

Prawa i obowiązki seksualne małżonków

Studium prawne nad normą
i patologią zachowań

Radostław Krajewski



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Prawo jest na naszej stronie!

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Prawa i obowiązki seksualne małżonków

**Studium prawne nad normą
i patologią zachowań**

Radostaw Krajewski



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2009

Wydanie publikacji zostało dofinansowane przez Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

Recenzent:

Prof. dr hab. Jarosław Warylewski

Wydawca:

Magdalena Górniewicz

Redaktor prowadzący:

Anna Berska

Opracowanie redakcyjne:

Izabela Ratusińska

Skład, łamanie:

Katarzyna Ślabosz

© Copyright by

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2009

ISBN 978-83-7601-631-3

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek

01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a

tel. (022) 535 80 00

31-156 Kraków, ul. Zacisze 7

tel. (012) 630 46 00

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz ważniejszych skrótów.....	9
Wprowadzenie	11
Rozdział I	
Prawa i obowiązki seksualne małżonków w perspektywie prawnohistorycznej	29
1. Kontakty seksualne małżonków u ludów pierwotnych i w starożytności	29
1.1. Prawo prymitywne wobec pożycia seksualnego małżonków	29
1.2. Małżeńska więź seksualna w prawie starożytnego Wschodu	31
1.3. Prawa i obowiązki seksualne małżonków według ustawodawstwa starożytnej Grecji.....	45
1.4. Prawo starożytnego Rzymu wobec pożycia seksualnego małżonków	49
1.5. Małżeńskie kontakty seksualne według prawa germańskiego	59
1.6. Wpływ chrześcijaństwa na podejście do więzi seksualnej małżonków	61
2. Ustawodawstwa wieków średnich wobec praw i obowiązków seksualnych małżonków	64
2.1. Małżeńskie kontakty seksualne w początkach polskiej państwowości	64
2.2. Wpływ średniowiecznego prawa kanonicznego na traktowanie kontaktów seksualnych w małżeństwie	70
2.3. Pożycie seksualne małżonków według prawa późnego średniowiecza	75

3. Kontakty seksualne małżonków w świetle nowożytnych źródeł prawa	87
3.1. Ustawodawstwa początków czasów nowożytnych wobec małżeńskiej więzi seksualnej	87
3.2. Prawa i obowiązki seksualne małżonków w późniejszym prawie nowożytnym	94
4. Prawo obowiązujące na ziemiach polskich pod zaborami i po odzyskaniu niepodległości wobec więzi seksualnej małżonków	116
4.1. Małżeńskie kontakty seksualne w świetle ustawodawstw państw zaborczych	116
4.2. Prawa i obowiązki seksualne małżonków według prawa okresu międzywojennego	129

Rozdział II

Zachowania seksualne małżonków w świetle aktualnych

przepisów prawa	137
1. Pojęcie obowiązku pożycia seksualnego małżonków	137
2. Obowiązek pożycia seksualnego małżonków z perspektywy prawnorodzinnej	141
2.1. Konotacje seksualne przeszkód małżeńskich	141
2.2. Istota i zakres kontaktów seksualnych między małżonkami	163
2.3. Prokreacja, antykoncepcja i sterylizacja a pożycie seksualne w małżeństwie	172
2.4. Implikacje prawne niepodjęcia przez małżonków pożycia seksualnego	185
2.5. Okoliczności usprawiedliwiające niewykonywanie przez małżonków obowiązku pożycia seksualnego	190
2.6. Choroby weneryczne i wirus HIV a stosunki seksualne małżonków	203
2.7. Małżeństwa transseksualistów	210
2.8. Impotencja jako szczególna okoliczność dotycząca kontaktów seksualnych małżonków	220
2.9. Rozstrzyganie nieporozumień między małżonkami na tle pożycia seksualnego i następstwa prawne niewypełniania obowiązków w tym zakresie	226
3. Prawnokarne aspekty zachowań seksualnych małżonków	233
3.1. Zgwałcenie w małżeństwie	233
3.2. Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności małżonka	257

3.3. Narażenie małżonka na zarażenie wirusem HIV lub inną chorobą weneryczną w następstwie kontaktów seksualnych	262
3.4. Uszkodzenie ciała lub spowodowanie rozstroju zdrowia dziecka poczętego w związku z pożyciem seksualnym małżonków	272
3.5. Nietypowe zachowania seksualne małżonków i pożycie dokonywane przez nich w wyjątkowych okolicznościach	277
3.6. Zabójstwo na tle odmowy współżycia seksualnego między małżonkami i nieporozumień w tym zakresie	285

Rozdział III

Wierność małżeńska w ujęciu obowiązujących przepisów prawa

1. Pojęcie obowiązku wierności małżeńskiej.....	291
2. Obowiązek wierności małżeńskiej w aspekcie prawnorodzinnym.....	298
2.1. Istota i charakter obowiązku wierności małżeńskiej	298
2.2. Zakres prawnego zakazu cudzołóstwa	308
2.3. Wierność małżeńska a wspomagana prokreacja	328
2.4. Rozstrzyganie nieporozumień między małżonkami w związku z obowiązkiem wierności i następstwa prawne jej niedochowania.....	333
3. Prawnokarne traktowanie cudzołóstwa	352
3.1. Kryminalizacja cudzołóstwa.....	352
3.2. Dekryminalizacja zdrady małżeńskiej i jej uzasadnienie.....	361
3.3. Zabójstwo, uszkodzenie ciała i inne zachowania w związku z niewiernością małżeńską	368

Zakończenie

Bibliografia

1. Źródła prawa	387
2. Encyklopedie i słowniki.....	388
3. Publikacje zwarte	389
4. Artykuły i glosy	399
5. Orzeczenia	404
6. Strony internetowe.....	406

Wykaz ważniejszych skrótów

k.c.	–	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 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.w.	–	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.)
k.p.c.	–	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 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.)
KPK	–	Kodeks Prawa Kanonicznego z dnia 25 stycznia 1983 r.
k.r.o.	–	ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.)
OSN	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSP	–	Orzecznictwo Sądów Polskich

Wprowadzenie

Małżeństwo stanowi w każdej kulturze instytucję o nieporównywalnej z innymi doniosłości społecznej. Związek kobiety i mężczyzny wszędzie wykracza daleko poza sferę spraw osobistych i prywatnych, ma charakter publiczny, podlega prawom i zwyczajom wspólnoty. Zawsze i wszędzie odróżnia się związki małżeńskie od innych form współżycia ludzi. Społeczny charakter małżeństwa wyznaczają m.in. uprawnienia seksualne, jakie otrzymują względem siebie współmałżonkowie¹. W zdecydowanej większości kultur współżycie małżeńskie stanowi bowiem dominującą formę aktywności seksualnej osób dorosłych².

W różnych okresach historycznych, pod wpływem panujących poglądów, a zwłaszcza pod wpływem religii, małżeństwo było traktowane jako jedyna legalna instytucja powołana do regulacji życia seksualnego, w konsekwencji czego tolerowane były tylko stosunki płciowe w obrębie małżeństwa i to często wyłącznie wówczas, gdy ich celem było spłodzenie potomstwa³. Także współcześnie przyjmuje się, iż kiedy dwoje ludzi zawiera związek małżeński, otrzymuje jak gdyby od społeczeństwa prawo do współżycia seksualnego i zaspokajania popędu seksualnego w sposób usankcjonowany. Konsekwencją tego jest fakt, że prowadzenie życia seksualnego w związku małżeńskim jest odróżniane od przedmałżeńskich i pozamałżeńskich stosunków seksualnych⁴.

Przyjmuje się nawet, że współżycie seksualne mężczyzny i kobiety poza małżeństwem, a więc zarówno stosunki przedmałżeńskie, jak i poza-

¹ F. Adamski, *Rodzina. Wymiar społeczno-kulturowy*, Kraków 2002, s. 13–15.

² Z. Lew-Starowicz, *Seks w kulturach świata*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1987, s. 135.

³ K. Imieliński, *Seksuologia. Mitologia, historia, kultura*, Warszawa 1989, s. 490.

⁴ F. Adamski, *Rodzina. Wymiar...*, s. 41.

mażeńskie, są moralnie złe. Bez instytucji małżeństwa bowiem osoba we współżyciu seksualnym zostaje siłą faktu zepchnięta do pozycji przedmiotu użycia dla drugiej osoby, co sprzeciwia się w całej pełni wymaganiom normy personalistycznej, bez której nie sposób myśleć o współżyciu seksualnym na poziomie prawdziwie osobowym. Małżeństwo jako instytucja jest więc nieodzowne dla usprawiedliwienia faktu współżycia mężczyzny i kobiety przede wszystkim wobec nich samych, a równocześnie wobec społeczeństwa⁵. W małżeństwie najpełniej wyraża się ludzka seksualność, umożliwia ono bowiem przeżywanie seksualności w sposób autentycznie ludzki, to znaczy podporządkowany dynamice wzajemnego daru osób⁶.

Jednakże małżeństwo nigdy nie stanowiło, jak też nie stanowi obecnie, jedynej formy regulacji stosunków seksualnych w obrębie grupy społecznej, która zwykle dopuszcza do stosunków pozamażeńskich na zasadzie prawa, obyczaju lub tolerancji społecznej⁷. Nie sposób nie dostrzec też, że w Polsce w ostatnim okresie wyraźnie zaczyna dominować permissywny i indywidualistyczny stosunek do seksu. Ujmowany jest on coraz częściej w kategoriach indywidualnej ekspresji osobowości przy równoczesnym zaniku postawy represyjnej uznającej seksualność za coś złego lub przynajmniej wątpliwego moralnie lub sprowadzającej ją jedynie do roli prokreacyjnej. Osłabły równocześnie rygory instytucjonalizacji seksu, gdyż nie jest on sprowadzany jedynie do roli rekwizytu w funkcjonowaniu innych urządzeń społecznych, w szczególności rodziny. Nie oznacza to oczywiście ani zanegowania w tym względzie znaczenia tej instytucji, ani też tym bardziej jakichkolwiek skłonności do totalnego promiskuityzmu, lecz jedynie prawną dopuszczalność seksu także poza nią⁸.

Życie płciowe człowieka obwarowane jest jednak licznymi zakazami i nakazami moralno-obyczajowymi, a co za tym idzie także prawnymi, i mimo zmian w tym zakresie daleko jest do stanu, w którym życie to byłoby wolne od jakichkolwiek zakazów czy nakazów prawnych i uzależnione jedynie od woli indywidualnego jego dysponenta. W aktualnym systemie prawnym pełnej ochrony prawnej doznają jedynie stosunki małżeńskie,

⁵ K. Wojtyła, *Miłość i odpowiedzialność*, Lublin 1986, s. 198–199.

⁶ Y. Semen, *Seksualność według Jana Pawła II*, Poznań 2008, s. 12–14.

⁷ K. Imieliński, *Kulturowe aspekty seksuologii* (w:) *Seksuologia kulturowa*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1980, s. 54.

⁸ M. Filar, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*, Palestra 1995, nr 7–8, s. 21.

pozostałe zaś, o ile nie są wręcz zabronione, są co najwyżej dla prawa obojętne i nie korzystają z jego ochrony⁹.

Znaczenia prawa w tym względzie nie należy jednakże przeceniać, ludzie bowiem w swojej codziennej praktyce kierują się w stosunkach rodzinnych normami pozaprawnymi, w szczególności moralnymi, zwyczajowymi i religijnymi. Dopiero w sytuacjach nadzwyczajnych, gdy zawodzą niezinstytucjonalizowane systemy normatywne, zaczynają uciekać się do prawa. Prawo jest więc tylko w bardzo ograniczonym zakresie aktywnym regulatorem życia rodzinnego na co dzień, spełnia natomiast funkcję ostatecznego zabezpieczenia interesów członków rodziny, w tym małżonków, w sytuacjach kryzysowych. Na stosunki rodzinne oddziałują więc jednocześnie prawne i pozaprawne uregulowania normatywne, które się wzajemnie uzupełniają¹⁰. Jest bowiem tak, że wspólnota małżonków opiera się na zespoleniu celów i dążeń motywowanych wzajemnymi uczuciami. Rządzi się ona miłością, a nie prawem, które ma zastosowanie w razie ochrony przed ewentualnym nadużyciem¹¹.

