

**UNIWERSYTET GDAŃSKI**

**WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI**

**Kamil Jesiołowski**

**Prawny moralizm w liberalnej demokracji**

Rozprawa doktorska  
napisana pod kierunkiem  
**dr hab. Wojciecha Lamentowicza**

Gdańsk 2022

# Spis treści

Wstęp.....	4
<b>1. Wymuszanie moralności prawem. Wybrane ujęcia.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Wychowawcza rola państwa .....</b>	<b>14</b>
1.1.1 Sofokracja Platona .....	14
1.1.2 Etyka Arystotelesowska.....	24
1.1.3 Prawo naturalne św. Tomasza z Akwinu .....	30
<b>1.2 Prawo jako rozkaz .....</b>	<b>35</b>
1.2.1 Lewiatan Thomasa Hobbes'a.....	35
1.2.2 Utylitaryzm Jeremy'ego Benthama.....	40
1.2.3 John Austin i teza o (nie)rozdzielności .....	44
<b>1.3 Dwa liberalizmy.....</b>	<b>48</b>
1.3.1 John Locke.....	48
1.3.2 Immanuel Kant.....	54
<b>1.4 Johna Stuarta Milla zasada krzywdy .....</b>	<b>60</b>
<b>1.5 Podsumowanie. Punkt wyjścia do dalszych rozważań.....</b>	<b>62</b>
<b>2. Powstanie oraz rozwój prawnego moralizmu.....</b>	<b>65</b>
<b>2.1 Pierwsza generacja prawnego moralizmu .....</b>	<b>65</b>
2.1.1 Epoka wiktoriańska .....	65
2.1.2 Wolność, równość, braterstwo .....	71
2.1.2.1 Szerszy rodzaj utilitaryzmu.....	71
2.1.2.1 Refutacja zasady krzywdy.....	78
2.1.3 Czy Hart się mylił? Cz. I.....	83
2.1.3.1 Różna moralność .....	83
2.1.3.2 Sztuka legislacji i sztuka orzekania .....	88
<b>2.2 Druga generacja prawnego moralizmu.....</b>	<b>91</b>
2.2.1 Raport Wolfendena.....	91
2.2.2 <i>The Enforcement of Morals</i> .....	96
2.2.3 Przeciwno tezie o dezintegracji .....	102
2.2.4 Przeciwno tezie konserwatywnej .....	108
<b>2.3 Wyzwanie Kristola. Czy Hart się mylił? Cz. II .....</b>	<b>113</b>
<b>2.4 Prawny moralizm a koncepcje klasyczne.....</b>	<b>121</b>
<b>3. Nowy prawny moralizm .....</b>	<b>126</b>
<b>3.1 Moralizm jako reakcja .....</b>	<b>126</b>
3.1.1 Neutralność wobec rozległych doktryn .....	127
3.1.2 Zasada krzywdy – precyzyjne rozumienie.....	133
<b>3.2 Moralność krytyczna .....</b>	<b>143</b>

3.2.1 Nowa Teoria Prawa Naturalnego .....	143
3.2.2 Liberalny prawny moralizm .....	158
3.3 Moralność wspólnoty .....	174
3.3.1 Skromny prawny moralizm .....	174
3.3.2 Krytyka zasady krzywdy .....	183
3.3.3 <i>Mala prohibita</i> .....	187
3.4 Ocena prawnego moralizmu .....	190
3.4.1 Klasyfikacja moralizmów .....	190
3.4.2 Prawny moralizm a dobre życie i krzywda .....	195
3.4.3 Przeciwno „miękkiej neutralności” .....	208
4. Znaczenie moralności we współczesnym prawie .....	220
4.1 Moralność w konstytucjach i aktach prawa międzynarodowego .....	220
4.2 Europa .....	224
4.2.1 Europejski Trybunał Praw Człowieka .....	224
4.2.2 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej .....	237
4.2.3 Moralność w multicytrycznej rzeczywistości prawnej .....	249
4.3 Orzecznictwo polskie .....	254
4.4 Orzecznictwo amerykańskie .....	264
4.5 Podsumowanie .....	274
5. Racjonalność wspólnotowej moralności. W stronę komunitarystycznej teorii legislacji .....	277
5.1 Aspekt legislacyjny .....	277
5.2 Aspekt wspólnotowy .....	284
5.3 Aspekt perfekcjonistyczny .....	293
5.4 Czy moralizm jest zagrożeniem dla wolności? .....	299
5.5 Czy moralizm musi rozszerzać prawo karne? .....	305
5.6 Prawny moralizm a prawo polskie. Pojęcie społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa) .....	321
Zakończenie .....	333
Bibliografia .....	339
Akty prawne .....	364
Orzecznictwo .....	366
Abstract .....	370

## Wstęp

Prawny moralizm nie był jak dotąd, z pewnymi wyjątkami<sup>1</sup>, przedmiotem poważnej refleksji w polskiej literaturze. Prawny moralizm, jako pojęcie, nie wzbudza nadmiernego entuzjazmu<sup>2</sup>. Prawny moralizm kojarzy się z pruderyjnymi normami z dziedziny seksualności<sup>3</sup>. Prawny moralizm nie wydaje się być nadto kompatybilnym z naturą liberalnej demokracji – z jej wolnościowym, pluralistycznym i tolerancyjnym charakterem<sup>4</sup>. Prawny moralizm nie jest, przynajmniej *prima facie*, koncepcją pożądaną w warunkach liberalnego państwa XXI wieku. Prawny moralizm, zgodnie z intuicyjnym jego pojmowaniem, nie wspiera dostatecznie autonomicznego rozwoju jednostki. Prawny moralizm zagrażać może prywatności jednostek, dając przewagę państwu i jego organom. Prawny moralizm podporządkowuje niekiedy jednostkę społeczeństwu i jego – choćby nawet niesłusznym i zabobonnym – opiniom. Prawny moralizm powinien raczej ustąpić na rzecz koncepcji opartych o neutralność państwa i prawa oraz zasadę krzywdy (szkody).

Celem niniejszej pracy jest próba odparcia wyżej wymienionych a jednocześnie – jak się zdaje – rozpowszechnionych poglądów na temat prawnego moralizmu. Moim zadaniem jest również uzupełnienie luki w polskiej literaturze na temat prawnego moralizmu w ogóle, zwłaszcza zaś opisanie jego rodzajów, odmian, historycznych

---

<sup>1</sup> Należy odnotować, że w 2021 r. ukazała się praca M. Glanc-Żabiłowicz poświęcona debacie H.L.A. Harta z P. Devlinem (idem, *Debata Hart-Devlin. Studium z filozofii prawa*, Gdańsk 2021). Niniejsza rozprawa częściowo potwierdza ustalenia Autorki, przede wszystkim jednak stanowi krytyczne omówienie prawnego moralizmu w wersjach innych, niż ta przedstawiona przez Devlina. Ponadto rozważania poszerzone zostały o orzecznictwo trybunałów europejskich, jak również polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Prawny moralizm został też wpisany w kontekst komunitarystyczno-liberalnej debaty na temat neutralności państwa i prawa. Prawny moralizm porównano także z koncepcjami kryminalizacji pojawiającymi się w polskiej doktrynie. Poza tym podaję w wątpliwość niektóre ustalenia Autorki dotyczące konkretnych odmian prawnego moralizmu, w szczególności tego reprezentowanego przez M.S. Moore'a. Oprócz M. Glanc-Żabiłowicz do myśli prawnych moralistów odwoływali się – w różnych zresztą kontekstach – m.in. A. Czarnecka, M. Peno czy K. Szczucki. Prace tych Autorów zostały uwzględnione w przypisach i bibliografii. Dodatkowo nadmienić można, że anglojęzyczny tekst o teoretycznych aspektach prawnego moralizmu opublikowany został w jednym z numerów czasopisma wydawanego przez Uniwersytet Śląski, zob. Antal Szerletics, *The Theoretical Aspects of Legal Moralism*, „Silesian Journal of Legal Studies” 2009, nr 1, s. 98-110.

<sup>2</sup> Niektórzy autorzy wskazują, że należy dążyć do odmoralizowania prawa karnego, zob. np. J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017, s. 100. Ostatnio przeciwko moralizmowi penalnemu wystąpił również T. Snarski, zob. idem, *Kilka uwag o relacji prawa karnego i moralności wokół problematyki samobójstwa*, „Acta Iuris Stetinensis (Roczniki Prawnicze)” 2021, vol. 35, nr 3, s. 85-98.

<sup>3</sup> Zdaniem H.L.A. Harta, „najbardziej widoczna część moralności każdego społeczeństwa składa się z reguł dotyczących kwestii seksualnych”, z kolei „moralność seksualna jest być może najbardziej widocznym aspektem tego, czym według zwykłych ludzi winna być moralność”, zob. idem, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2020, s. 273. W tym kontekście zob. także J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 105.

<sup>4</sup> Zob. E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 79-88.

uwarunkowań, ewolucji, możliwych definicji, a także relacji do koncepcji filozoficznoprawnych, takich jak zasada krzywdy. Ponadto żywię nadzieję, że praca w jakimś stopniu przyczyni się do debaty dotyczącej neutralności państwa i prawa, koncepcji dobrego życia i ich urzeczywistnienia w ustawodawstwie, idei komunitariańskich i liberalnych w prawodawstwie<sup>5</sup>, czy też kształtu wspólnot politycznych ugruntowanych na dobrze uzasadnionym, racjonalnym, przyzwoitym prawie. Wskazane nadzieje i cele być może są zbyt ambitne, jednakże wymaga tego podejmowany temat. Jego ważkość potwierdza natomiast codzienna obserwacja kontrowersji politycznych i prawnych wokół stanowienia oraz stosowania prawa we współczesnych wspólnotach liberalno-demokratycznych. W tym miejscu wystarczy wspomnieć wysoce emocjonalne debaty na tematy takie, jak aborcja, homoseksualizm, eutanazja, autonomia jednostki czy jej równość i godność.

Główna teza pracy jest następująca: Prawny moralizm jest teorią legislacji odpowiadającą wymogom liberalnej demokracji.

Przez prawny moralizm w tym ujęciu rozumiem nowy prawny moralizm opisany w szczególności w rozdziałach III oraz V. Jeżeli chodzi o „teorię legislacji”, to odwołuję się tutaj do Michaela S. Moore’a, twierzącego, że taka teoria dotyczy właściwych celów i ograniczeń dla ustawodawstwa w liberalnym, demokratycznym państwie<sup>6</sup>. Zdaniem Moore’a, teoria właściwego legislacyjnego celu „mówi ustawodawcy o tym, jakiego rodzaju czynniki [*considerations*] są właściwymi czynnikami mogącymi motywować jego legislację, a które [czynniki – K.J.] są niewłaściwe”<sup>7</sup>. Analizowana tutaj teoria legislacji koncentruje się więc także na ustawodawczych ograniczeniach, tj. tych aspektach, które stanowią racje przeciwko podejmowaniu legislacyjnych działań, pomimo występowania pewnych „właściwych czynników mogących motywować legislację”. Teoria legislacji to teoria odnośnie do racji, czynników, względów, argumentów, okoliczności uzasadniających działanie ustawodawcy, jak również jego

---

<sup>5</sup> Ten temat jest w polskiej literaturze podejmowany, zob. np. K. Zeidler, *Ograniczenia prawa własności w świetle sporu liberalizmu z komunitaryzmem*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. XXXVI, s. 535-551; K. Zeidler, *W sprawie wykładni i treści ideowych art. 20 Konstytucji RP z 1997 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVII, s. 75-88; Ł. Mirocha, *Liberalne i komunitarystyczne próby uzasadnienia wolności religijnej a ich konsekwencje*, „Zeszyty Prawnicze” 2018, nr 2, s. 195-214; D. Bunikowski, *Wolność oraz postęp a idee liberalne i komunitarystyczno-konserwatywne w prawie*, „Roczniki Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Toruniu” 2009, nr 8, s. 193-208.

<sup>6</sup> M.S. Moore, *A Tale of Two Theories*, „Criminal Justice Ethics” 2009, vol. 28, nr 1, s. 27. Na temat prawnego moralizmu jako teorii legislacji zob. też M.S. Moore, *Liberty and Supererogation*, „Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics” 1998, vol. 6, s. 111.

<sup>7</sup> M.S. Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford 2012, s. 640.

dopuszczalnych granic. Jest to – jeżeli można w ten sposób to określić – wąskie ujęcie teorii legislacji. Zasadniczo poza rozważaniami pozostaje na przykład to, w jaki sposób powinien przebiegać sam proces legislacji, jaki konkretnie powinien być udział czynnika społecznego, jakie organy powinny być w nim zaangażowane itp. Teoria legislacji w ujęciu prawnych moralistów wyznacza właściwy zakres racji, którymi powinniśmy posługiwać się podejmując aktywność legislacyjną. W tym kontekście prawny moralizm zakłada nieodzowność racji o charakterze moralnym. Nie chodzi zatem, mówiąc językiem Michaela J. Sandela, o „branie w nawias” (*bracketing*<sup>8</sup>) pytań o moralność, lecz przeciwnie – o szczerą, otwartą, publiczną i uczciwą, choć niewątpliwie trudną, debatę moralną.

Z kolei „liberalna demokracja” rozumiana jest – za Wojciechem Lamentowiczem – jako instytucjonalnie zagwarantowana władza ludu, której aksjologiczną podstawą jest zasada równej godności i wolności każdej jednostki i grup, w których te jednostki formują swą tożsamość i swoje interesy<sup>9</sup>. Granice tych wolności powinny być wyrażone w prawie, a ich liczba i doniosłość nie powinny być zbyt duże<sup>10</sup>. Co ciekawe, autor ten, pisząc o paradoksach i potencjalnych dysfunkcjonalnościach liberalnej demokracji, wymienia następujące elementy: 1) skracanie horyzontu czasowego ograniczające efektywność rządu; 2) skłonność do instrumentalizacji prawa przez rządzących; 3) ryzyko oligarchizacji władzy; 4) paradoks zbrojnej ochrony praw człowieka<sup>11</sup>. W ramach poruszanego tematu wskazać można na jeszcze jeden problematyczny aspekt liberalnej demokracji, a mianowicie wyznaczenie właściwych granic wolności jednostek i tworzonych przez nie wspólnot. W toku całego wywodu staram się wykazać, że zasadami limitującymi nie mogą lub nie powinny być zasada krzywdy oraz zasada neutralności. Jest to zapewne kontrowersyjne stwierdzenie, jednakże – jak zostanie to wykazane – do nie mniej kontrowersyjnych wniosków może doprowadzić konsekwentne trzymanie się tych dwóch, na pierwszy rzut oka zupełnie słusznych, zasad.

Posługując się pojęciem liberalnej demokracji, ograniczyłem rozważania jedynie do tych państw i społeczeństw, które uznawane są za respektujące reguły tego właśnie systemu politycznego. Bardziej precyzyjnie rzecz ujmując, rozważania prowadzone były

---

<sup>8</sup> M.J. Sandel, *Political Liberalism by John Rawls. Review*, „Harvard Law Review” 1994, vol. 107, nr 7, s. 1777.

<sup>9</sup> W. Lamentowicz, *Paradoksy liberalnej demokracji*, [w:] L.W. Zacher (red.) *Transformacje demokracji. Doświadczenia, trendy, turbulencje, perspektywy*, Warszawa 2011, s. 43-44.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 44.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 45.

wokół prawodawstwa oraz orzecznictwa sądów państw liberalno-demokratycznych z zachodniego kręgu cywilizacyjnego. Poza tym, za Stevenem Wallem, przyjęto, że współczesne zachodnie społeczeństwa charakteryzują się następującymi cechami: geograficzną mobilnością, technologiczną i ekonomiczną innowacyjnością, rodzinną i społeczną mobilnością, sekularyzacją, pluralizmem i przywiązaniem do praw człowieka<sup>12</sup>. Założenia te wprowadzają kolejne ograniczenia<sup>13</sup>.

Przez to, że prawny moralizm „odpowiada wymogom liberalnej demokracji” należy rozumieć, iż nie jest z nią fundamentalnie sprzeczny. Nie można więc odrzucić go tylko na tej podstawie, że odwołuje się do – kontrowersyjnych niekiedy – założeń odnośnie do koncepcji dobrego życia oraz moralności. Ponadto uważam, że prawny moralizm przeważa nad konkurencyjną koncepcją, jaką jest zasada krzywdy. Opisując zaś zasadę krzywdy, a także zasadę neutralności, nie odnoszono się do wszystkich ich wersji i odmian<sup>14</sup>. Rozważania ograniczone zostały tylko do tych modeli, które były przedmiotem uwag prawnych moralistów.

Praca dotyczy przede wszystkim ustawodawczej części działalności państwa, dlatego też używając słowa „państwo” w toku prowadzonego wywodu mam na myśli – bez odrębnego zastrzeżenia – wyłącznie ten legislacyjny aspekt. W istocie jest on tylko częścią aktywności państwowej, która może przybierać różne formy, także nieoficjalne. Poza tym skupiam się na ustawodawstwie karnym, gdyż to właśnie prawo karne pozostaje głównym przedmiotem prawnomoralistycznych debat. Najważniejszym pytaniem w tym kontekście jest to, czy niemoralność zachowania stanowi dobrą rację dla jego kryminalizacji<sup>15</sup> – a jeżeli tak, to czy niemoralność jest warunkiem wystarczającym, czy raczej koniecznym lecz samym w sobie niewystarczającym.

Tak zatem, w pierwszym rozdziale przedstawiono wybrane koncepcje z historii filozofii państwa i prawa (Platon, Arystoteles, św. Tomasz z Akwinu, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, John Locke, Immanuel Kant, John Stuart Mill). Wyszczególnione stanowiska omówione zostały w kontekście problematyki prawnego

---

<sup>12</sup> S. Wall, *Liberalism, perfectionism and restraint*, Cambridge 1998, s. 4.

<sup>13</sup> Podany zestaw cech liberalnej demokracji i zachodnich społeczeństw konstytuuje określony paradygmat, w ramach którego prowadzę rozważania.

<sup>14</sup> Byłoby to niecelowe i znacznie przekraczające poruszany temat. Natomiast w odniesieniu do neutralności warto wskazać, że w polskiej literaturze jej różne odmiany zostały niedawno omówione przez W. Ciszewskiego; zob. idem, *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*, Kraków 2019.

<sup>15</sup> Za L. Gardockim przyjmuję, że kryminalizacja oznacza zarówno uznanie jakiegoś czynu za przestępstwo, jak i utrzymywanie przestępczości jakiegoś czynu, zob. idem, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 7.

egzekwowania określonego wzorca moralności. W zamierzeniu rozdział ten miał być nie tylko zaprezentowaniem poszczególnych stanowisk zajmowanych przez ważnych myślicieli, ale stanowić wprowadzenie w problematykę prawnego moralizmu. Inspiracją w tym zakresie był Hans-Georg Gadamer, który w przedmowie do drugiego wydania *Prawdy i Metody*<sup>16</sup> na dość osobliwym przykładzie plemion eskimosów wskazywał, że w perspektywie tzw. dziejów efektywnych „Kto za pięćdziesiąt lub sto lat przeczyta napisaną dziś historię tych plemion, ten nie tylko uzna ją za przestarzałą, gdyż będzie wiedział już więcej lub lepiej interpretował źródła, lecz będzie mógł także stwierdzić, że w 1960 roku dlatego czytano źródła inaczej, iż inne były wówczas pytania, inne uprzedzenia (*Vorurteile*) i zainteresowania”<sup>17</sup>. Dlatego też w rozdziale pierwszym starano się dokonać analizy z uwzględnieniem kwestii podnoszonych przez prawny moralizm oraz współczesnych problemów ustawodawczych na styku prawa, moralności, wolności i odpowiedzialności. Prawnomoralistyczne spojrzenie jest w tym wypadku uzasadnione, ponieważ właśnie takie są obecnie „pytania, uprzedzenia i zainteresowania”.

W rozdziałach drugim i trzecim przedmiotem analizy był już prawny moralizm *sensu stricto*. Rozważania dotyczą trzech fal prawnego moralizmu: utilitarnego, społecznego i nowego prawnego moralizmu. Pierwsza z nich skojarzona została z Jamesem Fitzjamesem Stephenem, druga – z lordem Patrickiem Devlinem i jego tezą o dezintegracji społecznej, trzecia natomiast – z Robertem P. George’em, Michaelem S. Moore’em, a także Antonym Duffem. W tej części pracy wykorzystano metodę dialektyczną, rozumianą jako rozpoczynanie od pewnych przyjętych opinii na dany temat, następnie konfrontowanie ich z kontrprzykładami pozwalającymi na ich odrzucenie lub modyfikację<sup>18</sup>. Celem deliberacji było – w miarę możliwości – skonstruowanie spójnych wewnętrznie konkluzji. Schemat rozumowania przebiegał od zidentyfikowania problematycznej kwestii, poprzez wskazanie argumentów na rzecz jakiejś tezy, postawienie antytezy i jej uzasadnienia, a na końcu – wyciągnięciu wniosków. Każda z wymienionych trzech fal prawnego moralizmu została w ten sposób przedstawiona. Przykładowo, przeciwko tezom J.S. Milla i jego zasadzie krzywdy przedłożono antytezę J.F. Stephena; raport Komisji Wolfendena i jego obronę

---

<sup>16</sup> H-G. Gadamer, *Prawda i Metoda*, Warszawa 2004.

<sup>17</sup> Ibidem, s. 9.

<sup>18</sup> Ł. Dominiak, *Metoda równowagi refleksyjnej (reflexive equilibrium) w filozofii polityki*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2012, nr 36, s. 153.



sformułowaną przez H.L.A. Harta skonfrontowano z moralizmem P. Devlina; a antyperfekcjonistyczny liberalizm J. Feinberga, J. Rawlsa, W. Sadurskiego i W. Ciszewskiego zestawiono z różnymi odmianami nowego prawnego moralizmu. W pewnym sensie metoda ta nawiązuje również do Tomasza Snarskiego i jego książki *Debata Hart – Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa*<sup>19</sup>. Snarski na przykładzie konkretnej debaty dwóch znamienitych filozofów prawa poruszył rozmaite problemy o charakterze ogólnym i ponadczasowym. W pracy tej wskazano także, iż „prowadzenie debat ma podstawowe znaczenie dla filozofii prawa, stając się jednym z jej zasadniczych paradygmatów”<sup>20</sup>. Niniejsza rozprawa zainspirowana jest również tą myślą.

Jeżeli chodzi o wybór poszczególnych nurtów prawnego moralizmu i reprezentujących je myślicieli, to uzasadniam go spełnieniem dwóch kryteriów. Po pierwsze, skupiłem się na tych przedstawicielach prawnego moralizmu, którzy: a) identyfikują siebie jako prawnych moralistów, tj. otwarcie przyznają się do prawnego moralizmu, lub b) w literaturze są określanymi przez innych autorów jako prawni moralisci. Przykładowo, Moore nazywa swoją teorię *explicite* prawnym moralizmem w zakresie legislacji i retrybutywizmem w zakresie teorii kary. Jednak Stephen nie określał swojej koncepcji jako prawnomoralistycznej – chociażby z tego powodu, że termin „prawny moralizm” wprowadził dopiero Hart, kilkadziesiąt lat po śmierci Stephena. Niemniej, Stephen jest zaliczany przez innych autorów (m.in. przez Harta) do prawnych moralistów, a zatem spełnia kryterium pierwsze. Po wtóre, wziąłem pod uwagę jedynie te koncepcje, które różnią się od siebie w sposób zasadniczy. Jakościowe różnice, dzięki dialektycznemu podejściu, mogą doprowadzić do wysnucia odpowiednich wniosków. Z tych powodów przyjąć należy, że podział prawnych moralizmów w niniejszej pracy nie ma charakteru wyczerpującego.

Rozdział czwarty zawiera analizę orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz amerykańskiego Sądu Najwyższego. Wprawdzie tematem przewodnim pracy jest aspekt legislacyjny, a więc dotyczący stanowienia prawa, to jednak nie sposób abstrahować od jego stosowania i interpretacji. Konieczność uwzględniania orzecznictwa jest tym bardziej wyraźna, że sądy konstytucyjne przyjmują rolę „ustawodawcy

---

<sup>19</sup> T. Snarski, *Debata Hart – Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa*, Gdańsk 2018.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 23.

negatywnego”<sup>21</sup>. W rzeczywistości wyznaczają one dopuszczalne granice dla działań krajowych ustawodawców, jak również wypracowują katalog racji i czynników, na jakich mogą oni opierać swoje działania. Bez uwzględnienia podejścia wymienionych sądów i trybunałów do spraw, w których pojawia się aspekt moralny, nie można zatem dokonać wykładni pojęć takich, jak „moralność” lub „moralność publiczna”, zapisanych wprost w konstytucjach, ustawach i aktach prawa międzynarodowego. Odwołanie się do stanowisk trybunałów europejskich pozwala na rozpatrzenie krajowych problemów w ramach głębszego, multicentrycznego przedsięwzięcia interpretacyjnego. Z kolei przywołanie wyroków Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki może posłużyć do zastosowania elementów komparatystyki i krytycznego spojrzenia na – być może niekiedy zbyt zachowawcze – podejście trybunałów europejskich. Owa zachowawczość objawia się w szczególności jako aprobata dla neutralnego moralnie, proceduralnego pojmowania moralności. W tym miejscu ponownie podawana jest w wątpliwość możliwość całkowitego abstrahowania od substancjalnych kwestii moralnych – tak przez ustawodawcę, jak i przez sądy.

W ostatnim rozdziale przedstawiono wnioski płynące z poprzednich rozdziałów wprost w kontekście kryminalizacji. Prawny moralizm potraktowany został jako komunitarystyczna teoria legislacji. Dokonano porównania prawnego moralizmu z koncepcjami opartymi o ochronę dóbr prawnych i pojęcie społecznej szkodliwości (społecznego niebezpieczeństwa) czynu, które opisywane są w polskim piśmiennictwie. Pomocniczo posłużono się metodą dogmatycznoprawną. Wyodrębniono najważniejsze aspekty prawnego moralizmu: legislacyjny, wspólnotowy, perfekcjonistyczny oraz – co może być wnioskiem nieintuicyjnym – wolnościowy. Rozdział piąty, podobnie jak czwarty, ma charakter praktyczny, albowiem stanowi próbę ukazania, jak prawny moralizm może działać w rzeczywistości. Nie jest on jednak zamkniętym katalogiem ostatecznych i pewnych konkluzji, a raczej zaproszeniem do dalszych deliberacji na temat stanowienia prawa, neutralności państwa i prawa, pojmowania moralności w prawie oraz kształtu naszego rodzimego prawa karnego i poszczególnych przestępstw. Jest to głos w dyskusji i zarazem propozycja pewnego paradygmatu myślenia o prawie – zwłaszcza prawie karnym.

---

<sup>21</sup> Na temat ustawodawcy negatywnego i pozytywnego zob. m.in. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 września 1996 r., K. 13/95.

W ostatnim podrozdziale rozdziału trzeciego, jak również w rozdziałach czwartym i piątym odwołuję się do własnego rozumienia prawnego moralizmu, w związku z czym nie musi być ono zupełnie spójne z innymi koncepcjami pojawiającymi się w literaturze.

Każdy z wymienionych rozdziałów rozpoczyna się krótkim porządkującym wprowadzeniem, zaś kończy się syntetycznym podsumowaniem. Wyjątkiem jest rozdział piąty, po którym następuje podsumowanie nie konkretnego rozdziału, lecz całej pracy. W pracy przyjęto podejście multidyscyplinarne. Oprócz prawniczej dogmatyki i filozofii prawa czerpano również z myśli filozofów polityki, tak liberalnych (J. Rawls), jak i komunitariańskich (M.J. Sandel, Ch. Taylor, A. MacIntyre). Naukowym wzorem łączącym filozofię prawa, filozofię polityki i problematykę poszczególnych gałęzi prawa, w szczególności prawa karnego, było dla mnie podejście prezentowane na łamach periodyku „Criminal Law and Philosophy”. W rozprawie wykorzystano głównie literaturę anglojęzyczną, czego wymagał podejmowany temat. Jednakże poruszane tematy i sformułowane konkluzje dotyczą liberalnych demokracji *in genere*. Polscy autorzy byli cytowani we wszystkich rozdziałach, choć zdecydowanie najczęściej w rozdziale piątym, co także wynika z porządku pracy. Z uwagi na obfitość literatury na temat relacji prawa i moralności trudno o przywołanie wszystkich – a nawet tylko najbardziej istotnych – pozycji. Wybrana literatura dotyczyła więc albo wyłącznie prawnego moralizmu (nie zaś ogólnie prawa i moralności), albo – jeżeli nie dotyczyła wprost prawnego moralizmu – była niezbędna dla zachowania spójności w prowadzonych rozważaniach. Sporadycznie korzystano ze źródeł internetowych. Wszelkich tłumaczeń na język polski – bez odrębnego zastrzeżenia – dokonałem samodzielnie. Z tego względu obciążają mnie wszystkie błędy i niedoskonałości.

Pomysł na pracę zrodził się podczas dyskusji po konferencji *Z natury wolni i równi. Wokół filozofii politycznej Johna Locke'a* (Zamek Bierzgłowski, 18 września 2017 r.) organizowanej przez Fundację Societas et Ius. Na temat prawnego moralizmu napisałem dwa artykuły: *Koncepcja moralności publicznej Lorda Patricka Devlina a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*<sup>22</sup> oraz *Are the European Courts neutral between conceptions of a good life? ECHR, CJEU, and the moral*

---

<sup>22</sup> K. Jesiołowski, *Koncepcja moralności publicznej Lorda Patricka Devlina a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 22, s. 37-51.

*neutrality in action*<sup>23</sup>, których idee pobrzmiewają także w niniejszej pracy. Praca powstawała w ramach Seminarium Doktorskiego na Wyższej Szkole Administracji i Biznesu w Gdyni w latach 2018-2021. Za uwagi i wskazówki dziękuję Profesorom: Zdzisławowi Brodeckiemu i Wojciechowi Lamentowiczowi.

---

<sup>23</sup> K. Jesiołowski, *Are the European Courts neutral between conceptions of a good life? ECHR, CJEU, and the moral neutrality in action*, „Studia Iuridica Toruniensia”, artykuł oczekujący na publikację.

## 1. Wymuszanie moralności prawem. Wybrane ujęcia

Herbert L. A. Hart wyróżnia<sup>1</sup> cztery płaszczyzny, na których zachodzić mogą relacje między prawem a moralnością: 1) historyczną, badającą wpływ moralności na dziejowy rozwój prawa, 2) analityczną, określającą definicyjne zbieżności lub rozbieżności obu pojęć, 3) krytyczną, dotyczącą oceny obowiązującego prawa z punktu widzenia moralności, 4) egzekucyjną, rozpatrującą możliwość narzucania określonego wzorca moralności drogą prawną. W niniejszym rozdziale, tak jak w całej pracy, rozważania będą prowadzone wokół ostatniej z wyodrębnionych kwestii.

W pierwszym rozdziale omówione zostaną niektóre stanowiska filozoficzne dotyczące powyższego problemu. Wybór podyktowany jest ich różnorodnością (są to zarówno stanowiska akceptujące moralistyczną legislację, jak i ją negujące – z odmiennych zresztą powodów), jak i faktem, że są one często dyskutowane w kontekście prawnego moralizmu jako swoistego nurtu jurysprudencji. Do przedstawianych tutaj poglądów nawiązywać będą zatem również kolejne rozdziały. Obecnie zaś głównym zadaniem pozostaje opisanie zawartych w nich „idei prawnych”<sup>2</sup>, mających znaczenie w świetle interesującego nas tematu.

Określenie „prawny moralizm” w poniższych akapitach rozumiane nie będzie jeszcze jako oryginalny prąd w filozofii prawa, a jedynie jako pogląd aprobujący prawne narzucanie moralności.

Natomiast pojęcie „państwa” należy czytać możliwie najszerzej – nie jako specyficznego twór powstały w okresie nowożytnym<sup>3</sup>, lecz generalnie każdy twór z określonym terytorium, ludnością i władzą wyposażoną w kompetencję do ustanawiania prawa.

---

<sup>1</sup> H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford 1982, s. 1-4.

<sup>2</sup> H.-G. Gadamer pisze, że „Sędzia dostosowujący tradycyjne prawo do potrzeb współczesności chce na pewno rozwiązać pewne praktyczne zadanie. To jednak wcale nie powód, by jego wykładnia prawa była jakąś dowolną reinterpretacją. Również w jego przypadku rozumienie i wykładnia oznaczają: rozpoznawać i uznawać obowiązujący sens. Wiążąc dane prawo ze współczesnością stara się on oddać jego «ideę prawną» (...). Stara się on rozpoznać prawne znaczenie jakiegoś prawa – a nie historyczne znaczenie jego ustanowienia lub jakichś przypadków jego zastosowania”, idem, *Prawda i Metoda*, Warszawa 2004, s. 448. Podobnie niniejsza część pracy nie traktuje o historii myśli filozoficznej i prawnej, lecz o „ideach prawnych”, jakie niosą za sobą poszczególne nurty rozpatrywane w kontekście prawnego moralizmu.

<sup>3</sup> P. Kaczorowski, *Uwagi o pojęciu państwa i suwerenności*, „Civitas. Studia z filozofii polityki” 2010, nr 12, s. 209.

## 1.1 Wychowawcza rola państwa

### 1.1.1 Sofokracja Platona

A więc ktokolwiek zamierza przedstawić dla *poleis* prawa dotyczące tego, jak ludzie mają załatwiać sprawy publiczne i wspólne i jak zgodnie z tym żyć, natomiast przy sprawach prywatnych, tam, gdzie jest konieczne [prawa stanowić], nie uważa już, żeby to było potrzebne, lecz [sądzi,] że każdemu wolno przeżywać dzień tak, jak chce, i że nie wszystko musi się dziać wedle ustalonego porządku, a zatem [ktokolwiek] uważa, że gdy zostawi się sprawy prywatne bez prawnego uporządkowania, to w sprawach wspólnych i publicznych ludzie zechcą żyć stosując się do praw, ten nie myśli w sposób prawidłowy<sup>4</sup>.

Alfred North Whitehead stwierdził niegdyś, iż całą europejską tradycję filozoficzną zasadniczo scharakteryzować można jako przypisy do dzieł Platona<sup>5</sup>. Podążając za tą myślą, wyżej przytoczony fragment Platońskich *Praw* uznać należałoby za swego rodzaju zapowiedź ukształtowanego kilkadziesiąt wieków później jednego z nurtów filozofii prawa – mianowicie prawnego moralizmu. Istotnie, wypowiadający przytoczone słowa ateński bohater dialogu poruszył kilka ważkich i uniwersalnych dla filozoficznoprawnej problematyki zagadnień dotyczących roli prawa w życiu jednostki, dopuszczalnych granic ustawodawcy czy też ram ustanawianych dla obywatelskich wolności. Kwestie te przewijając będą się w toku całego wywodu, stanowiąc poniekąd przewodni temat niniejszej pracy. Niemniej, rozpoczynając analizę poglądów Platona w zakresie legislacji, norm prawnych oraz państwowej działalności *in genere*, nasamprzód trzeba zwrócić się nie ku *Prawom*, lecz *Państwu*<sup>6</sup>.

Ta najczęściej komentowana praca Platona wywołuje liczne interpretacyjne spory wśród filozofów, którzy to proponują opozycyjne względem siebie, a nierzadko również wzajemnie wykluczające się wykładnie. Tak zatem, w literaturze z jednej strony występują komentarze traktujące opisywane dzieło jako preludeum do wprowadzenia ideologii totalitarnych<sup>7</sup>, z drugiej zaś – wskazujące na program duchowej reformy ateńskiego społeczeństwa, pojmowany jako głębsza intencja autora *Politei*<sup>8</sup>. Odnotować nadto należy, iż niekiedy wskazuje się także na związki Platońskich refleksji ze

---

<sup>4</sup> Platon, *Prawa*, tłum. D. Zygmuntołowicz, Kęty 2017, 780a.

<sup>5</sup> A.N. Whitehead, *Process and Reality*, Nowy Jork 1979, s. 39.

<sup>6</sup> Platon, *Państwo*, tłum. W. Witwicki, Gliwice 2018.

<sup>7</sup> K. Popper, *Spółczesność otwarte i jego wrogowie. Urok Platona*, tłum. H. Krahelska, t. 1, Warszawa 1993.

<sup>8</sup> E. Voegelin, *Platon*, tłum. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2015.

współczesną koncepcją praw człowieka<sup>9</sup>. Równocześnie następuje też weryfikacja tezy o jednoznacznie negatywnym stosunku ucznia Sokratesa do ustroju demokratycznego<sup>10</sup>.

Nie stanowi celu niniejszego rozdziału ustalenie, która z konkurencyjnych interpretacji zasługuje na miano słusznej, lecz raczej poczynienie generalnej obserwacji, iż wspólnym dla większości z nich rdzeniem jest zgoda co do ambitnego, niemimalistycznego charakteru kreślonego przez Platona państwa. Niezależnie więc od tego, czy ideał *politei* postrzegany jest jako twór totalitarny w sensie dwudziestowiecznym, czy jako lekarstwo na chorą duszę ówczesnego społeczeństwa, nie sposób zaprzeczyć, że państwo w pismach założyciela Akademii to podmiot, który poprzez swe instytucje – władzę, prawo, zwyczaje, odgórnie ustanowione normy postępowania – ma w zamierzeniu dokonać całościowej formacji obywatela. W „łagodniejszej” dla Platona interpretacji, kładącej nacisk na duchowy, nie natomiast totalistyczny aspekt jego politycznej twórczości, charakter ten objawia się jeszcze silniej. W tym przypadku przyznaje się państwu i jego metodom wychowawczym funkcję niejako leczniczą, co uzasadnia głęboką ingerencję w jednostkowe życie. Ponadto tego rodzaju sanacyjne przekonanie wzmocnione zostaje dzięki poczynionej wyraźnej analogii między sprawiedliwością rozpatrywaną w życiu pojedynczego człowieka a sprawiedliwością uwidaczniającą się w działaniach państwowych<sup>11</sup>. Założenie to pociąga za sobą również kluczowy dla filozofii politycznej Platona skutek w postaci reglamentacji zadań w tworzonym przezeń idealnym, kastowym społeczeństwie, podzielonym na klasę strażników doskonałych, wojowników (strażników pomocniczych) oraz rzemieślników. Podział ten porównać można do podziału na trzy części ludzkiej duszy i odpowiadającym im cnotom (część rozumna – cnota mądrości, część impulsywna – cnota męstwa, część pożądliva – cnota panowania nad sobą). Spoiwem łączącym wymienione części, zapewniającym ład, w którym „każda spełnia swoje”, okazuje się być właśnie cnota sprawiedliwości<sup>12</sup>. W ten sposób wyłania się zatem istota pojęcia sprawiedliwości, tak człowieczej, jak i państwowej, rozumianej przez Platona jako stan,

---

<sup>9</sup> M. Piechowiak, *Do Platona po naukę o prawach człowieka*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 333-352.

<sup>10</sup> „Ostatecznym stanowiskiem Platona w kwestii dobrze zorganizowanego państwa jest ustrój mieszany, łączący demokratyczny postulat wolności z wymaganiami rozumu – oryginalna i kontrowersyjna, ale jednak niewątpliwie jakaś forma demokratycznego państwa prawa”, zob. Z. Stawrowski, *Niemoralna demokracja*, Kraków 2008, s. 32.

<sup>11</sup> Platon, *Państwo...*, 368 E, 369 A.

<sup>12</sup> W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii. Filozofia starożytna i średniowieczna*, t. 1, Kraków 1946, s. 122.

gdzie każda cząstka większej całości spełnia ściśle określone zadanie, zgodnie ze swoimi zdolnościami oraz predyspozycjami, czyniąc po prostu „to, co do niej należy”.

W świetle powyższego nie może zatem dziwić sformułowany w *Państwie* postulat władzy, która powinna być sprawowana przez królów-filozofów, mających *ex definitione* największe pojęcie o idei Dobra, w związku z tym potrafiących z najlepszym rezultatem przeprowadzić terapię moralną na zagrożonym przez demokratyczne konwencje oraz sofistykę społeczeństwie. Środkiem do urzeczywistnienia ideału sprawiedliwego państwa w tak przedstawionym kontekście może być także moralistyczna legislacja<sup>13</sup> czy szerzej – ustanowione normy regulujące sferę publiczną oraz prywatną, niezależnie od ewentualnego przyjęcia przez nie formy prawa pozytywnego. Co jednakże najistotniejsze dla niniejszych rozważań, w Platonskiej koncepcji kwestie etyczne oraz sprawiedliwościowe nabierają charakteru obiektywnej wiedzy, nie są zaś w żaden bynajmniej sposób powiązane z przypadkowymi społecznymi zwyczajami, tradycjami lub opiniami aktualnej większości. Jeżeli zatem zasadniczo uznać można, iż u Platona prawo (to znaczy normy takie, jakie powinny być) nie różni się od nakazów moralności<sup>14</sup>, to niewątpliwie chodzi tu o moralność prawdziwą, zobiektywizowaną, nie natomiast o zrelatywizowane normy istniejące w konkretnym społecznym układzie<sup>15</sup>. Te ostatnie są skądinąd przedmiotem stanowczej krytyki Platona. Co więcej, zaznaczyć trzeba, że to *de facto* one doprowadziły do skazania Sokratesa, który sam, już po osądzeniu, oczekując w więzieniu na wykonanie wyroku, dobitnie określił je mianem „opinii szerokich kół”<sup>16</sup>, niewartych najmniejszej uwagi.

Wszystkie dotychczasowe ustalenia mają swoje bezpośrednie odzwierciedlenie w ustrojowych postulatach formułowanych w *Państwie*, co uwidacznia się w szczególności przy analizie klas strażników, którym Platon poświęca najwięcej miejsca. Oczekiwania moralne wobec najważniejszych społecznych kast implikują konkretne rozwiązania konstytucyjne. Strażnicy doskonali, najmniej liczni, wybierani mają być spośród tych, którzy „najlepiej potrafią stać na straży tej zasady, że powinni zawsze robić to, co w każdym wypadku będzie, według ich zdania, najlepsze dla państwa”<sup>17</sup>. Strażnicy-pomocnicy zaś – posiadający nieco mniejsze zdolności,

---

<sup>13</sup> H. Cairns, *Plato's Theory of Law*, [w:] R.O. Brooks, *Plato and modern law*, Nowy Jork 2007, s. 10. Tekst opublikowany pierwotnie w „Harvard Law Review” 1942, nr 3, s. 359-387.

<sup>14</sup> Tak m.in. S. Hessen, *Prawo i moralność*, „Myśl Współczesna” 1948, nr 2–3.

<sup>15</sup> S. Blackburn, *Platon. Państwo. Biografia*, tłum. A. Dzierzgowska, Warszawa 2007, s. 31-39.

<sup>16</sup> Platon, *Kriton*. [w:] idem, *Dialogi*, tłum. W. Witwicki, Gdańsk 2000, s. 127.

<sup>17</sup> Platon, *Państwo...*, 413 C.



niesprawujący władzy, lecz wykonujący postanowienia rządzących – poddani muszą zostać surowym rygorom, albowiem tylko w ten sposób „byliby ocaleni sami i ocalone byłoby miasto”<sup>18</sup>. W pismach Platona podkreślana jest zatem współzależność jednostkowej kondycji moralnej ze stanem sprawiedliwości całego państwa. niesprawiedliwość despotycznych władców, nieponoszących jakiegokolwiek odpowiedzialności za swe haniebne działania, jak również *prima facie* słuszne działania rządzących, nieprzynoszące jednakże prawdziwej korzyści dla dusz obywateli, są przedmiotem krytycznej analizy w *Gorgiaszu*<sup>19</sup>. Z kolei w *Państwie* bezpośrednio powiązano cechy ludzkich osobowości (typów człowieka) z odpowiadającymi im typami państwowych ustrojów. W tym sensie dzieło to traktuje o człowieku i jego naturze, nie o polityce jako takiej. Ażeby więc uniknąć systemów wadliwych – timokracji, opartej na zbytnej ambicji; oligarchii z charakterystyczną dlań chciwością; demokracji z jej nadmierną wolnością i uprzywilejowaniem niewykwalifikowanego tłumu; wreszcie dyktatury, rządu najgorszego – konieczne jest ustanowienie praw zapewniających optymalne ukształtowanie jednostki. Konsekwentnie, w Platońskim państwie, w imię jego szczęśliwości, prawnie uregulowane będą między innymi kwestie majątkowe pomocników („Po pierwsze, żaden z nich nie powinien mieć żadnego osobistego majątku”<sup>20</sup>), mieszkaniowe („Po drugie, domu i spichrza nie powinien żaden z nich mieć ani żadnego takiego pomieszczenia, do którego by nie mógł wejść każdy, kto by chciał”<sup>21</sup>), rodzinne („Kobiety wszystkie powinny być wspólną własnością tych mężczyzn, a prywatnie, dla siebie, żaden nie powinien mieszkać z żadną. I dzieci też powinny być wspólne, i ani rodzic nie powinien znać swego potomka, ani syn rodzica”<sup>22</sup>) lub seksualne („Ale potem, Glaukonie, bez porządku obcować ze sobą czy co tam innego robić to ani zbrojne nie jest w mieście ludzi szczęśliwych, ani na to nie pozwolą rządzący”<sup>23</sup>). Tego rodzaju nakazy i zakazy, w połączeniu z odpowiednim wychowaniem, doprowadzą, przekonuje Platon, klasę strażników do tak wysokich standardów moralnych, że wszelkie ustawodawstwo odnoszące się do spraw codziennych nie będzie, w odniesieniu do jej przedstawicieli, dłużej potrzebne. Nie godzi się bowiem ludziom pierwszej klasy dawać poleceń dotyczących takich materii, jak „Sprawy

---

<sup>18</sup> Ibidem, 417 A.

<sup>19</sup> Platon, *Gorgiasz*, tłum. W. Witwicki, Sandomierz 2017, s. 145.

<sup>20</sup> Platon, *Państwo*, 416 D.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem, 457 D.

<sup>23</sup> Ibidem, 458E.

targowe, (...) i sprawy o obrazę czci, i o pobicie, i sprawy mieszkaniowe, i terminy rozpraw, i ustanawianie sędziów albo ściąganie lub nakładanie podatków (...); w ogóle jakieś tam ustawy targowe albo policyjne czy portowe i inne tego rodzaju”<sup>24</sup>. Jeżeli zatem tylko zachowają oni prawa ważniejsze, kształtujące ich postawy moralne, to „wielu z tych rzeczy, jeżeli która powinna być prawem ustalona, oni chyba łatwo sami dojdą”<sup>25</sup>; w przeciwnym wypadku „będą wciąż dużo takich ustaw wydawali i znowu je naprawiali, i tak całe życie, myśląc, że jakoś uchwycą to, co najlepsze”<sup>26</sup>. Choćby nawet najznakomitsze prawo pozytywne, precyzyjnie normujące różne sfery życia, nie zastąpi więc prawdziwej, głębiej pojmowanej sprawiedliwości – jednostkowej, społecznej, państwowej – co pozostaje uwagą wciąż aktualną.

Zauważyć warto, że pomimo licznych zarzutów, które niewątpliwie wysunąć można przeciwko wymienionym wyżej ustrojowym rozwiązaniom, poglądów Platona nie należy utożsamiać z prostą statolatrią. Dla filozofa nie każda organizacja państwa zasługuje na swe zachowanie<sup>27</sup>, wręcz przeciwnie – Platońskie propozycje stanowią w istocie odważny program reformistyczny, którego kluczowym założeniem jest przekonanie o wyższości racjonalizmu nad zwyczajowymi konwencjami, obowiązującymi w oparciu o konserwującą siłę tradycji. Przykładami obrazującymi to podejście są chociażby postulat równouprawnienia kobiet i mężczyzn, skutkujący otwarciem dostępu do kasty strażniczej<sup>28</sup>, a także możliwość awansów i degradacji między wszystkimi społecznymi klasami, następujących niekiedy wbrew wypracowanym konwenansom czy rodzinnym dziedzictwom. W rezultacie, państwo nie powinno kierować się ani demokratyczną regułą „opinii szerokich kół”, ani konserwatywną siłą tradycji, ani ochroną wolnością jednostki, ani też aprobowanym przez niektórych sofistów prawem silniejszego<sup>29</sup>. Naczelną zasadą ustrojową i prawną w tym przypadku zostaje zatem postępowanie w zgodzie z nakazami mądrości, co w zhierarchizowanej *politei* rządzonej przez filozofów jest zresztą wyborem całkiem naturalnym. Natomiast tak stworzony system określić można za Eugeniuszem Jarra jako „sofokracja”<sup>30</sup>. Konsekwencje wprowadzenia takiego porządku są zaś na tyle daleko

---

<sup>24</sup> Ibidem, 425 D.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem, 425 E.

<sup>27</sup> Ibidem, 426 C.

<sup>28</sup> Ibidem, 451 B, 539 C.

<sup>29</sup> Na ten temat zob. R. Tokarczyk, *Historia filozofii prawa w retrospektywie prawa natury*, Białystok 1999, s. 45.

<sup>30</sup> E. Jarra, *Idea państwa u Platona i jej dzieje*, Warszawa 1918, s. 129.

idące, że urzeczywistnić się może on tylko wtedy, kiedy królowie-filozofowie wyprawiają wszystkich obywateli powyżej lat dziesięciu „gdzieś na wieś”, a ich dzieci „wezmą i usuną je spod wpływu dzisiejszych obyczajów, które są też obyczajami ich rodziców, i zaczną je wychowywać na swój sposób i według swoich praw, któreśmy omówili”<sup>31</sup>.

Porównanie działalności sprawiedliwego ustawodawcy do procesu uzdrawiania zastosowane zostało również w istotnym dla analizowanej przez nas problematyki dialogu pt. *Polityk*<sup>32</sup>. Tekst ten uznać należy za interesujący także z prawniczego punktu widzenia, zwłaszcza w zestawieniu z opisanym wcześniej *Państwem* oraz *Prawami*. Regulacje, które dzisiaj określilibyśmy mianem „prawa pozytywnego”, są w nim przez filozofa piętnowane w drodze racjonalno-metaforycznej wykładni, zmierzającej do udowodnienia wyższości ustroju opartego na rozumnych decyzjach władców nad rządami prawa. W tym miejscu pojawia się nawet teza o słuszności rządów bez prawa, które samo w sobie nie stanowi warunku dobrego państwa, o ile rządzący posiadają „prawdziwą wiedzę, a nie tylko jej pozory”<sup>33</sup>. W takim wypadku panują oni nad swoimi obywatelami niczym nad chorymi pacjentami lekarze, którzy to „chętnych, czy niechętnych leczą, krają, palą, czy inne nam bóleści zadają, i czy według przepisów, czy niezależnie od przepisów, i czy są ubodzy, czy bogaci”<sup>34</sup>.

Stanowisko to, wyrażane w *Polityku* przez postać Gościa, uzasadniane jest przede wszystkim generalnym i abstrakcyjnym charakterem prawa. Stałość, niezmiennosc, uniwersalność, brak rozróżnienia między poszczególnymi przypadkami, to cechy prawa, które w konfrontacji z realnie istniejącym ludzkim zróżnicowaniem czy też nieregularnością „stanów faktycznych” pojawiających się w rzeczywistym życiu sprawiają, iż nie może ono w żaden sposób „objąć jasno i dokładnie tego, co jest najlepsze i najsprawiedliwsze równocześnie dla wszystkich, i dlatego nie może nakazywać tego, co najlepsze”<sup>35</sup>. Jak czytamy dalej, „ludzie są jedni do drugich niepodobni i niepodobne do siebie są ich czyny, i w sprawach ludzkich, żeby tak powiedzieć, nic nigdy nie stoi spokojnie, dlatego żadna prosta ustawa w żadnej sprawie nie może pozwolić żadnej umiejętności ustanawiać czegokolwiek we wszystkich wypadkach i na zawsze”<sup>36</sup>. Rzeczone ograniczenia prawa, tkwiące w samej jego naturze, przypominają zatem

---

<sup>31</sup> Platon, *Państwo...*, 541 A

<sup>32</sup> Platon, *Sofista. Polityk*, tłum. W. Witwicki, Kęty 2002, s. 76-143.

<sup>33</sup> Ibidem, 292 D.

<sup>34</sup> Ibidem, 293 B.

<sup>35</sup> Ibidem, 294 B.

<sup>36</sup> Ibidem.

upartego człowieka, który nie zważając na przebieg wydarzeń oraz sugestie innych ludzi, do końca postępować będzie w zgodzie z wymyśloną przez siebie zasadą<sup>37</sup>. Reguła ustanowiona przez kogoś takiego, chociażby niemądra i niedostosowana w zupełności do nowych warunków, zawsze ma, według tak przyjętych kryteriów, pierwszeństwo. *Stulta lex, sed lex*.

Uzasadnienie istnienia prawa oraz rządów z jego prymatem nie może być więc oparte na przesłance mądrości. Panowanie króla-filozofa, przynajmniej w hierarchii Platona, niezmiennie pozostaje rozwiązaniem idealnym. W najlepiej urządzonym państwie na pytanie *quis iudicabit?* należałoby odpowiedzieć: rozumny król, a ściślej rzecz ujmując – mądrość przez niego przemawiająca. Sprawiedliwe zalecenia, będące moralną kuracją dla dusz, nie mogą być w takim ujęciu limitowane zastanymi kodyfikacjami lub zwyczajami, co ustalono już w *Państwie*. Ponadto, jak twierdzi Platoński Gość, tego rodzaju ograniczeniem nie powinno być również wewnętrzne nastawienie pacjenta odnośnie do aplikowanej metody leczenia. Kontynuując wątek lekarski, zapytuje retorycznie: „A kiedy się ludzi wbrew pisanim ustawom i wbrew tradycji zmusza gwałtem, żeby postępowali inaczej, sprawiedliwiej i lepiej, i piękniej, niż się postępowało dawniej; to proszę cię: kiedy tacy ludzie ganią taki gwałt, czy ta nagana, jeśli nie ma być najśmieszniejsza ze wszystkich, nie powinna mówić wszystkiego innego raczej, tylko nie to, że ci zgwałceni znoszą od gwałcicieli czyny haniebne i niesprawiedliwe, i złe?”<sup>38</sup> Prawdziwy władca-filozof, podobnie jak lekarz, nie zawsze obowiązany jest przekonać ratowanego – musi go tylko wyleczyć, czy to fizycznie, czy duchowo.

Niemniej, pomimo opisanej nieadekwatności prawa do realizacji naczelnego celu stawianego przez Platona państwu oraz jednostce, myśliciel uznaje ostatecznie konieczność jego istnienia. Dopóki bowiem w społeczeństwie nie zrodzi się rzeczywisty król-filozof, którego przymioty pozwolą na zbudowanie ustroju słusznego, dopóty „trzeba się schodzić i spisywać prawa, jak się patrzy, wstępując w ślady ustroju najprawdziwszego”<sup>39</sup>. Prawo pełni więc tutaj funkcję niejako zastępczą, nie jest natomiast celem samym w sobie, ani tym bardziej ostatecznym punktem odniesienia. W nieidealnej polityce nadmienione zarzuty dotyczące niedoskonałości prawa zostają w części

---

<sup>37</sup> Ibidem, 294 C.

<sup>38</sup> Ibidem, 296 D.

<sup>39</sup> Ibidem, 301 E.

oddalone. Wszak bowiem lepszymi, czyli w większym stopniu przypominającymi ustroj doskonały, są „konstytucyjne”: monarchia, arystokracja, demokracja, w odróżnieniu od bezprawnych: tyranii, oligarchii, nieszanującej obowiązującego prawa demokracji – przyznaje autor *Polityka*<sup>40</sup>.

Wydaje się zatem, iż w świetle przedstawionych deliberacji kluczowym będzie zaprojektowanie ustroju, w którym najpełniej dokona się realizacja naśladownictwa prawdy<sup>41</sup> (naśladowanie „ustroju najprawdziwszego”). Przypuszczalnie taki właśnie cel mógł przyświecać przy tworzeniu przez Platona ostatniego z dialogów – *Praw*, które, podobnie jak *Państwo*, są przedmiotem najróżniejszych interpretacji<sup>42</sup>. Niewątpliwie tym, co różni *Prawa* od prac wcześniejszych, jest koncentracja na konstruowaniu swego rodzaju państwa prawa w oparciu o mieszaną konstytucję<sup>43</sup>, nie zaś wyłącznie o mądrość przynależną klasie filozofów. Niemniej, wbrew tej łatwo zauważalnej i szybko nasuwającej się różnicy, istnieje pewna niezmiennosc myśli polityczno-prawnej Platona.

Po pierwsze, zaznaczyć należy, że koncepcje przedstawiane w *Prawach* stanowią jedynie szkic ustroju „drugiego rzędu”<sup>44</sup>. Ustrój ten w największym stopniu przypominać ma boski wręcz porządek opisany w *Państwie*, jednak wciąż będzie tylko imitacją, a nie ideałem. Z tej perspektywy można zatem traktować opisywane dzieło jako dopełnienie, nie natomiast zupełne odejście od najlepszych państwowych zasad, wcześniej już przez greckiego filozofa postulowanych.

Po wtóre, odnosząc się do samego ujęcia prawa w rzeczonym dziele, wskazać należy, iż jest ono niejednokrotnie definiowane jako nakaz rozumu<sup>45</sup>, co potwierdza tylko stałą supremację racjonalizmu. Ustawodawca winien więc w swym rozumie dzierżyć „prawo prawdziwe”<sup>46</sup>, występujące nierzadko przeciw ustalonym, nie zawsze słusznie, zwyczajom lub praktykom. Jak stwierdzono w *Polityku*, rozum w swej najpiękniejszej

---

<sup>40</sup> Ibidem, 302 C i nast. Na ten temat zob. także M.S. Lane, *Method and Politics in Plato's Statesman*, Cambridge 1998, s. 155-163.

<sup>41</sup> „Ustawy spisane w miarę sił przez każdego z tych, co posiadają wiedzę, są naśladowaniem prawdy”, Platon, *Polityk...*, 300 C. Zob. także Ł. Perlikowski, *Monarchia sofokratyczna według Platona*, „Dialogi Polityczne” 2020, nr 28, s. 27-28.

<sup>42</sup> D. Zygmontowicz, *Wstęp do przekładu*, [w:] Platon, *Prawa*, tłum. D. Zygmontowicz, Kęty 2017, s. 13-16.

<sup>43</sup> Na temat konstytucji mieszanej zob. G. R. Morrow, *Plato's Cretan City: A Historical Interpretation of the Laws*, Princeton 1993, s. 521-543. Na temat prawniczej interpretacji *Praw* zob. T. Pietrzykowski, *Ujarmianie Lewiatana. Szkice o idei rządów prawa*, Katowice 2014, s. 52-60.

<sup>44</sup> Platon, *Prawa...*, 739 D.

<sup>45</sup> Ibidem, 714 A, 835 E.

<sup>46</sup> Ibidem, 836 E.

postaci nie potrzebuje bynajmniej ram prawnych dla sprawiedliwego i słusznego rozsądzania. Tym niemniej, w ustroju drugiego rzędu prawa, o ile faktycznie mają intelektualne źródło, mogą być porównywane nawet do boskich zarządzeń<sup>47</sup>. W tym kontekście Platon, ustami Ateńczyka – jednego z rozmówców występujących w dialogu – przekonuje: „Bo w *polis*, w której prawo jest rządzone i bezwładne, widzę czyhające na nią zniszczenie; w której zaś jest ono panem rządzących, a rządzący sługami prawa, dostrzegam bezpieczeństwo i wszelkie dobra, jakich bogowie udzielili *poleis*”<sup>48</sup>. Generalnie rzecz ujmując, bez większych wątpliwości przyjąć można, że motyw rozumności prawa jest stale przewijającym się wątkiem w rozważaniach prowadzonych w dialogach Platona.

Po trzecie wreszcie, w ostatnim Platońskim dziele nadal rozwijana jest także wizja ambitnego, aktywnego, kształtującego cnotliwą postawę jednostek państwa. Wśród konkretnych regulacji proponowanych w *Prawach* znajdują się między innymi: ograniczenie kontaktów homoseksualnych<sup>49</sup>; kary za beżzenność<sup>50</sup>, bezdzietność<sup>51</sup> i cudzołóstwo<sup>52</sup>; kryminalizacja bezbożności<sup>53</sup>, czy też sankcje za służenie radą w sądzie w zamian za pieniężne wynagrodzenie<sup>54</sup> albo plan odgórnego ustalenia liczebności obywateli w *polis* wraz z przysługującymi im prawami majątkowymi<sup>55</sup>. Przykłady te dobrze wpisują się w myśl dialogowego Ateńczyka, przytoczoną na początku niniejszego rozdziału.

Podkreślić należy, iż Platon, pomimo rozbudowywania jurydycznych projektów, w rzeczywistości wyraża również stałą nieufność wobec prawa jako regulatora zachowań społecznych. Andre Laks zwraca uwagę, że o ile w *Polityku* niedoskonałości prawa krytykowane są w szczególności w jego aspekcie „substytutywnym” (ujęcie prawa jako zaledwie substytutu dla prawdziwej mądrości monarchy, występującej w państwie pierwszego rzędu), o tyle w *Nomoi* głównym przedmiotem krytyki pozostaje aspekt „epitaktyczny” (ujęcie prawa jako rozkazu)<sup>56</sup>. Stanowisko to uwidacznia się zwłaszcza

---

<sup>47</sup> Ibidem, 714 C.

<sup>48</sup> Ibidem, 715 D.

<sup>49</sup> Ibidem, 835 E.

<sup>50</sup> Ibidem, 774 A.

<sup>51</sup> Ibidem, 784 B.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem, 907 E.

<sup>54</sup> Ibidem, 937 E-938 C.

<sup>55</sup> Ibidem, 737 E.

<sup>56</sup> A. Laks, *Prawodawcza utopia Platona*, tłum. D. Hartwich, „Meander: miesięcznik poświęcony kulturze świata starożytnego” 1999, nr 5, s. 400-401.

w księdze IV, w której to wskazano na podwójny charakter prawa jako dezyderat *de lege ferenda*. Komponentami stanowionego prawa w pierw powinny być zatem perswazyjne oraz moralizatorskie wstępy do praw (*prooimia*), a dopiero później „orzeczenia” prawa. Te ostatnie, choć występują powszechnie, to przypominają w istocie tyrańskie nakazy – bezdyskusyjnie i bezrefleksyjnie orzekają bowiem o cudzych powinnościach. Egzemplifikacją prawa pojedynczego jest chociażby regulacja następująca: „Związek małżeński należy zawierać, gdy jest się w wieku od trzydziestu do trzydziestu pięciu lat, w przeciwnym razie należy ponieść karę pieniężną i karę pozbawienia czci”<sup>57</sup>. Prawo podwójne z kolei nie ma na celu jedynie zagrożenia sankcją za niedostosowanie swego zachowania do ogłoszonej reguły, lecz efektywne przekonanie członków danej wspólnoty politycznej o jej słuszności. Wstęp do prawa przyjmuje formę moralnego uzasadnienia podjętej decyzji legislacyjnej i dlatego też przedstawia wyższą wartość od następującego po nim „orzeczenia”. W przykładowym prawie dotyczącym związków małżeńskich uzasadnieniem byłoby więc odwołanie do „nieśmiertelności rodzaju ludzkiego”, którą osiągnąć można dzięki potomstwu, a której odrzucenie „nie jest rzeczą zbożną”<sup>58</sup>. Dopiero kiedy członek wspólnoty nie zostałby, za pomocą takiej filozoficznej wręcz argumentacji przekonany, mógłby zostać prawomocnie ukarany, tak „ażeby nie mniemał, że samotnie życie przynosi zysk i spokój”<sup>59</sup>.

Widać zatem wyraźnie, iż ustawodawca-lekarz nie powinien już dłużej abstrahować od osobistej postawy pacjenta wobec aplikowanych środków leczniczych. Nie powinien on używać prawa jako wyłącznie narzędzia przemocy, ale jako instrumentu edukacyjnego. *Prooimion* jest niezbędne i konieczne, aby „życzliwie – a dzięki życzliwości z większą ochotą do nauki – ten, komu prawodawca oznajmia prawo, przyjmował nakaz, którym w istocie jest prawo”<sup>60</sup>. W tym sensie można mówić o prawie jako wspólnym przekonaniu *polis*<sup>61</sup>. Wydaje się, iż z perspektywy ustawodawczej koncept ten stanowi o oryginalności *Praw* w stosunku do prac wcześniejszych. Natomiast wewnątrz postawa adresatów norm prawnych bez wątpienia pozostaje ważkim zagadnieniem dla stronników moralistycznej legislacji, rodzącym pytania o jej faktyczną skuteczność.

---

<sup>57</sup> Platon, *Prawa...*, 721 B.

<sup>58</sup> Ibidem, 721 C.

<sup>59</sup> Ibidem, 721 D

<sup>60</sup> Ibidem, 723 A

<sup>61</sup> Ibidem, 644 D.

### 1.1.2 Etyka Arystotelesowska

Choć zasadniczo słusznie uznaje się Arystotelesa za niewiernego ucznia Platona, to zaryzykować można tezę, że koncepcja państwa i prawa według Stagiryty, przy głębszej analizie, nie odbiega znacząco od wizji jego mistrza. Nie sposób rzecz jasna zaprzeczyć krytyce Platońskich koncepcji, wyprowadzanej zresztą przez Arystotelesa bez nadmiernego kamuflażu. Już pierwsze zdania pierwszej księgi *Polityki*<sup>62</sup> zawierają bowiem nietrudną do spostrzeżenia aluzję do pism założyciela Akademii. Przykładowo, wyartykułowany jest pogląd o swoistej istocie władzy państwowej, różniącej się rodzajowo (a nie tylko ilościowo) od władzy pana nad niewolnikiem lub władzy przynależnej głowie rodziny<sup>63</sup>. Dalszy wywód także utrzymany jest w podobnym, „nieplatońskim”, tonie – zanegowane są między innymi postulaty wspólności kobiet czy też zniesienia prywatnej własności w ogóle. Również nieufny i ambiwalentny stosunek Platona do prawa zastąpiony zostaje podejściem afirmatywnym. Jak czytamy:

Z omówionej poprzednio wątpliwości wynika jasno przede wszystkim to, że powinny rządzić prawa, i to prawa właściwie ujęte, władca zaś, czy to będzie jeden, czy więcej ludzi, winien rozstrzygać w tych sprawach, których prawa określić nie zdołają dokładnie ze względu na to, że niełatwą jest rzeczą w ogólnym ujęciu wyczerpać wszystkie poszczególne wypadki<sup>64</sup>.

Stosując „lekarskie” porównanie, znane z pism swego nauczyciela, Arystoteles stwierdza nadto:

Zwolennicy władzy królewskiej podnoszą, że prawa wypowiadają się tylko ogólnie, a nie dają zleceń określonych w poszczególnych wypadkach, toteż rzeczą nierozumną, jak w każdej innej sztuce, wydawać zarządzenia według martwej litery. Przecież nawet w Egipcie wolno lekarzom po czterech dniach odstąpić od przepisanej recepty, a nawet i wcześniej, w takim razie co prawda jednak na własne ryzyko. Jest oczywiste, że z tego samego powodu – ustrój, który trzyma się jedynie litery prawa, nie jest najlepszy.

Z drugiej strony powinny jednak istnieć owe ogólne postanowienia dla władających. Wyżej przecież stoi to, co nie wykazuje pierwiastka uczuciowego, od tego, co z nim jest ściśle związane. Otóż prawo go nie posiada, a natomiast każda dusza ludzka jest z nim z konieczności zespolona<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Arystoteles, *Polityka*, tłum. L. Piotrowicz, [w:] idem, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.

<sup>63</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>64</sup> Ibidem, s. 69.

<sup>65</sup> Ibidem, s. 78.



W tej samej księdze odnajdujemy jednakowoż jeszcze silniejszą obronę rządów prawa, wartą przytoczenia *in extenso*:

Jeśli wszakże ktoś zauważy, że prawo nie zawsze jest w stanie dać postanowienie, to odpowiemy, że w takich razach i człowiek rozeznąć się nie zdoła. Prawo daje jednak potrzebne wykształcenie i pozwala rządzącym rozstrzygać wedle najlepszej wiedzy i odpowiednio czynić zarządzenia. Pozwala nadto na poprawki, gdziekolwiek na podstawie doświadczenia inne jakieś postanowienie wyda się lepsze od istniejących. Kto więc domaga się, by prawo władało, zdaje się domagać, by władał tylko bóg i rozum, kto zaś człowiekowi rządu przyznaje, przydaje tu nadto i zwierzę, bo pożyteczność ma coś zwierzęcego; namiętność zaś nawet ludzi najlepszych między rządzącymi sprowadza z właściwej drogi. Toteż prawo jest czystym, wyzbytym żądzy rozumem.

Przykład wzięty z dziedziny sztuk, wskazujący, że błędna jest rzeczą prowadzić leczenie według litery przepisu, że raczej należy się kierować zdaniem doświadczonych znawców tej sztuki, wydaje się jednak chybiony. Bo lekarze nie robią nic wbrew rozumowi, powodowani stronniczością, lecz otrzymują zapłatę za wyleczenie chorych, natomiast stojący u steru państwa zwykli często działać kierując się niechęcią i życzliwością. Przecież gdyby ludzie podejrzewali, że lekarze, przekupieni przez nieprzyjaciół, chcą zgubić kogoś z żądzy zysku, to uciekliby się raczej do leczenia według litery przepisu<sup>66</sup>.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba, że idea prawa nabiera u Arystotelesa politycznego charakteru, stając się kluczowym punktem odniesienia, wedle którego przebiegać winna weryfikacja, czy ład istniejący w *polis* zasługuje w ogóle na miano ustroju. Szacunek dla prawa nie jest zatem, jak się okazuje, jedynie miernikiem jakości danego ustroju, lecz raczej warunkiem *sine qua non* definiowania danego porządku jako ustroju<sup>67</sup>. Do tego wniosku po raz pierwszy dochodzi filozof, kiedy przeprowadza krytykę szkodliwego wpływu demagogów na opinie ludu w niektórych rządach demokratycznych. Stwierdza on ostatecznie, że w państwie rządzonym przez lud za pomocą podejmowanych przezeń doraźnych uchwał, przegłosowywanych bez odniesienia do obowiązującego prawa, inspirowanych przez demagogów, nie można właściwie mówić o istnieniu ustroju demokratycznego (czy też jakiegokolwiek innego), „bo gdzie prawa nie rządzą, tam nie ma ustroju”<sup>68</sup>. W ten sposób również samoistnie ujawnia się dodatkowa funkcja prawa jako narzędzia ograniczającego wolę suwerena, bez

---

<sup>66</sup> Ibidem, s. 80.

<sup>67</sup> P. Świecz, *Jedność wielości: świat, człowiek, państwo w refleksji nurtu orficko-pitagorejskiego*, Katowice 2008, s. 283.

<sup>68</sup> Arystoteles, *Polityka...*, s. 91.

względu na to, czy będzie on jednoosobowy (monarcha-tyran), czy też liczebniejszy (demokratyczny)<sup>69</sup>.

Trudności nastroczać może jednakże ustalenie, co należy rozumieć pod pojęciem „prawa”, w szczególności zaś rozpoznanie jego istoty, cech, rodzajów, jak również warunków obowiązywania. O ile w przytoczonych fragmentach legitymacja rządów z prymatem prawa upatrywana jest przede wszystkim w jego rozumności, racjonalności oraz szczególnej czystości (konfrontowanych ze słabą, podatną na różnorakie pożądlivości, ludzką naturą), o tyle w innych rozdziałach *Polityki*, jak również w pozostałych dziełach filozofa wyróżnić można, jak się zdaje, co najmniej trzy odmienne konteksty, w których rozpatrywane jest prawo<sup>70</sup>, mianowicie:

1. *Sui generis* prawo natury;
2. Prawo zwyczajowe;
3. Prawo jako wyraz moralności.

W pierwszym sensie o prawie rozważa Arystoteles między innymi w *Retoryce* oraz *Etyce Nikomachejskiej*. Przy czym zastrzec trzeba, iż deliberacje prowadzone odnośnie do prawa naturalnego w *Retoryce* nie powinny być wprost utożsamiane z poglądami Stagiryty, a przynajmniej zalecać się winno daleko idącą ostrożność przy analizowaniu lub wyjaśnianiu jego poglądów poprzez przywoływanie odpowiednich cytatów rzeczzonego utworu. Dzieło to bowiem traktuje *nomen omen* o retoryce, a zatem „umiejętności metodycznego odkrywania tego, co w odniesieniu do każdego przedmiotu może być przekonywające”<sup>71</sup>. Odwołania do prawa naturalnego mogą niekiedy, jak w nim wykazano, stanowić efektywną argumentację wykorzystywaną w mowach sądowych. Nie jest natomiast celem tego akurat dzieła rozwikłanie pytań o realne znaczenie lub istnienie prawa naturalnego czy też o moralną wartość tegoż<sup>72</sup>.

Z kolei w *Etyce Nikomachejskiej* wątki prawnego-naturalnego łączą się z dywagacjami na temat typów tzw. sprawiedliwości politycznej, tj. jej przyrodzonej oraz stanowionej (konwencyjnej) postaci, a także stosunku prawości (słuszności) do sprawiedliwości właśnie. Dystynkcja w obrębie pojęcia „sprawiedliwości politycznej” nie została niestety

---

<sup>69</sup> Ibidem, s. 120.

