było kazirodztwo z udziałem zstępnych lub wstępnych w linii prostej: „Rodzice i dziadowie, na złe używający do rozpusty swych dzieci w małżeństwie spółzonych lub wnuków; mają być obarczeni karą twierdzy na trzy, do lat pięciu”⁹. Odpowiedzialność ich pupili ograniczono § 1040 tylko do osób pełnoletnich: „W takowym przypadku na dzieci, którym już minął rok osiemnasty, ma być wyrzeczona kara domu poprawy sześć miesięcy do roku jednego; młodsze zaś dzieci od kary wolne będą”¹⁰. Zdecydowanie łagodniej traktował Landrecht stosunki kazirodcze pomiędzy rodzeństwem naturalnym i przyrodnim, stanowiąc w § 1041, iż: „Rozpusta między rodzeństwem już dorosłym, z małżeńskiego związku spółzonym, rodzonym, lub przyrodnim, pociągnie za sobą karę twierdzy albo domu poprawy na rok, do lat dwóch”; zaś w § 1042, że: „Kazirodztwo pomiędzy krewnymi bezzennego pochodzenia tego rodzaju (§ 1039–1041) ma być ukarane dowolnie (§ 35) na tym, kto wiedział, że zachodzi pokrewieństwo”¹¹. Poza karami wskazanymi w powyższych przepisach w przypadku kazirodztwa Landrecht nakazywał w § 1043, aby: „We wszystkich przypadkach powyżej oznaczonych (§ 1039–1042), osoby, które dopuściły się kazirodztwa, muszą być całkiem od siebie oddalone”¹².

Odmienne niż Landrecht czyny kazirodcze ujmowała austriacka ustawa karna z 1803 r. Kazirodztwo pomiędzy krewnymi w linii prostej, wstępnej i zstępnej regulowała w części dotyczącej zbrodni, w rozdziale „O porubstwie i innej cielesnej sprośności”, traktując je w § 113 na równi z innymi czynami przeciwko naturze: „Jako występki będą karane także następujące gatunki sprośnej lubieżności: I. uczynek cielesny przeciwko naturze; II. kazirodztwo między krewnymi w linii wstępnej i zstępnej, czyli by ich pokrewieństwo z prawego lub nieprawego łoża pochodziło, popełnione”¹³. Karą za taką zbrodnię było, zgodnie z § 114, więzienie od sześciu miesięcy do roku¹⁴. Natomiast Franciscana, podobnie jak Landrecht, zawężała kazirodztwo pomiędzy pozostałymi krewnymi do stosunków tego rodzaju pomiędzy rodzeństwem naturalnym i przyrodnim oraz z małżon-

⁸ Tamże, § 992, s. 646.

⁹ Tamże, § 1039, s. 653.

¹⁰ Tamże, § 1040, s. 653.

¹¹ Tamże, § 1041 i 1042, s. 654.

¹² Tamże, § 1043, s. 654.

¹³ Franciscana z 1803 r., cz. I. O zbrodniach, rozdział XV. O porubstwie i innej cielesnej sprośności, § 113, s. 64–65.

¹⁴ Tamże, § 114, s. 65.