Rola, jaką sfera seksualna pełni w życiu człowieka w toku rozwoju jego osobowości, w związkach emocjonalnych i więziach kształtujących kontakty z innymi ludźmi sprawia, że jest ona także istotnym elementem jakości życia. Jest źródłem najcisłych i najbardziej intymnych związków i przeżyć, podstawą prokreacji i rodzicielstwa, antidotum na stresy i samotność. Udane życie seksualne w związku partnerskim, zwłaszcza z małżonkiem, kompensuje niedostatki innych dziedzin życia i redukuje napięcia wynikające z różnych przeciwności losu. W naszej kulturze seks wiązany jest przede wszystkim z małżeństwem, cementuje niejako ten związek, wiąże emocjonalnie obu partnerów, jest źródłem satysfakcji i dowodem miłości. Jeżeli nawet ostatnio pojawia się przekonanie o autotelicznej wartości seksu, a więc uniezależnieniu go od małżeństwa, a także tradycyjnych norm moralnych związanych z tą sferą aktywności człowieka, to i tak wśród Polaków dominuje wzór zachowań seksualnych realizowany w oparciu o stabilizację współżycia¹².

Udany związek małżeński jest dla wielu ludzi jedną z najważniejszych, bądź nawet najważniejszą wartością życiową. Dzieje się tak, ponieważ czło-

⁹ System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności, pod red. I. Andrejewa, L. Kubickiego, J. Waszczyńskiego, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, s. 160.

¹⁰ K. Palecki, *Warianty oddziaływania prawem na stosunki rodzinne* (w:): *Prawo w społeczeństwie*, pod red. J. Kurczewskiego, Warszawa 1975, s. 373–374.

¹¹ T. Smoczyński, *Prawa i obowiązki małżonków*, *Studia Prawa Prywatnego* 2007, z. 2, s. 3.

¹² Z. Izdebski, A. Ostrowska, *Seks po polsku. Zachowania seksualne jako element stylu życia Polaków*, Warszawa 2004, s. 132–133.

wiek jest istotą o bardzo różnorodnych potrzebach zarówno psychicznych, jak i fizycznych, a wiele z nich jest w stanie zaspokoić tylko w kontakcie z drugą osobą. Dlatego niewątpliwie na odczuwanie szczęścia wpływ mają inni, szczególnie zaś ta jedna, najważniejsza osoba. Udane małżeństwo pozwala realizować różnorodne cele, stymuluje rozwój, pozwala dojrzewać w różnych wymiarach życia. Bardzo ważne jest też stworzenie domu z właściwą osobą i posiadanie z nią dziecka lub dzieci. Jedną z fundamentalnych kwestii szczęścia małżeńskiego jest sfera seksualna, gdyż seksualność człowieka należy do najbardziej pierwotnych składników jego bytu. Możliwość zaspokojenia potrzeby seksualnej jest więc bardzo ważnym czynnikiem scalającym małżeństwo, wzbogacającym je o niezwykle intymny wymiar i dającym poczucie bliskości¹³. Jednocześnie wśród różnorodnych możliwych determinant trwałości małżeństwa wzajemna wierność i dobre współżycie seksualne zajmują istotne miejsca. Natomiast zdrada małżeńska i niezadowolające współżycie seksualne są czynnikami przyczyniającymi się do rozpadu małżeństwa, jak też separacji. W wielu krajach liczba rozwodów gwałtownie rośnie, a jedną z podstawowych przyczyn tego stanu jest brak harmonii w życiu płciowym, objawiający się brakiem zainteresowania seksualnego pomiędzy partnerami, jak też niewiernością małżeńską¹⁴.

Sfera życia seksualnego człowieka objęta jest pewnym tabu. Tymczasem trudno jest badać małżeństwo, oparte przecież na zróżnicowaniu płci i popędzie seksualnym człowieka, z wyłączeniem tej sfery uczuć, przeżyć i zachowań, nawet wobec przekonania, że sfera seksualna jest najbardziej prywatną domeną życia małżonków, otrzymujących w tym celu specjalne uprawnienia ze strony społeczeństwa. Rezygnacja w badaniach z analizy tej sfery życia małżeńskiego niepotrzebnie je zatem zubaża, zakrywając przed badaczem pełny obraz rzeczywistości małżeńsko-rodzinnej¹⁵. Dotyczy to też rozważań nad prawami i obowiązkami seksualnymi małżonków, gdyż ich zachowania w tym zakresie nie są indyferentne prawnie. Prawo zobowiązuje bowiem żonę i męża do pożycia seksualnego, jak też do zachowania wierności małżeńskiej. Te *prima facie* oczywiste dyspozycje nastroczają jednak istotnych trudności interpretacyjnych co do ich zakresu, a także następstw prawnych nadużyć w tym względzie.

Tymczasem w dotychczasowym piśmiennictwie prawniczym nie poświęcono tej problematyce odrębnego opracowania o charakterze monogra-

¹³ I. Foremniak, *Satysfakcja seksualna w małżeństwie*, *Małżeństwo i Rodzina* 2004, nr 1, s. 33.

¹⁴ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2006, s. 1197.

¹⁵ F. Adamski, *Rodzina. Wymiar...*, s. 217–218.

ficznym. Być może wiąże się to z założeniem pewnej naukowej „niezręczności” tematu, gdyż trudno uznać go za całkowicie badawczo nieciekawym i doktrynalnie nieistotnym.

Niepokojącym zjawiskiem jest nieco lekceważący stosunek do problematyki prawnej związanej z seksuologią. Istnieje wręcz swoista dyskryminacja, płynąca może z mylnego przekonania, że łatwiej napisać pracę naukową z dziedziny prawa związaną z życiem seksualnym człowieka niż inną „poważną” pracę naukową. Niedoceniając i lekceważąc badań naukowych nad funkcjonowaniem przepisów prawa wiążących się z tą sferą ludzkiej aktywności oznacza pozostawianie prawa w tyle za życiem, które stwarza wciąż nowe problemy do rozwiązania właśnie przez prawo¹⁶. Być może związane jest to z szerszą tendencją traktowania seksualności w Polsce jako tematu szczególnego, przy czym szczególność ta polega na tym, że jest on wypychany poza obręb racjonalnego namysłu, co daje niekiedy skutek w postaci poświęcenia rzetelnej wiedzy dla zachowania rzekomej cnoty¹⁷.

Kwestie związane *sensu largo* z obowiązkiem pożycia seksualnego małżonków oraz ich wzajemną wiernością sygnalizowane są przez przedstawicieli nauki prawa rodzinnego w większości podręczników, w szczególności autorstwa M. Andrzejewskiego¹⁸, J. Ignatowicza¹⁹, T. Smyczyńskiego²⁰, T. Sokołowskiego²¹, J. Strzebińczyka²², J. Winiarza i J. Gajdy²³, A. Zielińskiego²⁴ oraz R. Krajewskiego²⁵. Taka wiedza zawarta jest również w komentarzach, czego przykładem mogą być opracowania J. Gajdy²⁶, K. Gromek²⁷, M. Lech-Chelmińskiej i V. Przybyły²⁸, jak też tego typu publikacje zbiorowe²⁹. Proble-

¹⁶ W. Stojanowska, *Seksuologia a prawo rodzinne* (w:) *Seksuologia. Aspekty prawne*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1997, s. 88.

¹⁷ M. Środa, *Postawy wobec seksu*, Rocznik Lubuski 2006, t. XXXII, s. 62.

¹⁸ M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2004, s. 50.

¹⁹ J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000, s. 97, 110–112, 120, 125–126, 130–131, 213.

²⁰ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 1997, s. 36–39.

²¹ T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2003, s. 16, 19–20, 41–42.

²² J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Kraków 2002, s. 128–131.

²³ J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1999, s. 39, 53, 58, 89–91, 131.

²⁴ A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2000, s. 73–74, 82, 85, 79–80, 85, 186, 213–214.

²⁵ R. Krajewski, *Podstawy prawa rodzinnego*, Warszawa 2003, s. 45, 52–60, 67, 72.

²⁶ J. Gajda, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 64, 66.

²⁷ K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 70, 73, 82.

²⁸ M. Lech-Chelmińska, V. Przybyła, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2006, s. 53, 161–162, 194.

²⁹ H. Ciepla, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, K. Piasecki (red.), M. Sychowicz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 75, 83, 498; J. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Pietrzykowski (red.), J. Winiarz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1990, s. 121, 123.

matykę tę dostrzegają też autorzy opracowań dotyczących poszczególnych instytucji prawnorodzinnych, w szczególności małżeństwa, rozvodu i separacji, bądź też omawiających wszystkie prawa i obowiązki małżonków, jak m.in. uczynił to T. Smoczyński³⁰. Dorobek tej dziedziny obejmuje także nieliczne artykuły poświęcone szczegółowym zagadnieniom istotnym dla prawnych aspektów więzi seksualnej żony i męża. W szczególności B. Sitek opublikował artykuł poświęcony prokreacji w małżeństwie³¹, J. Witecki wypowiedział się na temat niepłodności jako przyczyny rozkładu pożycia małżeńskiego³², a T. Sokołowski w swych pracach poruszył zagadnienie kontaktów seksualnych osób dotkniętych chorobami wenerycznymi³³. W innych opracowaniach podjęto próbę samoistnego omówienia zagadnienia pożycia seksualnego małżonków, jak uczynił to R. Krajewski³⁴ i wierności małżeńskiej, czego przykładami mogą być opracowania B. Czecha³⁵, a nie można także nie dostrzegać w tym zakresie prac prawniczych, w których poruszono kwestie seksualności, co w szczególności uczyniła W. Stojanowska³⁶.

Problematyka ta stanowi też przedmiot zainteresowania autorów wielu podręczników i komentarzy z zakresu prawa karnego, w szczególności co do możliwości i konsekwencji zgwałcenia w małżeństwie oraz innych nadużyć seksualnych pomiędzy małżonkami, jak też kwestii ich wzajemnego narażenia na zarażenie wirusem HIV lub inną chorobą weneryczną. Przykładami podręczników, które zawierają wiadomości istotne dla podjętych badań, mogą być publikacje L. Gardockiego³⁷ i A. Marka³⁸, zaś egzemplifikacją posiadających ten przymiot komentarzy mogą być zarówno starsze

³⁰ T. Smoczyński, *Prawa i obowiązki...*, s. 1–21.

³¹ B. Sitek, *Prokreacyjna funkcja małżeństwa. Przyczynek do studiów prawnoporównawczych nad związkiem prokreacji z małżeństwem*, *Studia Prawnoustrojowe* 2006, nr 6, s. 35–43.

³² J. Witecki, *Niepłodność jako przyczyna rozkładu pożycia małżeńskiego i rozvodu*, *Państwo i Prawo* 1948, z. 8, s. 122–125.

³³ T. Sokołowski, *Problematyka AIDS w świetle prawa rodzinnego*, Poznań 2000; T. Sokołowski, *Zawarcie małżeństwa przez chorego na ciężką chorobę zakaźną*, *Gdańskie Studia Prawnicze* 2003, t. X, s. 7–16.

³⁴ R. Krajewski, *Prawne aspekty pożycia seksualnego małżonków*, *Jurysta* 2004, nr 9, s. 15–17.

³⁵ B. Czech, *Wierność małżeńska a kwestia winy rozkładu pożycia*, *Przegląd Sądowy* 2007, nr 5, s. 5–24; tenże, *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej (w:) W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wandę Stojanowskiej*, pod red. M. Koska, J. Słyka, Warszawa 2008, s. 45–72.

³⁶ W. Stojanowska, *Seksuologia a prawo rodzinne (w:) Seksuologia. Aspekty prawne*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1997, s. 87–182.

³⁷ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 260.