<sup>70</sup> W. von Leyden, *Aristotle and the Concept of Law*, „Philosophy” 1967, nr 159, s. 1-19.

<sup>71</sup> Arystoteles, *Retoryka. Retoryka dla Aleksandra. Poetyka*, tłum. H. Podbielski, Warszawa 2008, s. 47.

<sup>72</sup> Tak M.S. Shellens, *Aristotle on Natural Law*, „Natural Law Forum” 1959, vol. 4, nr 1, s. 75-81; T. Burns, *Aristotle and Natural Law*, Londyn 2011, s. 110 i cyt. tam literatura.

przeprowadzona w sposób dostatecznie klarowny<sup>73</sup>. Wiadomym jest, iż przyrodzona wersja sprawiedliwości w pełni urzeczywistnia się jedynie wśród bogów, natomiast odmianę stanowioną cechuje wyłącznie ludzkie źródło pochodzenia. Jedną jest niezmienna, stała, uniwersalna, druga zależy od woli danej wspólnoty. Istnieje również sprawiedliwość naturalna w wydaniu ludzkim; z wywodów Arystotelesa nie całkiem jednak jasne jest, na czym dokładnie polega. Pewnym jest, iż różni się ona od boskiej między innymi tym, że w określonym sensie pozostaje zmienna: „z natury bowiem np. prawa ręka jest silniejsza, choć każdy może osiągnąć taką samą siłę w lewej”<sup>74</sup>.

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w *Etyce Nikomachejskiej*, w koncepcji sprawiedliwości mieści się także pojęcie prawości (słuszności), wprowadzone przez Arystotelesa pod koniec księgi V rzeczonoego dzieła. Stronnicy prawno-naturalnej interpretacji myśli Stagiryty znaleźć mogą tu pewne uzasadnienie swoich intuicji, albowiem stwierdzone zostaje, iż prawość jest narzędziem korygującym sprawiedliwość stanowioną, a zatem nie sprawiedliwość jako taką, lecz jeden jej szczególny rodzaj, co presuponuje istnienie rodzaju wyższego. Tam więc, gdzie ogólna regulacja ustawowa, właśnie ze względu na swój generalny, nieprzystający do konkretnych okoliczności sprawy, charakter, nie może być zastosowana, należy odwołać się do reguł prawości. Sama zasada prawości, podobnie jak sytuacje, w których winna być przywoływana, pozostaje jednak nieokreślona. Wydaje się, że Arystoteles poważnie potraktował krytykę prawa jako instytucji, przeprowadzoną przez swojego mistrza. Ogólny sposób formułowania norm, będący zarówno siłą prawa w dających się przewidzieć warunkach, jak i niemalą wadą w momentach wyjątkowych, nie jest jednak przez niego zupełnie odrzucany, a raczej poddany uelastycznieniu<sup>75</sup>. Pojęcie prawości pozwala na mitygowanie ewentualnych negatywnych skutków literalnego podporządkowania się ustawowym przepisom. Stwierdzenia te mają dla samej idei państwa prawnego kapitalnego znaczenie, ponieważ zakładają w gruncie rzeczy zasadnicze pierwszeństwo legalizmu *sensu stricto*, a w uzasadnionych, choć niezdefiniowanych wypadkach – jego

---

<sup>73</sup> C. Lord, *Aristotle*, [w:] L. Strauss, J. Cropsey (red.), *History of Political Philosophy*, Chicago, Londyn 1987, s. 128.

<sup>74</sup> Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 1982, 1134 B.

<sup>75</sup> „Bo reguła dotycząca tego, co nieokreślone, musi sama być nieokreślona, tak jak przy lesbijskim budownictwie używa się ołowianej miary, jako że ta miara nie jest sztywna, lecz dostosowuje się do kształtu kamienia; podobnie też uchwała powzięta przez głosowanie zmienia się zależnie od różnych spraw, których się tyczy”, Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, 1137 B.

korektę dokonywaną ze względu na prawość<sup>76</sup>. W tym też wyrażać może się różnica między podejściem Arystotelesa a Platona.

Oprócz dość mglistej sprawiedliwości naturalnej oraz *ex definitione* nieokreślonej prawości wyróżnić można jeszcze jeden czynnik podważający dominującą pozycję prawa pisanego – prawo zwyczajowe. To ono bowiem, jak czytamy, dotyczy spraw ważniejszych niż unormowane regulacjami pozytywnymi, toteż i samo w sobie musi być od nich ważniejsze<sup>77</sup>. Wszystkie wymienione wizje prawa nabierają z kolei wyjątkowego znaczenia w kontekście roli, jaką przypisuje Stagiryta państwu. Kiedy Bertrand Russell roztrząsa problemy *Polityki*, nie widzi praktycznego zastosowania wynikających z niej konkluzji dla współczesnego odbiorcy<sup>78</sup>. Wydaje się jednak, iż abstrahując od konkretnych zaleceń formułowanych przez Arystotelesa, największe „zastosowanie” jego dzieła odnaleźć mogą dzięki zawartym w nim wnioskom natury generalnej. Na uwagę zasługuje w szczególności wizja państwa jako tworu nie tyle nawet umożliwiającego obywatelowi osiągnięcie szczęścia („nieprzeszkadzającego” w jego osiągnięciu), co wręcz, przynajmniej do pewnego stopnia i pod warunkiem pełnego urzeczywistnienia swych celów, zapewniającego je. Pytanie o zasadność dokonywania przez społeczeństwo jakościowych rozróżnień<sup>79</sup> czy też preferowanie przez ustawodawcę konkretnej koncepcji dobrego życia pozostaje dzisiaj nie mniej aktualne. Państwo rozumiane jako zrzeszenie ludzi powstałe dla zapobiegania krzywdom oraz zagwarantowania wzajemnych handlowych korzyści, choć jest kuszącą definicją, w oczach Arystotelesa pozostaje bytem niezasługującym w ogóle na państwowy status. Państwo ze swej istoty musi bowiem przede wszystkim troszczyć się o cnotę, urabiając tym samym dobrych i sprawiedliwych obywateli<sup>80</sup>. Ci ostatni winni są *polis*, mającej naturalne przed jednostką pierwszeństwo<sup>81</sup>, szereg obowiązków. Przykładem niesubordynacji i zasługującego na karę antypaństwowego zachowania jest chociażby

---

<sup>76</sup> S. Hurri, *Justice Kata Nomos and Justice as Epieikeia (Legality and Equity)*, [w:] L. Huppés-Cluysenaer, N. M.M.S. Coelho (red.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht 2013, s. 153.

<sup>77</sup> Arystoteles, *Polityka...*, s. 81.

<sup>78</sup> B. Russell, *Dzieje zachodniej filozofii*, tłum. T. Baszniak, A. Lipszyc, M. Szczubiałka, Warszawa 2012, s. 227.

<sup>79</sup> Ch. Taylor, *Źródła podmiotowości. Narodziny tożsamości nowoczesnej*, tłum. zbiorowe pod red. T. Gadacza, Warszawa 2012.

<sup>80</sup> Arystoteles, *Polityka...*, s. 65.

<sup>81</sup> *Ibidem*, s. 5.

popęlnienie samobójstwa, które w ostatecznym rozrachunku krzywdzi nie jednostkę, ale państwową wspólnotę<sup>82</sup>.

Prawo w głębszym sensie jawi się zatem jako naturalne narzędzie, w które zaopatrzone jest prawdziwe państwo, wykorzystywane do moralnego formowania obywateli, co odróżnia je od zwykłej umowy zawieranej li tylko dla ochrony własnych interesów<sup>83</sup>. Natomiast ażeby proces kształtowania dobrego człowieka miał szanse powodzenia, potrzebne są trzy czynniki: natura, rozum i przyzwyczajenie<sup>84</sup>. Stwierdzić można, iż element prawny właściwy jest dla wszystkich z nich, tym niemniej przy ostatnim spełnia niewątpliwie funkcję najważniejszą. Już w księgach I oraz II *Etyki Nikomachejskiej* wyjaśnione zostaje, że źródłem cnót etycznych jest przyzwyczajenie, celem polityki zaś – uczynić obywateli dzielnymi i zdolnymi do dokonywania czynów moralnie pięknych<sup>85</sup>. *Prima facie* tak duży nacisk położony na kwestię zaledwie przyzwyczajenia do cnotliwości budzić może zdziwienie, zwłaszcza w zestawieniu z platońsko-sokratejskim racjonalizmem połączonym z chłodnym dystansem właśnie do społecznych nawyków. W świetle powyższego teoria ucznia Platona zdaje się bowiem rekomendować czysto mechaniczne wypełnianie nakazów etycznych<sup>86</sup>. Przy bardziej szczegółowej analizie jednak zauważalny jest jej rozumowy aspekt, co uwidacznia się ostatecznie w księdze VI, w której skonkludowano, iż nie można być dzielnym etycznie, nie będąc rozsądnym, i odwrotnie – rozsądnym bez dzielności etycznej<sup>87</sup>. Prawdziwa moralność wymaga więc, by wszystkie ludzkie postęпки były wynikiem etycznie słusznego postanowienia, podejmowanego jako cel sam w sobie<sup>88</sup>. Zewnętrzna zgodność zachowania z daną normą prawną jeszcze nie przesądza o moralnym charakterze czynu – kluczowe jest wewnętrzne, życzliwe nastawienie adresata normy. Spełnianie nakazów moralności w takim ujęciu właściwie staje się autentyczną przyjemnością. Podobną metodą, lecz do diametralnie odmiennych wniosków doszedł Immanuel Kant. Natomiast niemechanistyczne założenia potwierdza aprobata życia kontemplacyjnego, finalnie sklasyfikowanego przez Stagirytę najwyżej spośród możliwych do wyboru.

---

<sup>82</sup> Arystoteles, *Etyka Nikomachejska...*, 1138a.

<sup>83</sup> Arystoteles, *Polityka...*, s. 65-66.

<sup>84</sup> Ibidem, s. 179.

<sup>85</sup> Arystoteles, *Etyka Nikomachejska...*, 1099 B, 1103 A.

<sup>86</sup> A. Sherman, *Ethics of Aristotle*, t. 1, Londyn 1885, s. 482. Nieprawdziwość tej interpretacji wykazuje N. Sherman, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Oxford 1989, s. 157-199; zob. też P. Kłoczowski, *Rola przyzwyczajenia w życiu moralnym i politycznym – konfrontacja Arystotelesa i Kanta*, [w:] J. Miklaszewska (red.), *Rozum a porządek społeczny*, Kraków 2002, s. 149-160.

<sup>87</sup> Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, 1144 B.

<sup>88</sup> Ibidem, 1144 A.

W konsekwencji, szczęście (eudajmonia) człowieka polega na rozumnym działaniu duszy, a zatem realizacji swoistego celu (*telos*) ludzkiej natury<sup>89</sup>.

Przyzwyczajenie zdaje się pełnić dwie główne funkcje – przygotowuje człowieka do trafnych uczuć doznawanych w związku z etycznym wysiłkiem („tak jak przygotowuje się ziemię, w której ma zakiełkować ziarno”<sup>90</sup>), a także, dzięki swej jurydycznej formie, powstrzymuje większość ludzi przed popełnianiem niemoralnych występków. Arystoteles bowiem, czy to z powodu swego realizmu, czy też przewijającego się tu i ówdzie elitaryzmu<sup>91</sup>, nie ma złudzeń, iż „szeroki ogół” jest zdolny do dobrowolnego wcielenia w życie jego etycznej nauki. Poprzestaje więc na konstatacji, że ulega on „raczej konieczności aniżeli argumentom i kieruje się względem na karę raczej aniżeli na to, co moralnie piękne”<sup>92</sup>. Można chyba posunąć się do wniosku, że w państwie takim, jakie być powinno (czyli państwie zarysowanym w dwóch ostatnich księgach *Polityki*) prawo od moralności pod względem treści nie różni się, natomiast czynnikiem rozróżniającym te pojęcia pozostaje sam charakter aktora, którego działania zgodne z prawem nie zawsze będą jednocześnie zgodne z moralnością (tak np. w przypadku czynów legalnych dokonywanych tylko z obawy przed karą lub w stanie nieświadomości, nie zaś z powziętego słusznego postanowienia). Z kolei nienależyte wywiązywanie się przez wspólnotę państwową z zadania moralnego przyzwyczajania swoich członków, skutkujące nadmierną wolnością jest przez filozofa wskazywane jako błąd charakterystyczny dla demokracji<sup>93</sup>. W pojmowaniu istoty *polis* objawia się zatem wspomniane na początku niniejszego rozdziału podobieństwo politycznych i prawnych teorii Platona i Arystotelesa<sup>94</sup>.

### 1.1.3 Prawo naturalne św. Tomasza z Akwinu

Problem moralnego wewnętrznego usposobienia i zaledwie zewnętrznej zgodności danego zachowania z prawem nabiera u Akwinaty nowego znaczenia w świetle chrześcijańskiej kategorii grzechu. W tradycyjnej interpretacji<sup>95</sup> politycznej

---

<sup>89</sup> H. Siebeck, *Arystoteles*, tłum. A. Krasnowolski, Warszawa 1903, s. 121-122.

<sup>90</sup> Arystoteles, *Etyka Nikomachejska...*, 1179 B.

<sup>91</sup> A. MacIntyre stwierdza: „Publiczność, do której Arystoteles wyraźnie adresuje swoje dzieło, to niewielka mniejszość dysponująca czasem wolnym”, zob. idem, *Krótką historią etyki*, tłum. A. Chmielewski, Warszawa 2000, s. 124.

<sup>92</sup> Arystoteles, *Etyka Nikomachejska...*, 1180 A.

<sup>93</sup> Arystoteles, *Polityka...*, s. 131-132.

<sup>94</sup> G. Reale, *Historia filozofii starożytnej. Platon i Arystoteles*, t. 1, tłum. E. Zieliński, Lublin 2001, s. 525.

<sup>95</sup> Najpełniej prawny moralizm Tomasza opracował R.P. George, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford 1993, s. 28-35. Inną interpretację przedstawia J. Finnis, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford 1998, zob. zwłaszcza s. 219-228. Finnis twierdzi, że według Tomasza z Akwinu

koncepcji Doktora Kościoła bowiem, podobnie jak u bohaterów poprzednich rozdziałów, rola władzy w cnotliwym formowaniu jej poddanych przybiera aktywną postać. Wśród funkcji państwa opisywanych przez Tomasza wymienić można zatem trzy najważniejsze: zabezpieczenie gospodarczego rozwoju, stworzenie warunków dobrego i cnotliwego życia, utrzymanie ładu wewnątrz i bezpieczeństwa na zewnątrz<sup>96</sup>. Zwłaszcza w *De Regno*<sup>97</sup> wyłożona zostaje teoria o moralnym sensie działalności państwowej, jako iż „celem ostatecznym społeczności jest żyć według cnoty”<sup>98</sup>. Realizacja tego celu, w nowej – nie tylko ziemskiej perspektywie<sup>99</sup>, nie może jednak już dłużej odbywać się wyłącznie w ramach państwa, dlatego „zadaniem króla jest tak troszczyć się o dobre życie społeczeństwa, jak tego wymaga osiągnięcie szczęścia niebieskiego. Niech mianowicie popiera to, co prowadzi do szczęścia niebieskiego, a tego co mu się sprzeciwia, niech – na ile to możliwe – zakazuje”<sup>100</sup>. Warto zwrócić uwagę na wtrącony w tym zdaniu warunek, albowiem zmiękcza on nieco dyrektywę umoralniania obywateli. Wydaje się, że podobne zastrzeżenia odnaleźć można w *Sumie teologicznej*, w której stwierdzono, iż „prawo powinno być możliwe do wykonania odpowiednio do natury człowieka i do zwyczaju kraju”<sup>101</sup>. Tomasz wskazuje jednocześnie, że „prawo ludzkie nie zabrania wszystkich występków, od których stronią ludzie cnotliwi. Zabrania tylko cięższych występków, od których może się powstrzymać przeważająca część masy ludzkiej. Zwłaszcza tych, które są ze szkodą dla innych. Bez ich bowiem zabronienia społeczność ludzka nie mogłaby się utrzymać. Tak też prawo ludzkie zabrania zabójstw, kradzieży itp.”<sup>102</sup>

Niemożność objęcia wszystkich sfer ludzkiego działania państwowym ustawodawstwem wiąże się również, jak wspomniano, ze zorientowaniem prawa na „zewnątrzne postęпки, które ukazują się postronnym”<sup>103</sup>, niedotykaniami zaś w całości wewnętrznych przeżyć. Jak wiadomo, Akwinata wyróżnia kilka rodzajów prawa, tj.

---

„Właściwa funkcja prawa państwowego i rządu jest ograniczona. W szczególności ich rolą nie jest (jak zakładał Arystoteles) czynienie ludzi integralnie dobrymi, lecz jedynie utrzymywanie pokoju i sprawiedliwości w relacjach międzyosobowych”, zob. idem, *Public Reason, Abortion, and Cloning*, „Valparaiso University Law Review” 1998, vol. 32, nr 2, s. 363.

<sup>96</sup> W. Piwowski, *Państwo jako społeczność naturalna według św. Tomasza z Akwinu*, „Roczniki Nauk Społecznych” 1995, nr 1, s. 18.

<sup>97</sup> Tomasz z Akwinu, *De Regno*, [w:] idem, *Dzieła wybrane*, tłum. J. Sallij, Poznań 1994.

<sup>98</sup> Ibidem, s. 152.

<sup>99</sup> M. Pawlak, *Państwo i Kościół w myśli św. Tomasza z Akwinu i Marsyliusza z Padwy*, „Rocznik Tomistyczny” 2015, nr 4, s. 173-174.

<sup>100</sup> Tomasz z Akwinu, *De Regno...*, s. 153.

<sup>101</sup> Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. P. Bełch, Londyn 1963, 1-2, zag. 96 art. 2.

<sup>102</sup> Ibidem.

<sup>103</sup> Ibidem, zag. 91 art. 4.

prawo wieczne, naturalne, ludzkie, boskie, a istnienie ostatniego z nich uzasadniane jest przez niego między innymi koniecznością ogarnięcia (boską) jurysdykcją wewnętrzną sfery człowieka. Ponadto, powołując się na myśl biskupa Hippony, stwierdza św. Tomasz, że „prawo ludzkie nie zdoła ukarać i zwalczyć wszelkiego pojawiającego się zła, bo ta jego woła wyplenienia wszelkiego zła miałyby i ten ujemny skutek, że zginęłyby wiele (wspaniałych) dóbr, a i pożytek dobra wspólnego doznałby przeszkody, a dobro to jest nieodzowne do należytego obcowania ludzi między sobą. Żeby więc żadne zło nie pozostało bez kary i zakazu, konieczne było wejście prawa Boskiego, które by zakazało wszystkich grzechów”<sup>104</sup>.

Kolejny czynnik ograniczający wszechwładztwo ludzkiego prawa wynika z zamiarów, ze względu na które jest ono ustanawiane, a zatem prowadzenia ludzi do cnoty nie od razu, lecz stopniowo (albowiem tępienie wszystkich wad i występków bez wcześniejszego przygotowania doprowadziłoby niedoskonałych w cnotcie do „jeszcze gorszego zła”<sup>105</sup>), oraz budowania dobra wspólnego (ponieważ „prawo ludzkie nie nakazuje spełniać wszystkich uczynków wszystkich cnót, ale tylko te uczynki, które mogą służyć dobru wspólnemu: albo bezpośrednio, gdy wykonuje się coś służącego wprost dobru wspólnemu, albo pośrednio, gdy prawodawca nakazuje coś, co należy do dobrego wychowania”<sup>106</sup>).

Widać więc wyraźnie, iż Tomasz dokonał modyfikacji prawnohistorycznej koncepcji Arystotelesa, stawiając legislacji pewne granice, choć, wbrew pojawiającym się niekiedy interpretacjom<sup>107</sup>, zdaje się, że nie odszedł jednak od jej zasadniczego sensu<sup>108</sup>. Pomimo nałożonej limitacji prawo nadal ma bowiem kierować na drogę cnoty, również skądinąd za pomocą siły przyzwyczajania<sup>109</sup>. Z kolei kary za nieprzestrzeganie słusznych moralnie przepisów mają w pierwszej kolejności charakter edukacyjny, następnie zaś restryktywny oraz, w niektórych przypadkach, eliminujący<sup>110</sup>. W tym ujęciu państwo pojmowane jest w sposób organiczny, jako twór porównywalny do ciała człowieka, w którym każda z części partycypuje w większej, rozumnie skonstruowanej

---

<sup>104</sup> Ibidem

<sup>105</sup> Ibidem, zag. 96 art. 2.

<sup>106</sup> Ibidem, zag. 96 art. 3.

<sup>107</sup> J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Nowy Jork 1990, s. 341-342.

<sup>108</sup> Tak R. George, *Making...*, s. 28; zob. też J. Budziszewski, *Commentary on Thomas Aquinas's Treatise on Law*, Cambridge 2014, s. 359-379.

<sup>109</sup> Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. P. Bełch, Londyn 1963, 1-2, zag. 95 art. 1.

<sup>110</sup> M. Łuszczńska, *Punishment as medicina peccatoris. Reflections on Capital Punishment in St. Thomas Aquinas' Doctrine*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius” 2018, nr 1, s. 100.



całości, a jej niewłaściwe funkcjonowanie zakłócić może prawidłową działalność układu<sup>111</sup>.

Dla niniejszych rozważań istotny pozostaje także sposób, w jaki Tomasz rozwiązuje napięcie pomiędzy uniwersalizmem płynącym z prawa naturalnego a partykularyzmem wspólnot i ich lokalnych zwyczajów, do których to przecież prawo ludzkie, jak zaznaczono powyżej, winno być dostosowane<sup>112</sup>. Otóż wywody płynące z prawa naturalnego mogą zostać uzyskane w dwojaki sposób: jako wnioski z ogólnych zasad lub jako uszczegółowienie. Dzięki pierwszej metodzie wiemy generalnie, że ten, kto zgrzeszył, powinien otrzymać karę (jest to, jak się zdaje, bezpośrednie oddziaływanie prawa naturalnego na prawo pozytywne). Natomiast uszczegółowienie polegać ma na doprecyzowaniu rodzaju kary, co pozostaje w ostateczności w gestii władzy ludzkiej (oddziaływanie pośrednie). Przy dokonywanej przez władzę konkretyzacji sankcji należy jednakże mieć na uwadze społeczne uwarunkowania i obowiązujące na danym obszarze obyczaje, co skutkować musi niejednorodnością przyjętych regulacji przy równoczesnej jedności samego prawa naturalnego. Tej ostatniej nie zaburza również okoliczność, iż w niektórych wypadkach należy raczej odejść od wynikających z prawa naturalnego reguł, obowiązujących w większości przypadków (np. nierozumnym jest zwracać depozyt osobie, która może go wykorzystać w walce przeciw ojczyźnie<sup>113</sup>), a także fakt, że prawo naturalne bywa niekiedy w społeczeństwie niewłaściwie odczytywane<sup>114</sup>. W sytuacji sprzeczności między prawem naturalnym i lokalnymi konwencjami, moc wiążącą przyznać trzeba, rzecz jasna, temu pierwszemu. Wszelkie prawo będące wytworem ludzkim (czy to spisane, czy też zwyczajowe) podlega więc ocenie wedle kryteriów prawa naturalnego, ponieważ *lex iniusta non est lex*<sup>115</sup>.

U Platona rządy prawa jawią się jako konieczność występująca w państwie drugiego rzędu; u Arystotelesa prawo nabiera wewnętrznej wartości, choć finalnie (zwłaszcza w księdze X *Etyki Nikomachejskiej*) trudno oprzeć się wrażeniu, iż nie byłoby

---

<sup>111</sup> Ibidem, s. 98.

<sup>112</sup> Na temat partykularyzmu i uniwersalizmu w kontekście nauki moralnej Tomasza z Akwinu zob. R.P. George, *Moral Particularism, Thomism, and Traditions*, „The Review of Metaphysics” 1989, vol. 42, nr 3, s. 593-605.

<sup>113</sup> Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. P. Bełch, Londyn 1963, 1-2, zag. 94 art. 4.

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> Na temat różnych interpretacji tej zasady, zwłaszcza w kontekście współczesnej szkoły prawa naturalnego, reprezentowanej przez cyt. wyżej J. Finnisa i R.P. George’a, zob. A.S. Campos, *Aquinas’s „lex iniusta non est lex”: A Test of Legal Validity*, „Archiv für Rechts und Sozialphilosophie” 2014, vol. 100, nr 3, s. 366-378.

niezbędne, gdyby nie niezdolność mas do realizacji obowiązków moralnych; z kolei u Tomasza z Akwinu nakazy prawne stanowią samoistną wartość, wchodząc tym samym w rolę przewodnika również dla ludzi o prawidłowych moralnych inklinacjach<sup>116</sup>. W dwóch miejscach swego *opus magnum* wskazuje bowiem Akwinata, że

prawo nakłada się ludziom krnąbrnym i pysznym; ma ono ich okiełznać i poskromić. Nakłada się je także ludziom dobrym; ma ono ich uczyć i tak pomóc w spełnianiu tego, ku czemu zmierzają<sup>117</sup>,

a także, że

wszelkie prawo nadane jest jakiemuś narodowi. W narodzie zaś znajdują się dwa rodzaje ludzi: jedni, jak wyżej powiedziano, są skłonni do złego; tych przykazanie prawa musi poskramiać; drudzy są skłonni do dobrego: albo z natury, albo z przyzwyczajenia, albo raczej z łaski [Bożej]; tych musi przykazanie prawa pouczać i ku lepszemu pobudzać<sup>118</sup>.

W świetle przytoczonych fragmentów stwierdzić trzeba, że prawo ze swej istoty dotyczy wszystkich członków społeczności, nie zaś jej nierozumnej lub gorszej części, w związku z czym moralny aspekt legislacji nabiera szczególnej wagi. Jest on tym ważniejszy i głębszy, że sprawiedliwość legalna, zwana również ogólną, czyli najjaśniejsza spośród cnót<sup>119</sup>, polega na tym, że „człowiek żyje w zgodzie z prawem, które podporządkowuje czynności wszystkich cnót dobru wspólnemu”<sup>120</sup>. Jeżeli zatem zajmuje ona poczesne miejsce w pantheonie cnót, tym bardziej pożądane jest, aby kultywowana była przez najlepszych spośród członków wspólnoty. Dlatego też w kontekście prawa pojmowanego jako „rozporządzenie rozumu dla dobra wspólnego nadane i publicznie obwieszczone przez tego, kto ma pieczę nad wspólnotą”<sup>121</sup> wysunąć można tezę, że moralizm Tomasza, pomimo nieabsolutnego oraz dostosowanego do społecznego potencjału wymiaru, nabiera niezwykle mocnego charakteru, wspomagającego wręcz praktykę najpiękniejszych cnót.

---

<sup>116</sup> Szczegółową i przekonującą argumentację w tym zakresie przedstawia M.M. Keys, *Aquinas, Aristotle and the Promise of the Common Good*, Cambridge 2006, s. 208-216.

<sup>117</sup> Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. P. Bełch, Londyn 1963, 1-2, zag. 98 art. 6.

<sup>118</sup> Ibidem, zag. 101 art. 3.

<sup>119</sup> Ibidem, zag. 66 art. 4.

<sup>120</sup> Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. F.W. Bednarski, Londyn 1963, 2-2, zag. 58 art. 5.

<sup>121</sup> Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. P. Bełch, Londyn 1963, 1-2, zag. 90 art. 4.

## 1.2 Prawo jako rozkaz

### 1.2.1 Lewiatan Thomasa Hobbes'a

Leo Strauss w swoich wykładach o Arystotelesie stwierdza, że czynnikiem odróżniającym starożytne pojmowanie polityki od ujęcia nowożytnego, w szczególności (choć nie tylko) przyjętego przez Thomasa Hobbesa, jest stosunek do celów przyświecających samemu istnieniu państwa<sup>122</sup>. Dla autora *Lewiatana*<sup>123</sup> człowiek jest istotą z natury społeczną, zorientowaną niemalże wyłącznie na osiągnięcie korzyści indywidualnych, i w takim też celu tworzącym strukturę państwową. Pokój, bezpieczeństwo i dobrobyt, a zatem główne wartości, wokół których skupiona jest każde państwo, dzięki Hobbesowi nabierają nowego znaczenia – nie chodzi już, jak przekonywali filozofowie z rodzaju poprzedniego, o realizację *summum bonum* i poszukiwanie zasad dobrego życia, lecz raczej o samo życie, a dosłownie – jego zachowanie. Wprawdzie czytamy w *De Cive*<sup>124</sup>, iż „dobro ludu jest najwyższym prawem”<sup>125</sup>, przy czym przez „dobro” należy rozumieć nie samo zachowanie życia w jakikolwiek sposób, ale życie szczęśliwe<sup>126</sup>, to jednak dokładniejsza analiza pozwala na dostrzeżenie przepaści dzielącej *eudaimonię* i cnotliwe życie w *polis* a szczęście „Hobbesowskie”. W myśl drugiej z tych koncepcji ludzkie dobra doczesne dzieli się zasadniczo na cztery rodzaje: 1) obrona obywateli przed wrogiem zewnętrznym; 2) zachowanie pokoju wewnętrznego; 3) bogacenie się obywateli; 4) korzystanie przez nich z wolności, gdzie jest ona nieszkodliwa<sup>127</sup>. Jest to dość skromna lista warunków, których całościowe nawet spełnienie u Arystotelesa nie wystarczyłoby na zawiązanie państwa w ścisłym znaczeniu. Jak natomiast zobaczymy, tezy Hobbesa będą miały niebagatelne znaczenie dla rozwoju legislacji w jej liberalnej odsłonie.

Pojawiający się wraz z Hobbesem postulat państwa neutralnego rozpatrywać można z dwóch perspektyw. W świetle pierwszej, opisywanej przez Carla Schmitta (u którego nietrudno skądinąd zauważyć inspiracje Hobbesem<sup>128</sup>), prawo państwa ukształtowanego w warunkach nowoczesności pozbawione musi być wszelkich subiektywnych treści, w tym również dogmatów religijnych czy głębszych prawnych

---

<sup>122</sup> L. Strauss, *Wykłady o Polityce Arystotelesa*, „Kronos” 2012, nr 2, s. 53- 54.

<sup>123</sup> T. Hobbes, *Lewiatan*, tłum. C. Znamierowski, Warszawa 2009.

<sup>124</sup> T. Hobbes, *O obywatelu*, [w:] idem, *Elementy filozofii*, tłum. C. Znamierowski, Kraków 1956.

<sup>125</sup> Ibidem, s. 381.

<sup>126</sup> Ibidem, s. 383.

<sup>127</sup> Ibidem, s. 384.

<sup>128</sup> A. Wielomski, *Geneza antropologii politycznej Carla Schmitta*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2017, nr 1, s. 88-89.

uzasadnień, a jego ważność zależna powinna być wyłącznie od pozytywnego określenia jego treści przez właściwy aparat państwowy w drodze rozkazów przybierających formę norm<sup>129</sup>. Podejście to w nietrudny do spostrzeżenia sposób łączy się ze słynną formułą *Auctoritas non veritas facit legem*, Hobbesa koncepcją suwerenności, jego pozytywizmem prawniczym oraz reinterpretacją pojęcia prawa naturalnego<sup>130</sup>. Odtąd wywodzone jest ono z podstawowej zasady samozachowania jednostki, nie zaś jakichś niezależnie istniejących obowiązków, nawet pochodzenia boskiego. Z kolei przeciwko jurystom pragnącym widzieć prawo jako byt występujący niekiedy obok, wbrew albo ponad wolą suwerena, wyrażoną w postaci rozkazu, najdobitniej Hobbes występuje w swym ostatnim, nieco zapomnianym dziele – *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*<sup>131</sup>. Przedmiotem krytyki pozostaje tu zwłaszcza myśl Edwarda Coke’a, głównego reprezentanta tradycji *common law*, która to – jak zaznacza jeden z rozmówców w dialogu, utożsamiany rzecz jasna z Hobbesem – błędnie traktuje ustawy jako filozofię, podczas gdy w rzeczywistości są one tylko „rozkazami lub zakazami, które powinny być przestrzegane”<sup>132</sup>. Prawo to zatem „rozkaz tego lub tych, którzy posiadają suwerenną władzę, dany tym, którzy jemu lub im podlegają, ogłaszający publicznie i wyraźnie, co każdy z nich może czynić i od czynienia czego musi się powstrzymać”<sup>133</sup>. Prawo nie może być niesprawiedliwe, albowiem to właśnie ono rozstrzyga o kwestii sprawiedliwości. Co więcej, zasadniczo to nie prawo winno być oceniane w odniesieniu do zewnętrznych kryteriów i wartości, lecz odwrotnie – prawo pierwotnie ustala, a także niekiedy zmienia wartość ludzkich czynów. Niektóre bowiem czyny „dobre same w sobie poprzez prawo stanowione mogą stać się grzechem; tak jak gdyby ustawa miała zakazać dawania jałmużny zdolnemu do pracy [*strong and sturdy*] żebrakowi, taka jałmużna, po tej ustawie, byłaby grzechem, ale nie wcześniej”<sup>134</sup>. W takim sensie neutralność prawa i państwa objawia się w oddzieleniu metafizycznego pojęcia prawdy lub wartości od samego rozkazu<sup>135</sup>. Roszczenia do publicznego uznania innych niż wyrażonych w normach prawnych-rozkazach „sprawiedliwości”, „prawd” lub

---

<sup>129</sup> C. Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*, tłum. G. Schwab, Londyn 1996, s. 44.

<sup>130</sup> L. Strauss, *Natural Right and History*, Toronto 1965, s. 179 i nast.

<sup>131</sup> T. Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Londyn 1839.

<sup>132</sup> *Ibidem*, s. 24.

<sup>133</sup> *Ibidem*, s. 26.

<sup>134</sup> *Ibidem*, s. 37.

<sup>135</sup> C. Schmitt, *The Leviathan...*, s. 45.

„praw rozumu” zakończyć musi się wojną wszystkich ze wszystkimi. Dlatego też należy je zawczasu odrzucić, oddając się tym samym pod wyłączną opiekę suwerena.

Co jednakże istotne z prawnomoralistycznego punktu widzenia, neutralność państwa w drugim znaczeniu, czyli powstrzymanie się od wiążącego rozstrzygnięcia o moralnie ważkich zagadnieniach, także obecna jest (choć w szczególnej i raczej załączkowej formie) w pismach Hobbesa. Swoistym paradoksem koncepcji Hobbesa pozostaje fakt, że pomimo przysługującej suwerenowi nieograniczonej władzy, dość ograniczone są wyznaczone mu cele<sup>136</sup>. Jak zauważono na początku, sprowadzają się one do zagwarantowania pokoju i bezpieczeństwa. Tomasz Tulejski stwierdza w tym kontekście, iż „Odejście od średniowiecznej wizji świata i państwa sprawia (...), że Lewiatan nie ma żadnego wyższego celu, jak Święte Cesarstwo i papieństwo, nie ma najwyższego dobra, które leży poza nim, nie ma mowy o Arystotelejskim *telos*, ma tylko powstrzymać apokalipsę stanu wojny domowej”<sup>137</sup>. Konstatacja ta znajduje potwierdzenie w analizie zadań stawianych legislacji w pracach angielskiego filozofa.

Tak zatem, już w najwcześniejszej z nich – *The Elements of Law, Natural and Politic*<sup>138</sup> – wskazano na dwa podstawowe dobra życiowe: wolność oraz dobrobyt<sup>139</sup>. Zakres wolności zostaje zakrojony szeroko, jako iż zakłada on, w przypadku niewystąpienia przeciwnej konieczności, generalny brak zakazu czynienia przez kogokolwiek czegokolwiek, co jest zgodne z prawem natury, co innymi słowami oznacza, że zasadniczo nie powinny istnieć ograniczenia wolności naturalnej<sup>140</sup>. Wyjątkowo ich wprowadzenie uzasadnione może być dobrem państwa, czyli, jak można się domyślać, jego bezpieczeństwem. Ponadto w ostatnim rozdziale opisywanego dzieła zaznaczono, że ustanowienie praw obejmujących wszystkie możliwe do wyobrażenia wypadki leży zwyczajnie poza zdolnością legislatorów, należy więc zadowolić się raczej minimalną liczbą regulacji<sup>141</sup>. Stanowisko to konsekwentnie prowadzić musi do przyznania obywatelom dużej swobody, albowiem – jak z kolei stwierdzono w *Lewiatanie* – „W wypadkach, gdzie suweren nie ustalił żadnej reguły, poddany ma wolność, by czynić

---

<sup>136</sup> J. Gray, *Post-Liberalism: Studies in Political Thought*, Nowy Jork 2006, s. 9.

<sup>137</sup> T. Tulejski, *Behemot przeciwko Lewiatanowi – Thomas Hobbes o naturze rebelii*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2019, nr 1, s. 40.

<sup>138</sup> T. Hobbes, *The Elements of Law, Natural and Politic*, Cambridge 1928.

<sup>139</sup> *Ibidem*, s. 101.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> *Ibidem*, s. 106-107; Q. Skinner, *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge 2008, s. 119-120; P. Pettit, *Liberty and Leviathan, Politics, Philosophy & Economics* 2005, nr 4, s. 144.

czy też nie czynić zgodnie ze swym własnym sądem o rzeczach”<sup>142</sup>. Hobbes pisze nawet o obowiązującej w niektórych państwach „wolności posiadania wielu żon”<sup>143</sup>, nie widząc w niej apriorycznie zła wymagającego interwencji legislacyjnej.

Analogiczne fragmenty odnaleźć można także w *De Cive*, w którym to oprócz argumentu z niemożności objęcia pozytywnymi regulacjami większości ludzkich działań również pojawia się twierdzenie o dobru płynącym z nieszkodzącej państwowemu pokojowi indywidualnej wolności. Podkreślone w szczególności zostaje, że „niezgodne z obowiązkiem tych, którzy rozkazują i mają władzę ustanawiania praw, jest przede wszystkim to, iżby było więcej praw, niż to z konieczności jest potrzebne dla dobra obywateli i państwa. Co mają czynić, a czego nie czynić, ludzie zazwyczaj rozstrzygają raczej swym rozumem przyrodzonym niż na podstawie znajomości praw”<sup>144</sup>. Obowiązek poszanowania przysługującej każdemu wolności, będącej warunkiem osiągnięcia szczęścia przez obywatela, okazują się ważnym ograniczeniem wszechpotężnej – jak by się mogło zrazu wydawać – władzy suwerena<sup>145</sup>.

Rozważania te prowadzą ostatecznie do sformułowania w *Lewiatanie* koncepcji dobrego prawa. Nie chodzi tu jednak, jak u Akwinaty, o prawo sprawiedliwe, ponieważ – jak zaznaczono wyżej – dla Hobbesa pojęcie prawa niesprawiedliwego w ogóle nie istnieje<sup>146</sup>. Dobre prawo natomiast musi być przede wszystkim korzystne dla ludu oraz łatwo zrozumiałe, tzn. dla wszystkich jasna powinna być intencja, którą kierował się ustawodawca przy jego wprowadzaniu<sup>147</sup>. Co także istotne, filozof ponownie stwierdza konieczność ograniczenia zasięgu prawa, pisząc, że „rzeczą praw (które nie są niczym innym niż regułami postępowania uznanym przez władzę) nie jest odejmować ludziom wszystkie ich działania zależne od ich woli, lecz kierować nimi i utrzymywać ich w takim ruchu, iżby sami nie czynili sobie krzywdy swymi porywczymi pragnieniami, nieopatrznością czy też brakiem rozwagi; podobnie stawia się płoty nie dlatego, iżby zatrzymywać podróźnych, lecz żeby utrzymać ich w ruchu w pewnym kierunku. Prawo więc, które nie jest niezbędne i nie odpowiada pewnej potrzebie, nie jest dobrym prawem, jako że nie ma tego celu, jaki winno mieć prawdziwe prawo”<sup>148</sup>. W innym miejscu naucza

---

<sup>142</sup> T. Hobbes, *Lewiatan...*, s. 306.

<sup>143</sup> Ibidem

<sup>144</sup> Ibidem, s. 395.

<sup>145</sup> L. May, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford 2013, s. 38-42, 125-132.

<sup>146</sup> T. Hobbes, *Lewiatan...*, s. 431-432.

<sup>147</sup> Ibidem, s. 432.

<sup>148</sup> Ibidem.

Hobbes, że celem praw jest ograniczenie naturalnej wolności człowieka, bez którego nie mogłoby być pokoju<sup>149</sup>. Limitacja przebiegać ma w ten sposób, iżby ludzie „nie mogli krzywdzić się wzajemnie, lecz by mogli sobie wzajemnie pomagać i łączyć się ze sobą przeciw wspólnemu wrogowi”<sup>150</sup>. Powyższe twierdzenia można skwitować konkluzją, że w państwie takim, jakie być powinno, polityka rządzących dąży do maksymalizacji zarówno bezpieczeństwa oraz pokoju, jak i wolności<sup>151</sup>.

Swoista tolerancyjność Lewiatana<sup>152</sup> ma charakter warunkowy<sup>153</sup>. W sytuacji konfliktu między prawami jednostek a bezpieczeństwem państwa wybór na korzyść tego drugiego jest bezsporny. Warto jednak zwrócić uwagę, że nawet nakładając na państwo obowiązek publicznego nauczania o właściwych doktrynach i postawach<sup>154</sup>, zmniejszając tym samym poziom tolerancji, angielski filozof równocześnie wyznacza suwerenowi ramy pożytecznego działania. W istocie u Hobbesa najważniejszym pozostaje uznanie decyzji suwerena za ostateczną instancję, będącą „sumieniem publicznym” oraz wymagającą bezwzględного posłuszeństwa, nie zaś wpływanie na poszczególne „sumienia prywatne” obywateli. W tym też objawia się drugi (obok nieobejmowania swoim zakresem całości ludzkiej aktywności) aspekt inherentnej dla prawa niemożności albo inaczej – jego imposybilizmu<sup>155</sup>. Prawo nie jest już więc porównywane do lekarstwa dla ludzkiej duszy; jest jedynie rozkazem konkretnego działania, regułą pożądanego postępowania. Jako takie nie powinno rozciągać swojej mocy „na same myśli i sumienia ludzi przez badanie i *inkwizycję* tego, co ludzie uważają za prawdę”<sup>156</sup>. Prywatna myśl, w przeciwieństwie do wierzeń publicznych, zależnych od decyzji suwerena, zawsze jest wolna<sup>157</sup>. Koncepcja myśli wolnej, ale potencjalnie (na mocy rozkazu suwerena) pozbawionej możliwości publicznej ekspresji nie wydaje się szczególnie atrakcyjna<sup>158</sup>. Niemniej jednak spostrzeżenie to nie unieważnia przyjętej tu z aprobatą tezy Straussa<sup>159</sup> o minimalnych celach państwa według Hobbesa, której

---

<sup>149</sup> Ibidem, s. 354.

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford 2012, s. 97.

<sup>152</sup> J.J. Owen, *The Tolerant Leviathan: Hobbes and the Paradox of Liberalism*, „Polity” 2005, vol. 37, nr 1, s. 130-148.

<sup>153</sup> A. Ryan, *A more tolerant Hobbes?* [w:] S. Mendus (red.), *Justifying Toleration*, Cambridge 1986, s. 58.

<sup>154</sup> T. Hobbes, *Lewiatan...*, s. 420.

<sup>155</sup> J. Zajadło, *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 3, s. 17-30.

<sup>156</sup> T. Hobbes, *Lewiatan...*, s. 768.

<sup>157</sup> Ibidem, s. 531-532.

<sup>158</sup> R. Forst, *Toleration in Conflict: Past and Present*, Cambridge 2013, s. 195-196.

<sup>159</sup> L. Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes*, Chicago 1963, s. 152-154.

trafność najlepiej widać w zestawieniu z wychowawczą rolą *polis* u Arystotelesa. Po wtóre pamiętać trzeba, iż dla autora *Lewiatana* wszelkie regulacje prowadzić powinny jedynie do utrzymania społecznego pokoju<sup>160</sup>, nie zaś do osiągnięcia moralnej perfekcji<sup>161</sup>. W tym sensie wizja Hobbesa jest dla liberalnej myśli prawniczej wręcz pionierska.

### 1.2.2 Utylitaryzm Jeremy'ego Benthama

Przedstawiony wyżej liberalny aspekt filozofii polityczno-prawnej Hobbesa, choć w gruncie rzeczy rewolucyjny, przyćmiewany jest w ogólnym odbiorze przez jego absolutystyczną stronę. Nieco bardziej docenia się drugiego z pionierów pozytywizmu prawniczego – Jeremy'ego Benthama. Dla niego również, podobnie jak u Hobbesa, prawo (takie, jakie jest) to wyłącznie zbiór znaków oznajmiających wolę powziętą lub przyjętą przez danego suwerena<sup>162</sup>, wszelkie zaś odwołania do prawa naturalnego (tu akurat inaczej niż u Hobbesa<sup>163</sup>) są jedynie dyrdymałami<sup>164</sup>. Tym natomiast, co charakteryzuje myśl Benthama w odniesieniu do prawa takiego, jakie być powinno, jest jego niebywała konsekwencja w aplikacji reguły utilitaryzmu. Wszelkie prawne regulacje, aktualnie obowiązujące bądź dopiero planowane, poddawane są przez niego testowi, którego rozstrzygającym kryterium pozostaje to, czy wspomagają one uzyskanie „jak największego szczęścia dla jak największej liczby ludzi”. Szczęście polega na powiększaniu przyjemności (niezależnie od ich rodzaju) i zmniejszaniu przykrości. To podejście, w połączeniu z reformatorskim zacięciem Benthama, skutkuje radykalną krytyką konkretnych prawnych rozwiązań przyjętych we współczesnym mu świecie.

W kontekście wzajemnych relacji między legislacją i moralnością poczynić należy dwie ważne uwagi. Przede wszystkim warto odnotować, że autor *Wprowadzenia do zasad moralności i prawodawstwa*<sup>165</sup> otwarcie występuje przeciwko tzw. zasadzie sympatii i antypatii, w myśl której czyny zasługują na aprobatę lub dezaprobatę „nie ze względu na ich tendencję do wzmożenia lub zmniejszenia szczęścia (...), lecz po prostu

---

<sup>160</sup> T. Hobbes, *Lewiatan...*, s. 264.

<sup>161</sup> D. van Mill, *Liberty, Rationality, and Agency in Hobbes's Leviathan*, Nowy Jork 2001, s. 189.

<sup>162</sup> „A law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject to his power”, J. Bentham, *Of Laws in General*, Londyn 1970, s. 1.

<sup>163</sup> Na temat Benthama i Hobbesa zob. J.E. Crimmins, *Bentham and Hobbes: An Issue of Influence*, „Journal of the History of Ideas” 2002, vol. 63, nr 4, s. 677-696.

<sup>164</sup> Bentham prawa naturalne określał mianem „*Nonsens upon stilts*”.

<sup>165</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, tłum. B. Nawroczyński, Kraków 1958.



dlatego, że ktoś jest usposobiony do tego, aby je pochwalić lub ganić”<sup>166</sup>. Nie jest ona, inaczej niż zasada ascetyzmu<sup>167</sup>, przeciwieństwem zasady użyteczności, jako iż w praktyce w wielu przypadkach może zachodzić między nimi indycentalna zgodność. Niemniej jednak zasługuje na bardziej wnikliwą niż ascetyzm analizę, ponieważ – jak utrzymuje Bentham – ma faktycznie największy wpływ na sprawy państwowe<sup>168</sup>. Będzie miała ona również swoje znaczenie dla rozważań prowadzonych w dalszych rozdziałach niniejszej pracy.

Nietrudno zauważyć, że antypatia – czy to występująca w społeczeństwie czy też u samego prawodawcy – jest wyrazem jakiejś, choćby nawet nieracjonalnej, moralności i znajduje swoje odzwierciedlenie w obowiązujących ustawach. Przyjmując tę perspektywę, trzeba uznać Benthama za orędownika uwolnienia prawa od więzów regulacji wymuszających podporządkowanie obywateli moralności opartej o przekonania społeczne lub religijne<sup>169</sup>. Najbardziej dobitnym potwierdzeniem powyższego jest krytyka, jaką przeprowadził Bentham w stosunku do ustawodawstwa karnego traktującego homoseksualizm w kategorii przestępstwa. O potęgę społecznej antypatii świadczy z kolei fakt, że dzieło *Offences Against One's Self*<sup>170</sup>, zawierające tę krytykę, nie zostało opublikowane za życia autora.

Angielski utilitarysta jest bodaj pierwszym w historii myślicielem występującym przeciwko karaniu homoseksualizmu (sam Bentham używa słowa „pederastia”<sup>171</sup>), a ujmując rzecz szerzej – czynów nieprzynoszących ubytku dla szczęścia niezaangażowanych w nie osób. Generalną regułą utilitarnej legislacji powinno być więc pozostawienie jak największej swobody jednostkom we wszystkich sprawach, w których mogą „wyrządzić szkodę nikomu innemu, jak tylko sobie”<sup>172</sup>. Zgodnie bowiem z założeniami Benthama, każda jednostka dąży do maksymalizacji swego szczęścia, sama najlepiej wiedząc, czym ono w istocie jest (co, warto zauważyć, nie stoi na przeszkodzie,

---

<sup>166</sup> Ibidem, s. 34.

<sup>167</sup> „Przez zasadę ascetyzmu rozumiem tę zasadę, która, podobnie jak zasada użyteczności, ocenia każdy czyn zależnie od ujawnianej przezeń tendencji do pomnożenia lub zmniejszenia szczęścia obchodzącej nas strony, ale w odwrotny sposób. Zasada ascetyzmu bowiem pochwała czyny, jeśli zmierzają do zmniejszenia szczęścia, a gani je, jeśli zmierzają do jego pomnożenia”, ibidem, s. 28.

<sup>168</sup> Ibidem, s. 34.

<sup>169</sup> D. Lyons, *In the Interest of the Governed a Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, Oxford 2003, s. 58.

<sup>170</sup> J. Bentham, *Offences Against One's Self*, „Journal of Homosexuality” 1978, vol. 3 nr 4, vol. 4 nr 1, s. 389-405.

<sup>171</sup> Ibidem, s. 389.

<sup>172</sup> J. Bentham, *Theory of Legislation*, Londyn 1863, s. 63.

by zadaniem legislatora także było osiągnięcie jak największego szczęścia największej liczby ludzi<sup>173</sup>). Niekiedy jednak interesy jednostki i społeczeństwa (czyli agregatu pozostałych jednostek) wchodzą w konflikt<sup>174</sup> – stąd nieodzowność kary. Jej wysokość – jak szacuje filozof – powinna przeważać nad wartością zysku płynącego z przestępstwa<sup>175</sup>. Natomiast wspomniane wcześniej szkody wywołane przestępstwem mogą być dwojakiego rodzaju: pierwotne, tzn. ponoszone przez poszkodowaną osobę i osoby z nią bezpośrednio związane; oraz wtórne, tzn. wynikające z cierpienia (obawy) lub niebezpieczeństwa ponoszenia przez innych członków społeczeństwa szkód podobnych do szkody pierwotnej<sup>176</sup>.

Aplikując te mierniki do zakazów czynów homoseksualnych, stwierdzić należy, że Bentham nie znajduje najmniejszych powodów, by je dłużej utrzymywać. Aktywność ta bowiem, o ile jest wykonywana przez wyrażających na nią zgodę partnerów, nie może skutkować przykrością, a wręcz przeciwnie – rozbudza przyjemności, zazwyczaj niemałego kalibru. Jednocześnie nie wzbudza ona żadnej obawy lub niebezpieczeństwa, jako iż biorący w niej udział czynią to zupełnie dobrowolnie. Jedyłą więc podstawą karania homoseksualistów okazuje się być arbitralna antypatia, podjudzana nierzadko przez religię i filozofię<sup>177</sup>. Poza zasadą utilitaryzmu widzi zatem Bentham pole dla despotyzmu antypatycznych opinii: „Na zasadach monarchicznych suweren miałby prawo karać każdego człowieka, którego nie lubi; na zasadach demokratycznych każdy człowiek, a przynajmniej większość każdej społeczności, miałaby prawo karać każdego człowieka bez lepszego powodu”<sup>178</sup>. W zdrowym społeczeństwie panować powinna więc „wolność gustów”<sup>179</sup> oraz ich równość w każdej dziedzinie. Nie ma bowiem „gustu, który zasługuje na miano *dobrego*, chyba że jest to gust dotyczący takich czynności, które dla przyjemności rzeczywiście przez nich wytworzonych łączą się z jakąś zależną lub przyszłą użytecznością; nie ma gustu, który zasługuje na określenie mianem *złego*, chyba że jest to gust dotyczący jakiejś czynności, której tendencja jest szkodliwa”<sup>180</sup>.

---

<sup>173</sup> P. Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford 2006, s. 50.

<sup>174</sup> J. Brenton Stearns, *Bentham on Public and Private Ethics*, „Canadian Journal of Philosophy” 1975, nr 4, s. 587-588.

<sup>175</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie...*, s. 248.

<sup>176</sup> *Ibidem*, s. 215.

<sup>177</sup> J. Bentham, *Theory...*, s. 4-10.

<sup>178</sup> J. Bentham, *Offences Against One's Self*,

<http://www.columbia.edu/cu/lweb/eresources/exhibitions/sw25/bentham/> (dostęp: 12.02.2022).

<sup>179</sup> M. Quinn, *Jeremy Bentham on Liberty of Taste*, „History of European Ideas” 2017, nr 6, s. 614-627.

<sup>180</sup> J. Bentham, *Rationale of Reward*, Londyn 1825, s. 208.

W tym miejscu można jednakże zastanowić się nad uniwersalnością tych propozycji. Otóż na przykładzie homoseksualizmu widać, że prowadzenie polityki karnej w sferze prywatności paradoksalnie zwiększać będzie ogólny poziom szczęścia w niektórych społeczeństwach (np. takich, w których dominują krytyczne albo nietolerancyjne poglądy na zjawisko homoseksualizmu). W takiej sytuacji zasada utilitaryzmu rozpatrywana może być z dwóch perspektyw: użyteczności abstrakcyjnej (uniwersalnej), czyli niezastosowanej do konkretnych uwarunkowań społecznych, i użyteczności „czystej” (partykularnej), wliczającej w kalkulacje tego rodzaju warunki<sup>181</sup>. Bentham przekonuje, że wszelkie przyjemności uzyskane w wyniku realizacji zasady antypatii nie są mimo wszystko uzasadnione na gruncie utilitaryzmu, albowiem stanowią one jedynie uprzedzenia i jako takie mogą zostać usunięte po rozważeniu argumentów dowodzących ich bezzasadności<sup>182</sup>. W pracy *Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*<sup>183</sup> Bentham nieco nuansuje swoje stanowisko, zauważając konieczność uwzględniania lokalnych uprzedzeń czy preferencji. W tym przypadku również jednak ostateczną instancją wydaje się być uniwersalizm – nawet za cenę chwilowych społecznych niepokojów. Nie można poświęcić szczęścia wieków dla spokoju dnia<sup>184</sup>. Podobnie w *Theory of Legislation* zaznaczono, że pomiędzy radykalną opozycją i całkowitym serwilizmem wobec lokalizmu istnieje pośrednia droga – oświecanie społeczeństwa przykładem i instrukcją, demaskującymi przesady<sup>185</sup>.

Drugą istotną uwagą jest wskazanie, iż utilitarna etyka prywatna i utilitarna legislacja do pewnego momentu idą ze sobą w parze. Zaprowadzenie generalnej szczęśliwości jawi się jako najwyższy cel dla obu<sup>186</sup>. Różnica objawia się w nieco szerszym zakresie etyki, obejmującej także czyny, wobec których bezpośrednia reakcja legislacji w postaci nakładania kar, byłaby „nieopłacalna”. Przykładowo, prowadzenie śledztw w sprawach o pijaństwo lub nierząd przyniosłoby więcej zła (choćaby w postaci fałszywych oskarżeń, rozerwania więzów rodzinnych, sympatii itp.) niż zło płynące z samego przestępstwa<sup>187</sup>. Ponadto we wszystkich podobnego gatunku sprawach

---

<sup>181</sup> M. Quinn, *Popular Prejudices, Real Pains: What Is the Legislator to Do When the People Err in Assigning Mischief?*, [w:] X. Zhai, M. Quinn (red.), *Bentham's Theory Of Law and Public Opinion*, Cambridge 2014, s. 70-78

<sup>182</sup> Tak, z krytycznym komentarzem, J.R. Fitzpatrick, *Starting with Mill*, Londyn 2010, s. 134.

<sup>183</sup> J. Bentham, *Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*, [w:] idem, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1, Indianapolis 2011, s. 363-402.

<sup>184</sup> Ibidem, s. 381.

<sup>185</sup> J. Bentham, *Theory...*, s. 77.

<sup>186</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie...*, s. 422.

<sup>187</sup> Ibidem, s. 431.

człowiek przeważnie nie dopełnia obowiązku względem siebie samego, nie maksymalizując swego własnego szczęścia, z powodu „pewnego braku orientacji” albo „mylnego przypuszczenia co do okoliczności, od których zależy jego szczęście”<sup>188</sup>. Wiedzy o tychże szczególnych okolicznościach nie musi jednakże posiadać również prawodawca, wobec czego i jemu często trudno będzie wprowadzić regulacje zwiększające poziom szczęścia. Dlatego też „Mało jest takich wypadków, gdzieby było wskazane karać kogoś za szkodę wyrządzoną samemu sobie (...)”<sup>189</sup>. Nie jest to więc ograniczenie tkwiące w prawie jako takim (ono bowiem może i powinno kierować jednostkę na drogę utylitarystycznie rozumianego szczęścia), lecz w niewszewchwiejącym legislatorze.

Oceniając powyższe w kontekście liberalnej myśli prawniczej, docenić trzeba przede konsekwencję i jasność w krytyce konkretnych obowiązujących regulacji prawnych. W niniejszym rozdziale przedstawiona została ona na przykładzie kryminalizacji homoseksualizmu, choć odnieść ją można do wielu innych zakazów mających swoje źródło w tradycyjnej antypatii. Wskazać można również chociażby na Benthama obronę instytucji lichwy<sup>190</sup>. Tym niemniej, nie należy zapominać, że utylitarne konkluzje nie są wcale oparte na niepodważalnych fundamentach. Każda właściwie swoboda przyznana jest jednostce pod warunkiem, że nie prowadzi do zmniejszenia ogólnego szczęścia. To wyłącznie prognoza zwiększenia szczęścia jest uzasadnieniem obywatelskich uprawnień. Do tego tematu wrócimy jeszcze w dalszych deliberacjach.

### 1.2.3 John Austin i teza o (nie)rozdzielności

Czytelnika mającego po raz pierwszy styczność z dziełem *The Province of Jurisprudence Determined*<sup>191</sup> zaskakiwać może to, ile miejsca poświęca John Austin analizie związków prawa ludzkiego z prawem Boskim. Wbrew obiegowym opiniom takie konotacje są u Austina kluczowe. Słusznie wskazuje Krzysztof Dybowski, że „W podręcznikowych opracowaniach wyrażany jest pogląd, iż J. Austin jest twórcą indyferentnej moralnie teorii prawa. Rozkaz widziany jest jako jądro tej koncepcji, prawo natomiast nie podlega wartościowaniu”<sup>192</sup>. Dodajmy, że jest to pogląd niesłuszny. Dla prawnego moralizmu Austin okazuje się być przypadkiem szczególnym. Jak starano się

---

<sup>188</sup> Ibidem, s. 430.

<sup>189</sup> Ibidem, s. 433.

<sup>190</sup> J. Bentham, *A defence of usury; showing the impolicy of the present legal restraints on the terms of pecuniary bargains*, Londyn 1787.

<sup>191</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge 2007.

<sup>192</sup> K. Dybowski, *Utylitarystyczna filozofia prawa Johna Austina*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 3, s. 66.

dowieść w poprzednich rozważaniach, pierwsi pozytywiści twierdzili, iż prawo takie, jakie jest, jest wyrazem woli suwerena, niezależnie od jego wartości moralnej, a jednocześnie prawo takie, jakie być powinno, nie zajmuje się wymuszaniem konkretnej wizji moralności, pozostawiając duży zakres swobody jednostkom. Tymczasem teza o rozdziale prawa i moralności w ujęciu Austinowskim dotyczy tylko pierwszego z przedstawionych twierdzeń.

Oczywiście, pogląd, że prawo ludzkie nie jest prawem gdy sprzeciwia się prawu Boskiemu, Austin uważa za „zupełny nonsens”, czego dowodem jest chociażby faktyczne stosowanie najbardziej nawet szkodliwych praw przez sądy<sup>193</sup>. Natura prawa w ostateczności sprowadza się do kwestii faktów – nawyku posłuszeństwa większości danego społeczeństwa wobec suwerena oraz strachu odczuwanego przed niewykonaniem jego rozkazu (strachu przed sankcją zabezpieczającą rozkaz)<sup>194</sup>. Prawo jest więc rozkazem, które wiąże osobę lub osoby<sup>195</sup>.

Powyższe oznacza jednakże jedynie realistyczną<sup>196</sup> i chłodną ocenę prawa pozytywnego, nie zaś nihilistyczny postulat, za jaki czasem uważa się teorię Austina. Prawdziwym postulatem wysuwany przez niego jest bowiem „teologiczny utilitaryzm”<sup>197</sup>. Zakłada on, pomimo rozdzielności pojęciowej, istnienie „licznych i nierozzerwalnych”<sup>198</sup> więzi między prawem a moralnością. Teologiczna wersja utilitaryzmu, w odróżnieniu od jej bezprzedmiotnikowej poprzedniczki, oparta jest wprost o *nomen omen* prawo Boskie. To ono stanowi główny punkt odniesienia dla pozytywnego prawa ludzkiego<sup>199</sup>. Austin wyraźnie sympatyzuje z ideą, że wszystkie prawa będące dziełem człowieka powinny pozostawać w zgodności z prawami Bożymi<sup>200</sup>. Podobnie państwowy suweren, jakkolwiek nieograniczony żadnym wyższym ludzkim prawem pozytywnym, podlega zasadom moralności<sup>201</sup>.

---

<sup>193</sup> J. Austin, *The Province...*, s.158.

<sup>194</sup> S.L. Paulson, *Sedno idei pozytywizmu prawniczego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2012, nr 2, s. 21.

<sup>195</sup> J. Austin, *The Province...*, s. 29.

<sup>196</sup> W. Rumble, *Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence*, „Cornell Law Review” 1981, vol. 66, nr 5, s. 986-1031.

<sup>197</sup> W. Rumble, *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-century England*, Londyn 2005, s. 67.

<sup>198</sup> J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Nowy Jork 1875, s. 14, 746.

<sup>199</sup> M.S. Moore, *Four Reflections On Law and Morality*, „William & Mary Law Review” 2006-2007, vol. 48, nr 5, s. 1539.

<sup>200</sup> J. Austin, *The Province...*, s.157.

<sup>201</sup> T.F. Broden, *The Straw Man of Legal Positivism*, „Notre Dame Lawyer” 1959, nr 34, s. 532-535.

Po wtóre, dla analizy prawnego moralizmu istotna jest kategoria „moralności pozytywnej”, którą wprowadza Austin. Obejmuje ona całokształt opinii i poglądów rzeczywiście rozprzestrzenionych oraz cieszących się popularnością wśród członków danego społeczeństwa. Delimitacja pojęć prawa pozytywnego i pozytywnej moralności również nie następuje w formie całkowitej separacji. W nauce prawa odwołania do tak pojmowanej moralności mogą być niekiedy uzasadnione, „ponieważ prawo pozytywne nie jest bez niej zrozumiałe”<sup>202</sup>. Natomiast poprzez działania legislatora pozytywna moralność wraz z obowiązującymi zwyczajami powinna być „opisana, uzupełniona i skorektowana”<sup>203</sup>, a następnie opatrzona sankcją, bez której jakiegokolwiek normy postępowania nie mogą uzyskać statusu prawa w ścisłym tego słowa znaczeniu<sup>204</sup>.

Konieczność korekty moralności pozytywnej prowadzi z powrotem do prawa Bożego. Austin wielokrotnie podkreśla, że to właśnie ono stanowi rozstrzygający test tak dla prawa pozytywnego (odgórnego dzieła suwerena), jak i pozytywnej moralności (oddolnego wytworu społecznego)<sup>205</sup>. Stopień kompatybilności z prawem Stwórcy ma świadczyć o ich wartości, nie wpływa jednak na samo ich obowiązywanie. Najistotniejszym pozostaje zatem wyjaśnienie Austinowskiego ujęcia prawa Bożego. Pozwoli to także na ukazanie różnic między utylitaryzmem teologicznym a utylitaryzmem Benthama.

W swoich badaniach na temat prawa Austin zasadniczo posługuje się metodą indukcyjną, opisując zachodzące zjawiska w sposób empirycznie weryfikowalny. Tymczasem odwołania do prawa Bożego mają u niego charakter niejako aprioryczny. Zakłada on niepodważalne istnienie prawa Bożego dwojakiego rodzaju. Pierwszy typ, najważniejszy, to prawo objawione (*revealed*), tj. „fragmenty słowa Bożego: wyrażone ludziom rozkazy za pośrednictwem ludzkiego języka; wypowiedziane bezpośrednio przez Boga lub przez sługi, które posyła On, aby je rozgłosić”<sup>206</sup>. Są one ostatnią instancją wśród standardów ludzkiego postępowania, a co za tym idzie – posiadają niezależną wartość moralną<sup>207</sup>. Stanowią przy tym najjaśniejsze określenie Bożej woli, dlatego też

---

<sup>202</sup> J. Austin, *Lectures...*, s. 754.

<sup>203</sup> *Ibidem*, s. 550.

<sup>204</sup> M. Peno, *John Austin o strachu, sankcji i karze*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2017, nr 2, s. 50.

<sup>205</sup> J. Austin, *The Province...*, s. 14, 38, 111, 113.

<sup>206</sup> *Ibidem*, s. 39.

<sup>207</sup> J. B. Murphy, *Positive Divine Law in Austin*, [w:] M. Freeman, P. Mindus (red.), *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, Dordrecht 2013, s. 175.

wiążą nas bezwarunkowo. Podkreśla to również Austin, stwierdzając, że „W zakresie, w jakim prawa Boże są wyraźnie i bezsprzecznie objawione, jesteśmy zobowiązani do kierowania naszym postępowaniem według jasnego znaczenia ich terminów”<sup>208</sup>. Jednakże, pomimo umiejscowienia objawionych praw Bożych na szczycie prawnej hierarchii, niewiele ich konkretnych przykładów zostało przytoczonych przez Austina, co, chociażby w obliczu różnych interpretacji Biblii, podaje w wątpliwość rzeczywistą „jasność, wyrazność i bezsprzeczność” rozkazów Najwyższego.

Utylityzm pełni natomiast funkcję wskaźnika woli Bożej w sytuacjach, kiedy nie została ona *explicite* wyrażona. Jest to zatem rola wyłącznie subsydiarna, choć w praktyce to właśnie test użyteczności zapewne może okazać się najbardziej przydatnym narzędziem do odkrycia najwyższego prawa. Jak czytamy, nie było celem Boga bezpośrednio ujawnienie wszystkich obowiązków spoczywających na ludziach, a więc konieczne jest ich zrozumienie poprzez analizę tego, co sprzyja zwiększaniu ogólnoludzkiego szczęścia. Metoda ta nie gwarantuje całkowitego poznania prawdy, albowiem jej nieskażonym źródłem są wyłącznie wprost ogłoszone Boże rozkazy<sup>209</sup>. Tym niemniej, zapewnia ona największą zbieżność z prawdziwą moralnością i prawem, jako iż celem Najwyższego Prawodawcy „we wszystkich jego prawach i przykazaniach” jest „generalne szczęście lub dobro”<sup>210</sup>. Z góry przyjętym założeniem o kompatybilności praw Bożych z regułami utilitaryzmu Austin unika pytania o możliwy konflikt między nimi. Nietrudno przecież przywołać dziesiątki przykładów biblijnych zaleceń odnośnie do ludzkiego postępowania sprzeciwiających się etyce utilitarnej. Co więcej, nie wiadomo, dlaczego „szczęście lub dobro”, o które to dba Bóg, ma być tym samym „szczęściem lub dobrem”, o którym myślimy, gdy rozważamy skutki naszych czynów i ich użyteczność dla nas samych<sup>211</sup>. Autor *The Province of Jurisprudence Determined* abstrahuje więc od otwartego podniesienia kwestii ewentualnych różnic między objawionymi rozkazami a zasadą użyteczności, ale formułuje ostateczną rekomendację moralną: „Całe nasze postępowanie powinno kierować się zasadą użyteczności, o ile postępowanie to nie zostało określone przez Objawienie”<sup>212</sup>. *A contrario* – zasadą

---

<sup>208</sup> J. Austin, *The Province...*, s. 45.

<sup>209</sup> *Ibidem*, s. 48

<sup>210</sup> *Ibidem*, s. 45

<sup>211</sup> C. Tennant, *Utilitarianism Explained and Exemplified in Moral and Political Government*, Londyn 1864, s. 81.

<sup>212</sup> J. Austin, *The Province...*, s. 45.

użyteczność nie należy kierować się, jeżeli dane postępowanie zostało przez Objawienie wprost zdefiniowane.

Powyższe wnioski, w połączeniu z tezą, że prawa ludzkie powinny być zbieżne z prawem Bożym, dają się sprowadzić do stwierdzenia, iż zasługujące na aprobatę prawo pozytywne zawiera w sobie wszystkie bezpośrednio objawione prawa Boże, a w „nieobjawionym” zakresie prawo to pozostaje w zgodności z regułami utilitaryzmu. Dobre prawo, inaczej niż u Hobbesa, nie ogranicza się do zapewnienia pokojowej koegzystencji jednostek i bezpieczeństwa całego państwa, lecz wyznacza sobie bardziej ambitne cele. Najlepiej świadczy o tym przeprowadzony przez Austina przegląd typów rządów. Pod koniec dzieła *The Province of Jurisprudence Determined* krytykuje on opinię, jakoby sam tylko większy stopień swobody w rządach popularnie nazywanych „wolnymi” niż w rządach „despotycznych” świadczyć miał o wyższej ich wartości. Wolność jest tutaj potraktowana instrumentalnie, nie zaś jako cel sam w sobie. W tzw. „rządach wolnych” może istnieć bowiem niekorzystna „wolność od ograniczeń, które są wymagane przez dobro ogółu; i które byłyby nałożone przez rząd na swoich poddanych, gdyby wypełniał on swoje obowiązki względem Bóstwa”<sup>213</sup>. Skonstatować można zatem, iż rola legislatora u Austina bliższa jest wizji Akwinaty niż klasycznych utilitarystów i pozytywistów prawnych. To dość nieoczywiste spostrzeżenie rzuca nowe światło na utrwalone poglądy na temat relacji pomiędzy prawem a moralnością w ujęciu angielskiego jurysty.

### **1.3 Dwa liberalizmy**

#### **1.3.1 John Locke**

Podnoszone przez utilitarystycznych pozytywistów Hobbesa i Benthama tezy o konieczności wyznaczania prawu granic, jakkolwiek trudne do przecenienia, oparte są w rzeczywistości o dość chwiejne, a przynajmniej podważalne, przesłanki. Jak wskazano, myśliciele ci nie widzieli niczego apriorycznie niewłaściwego np. w poligamii, lichwie lub homoseksualizmie. Niemniej jednak zakładana przez nich swoboda jednostek w sferze moralnej nie wynika z jej wewnętrznej wartości albo szacunku dla – choćby nawet błędnych – indywidualnych wyborów obywateli, lecz jest rezultatem kalkulacji. Istnienie wszelkich wolności uwarunkowane jest zasadniczo ich nieszkodliwością z jednej strony dla pokoju oraz bezpieczeństwa państwa (Hobbes),

---

<sup>213</sup> Ibidem, s. 226.



z drugiej zaś dla ogólnoludzkiego szczęścia, mierzonego prostym bilansem radości i przykrości (Bentham). Przeciwnikowi wolności pozostaje więc udowodnienie negatywnego wpływu danych swobód na społeczny pokój czy też generalny poziom odczuwanej życiowej przyjemności, co nie jest zadaniem niemożliwym.

Współcześni liberałowie, zdając sobie sprawę z powyższych niedoskonałości, szukają innych intelektualnych tradycji. Jedną z nich prowadzi do Johna Locke'a, cieszącego się sympatią w szczególności wśród libertarian. Jego teoria własności, z pewnymi modyfikacjami, stanowi bowiem podstawę libertariańskich rozważań na temat sprawiedliwości<sup>214</sup>. Sympatię wzbudzać może ponadto jego koncepcja naturalnych i niezbywalnych praw jednostki. W kontekście analizy pojęć prawnego moralizmu i neutralności moralnej prawodawstwa myśl Locke'a również może posłużyć do otwarcia nowych perspektyw.