³⁸ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 429, 450, 492, 494, 498.

dzieła, jak choćby J. Makarewicz³⁹ i L. Peipera⁴⁰, jak też aktualne opracowania zbiorowe⁴¹. Przedstawiciele tej dziedziny prawa wypowiadają się niekiedy również na temat prawnokarnego traktowania cudzołóstwa poprzez omówienie zarówno rozwiązań aktualnych, jak i obowiązujących w przeszłości – jak np. w monografii poświęconej przestępstwom seksualnym oraz w innych pracach uczynił to J. Warylewski⁴², czy też w innych opracowaniach przedstawił tę problematykę B. Sygitt⁴³. Istotne dla podjętych badań okazały się także artykuły poświęcone zgwałceniu w małżeństwie autorstwa H. Rajzmana⁴⁴ oraz W. Adamczaka i M. Filara⁴⁵, i opracowanie R. Krajewskiego na temat seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności małżonka⁴⁶, jak też odniesienia do tych zagadnień w monografiach poświęconych przestępstwom seksualnym, dokonane zwłaszcza przez M. Filara⁴⁷ i J. Warylewskiego⁴⁸ oraz poczynione w publikacjach z zakresu nauk pomocniczych prawa karnego autorstwa B. Hołysta⁴⁹. Ponadto kwestie te poruszone zostały w artykułach poświęconych kryminalizacji zachowań seksualnych, czego przykładem może być opracowanie J. Warylewskiego na temat seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności⁵⁰, jak również

³⁹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 483.

⁴⁰ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach*, Kraków 1933, s. 580, 659–660.

⁴¹ M. Bojarski, M. Filar (red.), W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. Paprzycki, E. Plywaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 63–631, 822, 826; M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006, s. 315, 381, 384, 388.

⁴² J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 410–419; tenże, *Wstęp do nauki prawa karnego*, Gdańsk 2002, s. 76–77; tenże, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 28–29, 86–88, 100, 115, 118–119, 156, 176–177, 217, 219, 267.

⁴³ B. Sygitt, *Cudzołóstwo (zdrada i kara)*, Toruń 1992, s. 18–182; tenże, *Zbrodnia jako kategoria przestępstwa. Studium prawnokarne i polityczno-kryminalne*, Toruń 2005, s. 320–326.

⁴⁴ H. Rajzman H., *Nierząd między małżonkami*, Państwo i Prawo 1948, z. 1, s. 93–96.

⁴⁵ W. Adamczak, M. Filar, *Prawne aspekty zgwałcenia w małżeństwie*, Acta Universitatis Nicolai Copernici 1985, z. 154, s. 67–79.

⁴⁶ R. Krajewski, *Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności małżonka*, Jurysta 2008, nr 3, s. 34–35.

⁴⁷ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa-Poznań 1974, s. 61–64; tenże, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 39–40.

⁴⁸ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne...*, s. 124–127, 160.

⁴⁹ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2006, s. 811–812, 819–820, 863–864, 871; tenże, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2006, s. 411–414; tenże, *Wiktymologia*, Warszawa 2006, s. 928–929.

⁵⁰ J. Warylewski, *Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności. Zagadnienia wybrane*, Studia Bałtyckie. Administracja 2001, t. 3, s. 189–213.

w pracach dotyczących innych zagadnień, jak choćby w artykule M. Filara dotyczącym transseksualizmu⁵¹. Wiadomości przydatne dla analizy praw i obowiązków seksualnych małżonków znajdują się w wielu innych opracowaniach poświęconych różnym zagadnieniom, w obrębie których zwrócono na nie uwagę.

Problematykę praw oraz obowiązków seksualnych żony i męża poruszyli także autorzy podręczników z historii państwa i prawa, w szczególności J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak⁵², jak też T. Maciejewski⁵³, E. Borkowska-Bagieńska i B. Lesiński⁵⁴ oraz K. Sójka-Zielińska⁵⁵. Dostrzegli ją także przedstawiciele nauki prawa rzymskiego, czego przykładem mogą być opracowania A. Dębińskiego⁵⁶ oraz A. Sokali⁵⁷. Zdarzają się również publikacje poświęcone zdradom małżeńskim w poszczególnych okresach historycznych, czego przykładami mogą być opracowania W. Nesterowicza⁵⁸, M. Delimaty⁵⁹ oraz W. Uruszczaka⁶⁰. Spojrzenie na ten temat przedstawili też niektórzy historycy prawa w pracach poświęconych historii prawa w danym okresie, jak w szczególności uczynił to R. Łaszewski⁶¹ bądź też autorzy opracowań popularnonaukowych z zakresu historii prawa, czego przykładem jest publikacja S. Milewskiego⁶². Istotny wkład w tej mierze

⁵¹ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, Państwo i Prawo 1987, z. 7, s. 67–77.

⁵² J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2003, s. 132, 558–560.

⁵³ T. Maciejewski, *Historia prawa sądowego Polski. Zarys wykładu*, Koszalin 1998, s. 57; tenże, *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, Warszawa 2008, s. 130–133, 136, 273, 366.

⁵⁴ E. Borkowska-Bagieńska, B. Lesiński, *Historia prawa sądowego. Zarys wykładu*, Poznań 2000, s. 136, 138, 162–163.

⁵⁵ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2000, s. 137–138, 264.

⁵⁶ A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2005, s. 181–182, 189–190; tenże, *Sacrilegium w prawie rzymskim*, Lublin 1995, s. 137–140; tenże, *Ustawodawstwo karne cesarzy chrześcijańskich w sprawach religijnych*, Lublin 1990, s. 184–187.

⁵⁷ A. Sokala, *Lenocinium w prawie rzymskim*, Toruń 1992, s. 35–36; tenże, *Meretrix i jej pozycja w prawie rzymskim*, Toruń 1998, s. 73–75.

⁵⁸ W. Nesterowicz, *Przestępstwa płciowe w dawnych kodeksach karnych*, Głos Sądownictwa 1937, nr 12, s. 987–989.

⁵⁹ M. Delimata, *Wiarołomni mężowie przed polskimi sądami kościelnymi*, Nasza Przeszłość 2005, nr 104, s. 247–258.

⁶⁰ W. Uruszczak, *Cudzołóstwo według prawa zakazane popełniali. Pitaval małopolski*, Kraków 2005, s. 9–42.

⁶¹ R. Łaszewski, *Wymiar sprawiedliwości we wsiach województwa chełmińskiego w XVII i XVIII wieku. Organizacja sądownictwa i postępowanie karne*, Toruń 1974, s. 136, 150; tenże, *Wiejskie prawo karne w Polsce XVII i XVIII wieku*, Toruń 1988, s. 58–59, 122–127.

⁶² S. Milewski S., *W świecie występku i zbrodni. Z dziejów przestępczości i jej zwalczania*, Warszawa 1996, s. 183–188.

ma też prawnohistoryczne opracowanie M. Filara⁶³. Nie ma jednak odrębnej publikacji zwartej z zakresu historii prawa poświęconej całościowemu ukazaniu tego zagadnienia.

Podobnie rzecz przedstawia się w nauce prawa kanonicznego Kościoła katolickiego, która małżeństwu poświęca znaczną uwagę, ale opracowania dotyczące wyłącznie pożycia seksualnego małżonków i ich wierności także należą tu do rzadkości. Kanoniści omawiają je jednak w podręcznikach (jak czyni to w szczególności W. Góralski⁶⁴) oraz w innych opracowaniach zwartych (przykładem mogą tu być prace J. Gręźlikowskiego⁶⁵), jak również w nielicznych artykułach, w których poruszają szersze zagadnienia, jak choćby prawa i obowiązki małżonków czy też instytucję separacji, przy czym znamienne jest, że wówczas odnoszą się także do prawa polskiego.

Dotychczasowy stan badań prawniczych w zakresie problematyki pożycia seksualnego małżonków i ich wierności zdaje się więc uprawniać założenie o potrzebie przygotowania studium poświęconego tym kwestiom. Jego celem jest próba całościowego przedstawienia prawnych aspektów więzi seksualnej małżonków, rozumianej jako całokształt ich praw i obowiązków w sferze seksualnej. Z jednej bowiem strony mąż i żona mają obowiązek utrzymywania kontaktów seksualnych ze sobą, a taki obowiązek jednego z nich stanowi źródło uprawnienia drugiego do jego realizowania i *vice versa*, oczywiście przy poszanowaniu możliwości oraz oczekiwań każdego z partnerów w tym względzie. Z drugiej strony, na małżonkach ciąży obowiązek wierności, który sprowadza się do wykluczenia osób trzecich ze sfery kontaktów seksualnych małżonków. Oba te obowiązki tworzą zatem swoistą więź seksualną małżonków, gdyż żona i mąż mają współżyć seksualnie ze sobą i tylko ze sobą.

Prawa i obowiązki seksualne małżonków to zagadnienie istotne przede wszystkim na gruncie prawa rodzinnego. Jednakże w sytuacji, gdy pożycie seksualne między nimi przybiera postać nadużycia, staje się to prob-

⁶³ M. Filar, *Liberalizm i rygoryzm seksualny w różnych kulturach. Zarys historyczny* (w:) *Seksuologia kulturowa*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1980, s. 219–269.

⁶⁴ W. Góralski, *Wspólnota całego życia*, Częstochowa 1995, s. 27, 131, 141–143; tenże, *Kanoniczne prawo małżeńskie*, Warszawa 2000, s. 20–21; tenże, *Kościelne prawo małżeńskie*, Warszawa 2006, s. 35, 40, 121–123, 142–147, 167–168, 180, 323–324, 343–344, 347; tenże, *Studia nad małżeństwem i rodziną*, Warszawa 2007, s. 25, 46, 106–107, 491–491, 501, 566–568.

⁶⁵ J. Gręźlikowski, *Czy w Kościele są rozwody? Informator dla wnoszących sprawę o nieważność małżeństwa*, Włocławek 2001, s. 14, 45, 92; tenże, *Przed nami małżeństwo. Informator dla pragnących zawrzeć małżeństwo*, Włocławek 2002, s. 168; tenże, *Co po rozwodzie? Duszpasterze i wierni świeccy wobec małżeństw niesakramentalnych i kanonicznego procesu o stwierdzenie nieważności małżeństwa*, Częstochowa 2005, s. 158–160, 172–174.

lemem z zakresu prawa karnego, co również w pewnym zakresie dotyczy zdrady małżeńskiej. Tym samym podjęte zagadnienie jest wyrazistym przykładem spójności systemu prawa, co zdaje się uzasadniać rozważania w ramach różnych dziedzin prawa, nawet tak bardzo odległych, jakimi *prima facie* są prawo rodzinne i prawo karne⁶⁶. Wprawdzie w ramach nauki prawa nastąpił (i nadal występuje) proces wyodrębniania się szczegółowych dyscyplin dogmatycznych, który opiera się na niejednorodnych kryteriach, spośród których z pewnością najistotniejszą rolę odegrały i odgrywają względy praktyczne, związane zarówno z potrzebami praktyki prawniczej, jak też z dydaktyką prawoznawstwa⁶⁷, to preferowanie skupienia się na jednej z dyscyplin prawa nie przesądza o niedopuszczalności bądź nienaukowości podejść odmiennych, w szczególności badań dotyczących dwu lub więcej dogmatyk prawa. Jak bowiem słusznie podkreślają teoretycy prawa, wiele kwestii wymaga należytego powiązania wzajemnego badań i dorobku różnych nauk prawnych, co ujmowane jest jako integracja wewnętrzna w prawoznawstwie⁶⁸. Chodzi więc o ujednolicenie rozważań w ramach różnych dziedzin prawa, aby doprowadzić do owej integracji⁶⁹ poprzez zapobieżenie badaniom tematycznie podobnym, które są prowadzone w sposób jednostronny, a przez to nie dość kompletny.

Badania prawa powinny też obejmować ujęcie historyczne, uwzględniające czynnik czasu i zmienności kultur jako determinanty przemian prawa oraz społecznych zachowań stanowiących reakcję na obowiązywanie norm prawnych⁷⁰. Patrząc na prawo z perspektywy historycznej, dostrzec w nim można, wśród licznych przeobrażeń, jakim ulegało w ciągu wieków, pewne wartości i niezmiennie wątki, których upływ czasu nie zrywa. Ważna jest więc refleksja nad stabilnością i postępem w prawie, obserwacja owych przeplatających się wzajemnie przez stulecia zjawisk kontynuacji i innowacji, elementów tradycji i postępu⁷¹. Tym bardziej, że przez dziesięciolecia, a czasami nawet przez stulecia, trwały na przemian tendencje do rozwiążności i do wstrzemięźliwości w życiu seksualnym⁷², co przekładało się też na prawa i obowiązki seksualne małżonków. Historia ich regulacji

⁶⁶ R. Krajewski, *Prawne aspekty pożycia seksualnego małżonków*, Jurysta 2004, nr 9, s. 16.

⁶⁷ A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 2007, s. 26.

⁶⁸ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 18.

⁶⁹ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 369.

⁷⁰ T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 23.

⁷¹ K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa. Szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Wrocław-Warszawa-Kraków 2000, s. 8–9.

⁷² T. Zeldin, *Intymna historia ludzkości*, Warszawa 1998, s. 115–116.

jest przy tym przede wszystkim historią prawa karnego dotyczącą w szczególności traktowania cudzołóstwa w różnych okresach historii prawa, przy czym jego ewolucję można podzielić na kilka etapów. W pierwszym z nich uznawano cudzołóstwo za ciężkie przestępstwo i karano za nie tylko kobiety, w kolejnym zaś zrównano pod względem odpowiedzialności wiaromłownego męża z cudzołożną żoną, ale tylko wtedy, gdy ten swoim czynem naruszył życie innej rodziny. Następnie wspólną odpowiedzialnością objęto żonę i kochankę, męża zaś jedynie wówczas, gdy stał się winnym cudzołóstwa z kobietą utrzymywaną we własnym domu rodzinnym. Kolejny etap w traktowaniu zdrady małżeńskiej to zrównanie odpowiedzialności męża za cudzołóstwo bez względu na miejsce popełnienia czynu, a następny charakteryzowała jednakowa karalność męża i żony za takie zachowania. Wyłączenie cudzołóstwa ze sfery czynów ściganych w drodze karnej z równoczesnym wprowadzeniem odpowiedzialności cywilnej nastąpiło w kolejnym etapie tej ewolucji, aby w końcu stopniowo zaistniała bezkarność takich zachowań⁷³.

Historię prawa karnego można zresztą w zależności od punktu widzenia traktować z równym powodzeniem jako wycinek historii albo jako dział nauki prawa karnego⁷⁴. Zamierzeniem przyjętym w pracy jest jednak potraktowanie jej w tym drugim znaczeniu, gdyż nie sposób zajmować się aktualnymi regulacjami prawa karnego co do patologicznych zachowań seksualnych małżonków bez uprzedniego odniesienia się do jego przeszłości w tym zakresie.

Wysoko oceniana jest także komparatystyka prawnicza, obejmująca porównywanie poszczególnych norm prawnych, instytucji prawnych, gałęzi prawa oraz całych systemów prawnych. Stosowanie metod komparatystycznych w badaniach prawniczych odnosi się przede wszystkim do porównywania ze sobą rozwiązań prawnych różnych systemów prawa w rozmaitych ujęciach⁷⁵. W wypadku podjętej problematyki przybrało to postać sygnałnego wskazania rozwiązań prawnych niektórych ustawodawstw obcych w zakresie praw i obowiązków seksualnych małżonków wówczas, gdy wiadomości na ten temat dostępne były w opracowaniach doktryny polskiej, przy czym szczególną uwagę w tej mierze zwrócono na aktualne regulacje prawa muzułmańskiego. Istotne miejsce w pracy zajmu-

⁷³ B. Sygit, *Zbrodnia jako kategoria przestępstwa. Studium prawno-karne i polityczno-kryminalne*, Toruń 2005, s. 320.

⁷⁴ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 37.

⁷⁵ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków 2005, s. 68–73.

ją też odniesienia prawnoporównawcze z zakresu prawa polskiego i prawa kanonicznego Kościoła katolickiego, które pomimo tego, że formułuje się na forum własnej wspólnoty, ale stara się być czynnikiem integracji i partycypacji społecznej, a w konsekwencji powinno wywierać wpływ na współczesne myślenie prawnicze⁷⁶.

W konsekwencji opracowanie to w pewnej mierze jest studium interdyscyplinarnym, obejmującym zagadnienia z zakresu polskiego prawa rodzinnego i karnego z odniesieniami do innych systemów prawnych, z uwzględnieniem historii prawa, przede wszystkim prawa karnego. Tylko bowiem takie podejście wydawało się umożliwiać podjęcie próby w miarę kompletnego przedstawienia problematyki praw i obowiązków seksualnych małżonków. Studium prawne nad normą i patologią w tym zakresie *volens volens* nie mogło ograniczyć się do analiz w obrębie jednej tylko dziedziny prawa, jak też pomijać jego przeszłości. Normy wyznaczające obowiązki i powinności określonego postępowania małżonków w sferze seksualnej obejmują przede wszystkim płaszczyznę prawnorodzinną, choć dla ich poznania nieuniknione są też odniesienia prawnokarne. Natomiast zachowania małżonków w tym zakresie, sprzeczne z akceptowanymi wartościami, a więc patologiczne, stanowią domenę prawnokarłą, co dotyczy tak prawa obowiązującego aktualnie, jak i w przeszłości, choć oczywiście w różnym, czasami wręcz całkowicie odmiennym, zakresie. Zresztą rozważania prawnorodzinne traktować można jako *qasi*-podstawowe, ale też nieuniknione dla dalszych analiz prawnokarnych, z drugiej zaś strony, zagadnienia z zakresu prawa karnego widzieć można jako dopełnienie kwestii należących do prawa rodzinnego.

Istotne jest też, iż wybierając temat pracy naukowej, należy podjąć zagadnienie albo dotąd nieopracowane, albo opracowane niedostatecznie, co umożliwi badaczowi wkład w rozwój nauki, a jednocześnie stworzy szansę pracy odkrywczej i wartościowej. Nie bez znaczenia mogą być też względy pewnej społecznej aktualności problematyki, przy całym szacunku dla zasady nieodstępowania od właściwie pojętej działalności naukowej⁷⁷. Wydaje się, że oryginalność przedsięwzięcia nie budzi zastrzeżeń, a to przede wszystkim z uwagi na fakt, że stanowi ono pierwszą publikację zwartą poświęconą prawom i obowiązkom seksualnym małżonków. Być może też na korzyść tej pracy zostanie poczytana okoliczność podjęcia się opisanie tema-

⁷⁶ R. Sobański, *Prawo kościelne a prawo świeckie*, Prawo Kanoniczne 1987, nr 3–4, s. 73–74.

⁷⁷ I. Subera, *Metodologia historyczno-prawna*, Warszawa 1972, s. 94.

tu dla niektórych „niezręcznego”, co w zamierzeniu absolutnie nie miało na celu wykazania się najmniejszą nawet naukową nieskromnością. Przesłanki te świadczą o oryginalności opracowania, czego nie podważa znaczna liczba przypisów do tekstu, których celem jest jedynie jak najpełniejsze uszanowanie autorstwa innych, tak aby wykorzystanie nawet najmniejszego fragmentu czyjejś pracy zyskało odzwierciedlenie w odwołaniu się do niej. Praca nie ma też przez to charakteru jedynie kompilacyjnego, gdyż stara się nie ograniczać do wskazania poglądów innych autorów w poszczególnych kwestiach, lecz podejmować z nimi polemikę, tam gdzie wydawało się to konieczne. Cechą, jaką powinien wykazać się badacz, jest bowiem krytycyzm naukowy i umiejętność polemicznego ustosunkowania się do omawianych zagadnień. Również aktualność opisanego zagadnienia nie podlega kwestii, choć jego ujęcie prawnohistoryczne zdaje się ukazywać, że na przestrzeni dziejów stanowiło ono przedmiot społecznego, a w konsekwencji także prawodawczego zainteresowania, przede wszystkim w postaci różnych sankcji karnych za zachowania sprzeczne z obowiązującymi wówczas normami. Współcześnie jednak odniesienie prawa do więzi seksualnej małżonków obejmuje nie tylko kwestie „standardowe”, jeśli chodzi o tę problematykę, ale również te związane w szczególności z nowymi instytucjami prawnymi, jak choćby separacją czy też wiążące się ze zmianą podejścia prawa karnego do kwestii ludzkiej seksualności, wyrażającą się z jednej strony liberalizmem, jak choćby z uwagi na niekaralność cudzołóstwa, z drugiej zaś rygoryzmem, w szczególności poprzez uznanie możliwości zgwałcenia w małżeństwie, a ponadto powstające w związku ze wspomaganą prokreacją, która to rodzić może niejasności dotyczące obowiązku wierności małżeńskiej.

Tezę centralną pracy oparto na założeniu, że *prima facie* oczywiste prawa i obowiązki małżonków w ich relacjach seksualnych są zagadnieniem o wielu aspektach możliwych do uchwycenia z prawniczej perspektywy. Uznano, że nałożone przez prawo na małżonków obowiązki pożycia seksualnego i dochowania wierności małżeńskiej tworzą jedną całość, którą określić można jako więź seksualną małżonków, a w konsekwencji należy je jedno rozpatrywać w powiązaniu z drugimi. Przyjęto też, że prawa i obowiązki te wynikają przede wszystkim z przepisów prawa rodzinnego, ale ich nieprawidłowa realizacja wywiera też następstwa w sferze prawa karnego, a w przeszłości to raczej prawo karne odgrywało zasadniczą rolę w regulacji więzi seksualnej małżonków, zwłaszcza co do naruszania przez nich obowiązku wierności. Założono również, że w miarę kompletne przedstawienie prawnych aspektów więzi seksualnej małżonków wymaga odwołań

komparatystycznych, zarówno do systemów prawnych innych państw, jak i prawa kanonicznego Kościoła katolickiego, gdyż prawo polskie i prawo kanoniczne wzajemnie się przenikają, co w szczególności dotyczy kwestii związanych z małżeństwem. Wszystko to uzasadniać ma swoiste *iunctim* rozważań w przedmiotowym zakresie. Rozważania te są w zamierzeniu kontynuacją i pewnym podsumowaniem naukowych zainteresowań autora i wynikającego z nich dorobku piśmienniczego, które to przede wszystkim dotyczą prawa karnego materialnego, z pewnymi odstępstwami na rzecz innych zagadnień, które jednak okazały się przydatne dla podjęcia studiów nad normą oraz patologią praw i obowiązków seksualnych małżonków. Sama zatem proveniencja zamysłu podjęcia się przygotowania przedmiotowej pracy ma konotacje karnistyczne.

Jeśli chodzi o ustalenie brzmienia tytułu pracy, starano się uwzględnić proponowane w tym zakresie założenie metodologiczne, zgodnie z którym przyjmuje się, iż kryterium poprawności merytorycznej tytułu pracy naukowej jest zawarcie w nim substancji podstawowej rozwiązywanego problemu badawczego. W związku z tym temat powinien być krótki, informacyjnie nośny, językowo poprawny, poznawczo ciekawy oraz wywołujący zainteresowanie⁷⁸. Wydaje się, iż wskazane w nim elementy należyście uwypuklają jego istotę oraz informują o kierunku badań. Prawa i obowiązki seksualne małżonków są bowiem kategorią czytelną, a wyeksponowanie przedmiotu badań w formie studium prawnego nad normą i patologią zachowań ma walor doprecyzowujący.