W *Dwóch traktatach o rządzie*<sup>215</sup> i *Liście o tolerancji*<sup>216</sup> wyróżnić można cztery główne, ściśle ze sobą powiązane argumenty przemawiające za słusnością nienarzucania przez ustawodawstwo państwowe jakiegokolwiek koncepcji moralności, oddzielenia generalnego ustawodawstwa od indywidualnych obowiązków moralnych, a w konsekwencji – za szeroką tolerancją dla różnych wrażliwości etycznych.

Po pierwsze więc, zdaniem Locke'a, tolerancja jest wartością samą w sobie. „Tolerancja w stosunku do tych, którzy w sprawach religii wyznają odmienne zapatrywania, do tego stopnia jest zgodna z Ewangelią i zdrowym rozsądkiem, że po prostu wydaje się rzeczą koszmarną, jeżeli ludziom w tak jasnym świetle mrok oczy przesłania”<sup>217</sup>. Wszak trudno znaleźć w nauce Jezusa nawołania do używania państwowego aparatu przymusu albo sił zbrojnych w celu zaszczepienia prawdziwej religii. „Bronią” tolerancji powinna zatem być „Ewangelia, nowina pokoju, świętość i wzorowość obyczajów”<sup>218</sup>. Wymóg tolerancji jest nakazem biblijnym.

Po drugie, przeciwko moralistycznej legislacji Locke wysuwa i wzmacnia zarzut, który wyłaniał się już nawet podczas analizy stanowisk Platona, Arystotelesa i Tomasza,

---

<sup>214</sup> Ł. Dominiak, *Libertarianism and Original Appropriation*, „Historia i Polityka” 2017, nr 22, s. 47.

<sup>215</sup> J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, tłum. Z. Rau, Warszawa 1992.

<sup>216</sup> J. Locke, *List o tolerancji*, tłum. L. Joachimowicz, Warszawa 1963.

<sup>217</sup> Ibidem, s. 6.

<sup>218</sup> Ibidem.

tj. zarzut dotyczący niemożliwości zadekretowania prawem moralności<sup>219</sup>. Niemożliwym jest przyjęcie jakiegokolwiek religii lub zestawu poglądów na mocy samego li tylko rozkazu prawodawcy, tym samym nie ma więc racjonalnych podstaw do podejmowania jakichkolwiek prób ustawowego umoralniania. Wysiłek taki z góry skazany jest na niepowodzenie. Na potwierdzenie powyższego stwierdza Locke, że

nikt nie może do tego stopnia zaniechać troski o własne zbawienie wieczne, żeby pod przymusem przyjmować wiarę albo obrzędy, które ustanowił ktoś inny, czy będzie to panujący, czy też poddany, z tej prostej przyczyny, że nikt, choćby i chciał, nie jest w stanie w coś wierzyć na polecenie drugiego. A właśnie na wierze polega siła i skuteczność prawdziwej i zbawiennej religii. Cokolwiek bowiem wyznajesz ustami, cokolwiek wykonujesz w zewnętrznych obrzędach, jeżeli jednak nie jesteś głęboko w sercu swym przekonany, że to zarazem jest prawdziwe i podoba się Bogu, nie tylko ci to wszystko nie pomoże do zbawienia, lecz wprost przeciwnie – zaszkodzi<sup>220</sup>.

W innym miejscu filozof powtarza tę argumentację, wskazując, że „Nikogo wbrew woli nie można zmusić do tego, żeby był zdrowy, żeby stał się bogaty. Wbrew woli nawet Bóg nikogo nie zbawi”<sup>221</sup>. Wydaje się, że Locke odrzuca też Arystotelesowską koncepcję państwowego przyzwyczajania do cnoty, choć zasadniczo mogłaby ona stanowić odpowiedź na mocną tezę o niemożliwości poprawy moralności drogą ustawową.

Po trzecie, nie widzi również Locke potrzeby stosowania reakcji prawnej w przypadku czynów nieskutkujących szkodą dla osób postronnych. Jeżeli bowiem „ktoś z prostej drogi schodzi na manowce, na własny rachunek błądzi taki nieszczęsny, tobie jednak nie wyrządza on przez to szkody. A zatem nie wolno ci złośliwie go karać, tak żeby zarazem tracił dobra życia doczesnego, na podstawie twego mniemania, że w życiu przyszłym będzie potępiony”<sup>222</sup>. Uwaga ta dotyczy tak jednostek, jak i kościołów, w tym także przyjętych w nich religijnych praktyk. Władza nie powinna oceniać ich przydatność dla kwestii zbawienia, lecz jedynie dbać o to, „żeby Rzeczpospolita nie poniosła przez to najmniejszej szkody, a niczyjemu życiu lub mieniu nie działa się krzywda”<sup>223</sup>. Szkoła

---

<sup>219</sup> T.A. Spragens, *Legislating Morality in Liberal Democracies*, [w:] A. Etzioni, D. Volmert, E. Rothschild, *The Communitarian Reader: Beyond the Essentials*, Lanham 2004, s. 55.

<sup>220</sup> J. Locke, *List...*, s. 8.

<sup>221</sup> *Ibidem*, s. 25.

<sup>222</sup> *Ibidem*, s. 17.

<sup>223</sup> *Ibidem*, s. 38.

i krzywda na życiu lub mieniu są oczywistą granicą tolerancji<sup>224</sup>. Wszystkie zaś ludzkie wady nie mają, a przynajmniej nie powinny mieć, dla legislacji żadnego znaczenia. Jak pisze Locke,

Chciwość, nieprzychodzenie drugim z pomocą w potrzebie, lenistwo i wiele innych tego rodzaju rzeczy są to w zgodnej opinii wszystkich grzechy, ale kto i kiedy uważał za rzecz konieczną, żeby urząd je tępił? O ile tylko cudzemu mieniu nie czynią szkody, o ile nie zakłócają publicznego spokoju, to nawet w tych miejscach, w których są uznawane za grzechy, nie są jednak piętnowane ani karane z mocy ustawy<sup>225</sup>.

Po czwarte, zauważyć należy, że wszystkie przedstawione twierdzenia uzasadniają ujęcie samego celu, dla którego zdaniem Locke'a powoływane jest najpierw społeczeństwo, a później państwo<sup>226</sup>. Powstają one bowiem w wyniku swobodnej umowy wolnych jednostek, „dla wzajemnego zachowania życia, wolności i majątku”<sup>227</sup>, które to filozof określa mianem „własności”. W sposób oczywisty implikuje to istnienie ograniczeń dla władzy ustawodawczej. Kompetencje legislatywy nie sięgają więc „dalej, niż nakazuje wspólne dobro”<sup>228</sup>, co oznacza, że władza jest „zobowiązana tylko do zabezpieczenia własności”<sup>229</sup> poszczególnych członków społeczeństwa. Dodaje Locke również, że obowiązkiem legislatywy, wynikającym zresztą z prawa natury i wiążącym tak jednostkę, jak i wspólnotę, jest zachowanie całego społeczeństwa<sup>230</sup>. Przypomina to nieco teorię Hobbesa, jednakże warto zwrócić uwagę, że o ile w przypadku twórcy *Lewiatana* prawodawstwo narzucające określony światopogląd mogłoby być uzasadnione na gruncie bezpieczeństwa państwa, o tyle Locke w swych dziełach przekonuje, iż największy stopień pokoju i bezpieczeństwa możliwy jest do osiągnięcia w warunkach szerokiej tolerancji, której granicę wyznacza imperatyw nieszkodzenia innym, nie zaś państwowe „sumienie publiczne”. Tolerancja jawi się więc jako najskuteczniejszy środek do zapewnienia publicznego porządku, zachowania

---

<sup>224</sup> „I tutaj na początku stawiam twierdzenie: Urząd nie powinien tolerować żadnych dogmatów przeciwnych i wrogich społeczeństwu ludzkiemu lub dobremu obyczajom, koniecznym do zachowania w dobrym stanie społeczności obywatelskiej. Ale przykłady tego rodzaju dogmatów są rzadkim zjawiskiem w każdym kościele. Żadna bowiem sekta nie waży się posuwać aż do takiego szaleństwa, żeby zalecać jako dogmaty wiary to, co w jawny sposób burzy podstawy społeczeństwa i wskutek tego potępione jest zgodnym wyrokiem rodu ludzkiego, ponieważ narażałaby wówczas swe własne interesy, swe bezpieczeństwo i dobre imię”, *ibidem*, s. 53.

<sup>225</sup> *Ibidem*, s. 40.

<sup>226</sup> A. Stępkowski, *Umowa społeczna Locke'a – spojrzenie z perspektywy prawnej*, „Studia prawno-ekonomiczne” 2014, nr 1, s. 157.

<sup>227</sup> J. Locke, *Dwa traktaty...*, § 123.

<sup>228</sup> *Ibidem*, § 131.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> *Ibidem*, § 6, § 134, § 159.

społeczeństwa oraz życia, wolności i majątku jego członków<sup>231</sup>. Wniosek ten ukazuje różnicę między Lockiem a Hobbesem ujawniającą się na gruncie analizy prawnego moralizmu<sup>232</sup>. Inną istotną różnicą jest to, że suweren w pismach Hobbesa, jako władca absolutny, nie jest związany obowiązującym prawem, natomiast Locke podkreśla nieodzowność prymatu bezstronnego prawa. Właściwie rzecz ujmując, wyróżnić można dwa ograniczenia nakładane na sprawujących władzę przez Locke'a – materialne (wyżej wymienione cele państwa i legislacji) oraz formalne (rządzenie za pomocą praw, nie zaś arbitralnych decyzji<sup>233</sup>).

Wydaje się jednak, że najmocniejszy argument przeciwko ustawodawstwu moralnemu wynika z dzieł Locke'a *implicite*. Jak wspomniano wyżej, Locke naucza, iż społeczeństwo i państwo powstały jako rezultat umowy społecznej, zgodnie z którą strony umowy przekazują część przynależnej im naturalnej władzy oraz wolności na rzecz rządzących. Co ciekawe, jest to rodzaj umowy nazwanej, której treść (a przynajmniej jej część) jest z góry ustalona, gdyż dotyczy ona zawiązania państwa nie dla dowolnie wybranych celów, lecz wprost określonego zadania, jakim jest ochrona własności jednostek. Dokładnie rzecz biorąc, według Locke'a, w przedpaństwowym stanie natury każdy człowiek oprócz wolności posiada dwie władze: władzę „czynienia wszystkiego, co uważa on za słuszne dla zachowania siebie i innych” oraz władzę „karania przestępstw”<sup>234</sup>. Obie przekazywane są w ramach umowy społecznej, przy czym pamiętać należy, że nikt nie może przekazać innemu więcej władzy, niż sam posiada<sup>235</sup>. *Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. Zasada ta ma w tym przypadku niebagatelne znaczenie, gdyż zauważyć trzeba, iż nikt nie posiada naturalnego autorytetu moralnego, który mógłby zobowiązywać inne jednostki do jakiegokolwiek

---

<sup>231</sup> Tak zdaje się argumentować R.P. Kraynak, *John Locke: From Absolutism to Toleration*, „The American Political Science Review” 1980, nr 1, s. 53-69. Tolerancja nie obejmuje jednak nietolerancyjnych katolików i ateistów, *ibidem*. s. 66.

<sup>232</sup> Jak wskazuje Z. Rau, również pojęcie samozachowania u Locke'a nabiera innego znaczenia niż u Hobbesa: „Mimo egoistycznego tenoru tego ujęcia, indywidualistyczny obowiązek samozachowania harmonizuje z ogólną Locke'owską koncepcją między uprawnieniem Boga a obowiązkiem człowieka. Zachowując swe istnienie, człowiek spełnia wolę Boga, a zatem to obiektywna wola Boga, a nie subiektywne pragnienie człowieka konstytuuje ten obowiązek. Koncepcja samozachowania [Locke'a] (...) nie wynika więc z próżni etycznej, jak na przykład u Hobbesa, ale stanowi składniki spójnego systemu moralnego. Obowiązek zachowania rodzaju ludzkiego zakłada nakaz zachowania społeczeństwa, który stanowi drugie prawo natury”, *idem*. *Umowa społeczna w doktrynie Johna Locke'a*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński (red.), *Umowa społeczna i jej krytyce w myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2010, s. 131.

<sup>233</sup> L. Halldenius, *Locke and the Non-arbitrary*, „European Journal of Political Theory” 2003, nr 2, s. 261-279.

<sup>234</sup> J. Locke, *Dwa traktaty...*, § 128

<sup>235</sup> *Ibidem*, § 135.

działania zgodnie z określoną wizją moralności. Na powstałą w wyniku umowy władzę publiczną nikt zatem nie jest w stanie owego autorytetu i uprawnień scedować. Ponadto Locke twierdzi, że każdy człowiek, poza powyższymi władzami, ma tzw. prawo do samoposiadania<sup>236</sup>, obejmujące również rzeczy niematerialne, jak np. przekonania czy poglądy<sup>237</sup>. Samoposiadanie wyklucza więc sprowadzanie jakiegokolwiek części danego społeczeństwa do roli „przedmiotu” moralnej formacji. Ewentualność taka wykluczona zostaje także przez poczynione przez Locke’a założenie o dobrowolnej umowie społecznej. Nikt bowiem dobrowolnie nie zgodziłby się na życie w państwie narzucającym siłą i prawem obce przekonania moralne<sup>238</sup>.

W konsekwencji, odnieść można wrażenie, że rozumowanie Locke’a definiuje jednostkową wolność od odgórných regulacji moralnych, nie wiążąc jej ściśle z jakimikolwiek nadrzędnymi zasadami, takimi jak chociażby zasada użyteczności. Rozwiązanie to, jak wskazano na początku, stanowi inspirację dla myśli libertariańskiej<sup>239</sup>. Michael J. Sandel słusznie stwierdza jednak, że mimo wszystko dla części współczesnych liberałów nie może ono zostać uznane za w pełni satysfakcjonujące<sup>240</sup>. W *Dwóch traktatach o rządzie* przesądzono bowiem już na wstępie o pewnej pożądanej koncepcji dobrego życia, partykularnych ludzkich celów oraz motywacji. Przyjęto istnienie obowiązków wynikających z prawa natury (między innymi obowiązku samozachowania i zachowania społeczeństwa), a także wyznaczono konkretny cel społecznego życia – ochronę własności. Z kolei, jak pisze Sandel, z deontologicznym liberalizmem nierozzerwalnie związany jest pogląd, że „są rozmaite koncepcje dobra, że nie ma nic takiego, jak jeden nadrzędny cel ludzkiego życia, że człowieka jest istotą, której cele nie są z góry wyznaczone, lecz która sama je sobie wybiera, i że dlatego społeczeństwo jest dobrze urządzone tylko wtedy, gdy pozwala ono ludziom realizować własne, najrozmaitsze cele, na warunkach określonych jako sprawiedliwe”<sup>241</sup>. Nadzieję na spełnienie tej wizji daje filozofia polityczna i prawna Immanuela Kanta.

---

<sup>236</sup> Ibidem, § 27.

<sup>237</sup> Ł. Dominiak, *Problem aksjomatyczności zasady autowłasności w filozofii politycznej libertarianizmu*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2016, nr 49, s. 44-45.

<sup>238</sup> Podobnie S. Chen, *Locke's Political Arguments for Toleration*, „History of Political Thought” 1998, vol. 19, nr 2, s. 176.

<sup>239</sup> Zob. np. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford 1999, s. 9-12.

<sup>240</sup> M.J. Sandel, *Liberalizm a granice sprawiedliwości*, tłum. A. Grobler, Warszawa 2009, s. 186.

<sup>241</sup> Ibidem, s. 186-187.

### 1.3.2 Immanuel Kant

Na pierwszy rzut oka wydawać się może, że nauka samotnika z Królewca na temat rozdziału prawa od moralności<sup>242</sup> oraz neutralności państwa jest jednoznaczna i nie budzi większych wątpliwości. Ścisłe powiązanie myśli Kanta ze współczesnym liberalizmem dokonało się zwłaszcza dzięki Johnowi Rawlsowi<sup>243</sup>. Trudno rzecz jasna odmówić zasadniczej racji liberalnej interpretacji polityczno-prawnej filozofii Kanta. Na jej potwierdzenie znaleźć można liczne dowody w samych jego dziełach. Przede wszystkim wyłania się z nich podkreślana już wielokrotnie teza o braku rzeczywistej możliwości uczynienia obywatela moralnym. Prawo i moralność należą bowiem do zupełnie różnych porządków – prawo zadowala się jedynie zewnętrzną zgodnością czynu z daną normą<sup>244</sup>, natomiast moralność dotyczy wewnętrznej sfery i woli człowieka<sup>245</sup>. Działanie zgodne z prawem w istocie może być następstwem dowolnych pobudek, choćby nawet całkowicie interesownych; z kolei czyn czysty moralnie znajduje swe źródło wyłącznie w samym szacunku dla obowiązku działania według imperatywu kategorycznego. Ten ostatni posiada następującą treść: „postępuj tylko według takiej maksymy, dzięki której możesz zarazem chcieć, żeby stała się powszechnym prawem”<sup>246</sup>. Jeżeli zatem ktoś kieruje się innymi niż szacunek dla moralnego obowiązku pobudkami, na przykład wrodzoną skłonnością do dobra albo, jak u Arystotelesa, swoistym przyzwyczajeniem, to nie spełnia wymogów prawdziwej moralności. Konieczne jest więc wyzbycie się wszelkich skłonności, uprzedzeń, nawyków, przyczyn zewnętrznych w stosunku do samego obowiązku, rozpoznanego przez rozum. Wypełnienie tego warunku nie jest oczywiście niezbędne w przypadku samej oceny zgodności czynu z prawem, abstrahującej od aspektów *stricte* moralnych.

Nauka o moralności Kanta niewątpliwie ma charakter antropocentryczny. Istnieje tylko taka moralność, którą możemy uznać w naszym rozumie na podstawie rozważań apriorycznych, niezależnych od ogółu warunków empirycznych. Podobnie rozum wysuwa pewne postulaty odnośnie do prawa państwowego. W literaturze wyróżnia się przy tym dwa cele, jakie przyświecają prawu w ujęciu Kanta, a mianowicie ochrona

---

<sup>242</sup> K. Kuźmicz, *Immanuel Kant jako inspirator polskiej teorii i filozofii prawa w latach 1918-1950*, Białystok 2009, s. 62-65.

<sup>243</sup> J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, tłum. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 2013.

<sup>244</sup> I. Kant, *Metafizyka moralności*, tłum. E. Nowak, Warszawa 2015, s. 54.

<sup>245</sup> I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, Kęty 2013, s. 11.

<sup>246</sup> *Ibidem*, s. 38.

wolności jednostki w jego ramach<sup>247</sup> oraz zaprowadzenie wiecznego pokoju<sup>248</sup>. Ewa Wyrębska-Dermanović słusznie jednak stwierdza, iż cel jest właściwie jeden. „Wedle Kantowskiej koncepcji prawa, stan pokoju i stan prawny są ze sobą tożsame. (...) Pojęcie pokoju wedle filozofa jest zatem w pierwszej kolejności pojęciem prawnym, ponieważ pokój możliwy jest wyłącznie pod panowaniem powszechnych norm. Nie bez powodu więc artykuły definitywne do wiecznego pokoju pokrywają się z działami prawa publicznego wprowadzonymi przez filozofa w jego nauce prawa. W istocie celem prawa w ogóle jest zaprowadzenie pokoju jako przeciwieństwa wojny, rozumianej jako nieunormowana przemoc”<sup>249</sup>.

Przyczyna powstania państwa w ogóle, a państwa prawnego w szczególności, znajduje się również w samym rozumie. Nie jest nią uprzednio założona konieczność moralnego uformowania obywateli albo też ochrona ich własności lub szczęścia. Samodzielnym architektem wyznaczającym powinności i cele jest tutaj ponownie ludzka racjonalność. Państwo prawa jest zaś niejako obowiązkiem, którego domaga się rozum i który powinien zostać spełniony właśnie ze względu na samego siebie, niezależnie od innych, przygodnych skutków<sup>250</sup>. Wyraźnie zaznaczono to w dziele *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*<sup>251</sup>, w którym Kant pisze, że

Ze wszystkich układów, zgodnie z którymi masa ludzi łączy się w społeczeństwo (*pactum sociale*), układ o utworzeniu ustroju obywatelskiego (*pactum unionis civilis*) jest układem tak osobliwego rodzaju, że chociaż w aspekcie wypełnienia ma on bardzo wiele wspólnego z każdym innym układem (który także nakierowany jest na jakikolwiek popierany w społeczeństwie cel), to zasady zawarcia (*constitutionis civilis*) w istotny sposób odróżniają go od wszystkich innych. Powiązanie licznych [jednostek] w jakimkolwiek (wspólnym) celu (który mają wszyscy) napotykamy we wszelkich układach społecznych; ale powiązanie tych [osób] będące celem samym w sobie (który każdy mieć powinien), zatem bezwarunkowym i pierwszym obowiązkiem w ogóle we wszelkich zewnętrznych stosunkach pomiędzy ludźmi niemogącymi się obejść bez wzajemnych na siebie wpływów – takie [powiązanie] napotykamy tylko w społeczeństwie, które znajduje się w stanie obywatelskim, tzn. stwarza wspólnotę. Cel,

---

<sup>247</sup> W. Włoch, *Relacja jednostka-państwo w wybranych nowożytnych teoriach własności*, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej” 2013, nr 58, s. 107.

<sup>248</sup> R.C.L. Moffat, *How Can Law Pave the Road to Perpetual Peace? What Law Does and What Law Does Well*, [w:] J. Miklaszewska, P. Spyszak (red.), *Kant wobec problemów współczesnego świata*, Kraków 2006.

<sup>249</sup> E. Wyrębska-Dermanović, *Filozofia prawa Immanuela Kanta. Wprowadzenie*, Łódź 2018, s. 140.

<sup>250</sup> I. Kant, *Metafizyka...*, s. 152.

<sup>251</sup> I. Kant, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, [w:] idem, *Dzieła zebrane. Tom VI*, tłum. M. Żelazny, Toruń 2012, s. 265-303.

który w takich zewnętrznych odniesieniach sam w sobie jest obowiązkiem, a także wyższym warunkiem (*conditio sine qua non*) wszystkich innych zewnętrznych obowiązków, jest prawem ludzi [podlegających] publicznym prawom przymuszającym, dzięki którym każdemu można określić to, co [pod względem prawa] należy do niego, a także zabezpieczyć go przed naruszeniem prawa przez innych<sup>252</sup>.

Ten osobliwy społeczny kontrakt opiera się na trzech filarach, także założonych *a priori*: wolności każdego członka społeczeństwa, jego równości oraz niezależności jako obywatela<sup>253</sup>. Wolność w tym rozumieniu odrzuca już na wstępie jakąkolwiek możliwość odgórnego narzucania wzorców właściwego życia, jako że „nikt nie może zmusić (...) do bycia szczęśliwym na jego sposób (tak, jak on sobie wyobraża pomyślność kogoś innego), lecz każdemu wolno poszukiwać swego szczęścia na tej drodze, która jemu samemu wydaje się najlepsza, jeśli tylko nie przynosi on przez to uszczerbku wolności innym, dążącym do podobnego celu, wolności połączonej pewnym możliwym, powszechnym prawem z wolnością wszystkich”<sup>254</sup>. Rząd paternalistyczny, traktujący swych obywateli jak dzieci, niepotrafiące podjąć żadnego indywidualnego wyboru i pasywnie wyczekujące państwowego ratunku, nazywa Kant „największym dającym się pomyśleć despotyzmem”<sup>255</sup>. W tekście *Co to jest Oświecenie*<sup>256</sup>, odpowiadając na tytułowe pytanie, myśliciel postuluje wyjście ze stanu niedojrzałości, charakteryzującego się m.in. biernością jednostek, które całkowicie podporządkowane są naukom zewnętrznych tradycyjnych autorytetów (np. duchowieństwa), nie zaś własnemu rozumowi. Natomiast w wydanej kilka lat wcześniej *Krytyce czystego rozumu*<sup>257</sup> czyni Kant wolność fundamentem deliberacji o państwie i prawie, zauważając:

urządzenie największej wolności ludzkiej wedle praw, czyniących to, iż wolność każdego może trwać równocześnie z wolnością innych, łącząc się wzajem (nie urządzenie największej szczęśliwości, gdyż ta wyniknie już sama przez się): jest przecie co najmniej ideą konieczną, którą wziąć należy za podstawę nie tylko w pierwszym zarysie ustawy państwowej, lecz także dla praw wszystkich, nie zważając przy tym z początku na obecne przeszkody, które może nie wypływają nieuchronnie tyle z natury ludzkiej, ile raczej z zaniedbania rzetelnych idei przy prawodawstwie<sup>258</sup>.

---

<sup>252</sup> Ibidem, s. 280.

<sup>253</sup> Ibidem, s. 281.

<sup>254</sup> Ibidem, s. 281-282.

<sup>255</sup> Ibidem.

<sup>256</sup> I. Kant, *Odpowiedź na pytanie, czym jest Oświecenie?* [w:] idem, *Dzieła zebrane. Tom VI*, tłum. T. Kupś, Toruń 2012, s. 45-53.

<sup>257</sup> I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, tłum. P. Chmielowski, Lwów 1904.

<sup>258</sup> Ibidem, s. 149-150.



Tożsame stwierdzenia zawarto w *Metafizyce moralności*. Według Kanta powszechne pryncypium prawa polega na uznaniu, iż „Zgodne z prawem jest każde działanie, które (lub którego maksyma) sprawia, że wolność arbitralnej woli każdego może współistnieć z wolnością wszystkich innych podług powszechnego prawa”<sup>259</sup>. Innymi słowy, należy postępować tak, ażeby nie naruszać wolności innych jednostek. Przy czym, jeżeli „moje własne działanie albo w ogóle położenie może współistnieć z wolnością każdego wedle prawa powszechnego, to każdy, kto mi w tym przeszkadza dopuszcza się w stosunku do mnie bezprawia. Przeszkody stawiane wolności są jawnym jej zaprzeczeniem, o ile czerpany z niej użytek sam nie kłóci się z powszechnymi prawami”<sup>260</sup>. Trudno więc zaprzeczyć opiniom, że koncepcja prawa Kanta ma charakter indywidualistyczny i wolnościowy, a jej źródło tkwi w prawie każdego człowieka do wolnego, moralnego decydowania o sobie samym<sup>261</sup>.

Niemniej warto zwrócić uwagę, iż w przytoczonych wyżej fragmentach wolność indywidualna ograniczona jest nie tylko wolnością drugiej jednostki, lecz również „powszechnym prawem”. Jest to warunek, na który, jak się wydaje, niedostatecznie często zwracana jest uwaga<sup>262</sup>. Tymczasem zmusza on do ponownej refleksji na temat praw, których dostarcza nam sam rozum. Otóż okazuje się, że zarówno w prawie, jak i moralności nie wystarczy jedynie respektować wolność drugiego człowieka, ale należy także – zgodnie z imperatywem praktycznym – postępować tak, by „człowieczeństwa tak w [swe]j osobie, jako też w osobie każdego innego używać zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”<sup>263</sup>. Człowiek posiada bowiem przyrodzoną godność, a co za tym idzie – postrzegany powinien być jako cel sam w sobie<sup>264</sup>. Co więcej, Kant podkreśla, iż tym, co w człowieku stanowi wartość wewnętrzną, czyli godność, jest zdolność do moralności. Jak już wspomniano, moralność nie zależy bowiem od wszelkich zewnętrznych czynników, takich jak chociażby skutek działania, wpływ środowiska, skłonności, przyzwyczajenia itp., a zatem jest godna szacunku sama w sobie. Wszystko inne posiada cenę rynkową i jest wymienialne, natomiast ludzka godność niezmiennie

---

<sup>259</sup> I. Kant, *Metafizyka...*, s. 41.

<sup>260</sup> Ibidem, s. 41.

<sup>261</sup> Ł. Świącicki, *Carl Schmitt i Leo Strauss. Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Warszawa 2015, s. 57.

<sup>262</sup> J. Finniss, *Legal Enforcement of „Duties to Oneself”*, *Kant vs. Neo-Kantians*, „Columbia Law Review” 1987, vol. 87, nr 3, s. 449-450.

<sup>263</sup> I. Kant, *Uzasadnienie...*, s. 46.

<sup>264</sup> Na temat godności zob. K. Jesiołowski, *Kantowskie pojęcie godności a współczesne prawodawstwo*, „Societas et Ius” 2017, nr 6, s. 99-113.

pozostaje bezcenną. Twierdzenia tego nie obala nawet oczywisty fakt, że empirycznie rzecz ujmując, „człowiekowi wiele brakuje do świętości”, albowiem niezależnie od tego „człowieczeństwo w jego osobie musi być dla niego święte”<sup>265</sup>. Kant konkluduje, iż „jedynie moralność i ludzkość, o ile jest zdolna do moralności, są tym, co posiada godność”<sup>266</sup>.

Obowiązek traktowania człowieczeństwa jako celu samego w sobie nie jest wyłącznie moralny, ale znajduje swoje odzwierciedlenie także w Kantowskiej nauce o prawie. W sposób bezpośredni włącza Kant ludzką godność w rozważania jurydyczne, kiedy dokonuje analizy prawa małżeńskiego. Niektóre jej fragmenty mogą z dzisiejszej perspektywy być dla wielu trudne do przyjęcia. Jak stwierdza filozof, użytek, „jaki dwoje ludzi czerpie nawzajem ze swych organów i zdolności płciowych” może być albo zgodny, albo też niezgodny z naturą. Sprzeczny z naturą użytek „zachodzi wówczas, gdy obcuja ze sobą osoby tej samej płci albo też osoba ludzka i zwierzę należące do któregoś spośród nieludzkich gatunków istot żywych. Obydwa przypadki stanowią nie tylko pogwałcenie prawa, lecz także potworny występki (*crimina carnis contra naturam*) przez to, że obrażają **człowieczeństwo w naszej własnej osobie** [wyr. K.J.]”<sup>267</sup>. Następnie kontynuuje Kant, że „Odpowiadający naturze związek dwojga płci może mieć podłoże albo czysto przyrodnicze, albo także **prawne** [wyr. K.J.]”<sup>268</sup>. Prawne podłoże wprost wykluczono w przypadku „związku niezgodnego z naturą”.

Te same uwagi odnieść można również do konkubinatu, nawet osób różnych płci. Konkubinatu „nie może być podciągany pod prawo umowne, ani też w ogóle posiadać mocy prawnej; albowiem jego istotą jest redukcja osoby do przedmiotu służącego dostarczeniu wyraźnej rozkoszy”<sup>269</sup>. Zdaniem Kanta, samo nadanie formy prawnej (na mocy prawa pozytywnego) nie zmieniłoby istoty sprawy, „gdyż człowiek tkwiący w takim układzie zmienia się nieuchronnie w rzecz; to, że pewne jego organy służą przelotnym kaprysom drugiej osoby, sprawia, że staje się on bez reszty rzeczą”<sup>270</sup>. W innym miejscu filozof przywołuje jeszcze trzy przykłady występki przeciwko

---

<sup>265</sup> I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, tłum. J. Gałęcki, Warszawa 2012, s. 144.

<sup>266</sup> I. Kant, *Uzasadnienie...*, s. 51.

<sup>267</sup> I. Kant, *Metafizyka...*, 108-109.

<sup>268</sup> Ibidem.

<sup>269</sup> Ibidem, s. 111.

<sup>270</sup> Ibidem.

człowieczeństwu: gwałt, pederastię i bestialstwo<sup>271</sup>, dodając, że „karanie ich w sposób zbyt pobłażliwy byłoby niezgodne z istotą sprawiedliwości”<sup>272</sup>.

Pomimo zatem oddzielenia sfery moralności od prawa, Kantowska legislacja wyraźnie domaga się prawnego uznania reguł wywiedzionych dzięki rozumowi oraz imperatywowi praktycznemu. Fakt, że niemożliwym jest ustawowe wymuszenie moralności *sensu stricto* (należy ona do sfery działania wolności wewnętrznej) nie pociąga za sobą zawsze braku konieczności zapewnienia zewnętrznej z nią zgodności poprzez legislację. Słuszne zasady prawne odznaczają się koniecznością *a priori* i stanowią wzorzec dla prawa państwa takiego, jakie być powinno<sup>273</sup>. Do podobnego wniosku zdaje się dochodzić George P. Fletcher w swoim artykule *Law and Morality: A Kantian Perspective*<sup>274</sup>. Zauważalne jest to zwłaszcza w akapitach, w których omawia on możliwość uznania m.in. prostytucji w prawodawstwie w perspektywie Kantowskiej. Skoro konkubinat i homoseksualizm sprowadzają się do uprzedmiotowienia człowieka i jako takie powinny zostać odrzucone, to tym bardziej odrzucić trzeba też prostytucję. Fletcher unika jednak wyciągnięcia ostatecznych konsekwencji, albowiem zauważa ewentualne trudności związane z prawnymi skutkami przyznania mocy obowiązującej imperatywowi praktycznemu. Fletcher zatrzymuje się więc konkludując, że obowiązek traktowania człowieczeństwa jako celu samego w sobie oraz wynikające z niego inne konkretne obowiązki stawiają nas przed „poważnym pytaniem o zakres, w jakim powinniśmy włączyć te istotne wartości do prawa”<sup>275</sup>. Przyznać trzeba, że Kantowskie spojrzenie na kwestię seksualności w kontekście filozofii prawa i moralności nastroczać może kłopotów przy recepcji koncepcji królewieckiego myśliciela<sup>276</sup>. Deontologiczny liberalizm Kanta prowadzi czasem do dość zaskakujących, moralistycznych wręcz, wniosków. Prawny moralizm zyskuje niespodziewanego stronnika.

---

<sup>271</sup> Ibidem, s. 218.

<sup>272</sup> Ibidem.

<sup>273</sup> I. Kant, *Metafizyka...*, s. 154.

<sup>274</sup> G. P. Fletcher, *Law and Morality: a Kantian Perspective*, „Columbia Law Review” 1987, vol. 87, nr 3, s. 533-558.

<sup>275</sup> Ibidem, s. 557. W tym kontekście zob. również A. Ripstein, *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge 2009, s. 107-144.

<sup>276</sup> K. Schaff pisze, że „Twierdzenia Kanta o związkach osób tej samej płci są wewnętrznie sprzeczne z formalną teorią moralną, którą konstruuje”, idem, *Kant, Political Liberalism, and the Ethics of Same-Sex Relations*, „Journal of Social Philosophy” 2003, vol. 32, nr 3, s. 446-447.

## 1.4 Johna Stuarta Milla zasada krzywdy

W argumentacji na rzecz neutralności prawa osobne miejsce wyznaczyć trzeba tzw. zasadzie krzywdy (szkody), zgodnie z którą:

jedynym powodem, dla którego ludzkość czy to indywidualnie, czy zbiorowo ma prawo ingerować w wolność działania swych członków, jest samoobrona, a jedyną przyczyną, dla której można prawomocnie stosować przemoc wobec członka cywilizacyjnej wspólnoty nawet wbrew jego woli, jest zapobieganie szkodzeniu innym. Własne jego dobro, tak fizyczne jak moralne, nie jest tu dostatecznym powodem. Nie można mu prawomocnie nakazać uczynienia lub zaniechania czegoś dlatego tylko, że byłoby lepiej dla niego tak uczynić, że to go uczyni szczęśliwszym, wreszcie, że w mniemaniu innych tak będzie rozumnie lub nawet słusznie<sup>277</sup>.

Jak pisze Michał Peno, zasada ta wyznacza granice wolności działania, a jej podstawową treścią jest zakaz wyrządzania drugiemu krzywdy, tj. wkraczania w sferę wolności innego człowieka w celach innych niż zapobieżenie wyrządzeniu krzywdy<sup>278</sup>. Widać więc, że jej twórca – John Stuart Mill – w sposób najbardziej bezpośredni ujął intuicję, która kiełkowała już chociażby w myśli Benthama. W kontekście niniejszych rozważań kluczowym jest podkreślenie jej znaczenia dla określenia dopuszczalnego wpływu społeczeństwa na życie jednostki. Mill bowiem afirmuje indywidualną wolność, atakując jednocześnie „opinie szerokich kręgów” z nie mniejszą siłą niż Platon. Dokładniej mówiąc, krytykowana jest przez niego nie zawsze sama „opinia publiczna” (ona może niekiedy być prawdziwa), lecz raczej nadawanie jej statusu ostatecznej i nieomyślnej instancji, według której przyjęte powszechnie reguły postępowania są słuszne nie ze względu na ich rozumność, lecz po prostu samą powszechność lub odwieczność. Skądinąd Sokrates i Jezus to dwa przywoływane przez Milla przypadki mędrców, którzy wskutek zwyczajów, popularnych poglądów, tradycji i utartych schematów myślenia ponieśli śmierć. Z punktu widzenia tych społecznych norm wyroki skazujące były zupełnie właściwe, a przy tym, jak zauważa autor *O wolności*, wydający je sędziowie „nie byli złymi ludźmi – nie gorszymi, niż ludzie zwykle bywają, lecz raczej ludźmi, którzy żywili w pełnej i więcej niż pełnej mierze religijne, moralne i patriotyczne uczucia swojego wieku i narodu”<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> J.S. Mill, *O wolności*, [w:] idem, *Pisma o wolności i szczęściu*, tłum. B. Baran, G. Czernicki, J. Starkel, Warszawa 2017, s. 21.

<sup>278</sup> M. Peno, *Autonomia – przymus – granice karania (uwagi na tle filozofii Josepha Raza)*, „Acta Iuris” 2016, nr 16, s. 95.

<sup>279</sup> J.S. Mill, *O wolności...*, s. 35.

Zasada krzywdy ma więc w zamierzeniu ograniczać onnipotencję społeczeństwa oraz jego przewagę nad jednostką. Podział kompetencji społeczeństwa i jednostki wydaje się prosty – „gdy ktoś jakąś częścią swego postępowania szkodzi interesom drugih, społeczeństwo ma nad nim jurysdykcję”. Natomiast jurysdykcja ta nie występuje „tam, gdzie postępowanie człowieka dotyczy tylko własnych interesów lub dotyczy cudzych tylko za zgodą odnośnych osób”<sup>280</sup>. Niewątpliwie rzeczona zasada jawi się jako intuicyjnie słuszna. Przy bardziej szczegółowej analizie jednak zauważalne są jej wady, a przynajmniej spore niedociągnięcia. Tak zatem, wskazać można na dość zaskakujący fakt, iż pomimo oparcia całej konstrukcji zasady na pojęciu krzywdy (szkody), Mill w gruncie rzeczy nie wyjaśnia, czym ona jest. W szerokim znaczeniu niemalże każdy czyn może powodować czyjąś krzywdę. Przykładowo, jeżeli pracownik otrzymuje od pracodawcy dodatkową nagrodę miesięczną, co skutkuje brakiem nagrody dla innego pracownika, to z pewnością mamy do czynienia z powstaniem u tego ostatniego frustracji, poczucia straconego czasu i nadaremneho wysiłku czy też zwykłego niezadowolenia – a zatem krzywdy *sensu largo*. Takie ujęcie rzecz jasna w żaden sposób nie spełnia funkcji ochronnej dla indywidualnej wolności, dlatego też w literaturze odnotować można koncepcje oparte o bardziej restrykcyjne definicje krzywdy lub szkody<sup>281</sup>. Nils Holtug, duński filozof o liberalnych zapatrywaniach, w szczegółowym artykule *The Harm Principle*<sup>282</sup> dość przekonująco kwestionuje ich słusność, wskazując m.in. na arbitralność wprowadzanych ograniczeń dotyczących zasięgu krzywdy oraz ich nieadekwatność i niewystarczalność w wielu możliwych do wyobrażenia przypadkach<sup>283</sup>.

Co więcej, sam Mill, opisując zastosowanie zasady krzywdy, zdaje się sugerować jej dość szerokie rozumienie. Stwierdza przykładowo, że „Kto osiągnie sukces w konkurencyjnym zawodzie lub na egzaminie, wygra rywalizację z kimś o coś, czego obaj pragną, ten ciągnie korzyści ze straty innych, z ich daremneho wysiłku i rozczarowań. Lecz uznaje się chętnie za lepsze dla ogólnego interesu ludzkości, by jednostki dążyły do swych celów mimo tego rodzaju konsekwencji”<sup>284</sup>. W takich okolicznościach występuje zatem krzywda przegranego, która jest immanentną cechą każdej rywalizacji, ale ustępuje ona wyższej zasadzie – ogólnemu interesowi ludzkości.

---

<sup>280</sup> Ibidem, s. 84-85.

<sup>281</sup> P.N. Turner, „Harm” and Mill’s Harm Principle, „Ethics” 2014, vol. 124, nr 2, s. 299-319.

<sup>282</sup> N. Holtug, *The Harm Principle*, „Ethical Theory and Moral Practice” 2002, vol. 5, nr 4, s. 357-389.

<sup>283</sup> Ibidem, s. 366, 374-378.

<sup>284</sup> J.S. Mill, *O wolności...*, s. 104.

Jednakże pogodzenie zasady krzywdy z utylitaryzmem powodować musi szereg poważnych kłopotów, których rozwiązanie nie jest łatwe<sup>285</sup>. Tego rodzaju kłopot występował również u Benthama i opisywanej przez niego zasadzie antypatii.

Podobne wątpliwości budzić może inne, obok wyżej wskazanego utylitaryzmu, kryterium wysuwane przez Milla w kontekście zasady krzywdy. Jak pisze filozof,

Jest także wiele czynności, których nie powinno się prawnie zakazywać, gdyż szkodzą tylko samym sprawcom, lecz które, wykonywane publicznie, obrażają zwykle poczucie obyczajności; skoro należą tym sposobem do krzywd wyrządzonych drugim, można ich z całą zasadnością zakazać. Do tej kategorii zaliczamy czynu nieprzyzwoite, przy których nie potrzebujemy się zatrzymywać, gdyż wiążą się z naszym tematem tylko pośrednio, a silny opór budzi publiczna jawność także wielu innych czynności, które same w sobie nie są karalne ani nie przewiduje się ich karę<sup>286</sup>.

Jeżeli więc wolność może być manifestowana tylko prywatnie, ponieważ jej jawność budzi „silny opór” w społeczeństwie, generując tym samym szkodę, to niechybnie dochodzimy do nieliberalnych w istocie wniosków, których współcześni zwolennicy zasady krzywdy nie mogliby przyjąć z aprobatą. W konsekwencji, zasada ta wymaga modyfikacji albo uszczegółowienia.

Niejasność dotycząca definicji i zakresu pojęcia „krzywdy” jest dość mocnym zarzutem przeciwko koncepcji wolności Milla. W niniejszym rozdziale został on tylko zasygnalizowany jako istotny i podważający *prima facie* nienaganny koncept autora *O wolności*. Natomiast w rozdziałach następnych zajmiemy się bardziej szczegółową analizą innych zarzutów wobec zasady krzywdy, podnoszonych już jednak wyłącznie przez prawnych moralistów. W rozdziale czwartym zaś zobaczymy, czy zasada krzywdy przywoływana jest w orzecznictwie sądów w sprawach, w których stykają się interesy jednostki oraz społeczeństwa.

## **1.5 Podsumowanie. Punkt wyjścia do dalszych rozważań**

Celem powyższych deliberacji było przede wszystkim poczynienie wstępnych ustaleń na temat prawnego wymuszania moralności oraz wyraźne oddzielenie pytania o dopuszczalność moralistycznej legislacji od pytania o samą naturę prawa, a w szczególności o jego ontologię (zwłaszcza rozstrzygnięcia, czy prawo niesprawiedliwe jest prawem, czy prawo musi być oparte o chociażby minimalny poziom

---

<sup>285</sup> N. Holtug, *The Harm...*, s. 380-381.

<sup>286</sup> J.S. Mill, *O wolności...*, s. 107.

moralności itp.). Można bowiem odnieść wrażenie, że kwestie te są zbyt często traktowane łącznie. Tymczasem dopuszczalnym jest na przykład odmawianie statusu obowiązującego prawa przepisom wysoce niemoralnym lub niesprawiedliwym, a przy tym utrzymywanie, że nie powinno się stosować legislacyjnego przymusu moralnego. Dopuszczalne jest również stanowisko odwrotne. W tym kontekście ciekawym kazusem jest teoria czołowego przedstawiciela pozytywizmu prawniczego Johna Austina, który, jak wykazano, uznaje najbardziej nawet niemoralne prawo za prawo, przy czym jednocześnie opowiada się za teologicznym utylitaryzmem i podporządkowaniem prawa ludzkiego prawu Bożemu. „Oddzielenie” prawa od moralności nie powinno być zatem rozumiane zawsze jako bądź to nihilizm, bądź to postulat neutralności.

Ponadto wyodrębniono najważniejsze stanowiska filozoficzne i prawne, wokół których prowadzone będą dalsze rozważania o prawnym moralizmie *sensu stricto*. Poglądy wybranych myślicieli zostały poddane krytycznej analizie, wraz z niektórymi możliwymi doń zarzutami. Tak zatem, wyróżniono trzy zasadnicze grupy poglądów: Platona, Arystotelesa i Tomasza, zdaniem których właściwie rozumiane prawo powinno przede wszystkim dbać o cnoty obywateli; pierwszych pozytywistów i utylitarystów tworzących filozoficzne podstawy neutralnego państwa i prawa w oparciu o pewne nadrzędne zasady (ogólnoludzką szczęśliwość, bezpieczeństwo państwa, zasadę krzywdy); wreszcie Kanta, jednoznacznie odrzucającego państwowy paternalizm.

Konkludując, powyższe ustalenia uprawniają do postawienia następujących pytań badawczych:

- czy w demokratycznym państwie usprawiedliwione jest prawne wymuszanie moralności?
- czy czyny niemoralne jako takie powinny być kryminalizowane?
- jeżeli tak, jaka (nie)moralność powinna być przedmiotem legislacji (moralność „szerokich kół” czy moralność wolna od społecznych antypatii)?
- czy konsekwentne stosowanie zasady krzywdy, neutralności prawa i antypaternalizmu jest w rzeczywistości możliwe i pożądane w demokratycznym społeczeństwie?
- czy współczesne ustawodawstwa państw liberalno-demokratycznych oraz ukształtowane w nich orzecznictwo sądowe dopuszczają elementy moralistyczne?

– jeżeli tak, jakie są faktyczne uzasadnienia oraz granice moralistycznej legislacji?

– czy istnieje jeden wzorzec moralności, który powinien być prawnie usankcjonowany?

Kwestie te będą w dalszej części pracy analizowane w świetle koncepcji myślicieli zaliczanych do nurtu prawnego moralizmu. Rozważania prowadzone będą z uwzględnieniem wyżej wskazanych stanowisk filozoficznych odnośnie do ustawodawstwa, moralności, indywidualnej wolności oraz ich wzajemnych relacji.



## 2. Powstanie oraz rozwój prawnego moralizmu

Określenie „prawny moralizm” po raz pierwszy<sup>1</sup> zostało użyte przez Herberta L.A. Harta w książce *Law, Liberty, and Morality*<sup>2</sup> z 1963 roku. Tym mianem określił on poglądy brytyjskiego sędziego lorda Patricka Devlina oraz Jamesa Fitzjamesa Stephena – jego XIX-wiecznego poprzednika. W niniejszym rozdziale prawny moralizm rozpatrywany będzie jako oryginalny kierunek filozoficznoprawny dotyczący legislacji i natury prawa karnego, ukształtowany w wyniku dwóch ważnych debat: Milla ze Stephenem oraz Harta z Devlinem. Przedstawione zostaną w szczególności okoliczności powstania tych filozoficznych sporów, stanowiska adwersarzy, a także ich konsekwencje dla współczesnego prawa. Broniona będzie teza o niewystarczalności zasady krzywdy i konieczności uwzględnienia niektórych ustaleń prawnego moralizmu. Dokonane zostanie również porównanie prawnego moralizmu Stephena i Devlina z koncepcjami opisanymi w rozdziale pierwszym.

### 2.1 Pierwsza generacja prawnego moralizmu

#### 2.1.1 Epoka wiktoriańska

Wydane najpierw w formie serii artykułów prasowych w „Pall Mall Gazette”<sup>3</sup>, następnie w wersji książkowej, dzieło *Liberty, Equality, Fraternity*<sup>4</sup>, autorstwa Jamesa Fitzjamesa Stephena (1829-1894), to najmocniejsza kontestacja koncepcji wolności zaproponowanej przez Milla. Książka Stephena, opublikowana w 1873 r., jest przejawem właściwego dla myślicieli angielskich rodzaju konserwatyzmu – nie tradycjonalistyczno-religijnego, ale przywiązującego dużą wagę do instytucji i ich funkcji porządkującej oraz restrykcyjnej<sup>5</sup>. Jest to myśl czerpiąca bardziej z Burke’a niż z de Maistre’a<sup>6</sup>. Stephen zapytuje: „Czy cała teoria i praktyka angielskiego liberalizmu jest całkowitym błędem i czy tacy pisarze jak de Maistre i jego współcześni uczniowie i naśladowcy są naszymi prawdziwymi przewodnikami?”<sup>7</sup>, po czym udziela jednoznacznie negatywnej

---

<sup>1</sup> Tak m.in. T.S. Petersen, *Why Criminalize?: New Perspectives on Normative Principles of Criminalization*, Cham 2020, s. 57.

<sup>2</sup> H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford 1982 (1963).

<sup>3</sup> K.J.M. Smith, *James Fitzjames Stephen Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge 1988, s. 161.

<sup>4</sup> J.F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, Indianapolis 1993.

<sup>5</sup> J.Z. Muller, *Conservatism: An Anthology of Social and Political Thought from David Hume to the Present*, Princeton 1997, s. 187-188.

<sup>6</sup> J.A. Colaiaco, *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, Londyn 1983, s. 40.

<sup>7</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 59.

odpowiedzi. Sam też nazywa siebie „do pewnego stopnia uczniem Milla”<sup>8</sup>. Podobnie w jednym ze swych tekstów, który ukazał się na łamach „Saturday Review”, pisze w pochlebnym tonie o „liberalnym konserwatyźmie”<sup>9</sup> Burke’a. Twórca konserwatyźmu ewolucyjnego jest przez Stephena interpretowany w duchu użylitaryźmu<sup>10</sup>. Sam Stephen również przyjmuje użylitaryźstyczne założenia, w szczególności zaś metodę empiryczną, niechęć do jakichkolwiek założeń apriorycznych oraz realistyczną, a nawet nieco pesymistyczną wizją ludzkiej natury (na tym polega różnica między Stephenem a Millem). Julia Stapleton twierdzi, że myśl Stephena stanowi kombinację użylitaryźmu inspirowanego Benthamem, opierającego się na nagrodzie i karze jako środkach prowadzących do największego szczęścia największej liczby ludzi, z purytańizmem jako elementem modyfikującym liberalizm<sup>11</sup>. Do tego wyliczenia dodać można jeszcze zauważalny wpływ Hobbesa, do którego Stephen odnosi się wprost<sup>12</sup> i z którym dzieli wiele poglądów na temat społeczeństwa<sup>13</sup>.

W momencie wydania książki *Liberty, Equality, Fraternity* Stephen jest już rozpoznawanym i cieszącym się autorytetem prawnikiem. Jako publicysta pisuje do „Pall Mall Gazette” oraz „Saturday Review”, jako naukowiec i jurysta napisał poważną rozprawę o prawie karnym – *A General View of the Criminal Law of England*<sup>14</sup>. Renomę przyniosła mu jednak przede wszystkim praca legislacyjna w Indiach Brytyjskich, której ukoronowaniem była, do dziś zresztą obowiązująca, ustawa Indian Evidence Act 1872. Zapewne nieprzypadkowo atak na *O wolności* Milla przeprowadzony został przez Stephena krótko po powrocie z Indii do Anglii. W niektórych fragmentach *Liberty, Equality, Fraternity* zawarto bezpośrednie odwołania do przykładów dobrej legislacji w Indiach. Z kolei całość dzieła ma w sobie dość mocny „imperialny” wydźwięk, wskazujący raczej na siłę niż dyskusję jako główną metodę polityczną. Data ukazania się opisywanej książki ma również znaczenie w kontekście prawnego moralizmu.

Otóż epoka wiktoriańska (1837-1901), w której tworzyli Stephen i Mill, to – jak wiadomo – okres, w którym panowały restrykcyjne przekonania moralne, co miało także

---

<sup>8</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>9</sup> J.F. Stephen, *Edmund Burke*, „Saturday Review” 1858, vol. 5, s. 372.

<sup>10</sup> J.A. Colaiaco, *James Fitzjames Stephen...*, s. 41.

<sup>11</sup> J. Stapleton, *James Fitzjames Stephen: Liberalism, Patriotism, and English Liberty*, „Victorian Studies” 1998, vol. 41, nr 2, s. 258.

<sup>12</sup> S.D. Warner, *Foreword* [w:] J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 6.

<sup>13</sup> A. Welsh, *The Evidence of Things Not Seen: Justice Stephen and Bishop Butler*, „Representations” 1988, nr 22, s. 63.

<sup>14</sup> J.F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England*, Londyn 1863.

swoje odzwierciedlenie w stanowionym prawie. Alan Hunt w książce o społecznych aspektach prawnej regulacji moralności pisze, iż pomimo że w epoce wiktoriańskiej poczyniono duże legislacyjne wysiłki na rzecz połączenia moralności z prawem, to sukcesem okazało się tylko uchwalenie Obscene Publications Act z 1857 r.<sup>15</sup> Jak zobaczymy poniżej, opinię tę można uznać za nieco zbyt pochopną.

Jeżeli chodzi zatem o wspomnianą ustawę z 1857 r., dotyczącą obscenicznych publikacji, to wskazać należy, że w sekcji 1. przewidywała ona możliwość zajęcia przez odpowiednie organy wszelkich obscenicznych książek, pism, obrazów, rysunków i innych publikacji, przechowywanych w każdym domu, sklepie, pokoju lub innym miejscu i przeznaczonych do sprzedaży, dystrybucji, wystawy, wypożyczenia czy też innych celów zarobkowych. Właściwe organy, po wysłuchaniu lokatora danego miejsca i posiadacza podejrzanych publikacji, upewniwszy się o ich występny charakter, mogły zarządzić ich zniszczenie. Ustawa nie zawierała jednak wskazówek rozstrzygających, co należy rozumieć pod pojęciem „obsceniczne”, a kwestię tę pozostawiono w gestii sądownictwa. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na orzeczenie Sądu Ławy Królewskiej (*Court of the Queen's Bench*) w sprawie Regina przeciwko Hicklin<sup>16</sup>. Wyjaśniono w nim, w jaki sposób należy interpretować przywołaną wyżej sekcję 1., co dla niniejszych rozważań może posłużyć jako ilustracja ducha ówczesnej epoki.

Powyższa sprawa dotyczyła 252 egzemplarzy broszury pt. *The Confessional Unmasked; shewing the depravity of the Romish priesthood, the iniquity of the Confessional, and the questions put to females in confession*, które na mocy Obscene Publications Act zostały zajęte i przeznaczone do zniszczenia. Jak ustalono w toku postępowania, publikacja zawierała fragmenty pism teologów Kościoła katolickiego na temat jego doktryny, a w szczególności instytucji spowiedzi. Ponadto, jak stwierdzono, połowa broszury poruszała kontrowersyjne, choć prawnie dopuszczalne kwestie, natomiast druga połowa była rażąco obsceniczna i odnosiła się do „nieczystych i brudnych czynów, słów i idei”. Niemniej jednak posiadacz publikacji utrzymywał, że jego celem nie była sprzedaż książki zawierającej niemoralne treści dla osiągnięcia osobistego zysku czy też podważania dobrych społecznych obyczajów, lecz jedynie

---

<sup>15</sup> A. Hunt, *Governing Morals: A Social History of Moral Regulation*, Cambridge 1999, s. 71.

<sup>16</sup> Tekst orzeczenia za: T.C. Mackey, *Pornography on Trial. A Handbook with Cases, Laws, and Documents*, Santa Barbara 2002, s. 134-136.

zwrócenie uwagi na błędy Kościoła rzymskiego, zwłaszcza zaś niemoralnego aspektu spowiedzi. W takich okolicznościach, jego zdaniem, nie można mówić o łamaniu prawa w zakresie zakazu rozpowszechniania obscenicznych publikacji.

Sąd stanął jednakże na bardziej restrykcyjnym stanowisku. Orzekł ostatecznie na niekorzyść podsądnego, gdyż – jak wskazano – nie można naruszać prawa nawet ze względu na wyższe i chwalebne cele. W opinii sądu: „Prawo mówi, że zabronione jest publikowanie nieprzyzwoitego dzieła. Dzieło nieprzyzwoite zostało tutaj opublikowane, i to dzieło, którego nieprzyzwoitość jest tak jasna i zdecydowana, że nie można przypuszczać, aby człowiek, który je opublikował, nie wiedział i nie widział, że będzie miało szkodliwy i demoralizujący wpływ na umysły wielu z tych, w których ręce by się ono dostało”. Przy niewątpliwie niemoralnym charakterze publikacji nie jest zatem istotny jej cel, jakim w tym przypadku było ukazanie błędów Kościoła. W uzasadnieniu orzeczenia zaproponowano również swoisty „test obsceniczności”, który rozstrzygać miał o niemoralności danej publikacji. Zgodnie z opisywanym wyrokiem, przy ocenie obsceniczności konieczne jest sprawdzenie, „czy tendencją materii oskarżanej o obsceniczność jest deprawacja i gorszenie tych, których umysły są otwarte na takie niemoralne wpływy i w których ręce może wpadać tego rodzaju publikacja”. W omawianej sprawie sąd doszedł do wniosku, że treść zajętej broszury może z pewnością sugerować „umysłem młodych osób obu płci, a nawet osób starszych”, myśli o najbardziej „nieczystym i lubieżnym” charakterze. Troska o dobro moralne społeczeństwa przeważała więc nad wolnością słowa. Wyrok w sprawie Regina przeciwko Hicklin wydany w 1868 r. jest zatem przeciwieństwem też zawartych w napisanym 9 lat wcześniej eseju Milla *O wolności*.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę również na ustawę Customs Laws Consolidation Act 1876<sup>17</sup>, która zawierała enumeratywne wyliczenie przedmiotów, których import na teren Zjednoczonego Królestwa był zabroniony. W sekcji 42., wprowadzającej listę zakazanych materiałów, wskazano m.in. na „nieprzyzwoite lub obsceniczne odbitki, obrazy, fotografie, książki, karty, ryciny litograficzne lub inne ryciny lub inne nieprzyzwoite lub obsceniczne artykuły”. Naruszenie tego przepisu wiązało się z przypadkiem i zniszczeniem nielegalnie importowanego przedmiotu.

---

<sup>17</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/39-40/36/enacted> (dostęp: 30.11.2020 r.).

Największym jednak sukcesem legislacyjnym moralistów w epoce wiktoriańskiej było uchwalenie Criminal Law Amendment Act<sup>18</sup> w 1885 r. w sekcji 11. rzeczony akt prawny wprowadzał karę do dwóch lat pozbawienia wolności, z możliwością orzeczenia także ciężkich robót, za „rażącą nieprzyzwoitość” [*gross indecency*] pomiędzy mężczyznami. Przepis ten mógł znaleźć zastosowanie niezależnie od tego, czy czyny kwalifikujące się jako nieprzyzwoite były popełnione prywatnie czy publicznie. Bez znaczenia pozostawało także, czy nieprzyzwoitość popełniona była za dobrowolną zgodą partnerów. Podkreślić należy, że przepis ten rozszerzał znacząco zakres czynów homoseksualnych objętych kryminalizacją. Dotychczas bowiem przepis sekcji 61. Offences Against the Person Act 1861 przewidywał wyłącznie karę za przestępstwo sodomii (*buggery*), które w tradycji *common law* interpretowano jako uprawianie seksu analnego<sup>19</sup>. Nowo uchwalony przepis był natomiast niezwykle pojemny i pozwalał na dość swobodną wykładnię. Jak podaje Matt Cook, liczba aresztowań i skazań na jego podstawie dochodziła do kilkudziesięciu rocznie<sup>20</sup>, a najgłośniejszą bodaj w tym czasie sprawą kryminalną związaną z aktywnością homoseksualną było skazanie poety Oscara Wilde’a.

Innym, choć nie tak spektakularnym, przykładem moralistycznej legislacji było wprowadzenie Indecent Advertisements Act<sup>21</sup> w 1889 r. Ustawa ta zakazywała publicznego wystawiania nieprzyzwoitych lub obscenicznych materiałów, przy czym definicja materiałów tego rodzaju była tym razem zawarta już w niej samej (zob. sekcja 5). W konekwencji, cały akt prawny był nieco mniej podatny na swobodną i rozszerzającą wykładnię. Wyliczenie nieprzyzwoitych materiałów było dość szczegółowe i zawężające, albowiem wymieniono jedynie „każdą reklamę dotyczącą syfilisu, rzeżączki, osłabienia nerwowego lub innej dolegliwości lub ułomności wynikającej lub związanej ze stosunkiem płciowym”. Ponadto ustawa nie odnosiła się wprost do reklam publikowanych chociażby w gazetach, co również znacząco

---

<sup>18</sup> Tekst ustawy dostępny w bazie prawniczej:

[https://www.swarb.co.uk/acts/1885Criminal\\_Law\\_AmendmentAct.shtml](https://www.swarb.co.uk/acts/1885Criminal_Law_AmendmentAct.shtml) (dostęp: 29.11.2020 r.).

<sup>19</sup> Tak w sprawie R przeciwko Wiseman z 1718 r.; podaję za: J. Tsen-Ta Lee, *Equal Protection and Sexual Orientation*, „Singapore Law Review” 1995, vol. 16, s. 262.

<sup>20</sup> M. Cook, *London and the Culture of Homosexuality 1885-1914*, Cambridge 2003, s. 151-152.

<sup>21</sup> [https://www.bailii.org/ni/legis/num\\_act/iaa1889247/s5.html](https://www.bailii.org/ni/legis/num_act/iaa1889247/s5.html) (dostęp 30.11.2020 r.).

ograniczało jej zakres oraz budziło sprzeciw moralistycznie usposobionej części społeczeństwa<sup>22</sup>.

Ustawodawstwo epoki wiktoriańskiej obejmowało także przepisy dotyczące prostytucji. W myśl Metropolitan Police Act 1839<sup>23</sup> każda „pospolita prostytutka” (*common prostitute*), włócząca się lub przebywająca w jakiegokolwiek arterii komunikacyjnej lub miejscu publicznym w celach prostytucji lub nagabywania, będących uciążliwymi dla mieszkańców lub pasażerów, podlegała karze grzywny albo karze pozbawienia wolności.

Dodatkowo, nadmienić można, iż przeciwko prostytucji stosowano także ustawę The Vagrancy Act 1824<sup>24</sup>, która przewidywała karę ciężkich robót dla każdej „pospolitej prostytutki” blakającej się po publicznych ulicach lub autostradach lub w jakimkolwiek miejscu publicznym i zachowującej się w rozpustny lub nieprzyzwoity sposób. Z kolei The Vagrancy Act 1889, będący nowelizacją ustawy z 1824 r., kryminalizował „utrzymywanie się mężczyzn w całości lub częściowo z zysków z prostytucji” oraz „publiczne uporczywe nagabywanie i składanie nierządnych propozycji” przez mężczyzn<sup>25</sup>. Wprowadzono przy tym domniemanie, że jeżeli mężczyzna żyje albo zwykle przebywa z prostytutką i nie ma widocznych środków utrzymania, powinien zostać uznany za osobę utrzymującą się z zysków płynących z prostytucji. Naruszenie tych przepisów wiązało się z uznaniem winnego za „łajdaka” (*rogue*) i „włóczęgę” (*vagabond*) w rozumieniu ustawy z 1824 r., co z kolei umożliwiało między innymi orzeczenie ciężkich robót na okres nieprzekraczający trzech miesięcy.

Powyższe przykłady naświetlają społeczne i prawne okoliczności sporu Stephena z Millem. Kontekst historyczny i polityczny debaty jest istotny, jako iż pozwala zrozumieć przeciw jakim normom – czy to społecznym, czy prawnym – skierowane było ostrze wypowiedzi w pismach Milla. Może posłużyć on także jako punkt odniesienia przy analizie koncepcji Stephena, który – jak zaznaczono na wstępie – czynnie przysłużył się wiktoriańskiej Anglii jako urzędnik, znawca sztuki legislacyjnej, prawnik i publicysta.

---

<sup>22</sup> D.J. Cox, K. Stevenson, C. Harris, J. Rowbotham, *Public Indecency in England 1857-1960: A Serious and Growing Evil*, Londyn 2015, s. 68.

<sup>23</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/2-3/47/enacted> (dostęp: 30.11.2020 r.). Zob. też analogiczny przepis w Town Police Clauses Act 1847, sekcja 28, który dotyczył miast spoza Metropolitan Police District.

<sup>24</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo4/5/83/enacted> (dostęp: 30.11.2020 r.).

<sup>25</sup> *The Law Reports: the public general statutes*, Londyn 1898, s. 221, <https://play.google.com/books/reader?id=qfIHAQAAMAAJ&hl=pl&printsec=frontcover&pg=GBS.PA321> (dostęp: 28.11.2020 r.).

Niemniej jednak warto jednocześnie zastanowić się nad samą słusnością oraz uniwersalnością argumentacji Milla i Stephena, abstrahując nieco od ich uwarunkowań społecznych lub osobistych. Przyjrzyjmy się zatem ideom przyświecającym autorowi *Liberty, Equality, Fraternity*.

## **2.1.2 Wolność, równość, braterstwo**

### **2.1.2.1 Szerszy rodzaj utilitaryzmu**

Książka Stephena zawiera kilka ważkich z punktu widzenia analizowanego tematu myśli. Wydaje się, że jego refutacja liberalizmu zaproponowanego przez Milla może być rozpatrywana (przynajmniej w kontekście prawnego moralizmu) w odniesieniu do dwóch kwestii – utilitaryzmu i zasady krzywdy. Interpretacja koncepcji utilitarnej oraz odrzucenie zasady krzywdy są bowiem najważniejszymi punktami spornymi, wokół których Stephen prowadzi swoją narrację. Oprócz tego angielski myśliciel podważa niektóre inne aspekty liberalizmu Milla, jak chociażby przywiązanie do równości (w tym akcentowanie równości kobiet). Pochylenie się nad tego rodzaju mało aktualnymi pomysłami nie ma jednak obecnie – nawet uwzględniając problematykę prawnego moralizmu – większego sensu.

Inaczej natomiast wygląda sprawa, jeżeli idzie o pojmowanie utilitaryzmu. Trudno oprzeć się bowiem wrażeniu, że Stephen sprzeciwia się Millowi już na etapie rozumienia jego podstawowych założeń. Tak zatem, Stephen rozpoczyna swój wywód od krótkiej charakterystyki eseju *O wolności*. Przywołuje zasadę krzywdy, a także wskazuje na zastrzeżenie, jakie poczynił Mill, iż wprowadzie uważa on „użyteczność za ostateczny ratunek we wszystkich kwestiach etycznych, ale musi to być użyteczność oparta na trwałych interesach człowieka jako bytu postępowego”<sup>26</sup>. Dalej cytuje Stephen fragment, w którym Mill opisuje „właściwą dziedzinę ludzkiej wolności”<sup>27</sup>, tj. „wewnętrzzną domenę świadomości; wymaganą wolność sumienia w najszerszym znaczeniu; wolność myśli i uczucia; bezwzględna wolność opinii i usposobień we wszystkich przedmiotach”<sup>28</sup>. Dziedzina ta wymaga również „wolności doświadczenia i nieustawiania w przedsięwzięciach; wolności budowania planu życia na podwalinach własnego charakteru; wolności czynienia jak nam się podoba, choćby miały wynikać stąd

---

<sup>26</sup> J.S. Mill, *O wolności*, [w:] idem, *Pisma o wolności i szczęściu*, tłum. B. Baran, G. Czernicki, J. Starkel, Warszawa 2017, s. 22.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 23.

<sup>28</sup> Ibidem.

najdziwniejsze następstwa”<sup>29</sup>. Stephen stawia w tym miejscu mocną tezę, że w całym eseju Milla trudno znaleźć jakiegokolwiek dowody na poparcie powyższych stwierdzeń. Są one zatem przyjęte niejako apriorycznie, co w świetle utilitaryzmu jest ciężkim oskarżeniem. Zdaniem Stephena, jego adwersarz po prostu wypowiedział swój pogląd, nie udowadniając go jednak należycie<sup>30</sup>.

Spór pomiędzy myślicielami w głębszym sensie polega na przyjęciu odmiennych wizji odnośnie do człowieka. Stephen nazywa utilitaryzm Milla „transcendentalnym”. Zakłada on bowiem w istocie idealistyczny pogląd na jednostkę, która najlepiej rozwija się w warunkach nieskrępowanej wolności. Analizując książkę *Liberty, Equality, Fraternity* można wywieść wniosek, że to właśnie ta kwestia stanowi w rzeczywistości główny punkt niezgody w opisywanej debacie, który implikuje różnice w postrzeganiu problemów bardziej szczegółowych. Dlatego też twierdzenie Stephena o braku wystarczających dowodów na obronę koncepcji Milla należy rozpatrywać z tej perspektywy. Kluczowym fragmentem dla zrozumienia różnic w postrzeganiu utilitaryzmu jest następujący wycinek z rozdziału szóstego *Liberty, Equality, Fraternity*:

[Mill] Wydaje się wierzyć, że jeśli wszyscy ludzie zostaną uwolnieni od ograniczeń i postawieni, na ile to możliwe, na równej stopie, będą naturalnie traktować się jak bracia i harmonijnie współpracować dla wspólnego dobra. Ja wierzę, że wielu ludzi jest złych, ogromna większość obojętnych i wielu dobrych, i że wielka masa ludzi obojętnych kiwa się w ten czy inny sposób w zależności od okoliczności, a jedną z najważniejszych z nich jest aktualne panowanie złych lub dobrych [ludzi]. Ponadto wierzę, że między wszystkimi klasami ludzi istnieją i zawsze będą prawdziwe okazje do wrogości i konfliktów, i że nawet dobrzy ludzie mogą być i często są zmuszeni do traktowania siebie nawzajem jako wrogów – albo przez istnienie sprzecznych interesów, które doprowadzają ich do kolizji, albo przez różne sposoby pojmowania dobra<sup>31</sup>.

Stephen uważa więc, że, empirycznie rzecz ujmując, ogromna część ludzi nie jest sama z siebie zdolna wykrzesać cnotę prowadzących do największego szczęścia ich największej liczby. Co więcej, „niewielu ludzi kocha cnotę dla niej samej”<sup>32</sup>. W związku z tym, indywidualnej wolności nie powinno się traktować dogmatycznie – jeżeli tylko mamy na uwadze dobro wspólne. Dla Stephena pytanie, czy wolność jest dobra czy też

---

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 22.

<sup>31</sup> Ibidem, s. 128.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 47.



zła, jest równie abstrakcyjne, jak pytanie o to, czy ogień jest rzeczą dobrą czy złą<sup>33</sup>. Wartość tak prawnych regulacji, jak i od nich wolności zależy od konkretnego czasu, miejsca i okoliczności<sup>34</sup>. Prawnik nie wierzy, że „stan naszej wiedzy pozwala nam na ogłoszenie jakiegokolwiek «bardzo prostej zasady [zasady krzywdy – K.J.], która dotyczy odnoszenia się społeczeństwa do jednostki za pomocą przymusu i nadzoru»”<sup>35</sup>. Po raz kolejny podkreślona zostaje zatem rola doświadczenia, które wymaga odpowiedniej ostrożności w dokonywaniu ocen, a także rozpatrywania zawsze *ad casum* wad oraz zalet zastosowania środków przymusu lub rozszerzenia sfery wolności. Z tej perspektywy może wydawać się, że Stephen wraca do klasycznego utylitarystycznego *credo*, zgodnie z którym wszelka ingerencja, w tym prawna, jest zła:

1. Kiedy jej cel jest zły.
2. Kiedy jej cel jest dobry, ale zastosowany przymus nie jest obliczony na jego uzyskanie.
3. Kiedy jej cel jest dobry, a zastosowany przymus jest obliczony na jego uzyskanie, ale zbyt dużym kosztem<sup>36</sup>.

Słusznie jednak zauważa Russell Kirk, iż Stephen wyraża przekonanie, że wszystko w życiu ma swoje źródło w prawdach religijnych, co odróżnia go od na przykład Benthama<sup>37</sup>. Autor *Liberty, Equality, Fraternity* przeciwstawia „utilitaryzm transcendentalny” Milla preferowanemu przez siebie „utilitaryzmowi szerszego rodzaju”<sup>38</sup>. Ten rodzaj wykracza poza użyteczność ziemską i przyjmuje istnienie religijnych dogmatów, zwłaszcza dotyczących życia przyszłego<sup>39</sup>. Bez akceptacji szerszego punktu widzenia – pisze Stephen – utylitarna moralność staje się jedynie kwestią faktów<sup>40</sup>. Brak ostatecznej instancji rozstrzygającej o pożyteczności działań czy też regulacji prawnych powoduje, że ostateczną sankcją stają się indywidualne gusta.

---

<sup>33</sup> Ibidem, s. 38.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem, s. 39, J.S. Mill, *O wolności...*, s. 20.

<sup>36</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 39.

<sup>37</sup> R. Kirk, *The Foreboding Conservatism of Stephen*, „The Western Political Quarterly” 1952, vol. 5, nr 4, s. 570.