Przygotowując pracę, posłużono się kilkoma metodami badawczymi. Zasadnicze znaczenie miała w tym względzie językowo-logiczna analiza tekstów prawnych, dla której prowadzenia wykorzystuje się dorobek językoznawstwa i logiki w różnych ich aspektach oraz wypracowane przez wielowiekową tradycję prawniczą metody rozumowań jurydycznych, służące przede wszystkim wykładni prawa. Prócz tego wykorzystano metodę komparatystyczną, umożliwiającą zwrócenie uwagi na rozwiązania różnych systemów prawnych oraz dostrzeżenie ich podobieństw i różnic. Użyto także metody historycznej, dzięki czemu uwzględniono czynnik czasu i zmienności kultur jako determinant przemian prawa oraz społecznych zachowań stanowiących reakcję na jego obowiązywanie⁷⁹. Ważną rolę odegrała także metoda analizy i krytyki piśmiennictwa, której rezultaty prowadzą do waż-

⁷⁸ J. Apanowicz, *Metodologia nauk*, Toruń 2003, s. 126.

⁷⁹ T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa...*, s. 22–23.

nych i twórczych ustaleń naukowych⁸⁰. Dzięki tej metodzie wskazano na podobieństwa i rozbieżności w poglądach przedstawicieli nauki prawa na poszczególne kwestie dotyczące praw i obowiązków seksualnych małżonków.

Jednakże mając na uwadze, iż zadaniem dogmatyki prawa jest wyjaśnienie znaczenia norm zawartych w obowiązujących przepisach prawnych, skupiono się przede wszystkim na ich egzegezie, a więc wyjaśnieniu przepisów prawnych przy użyciu dyrektyw interpretacyjnych w celu ustalenia znaczenia zawartych w nich norm. Poddano więc analizie przepisy prawne, starając się wysnuć z nich odpowiednie wnioski⁸¹.

Opracowując zagadnienie, dokonano starannej kwerendy. Bibliografia obejmuje bowiem ponad czterysta pozycji o zróżnicowanym charakterze. Są to źródła prawa, encyklopedie i słowniki, publikacje zwarte, artykuły i glosy oraz orzeczenia.

Źródła prawa obejmują zarówno akty prawne o znaczeniu historycznym, jak i obowiązujące aktualnie, przy czym w wykazie źródeł zaprezentowano je w porządku chronologicznym, pomijając ich systematyzację pionową. Do źródeł XIX-wiecznych dotarto w przeważającej mierze w postaci oryginalnych publikacji, co znalazło odzwierciedlenie w bibliografii, w tym co do pisowni ich tytułów, zaś w przypadku nowszych aktów prawnych wskazano miejsca ich promulgacji.

W niezbędnym zakresie sięgnięto też do encyklopedii i słowników, a to przede wszystkim przy definiowaniu pojęć pożycia seksualnego, wierności i cudzołóstwa, choć opracowania te okazały się także przydatne dla wyjaśnienia zagadnień pozaprawnych, w szczególności medycznych i seksuologicznych, które poruszono w pracy w niezbędnym zakresie. Korzystając z encyklopedii i słowników, kierowano się pewnym minimalizmem, a mianowicie sięgnięto do wybranych z nich, a ponadto często jedno źródło wykorzystano wielokrotnie.

Trzon bibliografii stanowią publikacje zwarte, do których należą komentarze, podręczniki, opracowania monograficzne z zakresu polskiego prawa rodzinnego i karnego, a także publikacje z innych dyscyplin wiedzy, w szczególności z prawa kanonicznego, historii i seksuologii. W przypadku publikacji zwartych z zakresu prawa polskiego starano się wykorzystać wszystkie dostępne, a zawierające jakiegokolwiek istotne dla badanej problematyki wiadomości, a więc zarówno opracowania powstałe na gruncie aktual-

⁸⁰ J. Apanowicz, *Metodologia nauk...*, 86–87.

⁸¹ J. Krukowski, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Lublin 2004, s. 6–7.

nego stanu prawnego, jak i starsze, w tym XIX-wieczne, w przypadku których zachowano oryginalną pisownię ich tytułów. Jeśli zaś chodzi o książki z innych dziedzin niż prawo polskie, to kierowano się tutaj różnymi założeniami. W dużym zakresie wykorzystano też książki z zakresu prawa kanonicznego, co w szczególności dotyczy podręczników i poradników kościelnego prawa małżeńskiego. Publikacjami z zakresu historii prawa posłużono się zaś w możliwie szerokim zakresie, a opracowania *stricte* historyczne, zwłaszcza poświęcone dziejom obyczajów, wykorzystano dla uzupełnienia wywodów poczynionych w oparciu o prace prawnohistoryczne. Natomiast literaturą z zakresu seksuologii posłużono się w niezbędnym stopniu, po wielokroć wykorzystując te same pozycje, choć nie może też ująć uwadze, iż wiedza w nich zawarta kilkukrotnie stała się inspiracją odniesień do prawnych aspektów więzi seksualnej małżonków.

Istotną rolę w kwerendzie bibliograficznej odegrały też artykuły, których wykorzystano tutaj mniej niż publikacji zwartych, ale wydaje się, iż spożytkowano wszystkie artykuły istotne dla badanej problematyki. Jest bowiem tak, że dorobek doktryny prawa w postaci artykułów poruszających zagadnienia ważne dla prawnych aspektów pożycia seksualnego małżonków i wierności małżeńskiej nie jest zbyt bogaty, co dotyczy także glos, których udział w bibliografii jest symboliczny.

Wykorzystanie w pracy poglądów przedstawicieli nauki prawa wsparło odniesieniami do orzeczeń Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, które w wykazie bibliograficznym przedstawiono chronologicznie, wskazując miejsca ich publikacji. W większości przypadków są to różne periodyki, choć do niektórych orzeczeń dotarto dzięki Systemowi Informacji Prawnej Lex. Uwzględniono wszystkie materiały publikowane, istotne dla badanego zagadnienia orzeczenia, choć dorobek judykatury w tym zakresie nie jest zbyt bogaty, zwłaszcza jeśli chodzi o orzeczenia najnowsze, gdyż obejmuje nieco ponad trzydzieści wyroków i postanowień.

W pomocniczym zakresie sięgnięto także do wiadomości dostępnych w informacyjnych portalach internetowych, których rzetelność zdaje się nie budzić zastrzeżeń. Dzięki temu odniesiono się do najbardziej aktualnych kwestii, zwłaszcza w zakresie komparatystycznej perspektywy karalności cudzołóstwa, co byłoby niemożliwe bez takiego zabiegu, bowiem informacje te nie zostały przedstawione w opracowaniach drukowanych.

W bibliografii ujęto tylko te pozycje, które zostały *de facto* wykorzystane, a co znalazło odzwierciedlenie w przypisach do tekstu. Zastosowano jedynie przypisy bibliograficzne, a więc dowodzące pochodzenia przytacza-

nych wiadomości i opinii. Zrezygnowano natomiast zupełnie z innych ich rodzajów, w szczególności z przypisów polemicznych i odsyłających, gdyż wszelkich odniesień do poglądów innych autorów dokonano w tekście.

Publikację podzielono na trzy rozdziały, co jest klasycznym ujęciem pracy naukowej, choć oczywiście nie stanowi sztywnej zasady⁸². Taki układ opracowania służyć ma jak najbardziej przejrzystemu zaprezentowaniu analizowanej problematyki z podziałem na rozważania prawnohistoryczne dotyczące praw i obowiązków seksualnych małżonków (poczynione w rozdziale pierwszym), opis pożycia seksualnego małżonków w świetle aktualnego prawa (w rozdziale drugim) oraz przedstawienie zagadnienia wierności małżeńskiej z perspektywy obowiązującego prawa (w rozdziale trzecim).

Jeśli zaś chodzi o objętość opracowania, to nie zakładano, że powinno ono mieć jakąś minimalną liczbę stron, ani też nie podejmowano zabiegów w celu ich ograniczenia. Niemniej jednak z perspektywy autora osiągnięty w tej mierze efekt wydaje się być zadowalający, zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę początkowe „zmagania” z tematem, kiedy to sygnałne wręcz odniesienia się autorów opracowań z zakresu prawa polskiego istotne dla podjętych badań nie napawały optymizmem co do możliwości przygotowania w miarę kompleksowego opracowania. Należy żywić nadzieję, iż udało się dostrzec w nim najważniejsze kwestie, a zaprezentowane wywody nie zacierają (poprzez nadmierną szczegółowość) ogólnego obrazu praw i obowiązków seksualnych małżonków z uwzględnieniem tego, co jest w tym względzie normą, a co patologią. Wydaje się przy tym, że nie tylko odniesienie się do poszczególnych zagadnień, ale także ich dobór tworzący logiczną całość zostaną poczytane jako zaleta pracy.

Można mieć też ufność, że publikacja, obok pierwszoplanowych watorów naukowych, zdoła wzbudzić zainteresowanie szerszego grona Czytelników, gdyż dotyczy zagadnienia o istotnym znaczeniu dla wielu osób, w tym przede wszystkim małżonków. Z jednej bowiem strony podejmowane na zasadzie wyłączości kontakty seksualne między małżonkami są dla nich czymś ważnym i opartym na miłości, tak że regulacje prawne mają tylko subsydiarne znaczenie, co nie powoduje jednak, iż ich znajomość nie jest potrzebna, a to choćby dla utrwalenia tego, co dobre między żoną i mężem. Z drugiej zaś strony, nieporozumienia małżonków na tym tle oraz naruszenia wierności małżeńskiej powodują konieczność ingerencji prawa.

⁸² J. Apanowicz, *Metodologia nauk...*, s. 173.

Przy nienależących do rzadkości pozamałżeńskich kontaktach seksualnych, jak też innych zagrożeniach dla więzi seksualnej małżonków oraz nadużyciach seksualnych między nimi, praktyczna rola prawa w tym zakresie nie wydaje się w najbliższej perspektywie maleć.

Radosław Krajewski

Rozdział I

Prawa i obowiązki seksualne małżonków w perspektywie prawnohistorycznej

1. Kontakty seksualne małżonków u ludów pierwotnych i w starożytności

1.1. Prawo prymitywne wobec pożycia seksualnego małżonków

W społeczeństwach przedpaństwowych istniały już zjawiska prawne, określane w nauce jako prawo prymitywne. Jednakże pojęcie prawa prymitywnego ma charakter czysto umowny, nie sposób bowiem wyznaczyć mu żadnych ścisłych chronologicznych granic. W dziejach naszej cywilizacji są to bowiem tysiąclecia poprzedzające powstanie bliskowschodnich monarchii despotycznych Egiptu i Babilonii, zaś w geograficznych ramach Europy są to czasy sprzed uformowania się struktur państwowych Grecji i Rzymu, a po stuleciach organizacji plemiennie-szczepowych – Germanów i Słowian. Badania nad zjawiskami prawnymi tamtego okresu są przy tym w zasadzie domeną etnologów i antropologów, choć i prawnicy zapuszczają się w głąb zamierzchłych epok w poszukiwaniu załączków prawa¹.

We wczesnym okresie rozwoju ludzkości istniejącą formacją społeczną była wspólnota pierwotna. Opierała się ona na wspólnej pracy i wspólnej własności środków produkcji, co było charakterystyczne dla ówczesnego niskiego stopnia rozwoju sił wytwórczych. Członkowie wspólnoty pierwotnej

¹ K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa. Szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Wrocław-Warszawa-Kraków 2000, s. 13.

używali prymitywnych narzędzi stanowiących wspólną własność, wspólnie pracowali i równo dzielili produkty swej pracy. Wspólnota społeczna opierała się na równouprawnieniu kobiety i mężczyzny i nie istniała żadna forma przemocy męża nad żoną. Funkcjonowała wprawdzie częściowa poligamia, przejawiająca się w większej swobodzie seksualnej mężczyzny, która jednak była wynikiem nie tyle nierówności społecznej, ile konkretnych warunków, w jakich egzystowali członkowie wspólnoty pierwotnej, bowiem matki zaabsorbowane były przez kilka lat wychowaniem dziecka, nie pełniąc w tym czasie roli żony ani współpracownicy męża, a będąc zastępowane przez inną kobietę. W społeczeństwie wspólnoty pierwotnej nie przywiązywano wagi do dziewictwa kobiety przed małżeństwem oraz do surowego przestrzegania wierności małżeńskiej. Nie istniała też prostytutka, gdyż nie traktowano kobiety w kategoriach produktu przynoszącego mężczyźnie rozkosz seksualną. W życiu seksualnym nie odróżniano zresztą składnika rozkoszy seksualnej od składnika rozrodczego i nie wyodrębniano go. Dopiero rozwój sił wytwórczych, który doprowadził do rozkładu wspólnoty pierwotnej i jej rozwarstwienia, spowodował zasadnicze zmiany w zakresie stosunków seksualnych między mężczyzną i kobietą². Związane to też było ze stopniowym poznawaniem przez człowieka związku pomiędzy spółkowaniem a ciążą i porodem, bowiem w zamierzchłej epoce prehistorycznej człowiek przypisywał poczęcie siłom nadnaturalnym jako sprawczym, z którymi kobieta była w jakiś tajemniczy sposób związana, w następstwie rozpoznania tego związku mężczyzna zaczął rościć sobie pretensje do swego ojcostwa³.