<sup>38</sup> *Wider kind of utilitarianism*. Niemniej, nawet jeżeli Bóg nie istnieje, to – zdaniem Stephena – człowiek powinien kierować się „zwykłym” utilitaryzmem, nie zaś jego „transcendentalną” odmianą, zob. J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 152.

<sup>39</sup> R. Posner uważa jednak, że Stephen traktował religię w sposób instrumentalny, zob. idem, *Overcoming Law*, Cambridge, Massachusetts 1997, s. 263, 266. Tym niemniej, o konieczności traktowania religii w sposób nieinstrumentalny świadczyć może artykuł Stephena *Sceptical Humility*, opublikowany w 1864 r. na łamach „Saturday Review”, zob. <http://fitzjames-stephen.blogspot.com/2016/10/sceptical-humility.html> (dostęp: 28.11.2020 r.).

<sup>40</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 144.

Stephen zarzuca więc w istocie „zwykłemu” utylitaryzmowi błąd naturalistyczny, ponieważ z racji pewnych faktów (indywidualnych gustów i opinii) decyduje on o powinnościach. Tymczasem o nich ostatecznie wyrokować ma właśnie sankcja religijna, przynależna utylitaryzmowi szerszemu. Dzieje się tak, gdyż

Jeżeli (...) istnieje Opatrzność, to moralność przestaje być tylko faktem, a staje się prawem. Samo znaczenie wiary w Opatrzność jest takie, że zarówno świat fizyczny, jak i moralny są sferą świadomej aranżacji i projektowania; że ludzie, członkowie świata moralnego, wykraczają poza świat materialny, w którym się znajdują, i że narzuconym im prawem jest Cnota, to znaczy nawyk postępowania według zasad odpowiednich do promowania szczęścia ludzi w ogóle, a zwłaszcza tych form szczęścia, które odnoszą się do trwałego pierwiastka w ludziach, są związane [ze szczęściem – K.J.], i na dłuższą metę przyczynią się do indywidualnego szczęścia tych, którzy je praktykują, a zwłaszcza do tej części ich szczęścia, która wiąże się z trwałymi pierwiastkami ich natury<sup>41</sup>.

Uznanie, że naturalna dla człowieka jest raczej konfliktowość niż współpraca, że celem życia społecznego jest promocja cnoty i redukcja występku<sup>42</sup>, jak również że utylitaryzm musi przyjąć kryteria pozwalające na dokonanie oceny ogólnoludzkiego szczęścia w szerszym znaczeniu, ma swoje konsekwencje prawne. Przede wszystkim Stephen, na gruncie utylitaryzmu, nie widzi powodów, dla których niektóre czyny miałyby być niejako apriorycznie wykluczone z zainteresowania prawa, a zwłaszcza prawa karnego. Zdaniem Stephena, prawo zakazuje pod groźbą kary pewnych kategorii czynów, które w innym wypadku byłyby „karane” zemstą prywatną. Tak jest w przypadku zabójstwa lub kradzieży, i tak też byłoby, gdyby „istniały prawa, które karzą niepowściągliwość, obżarstwo lub pijaństwo”<sup>43</sup>. Brak aprobaty legislatora dla pewnych czynów zastępuje więc w rzeczywistości brak aprobaty społeczeństwa. Prawo pełni tutaj funkcję zastępczą. W konsekwencji, Stephen nie dostrzega dobrych powodów, aby dzielić moralnie naganne czyny na te, które powinny być przedmiotem prawa karnego, oraz te, które podlegać powinny wyłącznie pod sankcję społecznej opinii. Kolejny raz Stephen stawia się w opozycji wobec Milla, jako że ten ostatni wprost wskazuje, iż „karą za tę część czyjegoś postępowania i charakteru, która dotyczy jego dobra, nie zaś interesów ani stosunków z innymi, powinny być tylko przykrości nieoddzielne od nieprzychylnego sądu innych”<sup>44</sup>. Stephen odrzuca tę niechęć do prawnej regulacji

---

<sup>41</sup> Ibidem, s. 145.

<sup>42</sup> Ibidem, s. 198.

<sup>43</sup> Ibidem, s. 24.

<sup>44</sup> Ibidem, s. 87.

zachowań zasługujących na potępienie, lecz dotyczących jedynie samego sprawcy, i zapytuje:

Jaka jest zasadnicza różnica między takimi [społecznymi – K.J.] przykrościami a podobnymi [prawnymi – K.J.] przykrościami zorganizowanymi, zdefiniowanymi i nałożonymi na tej podstawie, że istnieją okoliczności, które domagają się ich nałożenia? To właśnie zorganizowanie, zdefiniowanie i procedura stanowią różnicę między ograniczeniami, na które zezwalał pan Mill, a ograniczeniami, którym sprzeciwia się. Nie rozumiem, na czym polega ta różnica. Nie rozumiem, dlaczego karanie nałogowego pijaństwa grzywną, więzieniem lub pozbawieniem praw obywatelskich musi być zawsze złe, a zawsze słuszne ma być jego karanie poprzez nałożenie konsekwencji, które są «nieoddzielne od nieprzychylnego sądu innych»<sup>45</sup>.

Ponadto, jak twierdzi Stephen, z uwagi na naturalną konfliktowość i różnorodność poglądów, niemożliwym jest prawne zachowanie neutralności<sup>46</sup>. Jako chwalebny przykład zerwania z fikcją neutralności i oparcia legislacji o europejski system moralności publicznej, wskazuje on wspomnianą działalność prawodawczą w Indiach. Brytyjczycy kierowali się bowiem następującymi zasadami: po pierwsze, zmusili ludzi, będąc świadomymi, że w ten sposób sprzeciwiają się woli większości, do przyjęcia zasady mówiącej, że ludzie wyznający różne religie mają żyć ze sobą w pokoju. Zabroniono walk i prześladowań między wyznawcami hinduizmu a muzułmanami, a także między różnymi sektami muzułmańskimi. Po drugie, narzucono zasadę, że zmiana religii nie pociąga za sobą utraty praw obywatelskich lub zdolności prawnych. Po trzecie, Brytyjczycy ustanowili obejmujący cały kraj system edukacyjny, który uznawał wierzenia wyznawców hinduizmu za fałszywe; podobnie też traktowano islam. Po czwarte, jeśli jakieś praktyki religijne w jakimkolwiek stopniu naruszały europejskie zasady moralności publicznej, np. palenie wdów czy składanie ofiar z ludzi, były uznawane za zbrodnicze. Po piąte, zmuszono autochtonów, by pozwolili na obecność wśród nich misjonarzy, których jedynym celem było zastąpienie religii tubylczych ich własną religią<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Ibidem, s. 24.

<sup>46</sup> „Prawdziwa neutralność jest możliwa tylko w odniesieniu do tych form religii, które nie są w ogóle wyznawane przez obywateli podlegających ustawodawstwu, lub które są wyznawane przez tak niewielu z nich, że ich opinie mogą być uznane za nieistotne przez resztę”, ibidem, s. 43.

<sup>47</sup> Ibidem, s. 41-42; L. Wroński, *Konserwatywna krytyka liberalnej koncepcji wolności Johna Stuarta Milla*, [w:] J. Gazda, S. Ruchała (red.), *Filozoficzna refleksja nad kulturą jako próba odpowiedzi na problemy współczesności*, Katowice 2014, s. 355.

Jak wynika z powyższego, Stephen utrzymuje, iż prawo – jeżeli ma pozostawać w zgodności z wymaganiami utilitaryzmu – nie może ograniczać się do zapewnienia samoobrony (*self-protection*<sup>48</sup>) czy też zapobiegania szkodzeniu innym. Oprócz promocji cnoty oraz obrony słusznych prawd religijnych, zdaniem Stephena, prawo powinno także stosować przymus ze względu na potrzebę zmian istniejących instytucji społecznych. Po raz kolejny widać więc, że prawo nie może pozostawać neutralnym, a przeciwnie – musi wybrać któreś spośród konkurencyjnych zestawów wartości. Postulat ten nabiera tym większej wagi, że w przeciwieństwie do ochrony moralności i religii, nie jest ściśle powiązany z utilitaryzmem i jego interpretacją. Odnosi się on bowiem do uniwersalnego pojęcia rozwoju społecznego. Jak zdaje się twierdzić Stephen, rozwój niemożliwy jest przy przyjęciu ograniczonej roli prawa, sprowadzającej go wyłącznie do samoobrony. Zauważa on, że

Pan Mill i jego uczniowie byliby ostatnimi osobami na świecie, które powiedziałyby, że przemiany polityczne i społeczne, jakie zaszły w świecie od XVI wieku, nie były w całości wysoce korzystne dla ludzkości; ale nie może być jaśniejsze niż to, że zostały one wywołane siłą, a w wielu przypadkach siłą mniejszości (...)<sup>49</sup>.

Oczywistym przykładem zmian przeprowadzonych siłą jest chociażby rewolucja francuska. Nie trzeba jednak uciekać się do tak drastycznych dowodów. Stephen wskazuje na inne okoliczności, w których zawodzi limitacja prawa do zapobiegania szkodzeniu innym. Proponuje on następującym eksperyment myślowy. Wyobraźmy sobie, że legislatorzy są przeciwni religii i chcą oświecić swych obywateli, przekształcając instytucje społeczne, tak aby nie były one ufundowane na obowiązujących obecnie podstawach religijnych. Przypuśćmy, że w zgodzie z tym poglądem promowałiby oni małżeństwo cywilne i uważaliby je za jedyne prawnie wiążące. Skonfiskowaliby oni także wszystkie darowizny na cele religijne, zabezpieczając interesy życiowe obecnych urzędników. Przypuśćmy też, że ustanowiliby prawo w taki sposób, aby zakazać wszelkich tego rodzaju darowizn na przyszłość. Załóżmy, że oprócz tego mieliby zorganizować system edukacji narodowej, na wszystkich jego etapach, od uniwersytetów i specjalnych kolegiów dla określonych zawodów po wiejskie szkoły dzienne. Przypuśćmy, że we wszystkich tych przypadkach edukacja byłaby całkowicie świecka i ani jednego szylinga nie można by było

---

<sup>48</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 24.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 26.

przeznaczyć z publicznej kasy na nauczanie religii w jakiegokolwiek formie lub na kształcenie osób, które miałyby być jej duszpasterzami. Jak ocenia Stephen, wydaje się, że nikt nie zaprzeczy, że byłby to przymus. Co więcej, byłby to przymus, który mógłby osiągnąć swój cel środkami, które same w sobie nie powodują żadnego innego skutku niż tłumienie religii, przy czym eliminacja religii z życia publicznego jawiłaby się w tym przypadku jako dobro. W opinii Stephena, mamy zatem tu do czynienia z przypadkiem, w którym przymus, który prawdopodobnie osiągnąłby swój cel adekwatnym kosztem, zmierzałby w kierunku, którego dobro lub zło zależy od tego, czy dana religia jest prawdziwa, czy też fałszywa. Stephen zapytuje ostatecznie: Czy ten przymus jest dobry czy zły? I udziela odpowiedzi: dobry, jeśli i o ile dana religia jest fałszywa; zły, jeśli i o ile dana religia jest prawdziwa. Tymczasem Mill powinien, jak zaznacza Stephen, stwierdzić, że w każdym wypadku opisana reforma musi być uznana za złą, bez względu na prawdę lub fałsz religii, ponieważ stanowi legislacyjny przymus, a nie samoobronę lub zapobieganie szkodzie.

Jeżeli Stephen ma rację, przytaczany przez niego przykład nie stracił na aktualności. Otóż na gruncie koncepcji ograniczonej funkcji prawa, przy jednoczesnym założeniu o jego kompletnej neutralności aksjologicznej, nie sposób budować nowych instytucji społecznych. Nie można bowiem np. wprowadzać zasad świeckiego państwa poprzez „samoobronę”, nie tworząc szkody (przynajmniej w jej szerokim znaczeniu), wśród osób przywiązanych do religii. Idea „samoobrony” nie pomaga również w urzeczywistnianiu zasad sprawiedliwości społecznej, co może obniżać jej znaczenie oraz atrakcyjność we współczesnym prawie. Władza społeczeństwa na jednostką ograniczona do samoobrony stawia pod znakiem zapytania kwestię uprawnień socjalnych i problem redystrybucji dóbr. Niemniej, kwestią otwartą pozostaje, czy zasada krzywdy rzeczywiście obejmuje te wszystkie aspekty prawa i polityki<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> S. Lecce twierdzi, że interpretacja dzieł Milla w wykonaniu Stephena jest krótkowzroczna, zob. idem, *Against Perfectionism: Defending Liberal Neutrality*, Toronto 2008, s. 66. Podobnie R. Dworkin przekonuje, że „Zasada Milla ma (...) bardzo ograniczony zasięg. Dotyczy tylko tych względnie rzadkich przypadków, w których rząd miałby zabraniać pewnych czynów tylko dlatego, że są niebezpieczne dla samego czyniącego, jak na przykład jazda na motocyklu bez kasku. Lub też dlatego, że stanowią obrazę moralności publicznej, jak praktyki homoseksualne czy publikowanie pornografii. Decyzje tego typu stanowią bardzo niewielki ułamek działalności każdego odpowiedzialnego rządu. Zasada nic nie mówi o tym, jak rząd powinien rozdzielać dobra (...) takie jak dochód, bezpieczeństwo czy władza; ani o tym, w jaki sposób podejmować decyzje o ograniczaniu wolności na rzecz innych wartości”, idem, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 464.

### 2.1.2.1 Refutacja zasady krzywdy

Ostatnie poruszone zagadnienie wiąże się ściśle z krytyką zasady krzywdy. Stephen wskazuje wprost, że owa zasada jest niekompatybilna z utilitaryzmem. Jak wyżej zaznaczono, Stephen uznaje wszelki przymus za zły, kiedy zły jest jego cel, albo kiedy cel jest dobry, ale wybrane środki nieskuteczne, albo kiedy wybrane środki mogą być skuteczne, lecz nieproporcjonalne do uzyskanego efektu. *A contrario*,

Jeśli jednak cel, do którego się dąży, jest dobry, jeśli zastosowany przymus ukierunkowany jest na jego osiągnięcie, i jeśli otrzymane dobro przewyższa niedogodność samego przymusu, to nie rozumiem, jak na zasadach utilitarnych przymus może być zły. Mogę dodać, że ten sposób ujęcia sprawy pokazuje, że «prosta zasada» pana Milla jest naprawdę paradoksem. Można ją uzasadnić jedynie wykazując jako fakt, że nie licząc samoobrony, przymus zawsze musi być większym złem samym w sobie niż brak realizacji celu, który może być dzięki niemu osiągnięty<sup>51</sup>.

Stephen odrzuca zasadę krzywdy zarówno jako zasadę moralną, jak i regułę prawną. Ironizuje on, że zgodnie moralnością opartą o zasadę krzywdy, odpowiednią obroną na sądzie ostatecznym będzie stwierdzenie: „Uszczęśliwiałem siebie i nikogo nie skrzywdziłem”<sup>52</sup>. Natomiast warto zauważyć, że zasada krzywdy, rozumiana jako zasada prawna, może wejść w konflikt nie tylko z utilitaryzmem, ale chociażby z wolnością słowa, którą również przeciw propaguje Mill<sup>53</sup>. Widać to wyraźnie przy analizie przykładu podawanego przez Stephena. Otóż Mill dowodzi konieczności zapewnienia nieograniczonej wolności słowa w oparciu o cztery przesłanki: 1) nikt nie może mieć pewności, że jego opinia jest prawdziwa, chyba że jest on nieomylny albo że każdy może podważyć jego opinię (co skutkuje umocnieniem opinii rzeczywiście racjonalnych i prawdziwych); 2) każdy, kto zakazuje wygłaszania jakiejś opinii, zakłada z pewnością jej fałszywość; 3) tym samym ten, kto zakazuje, niszczy jedną z podstaw swojej pewności o prawdziwości opinii, a mianowicie założenie, że każdy może ją podważyć; 4) zatem stwierdza on swoją nieomylność, która jest drugą podstawą pewności o prawdziwości

---

<sup>51</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 39. Kwestia niezgodności zasady krzywdy, koncepcji wolności i utilitaryzmu pozostaje zresztą do dzisiaj przedmiotem sporów. Na niekompatybilność tych pojęć wskazuje chociażby G. Himmelfarb, *On Liberty and Liberalism: The Case of John Stuart Mill*, Londyn 1974. Również I. Berlin sugeruje, że Mill w *O wolności* bardziej skupiony jest na tytułowej wolności niż na utilitaryzmie, zob. idem, *John Stuart Mill and the Ends of Life* [w:] J. Gray, G.W. Smith (red.), *J.S. Mill On Liberty*. Londyn 1991, s. 137.

<sup>52</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 23.

<sup>53</sup> F. Schauer argumentuje, że – według Milla – ochronie prawnej podlegać powinna wolność słowa nawet wtedy, gdy przyczynia się do powstania krzywdy, zob. idem, *On the Relationship between Chapters One and Two of John Stuart Mill's on Liberty*, „Capital University Law Review” 2011, vol. 39.

danej opinii<sup>54</sup>. Stephen jednakże zauważa, że nie każdy przypadek cenzury zakładać musi nieomyślność we wszystkich sprawach oraz że nie zawsze zakaz wypowiedzania jakichś poglądów zmniejsza poczucie na temat ich prawdziwości. Dzieje się tak przy zniesławieniu:

A twierdzi, że B jest złodziejem. B pozywa A o zniesławienie. A broni się. Ława przysięgłych wydaje werdykt na korzyść powoda, z odszkodowaniem w wysokości 1000 funtów. Jest to niemalże równoznaczne z prawem zakazującym wszystkim, pod karą wysokiej grzywny, wyrażania opinii, że B jest złodziejem. Czy osłabia to wiarę całego świata w opinię, że B nie jest złodziejem? Według pana Milla nikt nie może mieć racjonalnej pewności w tej sprawie, chyba że każdy ma absolutną swobodę w zaprzeczaniu prawomyślnej opinii. Z pewnością tak nie może być<sup>55</sup>.

W powyższym przykładzie A, rzucając fałszywe oskarżenie, z pewnością przyczynił się do powstania krzywdy u B.

Wątpliwości Stephena budzi powiązanie ewentualnego ograniczenia wolności słowa z rzekomą nieomyślnością. Zastrzeżenia rodzić może także proponowany przez Milla zasięg wolności słowa, obejmujący zasadniczo również wypowiedzi w pewnym sensie krzywdzące (jak chociażby w słynnym przykładzie dotyczącym handlarza zbożowego<sup>56</sup>). Stanowczo, ale nie bez racji wskazuje Russell Kirk w swoim artykule o libertarianizmie, Stephenie i Millu, że „Trzeba być skończonym szaleńcem, żeby tolerować każdy rodzaj opinii, w każdej sprawie, tylko w imię kultu abstrakcyjnej «wolności». Opinia bowiem łatwo znajduje swój wyraz w działaniu, a fanatycy, których tolerowaliśmy nie będą nas tolerować, gdy znajdą się u władzy”<sup>57</sup>.

Z drugiej jednak strony, gdy pierwszeństwo będzie miała formalna zasada krzywdy, trudno będzie, nie dodając do niej żadnych szczególnych warunków stosowania, znaleźć jej granice. We współczesnej debacie problemem, w którym stykają

---

<sup>54</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 33. Jest to Stephena rekonstrukcja poglądów Milla na temat braku dobrego uzasadnienia dla jakiegokolwiek cenzury. Zob. J.S. Mill, *O wolności...*, s. 26-64.

<sup>55</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 34.

<sup>56</sup> Zdaniem Milla nie można prześladować opinii, że „handlarze zboża przyprawiają o śmierć głodową ubogich”, J.S. Mill, *O wolności...*, s. 65.

<sup>57</sup> R. Kirk, *Libertarianie: szczebioczący sekciarze*, tłum. Ł. Świącicki, „Societas et Ius” 2017, nr 6, s. 232. Kirk pisze w tym kontekście o nazistach: „Gwałtowny bieg wydarzeń w naszym stuleciu dostarczył dowodu dla argumentu Stephena. Czy świat stał się lepszy dzięki swobodnej dyskusji nazistowskiej tezy, że Żydzi winni być traktowani gorzej niż ludzie?”. W tym kontekście można jednakże przywołać opinię G. Marshalla, iż „[Mill] Przepuszczalnie chciał powiedzieć, że jeśli czyn jest krzywdzący lub szkodliwy dla innych lub społeczeństwa, społeczeństwo może słusznie uznać go za przestępstwo i stłumić takie akty mowy, które są tak ściśle związane z popełnieniem czynu, że stanowią jego część lub mogą być uważane za próby wykonania czynu”, zob. idem, *Constitutional Theory*, Oxford 1971, s. 157.

się kwestie wolności słowa i krzywdy, jest na przykład przestępstwo obrazy uczuć religijnych. Gdyby stosować zasadę krzywdy całkowicie konsekwentnie, obraza uczuć mogłaby zdecydowanie zwiększyć swój zasięg<sup>58</sup>. Nils Holtug twierdzi, że objęcie cenzurą książek kontestujących religię mogłoby uchronić osoby wierzące (Holtug pisze o muzułmanach) przed doznaniem krzywdy, a tym samym – doprowadzić do tak dużej redukcji krzywdy wśród znacznej części społeczeństwa, że przewyższałaby ona zysk płynący z wolności słowa<sup>59</sup>. A jednak państwo liberalne powinno tę wolność chronić. Zdaje się, że państwo liberalne – przynajmniej takie, jakie być powinno – musi respektować pewne wolności, niezależnie od ich potencjalnego wpływu na zwiększenie krzywdy lub niezadowolenia.

Można by także spróbować traktować zasadę krzywdy jako dotyczącą wyłącznie szkody w sensie fizycznym<sup>60</sup>. W tym przypadku jednak powstaje m.in. problem mowy nienawiści. Brak jest bowiem pewności, czy lepszym byłoby społeczeństwo, w którym krzywdy „niefizyczne”, ale odnoszące się do dóbr osobistych, a nawet godności określonych grup społecznych, pozostawałyby poza prawną protekcją. Wydaje się zatem, że szeroko rozumiana zasada krzywdy może obejmować zbyt wiele czynów, zaś zasada całkowitej wolności słowa zbyt mało. Koniecznym może więc okazać się albo stworzenie wyrafinowanego pojęcia krzywdy<sup>61</sup>, albo też znalezienie innego kryterium.

Oprócz niezgodności z utylitaryzmem oraz wątpliwości związanych z nieskrępowaną wolnością słowa, Stephen podnosi jeszcze jeden zarzut przeciwko koncepcji Milla. Wynika on wprawdzie *implicite* z całości prowadzonych przez niego

---

<sup>58</sup> F. Schauer: „Jeśli wolność słowa jest pojmowana jako chroniona, ponieważ nie powoduje szkody w odpowiednim sensie, takie rozumienie może (i to również jest twierdzeniem empirycznym) sprzyjać pogładowi, że chroniona jest tylko niekrzywdząca mowa [*harmless speech*]. A jeśli jest ona chroniona tylko dlatego, że jest niekrzywdząca (...), to można zbyt łatwo pomyśleć o nieszkodliwości jako o koniecznym warunku ochrony, a zatem o szkodliwości jako o warunku wystarczającym do regulacji”, idem, *On the Relationship...*, s. 592.

<sup>59</sup> N. Holtug, *The Harm Principle*, „Ethical Theory and Moral Practice” 2002, vol. 5, nr 4, s. 367.

<sup>60</sup> Tak np. J. Pontin, *Free Speech in the Era of Its Technological Amplification*, „Technology Review” 2013, <https://www.technologyreview.com/2013/02/20/179799/free-speech-in-the-era-of-its-technological-amplification/> (dostęp: 28.11.2020 r.), który stwierdza, że jedyną możliwą do przyjęcia wersją zasady krzywdy jest ta, w której „krzywda» jest interpretowana jako krzywda fizyczna lub handlowa, ale która wyklucza obrazę osobistą, religijną lub ideologiczną”. Jak również wskazuje R.A. Epstein, „Wersja Pontina jest w całkowicie poprawna w zakresie, w jakim wyklucza «przestępstwo religijne lub ideologiczne» z kategorii tego, co prawnicy nazywają «dającymi się rozpoznać» krzywdami”, zob. idem, *The Incompleteness of the Harm Principle*, „Technology Review” 2013, <https://www.technologyreview.com/2013/04/26/83690/the-incompleteness-of-the-harm-principle/> (dostęp: 28.11.2020 r.)

<sup>61</sup> M.C. Bell, *John Stuart Mill's Harm Principle and Free Speech: Expanding the Notion of Harm*, „Utilitas” 2020, s. 162-179.



rozważań, jednak łączy się ściśle i bezpośrednio z przypisywanym mu prawnym moralizmem. Otóż, po pierwsze, Stephen nie uznaje za klarowny podział czynów na te dotyczące wyłącznie sprawcy i na te, które dotyczą innych osób. Nie można więc precyzyjnie ograniczyć dopuszczalnego zakresu zainteresowania opinii publicznej oraz prawa wyłącznie do czynów należących do drugiej kategorii. Autor *Liberty, Equality, Fraternity* stwierdza, że „próba rozróżnienia między aktami dotyczącymi samego siebie a działaniami dotyczącymi innych jest jak próba rozróżnienia między aktami, które mają miejsce w czasie a aktami, które zachodzą w przestrzeni. Każde działanie ma miejsce w jakimś czasie i miejscu i w podobny sposób każdy czyn, który robimy, wpływa lub może wpływać na nas i innych”<sup>62</sup>. W konsekwencji, uznaje on rzeczzone rozróżnienie za „błędne i bezpodstawne”<sup>63</sup>. Co więcej, ten konceptualny błąd sprawia, że tak naprawdę zasada krzywdy nie może spełniać swojej zamierzonej funkcji limitującej ustawodawstwo karne do aktów dotyczących innych niż sprawca osób. Jeżeli bowiem każde zachowanie może odnosić się tak do nas samych, jak i do innych, to funkcja ograniczająca jest tylko fikcją<sup>64</sup>.

Po wtóre, wydaje się, że nawet jeżeli udałoby się rozgraniczyć te dwie sfery, to dla Stephena prawo w ogóle, a prawo karne w szczególności nie sprowadza się do zapobiegania szkodzeniu innym. Krzywda nie jest więc sama w sobie czynnikiem decydującym o uruchomieniu prawnej procedury; nie jest jako taka przyczyną, ze względu na którą należy stosować prawo karne. Stephen broni zasady, wedle której „istnieją akty niegodziwości tak rażące i oburzające, że niezależnie od samoobrony należy im zapobiegać, na ile to możliwe, bez względu na koszty dla sprawcy, a jeśli wystąpią, karać z przykładową surowością”<sup>65</sup>. Jak już wspomniano, społeczeństwo poprzez stanowione przez siebie prawo powinno „promować cnotę i ograniczać występki”<sup>66</sup>, chroniąc tym samym – co warto podkreślić – „publiczne i przyjęte standardy moralne przed rażącym i jawnym naruszeniem”<sup>67</sup>.

Z tak rozumianym pojęciem przestępstwa związane jest również podejście Stephena do kwestii kary. Uważa on, iż karanie czynów przestępnych można rzecz jasna uzasadnić odwołując się do konieczności zapobiegania krzywdy, ale nie oddaje to istoty

---

<sup>62</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 169.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> M.S. Moore, *A Tale of Two Theories*, „Criminal Justice Ethics” 2009, vol. 28, nr 1, s. 28.

<sup>65</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 86.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibidem.

sprawy. Ta bowiem polegać ma na zadośćuczynieniu, poprzez karę, poczuciu nienawiści, oburzenia czy też – jak wspomniano wcześniej – zemsty, pojawiających się w każdym „zdrowym umyśle”<sup>68</sup> jako reakcja na niemoralność występku. Jako koronny dowód na poparcie swojej argumentacji, Stephen podaje powszechnie przyjęte zasady dotyczące orzekania w zakresie wymiaru kary. Jak przekonuje, „Jeżeli zemsta wpływa i powinna wpływać na wysokość kary, każda okoliczność, która pogłębia lub łagodzi niegodziwość czynu, będzie skutkować zaostrzeniem lub złagodzeniem kary. Jeżeli zaś celem kary jest po prostu zapobieganie określonym czynom, do tego nie dojdzie”<sup>69</sup>. Prawnik po raz kolejny proponuje wyobrażenie sobie hipotetycznej sytuacji. Sędzia ma przed sobą dwóch przestępców: pierwszy (A) jest człowiekiem słabo wykształconym, potrzebującym, uległym, nieświadomym, który ustąpił silnej pokusie i popełnił czyn zabroniony pod wpływem drugiego (B), będącego człowiekiem z wyższych sfer, dobrze wykształconym i poważanym, który wstąpił na przestępczą drogę bez dającej się wytłumaczyć motywacji. Stephen stawia tezę, że ze względu na mniejsze moralne przewinienie, każdy sędzia, jeżeli w ogóle dokonywałby rozróżnienia, orzekłby niższą karę wobec pierwszego z oskarżonych. Gdyby jednak abstrahować od kwestii moralnych i skoncentrować się wyłącznie na zapobieganiu krzywdzie, rozumowanie sędziego wyglądałoby następująco:

Ty, A, jesteś najbardziej niebezpiecznym człowiekiem. Jesteś ignorantem, jesteś zdeprawowany i jesteś szczególnie podatny na popełnienie przestępstwa poprzez namowy lub wpływ takich osób, jak twój współnik B. Tego rodzaju wpływy stanowią dla ludzi takich jak ty pokusę praktycznie prawie nie do odparcia. (...) Z tych powodów muszę położyć na przeciwnej wadze tak ciężki ciężar, jak tylko potrafię, a wyrok sądu wobec ciebie jest taki, że zostaniesz zabrany na miejsce, skąd przyszedłeś i stamtąd na miejsce egzekucji, i że tam zawieszysz, aż będziesz martwy. Co do ciebie, B, jesteś niewątpliwie nikczemnym łajdakiem. Pomiędzy tobą a twoim narzędziem A, moralnie rzecz biorąc, nie może być żadnego porównania. Ale to nie moja sprawa. Należysz do małej i niebezpiecznej klasy. Pokusa, której się poddałeś, była niewielka, a sądząc po twoim zachowaniu, naprawdę nie przejmowałeś się zbytnio, czy popełniłeś to przestępstwo, czy nie. Z moralnego punktu widzenia może to zwiększyć twoją winę; ale to pokazuje, że motyw do przewyciężenia jest w twoim przypadku słabszy niż w przypadku A. Ponadto należysz do [wysokiej – K.J.] klasy i zajmujesz pozycję w społeczeństwie, w której istnieje obawa bycia zdemaskowanym oraz obawa utraty reputacji. Będziesz musiał tego zaznać. Twoja sprawa jest bardzo dziwna i jest mało

---

<sup>68</sup> Ibidem, s. 81.

<sup>69</sup> Ibidem, s. 80.

prawdopodobne, że zechcesz ponownie popełnić takie przestępstwo lub że inni pójdą za twoim przykładem. Podsumowując, myślę, że to, co się wydarzyło, powstrzyma innych od takiego postępowania tak samo, jak rzeczywista kara<sup>70</sup>.

Stopień wyrządzonego moralnego zła, a nie zapobieganie krzywdzie powinien mieć zatem (i faktycznie ma) kluczowe znaczenie dla sprawiedliwego wyrokowania. Gdyby liczyło się bowiem samo powstrzymanie szkody, przestępcę B, którego niemoralność i zuchwałość przewyższały ignorację A, należałoby uniewinnić. Konkludując te uwagi, stwierdza Stephen, że prawo karne działa nie tylko poprzez wytwarzanie strachu przed popełnieniem czynu, lecz także „pośrednio, ale bardzo silnie, poprzez nadanie wyraźnego kształtu uczuciu złości, i wyraźne zaspokojenie pragnienia zemsty, które zbrodnia pobudza w zdrowym umyśle”<sup>71</sup>. Bez wątplenia jest to oparcie zarówno pojęcia przestępstwa, jak i kary o aspekty moralne, a dokładniej – o moralnie słuszne oburzenie.

### 2.1.3 Czy Hart się mylił? Cz. I

#### 2.1.3.1 Różna moralność

Odnosząc się do kwestii poruszanych w rozdziale pierwszym, można zastanowić się nad moralnym elementem prawnego moralizmu Stephena. Nasuwa się bowiem pytanie: Czy uznanie prawa społeczeństwa do promowania cnoty wśród jednostek oznacza jednocześnie przyznanie nadrzędnej roli popularnemu w danym społeczeństwie pojmowaniu moralności? Taką właśnie interpretację książki *Liberty, Equality, Fraternity* zaproponował Herbert L.A. Hart. Pogląd ten został następnie przyjęty przez dużą część późniejszych badaczy piszących o Stephenie. Przykładowo, Michael S. Moore określa teorię Stephena mianem *a majoritarian theory*, przy czym przez termin *majoritarianism* rozumie on pogląd, że „to powszechna moralność powinna mieć swoje odzwierciedlenie w treści prawnokarnej legislacji, (...) a nie najlepsza teoria ustawodawcy odnośnie do prawdziwej moralności”<sup>72</sup>. Podobnie Adrian Vermeule przywołuje fragment *Liberty, Equality, Fraternity*, w którym Stephen aprobejuje rozwiązywanie politycznych konfliktów metodą większościowego głosowania, nie zaś wolną dyskusją<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Ibidem, s. 80-81.

<sup>71</sup> Ibidem, s. 81.

<sup>72</sup> M.S. Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford 2012, s. 69.

<sup>73</sup> [P]arliamentary government is simply a mild and disguised form of compulsion. We agree to try strength by counting heads instead of breaking heads, but the principle is exactly the same. . . . The minority gives way not because it is wrong, but because it is convinced that it is a minority. A. Vermeule, *The force of*

Uwaga Moore'a przypomina w dużym stopniu komentarz Harta. W przywoływanej na początku niniejszego rozdziału książce *Law, Liberty and Morality* Hart dokonuje rozróżnienia na moralność pozytywną<sup>74</sup> i moralność krytyczną. Ta pierwsza stanowi zbiór zaakceptowanych i rozpowszechnionych w społeczeństwie reguł moralnych, z kolei druga to generalne zasady (np. filozoficzne, naukowe, religijne) stosowane przy krytyce zakorzenionych w danej wspólnocie norm społecznych, w tym również norm moralności pozytywnej<sup>75</sup>. Ponadto podstawą moralności pozytywnej ma być społeczna konwencja, natomiast moralność krytyczna odwołuje się do uzasadnień obiektywnych<sup>76</sup>. Oczywiście, zasada krzywdy powinna zostać uznana w świetle powyższego za wyraz moralności krytycznej. Jak pisze Hart, „Utylitarysta, który upiera się, że prawo powinno karać tylko te aktywności, które są szkodliwe, przyjmuje to jako zasadę krytyczną, i czyniąc to, pozostaje obojętny wobec kwestii, czy utylitarna moralność jest czy też nie jest już zaakceptowana jako moralność pozytywna społeczeństwa, do którego stosuje on swoje krytyczne zasady”<sup>77</sup>. W klasycznej już książce *Pojęcie prawa*<sup>78</sup> różnicę między moralnością krytyczną a pozytywną oddaje następujący fragment:

Pogląd, że istnieje jakiś konieczny związek prawa i moralności, czasem nie jest niczym innym jak tylko stwierdzeniem, że *dobry* system prawa musi zgadzać się w pewnych punktach (...) z wymaganiami sprawiedliwości i moralności. Ktoś może uznać to za truizm. Nie jest to jednak tautologia, gdyż w krytycznej ocenie prawa może pojawić się niezgodność zarówno co do kwestii właściwych wzorców moralnych, jak i wymaganych szczegółów zgodności. Czy moralność, z którą prawo musi się zgadzać, jeśli ma być dobre, oznacza akceptowaną moralność grupy, w której dany system prawa funkcjonuje, nawet jeśli opiera się ona na przesądach lub wyklucza niewolników czy inne grupy poddanych z jej dobrodziejstw i ochrony? Lub czy moralność oznacza wzorce światłe w tym sensie, że oparte na racjonalnych przeświadczeniach w kwestiach faktów oraz akceptujące wszystkich ludzi jako uprawnionych do równego traktowania i szacunku?<sup>79</sup>

---

majority rule, [w:] S. Novak, J. Elster, *Majority Decisions Principles and Practices*, Cambridge 2014, s. 133.

<sup>74</sup> Podział ten widzieliśmy już u J. Austina. Zob. też H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Nowy Jork 2008, s. 183.

<sup>75</sup> K. Jesiołowski, *Koncepcja moralności publicznej Lorda Patricka Devlina a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 22, s. 42; S. Wall, *Enforcing Morality*, „Criminal Law and Philosophy” 2013, nr 7, s. 456.

<sup>76</sup> D.J. Baker, *The Moral Limits of Consent as a Defense in the Criminal Law*, „New Criminal Law Review” 2009, vol. 12, nr 1, s. 95.

<sup>77</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 23.

<sup>78</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2020.

<sup>79</sup> *Ibidem*, s. 313.

Hart postrzega Stephena jako stronnika prawnego wymuszania moralności pozytywnej, tj. opartej o przekonania danego społeczeństwa. Na potwierdzenie swej tezy przytacza on dwa kluczowe cytaty z *Liberty, Equality, Fraternity* oraz *A History of the Criminal Law of England*<sup>80</sup>. Na pierwszy rzut oka wydawać się może, że niepodważalnie świadczą one o jej słuszności. Jak bowiem twierdzi Stephen,

We wszystkich przypadkach ustawodawstwo powinno być dostosowane do aktualnego poziomu moralności w czasie i kraju, w którym jest stosowane. Nie można karać niczego, czego opinia publiczna, wyrażona w powszechnej praktyce społecznej, nie potępia stanowczo i jednoznacznie. Próba zrobienia tego jest pewnym sposobem na wywołanie hipokryzji i wścieklej reakcji. Aby móc ukarać, większość moralna musi być przytłaczająca. Prawo nie może być lepsze niż naród, w którym istnieje, jednak może i potrafi chronić uznany standard moralny i może stopniowo zwiększać swoją surowość wraz ze wzrostem tego standardu. Karzemy z najwyższą surowością praktyki, które w Grecji i Rzymie pozostawały prawie bez cenzury. Możliwe, że nadejdzie czas, w którym będzie się wydawać naturalnym i słusznym karanie cudzołóstwa, uwodzenia, a może nawet rozpusty, ale ta perspektywa jest obecnie nieskończenie odległa i można wątpić, czy zmierzamy w tym kierunku<sup>81</sup>.

Ponadto w drugiej z wymienionych książek dodaje on, iż „prawny wyrok jest tym dla uczuć moralnych społeczeństwa w odniesieniu do każdego przestępstwa, czym pieczęć dla gorącego wosku”<sup>82</sup>. Zaznacza również, że prawo karne „opiera się na zasadzie, że moralnie słusznym jest nienawiść do przestępców”<sup>83</sup>. Hart w tym kontekście podkreśla, iż w ujęciu Stephena społeczeństwo odznacza się znacznym stopniem moralnej solidarności, w związku z czym głęboko odczuwa ono każde naruszenie swojego kodeksu moralnego<sup>84</sup>.

W tym miejscu pojawia się pytanie, czy w prawnym moralizmie Stephena rzeczywiście chodzi wyłącznie o naruszenie kodeksu moralnego danego społeczeństwa. Całościowe spojrzenie na *Liberty, Equality, Fraternity* prowadzi bowiem do wniosku przeciwnego. Jak już wspomniano, Stephen wyraźnie sympatyzuje z koncepcją „utilitaryzmu szerszego rodzaju”, którą uznaje za najlepszy test dla moralności. Trudno oprzeć się wrażeniu, że zakłada on obiektywną wartość pewnych poglądów na problemy

---

<sup>80</sup> J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Londyn 1883.

<sup>81</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 84.

<sup>82</sup> J.F. Stephen, *A History...*, t. II, s. 81.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 62.

moralne. Przykładowo, jurysta argumentuje, że „moralność zależy od religii”<sup>85</sup>. Ewentualny prawny zakaz zaprzeczania istnieniu Boga uzależnia z kolei od trzech kwestii: celu, wybranych środków do jego realizacji oraz kosztów jego osiągnięcia. Jeśli chodzi o cel, jakim jest rzeczony zakaz, prawnik nie ma najmniejszych wątpliwości, że jest słuszny. Stephen podkreśla przy tym ważność przekonań o prawdziwości religijnych doktryn, albowiem „Jeśli te przekonania są zwykłymi urojeniami, życie jest o wiele bardziej uboższe i nieistotne; ludzie są istotami znacznie mniej ważnymi; kłopoty, niebezpieczeństwo i fizyczny ból są o wiele większym złem, a roztropność cnoty jest o wiele bardziej wątpliwa niż dotychczas przypuszczano”<sup>86</sup>. Bez prawd religijnych, zdaniem Stephena, celem życia byłoby „pić i jeść”<sup>87</sup>.

Po wtóre, przyjęcie, że wszelkie stosowanie prawa (zwłaszcza karnego) powinno mieć oparcie w przekonaniach społecznych, nie musi oznaczać, że to właśnie moralność społeczna (pozytywna) powinna być jako taka aplikowana. W świetle koncepcji Stephena mogłaby to być moralność krytyczna, wywiedziona z reguł utilitaryzmu szerszego rodzaju, która została już jednak w znacznym stopniu zaakceptowana społecznie. Byłaby to zatem moralność krytyczna obowiązująca jako moralność pozytywna. Publiczne potępienie danego czynu wydaje się więc być warunkiem koniecznym dla samej możliwości pojawienia się moralistycznej legislacji, lecz jednocześnie niewystarczającym. Drugim warunkiem jest zgodność z moralnością krytyczną (proponowaną przez Stephena specyficzną moralnością utilitarną)<sup>88</sup>.

Powyższą interpretację potwierdza także wewnętrzna logika wyводу Stephena. Duża część jego książki poświęcona jest problemowi moralnego udoskonalaniu człowieka – czy to za pomocą ustaw, czy też opinii publicznej<sup>89</sup>, kwestii w jakim stopniu ludzie „mogą i powinni być urabiani do bycia cnotliwymi”<sup>90</sup> oraz tezie, że „cel, jakim jest promowanie cnoty i zapobieganie występкови, musi być uznany zarówno za dobry, jak i dostatecznie zrozumiały dla zamiarów legislacyjnych”<sup>91</sup>. Gdyby rzecz polegała wyłącznie na ochronie zastanego moralnego *status quo*, niemożliwym byłoby legislacyjne umoralnianie, lecz jedynie konserwowanie.

---

<sup>85</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 133.

<sup>86</sup> *Ibidem*, s. 47.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> R.A. Duff, *The Realm of Criminal Law*, Nowy Jork 2018, s. 78-79.

<sup>89</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 28-29, 79.

<sup>90</sup> *Ibidem*, s. 75.

<sup>91</sup> *Ibidem*, s. 78.

Podobnie fragment, że nie wolno karać niczego, co nie jest potępiane „stanowczo i jednoznacznie” przez opinię publiczną, został przez Harta potraktowany bez osadzenia w całości prowadzonych rozważań. Być może jest to poniekąd wina samego Stephena, który nie wyraża swej myśli w sposób dostatecznie precyzyjny. Niemniej warto zniuansować nieco przytaczany przez Harta cytat i przywołać liczne fragmenty wskazujące na to, iż rozpowszechnione w danym społeczeństwie opinie na temat moralności nie są kryterium rozstrzygającym. Nie jest nim również wymóg stawiany ustawodawcy, aby „promował w równej mierze szczęście każdej osoby”. Przeciwnie, „Ustawodawca mówi swoim poddanym: «powinniście», moralista mówi swoim słuchaczom lub czytelnikom – radzę wam – żyć tak lub tak; ale każdy zwraca się do grona ludzi, których uważa za całość, którym to ma narzucić lub zasugerować sposób życia, który chce, aby przyjęli, a nie sposób, który w założeniu chcieliby oni przyjąć”<sup>92</sup>. Dlatego też pojęcie szczęścia, będące testem dla prawa ustanawianego przez ustawodawcę, nie ocenia się według opinii społeczeństwa, do którego skierowane są prawa, lecz według przyjętej przez legislatora miary, przy czym miarą właściwą jest – jak już nadmieniono – specyficzny rodzaj utilitaryzmu. Ostatecznie Stephen formułuje następującą zasadę: „Ustawodawca jest zawsze zobowiązany do zwracania najwyższej uwagi na życzenia swoich poddanych, choć w szczególnych przypadkach może im się przeciwstawić, przeciwdziałać, a niekiedy nawet zmienić”<sup>93</sup>. Wbrew przyjętym w literaturze poglądom, nie sposób stwierdzić więc, że jest to pochwała prawnego moralizmu mającego u swoich podstaw moralność pozytywną czy też bezrefleksyjny *majoritarianism*.

Jak zatem można rozumieć fragment *Liberty, Equality, Fraternity*, do którego odwołuje się Hart? Wydaje się, iż uzasadnione jest spostrzeżenie poczynione przez Marc O. DeGirolamiego, że argumenty Stephena często wyjmowane są z ich kontekstów, co z kolei sprawia, że analiza jego myśli nie jest przeprowadzana w sposób dokładny<sup>94</sup>. Tymczasem kontekstem, w jakim pojawia się problematyczny cytat, jest ustanowienie przez Stephena kilku zasad ograniczających do pewnego stopnia zakres działania utilitarnego prawnego moralizmu. Prawnik zauważa między innymi, że „ani ustawodawstwo, ani opinia publiczna nie powinny być wścibskie”, podnosi, iż konieczne jest zachowanie umiaru w stosowaniu prawnych mechanizmów, a także podkreśla

---

<sup>92</sup> Ibidem, s. 129.

<sup>93</sup> Ibidem, s. 129.

<sup>94</sup> M.O. DeGirolami, *Against Theories of Punishment: The Thought of Sir James Fitzjames Stephen*, „Ohio State Journal of Criminal Law” 2012, vol. 9, s. 712-713.

konieczność ochrony prywatności<sup>95</sup>. Wymienione wytyczne współgrają z innymi uwagami Stephena, jak chociażby stwierdzeniem, że prawo karne powinno być traktowane jako *ultima ratio*<sup>96</sup> oraz że należy się nim posługiwać z wielką ostrożnością<sup>97</sup>. Zastrzeżenia te należy traktować jako swoiste reguły limitujące zasięg dopuszczalnej legislacji lub też dyrektywy nakazujące uwzględnianie pewnych ważnych (także z punktu widzenia moralności krytycznej) okoliczności. Jedną z nich jest również – jak można wywnioskować z rzeczonego cytatu – potrzeba wzięcia pod uwagę społecznych przekonań (moralności pozytywnej) w procesie ważenia celów, środków i kosztów ustawodawstwa. Z pewnością natomiast nie jest to bezwarunkowa aprobata narzucania wszelkich, choćby nawet rażąco niezgodnych z moralnością krytyczną, wzorców moralności społecznej.

### 2.1.3.2 Sztuka legislacji i sztuka orzekania

Obok próby podważenia moralnej strony prawnego moralizmu Stephena, Hart wysuwa obiekcję dotyczącą błędnego wnioskowania. Jak już wskazano, Stephen dowodzi inherentnej relacji między prawem karnym i moralnością, przywołując przykład sędziowskiego rozumowania w kontekście uzasadnienia wysokości kary. Im poważniejsza pod względem moralnym wina, tym wyższa pod względem prawnym kara. Co więcej, w większości systemów prawa karnego wymiar kary uzależniony jest także od właściwości osobistych sprawcy, jego dotychczasowego sposobu życia czy też zachowania po popełnieniu przestępstwa. Hart stwierdza jednakże, iż łączenie reguł w zakresie wymierzania kary i ustalania jej wysokości z zasadami pożądanej legislacji jest argumentem *non sequitur*. Innymi słowy, zdaniem autora *Pojęcia prawa*, z moralnej oraz prawnej gradacji kar nie wynika uzasadnienie dla prawnego moralizmu rozumianego jako teoria legislacji. Zaznacza on, że pytania o zasadność karania poszczególnych rodzajów czynów oraz o sprawiedliwą wysokość kar za różnego rodzaju czyny, są zupełnie oddzielnymi i niezależnymi od siebie kwestiami<sup>98</sup>. Dlatego też, „ci, którzy przyznają, że powinniśmy starać się dostosować surowość kary do moralnego ciężaru przestępstw, nie są tym samym zobowiązani do przyjęcia poglądu, że karanie jedynie ze względu na niemoralność jest usprawiedliwione”<sup>99</sup>. Według Harta, można w sposób całkowicie spójny twierdzić, że jedynym uzasadnieniem dla systemu karania jest chęć

---

<sup>95</sup> J.F. Stephen, *Liberty...*, s. 84.

<sup>96</sup> Ibidem, s. 88.

<sup>97</sup> Ibidem, s. 72.

<sup>98</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 36.

<sup>99</sup> Ibidem, s. 37.



zapobiegania krzywdom i że tylko czyny skutkujące krzywdą powinny podlegać karze, a jednocześnie zgadzać się, że przy określaniu wymiaru kary powinno się brać pod uwagę stopień moralnej niegodziwości sprawcy<sup>100</sup>.

Warto jednakże przyjrzeć się bliżej przesłankom, na których opiera się jurysta. Przy dokładniejszej analizie muszą one budzić bowiem poważne wątpliwości. W tym kontekście za kluczową uznać należy niżej przedstawioną myśl:

Istnieje wiele powodów, dla których moglibyśmy chcieć stopniować wagę przestępstw na podstawie powszechnych ocen ich względnej niegodziwości. Jednym z powodów jest to, że taki konflikt jest niepożądany z prostych względów utylitarnych; mogłoby to albo pogmatwać sądy moralne, albo skompromitować prawo, albo jedno i drugie<sup>101</sup>.

Słusznie zauważa Jeffrie G. Murphy, że odwołanie się Harta do utylitaryzmu sprawia, iż paradoksalnie to jego argument staje się *non sequitur*<sup>102</sup>. Jeżeli niemoralność czynu, oceniana według kryteriów przyjętych w danym społeczeństwie, ma uzasadniać wysokość orzekanej kary, a tym samym – zawęzić stopień wolności jednostki, to dlaczego nie może ona limitować indywidualnej wolności przy samym definiowaniu czynów przestępnych? Nie jest przecież jasne, czy w przypadku ograniczenia ustawodawstwa jedynie do zapobiegania szkodom, również nie mogłoby dojść do „pogmatwania sądów moralnych” albo „skompromitowania prawa” wśród opinii publicznej. Wydaje się, że zdaniem Stephena takie konsekwencje należy brać pod rozwagę, w związku z czym na gruncie utylitaryzmu pytania o gradację kary i pojęcie przestępstwa nie są tak rozdzielne, jak sugeruje Hart, a wręcz przeciwnie – wynikają z tych samych przesłanek.

Drugim argumentem Harta mającym na celu uzasadnienie uzależnienia wysokości kary od wagi moralnego przewinienia jest konieczność urzeczywistnienia zasad sprawiedliwości lub inaczej bezstronności (tzn. reguły, że czyny podobne powinny być karane podobnie; czyny moralnie bardziej występne – surowiej, czyny mniej występne – łagodniej)<sup>103</sup>. Wydaje się jednak, że faktycznie jest to jedynie wymóg natury formalnej. Można bowiem wyobrazić sobie system prawa karnego spełniający warunki bezstronności i traktujący podobne przypadki w sposób podobny, abstrahujący

---

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> Ibidem, s. 36-37.

<sup>102</sup> J.G. Murphy, *A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality*, „Criminal Law and Philosophy” 2013, nr 7, s. 423.

<sup>103</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 37.

jednocześnie od jakiegokolwiek oceny moralnej. Na gruncie zasady krzywdy surowo karane mogłyby być te zachowania, których zapobieganie wymaga największych środków oraz największych wysiłków; nieco łagodniej zaś te, których zapobieganie odbywa się stosunkowo niewielkim trudem. Odwołanie do reguł bezstronności nie łączy się zatem bezpośrednio z wpływem moralności na wysokość grożącej kary.

Co więcej, jak w tym kontekście dodaje Murphy, całościowe odniesienie się przez Stephena do problemu kary i przestępstwa ma na celu pokazanie nieadekwatności zasady krzywdy do prawa karnego. Autor ten wskazuje, że prawny moralizm zaproponowany przez oponenta Milla może wyjaśniać, dlaczego wszystkie warunki, które zaliczają się do moralnej strony pojęcia *mens rea*, mają i powinny mieć prawne znaczenie, a sama kwestia krzywdy nie jest wystarczająca. Gdyby bowiem liczyła się wyłącznie krzywda (aktualnie powstała lub przyszła), to należałoby każdorazowo dowodzić, że działanie z premedytacją czy też nieokazanie przez sprawcę skruchy, zwiększyło w danym przypadku powstałą (lub oczekiwaną) krzywdę i dlatego zasługuje na wyższą karę niż tożsamy czyn popełniony w wyniku niedbalstwa albo przez sprawcę, który wyraził żal<sup>104</sup>. Nie zawsze będzie to jednak prawdą. Murphy pisze, iż każdy, kto czyta jego esej „jest znacznie bardziej narażony na śmierć przez kierowcę samochodu dopuszczającego się zaniedbania niż przez osobę, która obmyśla i planuje zabójstwo. Ponadto większość ludzi, którzy planują zabójstwo, zrobi to tylko w szczególnych okolicznościach, które prawdopodobnie nie pojawią się ponownie, a zatem stanowią oni niewielkie zagrożenie dla społeczeństwa w przyszłości. Jeśli krzywda jest wszystkim, na czym nam zależy przy tworzeniu systemu kar, to na pewno ukaralibyśmy zabójcę dopuszczającego się niedbalstwa bardziej surowo niż tego, który zabija z premedytacją”<sup>105</sup>. Jeżeli natomiast przyjmiemy stanowisko przeciwne i zaakceptujemy prawne znaczenie osobistej cnoty oraz moralnych defektów, to niechybnie powstaje pytanie, dlaczego nie miałyby one odgrywać roli również w samej sztuce legislacyjnej, to znaczy w definiowaniu czynów zasługujących na prawne potępienie. Jak widzieliśmy, utylitarna odpowiedź Harta nie jest w pełni satysfakcjonująca.

---

<sup>104</sup> J.G. Murphy, *A Failed...*, s. 422.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

## 2.2 Druga generacja prawnego moralizmu

### 2.2.1 Raport Wolfendena

Powstanie drugiej wersji prawnego moralizmu wiązać należy już bezpośrednio z debatą wybitnych jurystów: Herberta L.A. Harta i Patricka Devlina, prowadzoną na kanwie opublikowanego w 1957 r. tzw. Raportu Wolfendena<sup>106</sup> (*Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*) dotyczącego przestępstw homoseksualnych i prostytucji. Najważniejszą konkluzją płynącą z raportu była rekomendacja dekryminalizacji dobrowolnych stosunków seksualnych pomiędzy dorosłymi mężczyznami. Zaznaczyć przy tym należy, że w 1954 r., a zatem w czasie, kiedy komisja pod przewodnictwem Johna Wolfendena zaczynała obradować, wciąż obowiązywały przepisy wymierzone przeciwko homoseksualizmowi, jak również większość ustaw moralistycznych z epoki wiktoriańskiej. W odniesieniu do prostytucji funkcjonowała wspomniana wcześniej ustawa zakazująca „pospolitym prostytutkom” przebywania w miejscach publicznych lub arteriach komunikacyjnych w celu uprawiania nierządu lub nagabywania, powodujących uciążliwość (*annoyance*) dla mieszkańców lub pasażerów. Niektóre z nich zostały później objęte ustawą Sexual Offences Act z 1956 r. (a więc wydanej na rok przed opublikowaniem raportu), która konsolidowała przepisy dotyczące przestępstw seksualnych. Tak na przykład, w myśl Sexual Offences Act, przestępstwo sodomii, popełnione z innym człowiekiem lub zwierzęciem, mogło być karane nawet dożywotnim pozbawieniem wolności<sup>107</sup>, z kolei rażąca nieprzyzwoitość między mężczyznami, tak publiczna, jak i prywatna, zagrożona była karą do 2 lat pozbawienia wolności<sup>108</sup>. W literaturze wskazuje się, że rosnąca liczba postępowań karnych oraz głośne procesy sądowe stworzyły warunki do podjęcia dyskusji na temat sensowności utrzymywania tego rodzaju regulacji prawnych, co uzasadniało powołanie niezależnej komisji pod przewodnictwem Wolfendena<sup>109</sup>. Można zatem skonstatować, iż otoczenie prawne w momencie rozpoczęcia debaty Devlina z Hartem było podobne do

---

<sup>106</sup> Od nazwiska Johna Wolfendena, przewodniczącego komisji przygotowującej raport.

<sup>107</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/4-5/69/contents/enacted> (dostęp: 29.11.2020 r.), zob. sekcja 12 i Schedule nr 2; zob. też N.St. John-Stevás, *Life, Death and the Law; Law and Christian Morals in England and the United States*, Waszyngton 2002, s. 199.

<sup>108</sup> Sexual Offences Act 1956, sekcja 13.

<sup>109</sup> J. Meek, *Queer Voices in Post-War Scotland. Male Homosexuality, Religion and Society*, Londyn 2015, s. 40; F. Lafitte, *Homosexuality and the Law: The Wolfenden Report in Historical Perspective*, „The British Journal of Delinquency” 1958, vol. 9, nr 1, s. 8. Niemniej jednak, jak utrzymują Ch. Knight i K. Wilson, „Komitet pod przewodnictwem Sir Johna Wolfendena został początkowo utworzony w 1954 r. W celu przeglądu prawa dotyczącego prostytucji; ale dopiero po znacznej presji ostatecznie zgodził się na dodanie męskiego homoseksualizmu do zakresu swoich zadań”, zob. idem, *Lesbian, Gay, Bisexual and Trans People (LGBT) and the Criminal Justice System*, Londyn 2016, s. 45.

tego z czasów sporu Stephena z Millem<sup>110</sup>, niemniej jednak zmieniły się okoliczności społeczne i polityczne.

Jakkolwiek trudne do przecenienia są praktyczne wnioski wynikające z raportu odnoszące się do brytyjskiego prawa, zrywające z wielowiekową tradycją kryminalizacji czynów homoseksualnych, to dla niniejszych rozważań bardziej istotne pozostają konkluzje natury teoretycznej i filozoficznej. Zgodzić trzeba się z Krzysztofem Szczuckim, który zauważa, iż analiza poglądów zaprezentowanych w raporcie pozwala na uznanie, że przyjęto w nim założenia utylitarystyczne, w myśl których prawo karne jest jedynie narzędziem wykorzystywanym do zmniejszenia cierpienia<sup>111</sup>. Ponadto w raporcie oparto się o zasadę krzywdy, wskazującą, że kryminalizowane powinny być wyłącznie zachowania niosące szczególny rodzaj krzywdy wyrządzanej ofierze przestępstwa, a prawo karne potraktowano jako gałąź prawa powołaną do zapobiegania takim zachowaniom<sup>112</sup>.

Rzeczywiście, w raporcie zaznaczono, że głównym poczynionym w nim założeniem jest rozdział moralności prywatnej od kwestii, które „mogą wpływać na dobro publiczne”, a co za tym idzie – abstrahowano od czysto moralnej, społecznej czy psychologicznej problematyki homoseksualizmu i prostytucji<sup>113</sup>. Jedynym celem było znalezienie właściwej odpowiedzi na – jak się wydaje – niezależne od tych aspektów pytanie, dotyczące istoty przestępstwa oraz dopuszczalnego zakresu prawa karnego. Poszukiwano elementów stanowiących esencję tychże pojęć, przy czym chodziło o definicję substancjalną, nie zaś formalne określenie przedmiotu (np. w rodzaju stwierdzenia, że przestępstwem jest czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę). Autorzy raportu przyjęli więc, że funkcją prawa karnego jest „zachowanie porządku publicznego, ochrona obywatela przed tym, co obraźliwe lub szkodliwe, i zapewnienie wystarczającego zabezpieczenia przeciwko wyzyskowi i zepsuciu innych ludzi, zwłaszcza tym, którzy są szczególnie bezbronni, ponieważ są młodzi, słabi na ciele lub umyśle, niedoświadczeni lub w stanie szczególnej fizycznej, służbowej albo ekonomicznej zależności”<sup>114</sup>. Jego zadaniem nie jest zatem egzekwowanie norm jakiejś

---

<sup>110</sup> Reformy prawne zapoczątkować miał właśnie dopiero raport Wolfendena.

<sup>111</sup> K. Szczucki, *Kontratyp sztuki*, [w:] G. Blicharz, M. Delijewski (red.), *Wolność słowa. Współczesne wyzwania w perspektywie prawnoporównawcze*, Warszawa 2019, s. 108.

<sup>112</sup> *Ibidem*, s. 107-108.

<sup>113</sup> *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Londyn 1957, par. 12-13.

<sup>114</sup> *Ibidem*, par. 13.

konkretnej wizji moralności, lecz efektywna obrona dobra publicznego, rozumianego w wyżej wskazanym kontekście.

Z tej perspektywy jasnym jest, że homoseksualizm jako taki powinien pozostawać poza zasięgiem przepisów karnych. Wprawdzie przyznano, że istnieją przypadki czynów homoseksualnych, kiedy prawo może w uzasadniony sposób interweniować, ale są to wyjątki, w których kryminalizacja danych zachowań nie sprzeciwia się wyżej opisanym celom prawa karnego (np. penalizacja publicznego stosunku homoseksualnego albo stosunku z osobą małoletnią<sup>115</sup>). Inaczej jest natomiast z dobrowolnymi stosunkami homoseksualnymi między dorosłymi mężczyznami, odbywającymi się w warunkach prywatnych. Podkreślono przy tym, że występujące w społeczeństwie moralne przeświadczenie oraz silne negatywne odczucie odnośnie do zjawisk postrzeganych jako grzeszne, odrażające lub nienaturalne nie jest wystarczającą podstawą do naruszania prywatności jednostki i stosowania wobec niej prawa karnego<sup>116</sup>. Sama niemoralność czynu, a nawet jego potencjalny niekorzystny wpływ na życie rodzinne nie może rozstrzygać o jego kryminalizacji. Jak wskazano w raporcie, brytyjskie prawo nie karze za cudzołóstwo heteroseksualne lub stosunki lesbijskie, również przecież powszechnie potępiane ze względu na niemoralność oraz podważanie instytucji rodziny, dlatego też nie istnieją racjonalne powody dla specjalnego traktowania stosunków homoseksualnych pomiędzy mężczyznami. W konsekwencji, wyznaczona musi zostać „sfera prywatnej moralności i niemoralności, która ogólnie rzecz ujmując nie jest sprawą ustawodawstwa”<sup>117</sup>.

Tożsame konkluzje zawiera część raportu poświęcona prostytutce. Podkreślono w niej raz jeszcze, iż prostytutka jako taka nie powinna być przedmiotem zainteresowania prawa karnego, a jedynie ta „aktywność prostytutek i osób z nimi związanych, która narusza publiczny porządek oraz obyczajność, narażając zwykłego obywatela na to, co obraźliwe lub szkodliwe, albo pociąga za sobą wyzysk innych”<sup>118</sup>. Chodzi zatem o działania publiczne, widoczne i dotyczące bezpośrednio niezaangażowane w nie jednostki. Z abrobatą powołano się przy tym na raport Street Offences Committee z 1927 r., wyrażający pogląd, że „prawo nie dotyczy prywatnej moralności lub sankcji etycznej”, w związku z czym obejmuje ono swym zakresem wyłącznie zachowania

---

<sup>115</sup> Ibidem, par. 48-49.

<sup>116</sup> Ibidem, par. 54.

<sup>117</sup> Ibidem, par. 61.

<sup>118</sup> Ibidem, par. 227.

zewewnętrzne, naruszające prawa innych osób<sup>119</sup>. Ponadto przyjęto stanowisko, że osobiste moralne defekty nie powinny wpływać na ustawodawstwo. Zauważyć trzeba, że tę regułę potraktowano z dużą konsekwencją. Przykładowo, rozpatrując kwestię ewentualnej kryminalizacji korzystania z usług prostytutek, wskazano:

Przekazano nam z pewną stanowczością, że obecne prawo jest niesprawiedliwe, ponieważ wybiera specjalną klasę kobiet, nazywa je «pospolitymi prostytutkami» i przewiduje karę tylko dla nich, pozostawiając ich klientów bezkarnymi. Argumentuje się, że gdyby nie było klientów, nie byłoby prostytutek, a dążenie do ukarania prostytutki, podczas gdy mężczyzna jest bezkarny, jest zaprzeczeniem sprawiedliwości. Powinniśmy się zgodzić, że z moralnego punktu widzenia może być nieznaczna albo żadna różnica pomiędzy prostytutką a jej klientem. Ale jak wyjaśniliśmy powyżej (...), nie jest obowiązkiem prawa zajmowanie się niemoralnością jako taką. Gdyby zamiarem prawa było karanie prostytutki *per se*, na tej podstawie, że jest to zachowanie niemoralne, to słusznym byłoby, aby przewidywało ono karanie zarówno mężczyzny, jak i kobiety. Ale nie jest to funkcją prawa. Powinna ona ograniczać się do tych działań, które naruszają porządek publiczny i przyzwoitość lub narażają zwykłego obywatela na to, co jest obraźliwe lub szkodliwe; a oczywistym faktem jest, że prostytutki afiszują się powszednie i bardziej otwarcie niż ich przyszli klienci, a swoją stałą obecnością obrażają poczucie przyzwoitości zwykłego obywatela. Czyniąc to, stwarzają one uciążliwość, którą, naszym zdaniem, prawo może rozpoznać i z którą musi sobie poradzić<sup>120</sup>.

Na marginesie zaznaczyć można, iż powyższy przykład dobrze pokazuje, że powszechne poczucie sprawiedliwości i moralności może wejść w konflikt z teoriami legislacyjnymi skoncentrowanymi na pojęciu krzywdy lub szkody, co właśnie zdawał się sugerować Stephen. Dlatego też warto podkreślić, że w niektórych ustawodawstwach europejskich przyjęto zasadę odwrotną niż zalecaną w opisywanym raporcie i zdecydowano o kryminalizacji korzystania z usług prostytutek, wyłączając spod zasięgu prawa samą sprzedaż usług seksualnych. Taką regulację po raz pierwszy wprowadzono w 1999 r. w Szwecji (ustawa Kvinnofrid). Obecnie obowiązujący szwedzki kodeks karny, w sekcji 11. rozdziału 6. penalizuje zakup usługi seksualnej, przewidując grzywnę albo karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy.

Uwzględniając wszystkie te ustalenia, Komisja Wolfendena uznała, że nie istnieją powody do dalszego utrzymywania zakazu prywatnych dobrowolnych stosunków seksualnych pomiędzy dorosłymi mężczyznami. Rekomendowane zmiany w prawie

---

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> Ibidem, par. 257.

zostały ostatecznie wprowadzone w życie na mocy Sexual Offences Act 1967<sup>121</sup>. Warto podkreślić jednak, że legalność prywatnych i konsensualnych relacji homoseksualnych uzależniona była od spełnienia wymienionych w tej ustawie warunków, które różniły się od przewidzianych dla stosunków heteroseksualnych. Tak zatem, zgodę na tego typu aktywność wyrazić mogła osoba, która ukończyła 21 lat, przy czym dla heteroseksualistów wiek ten wynosił 16 lat<sup>122</sup>. Co więcej, ustawa stanowiła, iż prywatnymi stosunkami homoseksualnymi nie są te, w których uczestniczy lub przy których są obecne więcej niż dwie osoby. Prywatność, jak wprost zaznaczono, nie obejmowała także czynności seksualnych w publicznych (ogólnodostępnych, nawet za opłatą) toaletach. Naruszenie tych szczegółowych regulacji nadal mogło prowadzić do negatywnych konsekwencji karnych.

Natomiast odnośnie do prostytucji wskazać należy, że w raporcie Komisji Wolfendena znalazło się zalecenie usunięcia z ustawodawstwa karnego wymogu spowodowania przez prostytutkę uciążliwości (*annoyance*) dla mieszkańców lub pasażerów. Publiczne (widoczne dla ogółu) oferowanie seksualnych usług przez prostytutki, zdaniem Komisji, wpisuje się w dopuszczalny zakres karnej legislacji, a także współgra z wyszczególnionymi funkcjami prawa karnego oraz przyjętym w raporcie rozumieniem zasady krzywdy. Jak stwierdzono, nagabywanie w celach nierządnych jest tak oczywistym zakłócaniem porządku publicznego, że nie jest konieczne – podobnie jak w innych ewidentnych przypadkach naruszania tegoż porządku – wzywanie obywatela, aby wykazał, że dane zachowanie było dla niego uciążliwym<sup>123</sup>. Propozycja Komisji znalazła swój wyraz w przepisach ustawy Street Offences Act 1959<sup>124</sup>, zgodnie z którą „Przestępstwem jest włóczenie się (*loiter*) pospolitej prostytutki lub nagabywanie na ulicy lub w miejscu publicznym w celu prostytucji”. W myśl tego aktu prawnego nie było zatem konieczne wykazania szkody powstałej u konkretnego obywatela – założono ją niejako apriorycznie. Klientów prostytutek pozostawiono, jak dotychczas, poza sferą prawa karnego.

---

<sup>121</sup> [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/60/pdfs/ukpga\\_19670060\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/60/pdfs/ukpga_19670060_en.pdf) (dostęp: 30.11.2020 r.).

<sup>122</sup> *Report...*, par. 65.

<sup>123</sup> *Ibidem*, par. 255.

<sup>124</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/7-8/57/enacted> (dostęp: 30.11.2020 r.).

Aktualnie obowiązująca wersja tej ustawy nie posługuje się już pojęciem „pospolitej prostytutki”.

### 2.2.2 *The Enforcement of Morals*

W historii filozofii prawa, jako największy przeciwnik Raportu Wolfendena, zapisał się brytyjski sędzia lord Patrick Devlin, autor książki *The Enforcement of Morals*<sup>125</sup>, stanowiącej zbiór esejów na temat prawa i moralności. Zaznaczyć należy, że ostrze jego krytyki skierowane było przede wszystkim przeciwko filozoficznym podstawom, na których oparto konkluzje raportu, nie zaś konkretnie przeciwko dekryminalizacji stosunków homoseksualnych lub przepisom dotyczącym prostytucji. Rzecz jasna, pewne konkretne wnioski w zakresie obowiązującego prawodawstwa muszą wynikać z przyjętych fundamentów odnośnie do sfery legislacji. Niemniej wydaje się, że stanowisko Devlina sformułowane zostało w kontekście głębokiej niezgody z filozoficzno-prawnymi założeniami raportu, a nie partykularnej obrony regulacji definiujących jakiegokolwiek przestępstwo, w szczególności stosunki homoseksualne lub prostytucję. Podejście sędziego Devlina do problematyki prawnego wymuszania moralności trzeba zatem rozpatrywać biorąc pod uwagę szerszy kontekst.

Główną ideą przyjętą przez Komisję Wolfendena a odrzuconą w koncepcji Devlina jest postrzeganie prawa karnego jako z jednej strony zaledwie środka do ochrony jednostkowych uprawnień i interesów, z drugiej natomiast – sposobu obrony porządku publicznego. W świetle pierwszego poglądu pozbawionymi znaczenia pozostają wszelkie naciski społeczne na tematy *stricte* moralne, w myśl drugiego zaś prawne regulacje przypominają porządkowe ograniczenia w rodzaju przepisów drogowych, ukierunkowanych na osiągnięcie celu, jakim jest bezkonfliktowe funkcjonowanie społeczeństwa w pewnych określonych sytuacjach<sup>126</sup>. Tymczasem Devlin przekonuje, że prawo karne w rzeczywistości jest, a co więcej – powinno być – oparte o zasadę moralną. W celu uchylenia się od odpowiedzialności karnej nie wystarcza więc samo stwierdzenie, że dany czyn nie narusza praw pokrzywdzonego, gdyż został popełniony za jego zgodą. Reguła *volenti non fit iniuria* nie znajduje zastosowania w dużej części przypadków. Jurysta ilustruje to za pomocą następującego przykładu:

Z zastrzeżeniem pewnych wyjątków związanych z naturą poszczególnych przestępstw, prawo karne nigdy nie zezwala na wykorzystanie zgody pokrzywdzonego jako środka obrony. Przykładowo, w przypadku zgwałcenia zgoda usuwa element konieczny przestępstwa. Zgoda pokrzywdzonego nie jest jednakże obroną w przypadku zabójstwa. Przy popełnieniu w jakiegokolwiek formie napaści nie stanowi obrony stwierdzenie, że

<sup>125</sup> P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Nowy Jork 1975.

<sup>126</sup> P. Devlin, *Morals and the Criminal Law*, [w:] idem, *The Enforcement...*, s. 5.



ofiara uznała swoją karę za zasłużoną i dobrowolnie się jej poddała; ażeby bronić się skutecznie, oskarżony musi udowodnić, iż przysługiwało mu prawo do ataku oraz że skorzystał z niego w sposób racjonalny. Podobnie pokrzywdzony nie może wybaczyć swojemu agresorowi i zażądać od prokuratury zaniechania ścigania czynu zabronionego; prawo do *nolle prosequi* należy wyłącznie do Prokuratora Generalnego.

A zatem, gdyby prawo istniało dla ochrony jednostki, nie byłoby przecież powodu, dla którego powinna ona z niego skorzystać, jeśli by tego nie chciała. Powodem, dla którego człowiek nie może uprzednio zgodzić się na popełnienie przestępstwa przeciwko sobie, ani też później wybaczyć jego popełnienie, jest więc to, iż stanowi ono wykroczenie przeciwko społeczeństwu<sup>127</sup>.

Spółeczeństwo jako całość, co oczywiste, nie jest dotknięte przez przestępstwo w fizyczny, namacalny sposób. Co więcej, czyn zabroniony nie musi również powodować publicznych niepokojów czy też narażać osoby postronne na uciążliwości – wszystko może bowiem odbywać się w warunkach prywatnych. Zauważyć trzeba, że Devlin podaje w wątpliwość samą możliwość istnienia „moralności prywatnej, która nie jest sprawą ustawodawstwa”. Jak wskazuje, „Można argumentować, że jeśli czyjś grzech dotyczy tylko jego samego, to nie może to być sprawa społeczeństwa. Jeśli ktoś wybiera upijanie się w domu każdej nocy, czy czyjeś położenie, oprócz jego samego, pogarsza się? Ale przypuśćmy, że ćwierć albo połowa populacji upija się każdej nocy, jakiego rodzaju byłoby to społeczeństwo?”<sup>128</sup>. Ani zgoda pokrzywdzonego, ani niepubliczny sposób działania nie mogą być zatem uznane za linię obrony wyłączającą bezprawność przy wielu przestępstwach (na przykład w sprawach o zabójstwo). Uzasadnieniem tego stanu rzeczy jest, zdaniem Devlina, okoliczność, iż popełniając czyn zabroniony, sprawca łamie nie tylko jednostkowe uprawnienia albo ustanowione reguły spokoju publicznego, ale także wartości, na których jest ufundowane dane społeczeństwo (w przypadku zabójstwa tą wartością może być przekonanie o świętości ludzkiego życia)<sup>129</sup>. Dlatego też „Istnieje tylko jedno wyjaśnienie tego, co dotychczas było akceptowane jako podstawa prawa karnego, a jest nim to, że są pewne standardy zachowania lub zasad moralnych, których przestrzegania wymaga społeczeństwo; i naruszenie ich stanowi wykroczenie nie tylko przeciwko osobie pokrzywdzonej, ale społeczeństwu jako całości”<sup>130</sup>. Słuszność tego wniosku potwierdzać ma również głębsza analiza też

---

<sup>127</sup> Ibidem, s. 6.

<sup>128</sup> Ibidem, s. 14.

<sup>129</sup> Ibidem, s. 6.

<sup>130</sup> Ibidem, s. 6-7.

zawartych *implicite* w krytykowanym Raporcie Wolfendena. Jeżeli bowiem prostytutka jest sprawą prywatną, a nie kwestią ustawodawstwa, to dlaczego w raporcie nie rekomenduje się chociażby depenalizacji sutenerstwa?<sup>131</sup> w opinii Devlina, „Mogą być przypadki wyzysku w takich transakcjach, ale co do zasady sutener wyzyskuje prostytutkę nie bardziej niż impresario wykorzystuje aktorkę”<sup>132</sup>. Włączenie do ustawodawstwa karnego prywatnych i dobrowolnych kontraktów tego rodzaju może być uznane za niekonsekwencję.

Widać zatem wyraźnie, że społeczeństwo w ujęciu Devlina to wspólnota idei, nie tylko politycznych, ale także moralnych. Te drugie tworzą tak zwaną moralność publiczną. Stanowi ona kluczowy element każdego społeczeństwa i państwa, jako iż „struktura każdego społeczeństwa składa się zarówno z polityki, jak i moralności”<sup>133</sup>. Społeczną praktyką, w której stykają się polityka, prawo i moralność, jest między innymi instytucja małżeństwa. W tym kontekście Devlin stwierdza, że „To, czy mężczyzna powinien mieć prawo do posiadania więcej niż jednej żony, jest czymś, o czym każde społeczeństwo powinno samo zdecydować w taki czy inny sposób”<sup>134</sup>. Przykładowo, w Anglii, podobnie jak zresztą w całej zachodniej Europie, przyjęto chrześcijańską wizję małżeństwa, a tym samym – uznano monogamię za zasadę moralną, będącą w istocie podstawą życia rodzinnego oraz fundamentem społeczeństwa. Status ten monogamiczne małżeństwo otrzymało jednak nie ze względu na swój etymologicznie chrześcijański charakter, lecz dlatego, że „wbudowane jest w dom, w którym żyjemy i nie może zostać usunięte bez jego obalenia”<sup>135</sup>. Devlin, co warto podkreślić, abstrahuje od obiektywnej słuszności przyjętego modelu tej społecznej instytucji. Prawnik pisze, iż nawet niechrześcijanin musi akceptować tę wizję małżeństwa, ponieważ „słusznie czy nie, została ona przyjęta w społeczeństwie, w którym żyje. Byłoby dla niego bezcelowym urządzać debatę mającą udowodnić, że poligamia jest teologicznie bardziej poprawna i korzystniejsza społecznie; jeśli chce żyć w domu, musi zaakceptować go takim, jaki jest”<sup>136</sup>. W eseju *Morals and the Law of Marriage* powyższą myśl przedstawiono w następujący sposób: „To, czy związek powinien być monogamiczny czy poligamiczny, czy powinien być rozerwalny czy nie, i jakie zobowiązania powinni podjąć małżonkowie

---

<sup>131</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>132</sup> Ibidem.

<sup>133</sup> Ibidem, s. 9.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> Ibidem.

<sup>136</sup> Ibidem.

w stosunku do siebie nawzajem, nie są kwestiami, które jakiegokolwiek społeczeństwo kiedykolwiek pozostawiło jednostkom do indywidualnego rozstrzygnięcia. Muszą być one rozstrzygnięte w zgodzie z pojęciami słuszności i niesłuszności, które przeważają w tym społeczeństwie, to jest w zgodzie z jego prawem moralnym”<sup>137</sup>.

Przytoczone fragmenty mają istotne znaczenie z dwóch powodów. Po pierwsze, ukazują założenie o prawie społeczeństwa do konserwowania własnych wartości i idei oraz o przewadze społeczeństwa nad jednostką w kwestiach moralnych mających znaczenie dla trwania instytucji. Po wtóre, wskazują, że moralność publiczna w ujęciu Devlina niezależna jest od prawdziwości i obiektywnej słuszności rozpowszechnionych w konkretnym społeczeństwie sądów moralnych – jest to zatem moralność pozytywna, którą Hart przypisywał również Stephenowi. O ile jednak stanowisko wiktoriańskiego jurysty należy uznać za zniuansowane, o tyle przypadek Devlina nie budzi wątpliwości. Jak zaznaczono wyżej, pojęcia moralne istotne z punktu widzenia regulacji prawnych i społecznych praktyk to w gruncie rzeczy poglądy „przeważające w danym społeczeństwie”. Autor *The Enforcement of Morals* proponuje jednak, aby moralność publiczną oceniać niekoniecznie według tego, za czym opowiada się arytmetyczna większość populacji, ale wedle hipotetycznego wzorca „rozsądnego człowieka” (*reasonable man*<sup>138</sup>), tj. stanowiska, jakie mogłyby wyrazić każdy rozsądny człowiek w kwestiach natury moralnej. Tego modelu nie należy utożsamiać z postawą „racjonalnego człowieka” (*rational man*), gdyż nie jest wymagane „rozumowanie o czymkolwiek, a jego osąd może być w dużej mierze kwestią uczuć”<sup>139</sup>. Jest to zatem swego rodzaju moralność praktyczna, czerpiąca z „ciągłego doświadczenia”<sup>140</sup> i ucieleśniona w „moralności zdrowego rozsądku”<sup>141</sup>, nie zaś wywiedziona drogą rozważań filozoficznych lub teologicznych. Dla celów prawnych niemoralnym jest więc to, co może za takowe zostać uznane przez przeciętnego, rozsądnego człowieka. Devlin nazywa go ławnikiem, ponieważ „moralny osąd społeczeństwa musi być czymś, na temat czego dwunastu mężczyzn lub kobiet wybranych losowo mogą być po odbytej dyskusji jednomyślni”<sup>142</sup>. Zdaniem Eugene V. Rostowa, brytyjski jurysta prawidłowo

---

<sup>137</sup> P. Devlin, *Morals and the Law of Marriage*, [w:] idem, *The Enforcement...*, s. 61.

<sup>138</sup> Jest to nawiązanie do standardu wykorzystywanego w orzecznictwie *common law*. Przykładowo, zob. wyrok Healthcare at Home Limited przeciwko The Common Services Agency, [2014] UKSC 49.

<sup>139</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 15.

<sup>140</sup> Ibidem.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Ibidem.

skonstatował, iż „powszechna moralność społeczeństwa w danym czasie jest mieszanką zwyczaju i mniemania, rozumu i uczucia, doświadczenia i uprzedzenia”<sup>143</sup>. W ten sposób moralność staje się sprawą faktów, co potwierdza sam Devlin<sup>144</sup>. Natomiast zaletą tego podejścia ma być jego zgodność ze standardami demokratycznymi. W opinii sędziego, truizmem jest stwierdzenie, że w społeczeństwie demokratycznym wszystkie ważne sprawy „rozstrzygane są w zgodzie z opinią zwykłego obywatela, który działa nie bardziej i nie mniej racjonalnie w dziedzinie polityki niż w dziedzinie moralności. Taka jest konsekwencja demokracji i uniwersalnego prawa wyborczego. Ci, którzy mieli korzyść w postaci wyższego wykształcenia i czują się lepiej przygotowani do rozwiązania problemów narodu niż przeciętny człowiek, mogą uznać podporządkowywanie się opinii tłumu za przykre. Historia mówi im, że demokracje są dalekie od perfekcji i w przeszłości zrobiły wiele głupich czy nawet niegodziwych rzeczy. Ale nie kwestionują oni tego, że na końcu wola ludzi musi przeważać, ani nie próbują odwołać się od niej do tronu rozumu”<sup>145</sup>. W przypadku odrzucenia tej zasady wolne, demokratyczne społeczeństwo może być zagrożone dyktatem intelektualnej oligarchii, w takim samym stopniu jak dyktatem autokraty<sup>146</sup>.

Oprócz aspektu demokratycznego, nacisk położony na moralność pozytywną uzasadniony jest jeszcze jedną kwestią, a mianowicie skutkiem, jaki zdaniem Devlina, niechybnie powstałby w wypadku tolerowania odstępstw od jej norm. Dezintegracja społeczna ma bowiem miejsce wtedy, „gdy nie przestrzega się wspólnej moralności, a historia pokazuje, iż rozluźnienie moralnych więzi często stanowi pierwszy etap dezintegracji, tak więc społeczeństwo jest usprawiedliwione w podejmowaniu takich samych kroków w celu zachowania swego kodeksu moralnego, jak w celu zachowania swego rządu i innych podstawowych instytucji”<sup>147</sup>. W tym kontekście brytyjski jurysta porównuje nawet niemoralne czyny do aktu państwowej zdrady. Odejście do moralności pozytywnej ma więc być zagrożeniem dla istnienia społeczeństwa, podobnie jak podważanie legalnego rządu<sup>148</sup>. Jest to logiczna konsekwencja zrównania idei moralnych

---

<sup>143</sup> E.V. Rostow *The Enforcement of Morals*, „Cambridge Law Journal” 1960, vol. 18, nr 2, s. 197.

<sup>144</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 23. Devlin unika jednak błędu naturalistycznego, ponieważ powinność wywodzi z konieczności obrony przed dezintegracją, o czym dalej.

<sup>145</sup> P. Devlin, *Democracy and Morality*, [w:] idem, *The Enforcement...*, s. 91-92.

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 13.

<sup>148</sup> Ibidem.

i politycznych, jako niezbędnych dla istnienia każdego społeczeństwa. Prawnik konkluduje swój wywód, stwierdzając, iż:

Spółeczeństwo nie może żyć bez moralności. Jego moralność to te normy postępowania, które rozsądny człowiek aprobuje. Racjonalny człowiek, który jest również dobrym człowiekiem, może mieć inne standardy. Jeśli nie ma ich w ogóle, nie jest dobrym człowiekiem i nie musi być dalej rozważany. Jeśli jednak ma standardy, mogą być one bardzo różne; może on na przykład nie sprzeciwiać się homoseksualizmowi lub aborcji. W takim wypadku nie będzie on podzielać wspólnej moralności; ale fakt ten nie powinien sprawić, że zaprzeczy on, iż taka jest konieczność społeczna. Buntownik może w sposób racjonalny uważać, że ma rację, ale jest nieracjonalny, jeżeli uważa, iż społeczeństwo może mu zezwolić na swobodny bunt<sup>149</sup>.

W związku z powyższym, prawny moralista odrzuca możliwość ustanowienia „jednej prostej zasady” legislacji, w szczególności zaś uznaje za nieadekwatną dla prawa karnego zasadę krzywdy. Nie oznacza to jednak bynajmniej, że nie powinny istnieć jakiegokolwiek ograniczenia moralistycznego ustawodawstwa. W obliczu braku sztywnej zasady prawodawca, zdaniem Devlina, musi dokonywać ocen *ad hoc*, badając poglądy rozpowszechnione w społeczeństwie, jak również częstotliwość ich występowania i stopień ich nasilenia. Jest to metoda dobrze znana w orzecznictwie, polegająca na balansowaniu między interesami większości a prawami jednostki. Kluczową wytyczną sformułowaną przez autora *The Enforcement of Morals* jest natomiast postulat objęcia prawnymi przepisami nie wszystkich czynów uważanych przez dane społeczeństwo za niemoralne, ale wyłącznie tych zachowań, które „leżą poza granicami tolerancji”<sup>150</sup>. Zasadniczo istnieć powinna więc „tolerancja maksymalnej indywidualnej wolności dającej się pogodzić z integralnością społeczeństwa”<sup>151</sup>. Przy ocenie granic tolerancji nie wystarczy stwierdzenie, że większość krytykuje jakąś praktykę; występować musi prawdziwe uczucie potępienia<sup>152</sup>. Siłą napędową każdej społecznej moralności w tym ujęciu jest zatem nietolerancja, oburzenie i obrzydzenie<sup>153</sup>. Reguła ta powinna mieć charakter uniwersalny i dotyczyć wszystkich możliwych przypadków, nie tylko homoseksualizmu, prostytucji lub innych aktywności ze sfery seksualnej. Przykładowo, Devlin zauważa, iż obecnie trudno znaleźć kogokolwiek, kto nie wyrażałby oburzenia wobec okrucieństwa w stosunku do zwierząt, niezależnie od tego, czy miałyby odbywać

---

<sup>149</sup> Ibidem, s. 24-25.

<sup>150</sup> Ibidem, s. 16-17.

<sup>151</sup> Ibidem, s. 16.

<sup>152</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>153</sup> Ibidem.

się ono prywatnie czy też publicznie. Niemniej jednak w społeczeństwie „kwestie tego rodzaju nie są ustalone poprzez racjonalną argumentację. Każdy moralny osąd, jeśli nie odwołuje się do boskiego źródła, jest zwykłym odczuciem, że żaden rozsądny człowiek nie może zachować się w żaden odmienny sposób bez przyznania, że czyni niesłusznie”<sup>154</sup>. Z kolei odwołania do boskiego prawa naturalnego (podobnie zresztą jak do innych moralnych poglądów niepodzielanych przez zdecydowaną większość społeczeństwa), jak już zostało to wykazane, nie mogą zostać uznane w demokratycznym państwie za uzasadnione. Moralność pozytywna, niekoniecznie racjonalna, pozostaje zatem jedynym akceptowalnym rozwiązaniem.

### 2.2.3 Przeciwno tezie o dezintegracji

Przyjmuje się, że wyżej przedstawiona koncepcja Devlina zawiera w sobie dwie kluczowe tezy: tezę o dezintegracji społecznej, zakładającą społeczny upadek w przypadku odejścia od powszechnie akceptowanych norm moralnych, oraz tezę konserwatywną, czyli uznanie prawa społeczeństwa do zachowania swojego kodeksu moralnego. Krytyka prawnego moralizmu ukuta przez Harta dotyczy w szczególności pierwszej z nich.

Analizując zarzuty wobec prawnego wymuszania moralności, wysuwane przez autora *Pojęcia prawa*, należy w pierwszej kolejności poczynić uwagę natury klasyfikacyjnej. Otóż oprócz rozróżnienia na moralność krytyczną oraz pozytywną, Hart wyszczególnia dwa nurty prawnego moralizmu: skrajny i umiarkowany. W myśl moralizmu skrajnego regulacje prawne oparte na podstawach moralnych nie muszą mieć na uwadze jakiegokolwiek niezależnego celu; są one uchwalane ze względu na samą ich wewnętrzną wartość<sup>155</sup>. Z kolei stanowisko umiarkowane traktuje rozpowszechnioną moralność jako środek spajający społeczeństwo oraz jego nieodzowny element, w związku z czym naruszenie norm tak pojmowanej moralności stanowi w konsekwencji podważenie fundamentów całego społeczeństwa<sup>156</sup>. W drugim przypadku możemy zatem potraktować skutek naruszenia w sposób niezależny od samego aktu naruszenia, a prawo powinno reagować właśnie ze względu na przewidywany efekt odejścia od wspólnotowo rozumianej moralności. W ujęciu Harta skrajnym moralistą jest Stephen, umiarkowanym zaś – z pewnymi zastrzeżeniami – Devlin.

---

<sup>154</sup> Ibidem.

<sup>155</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 49.

<sup>156</sup> Ibidem, s. 48-49.

Prawdziwym problemem prawnego moralizmu sędziego Devlina okazuje się okoliczność, iż nie wykazał on należycie związku pomiędzy prywatnym zachowaniem sprzecznym z moralnością pozytywną danego społeczeństwa a jego dezintegracją. Oznacza to, że brak jest przesłanek, by twierdzić, że w wyniku tego rodzaju czynu szkody doznaje społeczeństwo jako całość. Hart pisze, że teza o dezintegracji

Czasami wydaje się być apriorycznym założeniem, a czasami konieczną prawdą, bardzo dziwną. Najważniejszą oznaką tego jest to, że oprócz jednego mało precyzyjnego odwołania do «historii», pokazującego że «rozluźnienie moralnych więzi często stanowi pierwszy etap dezintegracji» żaden dowód nie został przedstawiony, aby wykazać, że odstępstwo od akceptowanej moralności seksualnej, nawet prywatne i dokonane przez dorosłych, jest czymś, co, niczym państwowa zdrada, zagraża istnieniu społeczeństwa<sup>157</sup>.

Przewidywanie upadku społecznego bardziej niż państwową rewolucję przypomina więc absurdalne twierdzenie cesarza Justyniana, że homoseksualizm jest odpowiedzialny za trzęsienia ziemi<sup>158</sup>.

Po wtóre, przyjęcie, że pewne poglądy moralne cementują społeczeństwo i ich naruszenie prowadzi do jego upadku, może zostać, w opinii Harta, tylko częściowo uzasadnione. Jak zauważa w artykule *Immorality and Treason*<sup>159</sup>, niektóre czyny uznawane za niemoralne faktycznie mogą być postrzegane jako elementy konieczne, bez których egzystencja społeczeństwa jest niemożliwa, a moralny konsensus „niezbędny, jeżeli społeczeństwo ma być warte tego, aby w nim żyć”<sup>160</sup>. Jednak dotyczy to tylko podstawowego zbioru norm moralnych i prawnych, albowiem regulacje „przeciwko zabójstwu, kradzieży i wiele innych byłyby mało przydatne, jeżeli nie byłyby wsparte szeroko rozprzestrzenionym przekonaniem, że to, czego zabraniają te prawa, jest również niemoralne”<sup>161</sup>. Niemniej, z tego niekontrowersyjnego założenia wywodzi Devlin zbyt daleko idący wniosek, że literalnie każde moralne przekonanie ma charakter kluczowy dla istnienia społeczeństwa, zaś odejście od moralności pozytywnej w zakresie poważnych przestępstw nie różni się niczym w skutkach społecznych od prywatnego

---

<sup>157</sup> Ibidem, s. 50.

<sup>158</sup> Ibidem. Jak pisze A. Jawor: „Na przykład cesarz Justynian i w 53 roku, uważając, że homoseksualizm i bluźnierstwo są przyczynami panujących wówczas zaraz, głodu oraz trzęsień ziemi, wprowadził do prawa rzymskiego zasady moralności chrześcijańskiej i rozkazał kastrować kobiety i mężczyzn przyłapanych na tych przestępstwach”, zob. idem, *Intymność cenzurowana: Panika moralna wokół rodziny na przykładzie rodzin nieheteronormatywnych w Polsce*, Warszawa 2018, s. 44.

<sup>159</sup> H.L.A. Hart, *Immorality and Treason*, [w:] R.A. Wasserstrom (red.), *Morality and the Law*, Wadsworth Publishing Company 1971.

<sup>160</sup> Ibidem, s. 52.

<sup>161</sup> Ibidem.

naruszenia moralnych reguł wyznawanych przez aktualną większość. Tego rodzaju założenie jest rzecz jasna nie do utrzymania. Natomiast analogia niemoralności i zdrady musi zostać odrzucona, gdyż trudno jest przypuszczać, że społeczeństwo zrezygnuje z ważnych dla swojej egzystencji poglądów moralnych i zacznie postrzegać zabójstwo, okrucieństwo i nieuczciwość jako zjawiska pozytywne tylko dlatego, że – przykładowo – jakieś aktywności seksualne będą pozostawać poza sferą prawa karnego<sup>162</sup>. Jeżeli bowiem w wyniku dekryminalizacji takich czynności nastąpi w pewnym stopniu rozluźnienie więzów moralnych, to nie odbędzie się to kosztem destrukcji społeczeństwa, a raczej zwykłego przesunięcia poziomu tolerancji. Trzymając się porównania do sfery politycznej, wskazać można, iż taka zmiana w większym stopniu przypominać będzie pokojową modyfikację rządów, charakterystyczną dla każdej demokracji, niż destruktywny, anarchistyczny i rewolucyjny przewrót.

W istocie można zatem mówić o dwóch typach moralności społecznej, z których jedna rzeczywiście stanowi o trwałości i wartości danego społeczeństwa (są to np. normy zakazujące oszustwa, zabójstw, kradzieży itp.), a druga jest kwestią przygodną i może zmieniać się wraz z upływem czasu, tak jak zmieniają się demokratyczne rządy. Uznając konieczność istnienia pewnego spajającego społeczeństwo kanonu norm moralnych i prawnych, Hart odrzuca jednakże Devlinowskie wyjaśnienie tego stanu rzeczy. Zdaniem Harta, nie chodzi bowiem o obronę jakichś regulacji z powodu przewidywanej dezintegracji społecznej. Wręcz przeciwnie, wyróżnić można uniwersalne wartości, jak bezpieczeństwo, życie czy też indywidualna wolność, które same w sobie są godne szacunku i wymagają protekcji, również prawnej. W związku z powyższym, „Zapewne zwodniczym jest mówić za lordem Devlinem, że społeczna moralność, o ile chroni te rzeczy, jest wartościowa, ponieważ są one wymagane dla zachowania społeczeństwa; przeciwnie, zachowanie danego społeczeństwa jest wartościowe, ponieważ wśród różnych rzeczy chroni ono dla ludzi w jakiejś mierze te uniwersalne wartości”<sup>163</sup>. W tym miejscu widać wyraźnie, że sama koncepcja zachowania społeczeństwa jest przez Harta potraktowana w sposób odmienny niż przez jego intelektualnego oponenta. W opinii autora *Law, Liberty, and Morality*, abstrahując od tego, że prawny moralizm nie gwarantuje ochrony przed dezintegracją, nie sposób nie zauważyć jednocześnie, że nie każde społeczeństwo w ogóle zasługuje na taką ochronę. Przykładowo, dezintegracja

---

<sup>162</sup> Ibidem, s. 53.

<sup>163</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 70.



społeczeństwa rasistowskiego lub prześladowającego mniejszości religijne byłaby z moralnego punktu widzenia bardziej pożądana niż jego zachowanie<sup>164</sup>. Szczególne przywiązanie do moralności pozytywnej, która nie podlega wartościowaniu według moralności krytycznej, jest – jak pisze Hart – przejawem moralnego konserwatyzmu w złym sensie. Jest to zatem dogmatyczne przeświadczenie usprawiedliwiające obronę reguł moralności społecznej, niezależnie od ich wartości, jak również kosztów, takich jak chociażby ograniczenie wolności jednostki lub naruszenia sfery prywatności<sup>165</sup>. Sam konserwatyzm, w przeciwieństwie do moralizmu Devlina, może być otwarty na swego rodzaju moralność krytyczną, czego przykładem jest myśl Edmunda Burke’a. Hart przekonuje, że w konserwatyzmie ewolucyjnym nie jest najważniejsze samo zachowanie społeczeństwa i jego instytucji, bez względu na ich charakter, lecz raczej krytyczne wyjaśnienie wartości, jaką stanowią historycznie ukształtowane autorytety, instytucje i zwyczaje. Zgodnie z koncepcją Burke’a, społeczne instytucje, które były rozwijane powoli w toku historii danego społeczeństwa, są lepiej przystosowane do potrzeb jego członków niż idealny schemat życia, zaplanowany odgórnie przez ustawodawcę<sup>166</sup>. Współcześnie podobnie argumentował również Roger Scruton<sup>167</sup>. Opisywany zarzut Harta odnosi się więc do niedostatecznego uzasadnienia przez Devlina konieczności prawnej ochrony każdej moralności pozytywnej.

Hart zauważa, że wyżej przedstawione argumenty, obalające tezę o dezintegracji społecznej w przypadku naruszenia przyjętych norm moralności, zakładają, że chodzi o dezintegrację równoznaczną z upadkiem porządku publicznego i powstaniem jakichś szkód fizycznych. Moralista, odpierając je, mógłby przekonywać, iż prawdziwa dezintegracja zachodzi na płaszczyźnie „metaforycznej”, moralnej lub duchowej, nie zaś tylko na gruncie zakłóceń porządkowych. Niemniej jednak również w tym przypadku koncepcja Devlina okazuje się być wadliwą. Jeżeli bowiem dezintegrację społeczeństwa należy traktować jako odejście od zasad moralnych oraz zwyczajów ukształtowanych we wspólnocie i dotychczas przestrzeganych, to będzie to zwykła tautologia. Przy tak rozumianym terminie „społeczeństwo”, przy *de facto* utożsamieniu tego słowa z obowiązującą w danej społeczności moralnością, każde odejście od jakichkolwiek społecznych reguł musi oznaczać właśnie „dezintegrację” społeczną. Mamy tu bowiem

---

<sup>164</sup> Ibidem, s. 19.

<sup>165</sup> Ibidem, s. 73.

<sup>166</sup> Ibidem, s. 74.

<sup>167</sup> R. Scruton, *How to be a Conservative*, Londyn 2014, s. 94.

do czynienia najpierw z ustanowieniem definicji „społeczeństwa” jako wspólnoty idei, kierującej się pewnymi określonymi i zakorzenionymi normami postępowania, następnie zaś ze stwierdzeniem, że negacja jakiegokolwiek normy musi doprowadzić do dezintegracji (czy też po prostu zmiany) tegoż społeczeństwa, co jest niczym innym, jak tylko oczywistym wnioskiem wynikającym z przyjętego rozumienia terminu „społeczeństwo”. Nie da się bowiem na gruncie logiki zmienić, zanegować lub nie zastosować się do danej normy moralnej, nie powodując tym samym „dezintegracji społeczeństwa”, jeśli społeczeństwo pojmowane jest jako wspólnota skoncentrowana wokół akurat tej normy. Na gruncie takich założeń nie sposób nawet sformułować sensownej repliki. Hart celnie konstatuje:

Tak, jak nie stanowiłoby odpowiedzi powiedzenie anarchiście pragnącemu zachować społeczeństwo, że rząd jest niezbędny dla zorganizowanego społeczeństwa, jeżeli okazałoby się, iż przez pojęcie «zorganizowanego społeczeństwa» rozumiemy jedynie społeczeństwo z rządem, tak też pustym jest argumentowanie przeciwko komuś, kto uważa, że zachowanie kodeksu moralnego społeczeństwa nie jest sprawą ustawodawstwa, za pomocą stwierdzenia, iż utrzymanie kodeksu moralnego jest niezbędne dla istnienia społeczeństwa, jeżeli okaże się, że przez «społeczeństwo» rozumie się właśnie społeczeństwo żyjące podług tego moralnego kodeksu<sup>168</sup>.

Konkludując, należy zatem uznać, że brak klarownej definicji „dezintegracji społecznej”, nieudowodnienie warunków, w jakich dezintegracja zachodzi, a także nieprzekonujące przyczyny, ze względu na które należy chronić moralność pozytywną, stanowią najpoważniejsze zarzuty skierowane przeciwko koncepcji Devlina<sup>169</sup>.

Negując prawny moralizm, Hart odwołuje się *explicite* do Millowskiej zasady krzywdy<sup>170</sup>, choć dokonuje jej istotnej korekty. W celu odparcia argumentów Devlina, iż karanie przestępstw popełnionych za zgodą pokrzywdzonego (np. zabójstwa) może być wyjaśnione tylko poprzez odwołanie do moralności społeczeństwa, twórca pozytywizmu miękkiego odróżnia prawny moralizm od paternalizmu. Utrzymuje on tym samym, że aby wyjaśnić mechanizmy działania prawa karnego nie trzeba popadać w moralizm. Wystarczający okazuje się być paternalizm, tzn. teoria głosząca, iż usprawiedliwiona jest ochrona (również prawna) jednostki przed samą sobą<sup>171</sup>. Celem paternalistycznych

---

<sup>168</sup> H.L.A. Hart, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, „University of Chicago Law Review” 1967, vol. 35, nr 1, s. 4.

<sup>169</sup> K. Jesiołowski, *Koncepcja...*, s. 43.

<sup>170</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 4-5.

<sup>171</sup> *Ibidem*, s. 31.

regulacji prawnych nie jest zatem doskonalenie moralne jednostki albo obrona społeczeństwa przed dezintegracją, lecz zapobieganie krzywdom jednostki mogącym powstać w wyniku jej własnego działania. Za przykład posłużyć mogą przepisy zakazujące, nawet dorosłym obywatelom, zażywania narkotyków (z wyjątkiem wskazań medycznych). Zbyt dogmatycznym byłoby, jak przekonuje Hart, stwierdzenie, że istnieją one ze względu na konieczność nałożenia kary na sprzedawcę za jego niemoralne zachowanie, nie zaś z powodu ochrony zdrowia konsumenta przed nim samym<sup>172</sup>. Podobnie zgoda na zostanie ofiarą przestępstwa może zostać wykluczona na podstawie paternalizmu, albowiem „wyrządzanie szkody innym jest czymś, do zapobiegania czego nadal możemy dążyć za pomocą prawa karnego, nawet jeżeli pokrzywdzony wyraża zgodę albo asystuje w czynach, które są dla niego szkodliwe”<sup>173</sup>. Modyfikacja zasady krzywdy oznacza więc faktyczne przyznanie, wbrew Millowi, że nie zawsze „jednostka wie, co jest dla niej najlepsze”<sup>174</sup>. Co więcej, odejście od swobodnego wyboru jednostki na rzecz liberalnego paternalizmu spowodowane ma być „zwiększoną świadomością dużego zasięgu czynników”, które znacząco ograniczają samą możliwość wyrażenia zgody lub podjęcia wolnego wyboru. Mogą być one bowiem dokonywane bez należytej refleksji lub rozpoznania ewentualnych skutków podjętej decyzji, albo w wyniku przejściowego pragnienia, albo w okolicznościach, w których osąd nie jest całkowicie jasny, albo w sytuacji wewnętrznego przymusu psychologicznego<sup>175</sup>. Hart wyraźnie sugeruje, że te istniejące przeszkody w zdolności do podjęcia czysto racjonalnej decyzji prowadzą do konieczności uznania jakiejś formy państwowego paternalizmu. Natomiast błędem Milla było zbyt mocne oparcie się o „psychologię osoby w średnim wieku, którego pragnienia są relatywnie stałe, nie podatne na bycie sztucznie stymulowanymi przez zewnętrzne wpływy; która wie czego chce i co daje mu satysfakcję lub szczęście; i która dąży do tych rzeczy, jeżeli może”<sup>176</sup>.

Koncepcję Harta można podsumować jako odrzucającą prawny moralizm Stephena i Devlina, a zarazem zmieniającą nieco zasadę krzywdy Milla. Jak z kolei wynika z całokształtu argumentacji, Hartowska „moralność krytyczna” oznacza połączenie swoistego paternalizmu z liberalizmem. „Krytyczność” polega także na tym, iż – inaczej niż w prawnym moralizmie Devlina – zasada demokratyczna nie ma

---

<sup>172</sup> Ibidem, s. 32.

<sup>173</sup> Ibidem, s. 33.

<sup>174</sup> Ibidem, s. 32.

<sup>175</sup> Ibidem, s. 33.

<sup>176</sup> Ibidem.

charakteru bezwarunkowego. W tym kontekście Hart pisze, że głównym błędem prawnego moralizmu opartego o moralność pozytywną jest „brak odróżnienia akceptowalnej zasady, zgodnie z którą władzę polityczną najlepiej powierzyć większości, od niedopuszczalnego twierdzenia, że to, co większość robi z tą władzą, jest poza krytyką i nigdy nie można się temu sprzeciwić”<sup>177</sup>. Za istotę sporu Harta z prawnymi moralistami uznać należy zatem zarówno problem właściwej roli oraz granic prawa, jak również kwestię pojmowania demokracji.

#### **2.2.4 Przeciwno tezie konserwatywnej**

Jak już zaznaczono, w debacie pomiędzy prawnym moralizmem a liberalizmem, obok tezy o dezintegracji, wymienia się także tezę konserwatywną. Wsparciem dla Harta w obalaniu moralizmu Devlina w tym zakresie był artykuł Ronalda Dworkina z 1966 roku<sup>178</sup>. Jego ważkość uwidacznia się w szczególności w kontekście analizy bronionego przez Devlina prawa większości do „wykorzystywania swoich przekonań moralnych w celu obrony środowiska społecznego przed zmianami, którym się owa większość przeciwstawia”<sup>179</sup>. Ten argument Dworkin nazywa „prawem społeczeństwa do postępowania zgodnie ze swoim rozeznaniem”<sup>180</sup>. Prawo to znajduje swoje podstawy w poglądzie, iż gdyby zezwolić na czyny powszechnie uważane za niemoralne, na przykład na stosunki homoseksualne, to zmianie uległyby pryncypia, na których oparte jest społeczeństwo i jego moralność. Trudno przewidzieć, jakie dokładnie byłyby to zmiany, jednak można by między innymi przypuszczać, że podważona zostałaby pozycja rodziny jako naturalnej instytucji, co pociągałoby za sobą również inne konsekwencje. Układy społeczne są bowiem złożone i ściśle powiązane, a zatem nie można sądzić, że zmiana regulacji prawnych w stosunku do homoseksualistów wpływać będzie wyłącznie na zainteresowane strony, tak samo jak nie można twierdzić, że ceny i płace dotyczą tylko tych, którzy ze sobą negocjują. Ustawodawca powinien więc każdorazowo oceniać, czy zachowanie danej instytucji społecznej jest na tyle ważne i istotne, że może przewyższać koszty, jakie łączą się z ograniczeniem wolności jednostki. Musi też rozstrzygać, czy praktyki zagrażające istnieniu instytucji są niemoralne, bo jeśli tak, to indywidualna wolność do ich uprawiania jest mniej ważna<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> Ibidem, s. 79.

<sup>178</sup> R. Dworkin, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, „Yale Law Journal” 1966, nr 75; R. Dworkin, *Biorąc...*, s. 429-460.

<sup>179</sup> R. Dworkin, *Biorąc...*, s. 434.

<sup>180</sup> Ibidem, s. 440.

<sup>181</sup> Ibidem, s. 440-441.

Pytaniem otwartym pozostaje jednakże, czy te ograniczenia mogą rzeczywiście być wprowadzane ze względu na popularne we wspólnocie negatywne odczucia obywateli odnośnie do jakichś praktyk. Dworkin zauważa, że terminy takie jak „postawa moralna” lub „przeświadczenie moralne” mogą być rozumiane w sensie antropologicznym, odnoszącym się do postaw wykazywanych przez grupę do ludzkich zachowań, oraz różnicującym, czyli w sensie, który oddziela postawy moralne od zwykłych przesądów, osobistej niechęci, poglądów arbitralnych itp. Zdaniem amerykańskiego filozofa, aby mówić o sądzie moralnym, należy wykazać jego uzasadnienie (np. że niemoralność homoseksualizmu wynika z tego, że potępia go Biblia). Nie wszystkie uzasadnienia są jednak dopuszczalne przez przyjęte w naszym świecie konwenanse argumentacyjne. Przykładowo, nie są uzasadnieniem moralnym wypowiedzi wynikające z: uprzedzeń („homoseksualiści są gorsi moralnie, bo nie mają heteroseksualnych skłonności, a więc nie są prawdziwymi mężczyznami”); dyskryminacja z powodu cech, na które nikt nie ma wpływu, np. kolor skóry), osobistych emocji („rzygam, gdy takiego widzę”), przyjęcia fałszywych faktów („homoseksualizm powoduje trzęsienia ziemi”) czy też wyłącznie poglądów innych ludzi („wszyscy wiedzą, że homoseksualizm jest grzechem”). Niekiedy uzasadnienie może przyjmować formę swego rodzaju aksjomatu („czyn X jest zły sam w sobie”). Kiedy jednak brak jakiegokolwiek uzasadnienia, nie można właściwie mówić o sądzie moralnym. Nie można twierdzić chociażby, że niemoralne jest fotografowanie albo pływanie, nie podając przy tym żadnego konkretnego powodu albo odwołując się wyłącznie do osobistych emocji („nie mogę patrzeć na tych fotografów, niech zejdą mi z oczu”)<sup>182</sup>. Podobnie nie można wskazywać na niemoralność homoseksualizmu bez jakiegokolwiek uzasadnienia lub z uzasadnieniem naruszającym powyższe reguły argumentacji.

W tym miejscu widać, że to, co Devlin nazywa „przekonaniami moralnymi zwykłego człowieka”, wywodzonymi z uczucia „nietolerancji, oburzenia i obrzydzenia”, nie kwalifikuje się w istocie jako postawa moralna. Przeciętny rozsądny człowiek akceptuje z pewnością wyżej wymienione konwenanse argumentacyjne i nie mógłby – przykładowo – przekonywać o niemoralności pływania, powołując się na swoje uczucie nietolerancji, oburzenia i obrzydzenia. Nie powinien zatem tego robić, nie chcąc narazić

---

<sup>182</sup> Ibidem, s. 446-450.

się na zarzut oczywistej niekonsekwencji, w przypadku homoseksualizmu. Dlatego też, jak pisze Dworkin:

Nawet jeśli jest prawdą, że większość ludzi uważa homoseksualizm za obrzydliwą wadę i nie może znieść jego występowania, to jest wciąż możliwe, że ten powszechny pogląd zawiera elementy uprzedzenia (...), racjonalizacji (opartej na założeniach tak nieuzasadnionych, że sprzeciwiają się społecznie przyjętym zasadom racjonalności) oraz osobistej niechęci (...). Jest zarazem możliwe, że zwykły człowiek nie potrafi w żaden sposób uzasadnić swojego poglądu, a po prostu naśladuje sąsiada, który z kolei naśladuje jego; jest możliwe, że przedstawiłby uzasadnienie, zakładające ogólną zasadę, której nie mógłby szczerze, lub bez sprzeczności, uznać<sup>183</sup>.

W tej perspektywie okazuje się, że demokracja nie wymaga, wbrew Devlinowi, aby respektować oparte na uprzedzeniach poglądy na temat homoseksualizmu. Przeciwnie, w żadnej sferze życia społecznego nie promuje się osobistych niechęci i uprzedzeń, co samo w sobie stanowi ważny element moralności publicznej. Jeżeli ma ona pozostać wewnętrznie spójna, to nie może potępiać homoseksualizmu lub jakiegokolwiek innej postawy z odrzucanych przez samą siebie powodów. Paradoksalnie, ustawodawca, który odmówiłby ustanowienia przepisów zakazujących stosunków homoseksualnych, uzasadnionych motywami sprzecznymi z konwenansami argumentacyjnymi, mógłby ochronić głębiej pojmowaną moralność publiczną przed niekorzystnymi zmianami. Oznacza to, że słabością koncepcji Devlina nie było to, że zwracał uwagę na moralność społeczną, lecz to, co rozumiał pod tym pojęciem<sup>184</sup>.

Warto również podkreślić, że w innych pracach Dworkin broni neutralności państwa i prawa w sposób odmienny od Harta. Do autora *Law, Liberty, and Morality* odwołuje się bezpośrednio, wskazując, iż powoływanie się przez niego na zasadę krzywdy jest rozsądne „tylko wtedy, gdy ograniczymy krzywdę do szkody fizycznej na osobie lub mieniu”<sup>185</sup>. Tymczasem przecież

Każda społeczność ma etyczne środowisko, które ma wpływ na życie, jakie mogą prowadzić jej członkowie. Społeczność, która toleruje homoseksualizm i w której homoseksualizm jest silnie obecny, zapewnia inne środowisko etyczne niż to, w którym

---

<sup>183</sup> Ibidem, s. 453-454.

<sup>184</sup> Ibidem, s. 455.

<sup>185</sup> R. Dworkin, *Liberal Community*, „California Law Review” 1989, vol. 77, nr 3, s. 480. Zob. też porównanie Dworkina i Devlina w kontekście prawnego moralizmu i moralności publicznej: J. Zajadło, *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki*, „Przegląd Sejmowy” nr 6 (107), 2011, s. 26; M.S. Moore, *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Nowy Jork 2000, s. 251-254.

homoseksualizm jest zabroniony, a niektórzy ludzie uważają, że ta różnica wyrządza im krzywdę. Znacznie trudniej jest im na przykład wychować swoje dzieci do instynktów i wartości, które akceptują<sup>186</sup>.

Z tych też powodów Dworkin szuka niemoralistycznych rozwiązań w teorii jednostkowych uprawnień, nie zaś poprzez modyfikację zasady krzywdy lub nowe formy utilitaryzmu. Nawet gdyby bowiem udowodniono, że moralistyczna legislacja w jakiś sposób przyczynia się do wzrostu ogólnej szczęśliwości, a jej brak wyrządzał większości społeczeństwa krzywdę w wyżej opisanym sensie, to i tak istniałyby ważne powody do tego, aby powstrzymać się od prawnego wymuszania moralności. Wymienić można kilka najważniejszych.

Przede wszystkim pojęcie „równości”, które jest dla Dworkina centralnym, presuponuje, iż rząd „nie tylko zobowiązany jest traktować z troską i szacunkiem, ale z równą troską i szacunkiem”<sup>187</sup>. W szczególności, rządzący zachowywać powinni neutralność w odniesieniu do istniejących w społeczeństwie koncepcji dobrego życia, a co za tym idzie – powstrzymać się od dystrybucji uprawnień w zależności od oceny szlachetności, pożyteczności lub osobistych preferencji konkretnej wizji moralności. Innym ujęciem tego argumentu jest wskazanie, że liberalizm oparty o zasadę równości, nie zaś o zasadę nieograniczania indywidualnej wolności, zakłada, iż żaden rząd:

Nie może narzucać żadnego poświęcenia ani przymusu żadnemu obywatelowi na podstawie argumentu, którego obywatel nie mógłby zaakceptować bez porzucenia poczucia swojej równej wartości. Ta abstrakcyjna zasada wymaga od liberałów sprzeciwu wobec moralizmu Nowej Prawicy, ponieważ żadna szanująca się osoba, która uważa, że określony sposób życia jest dla niej najcenniejszy, nie może zaakceptować tego, że ten sposób życia jest niegodziwy lub poniżający. Żaden szanujący się ateista nie może zgodzić się, że społeczność, w której religia jest obligatoryjna, jest z tego powodu lepsza, a nikt, kto jest homoseksualistą, nie może się zgodzić, że wytypowanie homoseksualizmu czyni społeczność czystsza<sup>188</sup>.

Zdaniem Dworkina, każdy prawodawca, chcąc ograniczyć jakieś uznane wolności indywidualne, przy kalkulacji spodziewanego efektu swojej polityki musi brać pod uwagę zasadę równości jednostek. Jak już podkreślono, reguła ta wyklucza większość (lub całość) argumentów idealistycznych, tj. odnoszących się do partykularnych

---

<sup>186</sup> Ibidem, s. 480-481.

<sup>187</sup> R. Dworkin, *Biorąc...*, s. 483.

<sup>188</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts 1985, s. 205-26. Argumenty przeciwne wysuwa m.in. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 2011, s. 221-223.

koncepcji dobrego życia. Możliwe są jednakże argumenty utylitarne, w których założenie o równości preferencji jednostek ma charakter podstawowy. Tak zatem, preferencje jakiejś określonej grupy jednostek mogą zostać przeważone przez preferencje ogółu, nie mogą natomiast zostać zupełnie pominięte w trakcie kalkulacji. W takim wypadku powstaje jednak m.in. problem dotyczący moralistycznych preferencji zdecydowanej większości danego społeczeństwa w kontekście uprawnień mniejszości. Dlatego też Dworkin wyróżnia dwa rodzaje preferencji – osobiste (odnoszące się do przypisania danych dóbr i możliwości samej jednostce) oraz zewnętrzne (odnoszące się do przyznania danych dóbr i możliwości innym)<sup>189</sup>. Dworkin stwierdza, że zgodne z zasadą równości jest jedynie odwołanie się przez ustawodawcę do preferencji osobistych. Jak przekonuje:

Przypuśćmy, biorąc inny przykład, że wielu członków danej społeczności z przyczyn moralnych potępia homoseksualizm, antykoncepcję, pornografię lub głośne popieranie partii komunistycznej. Ich preferencje nie dotyczą wyłącznie tego, że oni sami nie pozwolą sobie na tego typu postępowanie, ale także tego, aby wszyscy inni poszli ich śladem. Uważają oni także, iż społeczeństwo, które dopuszcza takie postępowanie zamiast go zakazać, jest społeczeństwem z istoty gorszym. (...) Także w tym przypadku, jeśli te zewnętrzne preferencje zostaną uznane za pełnowartościowe uzasadnienie ograniczenia wolności, to ci, którzy podlegać będą takim ograniczeniom, ucierpią nie tylko z powodu przegranej ich osobistych preferencji z preferencjami innych, w wyścigu, które stawką jest jakieś deficytowe dobro, lecz dlatego, że ich koncepcję właściwego i pożądanego sposobu życia inni mają w pogardzie<sup>190</sup>.

Innym argumentem Dworkina przeciwko moralistycznej legislacji jest inherentny dla niej brak autentyczności postaw moralnych jednostek. Inaczej rzecz ujmując, autentyczność, jako ważny element ludzkiej godności, zostaje zniszczona, gdy jednostka jest zmuszona do zaakceptowania cudzego osądu, zamiast własnego, na temat wartości lub celów, jakie powinny przyświecać jej życiu<sup>191</sup>. Zasadniczo stwierdzić można, iż powołanie się przez Dworkina na pojęcie autentyczności jest tylko rozwinięciem wyżej

---

<sup>189</sup> W praktyce tak wyraźny podział może być niemożliwy do przeprowadzenia, z czego zdaje sobie sprawę także sam Dworkin, a co podnosił już Stephen.

<sup>190</sup> R. Dworkin, *Biorąc...*, s. 488-489; zob. też R. Dworkin, *Is There a Right to Pornography*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1981, vol. 1, nr 2, gdzie jurysta przekonuje, iż tytułowe prawo do pornografii istnieje. Co ciekawe, D. Dyzenhaus, powołując się m.in. na zasadę krzywdy, utrzymuje, że cenzura pornografii jest dopuszczalna, zob. *John Stuart Mill and the Harm of Pornography*, „Ethics” 1992, vol. 102, nr. 3, s. 543-546. Trudno jednakże oprzeć się wrażeniu, że tak różne interpretacje tej zasady nie sprzyjają jej koherencji. A. Ross stwierdził niegdyś, że z koncepcją prawa naturalnego musi być coś nie tak, jeżeli istnieje wiele jej różnorodnych wersji i nie ma zgody co do jej właściwej treści. Wydaje się, że to samo można powiedzieć o zasadzie krzywdy.

<sup>191</sup> R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts 2011, s. 212. Krytycznie o argumentach Dworkina: S. Wall, *Enforcing...*, s. 465-471.



przedstawionego argumentu z równej troski i szacunku do samego siebie<sup>192</sup>. Ten sposób krytyki moralizmu przypomina niektóre z filozoficznych poglądów opisanych w rozdziale pierwszym. Filozof podkreśla, iż nawet jeżeli założyć, że np. życie religijne albo powstrzymywanie się od stosunków homoseksualnych ma wartość moralną, to modlitwy pod nakazem lub seksualna wstrzemięźliwość z powodu strachu, są tej wartości pozbawione<sup>193</sup>. W ten sposób podważana jest zatem sama możliwość efektywnej legislacji moralistycznej, choć zauważyć należy, że nie dotyczy to wprost prawnego moralizmu Devlina, odwołującego się do społecznej jedności, a abstrahującego od moralnej naprawy adresatów norm prawnych.

### 2.3 Wyzwanie Kristola. Czy Hart się mylił? Cz. II

Powracając do głównego wątku niniejszego rozdziału, a zatem debaty Harta z Devlinem, stwierdzić należy, że jej wynik jest niewątpliwie korzystny dla autora *Pojęcia prawa*. Teza o dezintegracji, przynajmniej w wersji przedstawionej przez brytyjskiego sędziego, jest niemożliwa do utrzymania, natomiast teza konserwatywna została podważona przez Harta, który zauważył, że nie każde wartości społeczne warto zachowywać, a następnie dość przekonująco zaatakowana przez Dworkina. Porażka prawnego moralizmu nie jest jednakże zupełna. Wydaje się bowiem, iż w co najmniej jednym aspekcie argumentacja Devlina może się obronić. Chodzi mianowicie o problem konsensualnych krzywd (np. zabójstwa w sytuacji, kiedy ofiara wyraziła na nie zgodę) i kwestię, czy zgoda pokrzywdzonego powinna zawsze wyłączać bezprawność czynu (jeżeli nie – dlaczego). Jak już zaznaczono, Hart i Mill prezentują odmienne podejścia do tego problemu.

Warto nadmienić, że koncepcja Devlina znajduje silne wsparcie w przyjętych przez liberalne demokracje przepisach i praktykach orzeczniczych. Przykładowo, w 2014 r. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu<sup>194</sup> skazał na 12 lat pozbawienia wolności

---

<sup>192</sup> R. Dworkin, *Justice...*, s. 209.

<sup>193</sup> R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts 2000, s. 269. Przeciwno ideałowi neutralności Dworkina można postawić kilka zarzutów. Przykładowo, D. Meyerson wskazuje, że: „jeżeli argumentujesz za państwem, które pozostawia nam swobodę w zakresie decyzji odnośnie do wyboru dobrego życia, ponieważ wierzysz, że wartość życia polega na umiejętnym reagowaniu na życiowe wyzwania, co możesz powiedzieć tym, którzy odrzucają twój pogląd na temat tego, czym jest dobre życie i dlatego wnioskuje, że nie mają powodu, by akceptować ideał państwowej neutralności? Oczywiście, Dworkin musi powiedzieć im, że ich koncepcja dobrego życia jest zła. Nie może być neutralny w tej kwestii, gdyż w takim wypadku jego argument za państwową neutralnością upadłby”, zob. *Three Versions of Liberal Tolerance: Dworkin, Rawls, Raz*, „Jurisprudence” 2012, vol. 3, nr 1, s. 62-63.

<sup>194</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 19 grudnia 2014 r., II AKa 267/14.

sprawcę, który zabił swojego znajomego, na jego prośbę lub żądanie<sup>195</sup>. Fakt zgody pokrzywdzonego nie miał w tej sprawie znaczenia<sup>196</sup>. Tak samo przyjął Sąd Apelacyjny w Warszawie, który w jednym z wyroków wskazał, że w przypadku przestępstw handlu ludźmi i sutenerstwa „nie ma znaczenia to, czy podejmowane przez sprawcę zachowania mają miejsce za zgodą osób pokrzywdzonych, czy też bez takowej zgody”<sup>197</sup> oraz że „zachowania sprawców czynów z art. 189a § 1 k.k. oraz z art. 204 § 2 k.k. mogą być podejmowane także za zgodą osób, które są «przedmiotem» handlu i które się prostytuują”<sup>198</sup>. Z kolei w jednej ze spraw, która zawisła kilka lat temu przed niemieckim sądem, grupa pseudokibiców domagała się uniewinnienia od udziału w tzw. „ustawkach”, powołując się m.in. na dobrowolność uczestnictwa<sup>199</sup>, a co za tym idzie – na brak jakiegokolwiek krzywdy. Sąd nie uznał argumentacji oskarżonych. Podobnie było również w głośnej sprawie Armina Meiwesa, niemieckiego informatyka, który został skazany na dożywotnie pozbawienie wolności po tym, jak na życzenie swojej ofiary zabił ją, poćwiartował, a następnie zjadł<sup>200</sup>. Tego typu makabryczne zbrodnie podają w wątpliwość tezę Johna Locke’a, że jesteśmy posiadaczami samych siebie, natomiast zdają się potwierdzać moralne oraz prawne intuicje Devlina.

Jednakże w literaturze<sup>201</sup> stanowisko moralistów w tym zakresie najczęściej związane jest nie z Patrickiem Devlinem, lecz z Irvingiem Kristolem. Być może jest to spowodowane faktem, że prawny moralizm w wydaniu pierwszego z tych autorów jest uwikłany w niełatwe do obrony tezy, jak chociażby nieunikniony upadek społeczny oraz analogia niemoralności i państwowej zdrady. Z kolei argument Kristola jest autonomiczny i prosty. W artykule *Pornography, Obscenity and The Case For Censorship*<sup>202</sup> z 1971 r. twierdzi on, że gdyby rzeczywiście poza granicą regulacji prawnych pozostać miały wszelkie dobrowolne stosunki między dorosłymi, cieszącymi się zdolnością do czynności prawnymi ludźmi, to nie byłoby żadnych powodów, aby

---

<sup>195</sup> Kwestia, czy była to prośba, czy wyraźne żądanie, pozostawała sporna.

<sup>196</sup> W polskim prawie znaczenie miałyby jedynie zabicie człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego, czyli tzw. zabójstwo eutanatyczne opisane w art. 150 k.k.

<sup>197</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 grudnia 2017 r., II AKa 282/17.

<sup>198</sup> Ibidem.

<sup>199</sup> Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 stycznia 2015 r., 3 StR 233/14.

<sup>200</sup> Na temat sprawy zob. M.J. Sandel, *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, tłum. O. Siara, Warszawa 2013, s. 100-101.

<sup>201</sup> Zob. np. J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Nowy Jork 1990, s. 128-133; G. Dworkin, *Harm and the Volenti Principle*, „Social Philosophy and Policy Foundation” 2012, vol. 29, nr 1, s. 313-321.

<sup>202</sup> I. Kristol, *Pornography, Obscenity and The Case For Censorship*, <https://www.nytimes.com/1971/03/28/archives/pornography-obsenity-and-the-case-for-censorship-pornography.html> (dostęp: 28.11.2020 r.).

zakazać organizowania konsensualnych walk gladiatorów na Stadionie Jankesów, podobnych do tych odbywających się w rzymskim Koloseum<sup>203</sup>. Pojedynki kończyłyby się śmiercią przegrywającego lub alternatywnie – oszczędzeniem jego życia przez wiwatujący tłum. Mogłyby być komercyjnym, bardzo dochodowym przedsięwzięciem. Ich dopuszczalność wywieść można byłoby bezpośrednio z zasady *volenti non fit iniuria*. Tymczasem przecież nikt, nawet najbardziej wolnościowy duch, nie proponuje wprowadzenia w życie przepisów zezwalających na takie brutalne rywalizacje<sup>204</sup>. Tym samym, zdaniem Kristola, sposób argumentowania przyjęty przez liberałów zawodzi, a co więcej – jest hipokrytyczny. Społeczeństwo zaś nie może pozostać całkowicie bierne, nawet wobec zachowań podejmowanych przez strony za ich obopólną zgodą, a zatem takich, w których „nie dzieje się krzywda”.

Jak twierdzi Richard Posner, argument Kristola jest w istocie skuteczną ripostą na racjonalistyczną etykę w rodzaju wykładanej przez Dworkina<sup>205</sup>. W rzeczy samej, można zastanawiać się, czy gladiatorska koncepcja dobrego życia powinna być traktowana jako równorzędna i dopuszczalna – a więc jako jedna z możliwych do wyboru przez jednostkę<sup>206</sup>. Natomiast *prima facie* odporny na „wyzwanie Kristola”<sup>207</sup> wydaje się być liberalny paternalizm wysuwany przez Harta. Przy bliższej analizie okazuje się jednak, iż także on musi albo uznać wyższość społecznego nacisku i prawnego moralizmu, albo zaprzeczyć sam sobie.

Paternalizm Harta próbuje chronić jednostkę przed samą sobą, nie wpadając przy tym w moralizm, który nakazywałby między innymi kryminalizację homoseksualizmu. Jest to jednakże tylko chwilowy unik, który w dłuższej perspektywie może przynieść odwrotne skutki. Moralista, przebrany za paternalistę i sprzeciwiający się homoseksualizmowi, byłby bowiem uprawniony do argumentacji mającej na celu nie ochronę społeczeństwa przed upadkiem, lecz – przykładowo – ochronę zdrowia zainteresowanych jednostek. Zgodnie z informacjami podawanymi przez U.S. Centers

---

<sup>203</sup> Kazus podany przez Kristola jest dyskutowany również obecnie, zob. np. M. Ramsay, *Slaves, Gladiators, and Death: Kantian Liberalism and the Moral Limits of Consent*, „Legal Theory” 2017, vol. 23, nr 2, s. 96-131.

<sup>204</sup> Choć przyznać trzeba, że niektóre formy rywalizacji, jak np. Slap Fighting, niebezpiecznie zbliżają się do granicy wyznaczonej przez I. Kristola.

<sup>205</sup> R. Posner, *Sex and Reason*, Cambridge, Massachusetts 1992, s. 231.

<sup>206</sup> Wydaje się, że Dworkin, kładący silny nacisk na autonomię jednostki, rzeczywiście – chcąc zachować spójność swojej koncepcji – musiałby zaakceptować wolny wybór gladiatorów; w tym kontekście zob. też M. Pełka, *Ronald Dworkin o prawie do eutanazji*, „Forum Prawnicze” 2017, nr 2 (40), s. 39.

<sup>207</sup> „Kristol’s challenge”, zob. M. Ramsay, *Slaves...*, s. 99.

for Disease Control and Prevention, w Stanach Zjednoczonych w 2018 roku geje i biseksualiści stanowili 69% z 37968 nowych diagnoz HIV w ogóle i 86% diagnoz wśród mężczyzn<sup>208</sup>. Jeżeli Hartowski ustawodawca akceptuje zakaz sprzedaży narkotyków, opierając się na paternalistycznych i prozdrowotnych podstawach, to mogłyby przekonać go również dane medyczne dotyczące homoseksualistów<sup>209</sup>.

Po wtóre, jak wskazuje skądinąd Dworkin, pojęcie „krzywdy” może obejmować spektrum szersze niż tylko szkody fizyczne<sup>210</sup>. Jeżeli ustawodawca wie lepiej, co jest dobre dla jakichś fizycznych właściwości jednostki, to dlaczego nie miałby posiadać takiej wiedzy odnośnie do jej właściwości moralnych? Co więcej, jeżeli na podstawie swojej wiedzy o tym, co korzystne dla jednostki, może ustanawiać prawo chroniące ją przed krzywdami w sensie fizycznym, to nie ma dobrych powodów, by nie mógł „chronić jednostkę przed sobą samą” również w sensie moralnym. Moralizm wchodzi zatem tylnymi drzwiami, uchylonymi przez paternalizm<sup>211</sup>. W konsekwencji, trudno jest utrzymywać, że te pojęcia są całkowicie rozłączne. Dlatego też nie można traktować paternalizmu w sposób wybiórczy.

Niezależnie od powyższego, należy zastanowić się nie tylko nad znaczeniem pojęcia „krzywdy”, ale także nad adekwatnością tej koncepcji we współczesnych debatach prawnych i moralnych. Dobrym przykładem regulacji prawnych, dotyczących kwestii ważnych z punktu widzenia moralnego a jednocześnie wątpliwych w kontekście zasady krzywdy, są przepisy antidyskryminacyjne. Sprzeciw wobec dyskryminacji jest bowiem elementem aktualnej moralności społecznej oraz odpowiada intuicjom moralnym przeciętnego (czy, jak to ujmował Devlin, rozumnego) człowieka.

Tak zatem, pierwsza wątpliwość może rodzić się przy wąskim rozumieniu krzywdy – tak, jak zdaje się rozumieć ją Hart – a więc jako zjawiska odnoszące się wyłącznie do szkód fizycznych. Richard Epstein argumentuje, iż w przypadku

---

<sup>208</sup> Dane dostępne na stronie internetowej: <https://www.cdc.gov/hiv/statistics/overview/ata glance.html> (dostęp: 14.11.2020 r.).

<sup>209</sup> Co ciekawe, niektórzy zaliczają prawa regulujące czynności seksualne do rozwiązań paternalistycznych, nie zaś *stricte* moralistycznych, co może wskazywać na brak wyraźnej dystynkcji między tymi dwoma pojęciami; zob. np. G. Dworkin, *Paternalism*, „The Monist” 1972, vol. 56, nr 1, s. 65.

<sup>210</sup> Podrozdział 2.2.4 niniejszej pracy; zob. też P. Devlin, *Morals and Contemporary Social Reality*, [w:] idem, *The Enforcement...*, s. 133-134.

<sup>211</sup> H. Hyry, *Legal Paternalism and Legal Moralism: Devlin, Hart and Ten*, „Ratio Juris”, vol. 5, nr. 2, s. 196-197.

dyskryminacji właściwie nie można mówić o krzywdzie w tym znaczeniu<sup>212</sup>. Nie istnieje bowiem analogia między chociażby bezprawnym użyciem siły lub oszustwem, skutkującymi bezpośrednio tego rodzaju krzywdą, a dyskryminacją. Ktoś, kto chce z jakiegokolwiek powodu dyskryminować inną osobę, ma prawo tylko odmówić prowadzenia z nią interesów, a nie używać przeciwko niej siły. Ofiara dyskryminacji, w przeciwieństwie do ofiar, przeciwko którym użyto siły, zachowuje swój pierwotny zestaw uprawnień – życie, zdrowie i posiadanie – nawet jeśli nie odnotowuje zysków z wymiany z określoną osobą<sup>213</sup>. W sytuacji napadu albo kradzieży pierwotna pozycja pokrzywdzonego ulega pogorszeniu, natomiast w wypadku dyskryminacji – na przykład przy rekrutacji pracowników – sytuacja osoby dyskryminowanej nie zmienia się. Nadal bowiem (tak, jak na początku) pozostaje bezrobotna. Ma także w dalszym ciągu możliwość poszukiwania pracy na rynku u innego pracodawcy. Epstein stwierdza, że inne, szersze rozumienie krzywdy jest nie do pogodzenia z żadną teorią wolności, dlatego też uzasadnione są jedynie regulacje prawne w zakresie przeciwdziałania przemocy, oszustwom i rynkowym monopolom<sup>214</sup>. Między jednostkami natomiast priorytet powinna mieć swoboda zawierania umów. Jeżeli więc umowa nie powoduje krzywdy dla strony trzeciej i żadna ze stron nie ma zamiaru dokonania oszustwa, powinna być dozwolona, niezależnie od swojej treści. Jednostki bowiem „najlepiej znają swoje własne preferencje i mają najsilniejszą możliwą motywację do zawarcia najlepszej umowy dla siebie”<sup>215</sup>. Ponadto, jako iż atrakcyjna umowa to taka, w której „każda ze stron uważa swoją sytuację za korzystniejszą z umową niż bez niej”<sup>216</sup>, niczyja sytuacja nie zostaje pogorszona, a zatem do ustawodawcy lub sądów nie należy stwierdzanie jej prawnej niedopuszczalności, choćby była przez nich uznana za „dyskryminacyjną”.

Libertariańska teoria Epsteina nie musi oczywiście zostać przez wszystkich zaakceptowana. W szczególności można kwestionować tezę, iż sytuacja osoby, aplikację

---

<sup>212</sup> L. Brilmayer, *Lonely Libertarian: One Man's View of Antidiscrimination Law*, „San Diego Law Review” 1994, vol. 31, nr 1, s. 125.

<sup>213</sup> R.A. Epstein, *Forbidden Grounds The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge, Massachusetts 1992, s. 30.

<sup>214</sup> R.A. Epstein, *The Harm Principle - And How It Grew*, „The University of Toronto Law Journal” 1995, vol. 45, nr 4, s. 413-414.

<sup>215</sup> R.A. Epstein, *Forbidden...*, s. 149. Co ciekawe, tę argumentację zastosował również Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w słynnym wyroku *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Sprawa dotyczyła niekonstytucyjnego (jak się później okazało) zakazu pracy powyżej dziesięciu godzin dziennie. Jak wskazał SN, zakaz ten był ustanowiony wbrew interesom pracowników, gdyż mogliby oni chcieć zarobić dodatkowe pieniądze, dzięki przepracowaniu przez norm ponad przewidziany czas pracy. Swoboda zawierania umów nie powinna doznawać zatem tego rodzaju ograniczeń.

<sup>216</sup> R.A. Epstein, *Forbidden...*, s. 149.

której pracodawca odrzuca na podstawie dyskryminacyjnych przesłanek, nie ulega faktycznie pogorszeniu. Niemniej jednak, nawet jeżeli przyjmie się szerszą koncepcję krzywdy, wątpliwości nie znikają. Przykładowo, Kasper Lippert-Rasmussen, najbardziej konsekwentny zwolennik definicyjnego powiązania zjawiska dyskryminacji z inherentną dla niego krzywdą, pisze:

przypadek dyskryminacji jest zły (...) ponieważ pogarsza on sytuację ludzi, tzn. są oni w gorszej sytuacji z uwagi na obecność dyskryminacji, niż gdyby byli w jakiejś odpowiedniej alternatywnej sytuacji, w której dany przypadek dyskryminacji nie miałby miejsca<sup>217</sup>.

Można jednakże przekonująco argumentować, że nie każda dyskryminacja skutkować będzie krzywdą, a co za tym idzie – nie należy ona do istoty tego pojęcia. W rzeczywistości spora część autorów, opisujących dyskryminację w modelu teoretycznym, kładzie nacisk na zupełnie odmienne jej właściwości<sup>218</sup>. Tom Parr i Adam Slavny zauważają, że istnieć może „niekrzywdząca dyskryminacja” (*harmless discrimination*). Tak będzie między innymi w następującym przypadku:

*Kancelaria prawna*: Marta jest Latynoską i aplikuje na stanowiska w kancelariach prawnych. Członkowie komisji rekrutacyjnej jednej z firm przyjmują jej podanie, ale wykorzystują swoje kontakty, aby zapewnić, że podanie Marty zostanie również zaakceptowane przez jej kancelarię pierwszego wyboru, która zaoferuje jej pracę na bardziej korzystnych warunkach. Komisja robi to, ponieważ firma nie chce pracować z pracownikami pochodzenia latynoskiego. Biorąc pod uwagę hojną ofertę od swojego pracodawcy pierwszego wyboru i ponieważ komisja ukrywa swoje motywy, Marta jest jej wdzięczna za interwencję<sup>219</sup>.

Ten przykład pokazuje, że może dojść do dyskryminacji, a jednocześnie nie wystąpić krzywda (Marta była wręcz beneficjentką zaistniałej sytuacji). Podobnie wskazuje Sophia Moreau, która utrzymuje, że nawet gdyby udowodniono, że zapewnienie równych szans w karierze zawodowej faktycznie pogarsza ogólną sytuację kobiet lub mniejszości etnicznych (np. ze względu na duży stres, przemęczenie, brak pewności zatrudnienia, dużą rotację na wyższych stanowiskach), to i tak nie wpływałoby to na nasze poczucie

---

<sup>217</sup> K. Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal: a Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Nowy Jork 2014, s. 154-155.

<sup>218</sup> K.B. Rasmussen, *Harm and Discrimination*, „Ethical Theory and Moral Practice: An International Forum” 2019, nr 22, s. 873.

<sup>219</sup> T. Parr, *Revisiting Harmless Discrimination*, „Philosophia” 2019, vol. 47, nr 5, s. 1536; zob. też A. Slavny, T. Parr, *Harmless Discrimination*, „Legal Theory” 2015, nr 21, s. 100-114; M. Schwartzman, *Must Laws Be Motivated by Public Reason?*, [w:] S. Langvatn, M. Kumm, W. Sadurski (red.), *Public Reason and Courts*, Cambridge 2020, s. 55.

sprawiedliwości i konieczność obowiązywania antydyskryminacyjnych (w tym przypadku także potencjalnie pogarszających sytuację kobiet i mniejszości) przepisów<sup>220</sup>. Kwestia krzywdy jest więc drugorzędna wobec moralnej wartości niedyskryminacji i zagwarantowania jednostce możliwości realizacji określonych wolności. Również Larry Alexander koncentruje się na innych niż „czysta” krzywda cechach właściwych dla dyskryminacji<sup>221</sup>.

Silne napięcie występuje także pomiędzy przeświadczeniem o niemoralności dyskryminacji a liberalną zasadą neutralności. Do tego oryginalnego, ale trafnego wniosku doszedł Jonathan Crowe podczas analizy wyroków sądowych w niektórych kontrowersyjnych sprawach<sup>222</sup>. Crowe stwierdza, że w przypadku nierówności dotychczas niedostrzeganych w stopniu wystarczającym przez prawo, zasada neutralności prowadzi do konserwacji zaistniałego, czyli dyskryminującego, stanu rzeczy. Jeżeli prawo ma być ślepe na osobiste cechy jednostki, takie jak płeć, rasa czy pochodzenie, to doprowadzić może to do uniemożliwienia uzyskania przez nią, powołując się na te właśnie cechy, zadośćuczynienia za utrwalony w społeczeństwie błąd instytucjonalny. Odwołując się do części literatury feministycznej, Crowe uznaje pornografię za „doskonały przykład”, który w swoisty sposób dotyka szczególnie zmarginalizowaną grupę społeczną; mianowicie kobiety<sup>223</sup>. Dyskryminujący charakter pornografii przegrywa bowiem w ostatecznym rozrachunku z wolnością słowa i swobodą ekspresji. Przykładowo, w jednej z amerykańskich spraw<sup>224</sup> sąd potwierdził, że wprowadzie pewne kategorie filmów pornograficznych utrwalają dyskryminację kobiet, niemniej jednak ich zakaz należy całkowicie wykluczyć jako sprowadzający się do „kontroli myśli” i z góry ustanawiający to, w jaki sposób osoby różnych płci mają się do siebie odnosić<sup>225</sup>. Zdaniem Crowe’a jednakże, bez możliwości uzyskania prawnej protekcji, „trudno jest dostrzec, w jaki sposób kobiety mogłyby skutecznie przeciwdziałać przekazowi uprzedmiotowienia i podporządkowania seksualnego,

---

<sup>220</sup> S. Moreau, *Discrimination and freedom*, [w:] K. Lippert-Rasmussen (red.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Nowy Jork 2018, s. 167-168.

<sup>221</sup> Jego koncepcja jest dość skomplikowana, jednakże najogólniej rzecz ujmując, zdaniem L. Alexandra preferencje dyskryminacyjne są ze swej istoty moralnie złe, jeśli opierają się na błędzie, moralnym lub faktycznym, wynikającym z uprzedzeń co do osoby lub grupy osób dyskryminowanych, zob. idem, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, „University of Pennsylvania Law Review” 1992, vol. 141, nr 1, s. 219.

<sup>222</sup> J. Crowe, *Reinterpreting Government Neutrality*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2004, vol. 29, s. 118-139.

<sup>223</sup> Ibidem, s. 134.

<sup>224</sup> *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985).

<sup>225</sup> J. Crowe, *Reinterpreting ...*, s. 135.

rozpowszechnianemu w środowisku leseferystycznym”<sup>226</sup>. Niechęć do podjęcia rozstrzygnięcia substancjalnego, a zatem najsilniejsza broń neutralności, paradoksalnie prowadzi do umacniania uprzedzeń, które przeważnie zwalcza.