U niektórych ludów pierwotnych kobieta traktowana była jako własność męża. Dlatego też mógł on postąpić z nią według swojego uznania, ale wszelkie działania osób trzecich były zamachami na jego prawa. Stąd cudzołóstwo godziło w prawo własności, a w konsekwencji stanowisko konkretnych społeczeństw pierwotnych odnośnie do tej kwestii zależało od ogólnego poglądu na zamachy na własność. Ludy rybackie i myśliwskie nie zajmowały się sprawcami zamachów na kobiety, zaś ludy pasterskie i uprawiające rolnictwo zwracały uwagę na cudzołóstwo jako godzące we własność mężczyzny. Wy tłumaczenie tego rozróżnienia sprowadza się do tego, że u ludów pasterskich i rolniczych żonę kupowało się, płacąc za nią cenę w postaci licznych sztuk bydła⁴.

² K. Imieliński, *Kulturowe aspekty seksuologii* (w:) *Seksuologia kulturowa*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1980, s. 28.

³ K. Imieliński, *Seksuologia. Mitologia, historia, kultura*, Warszawa 1989, s. 150.

⁴ B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 43.

W konsekwencji ludy pierwotne uważały cudzołóstwo, zwłaszcza kobiety, za przestępstwo, wybacząc je mężczyźnie. Mężowi pozwalano ukarać żonę za cudzołóstwo lub na jego żądanie karano ją, żona zaś nie miała prawa karać męża. Na kolejnym szczeblu rozwoju karano obydwie winne osoby, często nawet karą śmierci, jak np. w Australii, Nowej Zelandii, w Afryce Południowej u Hotentotów i w Ameryce Południowej. Niekiedy kobieta miała prawo zabić winnego współmałżonka i jego współniczkę, np. w Australii i w Ameryce Północnej. W niektórych społecznościach pierwotnych mężczyzna winny cudzołóstwa miał prawo ocalić się złożeniem okupu przed obrażonym mężem. Znałe były jednak przypadki zezwalania żonie przez męża na cudzołóstwo będące wyrazem przyjaźni i gościnności. Cudzołóstwo było też nieraz zalegalizowane prawem zwyczajowym, w szczególności w czasie obchodów plemiennych i rodowych u niektórych ludów Australii i Eskimosów. Aztekowie karali kobietę winną cudzołóstwa ukamienowaniem, mężczyznę zaś wtedy, gdy popełnił je z kobietą zamężną. Mistekowie (grupa rdzennych mieszkańców Meksyku) żądali od narzeczonych przyrzeczenia, że nie popełnią cudzołóstwa, gdyż może ono spowodować karę boską. Majowie stosowali karę wypędzenia przez męża żony popełniającej taki czyn. Nie mogła ona później zawrzeć ponownego związku małżeńskiego, co mógł jednak zrobić zdradzony mąż. Inkowie zaś uważali cudzołóstwo za kradzież, zniesławienie, naruszenie pozycji społecznej oraz szerzenie niepokoju społecznego i dlatego obydwie winne strony karali śmiercią⁵.

1.2. Małżeńska więź seksualna w prawie starożytnego Wschodu

Od najdawniejszych czasów prawo stało na straży wierności małżeńskiej. Jednak pierwszym, który dostrzegł potrzebę takiej ochrony, był prawdopodobnie władca sumirski Urukagina, panujący około 2750 r. przed naszą erą w mieście Lagas⁶. Zresztą starał się on też położyć kres poliandrii, bowiem od czasów babilońskich prawdopodobnie nigdzie na Bliskim Wschodzie kobieta nie miała jednocześnie więcej niż jednego małżonka, choć nadal praktykowana była poligamia⁷.

⁵ *Encyklopedia katolicka*, pod red. R. Łukaszyka, L. Bieńkowskiego, F. Gryglewicz, Lublin 1979, t. 3, s. 658.

⁶ B. Sygit, *Cudzołóstwo i kara*, Toruń 1992, s. 123.

⁷ R. Tannahill, *Historia seksu*, Warszawa 2001, s. 66.

W starożytnym Egipcie związki małżeńskie były w zasadzie monogamiczne, ale faraonowie i arystokracja miewali więcej żon. Małżeństwa zawierano w młodym wieku; kobiety czyniły to w wieku dwanaście-czternaście lat, a mężczyźni mając ukończone piętnaście-siedemnaście lat. Liczne były związki kazirodczne, co miało uzasadnienie religijne, bowiem Izyda poślubiła swego brata Ozyrysa, ale też znaczenie dynastyczne. Egipcjanie duże znaczenie przywiązywali również do dziewictwa przyszłej żony i rytualnej defloracji, która z jednej strony była wyrazem ofiary składanej bogom, z drugiej zaś wyrazem lęku wobec krwi z błony dziewiczej⁸. Życie seksualne w starożytnym Egipcie ujęte było w ramy ogólnych przepisów higienicznych, a oprócz reguł czystości istniały też przepisy o terminach wstrzemięźliwości seksualnej w czasie menstruacji, po porodzie i w okresie pogoju⁹.

Podjmowano też starania o dochowanie wierności małżeńskiej, bowiem mężczyznę, który dopuścił się cudzołóstwa za zgodą kobiety karano chłostą tysiąca batów i utratą posagu żony, kobietę zaś okaleczano poprzez zmiążdżenie nosa, co przewidywało staroegipskie prawo Tot – od Tota, boga pilnującego sprawiedliwości i harmonii we wszechświecie¹⁰. Na Bliskim Wschodzie uważano zaś cudzołóstwo obu winnych osób za grzech. Natomiast w Mezopotamii karano cudzołóstwo śmiercią przez utopienie¹¹.

Interesujące regulacje prawne dotyczące pożycia seksualnego małżonków zawierał już Kodeks Hammurabiego – najbardziej znany kodeks wśród zabytków prawnych starożytnego Bliskiego Wschodu. W § 142 stanowił on mianowicie, że „jeśli kobieta męża swego odtrąciła i powiedziała mu „Nie posiadasz mnie więcej”, sprawa jej przez władze okręgu zostanie rozpatrzona i jeśli dobrze się prowadzi i występku nie ma, a mąż jej wciąż wychodzi z domu i bardzo poniża ją, kobieta ta winna nie jest, posag swój odbierze i do domu ojca swego pójdzie”¹². Kodeks ten zawierał ponadto przepis o małżeństwie z kapłanką, która jeżeli z jakichkolwiek powodów nie była w stanie zapewnić mężowi potomstwa, miała prawo dać mężowi w tym celu niewolnicę, której dzieci uchodziły za jej dzieci¹³. Był to § 144, zgodnie z którym „jeśli obywatel kapłankę poślubił i ta kapłanka niewolnicę

⁸ Z. Lew-Starowicz, *Seks w kulturach świata*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1987, s. 37–48.

⁹ K. Imieliński, *Kobieta i seks*, Warszawa 1989, s. 119.

¹⁰ K. Imieliński, *Seksuologia. Mitologia...*, s. 216.

¹¹ *Encyklopedia katolicka...*, s. 658.

¹² M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa 2000, s. 110.

¹³ R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 245.

mężowi swemu dała i dzieci przez to sprawiła że ma, zaś człowiek ten z kapłanką ożenić się postanowił, człowiekowi temu nie będzie na to wyrażona zgoda, kapłanki nie poślubi”. Kodeks Hammurabiego surowo traktował też cudzołóstwo, przewidywał bowiem, że „jeśli żona obywatela na spaniu z innym mężczyzną została przyłapana, zwiąże się ich i do wody wrzuci, jeżeli jednak małżonek żonie swej życie daruje, także król poddanemu swemu życie daruje” (§ 129). Stanowił jednak dalej, iż „jeśli żonę obywatela, na którą z powodu innego mężczyzny palcem wskazano, na spaniu z innym mężczyzną nie została przyłapana, na życzenie męża swego w rzece zanurzy się” (§ 132). Wskazywał też na konsekwencje zdrady małżeńskiej w pewnych szczególnych sytuacjach, stanowiąc, że „jeśli obywatel został uprowadzony w niewolę i w domu jego jest co jeść, żona jego zatroszczy się o dom jego i ciała swego upilnuje, do domu innego mężczyzny nie wejdzie, jeśli zaś kobieta ta ciała swego nie upilnowała i do domu innego mężczyzny weszła, kobiecie tej udowodni się to i do wody wrzuci ją” (§ 133), natomiast „jeśli obywatel został uprowadzony w niewolę i w domu jego do jedzenia nic nie ma, a żona jego do domu innego mężczyzny weszła, kobieta ta kary nie poniesie” (§ 134)¹⁴.

Przyłapanie żony na spółkowaniu z mężczyzną, który nie był jej mężem, wiązało się więc z uśmierceniem cudzołożników przez utopienie. Jednak jeżeli mąż darował życie swej żonie, wówczas król darował życie swemu poddanemu. Jeżeli żona została oskarżona o cudzołóstwo, a nie została przyłapana na gorącym uczynku, to mogła złożyć przysięgę i wrócić do swego domu. Ważnym jest przy tym, że współżycie męża z inną kobietą było w wielu wypadkach usprawiedliwiane, w szczególności jeżeli żonę dotknął trąd, to mąż mógł współżyć z inną (§ 148), a regułą było współżycie z niewolnicą w celu uzyskania potomstwa (§ 144)¹⁵. Kodeks Hammurabiego stał więc na straży wierności małżeńskiej, absolutnie przestrzeganej jednak tylko przez kobietę. W tym względzie zarysowały się znaczne różnice w zakresie obowiązków mężczyzny i kobiety¹⁶, gdyż wiarołomna kobieta karana była śmiercią, zaś mąż opuszczający się cudzołóstwa podlegał tylko grzywnie. Jednak za uwiedzenie panny, będącej narzeczoną innego, sprawca podlegał karze śmierci jako złodziej cudzego dobra¹⁷.

¹⁴ M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego...*, s. 107–110.

¹⁵ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 412–413.

¹⁶ K. Imieliński, *Seksuologia. Mitologia...*, s. 208.

¹⁷ W. Nesterowicz, *Przestępstwa płciowe w dawnych kodeksach karnych*, Głos Sądownictwa 1937, nr 12, s. 987.

Również przed panowaniem Asyryjczyków kary za niewierność małżeńską były bardzo wyrafinowane. Kobiетom mianowicie obcinano nos, kochanków kastrowano, a sutenerom, którzy pomagali zamężnym kobietom w podejmowaniu stosunków pozamałżeńskich, obcinano uszy¹⁸. W Asyrii zezwalano mężowi na zabicie żony i jej współnika w cudzołóstwie lub ich okaleczenie, jednakże w razie przebaczenia żonie nie wolno też było karać jej współnika. U Hetytów karano śmiercią cudzołóstwo z żoną brata lub gdy popełniono je w domu, a nie w miejscu bezludnym, a mąż miał prawo zabić bezkarnie pochwyconych na cudzołóstwie. U Persów cudzołóstwo traktowano jako czyn, którego nie można zmazać pokutą, podważało ono bowiem władzę męża, wprowadzało zamieszanie w linię genealogiczną, burzyło współzycie społeczne i prowadziło do szkodenia dziecku. Dlatego też mężczyznę winnego cudzołóstwa zobowiązywano do utrzymywania uwiedzionej kobiety i jej nieślubnych dzieci, obarczając go też odpowiedzialnością za ich złe postępowanie. Częściową pokutą mogło być dla mężczyzny pomaganie czterem ubogim małżeństwom, wychowywanie ubogich dzieci, przestrzeganie innych przed cudzołóstwem i prowadzenie religijnego życia¹⁹. Natomiast hinduski kodeks Manawa – Dharma – Sastra, w skróceniu zwany Manu, przewidywał za cudzołóstwo kobiety z wyższej kasty pożarcie przez psy w najbardziej uczęszczanym miejscu publicznym, a dla jej kochanka karę śmierci poprzez spalenie na łożu z rozpalonego żelaza²⁰.

Także inne ustawodawstwa tamtego okresu zawierały regulacje istotne dla pożycia seksualnego osób pozostających w małżeństwie, jak też ochrony czci kobiet przed jego zawarciem. Mianowicie starszy o około 150 lat od Kodeksu Hammurabiego, Kodeks Lipit-Isztara, który był władcą państwa-miasta Isin, przewidywał, że „jeśli jakiś człowiek powiedział, że córka innego wolnego człowieka, która nie jest jeszcze poślubiona, miała stosunek płciowy, gdy zostanie stwierdzone, że nie miała stosunku płciowego, oszczerca zapłaci 10 sykli srebra”. Natomiast Kodeks Bilalamy – władcy państwa-miasta Esznunny, którego autorstwo bywa jednak kwestionowane, ale który został odnaleziony na dawnym jego terytorium, przewidywał za cudzołóstwo, jak też za pozbawienie dziewictwa, karę śmierci²¹. Natomiast według innych sumeryjskich źródeł prawa, sporządzonych prawdopodobnie za czasów dynastii z Isin i Larys panujących w latach 1960–1700 p.n.e.,

¹⁸ B. Sygit, *Cudzołóstwo...*, s. 124.

¹⁹ *Encyklopedia katolicka...*, s. 660.

²⁰ W. Nesterowicz, *Przestępstwa płciowe...*, s. 987.

²¹ J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 100.

pozbawienie dziewictwa córki wolnego człowieka znajdujące się na ulicy bez wiedzy rodziców, pociągało za sobą konieczność zwrócenia się przez sprawcę do jej rodziców o zgodę na małżeństwo. W sytuacji zaś, gdy doszło do pozbawienia dziewictwa córki wolnego człowieka znajdujące się na ulicy za zgodą rodziców, sprawcy groziła surowa sankcja, wymierzana po złożeniu przysięgi oczyszczającej w domu bożym²².

Jednakże surowe traktowanie cudzołóstwa w ustawodawstwach starożytnego Wschodu, nie tylko u Egipcjan i Babilończyków, ale także u Chaldejczyków, Ormian i Indów, nie przystawało do rozprzestrzeniającej się już wtedy prostytucji z gościnności i prostytucji religijnej. U ludów starożytnego Wschodu gościnność była rzeczą świętą, gościa przyjmowano więc w domu z największą radością, oddając mu do dyspozycji wszystko to, co gospodarz posiadał, nie pomijając żony i dorosłych córek. Wiązało się to też z przekonaniem, że na ziemię zstępują bogowie przybierający postać ludzi, mogło się więc zdarzyć, że gość przybyły do domu był bogiem i, aby uniknąć zarzutu niegodnego jego przyjęcia i nie narazić się na jego klątwę, należało wszystkich gości traktować tak, jak gdyby byli bogami. Prostytucja religijna zaś była dowodem zupełnego zepsucia obyczajów stanu kapłańskiego, a wykonywana była jako tajny rytuał na cześć bogów, którzy rzekomo zachęcali do niej przez usta swoich kapłanów²³. Ustawodawstwo Mezopotamii nakazywało wręcz każdej kobiecie udanie się przed zawarciem małżeństwa do Babilonu, by tam w świątyni oddać się nieznanemu mężczyźnie. Fenicjanie stręczyli zaś swe córki na cześć bogini Asztarte w jej świątyni, a w kartagińskich świątyniach dziewczyny zarabiała na swój posag. Prostytucja była również powszechnie uprawiana w Egipcie na cześć bogini Izidy²⁴.

Odnosnie do prostytucji z gościnności wskazać należy, że była ona rozpowszechniona u wszystkich ludów Wschodu, zwłaszcza trudniących się polowaniem i rybołówstwem, które to zajęcia często zapędzały człowieka daleko od domowego ogniska, a wówczas korzystał on z gościnności innych. Gościa przyjmowano z największą radością i oddawano mu wszystko, co było w domu najlepszego, w tym żonę i córkę. Zresztą, według ówczesnych wyobrażeń, bogowie przybierając postać ludzi, zstępowali na ziemię, biorąc udział w smutkach i radościach jej mieszkańców. Wierzono zatem,

²² B. Sygit, *Historia prawa...*, s. 73–74.

²³ B. Sygit, *Cudzołóstwo...*, s. 124–125.

²⁴ M. Filar, *Liberalizm i rygoryzm seksualny w różnych kulturach. Zarys historyczny* (w:) *Seksuologia kulturowa*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1980, s. 225.

że gość wstępujący w dom był bogiem, którego względy należało sobie pozyskać, co w dawnych przekazach znawców starożytności ujmowano w ten sposób, że w czasach starożytnych bogowie zstępowali z niebios, aby poznać córki ziemi i dać początek olbrzymom. Bożek przychodził wieczorem prosić o spoczynek pod dachem jakiegoś patriarchy, a odchodząc zostawiał mu zazwyczaj „żywą pamiątkę swej boskiej podróży”. O ile więc prostytucja z gościnności była swoistym następstwem koczowniczego życia i wyrazem pięknego w zasadzie prawa gościnności, to prostytucja religijna była wynikiem zepsucia obyczajów pogańskiego stanu kapłańskiego, niewoli i upodlenia kobiet na Wschodzie. Z cielesnego obcowania czyniono bogom ofiarę, z której na swój rachunek korzystali kapłani pod pozorem czczenia bogów i bogiń. W taki sposób czczono Wenerę pod imionami Mylitty w Babilonii, Anaitydy w Armenii, Astarty u Fenicjan, Izidy u Egipcjan. Prostytucja religijna nie powstrzymywała jednak nikogo od wstępowania w związki małżeńskie, a nawet prostytutki były bardzo poszukiwane jako kandydatki na żony²⁵.

W starożytnych kulturach często spotykany był też rytuał rozdzielczania kobiet. Ludzie uważali bowiem wówczas, że pojawienie się krwawień w narządach płciowych kobiet jest efektem oddziaływania duchów i bożków. Tak więc zarówno krew menstruacyjna, jak i krew pojawiająca się przy defloracji, miały znaczenie magiczne. Znaczenie to uległo transpozycji również na samą błonę dziewiczą. W niektórych szczepach kobiety poświęcały błonę dziewiczą oraz krew menstruacyjną rozmaitym bogom płodności, aby ubłagać dla małżeństwa liczne potomstwo. Inne szczepy zaś uważały, że krew defloracyjna jest zemstą demonów, dlatego musi być ofiarowana bożkowi, a więc jej wpływ może spowodować tylko bożek lub jego zastępca, tj. kapłan, który ma takie stosunki z bogami, że nie wywoła przez to ich gniewu. W jeszcze innych szczepach krew defloracyjną, podobnie jak menstruacyjną, uważano za nieczystą, a w konsekwencji mąż nie chciał się nią splamić. W późniejszym okresie do tych wyobrażeń religijnych dołączył pogląd, zgodnie z którym zniszczenie błony dziewiczej jest dla kobiety silnym i bolesnym przeżyciem, że musiałaby ona zniecierpliwienie męża za to, że tego dokonał. Dlatego też obowiązek ten w zrytualizowany sposób musiał spełnić mężczyzna mający odpowiednio wysoki autorytet, a więc kapłan, wódz plemienia czy też ojciec kobiety²⁶.

²⁵ W. Ostrożyński, *O przestępstwie cudzołóstwa*, Przegląd Sądowy i Administracyjny 1885, nr 27–33, s. 124.

²⁶ K. Imieliński, *Seksuologia. Mitologia...*, s. 154–155.

Odmienne stanowisko wobec pożycia seksualnego małżonków reprezentował judaizm, dla którego celem małżeństwa była rodzina, a bezdzietność traktowano jako zbrodnię. Małżeństwa zawierano w młodym wieku, zaś współżycie seksualne regulowano określonymi przepisami. Było ono dozwolone w ramach związku, a dziewictwo panny młodej było wysoko cenione. Prawo wprowadzało też przepisy rytualne w zakresie pożycia seksualnego małżonków, jak np. takie, że miesiączkująca kobieta była uważana za nieczystą przez siedem dni. Jakkolwiek współżycie seksualne żony i męża służyło przede wszystkim prokreacji, to akceptowano również jego inne znaczenie, gdyż uważano, że mężczyzna powinien współżyć z żoną nawet wówczas, gdy nie służyło to płodzeniu. Zakazane były stosunki przerwane, jak też wytryski poza pochwą. Kultura żydowska doceniała wartość pożycia seksualnego w ramach małżeństwa, przy czym zwłaszcza w okresie talmudycznym sprawom seksu poświęcano więcej miejsca. Rabini zaprzeczali, jakoby ciało miało być czymś złym, a w konsekwencji nalegali, aby małżonkowie nie odmawiali sobie przyjemności seksualnej²⁷.

Aby zapewnić trwałość rasy i rodziny, dawni Hebrajczycy przyjmowali, że mężczyzna może posiadać kilka żon. Poligamia występowała więc powszechnie. Królowie, jak choćby Dawid i Salomon, pozwalali sobie na utrzymywanie licznych haremów, będących oznakami ich potęgi. Mężczyźni z pospółstwa zadowalali się zaś ze względów oszczędnościowych jedną lub dwiema małżonkami. W Izraelu ženiono się przy tym wcześniej. Wielu rabbich sądziło, że dla mężczyzn najodpowiedniejszy był osiemnasty rok życia, a najbardziej liberalni doktorzy uważali, że można czekać z ożenkiem do wieku dwudziestu czterech lat. Dziewczęta zaś wydawano za mąż, gdy tylko dojrzały do małżeństwa, to jest według prawa w wieku dwunastu i pół roku²⁸.

W judaizmie wysoko cenione było też dziewictwo, bowiem według ksiąg Mojżesza mąż, który stwierdził, że żona jego nie była dziewicą, włókł ją przed dom jej ojca i tam kamieniował na śmierć²⁹. W późniejszym rozwoju prawa hebrajskiego brak dziewictwa mógł być przyczyną rozwodu, chociaż nie był legalną przeszkodą do zawarcia małżeństwa, jeśli mąż akceptował ten fakt. Jeżeli w czasie nocy poślubnej okazało się, że dziewczyna nie była dziewicą, mąż mógł ją odesłać także bez rozwodu do jej ojca. Jednocześnie starotestamentowa Księga Tobiasza zalecała, aby młoda para

²⁷ Z. Lew-Starowicz, *Seks w kulturach...*, s. 49–50.

²⁸ H. Daniel-Rops, *Życie codzienne w Palestynie w czasach Chrystusa*, Warszawa 1994, s. 107–109.

²⁹ W. Nesterowicz, *Przestępstwa płciowe...*, s. 987.

przez kilka dni po zawarciu małżeństwa wstrzymała się od spółkowania, co stało się podstawą, opisanego dalej, średniowiecznego zwyczaju tzw. tobiaszowych nocy³⁰. Jednak w praktyce najczęściej podczas wesela trwającego siedem dni, a nieraz dwa razy tyle, już pierwszego wieczoru młoda para znikwała i małżeństwo zostawało skonsumowane. Zwyczaj wymagał, aby zachowano na pamiątkę nocy poślubnej splamione krwią prześcieradło, czytano bowiem w Księdze Powtórzonego Prawa pouczenie, że należy zachować „dowody dziewictwa” na wypadek zniesławiających zarzutów męża w przyszłości³¹.