Wysoce wątpliwym jest zatem, czy prawo zawsze skupione jest (lub powinno być) wokół krzywdy – rozumianej zarówno jako istota danych regulacji prawnych, jak i przyczyna uzasadniająca wykluczenie jakiejś kategorii czynów z katalogu prawnie dozwolonych. Pierwszy aspekt może doprowadzić do trudności ze zdefiniowaniem właściwego zakresu czynów, którymi powinno zajmować się prawo, z kolei drugi do kłopotów z odpowiednim wyjaśnieniem sensu konkretnych norm, między innymi antydyskryminacyjnych. Natomiast zupełna rezygnacja z próby substancjalnego zdefiniowania neutralności może wiązać się z przeobrażeniem się tego ideału w swe zaprzeczenie, sprzyjające zachowaniu dyskryminacyjnego modelu niektórych praktyk i układów społecznych. Jeżeli uwarunkowania historyczne, majątkowe lub faktyczne kreują głębokie nierówności, to pojawia się pytanie, czy prawo dalej powinno być oparte o neutralność i zasadę krzywdy, czy też należy raczej ustąpić na rzecz jakiejś wersji moralizmu.

Rekapitulując, w niniejszym rozdziale broniono dwóch argumentów wysuwanych przez prawnych moralistów: argumentu z gradacji kar, ukutego przez Stephena, oraz argumentu o konieczności ograniczenia wolności w kształtowaniu niektórych konsensualnych stosunków, wysuwanego przez Devlina i Kristola. Koncepcja Harta, pomimo swej zasadniczej przewagi w debacie z moralistami, może zostać podważona przez oba z nich. Ponadto wąskie rozumienie pojęcia „krzywdy”, preferowane przez autora *Law, Liberty, and Morality*, może sprawiać trudność w uzasadnieniu między innymi przepisów antydyskryminacyjnych. Natomiast w ramach racjonalistycznej etyki Dworkina niełatwym zadaniem jest odparcie wyzwania Kristola.

W odniesieniu do kryminalizacji homoseksualizmu błędem Devlina było przyjęcie w gruncie rzeczy bezpodstawnej tezy o dezintegracji. Jednakże liberalno-paternalistyczne stanowisko Harta również nie może zostać uznane za w pełni przekonujące. Nie chodzi tylko o jego niepożądane konsekwencje, unicestwiające sam paternalizm na rzecz moralizmu. Wydaje się, że zdecydowanie bardziej znaczącą

---

<sup>226</sup> Ibidem, s. 136. Podobnie w kontekście pornografii wskazuje D. Dyzenhaus, pisząc, iż „patriarchalna koncepcja dobrego życia nie jest jedną z tych, wobec których państwo liberalne powinno być neutralne, gdyż jej ceną jest nierówność kobiet”, zob. idem, *John Stuart Mill...*, s. 550.



i głębszą wadą stanowiska liberalnego jest oddanie zbyt dużego pola w debacie moralnej. Jeżeli bowiem homoseksualizm (lub dowolna inna istotna dla jakiejś grupy społecznej wartość albo styl życia) ma pozostać legalny tylko dlatego, że nie przyczynia się do powstania szkód fizycznych albo jest tylko jednym z dostępnych wyborów – podobnie jak walki gladiatorów, pornografia, popieranie partii komunistycznej – to wybór ten w istocie stanowi dezawuację wybieranej postawy. Polega ona na tym, że nie próbuje się dowodzić, iż mniejszościowe związki homoseksualne przedstawiają moralną wartość podobną lub równą powszechnym związkom heteroseksualnym, ale sprowadza się je do „szkód niefizycznych”. Słusznie zwraca uwagę Charles Taylor, że:

Niektóre formy takiej argumentacji zmierzają w stronę afirmacji samego wyboru. Wszelkie wybory mają taką samą wartość, ponieważ są obiektem wolnego wyboru, a to właśnie wybór nadaje im wartość. Oto subiektywistyczna zasada słabego relatywizmu w działaniu. Zasada ta neguje jednak *implicite* uprzednie istnienie horyzontu znaczenia, dzięki któremu niektóre rzeczy są bardziej wartościowe, inne mniej, a jeszcze inne wcale, i to całkowicie niezależnie od wyboru. A w takim razie wybór orientacji seksualnej traci znaczenie. Schodzi do poziomu wszelkich innych preferencji, np. wybory między blondynkami a brunetkami. Nikomu nie przyszłoby do głowy wydawać sądów wartościujących na temat tych wyborów, ale dzieje się tak właśnie dlatego, iż są one pozbawione znaczenia. One rzeczywiście zależą po prostu od tego, co czujemy. Gdy jednak orientacja seksualna zostaje sprowadzona do tego poziomu – a to właśnie ma miejsce, kiedy z samego wyboru czynimy kluczową rację uzasadniającą – wtedy nasz pierwotny cel, tzn. deklaracja, że dana orientacja jest tak samo wartościowa, zostaje poniekąd zanegowany. Tak zadeklarowana odmienność okazuje się bowiem nieznacząca<sup>227</sup>.

Samo z siebie nie musi to oznaczać, że Dworkin albo Hart są takimi relatywistami. Opisana postawa może być jednak, i w rzeczywistości jest, skutkiem ubocznym pewnego rozumienia neutralności oraz sprawiedliwości proceduralnej<sup>228</sup>. Skutkiem, który warto wziąć pod uwagę.

## 2.4 Prawny moralizm a koncepcje klasyczne

Podsumowując niniejszy rozdział, warto dokonać porównania koncepcji prawnych moralistów z teoriami dobrego ustawodawcy, przedstawionymi w rozdziale

---

<sup>227</sup> Ch. Taylor, *Etyka autentyczności*, tłum. A. Pawelec, Kraków 1996, s. 36.

<sup>228</sup> „Takie właśnie jest podłoże słabego relatywizmu jako zasady moralnej: nikt nie ma prawa krytykować wartości drugiego. To skłania zwolenników tej kultury do przyjęcia proceduralnych koncepcji sprawiedliwości: granicą samorealizacji każdego musi być gwarancja równych szans samorealizacji dla innych”, *ibidem*, s. 40.

pierwszym. Jeżeli chodzi o Stephena, to nie ulega wątpliwości, iż jego moralizm jest konserwatywnym głosem w etycznej i prawnej debacie utilitarystów. Został on ukształtowany w opozycji do Milla, któremu to zarzuca właśnie niespójność z utilitaryzmem. Natomiast charakter uniwersalny, wykraczający poza kanony utilitaryzmu, posiada wspomniany wcześniej argument z gradacji kar. Zapewne nie jest on niepodważalny, niemniej jednak próba jego odparcia, poczyniona przez Harta, nie była całkowicie skuteczna. Wydaje się, że słuszne było także odrzucenie przez Stephena twierdzenia, że każde ograniczenie wolności słowa prowadzić musi *implicite* do przyznania ustawodawcy statusu nieomylnego. Nie trzeba bowiem być nieomylnym, ażeby móc przewidzieć, że objęcie wolnością słowa ideologii antysemitowskich, rasistowskich i dyskryminujących może nie sprzyjać zwiększaniu „największego szczęścia największej liczby ludzi” albo intelektualnego postępowi jednostki. Bardziej prawdopodobna jest jej degradacja. Wątpliwym jest przy tym, iż cenzura takich ideologii skutkuje jednocześnie osłabieniem wiary w słuszność postawy niedyskryminującej. Wolność słowa w tym zakresie może podlegać ochronie, jako prawo indywidualne posiadające wartość samą w sobie, jednakże uzasadnianie jej przyszłymi pozytywnymi efektami jest sprzeczne chociażby z doświadczeniami historycznymi, a zatem empirią, która dla utilitarysty ma znaczenie kluczowe.

Z kolei prawny moralizm Devlina najlepiej scharakteryzował sam brytyjski sędzia, tłumacząc, że:

Państwo może rościć sobie prawo do ustanawiania przepisów w materii moralnej z dwóch powodów. Idealem platońskim jest to, że państwo istnieje po to, by promować cnotę wśród swoich obywateli. Jeżeli to jest jego funkcją, to niezależnie od tego, jaka siła jest suwerenem w państwie – autokrata, jeśli takowy istnieje, lub większość w demokracji – musi mieć prawo i obowiązek oświadczenia, jakie standardy moralności powinny być przestrzegane jako cnotliwe, i musi je ustalić w sposób uważany przez siebie za najlepszy. To nie jest akceptowalne dla angloamerykańskiej myśli. Daje to państwu władzę określania dobra i zła, niszczy wolność sumienia i jest utwardzoną drogą do tyranii. To przeciwko tej koncepcji państwowej władzy są głównie skierowane słowa Milla.

Alternatywnym powodem jest to, że społeczeństwo może ustanawiać prawo, aby zachować samo siebie. (...) Tym, co formuje społeczeństwo, jest wspólnota idei, nie

wyłącznie politycznych idei, ale także idei odnośnie do tego, jak jego członkowie powinni zachowywać się i prowadzić swoje życie<sup>229</sup>.

Podobnie zresztą zauważa Hart:

Z *Państwa i Praw* Platona, a być może także z *Etyki i Polityki* Arystotelesa, można wyciągnąć następującą tezę o roli prawa w egzekwowaniu moralności: prawo państwa-miasta istnieje nie tylko po to, aby zabezpieczyć ludziom możliwość prowadzenia moralnie dobrego życia, ale zapewnić, że tak właśnie jest. Zgodnie z tą tezą, prawo nie tylko może być używane do karania ludzi za to, co jest dla nich moralnie złe, ale powinno być w ten sposób używane; albowiem promocja cnót moralnych za pomocą tych i innych środków jest jednym z Celów [*Ends or Purposes*] społeczeństwa wystarczająco złożonego, aby rozwinąć system prawny. Teoria ta jest silnie powiązana z określoną koncepcją moralności jako unikalnie prawdziwego lub poprawnego zbioru zasad, które nie zostały stworzone przez człowieka, ale albo oczekują na odkrycie człowieka za pomocą rozumu, albo (w ujęciu teleologicznym) oczekują na jego ujawnienie. Nazwę tę teorię „tezą klasyczną”<sup>230</sup>.

Opisywana przez autora *Pojęcia prawa* teza klasyczna stoi w opozycji do tezy o dezintegracji. Wyższość tej ostatniej polegać ma na jej bardziej „wolnościowym” podejściu, które gwarantuje swobody jednostki, nie prowadzi do tyranii, a przy tym pozwala zachować spójność społeczną. Devlin nie wyjaśnia jednak dostatecznie, dlaczego przyjęcie jakiejś formy moralności krytycznej musi koniecznie wiązać się z zamachem na wolność sumienia, zaś moralność pozytywna ma przed tym zabezpieczać. Ktoś, kto został skazany na podstawie normy prawnej wywiedzionej z moralności krytycznej, nadal może pozostawać wobec niej sceptyczny. Prawo nie karze za sceptycyzm, lecz jedynie za niektóre zachowania z nim sprzeczne. Jeżeli jednak skazany uzna swoją winę i zostanie przekonany o nieprawości swego zachowania, to nastąpi to wskutek jego autonomicznej decyzji, nie natomiast państwowego „prania mózgu”. Tak samo rzecz ma się w przypadku normy prawnej opartej o moralność pozytywną.

Ponadto, jeżeli jakiegokolwiek próby owego „prania mózgu” byłyby przez państwo przeprowadzane, to świadczyłyby to tylko o słabości wybranej moralności krytycznej. Można nawet stwierdzić, że właściwa moralność wymaga uznania pewnej sfery autonomicznych wyborów jednostki. Gdyby moralność krytyczna wymuszała ustawowe „pranie mózgu” i łamanie sumienia, zaprzeczałaby przecież samej sobie. Trudno

---

<sup>229</sup> P. Devlin, *Democracy...*, s. 89.

<sup>230</sup> H.L.A. Hart, *Social...*, s. 1.

powiedzieć też, dlaczego akurat moralność pozytywna miałaby zawsze wykluczać tego rodzaju legislacyjne niegodziwości. Historia dostarcza niemałą liczbę przykładów nie potwierdzających tej intuicji.

Odrzucenie tezy klasycznej i sformułowanie tezy o dezintegracji prowadzi do przyjęcia wizji moralności, która bodaj w największym stopniu odpowiada „moralności zamkniętej”, przedstawionej przez Henriego Bergsona w dziele *Dwa źródła moralności i religii*<sup>231</sup>. Moralność zamknięta obejmuje zatem powinności moralne, których funkcją jest zapobieganie rozkładowi społeczeństwa<sup>232</sup>. Bergson pisze wprost, że społeczeństwo zamknięte (w przeciwieństwie do otwartego) nakłada pewne regularne powinności na jednostkę wyłącznie w celu swojego przetrwania<sup>233</sup>. Dlatego też prawa, które stanowi dana polityczna wspólnota, mają za zadanie podtrzymanie porządku społecznego<sup>234</sup>. Takie ujęcie moralności nie wymaga również uzasadnień dla posiadanych przekonań. Jak wiadomo, rozumny człowiek nie musi być utożsamiany z człowiekiem racjonalnym. Gdyby bowiem za każdym razem trzeba było przywoływać ideę stojącą za tymi przekonaniem, wypełnianie obowiązków moralnych byłoby o wiele bardziej uciążliwe<sup>235</sup>. Automatyczne podporządkowanie się powinnościom ma swoją użyteczność, „ponieważ powszechne posłuszeństwo regułom, nawet niedorzecznym, zapewnia większą spójność”<sup>236</sup>. Co więcej, „Przepisy lub zakazy mające wartość samą w sobie to te, które pozytywnie mają na celu zachowanie lub dobrobyt społeczeństwa”, a co za tym idzie – „nawet ten, kto nie zastanawia się nad swoim postępowaniem, przetrwa, jeśli rozumnie podporządkuje się tym zasadom”<sup>237</sup>. Opiswana – w sposób krytyczny – przez Bergsona moralność zamknięta, podobnie jak moralność pozytywna Devlina, zakłada zaburzenie koherencji w przypadku odstępstwa od przyjętych norm, na co żadne społeczeństwo, obdarzone instynktem samozachowawczym, pozwolić nie może. Francuski filozof zauważa, że wyżej przedstawione ujęcie moralności charakteryzuje w szczególności ludy prymitywne, tym niemniej niestety jego

---

<sup>231</sup> H. Bergson, *Dwa źródła moralności i religii*, tłum. P. Kostyło SJ, K. Skorulski SJ, Kraków 1993. Z kolei Hart zauważa podobieństwo koncepcji Devlina i E. Durkheima, zob. *Social...*, s. 5-13. W literaturze można jednak odnotować w tym kontekście krytykę Harta, zob. S. Lukes, D. Prabhat, *Durkheim on law and morality: The disintegration thesis*, „Journal of Classical Sociology” 2012, vol. 12, nr 3-4.

<sup>232</sup> W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, [w:] J. Hołówka, B. Dziobkowski, *Filozofia prawa. Normy i fakty*, Warszawa 2020, s. 420.

<sup>233</sup> H. Bergson, *Dwa...*, s. 17.

<sup>234</sup> *Ibidem*, s. 18.

<sup>235</sup> *Ibidem*, s. 24.

<sup>236</sup> *Ibidem*, s. 30.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

podstawowa zasada odnosi się bezpośrednio także do współczesnych i cywilizowanych społeczności.

Z punktu widzenia metaetyki koncepcję Devlina można natomiast określić jako emotywną<sup>238</sup>, co stanowi kolejną różnicę między proponowanym przez niego prawnym moralizmem a wizją zwolenników tezy klasycznej. Jurysta zdaje sobie sprawę, że za powszechnym oburzeniem i uczuciem obrzydzenia wobec jakichś zachowań, nie stoi żadna „prawdziwa moralność”, którą należy w ten sposób odkryć<sup>239</sup>. Silny wstręt odnośnie do danego czynu nie jest cechą przesądzającą o jego obiektywnej niemoralności. Moralność mająca źródło w dostatecznie popularnym negatywnym odczuciu służy jedynie instrumentalnym celom. W tym kontekście zastanowić można się zatem, czy odrzucić należy prawny moralizm jako taki, czy też tylko postać, jaką nadał mu autor *The Enforcement of Morals*.

Być może bowiem prawny moralizm, po oczyszczeniu z naleciałości emotywnych, byłby propozycją bardziej przekonującą<sup>240</sup>. Pozwoliłoby mu to także na wyjście z wąskich ram i stereotypowych ograniczeń. To samo dotyczy również roli demokracji i społeczeństwa w konstytuowaniu prawa. Pożytecznym zapewne byłoby zastąpienie kryterium „powszechnego odczucia” postulatem demokracji deliberatywnej i społecznej aktywizacji, zachęcającej jednak do **myślenia** na tematy moralne, nie zaś jedynie do wyrażania swoich uprzedzeń wraz z domaganiem się ich prawnego uznania. W ten sposób można by jednocześnie ominąć emotywizm oraz ryzyko rządów „intelektualnej oligarchii”. Sama idea większego udziału społeczeństwa w stanowieniu prawa nie jest oczywiście zjawiskiem niepożądanym. James Allan, biorąc Devlina w obronę, stwierdził, że trudno zrozumieć, dlaczego czyjaś moralność krytyczna, najlepsze zrozumienie zasady krzywdy, czy też chęć lub niechęć do paternalistycznych rozważań, powinny mieć przewagę w społeczeństwie liczącym dziesiątki lub setki milionów ludzi<sup>241</sup>. Przyznać trzeba, że jest w tym coś intuicyjnie słusznego. Wątki te rozwinięte zostaną w rozdziale następnym.

---

<sup>238</sup> A.M. Matteo, *Making Men Moral* (recenzja), [w:] P.E. Gottfried, *Politics and Regimes*, Routledge 2019, s. 180

<sup>239</sup> J.D. Thaysen, *On the Liberty of Scoundrels: Wrongfulness and the Justifiability of Criminalization*, s. 87, praca doktorska dostępna na stronie internetowej <https://politica.dk/fileadmin/politica/Dokumenter/Afhandlinger/thaysen.pdf> (dostęp: 28.11.2020).

<sup>240</sup> R. Galvin, *Legal moralism and the U.S. Supreme Court*, „Legal Theory” 2008, vol. 14, nr 2, s. 96-97.

<sup>241</sup> J. Allan, *Revisiting the Hart-Devlin Debate: At the Periphery and By the Numbers*, „San Diego Law Review” 2017, vol. 54, nr 2, s. 438.

### 3. Nowy prawny moralizm

W niniejszym rozdziale przedstawione zostaną nowe (tzn. powstałe po Stephenie i Devlinie) koncepcje prawnego moralizmu jako odpowiedzi na wyzwania liberalizmu, reprezentowanego w szczególności przez takich myślicieli, jak John Rawls i Joel Feinberg. Kryterium, według którego przebiegać będzie analiza udoskonalonych wersji moralizmu, będzie wprowadzony w rozdziale drugim podział na moralność krytyczną oraz pozytywną. Celem rozważań jest usystematyzowanie prawnego moralizmu, jak również próba oceny poszczególnych jego odłamów. Uwzględnione będą najważniejsze pojawiające się w literaturze koncepcje, których autorzy albo sami identyfikują się z nurtem prawnego moralizmu, albo są za prawnymi moralistami powszechnie uznawani. Sztandarowymi moralistami krytycznymi będą więc Robert P. George i Michael S. Moore, z kolei przedstawicielem moralizmu nieco bardziej wspólnotowego – Antony Duff.

W poniższych rozważaniach wprowadzona zostanie dystynkcja pomiędzy *wrongs* – oznaczające zło, bezprawność, niesprawiedliwość, przeciwieństwo prawości (te terminy będą traktowane synonimicznie), oraz *harms* – czyli krzywdy lub szkody<sup>1</sup>, rozumiane w świetle teorii Feinberga.

#### 3.1 Moralizm jako reakcja

Tym, co wyróżnia prawny moralizm, rozumiany jako filozoficznoprawna refleksja nad oddziaływaniem moralności na legislację, jest jego dialogiczny charakter. Historycznie rzecz ujmując, jak wskazano w poprzednim rozdziale, moralizm Jamesa Fitzjamesa Stephena pojawił się jako reakcja na wizję wolności przedstawioną przez Johna Stuarta Milla. Stanowisko Patricka Devlina także wyklarowało się w wyniku filozoficznej niezgody na konkluzje Raportu Wolfendena, później zaś rozwijane było podczas debaty z Herbertem L.A. Hartem i Ronaldem Dworkinem. Argumentacja na rzecz moralizmu w prawie osadzona była zatem w konkretnych politycznych, społecznych i prawnych warunkach, choć przyznać trzeba, że fakt ten nie wyklucza oceniania jej z uniwersalnego punktu widzenia. Podobnie rzecz ma się z nowym prawnym moralizmem<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Czasem termin *harm principle* tłumaczy się nie jako zasada krzywdy, lecz zasada szkody, zob. np. M. Peno, *O wyborze moralnego zła, odpowiedzialności karnej i granicach prewencji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2015, s. 203. Pojęcia krzywdy i szkody traktuję synonimicznie.

<sup>2</sup> Wyrażenie „nowy prawny moralizm” zapożyczam od T.S. Petersena, *New Legal Moralism: Some Strengths and Challenges*, „Criminal Law and Philosophy” 2010, vol. 4, nr 2, s. 215-232.

Jak już zasugerowano w rozdziale poprzednim, wyróżnić można dwie główne płaszczyzny sporu moralistów z liberałami: neutralność państwa i prawa, a także zasadę krzywdy jako regułę ograniczającą zakres ustawodawstwa karnego. W kontekście analizy myśli autorów zaliczanych do nurtu współczesnego prawnego moralizmu pojęcie neutralności warto rozpatrywać w odniesieniu do Johna Rawlsa, natomiast zasadę krzywdy – do Joela Feinberga. Nie sposób bowiem prowadzić deliberacji nad literalnie każdą formą neutralności czy też Millowskiej „prostej zasady” – należy raczej skupić się na najważniejszych z nich. Kryterium „ważności” może być narażone na zarzut arbitralności, choć akurat w przypadku tak znamienitych naukowców, jak Rawls i Feinberg nie powinno ono budzić dużych wątpliwości. Ponadto, jak pokazane zostanie w dalszej części wywodu, wybór tych dwóch myślicieli uzasadniony jest tym, iż prawni moralisci w filozoficznym dialogu ustawiają się bezpośrednio jako kontestatorzy czy to teorii Rawlsa, czy koncepcji Feinberga – a przynajmniej tradycji myślenia o państwie i prawie w nich zawartych.

### 3.1.1 Neutralność wobec rozległych doktryn

Jeżeli chodzi o Rawlsa, to doprecyzować trzeba, że szczególnie wartościową może okazać się analiza jego „późniejszej” twórczości, a konkretnie – *Politycznego liberalizmu*<sup>3</sup>. W dziele tym filozof nadal posługuje się ideą sytuacji pierwotnej, wprowadzoną w *Teorii sprawiedliwości*<sup>4</sup>. Zostaje ona zdefiniowana jako jedna z „podstawowych idei”, będąca najlepszym sposobem, by „wypracować polityczną koncepcję sprawiedliwego systemu kooperacji między obywatelami traktowanymi jako wolni i równi”<sup>5</sup>. Sytuacja pierwotna to pewien hipotetyczny konstrukt myślowy, który pozwolić ma na wydobywanie bezstronnych zasad, które powinny konstytuować dobrze urządzone społeczeństwo i państwo. Strony znajdujące się w sytuacji pierwotnej są pozbawione informacji dotyczących pozycji, jakie zajmują w społeczeństwie, jak również osobistych cech, takich jak rasa, płeć, wyznawane wartości, cele życiowe, talenty, poziom inteligencji, umiejętności, pochodzenie<sup>6</sup>. W sytuacji pierwotnej, za tak skonstruowaną „zasłoną niewiedzy”, strony dokonałyby wyboru dwóch zasad sprawiedliwości<sup>7</sup>, regulujących podstawową strukturę społeczną. Swoistym *novum*

---

<sup>3</sup> J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, tłum. A. Romaniuk, Warszawa 1998.

<sup>4</sup> J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, tłum. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 2013.

<sup>5</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 62.

<sup>6</sup> W. Ciszewski, *System uzasadnienia teorii sprawiedliwości Johna Rawlsa*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 6, s. 42.

<sup>7</sup> Dwie zasady sprawiedliwości: 1) każda osoba winna mieć równe prawo do jak najszerzego całościowego systemu równych podstawowych wolności, dającego się pogodzić z podobnym systemem dla wszystkich; 2) nierówności społeczne i ekonomiczne mają być tak ułożone, (a) aby były z największą korzyścią dla najbardziej upośledzonych, pozostając w zgodzie z zasadą sprawiedliwego oszczędzania, i jednocześnie (b) aby były

wprowadzonym do tej idei w *Liberalizmie politycznym* jest założenie, że za zasłoną niewiedzy dostępna jest wszakże wiedza na temat istnienia w społeczeństwie rozmaitych doktryn (Rawls nazywa je „rozległymi doktrynami”) – religijnych, filozoficznych, metafizycznych, moralnych. To sprawa, że kwestią priorytetową, wobec owego pluralizmu rozległych doktryn, staje się problem stabilności oraz właściwego podejścia prawodawstwa do faktu różnorodności. Rawls formułuje ten problem w sposób następujący:

Nowoczesne społeczeństwo demokratyczne charakteryzuje nie po prostu pluralizm rozległych doktryn religijnych, filozoficznych i moralnych, lecz pluralizm rozległych doktryn, których nie da się ze sobą pogodzić, które jednak są rozumne. Żadna z tych doktryn nie cieszy się uznaniem ogółu obywateli. Nikt też nie powinien oczekiwać, że w dającej się przewidzieć przyszłości jedna z nich, bądź jakaś inna rozumna doktryna, zostanie uznana przez wszystkich czy prawie wszystkich obywateli. Liberalizm polityczny przyjmuje, że z punktu widzenia celów politycznych wielość rozległych, a nie dających się pogodzić doktryn to normalny efekt czynienia użytku z ludzkiego rozumu w ramach wolnych instytucji konstytucyjnego reżimu demokratycznego<sup>8</sup>.

Wobec powyższego powstaje pytanie – jak to jest możliwe, że trwać może stabilne i sprawiedliwe społeczeństwo wolnych i równych obywateli, których głęboko dzielą rozumne lecz nie dające się pogodzić doktryny religijne, filozoficzne i moralne?<sup>9</sup> Jest to pytanie natury praktycznej i dotyczy konkretnego problemu współczesnych społeczeństw demokratycznych. Liberalizm polityczny nie ma więc na celu rozwikłanie wątpliwości wszystkich doktryn wyznawanych przez obywateli (problem prawdziwości doktryn), ale raczej zaproponować wspólne warunki kooperacji (praktyczny problem stabilności i koegzystencji). Jak pisze Rafał Prostak,

W *Liberalizmie politycznym* Rawls postrzega „sytuację pierwotną” jako instrument reprezentacji. Podmioty próbujące wypracować zasady sprawiedliwości nie są, jak w przypadku *Teorii sprawiedliwości*, metafizycznymi stworzeniami, ogólnie pojętymi, lecz reprezentacją społeczności wyznającej demokratyczne zasady. To niezwykle istotna modyfikacja pierwotnego stanowiska, która powoduje pewne uniesienie ‘zasłony niewiedzy’. Oto strony otrzymują jedną, kluczową informację. Wiedzą mianowicie, że są członkami społeczeństwa o demokratycznej kulturze politycznej, istotami nie tylko racjonalnymi, ale i rozumnymi.

---

związane z dostępnością urzędów i stanowisk dla wszystkich, w warunkach autentycznej równości szans; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 414.

<sup>8</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 7-8.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 9.



Z przytoczonych fragmentów wynika, że Rawls rozróżnia pluralizm doktryn jako takich od pluralizmu doktryn rozumnych. Dystynkcja ta ma kapitalne znaczenie, albowiem pozwala na wstępne ograniczenie rozważań nad zasadami sprawiedliwego społeczeństwa do specyficznego „częściowego konsensusu” obejmującego wyłącznie doktryny rozumne, wykluczając zaś nierozumne. Pojęcie „rozumności” w tym kontekście jest kluczowe i często przez autora *Teorii sprawiedliwości* przywoływane, choć nie zostało wprost zdefiniowane. Lef Wenar w swoim skrupulatnym artykule zauważa, że doktryną rozumną jest taka, która mogłaby zostać przyjęta przez rozumną osobę. Tę natomiast cechują takie przymioty, jak: posiadanie dwóch władz moralnych – poczucia sprawiedliwości i zdolności do przyjęcia własnej koncepcji dobra; zdolność do proponowania i przestrzegania sprawiedliwych warunków kooperacji; rozumna moralna psychologia; rozpoznawanie istotnych elementów koncepcji obiektywności<sup>10</sup>. Ponadto, co równie ważne, Rawls czyni rozróżnienie między rozumnością i racjonalnością. Racjonalny podmiot „jest w stanie określić, co jest dla niego dobre oraz jakie działania pozwolą zrealizować owo dobro w najwyższym możliwym stopniu”<sup>11</sup>. Racjonalność wiąże się bezpośrednio z możliwością wyboru przez jednostkę konkretnej wizji dobrego życia oraz efektywnych środków pozwalających na jej realizację. Odpowiada ona zatem drugiemu elementowi pierwszej z wyżej wymienionych cech osoby rozumnej. Z kolei sama rozumność pozwala na sprawiedliwą społeczną kooperację. Jest ona, w przeciwieństwie do racjonalności, ściśle związana z zasadą wzajemności, tj. wymogiem, aby „ci, którzy proponują sprawiedliwe warunki kooperacji jako według nich najbardziej rozumne, byli przekonani, że inni jako wolni i równi obywatele będą mogli je zaakceptować jako przynajmniej rozumne, nie będąc poddani manipulacji, dominacji czy znajdując się w podrzędnej pozycji politycznej i społecznej”<sup>12</sup>. Rozwiązaniem rozumnym jest takie, które mogłoby uzyskać akceptację wszystkich współobywateli, co potwierdzałoby wzajemny szacunek.

Widać zatem wyraźnie, że osoba rozumna, wyznająca doktrynę rozumną, chcąc postępować zgodnie z zasadą wzajemności oraz uznając innych obywateli za równych i wolnych, jest zdolna do formułowania i przestrzegania sprawiedliwych, to znaczy akceptowalnych dla pozostałych członków społeczeństwa, reguł. Rawls pisze wprost, iż „osoby rozumne, mając władzę polityczną, uznałyby za rzecz nierozumną posłużenie się nią do represjonowania rozległych doktryn, które nie są nierozumne, choć różnią się od ich własnej”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> L. Wenar, *Political Liberalism: An Internal Critique*, „Ethics” 1995, vol. 106, nr 1, s. 36-37.

<sup>11</sup> M. Rupniewski, *Prawo jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji w społeczeństwie demokratycznym. Filozofia polityczna Johna Rawlsa z perspektywy prawniczej*, Łódź 2015, s. 38-39.

<sup>12</sup> K. Kędziora, *John Rawls. Uzasadnienie, sprawiedliwość i rozum publiczny*, Łódź 2019, s. 35.

<sup>13</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 105.

Nierozumnym jest zatem narzucanie za pomocą prawodawstwa partykularnych zasad jakiejś konkretnej doktryny i powstrzymywanie innych, równych i wolnych obywateli, od afirmowania ich poglądów<sup>14</sup>. Rozumność zakłada wolność sumienia i myśli. W sytuacji pierwotnej strony „nie mogłyby uznać, że każdy musi afirmować jakiś określony rozległy pogląd”<sup>15</sup>. Zdaniem autora *Liberalizmu politycznego*, nie można rozumnie żądać, aby ktoś przyjął nasz światopogląd z powodu jego „prawdziwości”, ponieważ podobne roszczenie wysunąć może zwolennik każdego z rozlicznych i nierzadko sprzecznych ze sobą światopoglądów. Odwołanie się do prawdziwości w toku publicznej dyskusji jest więc ze swej istoty niekonkluzywne.

W demokratycznym społeczeństwie, w którym fakt rozumnego pluralizmu jest stałą cechą politycznej rzeczywistości, nie zaś wyłącznie przygodną okolicznością historyczną, jedynym rozumnym rozwiązaniem ma być wypracowanie sprawiedliwych warunków współistnienia rozległych doktryn. Chodzi o to, ażeby niejako wznieść się ponad partykularyzm wyznawanej przez siebie całościowej koncepcji dobrego życia. Rawls nie proponuje jednak rezygnacji z przyjmowanych indywidualnie koncepcji prawdy czy dobra, ale uznanie pewnych obiektywnych przyczyn, ze względu na które niemożliwym lub nierozumnym jest powoływanie się na nie w debacie publicznej, legislacji, rozstrzygnięciach sądowych itp. Jak wskazują Wojciech Ciszewski i Adam Dyrda, „Strategia, jaką przyjmuje polityczny liberalizm, polega więc na wypracowywaniu neutralnej płaszczyzny porozumienia w oparciu o odsunięcie na dalszy plan drażliwych i nierozstrzygalnych sporów światopoglądowych. Decyzje odnośnie najważniejszych politycznych rozwiązań nie mogą być bowiem podejmowane w oparciu o będące przedmiotem głębokiej kontrowersji wizje dobra”<sup>16</sup>. Michael J. Sandel nazywają tę strategię „braniem w nawias” kontrowersyjnych koncepcji moralnych<sup>17</sup>. Liberalizm polityczny nie udziela więc ostatecznej, substancjalnej odpowiedzi na jakiegokolwiek z nurtujących pytań moralnych, religijnych lub filozoficznych, a jedynie określa rozumne zasady współistnienia tychże. Ta postawa łączy się z tzw. prymatem słuszności nad dobrem, tj. oddzieleniem kwestii uprawnień od przyjętej koncepcji dobra. Szczegółowe prawa jednostki, według tej wizji, nie zależą od rozumienia dobra (np. od maksymalizacji danego dobra), lecz są wywiedzione z zupełnie odrębnych, neutralnych źródeł. Wojciech Sadurski

---

<sup>14</sup> Ibidem, s. 106.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 107.

<sup>16</sup> W. Ciszewski, A. Dyrda, *Remedium wobec diagnozy, czyli jak liberalizm polityczny odpowiada na fakt niezgody*, „Diametros” 2013, nr 37, s. 22.

<sup>17</sup> M.J. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, „California Law Review” 1989, vol. 77, nr 3, s. 521.

stwierdza, iż rozdział słuszości i dobra „przekłada się na liberalne twierdzenie, że ludzie powinni mieć swobodę dążenia do własnych celów w ramach ogólnych, neutralnych wobec tych celów reguł. Tylko radykalny rozdział między słuszością a dobrem może doprowadzić nas do wniosku, że nie wszystko, co jest moralnie dobre, powinno być prawnie wymuszane, i nie wszystko, co jest moralnie złe, powinno być prawnie zabronione”<sup>18</sup>.

Wzięcie w nawias kwestii moralnych oraz rozumnych koncepcji dobra jest możliwe dzięki kolejnej idei Rawlsa – rozumowi publicznemu. W jednym z fragmentów Rawls definiuje go w ten sposób: „w społeczeństwie demokratycznym rozum publiczny to rozum równych obywateli, którzy, jako pewne ciało zbiorowe, sprawują najwyższą, opartą na przymusie władzę polityczną jedni nad drugimi, uchwalając prawa i poprawiając swoją konstytucję”<sup>19</sup>. Rozum publiczny uniemożliwia powoływanie się, przy uzasadnianiu regulacji prawnych, na wyznawane przez aktualnego ustawodawcę doktryny religijne, filozoficzne, moralne. Założenie, że obywatele są równi i wolni prowadzi do liberalnej zasady legitymacji władzy politycznej, zgodnie z którą jest ona właściwa tylko wtedy, kiedy jest sprawowana w zgodzie z konstytucją, co do której można rozsądnie oczekiwać, że wszyscy obywatele ją poprą, kierując się ideałami, które są dla nich, jako osób rozumnych, do przyjęcia<sup>20</sup>. Rawls wyjaśnia, że:

dyskutując kwestie konstytucyjne i kwestie sprawiedliwości podstawowej nie powinniśmy się odwoływać do rozległych doktryn religijnych i filozoficznych – do tego, co jako jednostki czy członkowie stowarzyszeń uważamy za całą prawdę – ani na przykład do złożonych ekonomicznych teorii równowagi ogólnej (...). Jak dalece to możliwe, wiedza i sposoby rozumowania, które są podstawą naszego afirmowania zasad sprawiedliwości i ich stosowania do najważniejszych elementów konstytucji i do sprawiedliwości podstawowej powinny opierać się na zrozumiałych prawdach obecnie uznawanych lub dostępnych dla ogółu obywateli. W przeciwnym razie koncepcja polityczna nie dostarczałaby publicznej podstawy uzasadniania<sup>21</sup>.

We wcześniej wspomniana zasada wzajemności zostaje tu uzupełniona o obowiązek grzeczności. Ma on charakter moralny i polega na tym, że każdy biorący udział w publicznej dyskusji lub działający w sferze prawa i polityki, powinien być gotów wyjaśnić swoje twierdzenia odwołując się do zasad i wartości, co do których można rozumnie przypuszczać, że zostaną przez innych poparte i zaakceptowane. Kryterium dopuszczalności danego

---

<sup>18</sup> W. Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dodrecht 1990, s. 90.

<sup>19</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 295.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 299.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 309.

twierdzenia w tym przypadku może być ocena, czy wolni i równi obywatele zgodziliby się na nie w sytuacji pierwotnej. Natomiast dopuszczalnymi argumentami będą przykładowo powszechnie przyjęte rozsądne formy rozumowania, zasady logicznego wnioskowania, ustalenia nauki, o ile nie są kontrowersyjne, czy też wspólne podstawowe wartości polityczne. Przywoływanie wartości afirmowanych w ramach konkretnej doktryny moralnej jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy wspierają one rozum publiczny. Za Krzysztofem Kędziorem należy powtórzyć, że „obywatele mogą przywołać swoje rozumne rozległe doktryny, aby dać wyraz swej politycznej szczeroci oraz oddaniu ideałowi rozumu publicznego i konstytucyjnemu porządkowi demokratycznemu. Przywoływane w debacie racje polityczne muszą spełniać jednak kryterium wzajemności, a zatem obywatele muszą być szczerze przekonani, że rozumnie będzie dla innych, jako równych i wolnych, je przyjąć”<sup>22</sup>.

Rawls stawia zatem prawnemu moralizmowi poważne wyzwanie. Filozof podaje w wątpliwość słuszność prawnego rozstrzygnięcia o kwestiach moralnych w sytuacji permanentnego, głębokiego i rozumnego pluralizmu demokratycznych społeczeństw. Przykładowo, pomysł Devlina, aby w prawodawstwie posłużyć się dominującym moralnym odczuciem, nie znajduje uzasadnienia w świetle dwóch zasad sprawiedliwości, a także wymogu uznawania innych obywateli za równych i wolnych w tym sensie, że mogliby zgodzić się na daną regulację w sytuacji pierwotnej. W odniesieniu do substancjalnych rozwiązań współczesnych sporów moralnych Rawls proponuje więc zachowanie neutralności. W *Liberalizmie politycznym* wyróżniono kilka sposobów rozumienia pojęcia neutralności, które wymagają doprecyzowania. Tak zatem, neutralność może być pojmowana w aspekcie proceduralnym, przez odniesienie do „pewnej procedury, którą można uprawomocnić czy uzasadnić bez odwoływania się do żadnych w ogóle wartości”<sup>23</sup>. Zdaniem Prostaka, intencją Rawlsa jest w tym przypadku opisanie terminem neutralności proceduralnej jakiejś formuły podejmowania decyzji, polegającej na akcie głosowania większościowego<sup>24</sup>. Niekiedy mówi się również o „procedurze neutralnej”, której egzemplifikacją może być działanie sądów rozstrzygających podobne przypadki w sposób podobny. Rawls nie uważa koncepcji sprawiedliwości jako bezstronności za neutralną proceduralnie; widzi bowiem materialny charakter sformułowanych przez siebie zasad. Niemniej jednak myśliciel wyróżnia także neutralność rozumianą w kategoriach celów podstawowych instytucji politycznych

---

<sup>22</sup> K. Kędziora, *John Rawls...*, s. 193.

<sup>23</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 266.

<sup>24</sup> R. Prostak, *Sprawiedliwość polityczna a neutralność Kilka uwag o rozumnej naturze liberalizmu politycznego Johna Rawlsa i Charlesa Larmore'a*, „Civitas. Studia z Filozofii Polityki” 2016, nr 18, s. 201.

w odniesieniu do rozmaitych rozległych doktryn i koncepcji dobra. W tym znaczeniu neutralność może zakładać:

a) że państwo ma zapewnić wszystkim obywatelom równą możliwość realizowania każdej koncepcji dobra, którą swobodnie afirmują;

b) że państwu nie wolno robić niczego w zamiarze faworyzowania czy promowania określonej rozległej doktryny ani niczego, co dawałoby większe wsparcie tym, którzy ją wcielają w życie;

c) że państwo nie powinno robić niczego, co czyni bardziej prawdopodobnym, że jednostki przyjmą tę, a nie inną koncepcję, chyba że poczyni się jakieś kroki w celu zrównoważenia czy zrekompensowania skutków polityki, która to robi.

Rawls odrzuca neutralność przedstawioną w punktach a) i c), przyjmuje zaś neutralność w znaczeniu b). Jest to naturalna konsekwencja przyjęcia prymatu słuszności nad dobrem<sup>25</sup>. Co ciekawe i co może być uznane za kontrowersyjne, Rawls przekonuje, że liberalizm polityczny – pomimo neutralności celu – może zachęcać do pewnych moralnych cnót, nie stając się przez to koncepcją perfekcjonistyczną czy też nie tracąc swojego neutralnego charakteru. Chodzi mianowicie o cnoty i ideały polityczne, tj. nie kojarzone z jakąś konkretną rozległą doktryną a wspólne wszystkim obywatelom<sup>26</sup>. Dlatego „Jeśli więc dany reżim konstytucyjny czyni pewne kroki, by wzmocnić cnoty tolerancji i wzajemnego zaufania, powiedzmy przez zniechęcanie do różnego rodzaju dyskryminacji religijnej i rasowej (...), to nie staje się przez to państwem perfekcjonistycznym, takim jakie znajdujemy u Platona czy Arystotelesa, ani nie ustanawia żadnej szczególnej religii, jak w katolickich i protestanckich państwach wczesnej nowożytności”<sup>27</sup>. Tak zdefiniowana neutralność, w połączeniu z innymi cechami rozumnego politycznego liberalizmu, nie może zatem zaakceptować prawnego moralizmu, jako faktycznie naruszającego zasadę wolności i równości obywateli.

### **3.1.2 Zasada krzywdy – precyzyjne rozumienie**

Neutralność w ustawodawstwie ma swoje znaczenie również w kontekście zasady krzywdy, której to dojrzałą (tj. szczegółową i precyzyjną) wersję przedstawił Joel Feinberg

---

<sup>25</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 269.

<sup>26</sup> Ibidem, s. 270-271.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 271.

w czterotomowym dziele *The Moral Limits of the Criminal Law*<sup>28</sup>. Jak wykazano w dotychczasowych rozważaniach, pojęcie krzywdy jest na tyle nieostre, że jego sens zależy może od poczynionego uprzednio założenia natury moralnej. Do zasady nieczynienia drugiemu krzywdy odwoływać może się zarówno Tomasz z Akwinu, jak i John Stuart Mill, jednak dopóki nie zostanie rozstrzygnięte, co należy traktować jako krzywdę, moralna debata nigdy nie posunie się do przodu. Z tych też powodów niektórzy autorzy<sup>29</sup> odrzucają możliwość „neutralnego”, to znaczy takiego, który nie zmuszałby do zajęcia konkretnego stanowiska w sporze moralnym, rozumienia tego terminu. Problem ten zauważany jest także przez Feinberga, który pisze, iż przeciwnicy stanowczego oddzielenia zasady krzywdy od moralizmu wskazują, że „zanim będzie można zastosować jakiegokolwiek adekwatne pojęcie krzywdy, należy podjąć kontrowersyjną decyzję moralną dotyczącą interesów, które należy chronić. Niektóre interesy są w nieunikniony sposób w konflikcie i nie można ich chronić inaczej niż poprzez tłumienie interesów, z którymi walczą. Decydowanie, które z nich powinny być chronione, jest decyzją moralną podejmowaną na podstawie większej względnej wartości lub ważności”<sup>30</sup>. Feinberg częściowo uznaje te argumenty, zgadzając się z koniecznością stworzenia w pewnym sensie substancjalnej wizji pojęcia krzywdy, tym niemniej jednocześnie odrzuca je w zakresie, w jakim zakładają one nieodzowność dokonywania przez ustawodawcę wyboru właściwej koncepcji dobrego życia<sup>31</sup>. Jak zaznacza, zasada krzywdy ma na celu protekcję osobistej autonomii i praw człowieka, nie zaś wywodzenie moralnie poprawnych sądów wszelkiego rodzaju<sup>32</sup>. Z kolei Thomas Sørbirk Petersen stwierdza, iż u Feinberga mamy do czynienia z obiektywną listą interesów mogących być naruszone przez inne osoby, a co za tym idzie – wpisujących się w pole działania zasady krzywdy<sup>33</sup>. Na tym właśnie może polegać jej neutralność – chroni obiektywne interesy każdego człowieka i nie jest zależna od subiektywnych wniosków odnośnie do kontrowersyjnych kwestii moralnych<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Na cztery tomy składają się następujące dzieła J. Feinberga: *Harm to Others*, Nowy Jork 1984, *Offense to Others*, Nowy Jork 1985, *Harm to Self*, Nowy Jork 1986, *Harmless Wrongdoing*, Nowy Jork 1988 (w niniejszej pracy korzystam z wydania z 1990 r.).

<sup>29</sup> D.A. Dripps, *The Liberal Critique of the Harm Principle*, „Criminal Justice Ethics” 1998, vol. 17, nr 2, s. 7.

<sup>30</sup> J. Feinberg, *Harmless...*, s. 11.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 12.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> T.S. Petersen, *Why Criminalize?: New Perspectives on Normative Principles of Criminalization*, Cham 2020, s. 48-50.

<sup>34</sup> Jak pisze D. Bunikowski, powołując się na W. Sadurskiego, „Zasada krzywdy nie jest zasadą niemoralną, ale jest uniwersalna i neutralna, jak tylko to możliwe”, zob. *idem*, *Idea neutralności moralnej prawa we współczesnych systemach prawnych* [w:] S. Janeczka, A. Starościc (red.), *Etyka: Część II: Filozoficzna etyka życia spełnionego*, Lublin 2016, s. 552-553.

Potrzeba zdefiniowania zasady krzywdy w sposób obiektywny i uniwersalny stoi – jak się wydaje – za Feinberga ujęciem krzywdy jako „pokrzyżowania, pogorszenia bądź zniweczenia [możliwości zaspokojenia przez jednostkę] interesu (*thwarting, setting back, or defeating of an interest*)”<sup>35</sup>. Autor *The Moral Limits of the Criminal Law* wyróżnia dwa rodzaje osobistych interesów – interesy dobrostanu (*welfare interests*) i interesy dalsze (*ulterior interests*). Pierwsze z nich są w zasadzie wspólne wszystkim ludziom i obejmują m.in.: zdrowie fizyczne, brak odczuwania bólu i cierpienia, brak bezpodstawnych lęków i urazów, integralność fizyczną, zdolność do utrzymywania przyjaźni, stabilność emocjonalną, co najmniej minimalne dochody i bezpieczeństwo socjalne, pewien zakres wolności od przymusu, akceptowalne otoczenie społeczne itp.<sup>36</sup> Stanowią one warunki *sine qua non* tego, aby móc realizować bardziej subiektywne i głębsze interesy dalsze, które zdeterminowane są wyborem przez jednostkę jej osobistej życiowej drogi. Takim interesem będzie przykładowo założenie rodziny albo dokonanie ważnego odkrycia naukowego albo napisanie poprawnej pracy doktorskiej. Interesy pierwszego rodzaju są obiektywne w tym sensie, że dotyczą dóbr podstawowych i pożądaných przez każdego, niezależnie od wybranej koncepcji dobrego życia lub życiowych planów. Mają one charakter uniwersalny i służą jako środki do zaspokojenia indywidualnych interesów wyższego rzędu. Co istotne, Feinberg wierzy, iż interesy jednostki mogą być odróżnione od jej pragnień. „Interes jednostki odnośnie do zdrowia, przykładowo, będzie faktycznie jednym z jej interesów, nawet jeśli błędnie uważa ona inaczej i nawet jeśli pragnie złego stanu zdrowia i rozkładu zamiast dobrego zdrowia i witalności”<sup>37</sup>. Jednocześnie jednak autor ten odrzuca ideę krzywdy moralnej (*moral harm*), która ujmuje samą deprawację charakteru jednostki w kategoriach jej krzywdy, i którą to Feinberg łączy z Sokratesem, Platonem oraz stoikami. Jak przekonuje:

W tej kwestii implikacje naszej analizy krzywdy z punktu widzenia pogorszenia interesów są jasne. Jeżeli niegodziwa osoba nie ma dalszego interesu w posiadaniu dobrego charakteru i jeśli taki charakter nie jest w jej (lub innych) interesie, to jej zdeprawowany charakter nie jest dla niej krzywdą<sup>38</sup>

i dalej:

---

<sup>35</sup> Tłumaczenie zapożyczam od: J. Różyńska, „Wolałbym nie istnieć niż żyć w takim stanie”. O koncepcji krzywdy opartej na racjonalnej preferencji Joela Feinberga, „Etyka” 2014, nr 49, s. 60-61; zob. też J. Feinberg, *Harm to Others...*, s. 33.

<sup>36</sup> J. Feinberg, *Harm to Others...*, s. 37.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 42.

<sup>38</sup> Ibidem, s. 66.

Kiedy bezlitośnie niegodziwa osoba *wydaje się* być w rozkwicie i *wydaje się*, że nie ma powodów, by sądzić inaczej, to „zakładam”, że w rzeczy samej zyskuje ona korzyści ze swojej niegodziwości<sup>39</sup>.

Nie każde pogorszenie czyjegoś interesu będzie uznane za prawnie relewantne. Przede wszystkim wskazać należy, że przedmiotem prawnej ochrony powinny być co do zasady interesy dobrostanu<sup>40</sup>. Ukryte interesy są zatem chronione jedynie pośrednio, poprzez zagwarantowanie rzeczywistej protekcji tym interesom dobrostanu, które są niezbędne dla realizacji interesów wyższych. Przykładowo, jeżeli czymś indywidualnym, głębiej rozumianym interesem jest zakup wymarzonego jachtu czy domu, to prawo będzie chronić go pośrednio – przed włamaniem albo oszustwem, jednak ochrona ta nie uratuje przed błędną decyzją inwestycyjną lub nieodpowiednim namysłem<sup>41</sup>. Po wtóre, naruszenie tak pojmowanego interesu musi mieć charakter bezprawny. Krzywda jest więc istotna w znaczeniu prawnym tylko wówczas, gdy jest efektem takiego bezprawnego (*wrongful*) zachowania drugiego człowieka, które godzi w prawnie chroniony interes pokrzywdzonego<sup>42</sup>. Feinberg ostatecznie formułuje pięć warunków, po spełnieniu których można uznać, że zachowanie osoby A skutkowało powstaniem krzywdy u osoby B:

1. A podejmuje określone zachowanie (może to być zarówno działanie, jak i zaniechanie),
2. które jest wadliwe lub nieprawidłowe ze względu na ryzyko, które wytwarza w stosunku do B; tj. popełnione albo z intencją wywołania określonych skutków u B albo też w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności,
3. które jest moralnie nieuzasadnione, tj. niewybaczalne lub nieusprawiedliwione (np. nie jest podjęte w wyniku błędu, w stanie wyłączającym świadomość, pod przymusem itp.),
4. które jest przyczyną pogorszenia interesu B,
5. które jest również naruszeniem prawa podmiotowego B<sup>43</sup>.

Natomiast samo pogorszenie czyjegoś interesu zachodzi tylko wtedy, gdy bezprawny czyn A powoduje, że B jest w gorszej sytuacji, niż byłby w normalnym toku wydarzeń, o ile

---

<sup>39</sup> Ibidem, s. 67.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 61-62.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 62.

<sup>42</sup> J. Derlich-Mielczarek, *Czy niemoralność czynu może być wystarczającą przesłanką penalizacji? Stanowisko Joela Feinberga, czyli sprzeciw wobec moralizmu prawnego*, [w:] P. Jabłoński, J. Kaczor, M. Pichlak (red.), *Prawo i polityka w sferze publicznej. Perspektywa zewnętrzna*, Wrocław 2018, s. 87

<sup>43</sup> J. Feinberg, *Harm to Others...*, s. 105-106.



były one racjonalnie przewidywalne w danych okolicznościach<sup>44</sup>. Jest to zatem kontrfaktyczna ocena krzywdy, którą szacować należy każdorazowo w odniesieniu do stanu, który zaistniałby, gdyby krzywdzące zachowanie nie nastąpiło.

Źródłem dużej wartości koncepcji Feinberga jest nie tylko jej szczegółowość, lecz również elastyczność. W swej wizji dobrej legislacji odchodzi on bowiem od ukutej przez Milla reguły, że zapobieganie krzywdzie jest literalnie **jedyną** dopuszczalną ingerencją ustawodawcy w życie jednostek. Uzasadnionym działaniem idealnego prawodawcy ma być również zapobieganie zachowaniom obraźliwym, wyczerpującym tzw. *offense principle*. Rozszerzenie możliwości kryminalizacji na czyny obraźliwe jest przejściem z „radykałnego liberalizmu” do jego wersji „umiarkowanej”<sup>45</sup>. Czyny obraźliwe nie są wpisane w pojęcie krzywdy, gdyż mogłyby uczynić je zbyt szerokim i nieostrym. Wąska koncepcja krzywdy znajduje więc wsparcie w nieco szerszym terminie „zachowań obraźliwych”. Tak zatem, dany czyn może być uznany za ofensywny, jeżeli – pomimo nienaruszania interesów jednostki w powyższym znaczeniu – powoduje u niej nielubiany lub nieprzyjemny stan psychiczny (*disliked mental state, unpleasant mental state*)<sup>46</sup>. Mogą to być m.in. chwilowe rozdrażnienie, rozczarowanie, wstręt, zażenowanie i różne inne nielubiane stany, takie jak strach, niepokój i drobne bóle<sup>47</sup>. Andrew Simester i Andrew von Hirsch podają przykład zachowania powodującego tego rodzaju odczucia:

Jeśli siedzę w autobusie, a zakochana para w przejściu przenosi swoje uczucia na poziom stosunku płciowego, zazwyczaj ich zachowanie nie przyczynia się do powstania u mnie krzywdy, a przynajmniej nie w sensie krzywdy, która, jak się uważa, odwołuje się do Zasady Krzywdy. Niemniej jednak mogę poczuć się urażony, a państwo może mieć słuszość w kryminalizacji takiego zachowania, uznając je za obraźliwe<sup>48</sup>.

Oczywiście wprowadzona przez Feinberga *offense principle* nie odnosi się wyłącznie do kwestii obsceniczności czy też nieprzyzwoitości. Poczucie psychicznego dyskomfortu wywołane może zostać także chociażby przez rysunek obraźliwy dla wyznawców jakiejś religii (np. wzbudzające kontrowersje okładki czasopisma Charlie Hebdo) albo koszulkę z sierpem i młotem lub swastyką. W gruncie rzeczy źródło nieprzyjemnego stanu psychicznego nie ma

---

<sup>44</sup> J. Feinberg, *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, „Social Philosophy and Policy” 1986, vol. 4, nr 1, s. 145, 153; podają za: C. Purshouse, *A Defence of the Counterfactual Account of Harm*, „Bioethics” 2016, vol. 30, nr 4.

<sup>45</sup> L. Alexander, *Harm, Offense, and Morality*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 1994, vol. 7, nr 2, s. 200.

<sup>46</sup> J. Feinberg, *Offense to Others...*, s. 1.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> A.P. Simester, A. von Hirsch, *Rethinking the Offense Principle*, „Legal Theory” 2002, vol. 8, nr 3, s. 270.

żadnego znaczenia, liczy się zaś wyłącznie skutek, a zatem sam fakt wywołania określonego niepożądanego stanu. Co więcej, stan ten może nawet nie być racjonalny lub rozumny – ustawodawca nie powinien więc podejmować substancjalnej decyzji odnośnie do „rozumności” poczucia urażenia z jakiegoś konkretnego powodu<sup>49</sup>. Nie oznacza to jednak, że każde obraźliwe zachowanie powinno być objęte ustawą karną. Nadal bowiem pozostają w mocy warunki bezprawności, o których była mowa wyżej, jak również wprowadzane przez Feinberga sposoby ustalania powagi występku oraz jego ważenia w stosunku do indywidualnych wolności i kosztów karania. Tak zatem, ustawodawca, zanim zdecyduje o kryminalizacji obraźliwego zachowania, powinien wziąć pod uwagę m.in. takie okoliczności, jak: skala przewinienia (jego intensywność, długość, zakres), możliwość uniknięcia nieprzyjemnego stanu psychicznego (nie można np. powoływać się na poczucie urażenia po przeczytaniu obscenicznego czasopisma, wcześniej dobrowolnie je kupując), zasada *volenti non fit iniuria* oraz szczególna wrażliwość na pewne formy zachowań (np. nadwyraz duża wrażliwość jakiejś jednostki czy też grupy religijnej, światopoglądowej lub politycznej na niektóre symbole)<sup>50</sup>.

Ustawodawca w demokracji liberalnej jest zatem, zdaniem Feinberga, uprawniony do uwzględniania w przepisach karnych czynów obraźliwych w powyższym sensie, niemniej jednak powinien brać pod uwagę szereg zasad ograniczających możliwość kryminalizacji, a następnie dokonać ich zestawienia i ważenia. Zasadniczo to *harm principle* i *offense principle* wypełniają zakres dopuszczalnej legislacji, tzn. powinny być jedynym „przedmiotem zainteresowania” ustawodawcy, przynajmniej w odniesieniu do prawa karnego. Oprócz tych dwóch zasad, Feinberg wyróżnia również zasadę paternalistyczną oraz moralistyczną, czasami uzasadniające faktycznie obowiązujące regulacje prawne. Podsumowując, *de lege ferenda* zasadami legislacyjnymi powinny być wyłącznie *harm principle* i *offense principle*, natomiast *de lege lata* są, poza nimi, reguły *legal paternalism* i *legal moralism*.

Prawny paternalizm, czyli zasadę, że „zawsze dobrym powodem przemawiającym za zakazem jest konieczność zapobiegnięcia szkodzi (fizycznej, psychicznej lub ekonomicznej) dla samego działającego”<sup>51</sup>, jurysta odrzuca ze względu na autonomię jednostki. Jak wyjaśnia:

Najbardziej obiecującą strategią dla antypaternalisty jest skonstruowanie przekonującej koncepcji osobistej autonomii, która może wyjaśnić, w jaki sposób pojęcie to jest moralnym atutem, nie tylko poddawanyemu ważeniu podczas rozważań na temat zmniejszenia szkód

---

<sup>49</sup> J. Feinberg, *Offense to Others...*, s. 35-36.

<sup>50</sup> Ibidem, s. 35.

<sup>51</sup> J. Feinberg, *Harmless...*, s. XIX.

w przypadku konfliktu, ale mającym **zawsze i koniecznie moralne pierwszeństwo** [wyr. K.J.] przed tymi rozważaniami<sup>52</sup>.

Autonomia może być rozumiana na cztery różne sposoby – jako: zdolność, stan rzeczywisty, ideał, suwerenna władza nad samym sobą (lub prawo do bycia swoim suwerenem)<sup>53</sup>. W czwartym, istotnym dla niniejszych analiz znaczeniu, autonomia definiowana jest poprzez analogię z państwową suwerennością. Człowiek posiadający autonomię jest swoim własnym suwerenem, uprawnionym do stanowienia o samym sobie. Autonomia, podobnie jak suwerenność, jest pierwotna i niewyprowadzana z żadnej innej wartości (*underivative*). Dzięki autonomii możemy kierować swoim życiem zgodnie z własnym, choćby nawet błędnym, rozeznaniem. „Życie, któremu człowiek zagraża własną nieroztropnością, jest ostatecznie jego życiem; należy do niego i nikogo innego. Już tylko z tego powodu to on musi decydować – dobrze lub źle – co z nim zrobić w tej sferze prywatnej, gdzie interesy innych nie są wplątane”<sup>54</sup>.

To ostatnie stwierdzenie może wprowadzać pewne zakłopotanie. Jeżeli bowiem jesteśmy swoimi absolutnymi władcami, to czy prawo powinno dopuszczać zabójstwo za dobrowolną zgodą „ofiary”? Czy prawo powinno akceptować pojedynkowanie się dwóch dorosłych osób, wyrażających zgodę na krwawy pojedynek? Powstaje nawet pytanie: czy autonomia jednostki pozwala jej na drastyczne ograniczenie jej własnej wolności, podobnie jak państwowa suwerenność jest niekiedy ograniczana przez same państwa? Czy możliwe jest więc dobrowolne oddanie siebie samego w czyjąś niewolę?<sup>55</sup> Czy też przeciwnie, rację miał Devlin, przekonujący że liberalnie pojmowana autonomia oraz zasada krzywdy nie są w stanie udzielić intuicyjnie i społecznie słusznej, a zatem negatywnej, odpowiedzi na tego rodzaju pytania?

Feinberg utrzymuje, że co do zasady powyższe typy zachowań istotnie nie zasługują na kryminalizację i zainteresowanie prawa karnego. Jak zauważa Jonathan Witmer-Rich, jeśli suwerenność rzeczywiście jest wartością deontologiczną – prawem wrodzonym, wówczas suwerenna osoba może zdecydować się na sprzedaż lub alienację części lub całości swojego ciała fizycznego lub swojej wolności<sup>56</sup>. Niemniej jednak autor *The Moral Limits of the Criminal Law* stoi na stanowisku, iż ustawodawca może w sposób uzasadniony zakazywać

---

<sup>52</sup> J. Feinberg, *Harm to Self...*, s. 26.

<sup>53</sup> Ibidem, s. 28.

<sup>54</sup> Ibidem, s. 59.

<sup>55</sup> Zob. Ł. Dominiak, *Problem dobrowolnego niewolnictwa w filozofii politycznej libertarianizmu*, „Athenaeum Polskie Studia Politologiczne” 2017, nr 54, s. 61-84.

<sup>56</sup> J. Witmer-Rich, *Consentability, Autonomy, and Self-Actualization*, „Loyola Law Review” 2020, vol. 66, nr 1, s. 79-80.

dobrowolnego niewolnictwa, zabójstw na prośbę ofiary czy też honorowych pojedynków, dzięki swego rodzaju domniemaniu niedobrowolności. Tego typu argument

opiera się na skrajnym nieprawdopodobieństwie, że zgoda na zostanie niewolnikiem innej osoby może spełnić wymagane wysokie standardy dobrowolności. (...) Jako że zrzeczenie się praw jest zarówno całkowite, jak i nieodwołalne w tego rodzaju transakcjach, stosowane standardy dobrowolności muszą być wyższe niż w przypadku jakiegokolwiek innego rodzaju umowy (...). Ryzyko jest tak duże, że możliwość pomyłki należy zredukować do minimum. W żadnym wypadku nie jest niemożliwe, aby dana umowa niewolnicza była dobrowolna, ale podstawy do podejrzeń są tak silne, że testy musiałyby być dokładne, czasochłonne i kosztowne. Mechanizm prawny służący do testowania dobrowolności byłby tak uciążliwy i kosztowny, że byłby niepraktyczny<sup>57</sup>.

Domniemanie niedobrowolności zakłada, że wprawdzie dobrowolne niewolnictwo jest możliwe, to jednak prawo musi być tworzone na bazie ogólnych pojęć i założeń. Rozsądniej jest więc założyć niedobrowolność tego typu umów niż każdorazowo badać świadomość, stan psychiczny, wolną wolę, brak przymusu, brak oszustwa itp. jednostki oddającej się w niewolę. Podobnie będzie chociażby w przypadku pojedynków – trudno bowiem mówić o pełnej dobrowolności, kiedy odmowa pojedynku wiąże się z utratą honoru, społecznej pozycji, szacunku lub dobrego imienia. Z punktu widzenia polityki legislacji bardziej rozumnym rozwiązaniem wydaje się przyjęcie założenia o niedobrowolności. Co ciekawe, jest to argument, który pojawia się nie tylko w „fantastycznych” i akademickich debatach na temat możliwości dobrowolnego niewolnictwa, lecz również w zupełnie „przyziemnych” kazusach. Przykładowo, w ten sposób uzasadniać można zakaz udzielania pożyczek na nadzwyczajnie wysoki procent. Trudno bowiem zakładać całkowitą wolną wolę wyrażającego chęć wzięcia takiej pożyczki; bardziej prawdopodobne jest to, że jest on ofiarą wyzysku, przymusu, nieuczciwości czy też oszustwa. Feinberg uważa zatem, iż zakaz lichwy, niewolnictwa, pojedynków, zabójstw na prośbę nie musi wiązać się z przyjęciem (jak sugerował nawet Hart w debacie z Devlinem) paternalizmu<sup>58</sup>, lecz z jednej strony – z koniecznością uzyskania całkowitej pewności odnośnie do dobrowolności, z drugiej zaś – z ograniczeniami techniki legislacyjnej.

Czwartą zasadę legislacji – prawny moralizm – odrzuca Feinberg odwołując się do podobnych przesłanek, co w przypadku paternalizmu. W szczególności na refutację zasługują, jego zdaniem, teza o dezintegracji społecznej oraz moralny konserwatyzm jako cel sam

---

<sup>57</sup> J. Feinberg, *Harm to Self...*, s. 79.

<sup>58</sup> Feinberg czasem nazywa jednak swoją koncepcję „miękkim paternalizmem”, zob. *ibidem*, s. 12 i nast.

w sobie. Warto jednakże przytoczyć poczynione przez Feinberga ustalenia terminologiczne i teoretyczne dotyczące prawnego moralizmu. Mogą okazać się one przydatne w kontekście dalszej analizy.

Tak zatem, filozof w pierwszej kolejności rozróżnia prawny moralizm w sensie szerokim i w sensie wąskim. To pierwsze rozumienie pociąga za sobą następującą definicję prawnego moralizmu: „Może być moralnie uzasadnione, by państwo za pomocą prawa karnego zakazywało pewnych działań, które nikomu nie wyrządzają krzywdy ani nikogo nie obrażają, z tego powodu, że działania te stanowią lub powodują zło innego rodzaju”<sup>59</sup>. Najczęstszymi racjami usprawiedliwiającymi kryminalizację pewnych czynów będzie w tym przypadku potrzeba: a) zachowania tradycyjnego sposobu życia; b) wymuszenia moralności; c) zapobiegnięcia uzyskania niesłusznej korzyści; d) udoskonalenia ludzkiego charakteru<sup>60</sup>. Natomiast prawny moralizm w wąskim znaczeniu obejmuje wyłącznie racje wpisujące się w zakres określony w punkcie b).

Oprócz powyższej dystynkcji, Feinberg wyróżnia także czysty prawny moralizm oraz jego odmianę nieczystą. Czysty moralizm zachodzi w sytuacji, gdy argumentuje się na rzecz kryminalizacji danego czynu bez względu na jego związku przyczynowo-skutkowe z ewentualną przyszłą krzywdą lub obrazą. Sam fakt niemoralności stanowi ostateczną rację przemawiającą za koniecznością wprowadzenia prawnego zakazu. Z kolei moralizm nieczysty odwołuje się w gruncie rzeczy do specyficzniej pojmowanej krzywdy. Devlinowska teza o dezintegracji społecznej, czyli o krzywdzie w postaci rozpadu społecznej spójności, jest przejawem moralizmu nieczystego. Nie chodzi w nim bowiem o niemoralność jako taką, lecz o przyszłe przewidywane skutki niemoralności. Moralizmem czystym będzie za to – jak się wydaje – koncepcja Jamesa Fitzjamesa Stephena.

W opinii Feinberga najbardziej przekonujący jest moralizm czysty w wąskim rozumieniu. Jako twórca wysublimowanej interpretacji zasady krzywdy, uzupełnionej o *offense principle*, nie może on, rzecz jasna, zaaprobować prawnego moralizmu w całości. Niemniej jednak Feinberg przytacza dwa przykłady będące legislacyjnymi *hard case*'ami dla wszelkich koncepcji liberalnych. Jednym z nich jest przywoływany już przykład dobrowolnych walk gladiatorских, podawany przez Irvinga Kristola<sup>61</sup>, drugim zaś – kazus wymyślony przez Dereka Parfita. W tym hipotetycznym kazusie pewna kobieta zostaje ostrzeżona, że jeśli zajdzie

---

<sup>59</sup> J. Feinberg, *Harmless...*, s. 3.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Podrozdział 2.3.

w ciąży, w czasie gdy cierpi na jakąś przejściową chorobę (którą w niedługim czasie pokona), jej dziecko urodzi się w wadliwym stanie. Pomimo tego, czy to przez celową przewrotność, czy przez lekkomyślną impulsywność, nie słucha ona ostrzeżenia lekarza i zachodzi w ciążę w niebezpiecznym czasie<sup>62</sup>.

Feinberg uważa powyższe kazusy za problematyczne z punktu widzenia zasady krzywdy. Trudno bowiem uczciwie zakładać (jak w przypadku dobrowolnego niewolnictwa), że – przykładowo – dobrowolność udziału gladiatora w śmiertelnym pojedynku jest w praktyce niemożliwa do ustalenia. Gdyby gladiatorskie walki na śmierć i życie były sownie opłacane, a zwycięstwo zapewniało długowieczną chwałę, wielce prawdopodobnym jest, że całkiem dobrowolnie i bez jakiegokolwiek przymusu do turnieju gladiatorów zgłosiłoby się wielu śmiałków. Podobnie trudno przypuszczać, że walki gladiatorów powodują krzywdę lub obrazę dla osób postronnych. Feinberg sugeruje więc, że liberał bez hipokryzji może uznać, iż w tego typu hipotetycznych przykładach, które nie wydarzą się w przewidywanej przyszłości a które w istocie stanowią poważne zło, istnieją wyjątkowo dobre powody do kryminalizacji<sup>63</sup>.

O ile jednak gladiatorskie walki (póki co) nie są organizowane i tym samym pozostają w sferze hipotetycznych pomysłów, to hipotetyczny przykład Parfita może kiedyś nabrać całkiem realnej treści, o czym świadczy historia opisywana przez Michaela J. Sandela w książce *Przeciwko udoskonalaniu człowieka. Etyka w czasach inżynierii genetycznej*<sup>64</sup>. Sandel przedstawia następujący przypadek:

Kilka lat temu pewna para pozostająca w związku lesbijskim postanowiła, że chce mieć dziecko, najlepiej głuche. Obie partnerki nie słyszały i były z tego dumne. Podobnie jak inni członkowie społeczności głuchych Sharon Duchesneau i Candy McCullough uważały głuchotę za rodzaj tożsamości kulturowej, a nie upośledzenie, które należy leczyć. – Głuchota to sposób życia – wyjaśniała Duchesneau. – Czujemy się spełnione jako osoby niesłyszące i chcemy dzielić wspaniałe aspekty kultury głuchych: poczucie przynależności i więzi, z naszymi dziećmi. Naprawdę wierzymy, że jako osoby głuche żyjemy pełnią życia.

W nadziei na poczęcie głuchego dziecka para wybrała dawcę spermy, w którego rodzinie głuchota występowała od pięciu pokoleń. Plan się powiódł. Ich syn Gauvin urodził się głuchy<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> J. Feinberg, *Harmless...*, s. 27.

<sup>63</sup> J. Feinberg, *Harmless...*, s. 130-131.

<sup>64</sup> M.J. Sandel, *Przeciwko udoskonalaniu człowieka. Etyka w czasach inżynierii genetycznej*, tłum. O. Siara, Warszawa 2014.

<sup>65</sup> *Ibidem*, s. 13.

Czy powyższe postępowanie powinno być zakazane przez prawo i czy zasada krzywdy, w wersji sformułowanej przez Feinberga, odpowiada na to pytanie twierdząco? Niewątpliwie dopuszczenie tego rodzaju eksperymentów na dzieciach budzi uzasadnione oburzenie, które mogłoby usprawiedliwiać prawny zakaz. Nie musi być ono wcale związane z umyślnym „narzuceniem” niepełnosprawności swojego dziecka. Nawet jeżeli bowiem głuchota jest rzeczywiście czymś, z czego para kobiet była dumna, to czy mają one w ogóle prawo narzucać ten dumny przymiot swojemu potomkowi? Jurgen Habermas, występujący przeciwko tego typu „liberalnej eugenicie”, z dezaprobatą konstatuje, że „genetycznie zaprogramowane osoby nie mogą już uważać się za jedynych autorów własnej historii życia; po drugie, nie mogą już uważać się za osoby urodzone bezwarunkowo na równi z poprzednimi pokoleniami”<sup>66</sup>. Również nasza wizja miłości do dziecka zakłada przecież jej bezwarunkowość i niezależność od cech, takich jak płeć, zdrowie, wygląd, fizyczność lub specjalne cechy wyróżniające.

Feinberg utrzymuje, że istnieją dobre powody, by prawo nie zezwalało na czyny w rodzaju tych opisywanych przez Parfita, choć nie ze względu na literalnie odczytywaną zasadę krzywdy, lecz ogólnego „humanistycznego ducha” liberalizmu<sup>67</sup>.

Tak czy inaczej, liberalna zasada krzywdy w dwóch hipotetyczno-rzeczywistych przykładach wysuwanych przez Kristola i Parfita znajduje się w trudnym położeniu, a być może nawet konflikcie z rozumnymi intuicjami moralnymi podzielanymi przez zdecydowaną większość społeczeństwa.

## **3.2 Moralność krytyczna**

### **3.2.1 Nowa Teoria Prawa Naturalnego**

#### **3.2.1.1 Uczynić ludzi moralnymi**

Rozpoczynając analizę nowego prawnego moralizmu, będącego odpowiedzią na wyżej przedstawione udoskonalone wersje liberalizmu, należy nasamprzód sięgnąć do dorobku nowej teorii prawa naturalnego. Za głównych reprezentantów tego nurtu jurysprudencji uznaje się Germaina Griseza, Johna Finnisa oraz Roberta P. Georga. Ostatni z nich zaliczany jest również do najważniejszych współczesnych prawnych moralistów, dlatego też to na nim zostanie skupiona uwaga w niniejszym podrozdziale.

Nowa teoria prawa naturalnego (*New Natural Law Theory*), w odróżnieniu od jej klasycznej odmiany, zasadniczo abstrahuje od silnych założeń ontologicznych, na przykład

---

<sup>66</sup> J. Habermas, *The Future of Human Nature*, Cambridge 2016, s. 79.

<sup>67</sup> J. Feinberg, *Harmless...*, s. 32.

dotyczących Boga; w tym sensie jest więc teorią świecką. Nowi jusnaturaliści nie wyprowadzają także twierdzeń odnośnie do powinności z samej natury – nie dopełniają zatem typowego dla niektórych doktryn prawa naturalnego błędu naturalistycznego. Co więcej, w tej teorii nie znajdujemy obrony tradycyjnie łączonej z prawem naturalnym tezy, że „niesprawiedliwe prawo nie jest prawem”. Nie istnieje konieczny związek walidacyjny między prawem a moralnością, niemniej jednak prawo pozytywne może i powinno być oceniane uwzględniając wymogi praktycznej rozumności. Jak pisze Paweł Łabaniec, „kluczową rolę odgrywa w teorii Finnis (...) koncepcja rozumowania praktycznego. Punktem wyjścia w teorii Finnis są wartości (podstawowe wartości), a nie normy. Rozumowanie praktyczne zmierza do realizacji tego, co jest wartością”<sup>68</sup>. Tymi podstawowymi wartościami, czy też podstawowymi dobrami, są – jak pisze Finnis – życie, wiedza, zabawa, przeżycia estetyczne, życie w społeczności, rozumność praktyczna i „religia”<sup>69</sup>. Mają one niejako charakter przedmoralny i są dostępne każdemu na drodze rozumowania zdroworozsądkowego<sup>70</sup>. W odniesieniu do tych dóbr można formułować pewne zdania dotyczące powinności; przykładowo: „Dobrze jest posiadać wiedzę” albo „Należy unikać bałaganu myślowego”<sup>71</sup>. Tego rodzaju wyrażenia stanowią z kolei punkt wyjścia do rozważań, jak postępować, a co za tym idzie – są zasadami rozumności praktycznej<sup>72</sup>.

Samo prawo naturalne (przynajmniej w jednym z sensów) można z kolei definiować jako „zbiór podstawowych zasad praktycznych, wskazujących na podstawowe formy ludzkiego rozwoju jako na dobra, do których człowiek ma dążyć i które ma realizować”<sup>73</sup>. Jeżeli chodzi natomiast o wymienione wyżej wartości, to są one podstawowe w tym znaczeniu, że są: 1) niedowodliwe (bo oczywiste)<sup>74</sup>, 2) pewnymi formami dobra, 3) nieredukowalne do środka prowadzącego do którejś z pozostałych, 4) wzajemnie niepodporządkowane (nie tworzą hierarchicznej struktury)<sup>75</sup>. Zdaniem australijskiego filozofa, podstawowe wartości są możliwe do poznania przez każdego, a ponadto mają charakter obiektywny, stanowią dobro samo w sobie, oraz są nieobalalne. Finnis dowodzi tego na przykładzie wartości, jaką jest wiedza. Twierdzi mianowicie, iż każdy sceptyk, który kwestionowałby wiedzę jako wartość

---

<sup>68</sup> P. Łabaniec, *Teoria prawa naturalnego Johna Finnis wobec sporu między pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawa naturalnego*, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 200.

<sup>69</sup> J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Warszawa 2001, s. 99-101.

<sup>70</sup> J. Zajadło, *Między prawem naturalnym a pozytywizmem prawniczym*, „Ethos” 2003, nr 1/2, s. 440.

<sup>71</sup> J. Finnis, *Prawo naturalne...*, s. 73.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem, s. 31.

<sup>74</sup> Ibidem, s. 98.

<sup>75</sup> Ibidem, s. 105.



podstawową, musiałby popadać w sprzeczność i wygłaszać samounicestwiający się opinie. Tak jest, gdyż

Twierdzenie sceptyka, że wiedza nie jest dobrem, należy do zdań operacyjnie samoobalających. Jeśli bowiem ktoś wypowiada takie twierdzenie i chce, aby stanowiło ono poważny wkład w racjonalną dyskusję, *implicite* uznaje również i takie zdanie, że wierzy, iż warto je wygłosić właśnie *jako* twierdzenie prawdziwe; musi więc uznać zdanie, że wierzy, iż prawda jest dobrem, do którego warto dążyć czy które warto posiadać<sup>76</sup>.

Niestety Finnis nie kontynuuje tych wyjaśnień w odniesieniu do innych podawanych przez niego wartości, co do których można by mieć wątpliwości, czy są równie odporne na zarzuty sceptyków.

W nieco inny sposób te cechy wartości podstawowych opisuje Robert P. George. Otóż mogą być one wyjaśniane jako ostateczne racje, dobre same w sobie i wystarczające, aby tłumaczyć sens poszczególnych ludzkich działań. Jeżeli – przykładowo – ktoś podejmuje się dodatkowej pracy zarobkowej, ponieważ jego siostra cierpi na rzadką chorobę, a zarobione pieniądze chce przeznaczyć na jej leczenie, to swe działania kieruje na realizację określonej wartości podstawowej, jaką jest zdrowie. Nie wymaga to dalszego wyjaśnienia – dla każdego opisywane zachowanie może być zrozumiałe i uznane za racjonalne. Tymczasem kiedy podejmujemy aktywności ze względu na wartości inne niż podstawowe, zawsze powinniśmy traktować je instrumentalnie – jako środki do jakichś celów. Niezrozumiałym byłoby bowiem – przykładowo – podejmowanie dodatkowej pracy zarobkowej ze względu na same pieniądze. George pisze, że rozmowa z człowiekiem, który pracuje, aby otrzymać pieniądze, które to traktuje jako wartość samą w sobie, byłaby absurdalna:

- Z pewnością, Adamie, chcesz dodatkowych pieniędzy z jakiegoś powodu. Czy są jakieś rzeczy, które chcesz za nie kupić?
- Nie, mam już pieniądze, dzięki którym mogę kupić wszystko, czego chcę.
- Zatem, czy chcesz ich dla siły lub prestiżu dostępnym dla tych, którzy są uznawani za bogatych?
- Nie, jestem zwolennikiem Gandiego; nie jestem zainteresowany takimi rzeczami.
- Czy chcesz ich, aby następnie oddać je przyjacielowi albo biednym?
- Nie.

---

<sup>76</sup> Ibidem, s. 84.

- A zatem pewnie nie chcesz w ogóle tych pieniędzy. Zapewne powodem, dla którego podjąłeś tę pracę jest to, że ją lubisz.

- Żartujesz? Tylko głupek pracowałby w fast-foodzie dla czegoś innego niż pieniądze. Jak mówiłem, pieniądze są wszystkim, czego chcę. Są one celem samym w sobie<sup>77</sup>.

Jak widać, celem samym w sobie może być wyłącznie realizacja wskazanych przez nowych teoretyków prawa naturalnego wartości podstawowych. Podział na dobra podstawowe oraz instrumentalne jest nawiązaniem do kantyzmu i opisywanych przez Kanta imperatywów – kategorycznego i hipotetycznego. Niektórzy nazywają nawet nową teorią prawa naturalnego „ochrzczonym kantyzmem”<sup>78</sup>, z czym chyba nie do końca zgodziły się sam George<sup>79</sup>. W każdym razie, przyjęcie założenia o dobrach podstawowych ma w jego prawnym moralizmie niebagatalne znaczenie, jako iż sugeruje odwołanie do odpowiednio pojmowanej obiektywnej moralności krytycznej, nie zaś mającej swe źródło w aktualnych przekonaniach społeczeństwa moralności pozytywnej. Po wtóre, prawnonaturalne oblicze prawnego moralizmu George’a objawia się także w jego bezpośrednich nawiązaniach do Arystotelesa i św. Tomasza z Akwinu. W istocie jego koncepcja jest przypomnieniem i dostosowaniem do warunków współczesności teorii legislacyjnych tych dwóch filozofów, opisanych w rozdziale pierwszym. Dostosowanie polega między innymi na odrzuceniu najbardziej kontrowersyjnych wątków myśli Arystotelesa i Akwinaty. George rezygnuje więc z elitaryzmu tego pierwszego<sup>80</sup>, konstruując jednocześnie pluralistyczną teorię obywatelskich wolności<sup>81</sup>. Jest ona oparta o różnorodność równowartościowych i możliwych do wyboru planów życiowych jednostki, co stanowi zresztą kolejną nowatorską cechę nowej teorii prawa naturalnego<sup>82</sup>. Z kolei świeckość teorii George’a różni ją od koncepcji Tomasza. Moralistyczne prawo nie ma już zatem na celu prowadzenia ludzi do osiągnięcia wiecznego zbawienia. Prawo nie może też zależeć od doktryny przyjętej przez określoną władzę kościelną; musi być możliwe do zidentyfikowania i pojęcia na gruncie samego rozumu praktycznego<sup>83</sup>. Ponadto pluralistyczna propozycja George’a przykładła do wolności religijnej większą wagę niż czyni się to w pismach Doktora Kościoła.

---

<sup>77</sup> R.P. George, *In Defense of Natural Law*, New York 2004, s. 46.

<sup>78</sup> Zob. A. Miętek, *Nowa teoria prawa naturalnego. Główne konteksty i problemy*, „Dialogi Polityczne” 2008, nr 9, s. 281.

<sup>79</sup> R.P. George, *Natural Law*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2008, vol. 31, nr 1, s. 184.

<sup>80</sup> Przeważnie elitaryzm wiąże się z Platonem, jednak George pisze o nim także w kontekście Arystotelesa, zob. R.P. George, *The Central Tradition – Its Value and Limits*, [w:] C. Farrelly, L. Solum (red.), *Virtue Jurisprudence*, Nowy Jork 2008, s. 41.

<sup>81</sup> R.P. George, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford 1993, zob. rozdział 7.

<sup>82</sup> Zob. J. Finnis o spójnym planie życiowym, idem, *Prawo naturalne...*, s. 116-118.

<sup>83</sup> R.P. George, *Making...*, s. 41.

Koncepcja George'a ma jeszcze jedną zaletę w stosunku do tradycyjnych moralistycznych teorii legislacji. Jednoznacznie wskazuje ona bowiem, że prowadzenie ludzi do cnoty w sposób bezpośredni poprzez prawo jest niemożliwe. Książka *Making Men Moral* rozpoczyna się od stwierdzenia, iż „Prawa nie mogą uczynić ludzi moralnymi. Tylko ludzie mogą to zrobić; a mogą to zrobić tylko poprzez wolny wybór czynienia moralnie słusznej rzeczy ze słusznego powodu”<sup>84</sup>. Niemniej, zdaniem George'a, prawo może pełnić subsydiarną rolę w kształtowaniu cnotliwego charakteru jednostki dzięki: 1) zapobieganiu (przyszłej) samodeprawacji, które następuje po podjęciu decyzji o oddaniu się niemoralnemu czynowi, 2) zapobieganiu złemu przykładowi, który skłania innych do naśladowania takiego zachowania, 3) wspomaganie zachowania moralnej ekologii, w której ludzie podejmują swoje moralne wybory, 4) edukowaniu ludzi na temat moralnego dobra i zła<sup>85</sup>. To wszystko ma świadczyć o perfekcjonizującej roli prawa<sup>86</sup>. Koncepcja George'a jest zatem prawnym moralizmem w szerokim sensie, stosując terminologię Feinberga. Do jej pełnego zrozumienia kluczowe jest pojęcie „moralnej ekologii”, o której mowa w trzecim z wyżej wymienionych punktów.

### 3.2.1.2 Moralna ekologia

Oprócz odwołania do moralności krytycznej, mającej charakter obiektywny, istnieje inna niezwykle istotna różnica między moralizmem Devlina a George'a. Przyjęcie przez nową szkołę prawa natury założenia o obiektywnym istnieniu podstawowych dóbr, które są oczywiste i mogą zostać rozpoznane przez każdego, implikuje konkretne zadanie dla prawodawców – stworzenie takich warunków prawnych, aby realizacja najważniejszych wartości mogła się dokonać w najpełniejszy sposób. Wspomniana wcześniej pluralistyczna i perfekcjonistyczna teoria wolności jednostki George'a oparta jest właśnie na takich przesłankach. Ustawodawca powinien zagwarantować wolność słowa, wyznania, prasy, zgromadzeń itp. nie dlatego, że każdy ma prawo mówić, co mu się podoba bez względu na treść i skutki wypowiedzianych słów, lecz dlatego, że wolności te służą jako środki do wyższych celów, będących dobrami przedstawiającymi wartość samą w sobie. Wolność słowa służy (czy też powinna służyć) rozwojowi takich dóbr i praktyk, jak kooperacja społeczna, przyjaźń, pogłębianie wiedzy czy moralny rozkwit jednostki i społeczeństwa. Bez wolności wypowiedzi realizacja wielu istotnych dóbr byłaby niemożliwa albo przynajmniej mocno utrudniona,

---

<sup>84</sup> Ibidem, s. 1.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> A. Czarnecka, *Perfekcjonizująca rola prawa w teorii Roberta P. George'a*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. 16, nr 2, s. 55-67.

a zatem dobry prawodawca powinien tę wolność respektować (niekoniecznie w sposób absolutny i bez jakichkolwiek ograniczeń). Wolności w rodzaju wolności słowa, prywatności lub wolności wyboru są więc traktowane instrumentalnie. Jak przekonuje George, dzięki temu jego teoria może w racjonalny sposób wyjaśnić, dlaczego państwo czy też współobywatele powinni zawsze szanować pewien zakres swobód. Jest tak ponieważ umożliwiają one kultywowanie podstawowych, obiektywnych i oczywistych dóbr<sup>87</sup>. Co więcej,

dzięki zidentyfikowaniu ludzkich dóbr, którym służą te wolności, taki perfekcjonizm umożliwia nam na rozróżnienie prawdziwie ważnych swobód, które rząd zawsze musi respektować (...) od relatywnie mało ważnych swobód, które w sposób usprawiedliwiony mogą być ograniczane ze względu na społeczną lub ekonomiczną równość oraz inne ważne cele i ideały<sup>88</sup>.

Takie postawienie sprawy należy uznać za nowatorskie, albowiem w pewnym sensie stawia w centrum zainteresowania jednostkę oraz jej indywidualny rozwój. W takim wypadku wszelkie prawodawstwo nie daje się sprowadzić, jak u Devlina lub Dworkina, do napięcia pomiędzy prawami jednostki i dobrem wspólnym (moralnością publiczną, spójnością społeczną, zdrowiem publicznym, zbiorowym interesem itp.). Nowi jusnaturaliści definiują dobro wspólne jako „zbiór warunków umożliwiających członkom jakiejś wspólnoty osiągnięcie celów, które sami uważają za słuszne, lub realizację swojej (swoich) własnej (własnych) rozumnej (rozumnych) wartości, w imię której (których) mogą oni ze sobą współpracować (...) w obrębie wspólnoty<sup>89</sup>. Oczywiście, pluralizm zakłada, że istnieje wiele różnych możliwych do osiągnięcia życiowych celów, jednakże jednocześnie istnieje pewien zbiór warunków, które muszą zostać spełnione, aby każdy z członków danej wspólnoty mógł osiągnąć swoje własne cele<sup>90</sup>. Niekiedy wykluczają one określone konfiguracje polityczne, prawa etc. jako z nimi niezgodne. Jak pisze Finnis,

Istnieje bowiem „dobro wspólne” istot ludzkich przez to, że życie, wiedza, zabawa, przeżycia estetyczne, przyjaźń, religia i wolność w posługiwaniu się rozumnością praktyczną są dobre dla każdej osoby. Każda z tych ludzkich wartości jest „wspólnym dobrem” przez to, że może w niej uczestniczyć nieskończenie wiele osób na nieskończenie wiele rozmaitych sposobów czy w nieskończenie wielu rozmaitych sytuacjach<sup>91</sup>.

W związku z powyższym prawne określenie warunków, w których zagwarantowana jest realizacja rozumnego życiowego planu jednostki oraz rozkwit dóbr podstawowych,

---

<sup>87</sup> R.P. George, *Making...*, s. 192.

<sup>88</sup> *Ibidem*, s. 190.

<sup>89</sup> J. Finnis, *Prawo naturalne...*, s. 173.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

będących dobrami wszystkich ludzi, jest możliwe do opisanie w języku uprawnień naturalnych jednostki (praw człowieka). Z gruntu fałszywy jest zatem dychotomiczny podział na prawa jednostki i (użyteczny) interes wspólnoty<sup>92</sup>. To bowiem w interesie jednostki leży również to, aby ustawodawstwo, któremu podlega, tworzyło odpowiednie ramy dla dobra wspólnego, podstawowych dóbr, a więc i dobra jej samej. Dobro wspólne jest po prostu koniecznie związane z realizacją wyżej opisanych podstawowych dóbr (jednostki). Niniejsze ustalenia mają kapitalne znaczenie w kontekście moralistycznego ustawodawstwa. Świadczy o tym poniższy, nieco przydługawy, ale kluczowy cytat z Finnis'a:

Faktem jest, że z praw człowieka można spokojnie korzystać tylko w pewnego rodzaju otoczeniu – w sytuacji czy w granicach obopólnego szacunku, zaufania i wzajemnego zrozumienia, w środowisku zdrowym fizycznie, gdzie słabi mogą się swobodnie poruszać bez strachu przez zachciankami silnych. Rozważmy teraz pojęcie moralności publicznej w jej osobliwym, zawężonym do sfery seksualnej sensie. Z wyjątkiem takich specjalnych układów, jak małżeństwo, żadne z praw człowieka nie mówi, że inni mężczyźni czy kobiety nie powinni w sferze seksu zachowywać się w jakiś określony sposób. Jednakże znakomita większość osób (...) spędza więcej niż ćwierć życia jako dzieci, by następnie więcej niż kolejne ćwierć życia spędzić jako rodzice wychowujące własne dzieci – w sumie ponad połowę swojego życia. Zatem jeżeli to prawda, że seksualność jest potężną siłą, która tylko z pewną trudnością i nigdy z całkowitą niezawodnością daje się zintegrować z innymi aspektami ludzkiej osobowości i pomyślności – aby raczej wzmacniać niż destruować np. przyjaźń i troskę o dzieci – i jeżeli to prawda, że seksualna część psychiki ludzkiej skłonna jest postrzegać inne osoby jako cielesne obiekty pożądania i potencjalne narzędzia seksualnego zadowolenia i zaspokojenia i, co więcej, jako raczej pewne elementy ze zbioru przedmiotów o zabarwieniu erotycznym (np. kobiety) niż jako pełne osoby, z własną, indywidualną wrażliwością, ograniczeniami i planami życia, to istnieje racja, aby stwarzać otoczenie sprzyjające takiemu wychowywaniu dzieci (...), aby były one stosunkowo wolne od wewnętrznej zależności od egoistycznej, impulsywnej i zdepersonalizowanej seksualności. Jak konkretnie takie środowisko ma wyglądać i jakie warunki muszą zostać spełnione, aby mogło się utrzymać, to kwestia odrębnej dyskusji i rozstrzygnięcia. Jednak każdy, kto przygląda się faktom ludzkiej psychiki i zastanawia się nad ich rolą w realizacji podstawowych ludzkich dóbr, nie może raczej kwestionować, że takie środowisko jest aspektem dobra wspólnego i stanowi właściwy przedmiot praw ograniczających korzystanie z pewnych uprawnień<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Taki podział pojawia się również w polskiej literaturze i orzecznictwie, zob. np. stanowisko Ministra Spraw Zagranicznych w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r., K 18/04, I.4.2, zgodnie z którym art. 1 Konstytucji RP „wskazuje raczej na charakter państwa polskiego, jako Rzeczypospolitej, tj. stanowiącej dobro wspólne, które jest nadrzędne w stosunku do dobra indywidualnego (w wymiarze państwowym)”.

<sup>93</sup> J. Finnis, *Prawo naturalne...*, s. 243-244.

Opisywane przez Finnis'a środowisko określane jest przez George'a mianem „moralnej ekologii” lub „moralnego środowiska”. Moralność publiczna, zdaniem George'a, powinna być chroniona podobnie jak zdrowie publiczne lub publiczne bezpieczeństwo<sup>94</sup>. Podkreślić należy, że mówiąc o moralności publicznej George nie dokonuje ścisłego rozróżnienia na sferę prywatną i publiczną, które było podstawą przyjętych konkluzji w Raporcie Wolfendena. Przeciwnie, prywatne decyzje i czyny silnie oddziałują na społeczeństwo jako całość. Przykładowo, tam gdzie rozkwita pornografia, tam też następuje erozja wspólnego i publicznego rozumienia seksualności oraz moralności seksualnej, co ma negatywny wpływ na instytucje, takie jak małżeństwo i życie rodzinne. Prywatne sprawy mają swoje poważne konsekwencje publiczne<sup>95</sup>. To właśnie moralne środowisko jest konstytuowane przez strukturę rozumienia i oczekiwań, które to mogą głęboko wpływać na wybory, których dokonują ludzie. Wybory te z kolei kształtują ową strukturę<sup>96</sup>. Jest to więc swego rodzaju kolisty ruch tam i z powrotem. Dlatego też oczywistym jest, że prawa wpływają, czasami bardzo głęboko, na wyobrażenia w społeczeństwie na temat tego, co jest moralnie akceptowalne, zakazane i wymagane<sup>97</sup>. Moralne środowisko, które dzielimy we wspólnocie politycznej, będzie sprzyjało zarówno pozytywnym, jak i negatywnym tendencjom w różnych sferach życia jednostki, nie zaś wyłącznie w dziedzinie seksualnej, która tradycyjnie kojarzona jest z pojęciem moralności publicznej. George przekonuje, iż kondycja moralnej ekologii danego społeczeństwa oddziaływać może bezpośrednio na stosunek jego członków do płacenia podatków, przestrzegania przepisów drogowych, korzystania z używek itp.<sup>98</sup> Prawodawca, który nie dba o moralną ekologię, utrudnia jednostkom podejmowanie prawidłowych moralnych wyborów, a tym samym – nie zapobiega krzywdzie moralnej (*moral harm*)<sup>99</sup>.

Wydaje się, że rzeczywiście prawo ma moc współkształtowania postaw moralnych poprzez budowaną przez siebie moralną ekologię. Nie oznacza to bynajmniej, że prawo jest czynnikiem decydującym w drodze do osiągnięcia moralnej doskonałości. By posłużyć się drastycznym przykładem – prawo nazistowskich Niemiec współtworzyło pewną strukturę myślenia o sprawach mających znaczenie moralne. Nie przesądzało samo w sobie, że każdy Niemiec żyjący w latach 30' XX wieku musiał być antysemitą, skrajnym szowinistą, odnosić

---

<sup>94</sup> R.P. George, *The Concept of Public Morality*, „The American Journal of Jurisprudence” 2000, vol.45, nr 1, s. 17.

<sup>95</sup> Ibidem, s. 18.

<sup>96</sup> R.P. George, *Making...*, s. 45.

<sup>97</sup> Ibidem, s. 2-3.

<sup>98</sup> Ibidem, s. 45.

<sup>99</sup> Ibidem, s. 44-45.

się do nie-Niemców z pogardą itp. Niemniej jednak trudno nie przyznać, że zwiększało, poprzez swoją (nie)moralną ekologię, prawdopodobieństwo występowania obrzydliwych moralnie zachowań. Utrudniało tym samym prawidłowy moralny rozwój jednostek oraz realizację niektórych przynajmniej dóbr podstawowych (np. przyjaźni). Podobnie Sąd Najwyższy w Stanach Zjednoczonych w niektórych wyrokach z XIX i XX wieku utrwał (nie)moralną ekologię opartą o rasizm (zob. chociażby sprawę Dreda Scotta<sup>100</sup>), a problemy rasowe są w USA do dziś aktualne. Prawodawstwo konserwujące niemoralny stan rzeczy zagraża integralności jednostki oraz jej rozwojowi, a zatem moralnej ekologii, tak jak zanieczyszczenia zagrażają ekologii środowiska i zdrowiu fizycznemu<sup>101</sup>. Właściwe moralne rozumowanie jest mocno utrudnione, kiedy ustawodawstwo przyznaje uprawnienia, opierając się na zupełnie niemoralnych przesłankach (np. prawo własności obejmujące niewolnika określonej rasy). Z drugiej strony, prawo może przyczyniać się (subsydiarnie) do moralnego postępu, o czym świadczy coraz to bardziej dynamiczny rozwój ochrony dobrostanu zwierząt – tak w prawie, jak i w działaniach społeczeństwa.

Wpływ stanowionego prawa na moralną ekologię podkreśla w polskiej literaturze Krzysztof Szczucki. Odwołując się do badań przeprowadzonych przez Adama Podgóreckiego, stwierdza, że:

Zależność pomiędzy przekonaniem w odniesieniu do moralności oraz w odniesieniu do prawa może wynikać nie tylko z wpływu norm moralnych na stanowienie norm prawnych, ale także z wpływu norm prawnych na przekonania moralne. Respondenci wskazywali, że nie wszystkie zachowania potępiane przez nich moralnie powinny znaleźć odzwierciedlenie w sankcji prawnej. Jednocześnie jednak wszystkie zachowania zabronione prawem, objęte badaniem, uznawali za niemoralne. W konkluzji z przeprowadzonych badań wskazano, że potępienie prawne indukuje potępienie moralne. Jednocześnie zwrócono uwagę, że wzrastające potępienie moralne pewnych zachowań łączy się z poczuciem, iż zachowania te powinny być potępiane prawnie<sup>102</sup>.

Nacisk położony na moralną ekologię oraz wartość wspólnych pojęć moralnych, krążących w społecznym obiegu, skłoniła George'a do reinterpretacji Devlina tezy o dezintegracji. W świetle nowego jej rozumienia dekryminalizacja czynów uważanych powszechnie za niemoralne nie musi wiązać się z upadkiem porządku społecznego w tym znaczeniu, że niemożliwym ma być pokojowe koegzystowanie obywateli. Zamiast tego, takie

---

<sup>100</sup> Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

<sup>101</sup> R.P. George, *Making...*, s. 45-46.

<sup>102</sup> K. Szczucki, *W poszukiwaniu legitymizacji etycznej zasad odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2020, s. 38 i cyt. tam literatura.

działania pociągają za sobą „ograniczenie charakterystycznej formy interakcji interpersonalnych w danej społeczności”<sup>103</sup>. Taka społeczna dezintegracja, w wyniku której ludzie tracą wspólne poczucie moralności, wokół której mogliby budować swój dobrostan, jest sama w sobie zła. Stosowana jest w tym przypadku analogia do małżeństwa:

Weźmy chociażby aż nazbyt częsty przykład przyjaźni małżeńskiej, w której małżonkowie „oddalają się od siebie”. Mogą oni pozostawać w kontakcie, a nawet kontynuować wspólne życie. Mogą nadal koordynować swoje działania ze względu na wewnętrzne dobro ich małżeńskiej przyjaźni. Nie działają już jednak ze względu na integrację, która jest konstytutywna dla tej przyjaźni uważanej za dobro samo w sobie. Ich relacja stała się instrumentalna<sup>104</sup>.

To wszystko nie oznacza jeszcze, że prawo każdorazowo powinno mocno ingerować w nasze wybory moralne. Celem George’a jest jedynie wykazanie, iż moralistyczne regulacje nie są niesprawiedliwe jako takie. Nie podlegają więc odrzuceniu z tego tylko względu, że dotyczą sfery moralnej, a nie na przykład krzywdy. Natomiast, rzecz jasna, konkretne prawne rozwiązanie może być niesprawiedliwe i na tej podstawie odrzucone, nawet jeśli racją dla jego przyjęcia jest tworzenie dobrej moralnej ekologii. Przede wszystkim, zauważyć należy, że spośród dóbr podstawowych autor *Making Men Moral* wyróżnia dobra substancjalne (życie, wiedza, zabawa, doświadczenia estetyczne)<sup>105</sup> oraz refleksyjne. Istotą tych drugich jest fakt, że mogą być konkretyzowane wyłącznie poprzez wybory, ze względu na które ktoś podejmuje działanie. Sam wybór należy do ich definicji; nie mogą być zatem zrealizowane i nie można w nich uczestniczyć inaczej niż poprzez wolny wybór urzeczywistnienia i uczestnictwa. Są to takie dobra, jak życie w społeczeństwie, rozumność praktyczna i religia<sup>106</sup>. To wyjaśnia, dlaczego prawodawca powinien respektować wolność religijną, a wszelkie narzucanie wiary siłą prawa jest w istocie niesprawiedliwe. Podobnie nie należy regulować prawem tych praktyk społecznych, których wartość leży w wolnym wyborze właśnie<sup>107</sup>. Należą do nich między innymi okazywanie wdzięczności lub wspieranie działalności charytatywnej. Ponadto, jak zauważył już Tomasz z Akwinu, czasami moralistyczna regulacja może przynieść więcej zła niż spodziewanego dobra – w takich wypadkach trzeba także od niej odstąpić<sup>108</sup>. Celem mądrego prawodawcy powinno być „zachęcanie do prawdziwego moralnego dobra, a nie tylko

---

<sup>103</sup> T.S. Petersen, *New Legal Moralism: Some Strengths and Challenges*, „Criminal Law and Philosophy” 2010, vol. 4, nr 2, s. 222.

<sup>104</sup> R.P. George, *Making...*, s. 68.

<sup>105</sup> Ibidem, s. 14.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Ibidem, s. 44.

<sup>108</sup> Ibidem, s. 42.



do zewnętrznego zachowania, które naśladuje prawdziwą cnotę”<sup>109</sup>. Jego działanie „będzie zatem miało na celu zabezpieczenie i utrzymanie moralnej ekologii, która jest nieprzychylna nie tylko dla takich występków, jak pornografia, prostytutka i narkomania, ale także dla występków moralnego infantylizmu, konformizmu, służalczości, bezmyślnego posłuszeństwa wobec autorytetów i hipokryzji”<sup>110</sup>.

### 3.2.1.3 Dialektyczna obrona moralistycznej legislacji

Jeżeli katalog dóbr podstawowych cechuje obiektywność, a ich realizacja stanowi warunek życiowego spełnienia jednostki<sup>111</sup>, to moralistyczna koncepcja legislacji otrzymuje nowy oręż w debacie z neutralnym liberalizmem wspartym zasadą krzywdy. Widać to doskonale na przykładzie kontrowersyjnego moralnego i prawnego problemu, jakim jest ewentualny zakaz pornografii. Niedawne brytyjskie regulacje potwierdzają, że problem ma znaczenie praktyczne<sup>112</sup>. Cytowany w poprzednim rozdziale Ronald Dworkin zasadniczo nie akceptuje tego rodzaju zakazu, niemniej jednak docenia część argumentacji zwolenników restrykcji:

„Załóżmy, że społeczność jest przekonana, że takie prawo [prawo do pornografii – K.J.] istnieje, i że w konsekwencji błędem byłoby zabronienie korzystania z pornografii w życiu prywatnym. Taka decyzja gwałtownie ograniczyłaby zdolność jednostek do świadomego i refleksyjnego wpływania na warunki ich własnego rozwoju i rozwoju ich dzieci. Ograniczyłoby to ich zdolność do tworzenia struktury kulturowej, którą uważają za najlepszą, struktury, w której doświadczenie seksualne jest na ogół godne i piękne, a bez której doświadczenie seksualne ich samych i ich rodzin będzie prawdopodobnie posiadało te cechy w mniejszym stopniu”<sup>113</sup>.

Pomimo odarcia przez pornografię seksualności z jej godności i piękna, związanego również z przedmiotowym traktowaniem partnera, jej zakaz, w opinii Dworkina, nie może się utrzymać. Byłby on bowiem niesprawiedliwy, jako naruszający zasadę równości jednostek, a przecież – jak zaznaczono w rozważaniach wcześniejszych – prawodawca zobligowany jest traktować obywateli z równą troską i szacunkiem. Tym samym nie można – zdaniem Dworkina – przyjąć koncepcji dobrego życia aprobowanej przez przeciwników pornografii i uznać ją za bardziej wartościową niż jej zwolenników.

---

<sup>109</sup> Ibidem, s. 42-43.

<sup>110</sup> Ibidem.

<sup>111</sup> R.P. George, *Natural Law...*, s. 172.

<sup>112</sup> Brytyjska debata na temat ograniczenia dostępu do pornografii związana jest z ustawą Digital Economy Act 2017, która to m.in. miała uniemożliwić osobom małoletnim dostęp do erotycznych treści w Internecie.

<sup>113</sup> R. Dworkin, *Is There a Right to Pornography*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1981, vol. 1, nr 2, s. 191.

Tymczasem proponowana przez teoretyków nowej szkoły prawa natury perspektywa nie akceptuje ścisłego podziału na prawa jednostki – wynikające z zasady równości, i kolektywny – wynikający z nacisku większości – interes społeczeństwa. George zauważa, iż jeżeli prawdą jest, że godność i piękno relacji seksualnych jest ważnym ludzkim dobrem, to pozostaje nim przecież także dla tych, którzy mają skłonności do korzystania z pornografii, kiedy jest ono prawnie dopuszczalne<sup>114</sup>. Moralistyczna legislacja w tym przypadku i przy założeniu – które *nota bene* czyni również Dworkin – że pornografia jest szkodliwa, raczej wzmacnia indywidualne interesy jednostki niż je unicestwia na rzecz większości społeczeństwa. Jest to więc diametralnie inne podejście od tego, które forsował Devlin. George odróżnia przy tym **prawdziwe** ludzkie dobra od zwykłego zaspakajania ludzkich **pragnień**<sup>115</sup>. Oznacza to, że dobra podstawowe nie dają się sprowadzić do zaledwie naszych pożądań, w tym natury seksualnej. Jak dodaje autor *Making Men Moral*, „Antypornograficzna legislacja, w zakresie, w jakim jest efektywna, udaremnia pragnienia (albo potencjalne pragnienia) osób mających skłonność do korzystania z pornografii, ale jest to właśnie, między innymi, w ich interesie. O ile zatem nie traktuje ich interesów w żadnym sensie jako gorszych od czyichkolwiek, o tyle nie przestaje traktować ich z równą troską i szacunkiem”<sup>116</sup>. Co więcej – stwierdza – w większości przypadków w obecnej debacie moralnej, wszak pluralistycznej, zgadzamy się co do dóbr, które są dla nas wartościowe<sup>117</sup>. Można bowiem zaryzykować stwierdzenie, że rzadko kiedy osoby korzystające z pornografii, zażywające narkotyki czy też korzystające z usług prostytutek mogą przekonująco utrzymywać, iż te aktywności sprzyjają ich osobistemu rozkwitowi<sup>118</sup>. Przeciwnie, są one efektem uzależnień, przyzwyczajień, pożądań lub niepohamowanych emocji. Dlatego też, jak z kolei pisze Finnis, „paternaliści mogą słusznie sądzić, że np. pozwalając komuś uzależnić się od narkotyków, mówiąc, że to «jego sprawa», odmawiamy mu aktywnej troski, jaką w podobnej sytuacji okazalibyśmy własnemu przyjacielowi”<sup>119</sup>. Dworkinowski argument z równej troski i poszanowania nie znajduje tu zatem uzasadnienia.

---

<sup>114</sup> R.P. George, *Making...*, s. 100.

<sup>115</sup> Ibidem.

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> Ibidem, s. 106-107.

<sup>118</sup> Ibidem. Paulo Roberto, szwedzki sportowiec i celebryta, po zatrzymaniu z powodu korzystania z usług prostytutek, powiedział, że „Kupowanie ciała innej kobiety to coś najbardziej brudnego, co można zrobić innemu człowiekowi”.

<https://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/306029994-Anna-Nowacka-Isaksson-Celebryta-u-prostytutek.html> (dostęp: 29.04.2021 r.).

<sup>119</sup> J. Finnis, *Prawo naturalne...*, s. 249.

Na uznanie George'a nie zasługuje także argument z „prawa do czynienia zła”. Otóż czasem można spotkać się z twierdzeniem, iż niektóre czyny wprawdzie są niemoralne (np. rozpowszechnianie pornografii, aborcja, zażywanie narkotyków, kazirodstwo), ale nie powinno się podejmować jakichkolwiek prób wprowadzania ich prawnych zakazów. Jednostki przypuszczalnie mają bowiem uprawnienia do partycypacji w tychże czynach. Ten argument napotyka na duże trudności w niektórych przypadkach, w szczególności zaś w przykładzie aborcji. Jeżeli bowiem autentycznie wierzylibyśmy, że niemoralność aborcji wynika z faktu, że jest równoznaczna z zabójstwem niewinnej osoby ludzkiej<sup>120</sup>, to trudno byłoby utrzymywać, że mimo wszystko jest to sprawa, którą nie należy zajmować się w sferze publicznej. Oznaczałoby to, że w naszym osądzie moralnym dopuszczalibyśmy w niektórych przypadkach prywatne zabójstwa, co byłoby przecież trudne do przyjęcia. Większość argumentów zwolenników aborcji sprowadza się zresztą do wykazywania różnic między płodem a narodzonym dzieckiem<sup>121</sup>. Rozważania te podjął również sędzia Harry Blackmun w najgłośniejszej bodaj sprawie aborcyjnej Roe przeciwko Wade<sup>122</sup>. W uzasadnieniu wyroku stwierdził on, że gdyby – tak jak chciał stan Teksas – pojęcie „człowiek” (*person* oraz *personhood*) obejmowało również płody, to prawo do życia należałoby, na mocy konstytucji, przyznać także nienarodzonym. Tak jednak, jak przynajmniej wynika z dalszych deliberacji prowadzonych przez sąd, nie jest.

Argument z prawa do czynienia zła został najpełniej bodaj wyartykułowany przez Jeremy'ego Waldrona<sup>123</sup>. Najkrócej rzecz ujmując, Waldron twierdzi, że uznanie, iż:

(1) P ma moralne prawo czynienia A,

nie wyklucza przyjęcia, że:

(2) czynienie A przez P jest moralnie złe,

oraz tego, że (1) pociąga za sobą (3) mówiące, iż:

(3) Jest niemoralnym przeszkadzać P w czynieniu A<sup>124</sup>.

Waldron przekonuje, że funkcja konkretnych moralnych uprawnień osadzona jest w moralnych uprawnieniach o charakterze generalnym. Przykładowo, jednostka powinna mieć

---

<sup>120</sup> Nie jest to jedyny możliwy argument przeciwko aborcji. Przykładowo, Don Marquis wysuwa argument znany w literaturze jako „*future like ours*” albo „*deprivation argument*”, zob. idem, *Why Abortion is Immoral*, „The Journal of Philosophy” 1989, vol. 86, nr 4, s. 183-202.

<sup>121</sup> Inaczej na rzecz dopuszczalności aborcji argumentuje jednak J.J. Thompson, zob. idem, *A Defense of Abortion*, „Philosophy & Public Affairs” 1971, vol. 1, nr 1, s. 47-66.

<sup>122</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>123</sup> J. Waldron, *A Right to Do Wrong*, „Ethics” 1981, vol. 92 nr 1, s. 21-39.

<sup>124</sup> *Ibidem*, s. 29.

prawo wstąpienia do, dajmy na to, skrajnie nacjonalistycznej i rasistowskiej partii. Prawo to wynika nie z moralnych walorów tego wyboru, lecz z generalnego prawa do zrzeszania się, prawa do działalności politycznej, prawa do politycznego stanowienia o losach własnego państwa itp. Te bardziej generalne prawa, takie jak wspomniane prawa polityczne, wolność słowa, wolność zgromadzeń itp., są z kolei kluczowe dla indywidualnej integralności i samostanowienia jednostki<sup>125</sup>. Szacunek dla tych generalnych praw tłumaczy więc to, że w pewnych wypadkach jednostka może mieć prawo do czynienia niemoralności (np. wstąpienia w szeregi rasistowskiej partii).

W odpowiedzi George wskazuje<sup>126</sup> jednakże, że należy rozróżnić uprawnienia w mocnym i słabym sensie. Faktycznie bowiem może się okazać, że rację ma Waldron, twierdząc, iż jednostka ma prawo do niektórych niemoralnych czynów. Niemniej nie wynika ono z jego siły moralnej, ale jest po prostu „cieniem” obowiązku rządu polegającego na nieingerencji w niektóre sprawy. Uprawnienie jednostki nie jest w takim przypadku uprawnieniem „mocnym”, a jedynie „słabym” – pochodnym. Integralność lub prawo do samostanowienia jednostki nie doznaje uszczerbku, jeżeli zakazuje się prawnie wstępowania do rasistowskich partii politycznych. Istnieć mogą, rzecz jasna, racje, aby takiego zakazu nie wprowadzać w życie – mogą to być racje odwołujące się do nieefektywności potencjalnych regulacji, do odwrotnych niż zamierzone skutków, do ich zbyt mocnej ingerencji w prywatność, do nadmiernego poszerzenia kompetencji rządu lub innego naruszenia dobra wspólnego. Uprawnienie jednostki ma zatem swoje źródło w obowiązkach spoczywających na rozsądnym i ograniczonym państwie. Uprawnienie samo w sobie nie jest jednak racją dla nieingerencji – nie jest zatem uprawnieniem w sensie mocnym. Nie jest tym samym konieczne, by w sposób neutralny traktować wszystkie koncepcje dobrego życia, przyznając jednostkom „prawo do czynienia zła”.

Nie do końca neutralny względem konkurencyjnych koncepcji dobra okazuje się być także Joel Feinberg. Przypomnijmy, że przekonuje on o dopuszczalności kryminalizacji pojedynków gladiatorów, ponieważ stanowią one „poważne zło”, które mimo wszystko może wymykać się liberalnej zasadzie krzywdy. Tymczasem tradycjoniści i konserwatyści, jak George, albo nawet mniej tradycjonalistycznie usposobieni zwolennicy nowej szkoły prawa naturalnego, identyfikują również inne czyny (np. rozpowszechnianie pornografii, kazirodztwo, istnienie rasistowskich partii) jako naruszające podstawowe ludzkie dobra,

---

<sup>125</sup> Ibidem, s. 34.

<sup>126</sup> R.P. George, *Making...*, s. 110-128.

a zatem stanowiące nie mniej „poważne zło”<sup>127</sup>. Bez ustalenia właściwej koncepcji dobra trudno jest zbudować teorię legislacji dającą się w pełni pogodzić z fundamentalnymi moralnymi intuicjami. Niewątpliwie George wierzy, wbrew Rawlsowi, że w warunkach pluralizmu rozległych rozumnych doktryn możliwa jest rozumna i konkluzywna debata<sup>128</sup>.

Ponadto George zdaje się twierdzić nie tylko, że stworzenie neutralnej teorii legislacji jest niemożliwe, ale także, że takowa jest niepożądana. Filozof objaśnia to na przykładzie sytuacji pierwotnej Rawlsa. Otóż warto zauważyć, że za zasłoną niewiedzy strony bronią określonych wolności i wierzeń nie dlatego, że znajdują je godnymi szacunku ze względu na ich prawdziwość, lecz wyłącznie dlatego, że mogą okazać się ich własnymi wierzeniami. W związku z tym, po pierwsze: Rawls nie zachowuje całkowicie neutralności i bezstronności (preferuje bowiem indywidualizm<sup>129</sup>, a może nawet egoizm), po wtóre, co ważniejsze: nie proponuje solidnych moralnych podstaw dla koncepcji sprawiedliwości. Jak wskazuje George:

Jako strona w pozycji pierwotnej, jestem zmotywowany do ochrony przekonań i celów, które okażą się być moimi nie dlatego, że „traktuję je poważnie” (tj. wierzę, że są prawdziwe lub wartościowe), ale dlatego, że przypuszczam, iż okaże się, że „traktuję je poważnie”. (...) Za zasłoną niewiedzy jestem interesowny w tym radykalnym sensie, że nie chodzi mi o przekonania *jako* prawdziwe czy cele *jako* wartościowe, ale o przekonania i cele *jako* moje<sup>130</sup>.

W deliberacji moralnej chodzi jednakże przecież o odnalezienie zasad, które nie są tylko zachciankami, pożądaniami lub potrzebami konkretnych osób, ale które mają rzeczywistą wartość, od tychże niezależną. W prawdziwym świecie rozumni obywatele bronią swoich wartości, ponieważ uznają je za ważne z jakichś racji, nie zaś wyłącznie dlatego, że są ich własnymi wartościami. Racjonalni ludzie raczej porzucą więc przekonanie, które zostało zdemaskowane jako fałszywe, zamiast uparcie trzymać się go jako swojego<sup>131</sup>. Za zasłoną niewiedzy być może ludzie odrzuciliby np. przekonania perfekcjonistyczne, ażeby jak najlepiej zabezpieczyć swój własny, indywidualny i egoistyczny interes. Nie jest jednak zrozumiałe, dlaczego po opadnięciu zasłony niewiedzy ci sami ludzie nie mogliby tworzyć instytucji społecznych w oparciu o te perfekcjonistyczne reguły. Nie jest jasne, dlaczego mieliby trwać uparcie przy swoich przekonaniach, które wybrali z pobudek egoistycznych, zamiast porzucić

---

<sup>127</sup> R.P. George, *Moralistic Liberalism and Legal Moralism*, „Michigan Law Review” 1990, vol. 88, nr 6, s. 1425.

<sup>128</sup> Na ten temat zob. R.P. George, *Public Reason and Political Conflict: Abortion and Homosexuality*, „Yale Law Review” 1997, vol. 106, s. 2475-2504.

<sup>129</sup> Tak np. T. Nagel, *Rawls on Justice*, „Philosophical Review” 1973, nr 82. Podaję za: J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press 1988, s. 118.

<sup>130</sup> R.P. George, *Making...*, s. 135-136.

<sup>131</sup> G.V. Bradley, *Pluralistic Perfectionism: a Review Essay of Making Men Moral*, „Notre Dame Law Review” 2014, vol. 71, nr 4, s. 697-699.

je na rzecz bardziej rozumnego poglądu, który został wypracowany po opadnięciu zasłony. Nie wiadomo wreszcie, dlaczego takie porzucenie miałoby naruszać zasady sprawiedliwości. Wszak Rawls nie uznaje perfekcjonizmu jako z istoty niesprawiedliwego, a jedynie jako niesprawiedliwego, ponieważ niewybieralnego w sytuacji pierwotnej<sup>132</sup>.

Sytuacji pierwotnej brakuje więc podejścia bezosobowego, tj. niezwiązanego z aktualnymi potrzebami stron znajdujących się za zasłoną niewiedzy. Za nią bowiem nie następuje rzeczywista debata moralna, rozumiana jako poszukiwanie słusznych, obiektywnych i bezosobowych zasad. Strony nie kierują się więc moralnością. Co więcej,

Nawet wolność lub autonomia nie mogą być racją do działania w sytuacji pierwotnej. Nie może być nią też bezstronność (...). Objęte zakazem działania na podstawie racji – zamiast tego działające na podstawie subracjonalnego interesu własnego – strony w sytuacji pierwotnej nie ustalają zasad moralności politycznej w celu zwiększenia prawdopodobieństwa, że po wyjściu zza zasłony będą wierzyć w to, co prawdziwe i dążyć do tego, co wartościowe; ustalają one natomiast zasady, które zapewnią im wolność wyznawania wszelkich poglądów, jakie będą chciały wyznawać (...)<sup>133</sup>.

Jak widać, w sytuacji pierwotnej nie można zakładać np. ludzkiej wolności albo autonomii, jako czegoś, co powinno być promowane ze względu na przedstawianą wartość, albowiem byłoby to nieuprawnione przyjęcie konkretnej wizji dobra i dobrego życia. Rodzi to dalsze problemy, ponieważ podobnie nie można przyjąć chociażby godności ludzkiej jak pewnej wartości naczelnej<sup>134</sup>. Źródłem wolności i praw człowieka i obywatela nie jest więc niezbywalna ludzka godność, będąca wszakże kontrowersyjną ideą moralną, ale – jak pisze George – subracjonalny interes własny.

### **3.2.2 Liberalny prawny moralizm**

#### **3.2.2.1 Retrybutywna teoria kary**

Inne uzasadnienie dla prawnego moralizmu jako teorii legislacji przedstawia Michael S. Moore – myśliciel również łączony z nurtem prawa naturalnego<sup>135</sup>. Wiąże się ono z jego generalną teorią prawa karnego. Moore jest jednym z najbardziej znanych współczesnych filozofów prawa broniących sprawiedliwości retributywnej jako głównej funkcji, którą prawo

---

<sup>132</sup> R.P. George, *Making...*, s. 132.

<sup>133</sup> Ibidem, s. 136-137.

<sup>134</sup> Na ten temat zob. M. Rupniewski, *Teoria rozumu publicznego a godność człowieka*, „Dialogi Polityczne” 2017, nr 23, s. 30, 33-34.

<sup>135</sup> W polskiej literaturze na ten temat zob. M. Pelka, *Metafizyczny realizm wobec wyzwań kontekstualizmu i nonfaktualizmu – rozważania na tle prawnego naturalnej teorii Michaela Moore’a*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017, nr 1, s. 74-89.

karne powinno spełniać, a co za tym idzie – retributywizmu jako słusznej teorii kary. Wersja retributywizmu przedstawiana przez Moore'a pociąga za sobą z kolei uznanie prawnego moralizmu jako najlepszą teorię legislacji. Tak zatem, w celu zbadania koncepcji autora *Placing Blame*<sup>136</sup>, która określana jest przez niego mianem „liberalnego prawnego moralizmu”<sup>137</sup>, należy w pierwszej kolejności prześledzić drogę prowadzącą go do przyjęcia retributywizmu. Ten zaś opisywany jest przez Moore'a jako „bardzo prostolinijna teoria kary”<sup>138</sup>, zgodnie z którą „jesteśmy usprawiedliwieni w karaniu, dlatego że – i tylko dlatego że – przestępcy na to zasługują”<sup>139</sup>. Jak zauważa Maciej Juzaszek, „Retributywizm zakłada, że kara dla danej osoby zależeć powinna od jej zasługi. Nie chodzi tu jednak o zasługę jako «rezultat jakiegoś działania lub czyjejś pracy, mający wielką wartość dla innych», ale o znaczenie, które odnaleźć możemy w zwrocie «zasłużyć sobie na coś». Chodzi nam zatem o stopień, w jaki dana osoba zasłużyła na karę”<sup>140</sup>. Tę zasługę ustala się biorąc pod uwagę szkodliwość (bezprawność) czynu (*wrongdoing*) oraz stopień zawinienia sprawcy (*culpability*).

Argumenty Moore'a na rzecz retributywnej koncepcji kary można podzielić na kilka grup: a) argumenty z istniejących instytucji prawnych; b) z wadliwości konkurencyjnych teorii kary; c) z odwołania do eksperymentów myślowych.

#### a) Istniejące instytucje prawne

Jeżeli chodzi o pierwszą z wyżej wymienionych kategorii, to przyjęty w niej sposób argumentacji przypomina nieco przedstawianą już w niniejszej pracy koncepcję gradacji kar, którą objaśniał James Fitzjames Stephen. Z kolei metodologicznie odwołuje się ona do zaproponowanej przez Johna Rawlsa refleksyjnej równowagi. Zgodnie ze słowami Moore'a, jest to strategia, która „zaczyna od konkretnych sądów, co do których mamy jakąś pewność, i stawia pytanie: «jaka generalna zasada najlepiej odpowiada temu konkretnemu sądowi, tak że prawdziwość tego ostatniego jest dobrym dowodem na prawdziwość tej pierwszej [zasady]?»”<sup>141</sup>. Odnosząc to do prawa, zauważyć trzeba, że w ustawodawstwach państw liberalno-demokratycznych (a zapewne także państw o innych ustrojach) mamy przyjęte pewne rozwiązania legislacyjne co do słuszności których jesteśmy przekonani i – na ile to możliwe – pewni. Poszukując zatem właściwej funkcji prawa karnego, należy rozstrzygnąć o sensie tychże

<sup>136</sup> M.S. Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford 2012.

<sup>137</sup> Ibidem, s. 661, 756, 757.

<sup>138</sup> Ibidem, s. 91

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> M. Juzaszek, *Retributywizm a problem trafu prawnego*, [w:] S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Białystok 2015, s.71–72.

<sup>141</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 107.

regulacji. Przykładowo, zabójstwo w afekcie traktowane jest łagodniej niż zabójstwo w typie podstawowym lub kwalifikowanym, co odpowiada naszym moralnym intuicjom. Tymczasem, gdyby funkcją prawa karnego było – jak chcą utylitaryści – odstraszenie czy też zapobieganie szkodom w postaci przestępstw, to należałoby raczej zdecydowanie zwiększyć kary za zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia, tak ażeby impulsywny zabójca mógł z większym prawdopodobieństwem zatrzymać się i zastanowić nad konsekwencjami swojego działania<sup>142</sup>. Sposób, w jaki klasyfikujemy kary, zakłada – przynajmniej *implicite* – że funkcją prawa karnego jest uzyskanie sprawiedliwości retributywnej jako dobra samego w sobie, nie zaś prewencja (generalna lub indywidualna). Gradacja kar akceptowana powszechnie w ustawodawstwach ma sens tylko w przypadku, gdy jest traktowana jako próba różnicowania kar ze względu na stopień niemoralności czynu sprawcy, nie zaś z powodu potencjalnej odstraszalności. Jak widzieliśmy wcześniej, po raz pierwszy ten argument został wysunięty przez Stephena.

Po wtóre, Moore przekonuje, iż nie jest konieczne przy tym znalezienie jakiegokolwiek „dodatkowej” funkcji prawa karnego; tzn. sprawiedliwość retributywna ma wartość wewnętrzną i powinniśmy dążyć do niej jako do celu samego w sobie. Odrzuca więc rzekomą konieczność uzasadniania karania „po coś”. Jediną przyczyną ustanowienia instytucji prawa karnego jest zatem chęć dążenia do sprawiedliwości jako takiej. Nie ma potrzeby odwoływania się do dalszych celów, jak chociażby prewencja, efekt odstraszający, społeczna spójność, społeczny dobrobyt itp. Moore na zasadzie analogii<sup>143</sup> zauważa, że wiele innych istniejących instytucji prawnych jest przez nas respektowanych jako dobre same w sobie, niezależnie od innych, nawet pożądaných efektów (np. maksymalizacji użyteczności albo zwiększenia ogólnego poziomu szczęścia), jakie mogą przynieść. W tych przypadkach często kierujemy się, według Moore'a, przekonaniem, że zasługa jest wystarczająca, aby uzasadnić przyznanie uprawnienia lub nałożenie sankcji<sup>144</sup>. Przykładowo, w prawie cywilnym, w kontekście odpowiedzialności deliktowej, realizowaną sprawiedliwością jest przede wszystkim sprawiedliwość wyrównawcza (komutatywna). Ma ona za zadanie korektę niesprawiedliwości powstałej między stronami w sytuacji, kiedy jedna z nich wyrządza drugiej szkodę albo kiedy ktoś w sposób nieusprawiedliwiony skorzystał z popełnionego deliktu w stosunku do drugiej strony<sup>145</sup>. Nie jest ona zależna od spodziewanych konsekwencji; jest po prostu właściwą reakcją

---

<sup>142</sup> Ibidem, s. 29.

<sup>143</sup> D. Husak *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Nowy Jork 2008, s. 199.

<sup>144</sup> B. Rosebury, *Moore's Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory*, „Criminal Law and Philosophy” 2011, nr 5, s. 346.

<sup>145</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 6.



na złamanie pewnych obowiązujących norm. Sprawiedliwość wyrównawcza polega zatem na odpowiedniej zapłacie za określone dobro lub odpłacie za zło<sup>146</sup>. Podobnie można utrzymywać, że retributywizm wynika z ogólnie akceptowanej zasady *fair play*, zgodnie z którą nieuczciwym jest uzyskiwanie korzyści z zachowań, od których to pozostali uczestnicy zbiorowego życia zdecydowali się powstrzymać<sup>147</sup>. Złamanie zasady *fair play* samo w sobie uzasadnia nałożenie odpowiedniej sankcji.

Po trzecie, jak wynika z powyższych rozważań, Moore poszukuje odpowiedzi na ogólne pytanie o funkcję prawa karnego we wszystkich jego aspektach. Ma to istotne znaczenie, ponieważ fakt ten odróżnia koncepcję Moore'a od Herberta L.A. Harta. Autor *Pojęcia prawa* zdawał się twierdzić, że należy oddzielić aspekt orzecznicy prawa karnego od legislacyjnego. Ten pierwszy miał polegać w głównej mierze na osiągnięciu sprawiedliwości retributywnej, drugi zaś – na uchwalaniu prawa w celu zapobiegania krzywdom (przestępstwom). Moore, podobnie jak zresztą wcześniej wspomniany Stephen, zdecydowanie odrzuca tę dystynkcję. Jak stwierdza: „Retributywizm, jak każda teoria kary, odpowiada na pytanie «do czego służy prawo karne?» Ta odpowiedź, z punktu widzenia osiągnięcia sprawiedliwości retributywnej, nie jest odpowiedzią zależną od roli. W związku z tym, ustawodawcy, tak jak sędziowie, mają powód, by dążyć w swych poszczególnych działaniach do osiągnięcia sprawiedliwości retributywnej”<sup>148</sup>.

#### b) Wadliwość konkurencyjnych teorii kary

Istniejących instytucji i praktyk prawnych, co do słuszności których jesteśmy przekonani, nie są w stanie wyjaśnić w sposób wystarczający inne teorie kary. Teorie te generalnie podzielić można na dwa główne rodzaje – odnoszące się do przeszłości (jak retributywizm) oraz do przyszłości (teorie utilitarne). Czyste teorie utilitarne uzasadniają więc

---

<sup>146</sup> Tak H. Przybył, *John Rawls i kategoria sprawiedliwości*, „Studia Ekonomiczne/Akademia Ekonomiczna w Katowicach” 2006, nr 38, s. 22. Jak pisze również E. Bagińska, „Teoria sprawiedliwości wyrównawczej jest pierwotna w stosunku do dystrybucyjnej. Ta pierwsza podkreśla dwubiegunowość stosunku odszkodowawczego oraz korelację między prawem poszkodowanego z jednej strony i obowiązkiem sprawcy zła z drugiej strony. Sprawiedliwość wyrównawcza zakłada, że relacja reparacyjna między dwiema stronami (kompensacja szkody) odrywa się od statusu, majątku i potrzeb stron (...). Prawo poszkodowanego do kompensacji może mieć dwa źródła. Pierwszym jest bezprawne zachowanie sprawcy, które narusza relacje międzyludzkie. Drugim źródłem jest wyrządzenie szkody. Teoria sprawiedliwości wyrównawczej uwypukla w ten sposób autonomię prawa czynów niedozwolonych i etyczny wymiar jego norm”, zob. idem, *Recenzja dzieła Beaty Więzowskiej pt. Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, t. VIII, s. 235-236.

<sup>147</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 106-107. Na temat idei *fair play* w kontekście retributywnego pojęcia zasługi zob. P. Westen, *Retributive Desert as Fair Play*, [w:] K.K. Ferzan, S.J. Morse (red.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Nowy Jork 2016, s. 63-78.

<sup>148</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 71. Na ten temat zob. także A. Norrie, *Michael Moore's Deviation*, „Oxford Journal of Legal Studies 1999”, vol. 19, nr 1, s. 113-114.

karanie wyłącznie przyszłymi spodziewanymi korzyściami społecznymi. Wśród nich wymienić można chociażby: prewencję generalną i indywidualną, ogólne społeczne zadowolenie, zwiększenie poziomu szczęścia lub bezpieczeństwa, edukację współobywateli. Moore nie akceptuje czystych teorii użytecznych, przywołując kazusy, w których trudno byłoby, z punktu widzenia moralnego, zgodzić się na karanie z pobudek czysto użytecznych (tj. niezależnych od zasługi w znaczeniu retributywnym). Przykładowo, nie do pogodzenia z naszymi podstawowymi przekonaniem moralnymi byłoby karanie kozła ofiarnego zamiast prawdziwego sprawcy. Obrazuje to następujący przykład:

D.B. Cooper z powodzeniem porwał samolot jakiś czas temu, a to udane, nierozwiązane przestępstwo w sposób wyraźny zachęciło do rzeszy innych porwań, które kosztowały amerykańskie społeczeństwo wielką ilość dolarów, ludzkich żyć i komfortu. (...) Wyobraźmy sobie, że krótko po dokonaniu przez niego porwania mielibyśmy tę wiedzę, którą mamy teraz postfactum, i zdecydowalibyśmy, że lepiej byłoby ukarać kogoś, kto wygląda jak Cooper (i kto nie miał dobrego alibi), w celu przekonania innych, że porywanie samolotów nie jest opłacalne. Dla konsekwentnego użytecznysty, występuje tutaj społeczna korzyść, która zostałaby osiągnięta dzięki ukaraniu takiej niewinnej osoby (...)<sup>149</sup>.

Wydaje się, że dla refutacji czysto użytecznej teorii kary nie jest nawet konieczne odwoływanie się do hipotetycznych przykładów podawanych przez Moore'a. Można poprzestać na wydarzeniach zupełnie realnych. W ostatnim czasie głośną sprawą w Polsce jest uniewinnienie Tomasza Komendy za zabójstwo, którego nie popełnił, a za które przez dwadzieścia kilka lat odpowiadał właśnie jako kozioł ofiarny<sup>150</sup>. Niewątpliwie jego skazanie miało swoje doniosłe społeczne korzyści. Lokalna społeczność poczuła się bardziej bezpieczna, powszechne poczucie gniewu zostało w jakiejś części zapokojone, politycy i policjanci mogli ogłosić sukces w walce z przestępczością, czytelnicy gazet dostali swoją dawkę negatywnych emocji itp. Problem polegał tylko na tym, że – jak pisze Moore – (nie)sprawca nie dostał tego, na co zasłużył. Z punktu widzenia czystego użytecznizmu trudno jest jednak cokolwiek zarzucić karze nałożonej na Tomasza Komendę. Gdyby nie szczęśliwy zbieg okoliczności i wytrwałość w dążeniu do prawdy, użyteczny bilans korzyści i strat wyszedłby zdecydowanie z przewagą zysków.

---

<sup>149</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 95.

<sup>150</sup> Jak pisze M. Grzyb w nieco emocjonalnym felietonie, „Cała sprawa Tomasza Komendy oprócz wymiaru politycznego – przynajmniej przez część polityków cynicznie rozgrywanego – ma także inny wymiar. Oto ludzie, którzy mają władzę i pieniądze, których stać na dobrych adwokatów i którzy kolegują się z politykami, często pozostają bezkarni, a ludzie biedni są albo ich ofiarami, albo **kozłami ofiarnymi** [wyr. K.J.]. Dla nich często nie ma prawa ani sprawiedliwości”, *Tomasz Komenda i cynizm klasy politycznej*, „Kultura Liberalna”, <https://kulturaliberalna.pl/2018/03/21/grzyb-tomasz-komenda/> (dostęp: 29.04.2021 r.).

Aprobaty Moore'a nie znajdują również tzw. teorie mieszane. Zgodnie z nimi, kara powinna zostać przypisana, jeżeli są spełnione łącznie i obligatoryjnie dwa warunki: kara zwiększa społeczną korzyść oraz jest nałożona na sprawcę, który na nią sprawiedliwie zasłużył. Istnieje jednakże wiele możliwych do wyobrażenia przypadków, w których moralne przekonania domagałyby się kary, a społeczna korzyść nie występowałaby w wystarczającym stopniu. Jeżeli np. sprawca brutalnego zgwałcenia dozna, przed usłyszeniem wyroku skazującego, poważnego wypadku, którego skutki uniemożliwiają mu dokonywanie w przyszłości podobnych przestępstw seksualnych, to nie jest konieczne wymierzanie kary w celu osiągnięcia prewencji indywidualnej. Prewencja generalna również może zostać osiągnięta innymi, niż rzeczywiste ukaranie sprawcy, sposobami<sup>151</sup>. A jednak trudno byłoby zgodzić się na tak ukształtowany system, w którym to sprawca brutalnego przestępstwa może uniknąć kary z powodu przypadkowych, niezależnych od moralnej zasługi, okoliczności.

### c) Eksperymenty myślowe

Eksperymenty myślowe, ujawniające nasze prawdziwe moralne przekonania, są ulubionym sposobem argumentacji Moore'a. W istocie obrona retributywizmu przeprowadzana przez Moore'a polega na odwoływaniu się do naszych moralnych intuicji<sup>152</sup>. Jest to metoda znana już przynajmniej od przywoływanego przez Immanuela Kanta przykładu ludu, który postanawia opuścić zamieszkałą przez siebie wyspę, a który to musi dokonać aktu sprawiedliwości i należycie ukarać sprawcę morderstwa<sup>153</sup>. Wbrew Kantowi jednak, Moore nie utożsamia retributywizmu z *lex talionis*, wskazuje zaś wyłącznie na samoistną wartość kary urzeczywistniającej sprawiedliwość retributywną.

Tak zatem, w jednym z eksperymentów Moore proponuje wyobrazić sobie sytuację jak z *Braci Karamazow* Fiodora Dostojewskiego, kiedy to sprawca wypuszcza psy, aby zagryzły młodego chłopca na oczach jego matki<sup>154</sup>, a wszystko ma miejsce w warunkach opisywanych przez Kanta, tj. nie istnieją żadne utylitarne przyczyny, ze względu na które należałoby nałożyć jakąkolwiek karę. Czy jednak należy ją nałożyć? Jak pisze Moore, „retributywne ‘tak’ jest głęboko zakorzenione wśród większości ludzi”<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Wystarczy stwarzanie pozorów i udawanie, że kara zostaje wymierzona, zob. M.S. Moore, *Placing...*, s. 100-101.

<sup>152</sup> D. Husak, *Retribution in Criminal Theory*, „San Diego Law Review” 2000, vol. 37, nr 959, s. 970.

<sup>153</sup> E. Krzymuski, *Teoria karna Kanta ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym*, Kraków 2013, s. 89.

<sup>154</sup> F. Dostojewski, *Bracia Karamazow*, tłum. A. Pomorski, Kraków 2009, s. 298-299.

<sup>155</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 163.

Co interesujące, Moore stawia to pytanie nie tylko z perspektywy osoby trzeciej, tzn. sytuacji, w której sprawcą jest ktoś inny, ale także osoby pierwszej, tzn. sytuacji, kiedy sami jesteśmy sprawcą. Eksperyment myślowy polega na tym, abyśmy „wyobrazili sobie poczucie winy, jakie odczuwalibyśmy”, gdybyśmy popełnili tego rodzaju czyn<sup>156</sup>. Jak przekonuje, takie poczucie winy „zazwyczaj wywołuje osąd, że zasługujemy na karę”<sup>157</sup>. Autor *Placing Blame* zaznacza, że mamy pewne podstawowe moralne obowiązki, jak np. niekrzywdzenie innych ludzi, niezabijanie, niełamane zawartych kontraktów itp., oraz odpowiadające im obowiązki wtórne, jak naprawienie szkody spowodowanej naszym skrzywdzeniem lub złamaniem zawartego kontraktu<sup>158</sup>. Istniejące moralne podstawowe obowiązki implikują obowiązki drugiego stopnia, które wymagają naszego własnego przyzwolenia „abyśmy byli skazani na cierpienie, jeśli naruszyliśmy te podstawowe obowiązki”<sup>159</sup> w sposób zawiniony. Retrybutywizm Moore’a zakłada zatem, że sama zasługa – jako podstawa zawinionego bezprawnego czynu (*culpable wrongdoing*) – jest zarówno koniecznym, jak i wystarczającym warunkiem przypisania winy i kary<sup>160</sup>.

Wydaje się, że niektóre z powyższych intuicji nie mają aż tak silnych podstaw, jak sugeruje Moore. Ostatnio bowiem Paul C. Bauer i Andrei Poama, opierając się na przeprowadzonym badaniu empirycznym, podważają tezę, iż „retrybutywne ‘tak’ jest głęboko zakorzenione wśród większości ludzi”<sup>161</sup>. Oczywiście, można dalej argumentować, że nawet jeżeli większość ludzi nie podziela tych retributywnych emocji, to nie oznacza to, że nie **powinni** oni ich odczuwać. Jeżeli jesteśmy sprawcą, to nasze poczucie winy **powinno** – jeżeli tylko jesteśmy osobami cnotliwymi – prowadzić nas do zaakceptowania nałożonej na nas kary. Ta aretyczna wersja intuicji Moore’a może jednak sprawiać inne problemy, a mianowicie jest nieco nierealistyczna. Jeżeli bowiem założymy, że jesteśmy osobami cnotliwymi, to przede wszystkim nigdy nie popełnimy takich czynów, jak te opisywane w książce *Bracia Karamazow*, o których to wspomina Moore. Eksperyment myślowy może zostać więc trochę osłabiony.

---

<sup>156</sup> Ibidem, s. 145.

<sup>157</sup> Ibidem, s. 147-148.

<sup>158</sup> Ibidem, s. 170.

<sup>159</sup> Ibidem, s. 171.

<sup>160</sup> D.O. Brink, *Retributivism and Legal Moralism*, „Ratio Juris” 2012, vol. 25, nr 4, s. 500.

<sup>161</sup> P.C. Bauer, A. Poama, *Does Suffering Suffice? An Experimental Assessment of Desert Retributivism*, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7170504/> (dostęp: 29.04.2021 r.). Autorzy zweryfikowali, metodą statystyczną, przeprowadzając ankietę, dwa twierdzenia: (1) o wszechobecności, zgodnie z którym ludzie są powszechnie skłonni popierać sądy retributywne, oraz (2) o wystarczalności, zgodnie z którym do uzasadnienia kary nie jest potrzebna żadna zasada niezwiązana z retributywnością. Wyniki badania zdają się unieważniać twierdzenie (1) i dostarczają mieszanych rezultatów w odniesieniu do twierdzenia (2).

### 3.2.2.2 Moralistyczna teoria legislacji

Jeżeli jednak zaakceptujemy retributywizm w powyższym rozumieniu, jako właściwą teorię kary, to prawny moralizm jawi się jako naturalny kandydat do korelującej z nią teorii legislacji<sup>162</sup>. Jeśli bowiem uznamy, że czyn, który jest jednocześnie zawiniony i cechuje go szkodliwość lub bezprawność (*wrongdoing*) w tym sensie, że łamie on nasze moralne obowiązki, to nasuwającym się niejako samoistnie wnioskiem jest, iż to właśnie moralnie naganne czyny powinny być przez prawo zakazane. Wyjaśnić można to porównując teorię Moore’a z koncepcją Johna Stuarta Milla:

Niefortunną tendencją liberalizmu, która pojawiła się w społeczeństwach zachodnich od czasów Milla, jest traktowanie zasad legislacji, takich jak Millowska zasada krzywdy, jako względnie niezależnych zasad filozofii politycznej, innymi słowy – tak jakby były one samousprawiedliwiające się. Podczas gdy w rzeczywistości zasada krzywdy Milla była – i musi być dla utilitarysty takiego jak Mill – jedynie odgałęzieniem, implikacją bardziej ogólnej teorii kary Milla. Mill był utilitarystą, jeśli chodzi o sposób uzasadniania kary: takie surowe traktowanie, które samo jest przecież krzywdą, miało być uzasadnione jedynie poprzez zapobieganie jeszcze większej krzywdzie, a mianowicie krzywdzie innych osób wplątanych w działania przestępcze<sup>163</sup>.

Można to przedstawić na następującym schemacie:

	<b>John Stuart Mill</b>	<b>Michael S. Moore</b>
<b>Teoria kary:</b>	Utylitarna – zapobieganie krzywdzie ↓	Retributywna – oddanie sprawcy tego, na co zasłużył ↓
<b>Teoria legislacji:</b>	Zasada krzywdy	Prawny moralizm

Odrzucając wszystkie utilitarne teorie kary, Moore odrzuca też zatem odpowiadającą im zasadę krzywdy. Jego prawny moralizm zakłada natomiast dwie ważne tezy: pozytywną – mówiącą, że *prima facie* wszelkie moralne występki powinny być zakazane przez prawo karne, ponieważ moralne przewinienie jest punktem odniesienia dla zasługi, a ta z kolei jest tym, co dla retributywistów uzasadnia karę<sup>164</sup>; oraz negatywną – mówiącą kategorycznie (a nie tylko *prima*

<sup>162</sup> D. Husak, *Overcriminalization...*, s. 197.

<sup>163</sup> M.S. Moore, *Legal Moralism Revisited*, „San Diego Law Review” 2017, vol. 54, s. 442-443.