To, że prawo hebrajskie przywiązywało dużą wagę do dziewictwa, świadczy też, że sprawca zgwałcenia połączony z pozbawieniem tego atrybutu kobiecości, zobowiązany był pojąć ofiarę za żonę. Ponadto kapłanowi hebrajskiemu nie wolno było żenić się z wdową, kobietą ułomną lub rozpustnicą, a tylko właśnie z dziewicą lub ewentualnie wdową po duchownym³².

Judaizm obowiązek męża, aby regularnie współżył seksualnie z żoną, traktował jako integralną część kontraktu małżeńskiego. „Kontyngent” stosunków małżeńskich był różny, a uzależniano go od wydolności fizycznej i zajęcia wykonywanego przez męża, np. uczony mógł odbywać spółkowanie tylko raz w tygodniu, podczas gdy przeciętny pracownik miał to czynić dwa razy w tygodniu. Zgodnie z tym żona pracownika mogła wymagać od niego dwóch kontaktów seksualnych w tygodniu, podczas gdy żona uczonego musiała zadowalać się tylko jednym spółkowaniem w tygodniu. Było to oczywiście niezbędne minimum, ponieważ górna granica zbliżeń między małżonkami nie była limitowana³³. Jeżeli więc mąż nie chciał współżycia seksualnego lub był niezdolny do niego, żona uprawniona była do rozvodu, a jeśli żona odmawiała spółkowania, a nie była chora, mąż mógł żądać rozvodu bez płacenia jej zasiłków, jak działo się to w innych wypadkach rozwiązania małżeństwa³⁴. Jeżeli zaś żona była bezpłodna, mąż zmuszony był pojąć drugą lub wziąć nałożnicę. „Żony młodości” jednak nie odprawiano, lecz pozostawiano w domu obok żony drugorzędnej³⁵.

³⁰ K. Imieliński, *Kobieta i seks...*, s. 117.

³¹ H. Daniel-Rops, *Życie codzienne...*, s. 114.

³² W. Nesterowicz, *Przestępstwa płciowe...*, s. 987.

³³ K. Imieliński, *Kobieta i seks...*, s. 117.

³⁴ K. Imieliński, *Seksuologia. Mitologia...*, s. 258–262.

³⁵ H. Daniel-Rops, *Życie codzienne...*, s. 108.

Według prawa mojżeszowego do żony odnosił się obowiązek bezwzględnej wierności małżeńskiej. Mąż mógł bowiem poza małżeństwem obcować z innymi kobietami, byle przez to obcowanie nie naruszał innego małżeństwa. Przed wystąpieniem Mojżesza cudzołóstwo karał ojciec, względnie mąż, jako głowa rodziny. Rozstrzygała tutaj wyłącznie jego wola, gdyż był on panem życia i śmierci osób poddanych jego władzy. W późniejszych czasach zorganizowane zostały osobne trybunały dla spraw karnych, których kompetencji poddano także sprawy o cudzołóstwo. W ostatniej instancji rozstrzygał Sanhedryn, a więc najwyższy sąd w Jerozolimie, złożony zazwyczaj z siedemdziesięciu członków. Skargę o cudzołóstwo mógł wnieść mąż przeciwko żonie, jak i współwinnemu, żona zaś takiej możliwości nie miała³⁶.

Prawo hebrajskie surowo traktowało cudzołóstwo, przewidując za nie karę śmierci, którą miał ponieść zarówno mężczyzna obcujący z żoną bliźniego swego, jak i cudzołożnica³⁷. Najczęściej stosowano kamienowanie, w miejsce praktykowanej w okresie nomadycznym kary spalenia³⁸, o czym wiadomo choćby z oskarżenia o cudzołóstwo przez Judę synowej Tamary, na której domagał się on wykonania takiej właśnie kary³⁹. O tym, że karę tę rzeczywiście wykonywano, świadczą fakty historyczne, przy czym wykonywano ją jeszcze i za czasów Chrystusa, który cudzołożnicę uciekającą przed rzekomą sprawiedliwością motłochu wziął w swoją obronę⁴⁰. Ukamienowanie groziło również pannie, która, będąc zaręczoną, współżyła z innym mężczyzną, a to za to, że w mieście nie wzywała pomocy, zaś mężczyzna miał ponieść śmierć, ponieważ znieważył ją. Postępowanie w sprawach o cudzołóstwo było przy tym szczegółowo unormowane, a mianowicie podejrzana przyprowadzana była przed oblicze kapłana, który dawał jej do wypicia „gorzką wodę przekleństwa”. Jeżeli woda jej nie przeniknęła, nie wywołała goryczy, opuchlizny łona i zwiótczenia bioder, znaczyło to, że oskarżenie było niesłuszne. Z próby tej zwolnione były kobiety niepełne oraz te, które ukończyły sześćdziesiąt lat lub nie ukończyły lat trzynastu. Podkreślenia wymaga, iż uzasadnieniem podejrzenia o cudzołóstwo była nieobecność żony przez czas potrzebny do zagotowania jednego jajka⁴¹. Opis procedury stosowanej wobec kobiet oskarżanych o cudzołóstwo

³⁶ W. Ostrożyński, *O przestępstwie cudzołóstwa...*, s. 129.

³⁷ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne...*, s. 413.

³⁸ *Encyklopedia katolicka...*, s. 660.

³⁹ B. Sygit, *Cudzołóstwo...*, s. 126.

⁴⁰ W. Ostrożyński, *O przestępstwie cudzołóstwa...*, s. 132.

⁴¹ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne...*, s. 413.

znajduje się w Księdze Liczb. Rytuał ten miał charakter sądu bożego: „gdy mąż ma żonę rozpustną i ta go zdradzi przez to, że inny mężczyzna z nią obcuje cieleśnie wylewając nasienie, a nie spostrzegł tego jej mąż, i dopuściła się nieczystości w ukryciu, gdyż nie było świadka, który by ją pochwycił i na gorącym uczynku – gdy więc duch podejrzewania ogarnie męża i zacznie podejrzewać żonę swoją, w wypadku gdy rzeczywiście się splamiła, lub będzie ją posądział, choć się nie splamiła – wówczas winien mąż przyprowadzić żonę swoją do kapłana”. Kapłan przygotowywał więc gorzką wodę niosącą klątwę i choroby. Gdy kobieta była niewinna i niesłusznie oskarżana, wówczas „woda goryczy i przekleństwa” nie czyniła jej żadnej szkody. Gdyby zaś kobieta była niewierna mężowi i nieczysta, bo inny z nią obcował i na nią swe nasienie wylał, to ciało jej miały opanować choroby, a ból miał jej dokuczać⁴².

Prawo żydowskie przewidywało za cudzołóstwo obok kary śmierci również karę pieniężną. Jeżeli kobieta przyznała się do zdrady mimo braku świadków, mąż pod karą chłosty był zobowiązany wypędzić żonę i zabrać jej cały posąg. Miało to miejsce także wtedy, gdy żona wzbraniała się poddać próbie „gorzkich wód”. W takich przypadkach współwinny mężczyzna nie ulegał jednak karze, gdy zaś cudzołóstwo udowodniono przez zeznania świadków, przez próbę „gorzkich wód” lub gdy schwytano cudzołożników na gorącym uczynku, sąd orzekał karę śmierci. Również fałszywi oskarżyciele byli karani śmiercią, a znany jest wypadek dwóch starców, którzy wobec doznanego u pewnej kobiety niepowodzenia złożyli na nią fałszywe oskarżenie o zdradę małżeńską, za co skazano ich na karę śmierci⁴³.

Próbie „gorzkich wód” poddawane były też narzeczone. Gdy narieczona została uznana za wiarołomną, musiała, podobnie jak cudzołożna małżonka, zostać ukamienowana. Z drugiej jednak strony korzystała ona z ochrony prawa, gdyż można ją było oddalić tylko na podstawie listu rozwodowego, a jeśli jej narieczony umarł, miała ona takie same prawa jak wdowa, a dziecko poczęte w czasie narzeczeństwa uznawane było za prawowite⁴⁴.

Wydawać by się mogło, że surowe przepisy prawa mojżeszowego, przewidujące karę śmierci za złamanie wierności małżeńskiej, powinny w narodzie żydowskim zupełnie wytepić cudzołóstwo. Tymczasem sama Biblia w wielu miejscach wskazuje, że cudzołóstwo było u Żydów częstym

⁴² J. Warylewski, *Kara. Podstawy...*, s. 115.

⁴³ B. Sygit, *Cudzołóstwo...*, s. 127.

⁴⁴ H. Daniel-Rops, *Życie codzienne...*, s. 112.

przestępstwem. Świątynia Salomona stała się za czasów Machabeuszów targowiskiem kobiet, oddających się nierządowi, a znane są poglądy, że oburzenie Chrystusa i wypędzenie z tej świątyni handlarzy, bezczeszczących boski przybytek, miało się odnosić właśnie do wykonywanego tam targu kobietami⁴⁵.

Judaizm odrzucał też kontrolę urodzin z wyjątkiem poważnych wypadków realnego fizycznego niebezpieczeństwa związanego z ciążą lub ekstremalnych sytuacji, np. głodu. Czysto ekonomiczne powody lub inne względy natury osobistej nie były akceptowane, gdyż traktowano je jako sprzeczne z boskim nakazem rozmnażania się, zgodnie z którym kultura judaistyczna nastawiona była na posiadanie przez małżonków jak największej liczby dzieci⁴⁶.

Charakterystyczne dla prawa hebrajskiego tamtego okresu było też to, że jeżeli zmarły mężczyzna nie pozostawił po sobie syna, jego brat miał obowiązek ożenić się z wdową, aby spłodzić potomstwo, uznawane zawsze za potomstwo zmarłego. Taki był przepis lewiratu – od łacińskiego słowa *levir*, odpowiadającego hebrajskiemu *jacham* – szwagier. Prawo określało ściśle te przepisy, lecz sposób wprowadzania ich w życie różnił się w zależności od warunków i okoliczności. Jeżeli jednak mężczyzna uchylał się od tego obowiązku, zawiedziona wdowa miała prawo zerwać mu sandał z nogi i plunąć w twarz wołając: „Tak się postępuje z człowiekiem, który nie buduje domu swego brata”. Prawo lewiratu przetrwało do czasów Chrystusa, o czym świadczy zadane mu przez przeciwników pytanie w związku z niewiastą, która pogrzebała kolejno siedmiu mężów, najpierw pierwszego, następnie sześciu szwagrów – z którym zmartwychwstanie? Stosowanie lewiratu było więc rzeczą delikatną i drażliwą, o czym świadczy choćby przypadek Onana, który zmuszony do poślubienia wdowy po bracie, użył prostego sposobu antykoncepcyjnego, by uniknąć potomstwa, za co poniósł karę⁴⁷. W „Księdze Rodzaju” jest bowiem napisane, że Juda wziął dla swego pierworodnego syna Era żonę imieniem Tamar. Ponieważ jednak Er był w oczach Pana zły, Pan zesłał na niego śmierć. Wtedy Juda polecił Onanowi, aby udał się do żony swego brata i dopełnił z nią obowiązku szwagra i w ten sposób sprawił, że jego zmarły brat będzie miał potomstwo. Onan wiedząc, że potomstwo nie będzie jego, ilekroć zbliżał się do Tamar, unikał zapłodnienia, aby nie dać potomstwa swemu bratu. Za ten bezwstydy, zhań-

⁴⁵ W. Ostrożyński, *O przestępstwie cudzołóstwa...*, s. 132.

⁴⁶ K. Imieliński, *Kobieta i seks...*, s. 255.

⁴⁷ H. Daniel-Rops, *Życie codzienne...*, s. 110–111.