<sup>164</sup> Ibidem, s. 444; J.D. Thaysen, *Defining Legal Moralism*, „SATS” 2015, vol. 16, nr 2, s. 181.

*facie*), że prawo karne powinno zakazywać jedynie czynów niemoralnych (a nie żadnych innych)<sup>165</sup>.

Ponadto Moore wskazuje na inne wady zasady krzywdy. Otóż jego zdaniem jest ona niedostatecznie inkluzywna, tj. wyklucza ze swego pola działania kategorie czynów, które po rozumnej refleksji moralnej powinniśmy uznać za zasługujące na kryminalizację. Słuszność moralizmu prawnego widać zatem

gdy rozważa się, czy powinno istnieć ustawodawstwo przeciwko takim zachowaniom, jak okrucieństwo wobec zwierząt, zbezczeszczenie zwłok, czy utrzymanie przy życiu pewnych gatunków. Jeśli założyć, że o niektórych z tych czynów nie wiedziałaby duża liczba obywateli, więc nikt nie mógłby zostać urażony [*offended*]; jeśli dalej założyć, że zwierzęta, martwe ciała i gatunki nie są tego rodzaju podmiotami, których interesy mogą zostać naruszone w sposób, który normalnie usprawiedliwiałby prawodawstwo zgodnie z Millowską zasadą krzywdy (...), to podejrzewam, że większość z nas i tak uważałaby, że powinny istnieć prawa przeciwko tego rodzaju zachowaniom<sup>166</sup>.

To spostrzeżenie dotyczy zarówno zasady krzywdy w ujęciu Milla, jak i wersji przedstawionej przez Joela Feinberga. Jest to dość popularny argument przeciwko zasadzie krzywdy, wysuwany także m.in. przez Danny'ego Scoccia'ę, stojącego w obronie „czystego” prawnego moralizmu<sup>167</sup>. Jego siłę widać również w przyjętych ustawodawstwach, kryminalizujących okrucieństwo wobec zwierząt albo – jak art. 262 polskiego Kodeksu karnego<sup>168</sup> – zbezczeszczenie zwłok. W tym przypadku trudno mówić bowiem o czyichś interesach, w rozumieniu proponowanym przez Feinberga, albowiem „pokrzywdzony” już przecież *ex definitione* nie żyje. Sprawca takiego przestępstwa może też działać w sposób niepubliczny, co wyklucza nadto stosowanie *offense principle*. A jednak czujemy, że jakaś prawna reakcja powinna przeciwko tego rodzaju czynom występować.

Innym przykładem skodyfikowanego prawnego moralizmu są regulacje estetyczne, nakierowane – jak pisze Larry Alexander – „wyłącznie na zachowanie piękna lub naturalności”<sup>169</sup>. W polskim prawie nawet wybudowanie prywatnego domu niezgodnie z zasadami określonymi w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego może

---

<sup>165</sup> M.S. Moore, *Legal...*, s. 445.

<sup>166</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 646-647.

<sup>167</sup> D. Scoccia, *In Defense of „Pure” Legal Moralism*, „Criminal Law and Philosophy” 2013, nr 7, s. 513–530.

<sup>168</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.

<sup>169</sup> L. Alexander, *Plastic Trees and Gladiators: Liberalism and Aesthetic Regulation*, „Legal Theory” 2010, vol. 16, nr 2, s. 77-90.

ostatecznie skończyć się odpowiedzialnością za wykroczenie. Piękno i krajobraz są przedmiotem ochrony prawnej, niezależnie od krzywdy osób postronnych.

Także w przypadku przestępstw polegających na zniekształcaniu lub fałszowaniu historii (np. negacjonizm, kłamstwo oświęcimskie) trudno mówić o naruszeniu czyjegoś interesu, w rozumieniu zasady krzywdy. Wiele ustawodawstw przewiduje jednak i tę kategorię czynów zabronionych, co ma swoje mocne moralne uzasadnienie. W polskim prawodawstwie, w art. 55 ustawy o IPN<sup>170</sup>, zawarto regulację, zgodnie z którą publiczne i wbrew faktom zaprzeczanie zbrodniom nazistowskim, komunistycznym, ukraińskich formacji kolaborujących z III Rzeszą, oraz niektórych innych, pozwala na wymierzenie kary grzywny lub pozbawienia wolności do lat 3.

Co więcej, Moore podważa to, czy krzywda nadaje się w ogóle na pojęcie, wokół którego skupiona powinna być legislacja<sup>171</sup>. Nie jest jasne bowiem – jeżeli krzywda miałaby być faktycznie i konsekwentnie konceptualnym centrum prawidłowej legislacji – jak wyjaśnić potrzebę karania niektórych zaniechań (np. nieudzielenia pomocy – art. 162 k.k.)? Nawet jeżeli przyjąć, że utylitarną odpowiedzią będzie to, że powinniśmy zapobiegać przyszłej, jeszcze niepowstałej krzywdzie, to nieuchronnie nasuwa się kolejne pytanie: dlaczego w takim razie niektóre zaniechania chcemy karać, inne zaś nie? Czy nie należałoby, zgodnie z logiką zasady krzywdy, zapobiegać wszystkim krzywdom i dążyć do ich jak największej redukcji? Wreszcie, czy rzeczywiście każda krzywda jest, przynajmniej *prima facie*, właściwym przedmiotem zainteresowania prawa? Dlaczego w takim razie nie karać doprowadzenia do bankructwa, na uczciwych zasadach rynkowych, swojego ekonomicznego konkurenta? Wszak wolny rynek dopuszcza wiele takich ekonomicznych krzywd. Duża część z nich ma również negatywne efekty społeczne. Odpowiedź na te pytania, zdaniem Moore'a, jest jedna: w niektórych przypadkach (np. niektóre przypadki nieudzielenia pomocy) naruszamy nasze zobowiązania moralne, natomiast w innych (np. ekonomiczna wygrana na rynku; działanie w obronie koniecznej) – nie. Ostatecznie nie chodzi więc o krzywdę jako taką, ale o to, czy swoim działaniem łamiemy zobowiązania moralne, które w istocie w większości mogą polegać na obowiązku nieszkodzenia innym (*primum non nocere*), czy ich nie łamiemy. W centrum zainteresowania dobrej teorii legislacji powinno być zatem zobowiązanie moralne, nie zaś wyłącznie krzywda sama w sobie. W większości przypadków te dwa pojęcia mogą się ze sobą

---

<sup>170</sup> Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Dz. U. z 2021 r. poz. 177 ze zm.

<sup>171</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 753.

pokrywać, w niektórych jednak – jak przy bezczeszczeniu zwłok albo okrucieństwie wobec zwierząt – zbieżność nie będzie występować. Ostatecznie właściwy zakres rozważań na temat legislacji wyznaczany jest zatem przez moralne przewinienia (*moral wrongdoing*), nie natomiast szkodliwy (*harmful*) wpływ danego czynu na innych ludzi. Mówiąc wprost: „*Mill mistook harms for wrongs*”<sup>172</sup>.

W celu uzupełnienia wizji prawnego moralizmu Moore’a trzeba więc podjąć refleksję moralną.

### 3.2.2.3 Legislacyjne ograniczenia

Prawny moralizm Moore’a odwołuje się do moralności krytycznej, czy też – jak wskazuje sam Moore – moralności prawdziwej<sup>173</sup>. Przy czym, co wydaje się naturalne, ale co warto podkreślić, jest on obrońcą moralnego realizmu jako słusznego stanowiska metaetycznego<sup>174</sup>. Ściślej rzecz ujmując, Moore swoją pozycję określa mianem etycznego naturalizmu, jako iż zakłada, że moralne właściwości (jak np. szkodliwość lub zawinienie) superwenują na właściwościach nie-moralnych (jak np. umyślność lub cierpienie)<sup>175</sup>. Ponadto ta odmiana moralnego realizmu „twardo stąpa po ziemi”, ponieważ nie poszukuje silnych podstaw ontologicznych. Nie wywodzi chociażby powinności moralnych z faktu istnienia Boga<sup>176</sup>, lecz raczej z poglądu, iż realne, tzn. niezależne od naszego umysłu oraz konwencji społecznych, istnienie moralnych przymiotów lepiej niż teorie konkurencyjne wyjaśnia inne fakty, które uważamy za prawdziwe<sup>177</sup>. Chodzi więc o ustalenie, która z koncepcji metaetycznych najlepiej odpowiada naszym sądom na kwestie powszechnie określane terminem „moralne”. Zdaniem Moore tą najlepiej objaśniającą twierdzenia moralne koncepcją jest moralny realizm. Podobne podejście prezentuje zresztą Moore jeśli chodzi o uzasadnianie retrybtywizmu, który przypuszczalnie najlepiej oddaje nasze głębokie moralne intuicje, z których to nie chcielibyśmy zrezygnować.

Broniąc moralnego realizmu, Moore pozostaje szczególnie krytyczny wobec konwencjonalizmu, czyli poglądu, że słusność twierdzeń na temat moralności zależy od uczuć

---

<sup>172</sup> M.S. Moore, *A Tale of Two Theories*, „Criminal Justice Ethics” 2009, vol. 28, nr 1, s. 28.

<sup>173</sup> M.S. Moore, *Four Reflections on Law and Morality*, „William & Mary Law Review” 2007, vol. 48, s. 1541.

<sup>174</sup> M.S. Moore, *Moral Reality* „Wisconsin Law Review” 1982, nr 6, s. 1061-1156; M.S. Moore, *Moral Reality Revisited*, „Michigan Law Review” 1992, vol. 90, nr 8, s. 2424-2533.

<sup>175</sup> M.S. Moore, *Moral Reality Revisited...*, s. 2515. M.S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Nowy Jork 2009, s. 41-42. Krytycznie na temat naturalizmu Moore’a, zob. T. Spaak, *Legal Realism and Functional Kinds: Michael Moore’s Metaphysically Reductionist Naturalism*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2021, nr 2, s. 83-107.

<sup>176</sup> Zob. M.S. Moore, *Good Without God*, [w:] R.P. George (red.), *Natural Law, Liberalism, and Morality: Contemporary Essays*, Nowy Jork 2002, s. 221-261.

<sup>177</sup> M.S. Moore, *Moral Reality Revisited...*, s. 2447.



lub wierzeń większości społeczeństwa<sup>178</sup>. Problem z konwencjonalizmem, oprócz leżącego u jego podstaw subiektywizmu, polega na tym, iż czyni on praktycznie niemożliwym przeciwstawienie swoich własnych wartości wartościom społecznym. Jeżeli niemoralne jest to, co większość społeczeństwa za niemoralne uważa, to nie mają sensu żadne indywidualne deliberacje moralne – wystarczające jest przeprowadzenie ulicznej sondy. W perspektywie prawnej akceptacja konwencjonalizmu może przynieść dodatkowe negatywne skutki. Sędzia, który kieruje się wyłącznie aktualnymi przekonaniem moralnymi panującymi w społeczeństwie, nigdy nie wyda przełomowego wyroku.

Z konwencjonalizmem zrywa też przyjęta przez Moore'a teoria demokracji. Demokracja rozkwita bowiem, zdaniem tego autora, najmocniej, kiedy ustawodawca nie podąża pasywnie za opinią większości na dany temat – co najczęściej nazywamy politycznym oportunizmem – lecz kiedy decyduje na podstawie substancjalnych teorii – co nazywamy działaniem w oparciu o zasady. Ustawodawca powinien zatem rozstrzygać legislacyjne kwestie zgodnie z przyjętymi przez siebie zasadami, najlepiej służącymi rozwojowi społeczeństwa. Jeżeli ostatecznie nie zgodzimy się co do słuszności tych zasad, pomimo uzasadnień przedstawianych przez ustawodawcę, możemy w sposób demokratyczny, poprzez głosowanie w wyborach, dać temu wyraz, chociażby poprzez zmianę władzy<sup>179</sup>.

Dziwić nie może więc, że Moore zdecydowanie występuje przeciwko prawnemu moralizmowi opartemu o moralność pozytywną. Znamienne jest to, że sędzia Devlin nie jest przez Moore'a zaliczany do nurtu prawnych moralistów, a jedynie utyitarystów<sup>180</sup>. Teoria legislacji autora *Placing Blame* zakłada z kolei, że ustawodawca nie powinien powstrzymywać się od podążania za swoją najlepszą koncepcją odnośnie do moralności<sup>181</sup>. Prawodawca jest więc uprawniony, albo wręcz zobligowany, do podejmowania substancjalnych rozstrzygnięć moralnych, bez względu na dominującą opinię większości. One mają zapewnić, że „wszystkie moralne i *tylko* moralne przewinienia”<sup>182</sup> będą kryminalizowane. To wszystko sprawia wrażenie dość nieliberalnej, nawet nieco niebezpiecznej, teorii. Szczegółowa analiza legislacyjnych ograniczeń wskazywanych przez Moore'a jednak temu przeczy.

---

<sup>178</sup> M.S. Moore, *Moral Reality...*, s. 1078.

<sup>179</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 641-642.

<sup>180</sup> Ibidem, s. 69. Dlatego też nie sposób zgodzić się z M. Glanc-Żabielowicz, zdaniem której Moore zaproponował najszerzą i najbardziej zbliżoną do stanowiska lorda Devlina wersję moralizmu, zob. idem, *Debata Hart-Devlin. Studium z filozofii prawa*, Gdańsk 2021, s. 154. Moore jest bowiem retributywistą (a nie utyitarystą), zwolennikiem moralnego realizmu (a nie konwencjonalizmu), liberałem (a nie konserwatystą), a także przeciwnikiem tezy o dezintegracji społecznej.

<sup>181</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 70.

<sup>182</sup> Ibidem, s. 662.

Przede wszystkim zauważyć trzeba, że najbardziej liberalnym elementem prawnego moralizmu Moore'a jest wizja moralności. Ta zaś sama w sobie stanowi poważne ograniczenie legislacyjnej sfery. Tak zatem, Moore zrywa z tradycyjnym moralistycznym skoncentrowaniem na sferze seksualnej, które pobrzmiewa w tekstach Stephena, Devlina i George'a. Dla niego „moralność jest obojętna w stosunku do praktyk seksualnych”<sup>183</sup>, a co więcej – „trywializuje moralność myślenie, że obliguje nas to, jaki organ wkładamy w jaki otwór, jakiej płci, jakiego gatunku”<sup>184</sup>. Jest to dość bezpośrednie stwierdzenie, ale dobrze oddaje myśl Moore'a – nasze obowiązki moralne są zupełnie innego rodzaju. Liberalny prawny moralizm sprzeciwia się klasycznym liberalnym twierdzeniom wysuwanych przez takich myślicieli, jak Rawls czy Hart, że w demokracji liberalnej nie należy narzucać moralności ustawą. Przeciwnie, „prawno-moralistyczni liberałowie przyznają stosowność moralnej legislacji, ale mają dość ograniczone spojrzenia na to, czego moralność wymaga”<sup>185</sup>. Obywatele mają więc prawo, aby ustawodawca objął kryminalizacją wyłącznie czyny prawdziwie niemoralne, co oznacza, że kryminalizacja musi być właściwie uzasadniona. Wynikające z tego założenia specyficzne uprawnienie każdego obywatela nazywa Moore „pochodnym prawem do wolności” (*derived right to liberty*).

Moralnie obojętne, nie łamiące żadnych moralnych zobowiązań czyny (jak chociażby realizacja upodobań seksualnych) wykluczone są zatem z zakresu dopuszczalnej legislacji. Ściśle związany z powyższym ograniczeniem jest również postulat, aby prawo nie zajmowało się z jednej strony – kryminalizacją naruszenia zobowiązań mniejszej wagi<sup>186</sup>, a z drugiej strony – supererogacją, tj. czynami cnotliwymi, choć wykraczającymi poza sam moralny obowiązek<sup>187</sup>. Moore nie wierzy zresztą w to, aby prawo miało moc czynienia ludzi moralnie dobrymi. Przymuszanie do cnoty mogłoby być skądinąd kontrskuteczne. Gdyby istniała ustawa nakazująca dokonywania wpłat na działalność charytatywną, to bardziej przypominałoby to zwykłe płacenie podatków niż krzewienie cnoty. Podobną argumentację widzieliśmy już u George'a (który jednakże widzi subsydiarną rolę prawa w kształtowaniu jednostkowych cnot). Prawo karne zatem powinno być skupione jedynie na „oddawaniu sprawcy tego, na co zasłużył”, a więc na jego moralnych obowiązkach. Wszelkie wykroczenie poza tę limitację

---

<sup>183</sup> Ibidem.

<sup>184</sup> Ibidem, s. 756.

<sup>185</sup> Ibidem, s. 757.

<sup>186</sup> Na temat kosztów kryminalizacji, zob. ibidem, s. 663-664.

<sup>187</sup> Ibidem, s. 757-759.

oznaczałoby jego przedmiotowe traktowanie. Sprawca byłby tylko środkiem do osiągnięcia celu, jakim byłoby jego cnotliwe uformowanie.

Natomiast dopuszczalna może być kryminalizacja oparta o obowiązki moralne mające charakter konsekwencjalistycznych. Moore w tym kontekście pisze: „Doskonałym przykładem obowiązku konsekwencjalistycznego jest obowiązek ratowania obcych, jeśli można to zrobić przy niewielkim ryzyku lub utrudnieniach dla siebie”<sup>188</sup>. Obowiązek konsekwencjalistyczny, czyli zależny od spodziewanych efektów, powstać może chociażby w sytuacji, kiedy mamy jedną linę, którą możemy rzucić tonącym ludziom, przy czym po jednej stronie rzeki znajduje się grupka kilku osób, po drugiej zaś tylko jeden człowiek. Zdroworozsądkowe podejście nakazywałoby nieść pomoc (przynajmniej w pierwszej kolejności) większej grupie. Podobnym kazusem, ukazującym obowiązki konsekwencjalistyczne, jest rozstrząsany często w filozofii tzw. dylemat wagonika<sup>189</sup>.

Legislatora interesować powinien jednak przede wszystkim trzeci rodzaj zobowiązań, który można określić mianem deontologicznych. Są to moralne obowiązki, które nie wynikają z żadnych rozważań na temat przyszłych efektów, lecz ich naruszenie stanowi zło samo w sobie. Do nich mogą należeć m.in. zakaz torturowania niewinnej osoby, zakaz powodowania nieuzasadnionego cierpienia, generalnie zakaz zabójstwa, kradzieży, niszczenia cudzej rzeczy itp. Poważna część faktycznie istniejących przestępstw odnosi się do tego typu moralnych obowiązków. Ustawodawca odwołujący się do moralności krytycznej musi rozpoznać nasze rzeczywiste powinności moralne. Moralne obowiązki w prawnym moralizmie Moore’a najlepiej obrazuje poniższy schemat:

---

<sup>188</sup> M.S. Moore, *Legal...*, s. 454.

<sup>189</sup> „Dylemat wagonika polega na tym, że znajdujemy się w sytuacji, gdzie podjęcie jakiegokolwiek decyzji lub też niepodjęcie żadnej skutkuje śmiercią ludzi. Zamysł (...) przedstawia się następująco: w fikcyjnej sytuacji musimy sobie wyobrazić szaleńca, który przywiązuje do szyn ludzi. Jest rozjazd szyn z możliwością zmiany kierunku, w którym pojedzie wagonik; jeżeli pojedzie w jedną stronę, to przywiązanych do szyn jest pięć osób; gdy wagonik pojedzie w drugą stronę, to do szyn przywiązana jest jedna osoba. Człowiek przy zwrotnicy podejmuje decyzję o działaniu i kieruje wagonik w jedną lub drugą stronę (...)”, zob. D. Szymborska, *Auta autonomiczne i ich wybory*, „Przegląd Filozoficzny. Nowa Seria” 2020, nr 3, s. 89.



Źródło: opracowanie własne, w oparciu o M.S. Moore, *Legal Moralism Revisited*, „San Diego Law Review” 2017, vol. 54, s. 463.

Następnym istotnym ograniczeniem nakładanym na prawno-moralistycznego ustawodawcę jest kwestia natury epistemologicznej. Przyjęcie przez Moore’a moralnego realizmu jako słusznej koncepcji metaetycznej nie musi wiązać się z przyjęciem moralnej wszechwiedzy. W przypadku, kiedy istnieją poważne wątpliwości co do ewentualnej niemoralności danego czynu, idealny ustawodawca powinien wstrzymać się z decyzją o kryminalizacji. Zgodnie ze słowami Moore’a, „moralni realiści nie muszą być epistemicznymi naiwniakami”<sup>190</sup>, przekonanymi o własnej nieomyślności. Trudno zaprzeczyć, że w dzisiejszym pluralistycznym społeczeństwie to ograniczenie znacznie zmniejsza, zgodnie z intencją Moore’a, potencjalne pole działania ustawodawcy.

Zostaje ono jeszcze bardziej pomniejszone przez „podstawowe prawo do wolności” (*basic right to liberty*). W odróżnieniu od prawa pochodnego, zabezpieczona wolność nie wynika tu z obowiązku uzasadnionego działania ustawodawcy, lecz z fundamentalnego prawa każdej jednostki do samostanowienia. Oznacza to, że prawodawca nie ma uprawnienia do ingerencji w tę sferę działania jednostki, która w sposób najbardziej głęboki dotyka naszych indywidualnych wyborów, decydujących kim naprawdę jesteśmy<sup>191</sup>. Mogą to być takie wybory, jak rodzicielstwo, ścieżka uniwersytecka, metoda wychowywania dzieci, sposób

<sup>190</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 663.

<sup>191</sup> *Ibidem*, s. 777.

zakończenia swojego własnego życia<sup>192</sup>. Podejście Moore'a wynika z jego przywiązania do ludzkiej autonomii. Nawet jeżeli jednostka korzysta z niej w wadliwy sposób, to do pewnych wyborów, które umożliwiają jej samostanowienie, ma silne lub inaczej – podstawowe – prawo. W związku z tym, nie jest sprawą ustawodawstwa, przykładowo, ingerowanie w życie jednostki, która dokonała godnego pożałowania wyboru bycia narkomanem<sup>193</sup>.

Warto zauważyć, że te założenia są całkowicie kompatybilne z retrybutywizmem. Teoria kary proponowana przez Moore'a musi bowiem presuponować istnienie jednostkowej wolności, tak aby wina za jej szkodliwe lub bezprawne działanie, naruszające zobowiązania moralne, była w ogóle możliwa jej do przypisania. Jednostka powinna być zasadniczo pozostawiona sama sobie, jeśli chodzi o jej najbardziej podstawowe wybory życiowe<sup>194</sup>. Natomiast jeżeli narusza ona moralne obowiązki, należy jej się kara albo – inaczej rzecz ujmując – zasługuje ona na karę. Ma ona wartość wewnętrzną i jest niezależna od wszelkich ewentualnych skutków, jakie dodatkowo może przynieść. Gdybyśmy karali tylko ze względu na te spodziewane efekty, to nie traktowalibyśmy jednostki poważnie, jako autonomicznego podmiotu moralnego. Dlatego też właściwą teorii legislacji jest prawny moralizm, który koncentruje się wyłącznie na moralnych zobowiązaniach jednostki, które to – zdaniem Moore'a – nie są zupełnie zbieżne z obowiązkiem nieczynienia krzywdy, w rozumieniu zasady krzywdy Milla lub Feinberga. Co za tym idzie – prawdziwym pytaniem pozostaje, co jest niemoralne oraz czym są nasze moralne obowiązki, nie natomiast, co szkodzi innym<sup>195</sup>.

Prawny moralizm oraz retrybutywizm Moore'a przypominają koncepcję kary w ujęciu Immanuela Kanta. Istnieje wszelako jedna ważka między nimi różnica – samotnik z Królewca radzi, aby postępować tak, by „człowieczeństwa **tak w [swej] osobie** [wyr. K.J.], jako też w osobie każdego innego używać zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”. Kant wyróżnia więc kategorię obowiązków w stosunku do własnej osoby<sup>196</sup>, która przynajmniej w części mogłaby podważyć „podstawowe prawo do wolności” opisywane przez Moore'a. Jak widzieliśmy w rozdziale pierwszym, koncepcja Kanta może przysparzać wszelkim teoriom liberalnym pewne trudności.

---

<sup>192</sup> Ibidem, s. 774.

<sup>193</sup> Ibidem, s. 793. Na temat pochodnego i podstawowego prawa do wolności zob. też M.S. Moore, *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, [w:] R.A. Duff, L. Farmer i in. (red.), *Criminalization The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford 2014, s. 182-212.

<sup>194</sup> H.M. Hurd, *Living with Genius: The Life and Work of Michael S. Moore*, [w:] K.K. Ferzan, S.J. Morse (red.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Nowy Jork 2016, s. 20-21.

<sup>195</sup> M.S. Moore, *A Tale...*, s. 28-29.

<sup>196</sup> Na ten temat zob. J. Finnis, *Legal Enforcement of „Duties to Oneself”: Kant vs. Neo-Kantians*, „Columbia Law Review” 1987, nr 87, s. 433-456.

### 3.3 Moralność wspólnoty

#### 3.3.1 Skromny prawny moralizm

Trzymając się podziału na moralność krytyczną i pozytywną, należy przedstawić ostatnią odmianę prawnego moralizmu, którą to jej autor – Antony Duff – określa mianem skromnej<sup>197</sup>. Jest ona warta szczególnej uwagi, ponieważ łączy moralność krytyczną<sup>198</sup> ze wspólnotowym jej rozważaniem. Natomiast skromność tego moralizmu najlepiej widać w zestawieniu z ekspansywnym (twierdzącym, iż każde moralne przewinienie jest zasadniczo albo *prima facie* dobrym powodem kryminalizacji) moralizmem Moore’a<sup>199</sup>.

Otóż Duff rezygnuje z charakterystycznego zarówno dla zasady krzywdy, jak i ekspansywnego prawnego moralizmu podejścia, zakładającego koncentrację na jednym pojęciu (krzywda/obowiązki moralne), a następnie poszukiwanie ewentualnych racji stanowiących przeciwwagę dla *prima facie* słusznej kryminalizacji. Należy bowiem zauważyć, że tak dla zwolenników zasady krzywdy, jak i dla retrybucyjnych prawnych moralistów, wiele codziennych występków – takich jak np. złamanie danego słowa, oszukanie przyjaciela, okłamanie żony – właściwie mogłoby wpisywać się w zakres działania prawa karnego. Stanowią one bowiem krzywdy lub są czynami naruszającymi nasze moralne obowiązki. Oczywiście, dodatkowe rozważania na temat niemożliwości prawnego stworzenia cnotliwego charakteru, uniknięcia krzywdy, błahości występków, kosztów bezpośrednich czy też kosztów ukrytych takiej kryminalizacji przeważają nad racjami przemawiającymi na jej rzecz. Niemniej, intuicyjnie wydaje nam się, że tego typu prywatne krzywdy albo naruszenia moralne nie powinny być w ogóle jako takie brane pod uwagę, przynajmniej jeśli chodzi o prawo karne. Powinny być same w sobie poza zasięgiem oddziaływania tej gałęzi prawa, niezależnie od bilansu zysków i strat ich potencjalnej kryminalizacji.

Prawny moralizm Duffa rozpoczyna więc od prostego rozróżnienia na prawo cywilne, będące prawem prywatnym, oraz prawo karne, a więc prawo publiczne. Nie chodzi zatem już o wszelkie naruszenia moralnych obowiązków, ale wyłącznie o te mające charakter publicznego zła (*public wrongs*). Co istotne, „publiczność” zła nie wyraża się w miejscu jego popełnienia, czy też – jak sugerował Devlin – w jego wpływie na świat zewnętrzny (np. przypuszczalną dezintegrację społeczną). Jeżeli bowiem „zamorduję moją babkę cioteczną, która mieszka ze mną, mój czyn musi być postrzegany jako nadające się do

---

<sup>197</sup> R.A. Duff, *Towards a Modest Legal Moralism*, „Criminal Law and Philosophy” 2014, nr 8, s. 217-235.

<sup>198</sup> R.A. Duff, *The Realm of Criminal Law*, Nowy Jork 2018, s. 79.

<sup>199</sup> Na temat różnic między moralizmem Duffa i Moore’a zob. R. Dagger, *Crime, Morality, and Republicanism*, [w:] J. Jacobs, J. Jackson (red), *The Routledge Handbook of Criminal Justice Ethics*, Nowy Jork 2016, s. 43-46.

kryminalizacji zła, w każdym sensowym ujęciu prawa karnego; (...) niezależnie od tego, czy ma to jakieś szkodliwe skutki poza moim domem”<sup>200</sup>. Przyjęcie, że dany czyn stanowi publiczne zło oznacza, iż jest on wymierzony we wspólnotę jako całość, tj. w normy konstytuujące wspólnotę. To wyjaśnia, dlaczego pewne czyny – choć popełniane w domowym zaciszu i przeciwko konkretnej osobie (jak np. zgwałcenie) – nie powinny być pozostawiane samej ofierze do dobrowolnego załatwienia w drodze procesu cywilnego ukierunkowanego na uzyskanie odszkodowania. Nie są one już tylko prywatną sprawą albo zwykłym konfliktem między jedną a drugą jednostką, choć fakt ten nie wyłącza przecież możliwości otwarcia procesu cywilnego. Wspólnota może w pewnym sensie „przejąć” sprawę od jednostki i w wyniku postępowania karnego doprowadzić do publicznego potępienia sprawcy. W toku procesu wspólnota pociąga swojego członka do odpowiedzialności karnej, co zasadniczo nie wymaga nawet szczególnie aktywnego udziału ofiary przestępstwa. Nie musi jednak oznaczać to całkowitego podporządkowania jednostki wspólnocie, traktowania przestępstwa jako „dezintegracji społecznej” czy też jako niebezpieczeństwa dla reszty społeczeństwa. Przykładowo, w przestępstwie zgwałcenia nie jest najistotniejsze to, czy społeczeństwo poczuło się tym faktem zaniepokojone, lecz to, że czyn sprawcy był głęboko niemoralny, jako naruszający godność, nietykalność i wolność ofiary. Reakcja wspólnoty jest w takim wypadku tylko wyrazem solidarności z pokrzywdzonym. Duff tłumaczy to w następujący sposób:

możemy zaoferować bardziej przekonujące wyjaśnienie sensu, w jakim zgwałcenie jest złem wyrządzonym wspólnocie, co nie wiąże się z ignorowaniem lub pomniejszaniem zła wyrządzonego indywidualnej ofierze. Rozważmy, jak grupa kobiet może zareagować na atak seksualny na jedną z nich (lub jak świadoma siebie grupa rasowa może zareagować na atak rasowy na jedną z nich). Mogą one postrzegać to jako zbiorową, a nie tylko indywidualną krzywdę (jako atak na nie), o ile kojarzą i identyfikują się z indywidualną ofiarą. Ponieważ definiują siebie jako grupę, w kategoriach pewnej wspólnej tożsamości, wspólnych wartości, wzajemnej troski – i wspólnych niebezpieczeństw, które im zagrażają: atak na członka grupy jest zatem atakiem na grupę – na ich wspólne wartości i wspólne dobro. Krzywda nie przestaje być „jej” krzywdą: ale jest to również „nasza” krzywda, o ile się z nią identyfikujemy<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 205.

<sup>201</sup> S.E. Marshall, R.A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 1998, vol. 11, nr 1, s. 19-20. Dlatego też można nie zgodzić się ze stanowiskiem M. Glanc-Zabielowicz, zgodnie z którym koncepcja Duffa niesie za sobą niebezpieczeństwo przesunięcia ciężaru dyskusji z ofiary i naruszenia jej praw na naruszenie porządku społecznego, zob. idem, *Debata...*, s. 156. W innym miejscu Duff wprost odrzuca zresztą taki pogląd, zob. R.A. Duff, *Political Retributivism and Legal Moralism*, Virginia Journal of Criminal Law 2012, vol. 1, nr 1, s. 195. W przywoływanym artykule Duff pisze, że koncepcje opisujące przestępstwo wyłącznie w odniesieniu do społecznych negatywnych skutków cierpią na kilka poważnych wad. Jedną z nich jest to, że zobowiązują one „sądy do karania gwałcicieli nie za określone, konkretne zło, które wyrządzają swoim ofiarom, ale za nieuczciwą korzyść, którą odnoszą kosztem swoich powściągliwych, praworządnych współobywateli, co

Dlatego też publiczność prawa karnego, a także zła, które ono identyfikuje, potępia oraz któremu zapobiega, jest określona przez życie obywatelskie lub wspólnotowe. Dzięki rozumnej organizacji życia wspólnoty (życia publicznego) możemy wyznaczyć odpowiednią rolę dla prawa karnego jako właściwego sposobu reagowania na bezprawność występującą w jej obrębie<sup>202</sup>. Zadaniem każdej wspólnoty jest dokonanie rozgraniczenia na sferę prywatną i publiczną, przy czym ta pierwsza nie obejmuje wyłącznie czynów – jak sugerował Raport Wolfendena – dokonywanych albo w miejscu niepublicznym, albo za zgodą dwóch dorosłych osób. Jak już widzieliśmy, istnieją konsensualne aktywności, które jesteśmy skłonni zakazać, ponieważ łamią podstawowe normy moralne, na jakich oparte są nasze wspólnoty w liberalnej demokracji. Należą do nich chociażby, wskazane przed niemieckie i polskie sądy<sup>203</sup>, dobrowolny kanibalizm, proceder handlu ludźmi przeprowadzany za zgodą pokrzywdzonego czy też, co niechętnie przyznaje Feinberg, konsensualne i komercyjne walki gladiatorów. Przykładów jest oczywiście więcej, o czym świadczy chociażby brytyjska sprawa R. przeciwko Brownowi z 1993 r., w której utrzymano zakaz dobrowolnego sadomasochistycznego seksu, który przypuszczalnie narusza godność jednostek<sup>204</sup>. Również kanadyjski Sąd Najwyższy stwierdził w wyroku R. przeciwko Butlerowi, że:

[pornograficzne] materiały poniżające lub dehumanizujące stawiają kobiety (a czasem mężczyzn) w pozycji podporządkowania, służalczej uległości lub upokorzenia. Są one sprzeczne z zasadami równości i godności wszystkich istot ludzkich. W ocenie, czy materiał jest poniżający lub dehumanizujący, pojawienie się zgody nie musi być decydujące. Zgoda nie może chronić materiałów, które poza tym zawierają sceny poniżające lub odczłowieczające. Czasami samo pojawienie się zgody sprawia, że przedstawione czyny są jeszcze bardziej poniżające lub odczłowieczające<sup>205</sup>.

W rozdziale drugim przywoływany był także przykład drastycznej pornografii, utrwalającej – zdaniem Jonathana Crowe’a oraz części środowiska feministycznego – poniżający wizerunek kobiet<sup>206</sup>. Niewątpliwie powyższe aktywności mogą być podejmowane w domowych (niepublicznych) warunkach, jak również bez udziału osób trzecich. Jednakże wierzymy, że naruszają one (a przynajmniej niektóre z nich) godność osób w nich uczestniczących,

---

odwraca uwagę sądu i prawa od **właściwego przedmiotu ich zainteresowania, czyli materialnego zła związanego z gwałtem** [wyr. K.J.]”.

<sup>202</sup> R.A. Duff, *Towards...*, s. 223.

<sup>203</sup> Zob. podrozdział 2.3.

<sup>204</sup> R v Brown [1993] UKHL 19.

<sup>205</sup> R v Butler [1992] 1 S.C.R., s. 479.

<sup>206</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 99.



niezależnie od ich własnej, dobrowolnie wyrażonej zgody, a co za tym idzie – widzimy dobre powody do karnoprawnej ingerencji<sup>207</sup>.

W związku z tym Duff przekonuje, że dane zachowanie stanowi zło publiczne, kiedy spełnione są dwa warunki: po pierwsze, jest ono sprawą publiczną, a więc wchodzi w zakres konkretnej praktyki (społecznej, wspólnotowej); po drugie, w ramach tej praktyki jest ono bezprawne (*wrongful*)<sup>208</sup>. Warto zwrócić uwagę, że mowa tu – podobnie jak u Moore'a – o zachowaniu bezprawnym, niemoralnym, złym (*wrongful*), nie zaś o szkodliwym w znaczeniu zasady krzywdy (*harmful*). W opinii Duffa prawo karne nie jest bowiem skoncentrowane jedynie na szkodzie, którą trzeba naprawić, albo krzywdzie w znaczeniu naruszenia czyjegoś interesu. Tym, co wyróżnia prawo karne od innych gałęzi praw, jak prawo cywilne, administracyjne lub podatkowe, jest jego ładunek moralny. Skazanie w sprawie karnej pociąga za sobą swego rodzaju stygmatyzację lub precyzyjniej – moralne potępienie. Ma ono „zasadniczy charakter dla wyroku skazującego w tym sensie, że samo znaczenie skazania zostałyby podważone, gdyby sąd dodał, że skazany oskarżony nie zrobił nic złego i jest całkowicie niewinny”<sup>209</sup>. Tego samego nie można powiedzieć chociażby o odpowiedzialności administracyjnej, która jest zobiektywizowana. Jak wskazał w jednej ze spraw sąd administracyjny, w przypadku deliktu administracyjnego „nie bada się stopnia zawinienia strony, ani nieokreślonych ustawowo okoliczności, które mogłyby wyłączyć odpowiedzialność w tym zakresie”<sup>210</sup>. Podobnie odpowiedzialność cywilna różni się w sposób zasadniczy od odpowiedzialności karnej. Sąd Najwyższy wskazuje na następujące odmienności:

Celem odpowiedzialności w prawie karnym jest ukaranie sprawcy przestępstwa. Karze może podlegać zaś tylko ten, kto popełniając czyn zabroniony przez ustawę działał z rozeznaniem. Dlatego w definicji przestępstwa koniecznym elementem jest, aby sprawcy można było przypisać winę. Natomiast w prawie cywilnym podstawową funkcją odpowiedzialności jest naprawienie szkody, jakiej poszkodowany czynem niedozwolonym doznał. Wyraźnym przejawem tej funkcji odpowiedzialności w prawie cywilnym jest ustalenie odpowiedzialności za niektóre czyny niedozwolone w oderwaniu od winy sprawcy czynu, na zasadzie ryzyka, a nawet słuszności<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> Ostatnio ten temat w polskiej literaturze poruszył M. Rupniewski, *Human Dignity and the Law: A Personalist Theory*, rozdział 4. Książka zostanie opublikowana w 2022 r.

<sup>208</sup> R. A. Duff, S. E. Marshall, *Crimes, Public Wrongs, and Civil Order*, „Criminal Law and Philosophy” 2019, nr 13, s. 28.

<sup>209</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 30.

<sup>210</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 11 października 2018 r., II SA/Bk 412/18.

<sup>211</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 sierpnia 2017 r., V CSK 591/16. Z kolei w uchwale z dnia 29 października 2013 r., III CZP 50/13, SN zauważył: „należy wskazać w pierwszym rzędzie na odmienne funkcje

Prawo karne nie jest więc tylko jedną z dostępnych technik regulacyjnych mających na celu zapobieganie szkodzie albo uzyskanie społecznie korzystnego efektu. Jest ono wyposażone w potężną siłę moralną, dlatego musi dotyczyć bardziej *wrongs* niż *harms*. Z kolei wspólnota polityczna każdorazowo powinna rozważyć nie tylko odstraszający efekt danej regulacji prawnokarnej, ale także to, czy zachowanie, które jest nią objete, rzeczywiście zasługuje na publiczne potępienie.

Podobnie kwestię tę ujmuje Douglas Husak: „Ponieważ kary są wymierzane na forum publicznym w imieniu państwa, zachowanie przestępcze należy uznać za zło publiczne – nie w tym sensie, że jest to zło wyrządzone społeczeństwu, ale raczej, że jest to zło, które jest przedmiotem troski społeczeństwa”<sup>212</sup>. Zdaniem Husaka, bezpośrednio odwołującego się do Duffa, dobrym sposobem na wyznaczenie nie do końca uchwytnej granicy między złem publicznym a prywatnym jest próba określenia, czy decyzja o wszczęciu i prowadzeniu postępowania skargowego powinna należeć do konkretnego pokrzywdzonego, czy też raczej do wspólnoty. Jeśli spór ma charakter czysto prywatny, osoba pokrzywdzona powinna zachować prawo do decydowania, czy sprawca powinien zostać pociągnięty do odpowiedzialności (w tym wypadku cywilnej) za swoje zachowanie<sup>213</sup>.

W swojej najnowszej książce *The Realm of Criminal Law* Antony Duff konstruuje ostatecznie zasadę kryminalizacji, zgodnie z którą:

1. Mamy powód, by kryminalizować dany rodzaj zachowania wtedy i tylko wtedy, gdy stanowi on publiczne zło.
2. Dany rodzaj zachowania stanowi publiczne zło wtedy i tylko wtedy, gdy narusza porządek publiczny (*civil order*) wspólnoty<sup>214</sup>.

W świetle wcześniejszych uwag termin „porządek publiczny” trzeba interpretować jako wartości, wokół których konstytuujemy sami siebie jako wspólnotę<sup>215</sup>. Na ten porządek składa się „struktura instytucji, praktyk, wspólnych oczekiwań i norm dotyczących naszych interakcji

---

odpowiedzialności cywilnej i karnej. Podstawową funkcją odpowiedzialności cywilnej jest zrekompensowanie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. W przypadku odpowiedzialności karnej czołowe znaczenie ma natomiast represja wobec sprawcy przestępstwa – przy przyjęciu reedukacyjnej roli wymierzonej mu kary oraz prewencja ogólna i indywidualna, skierowana na zwalczanie i zapobieganie przestępczości”. W tym kontekście zob. też T. Karaś, S. Żółtek, *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11, s. 115-125.

<sup>212</sup> D. Husak *Overcriminalization...*, Nowy Jork 2008, s. 135.

<sup>213</sup> Ibidem, s. 136.

<sup>214</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 382.

<sup>215</sup> Ibidem, s. 399-400.

obywatelskich, które razem pomagają zdefiniować państwo jako wspólnotę polityczną”<sup>216</sup>. Jeżeli traktujemy te wartości poważnie, to powinniśmy być gotowi do odpowiedniej reakcji na przypadki ich łamania. Natomiast ażeby wartości takie, jak dobro wspólne (art. 1 Konstytucji RP<sup>217</sup>), sprawiedliwość społeczna (art. 2), godność człowieka (art. 30) czy ochrona życia prywatnego (art. 47) nie były tylko deklaracjami, konieczne jest podjęcie wysiłku interpretacyjnego. Niestety, wydaje się, że w Polsce idea demokracji aktywnej lub deliberatywnej, która umożliwiałaby prawdziwe samostanowienie obywateli, jest daleka od pełnego urzeczywistnienia, a całość wysiłku wyjaśniania kluczowych dla wspólnoty idei skupiona jest w orzecznictwie sądowym, co ma swoje także negatywne skutki. Tworzy się bowiem dystans między obywatelem a „trzecią władzą”, co w szczególności w warunkach kryzysu legitymacji sądownictwa (braku demokratycznej kontroli) oraz kulejącej komunikacji między sędziami a społeczeństwem prowadzi do głębokich nieporozumień. W tym kontekście za przykład może posłużyć niepoprzedzony praktycznie żadną debatą w ramach politycznej wspólnoty, wydany w środku światowej pandemii wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego<sup>218</sup>, ograniczający dopuszczalność aborcji. Abstrahując od kwestii jego słuszności i możliwych uchybień proceduralnych (niewłaściwa obsada sądu), trudno nie zgodzić się, że podważa on zaufanie obywateli do państwa, a także pogłębia poczucie alienacji obywateli i prawa. Obywatele przestają uważać wiążące ich prawo za ich własne, a raczej za narzucone z góry – „przez nich”. Nie jest ono już dłużej traktowane jako *common law*, czyli dosłownie – wspólne prawo.

W celu zapewnienia skromności prawnego moralizmu niezbędne jest zatem wyodrębnienie sfery publicznej i prywatnej. Duff twierdzi, że zadanie to może zostać zrealizowane poprzez deliberację wspólnoty nad kwestiami istotnymi z punktu widzenia współżycia jej członków. Proces decydowania o tym, co należeć powinno do sfery publicznej w państwie demokratycznym przypominać może tworzenie przez członków danego zawodu swojego kodeksu etycznego. Kiedy grono profesjonalistów uchwała dla siebie zawodowe normy, które mają być przestrzegane, nie odnosi się do wszystkich sfer życia, lecz jedynie do sfery zawodowej. Podobnie obywatele danej Rzeczypospolitej nie powinni kierować swojej uwagi na wszystkie aspekty życia swojego i swoich współobywateli, a wyłącznie na te, które uważają za istotne z punktu widzenia zbiorowości. To podejście wymaga (inaczej niż u Rawlsa)

---

<sup>216</sup> R.A. Duff, *A Criminal Law We Can Call Our Own?*, „Northwestern University Law Review” 2017, vol. 111, nr 6, s. 1493.

<sup>217</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>218</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., K 1/20.

pewnych przedwstępnych założeń odnośnie do tego, czym powinna być konkretna *polis* (profesja), jakie cele jej przyświecają, do czego dąży, co pragnie zapewnić, czego wymaga od swoich obywateli (lekarzy, prawników)<sup>219</sup>. Niekiedy może to oznaczać podjęcie daleko idących postanowień. Radcowie prawni sami nakładają na siebie obowiązek dbania o godność zawodu „nie tylko przy wykonywaniu czynności zawodowych, ale również w działalności publicznej i w życiu prywatnym” (art. 11 Kodeksu Etyki); lekarze zobowiązują się do nienawiązywania prywatnych, intymnych relacji z pacjentami<sup>220</sup>. Tak też wspólnota polityczna może uznać, że uchylanie się od alimentacji (art. 209 k.k.) nie jest jedynie prywatną sprawą do rozwiązania pomiędzy jednostkami w procesie cywilnym, a przeciwnie – wymaga publicznego potępienia, albowiem narusza uznaną we wspólnocie wartość, jaką jest prawidłowe funkcjonowanie rodziny<sup>221</sup>. Tak samo powinniśmy, jako wspólnota, która dzieli ze sobą los w danym momencie historycznym na danym terytorium, podjąć rozumną decyzję, czy to, kogo zatrudniamy w prywatnej firmie albo komu świadczymy usługi, należy wyłącznie do sfery prywatnej<sup>222</sup>, czy jest jednak ograniczone porządkiem publicznym naszej *res publicae*.

Prawo karne nie tworzy zatem samo z siebie nowych norm i nie rości sobie autorytetu do ich kreowania. Zamiast konstytuować nowe reguły, raczej deklaruje (lub ogłasza) pewne istniejące wcześniej nieprawości (czyli takie, które istnieją i mogą być rozumiane jako zło niezależnie od prawa karnego) jako zło publiczne, które formalnie dotyczy całego państwa (*polity*), oraz rości sobie władzę przedstawienia, w razie potrzeby, autorytatywnych definicji tych nieprawości jako przestępstw<sup>223</sup>. Prawo karne republiki, w ujęciu Duffa, jest prawem jej obywateli. Zawiera w sobie deklaracje występków, które cechuje bezprawność i niemoralność, a które to jednocześnie są przez daną wspólnotę uznane za należące do jej sfery publicznej.

---

<sup>219</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 110-111; na ten temat zob. też R.A. Duff, *Legal Moralism and Public Wrongs*, [w:] K.K. Ferzan, S.J. Morse (red.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Nowy Jork 2016, s. 95-109. Niemniej, analogia dotycząca sfery publicznej wspólnoty i zawodowej etyki jest w literaturze poddawana krytyce. Tak np. K. Brownlee, *Professional Ethics and Criminal Law*, „Law, Ethics and Philosophy” 2019, vol. 7, s. 173-189; M.M. Dempsey, *The Public Realms: On How to Think About Public Wrongs*, „Law, Ethics and Philosophy” 2019, vol. 7, s. 157-172. Na temat wątpliwości dotyczących koncepcji „zła publicznego” zob. F. Meyer, *Towards a Modest Legal Moralism: Concept, Open Questions, and Potential Extension*, „Criminal Law and Philosophy” 2014, vol. 8, s. 237-244.

<sup>220</sup> Podręcznik Etyki Lekarskiej, s. 34, „Intymny charakter stosunku pomiędzy lekarzem a pacjentem może prowadzić do pociągu seksualnego. Podstawowa reguła tradycyjnej etyki lekarskiej mówi, że takiemu pociągowi należy się oprzeć”,

[https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/ethics\\_manual\\_polish.pdf](https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/ethics_manual_polish.pdf) (dostęp: 29.04.2021 r.); zob. też R.A. Duff, *The Realm...*, s. 114-115.

<sup>221</sup> Tak Sąd Najwyższy, postanowienie z dnia 30 marca 2016 r., I KZP 23/15.

<sup>222</sup> Zob. np. brytyjskie orzeczenie w sprawie Bull and another v Hall and another [2013] UKSC 73; zob. też wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r., K 16/17.

<sup>223</sup> R.A. Duff, *A Criminal Law...*, s. 1496-1497.

To dlatego Duff sprzeciwia się Austinowskiej wizji prawa jako rozkazu suwerena<sup>224</sup>. Prawo karne nie powinno być bowiem widziane jako zbiór zewnętrznych zakazów wydanych przez suwerena, ale jako zbiór pewnych wspólnotowych deklaracji. Wspólnota identyfikuje już istniejące moralne zło i uznaje je za stanowiące występki przeciwko niej samej. Dlatego też karne zakazy nie stanowią w istocie niezależnych racji normatywnych do niepodejmowania określonych działań, choć przyznać trzeba, że mogą one pełnić dodatkową funkcję motywującą<sup>225</sup>. Zasadność tego odstrasżającego aspektu zależy jednakże od

już wystarczających, nieodstrasżających (*non-deterrent*), normatywnych dla nas racji nieczynienia tego, przed czym prawo próbuje nas powstrzymać: jeśli prawo ma mieć więcej normatywnego autorytetu niż bandyta, który zmusza nas do określonego działania, to to, przed czym próbuje nas powstrzymać, musi być czymś, co i tak, niezależnie od odstrasżających zagrożeń, mamy dobre normatywne racje unikać. Słusznie odstrasżające prawo karne nie mówi „powstrzymaj się od  $\Phi$ , bo pożałujesz”: przypomina nam najpierw, że nie powinniśmy robić  $\Phi$ , a później dodaje dodatkową odstrasżającą rację, aby zmotywować tych niewzruszonych tym (przed-kryminalnym i nieodstrasżającym) „powinniśmy”<sup>226</sup>.

To wspólnotowe spojrzenie na prawo karne ma, jak się zdaje, jedną poważną zaletę – potrafi wyjaśnić, dlaczego naruszeniami prawnokarnych przepisów powinien zasadniczo zajmować się konkretny krajowy wymiar sprawiedliwości (zob. zasada terytorialności z art. 5 k.k.). Jak zauważa Duff, samo pojęcie odpowiedzialności (również karnej) jest ze swej istoty trójelementowe:

Relacyjna koncepcja odpowiedzialności, która nas tutaj interesuje, nie jest jedynie diadyczna, ale triadyczna: jestem odpowiedzialny za X, wobec S - wobec osoby lub organu, który ma prawo wezwać mnie do odpowiedzialności za X. Jestem również odpowiedzialny za X wobec S jako  $\Phi$  - na mocy spełniania pewnego normatywnie obciążonego opisu, który czyni mnie odpowiedzialnym (prospektywnie i retrospektywnie) za X wobec S. Być odpowiedzialnym to być odpowiadającym; odpowiedzialność (*answerability*) to odpowiadanie przed osobą lub organem, który ma prawo lub pozycję, by pociągnąć mnie do odpowiedzialności; a zatem jestem odpowiedzialny na mocy jakiegoś normatywnie obciążającego opisu, zazwyczaj opisu roli, którą spełniam<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 25.

<sup>225</sup> Ibidem, s. 34-35.

<sup>226</sup> Ibidem, s. 35.

<sup>227</sup> R.A. Duff, *Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Portland 2007, s. 23. Na ten temat zob. też A. Harel, *The Triadic Relational Structure of Responsibility: A Defence*, [w:] R. Cruft, M.H. Karmar, M.R. Reiff, *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Nowy Jork 2010, s. 104-110.

Przykładowo, jako **doktorant** jestem odpowiedzialny za **napisanie poprawnej pracy dyplomowej** przed swoim **promotorem** (ewentualnie komisją oceniającą, recenzentami). Koncepcja odpowiedzialności jest ograniczona osobowo – nie odpowiadam za swoją pracę przed moją ciotką lub wujkiem; jak i przedmiotowo – nie odpowiadam przed promotorem za wszystkie swoje działania, a jedynie za mały skrawek mojego życia.

Przekładając to na prawo karne, zauważyć należy, że ekspansywny moralizm Moore'a zakłada naszą odpowiedzialność, jako podmiotów moralnych, za wszelką zawinioną niemoralność, wobec (przypuszczalnie) innych podmiotów moralnych. To podejście nie wyjaśnia więc przyjętej w ustawodawstwach karnych zasady terytorialności. Jeżeli zadaniem prawa jest rzeczywiście zapewnienie sprawiedliwości retrybucyjnej wobec wszystkich, którzy popełnili niemoralny, bezprawny i zawiniony czyn, to niczym dziwnym nie byłoby pociąganie do odpowiedzialności przed polski sąd niemieckiego obywatela, który w Niemczech ukradł Niemcowi przynależną jemu rzecz<sup>228</sup>.

Skromny prawny moralizm zakłada zatem naszą odpowiedzialność, jako obywateli republiki, za niemoralne, bezprawne zachowanie, stanowiące publiczne zło, wobec wspólnoty politycznej (wspólnoty obywateli). Wiąże nas prawo, które uważamy za nasze własne i którym sami siebie ograniczamy, a nie prawo narzucone przez suwerena, jak w klasycznym pozytywizmie<sup>229</sup>. W ustroju takim, jak liberalna demokracja, w której to sami o sobie stanowimy, powinniśmy postrzegać odpowiedzialność jako naszą wzajemną obywatelską relację. Natomiast moralność krytyczna pojawia się momencie, kiedy przejdziemy z opisowego ujęcia przestępstwa, jako czynu stanowiącego publiczne zło – tj. od tego, jak dana wspólnota **faktycznie** rozumie swój porządek publiczny – do pracy normatywnej, dotyczącej tego, jak dana wspólnota **powinna** rozumieć swój porządek publiczny. Duff zauważa, że ten normatywny porządek publiczny nie musi podporządkowywać jednostkę wspólnocie czy też narzucać całościową koncepcję dobrego życia<sup>230</sup>. „Dlatego można być komunitarystą – za jakiego się uważam – i wierzyć, że prawa i instytucje danego państwa powinny służyć «dobru wspólnemu» jego obywateli (dobru obywatelskiemu, które stanowi ich porządek cywilny), a jednocześnie być liberałem, który jest zaangażowany w ochronę praw i wolności jednostki

---

<sup>228</sup> R.A. Duff, *Answering...*, s. 48.

<sup>229</sup> Ibidem, s. 45.

<sup>230</sup> W tym miejscu warto zauważyć, że spośród nowych prawnych moralistów Duff najrzadziej odwołuje się do perfekcjonizmu. Fakt ten odnotowuje również J. Gardner, który stwierdza, że perfekcjonistyczny odcień widoczny jest tylko we wcześniejszych pracach Duffa, zob. idem, *Book Review: Punishment, communication and community*, „Punishment & Society” 2002, vol. 4, nr 4, s. 496.

oraz w liberalne przedsięwzięcie polegające na wspieraniu i ochronie dążenia jednostek do realizacji ich wyobrażeń o własnym dobru”<sup>231</sup>.

Prawo staje się więc przedsięwzięciem komunikacyjnym. W prawie karnym komunikujemy (deklarujemy, ogłaszamy) pewne moralne nieprawości, potwierdzamy tym samym, że wartości, przeciwko którym są one skierowane, należą do sfery publicznej, zaś kara za ich naruszenie ma na celu zakomunikowanie sprawcy nagany lub potępienia, na które zasłużył w związku z popełnionym czynem<sup>232</sup>. Nie jest ona ani jedynie zasłużoną odpłatą, ani technicznym środkiem do osiągnięcia maksimum społecznego szczęścia<sup>233</sup>.

### 3.3.2 Krytyka zasady krzywdy

Wyżej ukazana koncentracja prawnego moralizmu Duffa na wewnętrzną bezprawność (*wrongfulness*) danego zachowania już sama w sobie pośrednio zakłada krytykę zasady krzywdy, ukierunkowanej wyłącznie na skutek czynu, naruszającego interesy drugiej osoby, tj. pogarszającego jej sytuację wyjściową. Duff przeprowadza również krytykę bezpośrednią.

Po pierwsze, filozof zauważa, iż w istocie można mówić o dwóch zasadach krzywdy. Niekiedy jest ona bowiem rozumiana jako zasada mówiąca, że „możemy kryminalizować zachowanie tylko wtedy, gdy jest ono samo w sobie krzywdzące”<sup>234</sup>. Natomiast zgodnie z drugim znaczeniem „możemy kryminalizować zachowanie tylko wtedy, gdy decyzja taka zapobiegnie krzywdzie”<sup>235</sup>.

Jeżeli oprzemy się na drugim z nich, to nie będzie jasne, „gdzie można wyznaczyć granice prawa karnego”<sup>236</sup>. Zasada krzywdy, jako zasada kryminalizacji może być więc nadmiernie inkluzywna (*overinclusive*). Przekonywał o tym już Moore, który stwierdził, że

---

<sup>231</sup> R.A. Duff, *Criminal Law and Criminalization: A Response to Critics*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2018, vol. 18, nr 1, s. 74.

<sup>232</sup> W. Bülow, *Deserved Delayed Release? The Communicative Theory of Punishment and Indeterminate Prison Sentences*, „Criminal Justice Ethics” 2018, vol. 37, nr 1, s. 4. Na temat komunikatywnej teorii kary, zob. R.A. Duff, *Karanie obywateli*, tłum. L. Schreiber, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 19-43; R.A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Nowy Jork 2001; B. Wojciechowski, *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 3, s. 137-151; M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retributywne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” t. XLIII, s. 33-52.

<sup>233</sup> Duff pisze, że kara powinna być procesem komunikacyjnym między sprawcą a wspólnotą: jej celem jest zakomunikowanie sprawcy, że jego przestępstwo zasługuje na potępienie; doprowadzenie do tego, by uznał i **odpokutował** [wyr. K.J.] to przestępstwo jako zło, za które musi zadośćuczynić moralnie; doprowadzenie do tego, by zadośćuczynił, poddając się dolegliwej karze, która wyraża przeprosiny wobec tych, których skrzywdził; i w ten sposób pojednanie go ze wspólnotą, której wartości zlekceważył, zob. idem, *Penance, Punishment and the Limits of Community*, „Punishment & Society” 2003, vol. 5, nr 3, s. 300-301. Na temat kary jako świeckiej pokuty w ujęciu Duffa zob. M. Peno, *Odpowiedzialność prawna z perspektywy filozofii odpowiedzialności. Rozważania na tle prawa karnego*, Szczecin 2018, s. 150-151.

<sup>234</sup> *Karnoprawna ochrona wspólnoty. Wywiad z prof. Antonym Duffem*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 3, s. 3-4.

<sup>235</sup> Ibidem.

<sup>236</sup> R.A. Duff, *Answering ...*, s. 136.

zasada krzywdy, jako swego rodzaju technika legislacyjna mająca na celu zapobieganie krzywdom, może uzasadniać daleko idące zakazy, jeżeli tylko służą zmniejszeniu potencjalnych negatywnych skutków danego zachowania. Duff opisuje tę przypadłość w następujący sposób: „jeżeli zasada krzywdy rozciąga się na zachowania, które same w sobie nie są bezpośrednio krzywdzące lub niebezpieczne, trudno jest dostrzec, w jaki sposób może ona wyznaczać ściśle lub określone granice zakresu stosowania prawa karnego”<sup>237</sup>.

Z kolei jeżeli zasada krzywdy ma dotyczyć wyłącznie aktualnie już powstałej krzywdy, to nieuchronnie staje się ona niedostatecznie inkluzywna (*underinclusive*). Nie obejmuje bowiem swoim zasięgiem, jak już wskazano, m.in. dobrowolnych walk gladiatorów (zgodnie z zasadą *volenti non fit iniuria*), beczeszczenia zwłok, okrucieństwa wobec zwierząt (jeżeli uznamy, że zwierzęta nie mogą mieć interesów w rozumieniu zaproponowanym przez Feinberga<sup>238</sup>). Oprócz tych przykładów, wskazać także należy, że czasami prawo zakazuje pewnych czynów nie ze względu na powstanie czyjejś krzywdy (ta bowiem nie występuje), lecz z powodu naruszenia czyichś praw. Tak będzie w niektórych przypadkach przestępstwa naruszenia miru domowego. Taki hipotetyczny kazus przedstawia Arthur Ripstein:

Przypuśćmy, że gdy czytasz to w swoim biurze lub w bibliotece, wchodzę do twojego domu, używając narzędzi włamywacza, które nie uszkadzają zamków, i ucinam sobie drzemkę w twoim łóżku. Upewniam się, że wszystko jest czyste. Przynoszę hipoalergiczną i niestrzępiącą się piżamę oraz siatkę na włosy. Na Twoje prześcieradło i poszewkę kładę swoją własną. Nie ważę zbyt wiele, więc zużycie twojego materaca jest zerowe. Według zwykłego rozumienia tego, co liczy się jako krzywda, nie wyrządzam ci żadnej krzywdy. Gdybym w jakiś inny sposób wywarł taki sam wpływ na twój dom, nikt nie przypuszczałby, że masz do mnie pretensje, a tym bardziej, że powinieneś móc przywołać prawo na pomoc. Twój sprzeciw dotyczy mojego czynu, mojego wtargnięcia do twojego domu, a nie tylko jego skutków<sup>239</sup>.

Kluczowe jest ostatnie zdanie z wywodu Ripsteina. W przestępstwie naruszenia miru domowego nie są istotne jego skutki. Trudno jest uznać, że w powyższym przykładzie mamy do czynienia z naruszeniem czyjegoś interesu, tak że „czyn A powoduje, że B jest w gorszej sytuacji, niż byłby w normalnym toku wydarzeń, o ile były one racjonalnie przewidywalne

---

<sup>237</sup> Ibidem, s. 137.

<sup>238</sup> w przypadku zwierząt trudno byłoby mówić chociażby o *ulterior interests* w znaczeniu przedstawionym przez J. Feinberga.

<sup>239</sup> A. Ripstein, *Beyond the Harm Principle*, s. 4, podaje za:

<https://escholarship.org/content/qt0dw590g7/qt0dw590g7.pdf> (dostęp: 29.04.2021 r.). Niemniej, przykład podawany przez Ripsteina jest często krytykowany w literaturze, zob. np. D.J. Baker, *The Harm Principle vs Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2008, vol. 33, s. 92-98; J. Riley, *The Routledge Guidebook to Mill's On Liberty*, Routledge 2015, s. 220-221.



w danych okolicznościach”<sup>240</sup>. Co więcej, chociażby w świetle polskiego prawa do przestępstwa może dojść nawet w sytuacji, gdy do lokalu mieszkalnego wchodzi jego właściciel, bez zgody jego najemcy<sup>241</sup>. Nie jest przy tym wymagane wykazanie jakiegokolwiek rodzaju krzywdy. Nie wydaje się też, by przyjęte u nas rozwiązanie było niesłuszne i by potrzebne były ewentualne korekty w tym zakresie.

Ponadto Duff zwraca uwagę, że wszelkie koncepcje liberalne, w rodzaju zaprezentowanej przez Feinberga, które w centrum rozważań stawiają pojęcie krzywdy, napotykać na problem konfliktu wartości, jaką jest ludzka autonomia, z krzywdą właśnie, rozumianą jako pogorszenie interesu jednostki<sup>242</sup>. Jak widzieliśmy, Feinberg traktuje jednostkową autonomię w sposób absolutnie priorytetowy, albowiem jest ona „moralnym atutem, mającym zawsze i koniecznie moralne pierwszeństwo”. Przy dokładniejszej analizie okazuje się zatem, że to nie krzywda, jaka może powstać w wyniku danego zachowania, lecz naruszenie czyjejś autonomii, jest kwestią kluczową. Jeżeli bowiem osoba A paternalistycznie uniemożliwia osobie B podjęcie jakiegoś działania, skutkującego osłabieniem albo wręcz unicestwieniem jej własnego interesu (np. zdrowia, życia), to *summa summarum* redukuje krzywdę u B. Jednakże przecież w myśl koncepcji liberalnej nie może ona tego uczynić, ponieważ swoją paternalistyczną opieką naruszałaby autonomię B. Dla naszych rozważań oznacza to, że nie tylko *harm* i *offense principles* tak naprawdę wyczerpywać powinny zakres dopuszczalnej legislacji w liberalnej demokracji. Muszą zostać one uzupełnione co najmniej o zasadę autonomii (co ukradkiem potwierdza też Feinberg w jednym fragmencie swego dzieła<sup>243</sup>). Konkluzja ta „rozmywa” jednak nieco koncepcję Feinberga i otwiera drzwi do innych zasad legislacji, jak np. prawny moralizm.

Zasada krzywdy ma nadto kłopoty w wyjaśnieniu niektórych przestępstw godzących w dobro wspólne. Tak zatem, wspólnota polityczna może chronić swoje dziedzictwo kulturalne, kryminalizując eksport dzieł sztuki dokonany wbrew przepisom ustawy. W jakim jednak sensie takie przestępstwo stanowi pogorszenie jednostkowego interesu? Można tłumaczyć, że jednostki mają interes w podziwianiu zabytkowego dzieła, jednak jest to zniekształcenie istoty rzeczy<sup>244</sup>. Bardziej naturalnym i oczywistym uzasadnieniem kryminalizacji nielegalnego eksportu jest to, iż godzi on w dobro wspólne czy też w porządek

---

<sup>240</sup> Zob. s. 136-137 niniejszej pracy.

<sup>241</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 5/11.

<sup>242</sup> R.A. Duff, *Harms and Wrongs*, „Buffalo Criminal Law Review” 2001, vol. 5, nr 1, s. 29-32. Na ten temat zob. też V. Tadros, *Wrongs and Crimes*, Oxford 2016, s. 203.

<sup>243</sup> J. Feinberg, *Harm to Others...*, s. 78.

<sup>244</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 364-365.

publiczny wspólnoty, naruszając wspólne wartości. Podobnie rzecz wygląda w przypadku przestępstwa uchylania się od opodatkowania. Jak pisze Susan Dimock: „Kryminalizacja czynów skierowanych przeciwko instytucjom politycznym i prawnym, nie mniej niż czynów skierowanych przeciwko poszczególnym osobom, może być uzasadniona, choć w wielu przypadkach czyny te mogą nie mieć możliwych do zidentyfikowania ofiar i nie powodować ani nie grozić żadną rzeczywistą krzywdą”<sup>245</sup>.

Wreszcie wskazać trzeba, że zasada krzywdy nie dotyka istoty rzeczy (a przynajmniej nie w pełni) także przy przestępstwach godzących w konkretne jednostki. W rzeczywistości bowiem ofiary przestępstwa nie widzą powstałej szkody lub krzywdy wyłącznie jako negatywnego efektu, skutkującego pogorszeniem ich interesu. Takie negatywne skutki mogą przynieść także inne, niekoniecznie przestępcze działania (np. naturalne kataklizmy). Oprócz niewątpliwego Feinbergowskiego pogorszenia interesu, w przypadku wielu przestępstw występują również: wyraźnie wyodrębnialna niemoralność, bezprawność, niesprawiedliwość, niesłuszność, godne potępienia nastawienie sprawcy, (publiczne) zło. I to właśnie te elementy w dużej mierze, nie zaś samo pogorszenie interesu, cechują naszą strukturę myślenia o przestępstwie. Zazwyczaj nie postrzegamy przestępstwa jako zaledwie pogorszenia czyjegoś interesu, ale jako niesprawiedliwość, nieuzasadnione wkroczenie w czyjąś godną zabezpieczenia sferę życia, które to dotknęło konkretną osobę, a które może w konsekwencji między innymi objawiać się pogorszeniem sytuacji majątkowej albo zdrowotnej pokrzywdzonego. Duff doprecyzowuje tę kwestię na przykładzie kradzieży z włamaniem:

Naruszenie prywatności, na które często zwracają uwagę ofiary włamania, nie polega jedynie na tym, że ktoś obcy przebywa w ich domu bez ich zgody, ale na *wtargnięciu* włamywacza do ich domu. Wandalizm, kradzież i wtargnięcie są z pewnością krzywdami istotnie naruszającymi interesy, które są dla nich ważne: ale nie można ich zidentyfikować bez odniesienia do bezprawnych działań, które je wywołują. Nie są one oddzielnie identyfikowalnymi konsekwencjami działań włamywacza, które mogłyby zostać spowodowane przez czynniki nie-ludzkie; odzwierciedlają one znaczenie tych działań jako ataku na X i jego dom<sup>246</sup>.

Wydaje się, że tak naprawdę tylko część przestępstw może być wyjaśniona w oparciu o koncepcję zorientowaną na czystą krzywdę. W takim wypadku myślimy o kryminalizacji, gdy skupiamy się na czynach, które są jest bezprawne albo dlatego, że są niebezpieczne, albo

---

<sup>245</sup> S. Dimock, *Contractarian Criminal Law Theory and Mala Prohibita Offences*, [w:] R.A. Duff, L. Farmer i in. (red.), *Criminalization The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford 2014, s. 160.

<sup>246</sup> R.A. Duff, *Answering ...*, s. 128.

dlatego, że naruszają przepisy służące bezpieczeństwu publicznemu<sup>247</sup>. Przykładowo, uświadamamy sobie, jak niebezpieczne jest prowadzenie samochodu po spożyciu alkoholu i – chcąc zapobiec wszelkim krzywdom z tym związanym – postanawiamy „coś z tym zrobić”<sup>248</sup>. Niemniej, zwykle jednak zaczynamy od krzywdy, której nie można zrozumieć niezależnie od powodującego ją niewłaściwego działania człowieka. W takich przypadkach pierwotny powód kryminalizacji pojawia się od razu, gdy tylko uznamy bezprawne, niemoralne działanie za zło publiczne<sup>249</sup>.

### 3.3.3 *Mala prohibita*

Rolę, jaką odgrywać może w legislacji zasada krzywdy, najlepiej widać na przykładzie przestępstw określanych jako *mala prohibita*. Na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, że prawny moralizm napotyka na problemy w wyjaśnianiu potrzeby kryminalizacji tego typu czynów. Terminem *mala prohibita* nazywa się bowiem przestępstwa, które nie stanowią zła samego w sobie (*mala in se*), lecz ich bezprawność wynika z przyjętych pozytywnych regulacji. Jednak prawny moralizm wymaga, aby czyn podlegający kryminalizacji był już uprzednio niemoralny. Nic, co nie jest niemoralne, nie może zostać prawnie zakazane. Jak zatem wytłumaczyć niemoralny charakter *mala prohibita*, który – w myśl prawnego moralizmu – jest dobrą racją dla kryminalizacji?

Klasyczny przykład *mala prohibita* jest następujący: jazda samochodem lewym pasem nie jest zła jako taka, ale jest zła, ponieważ w społeczeństwie przyjęto zasadę ruchu prawostronnego. W istocie przeważnie *mala prohibita* nie jest nawet możliwe przed wprowadzeniem odpowiedniej regulacji prawnej: nie jest możliwe niezapłacenie podatku, jeśli nie istnieje system podatkowy z przepisami określającymi, kto i w jaki sposób musi płacić podatek<sup>250</sup>.

Z kolei niektóre przestępstwa mają raczej charakter mieszany – poniekąd są *mala in se*, poniekąd zaś *mala prohibita*. Tak na przykład, posiadanie broni palnej bez zezwolenia może być uznane za zło *per se* (to znaczy posiadanie broni może być uznane za zło, ponieważ niebezpieczne), ale w pewnym zakresie jest także ukształtowane przez przyjętą regulację dotyczącą instytucji zezwolenia na posiadanie broni. Jak pisze Duff, „Bez regulacji prawnej wymagającej zezwolenia, posiadanie broni palnej bez zezwolenia nie byłoby złe, ale jeśli

---

<sup>247</sup> R.A. Duff, *Towards...*, s. 231; R.A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, „Louisiana Law Review” 2005, vol. 66, nr 3, s. 942-949.

<sup>248</sup> R.A. Duff, *Towards...*, s. 227, 232.

<sup>249</sup> Ibidem, s. 231.

<sup>250</sup> Ibidem, s. 219.

stworzenie takiego przestępstwa jest uzasadnione, to dlatego, że regulacja ta pomaga zapobiegać krzywdom odpowiedniego rodzaju. Naruszenie regulacji jest zatem bezprawne (*wrongful*), ponieważ grozi podważeniem tego zapobiegającego krzywdom celu”<sup>251</sup>.

W kontekście *mala prohibita* należy nadto rozróżnić trzy pojęcia. Zdaniem Duffa istnieją: (1) zła (*wrongs*) „pre-instytucjonalne” w tym sensie, że dane zachowanie może być popełnione i może być zidentyfikowane jako złe niezależnie od jakiegokolwiek kontekstu instytucjonalnego, w którym się ono znajduje; (2) zła „pre-prawne” w tym sensie, że dane zachowanie może być popełnione i może być zidentyfikowane jako złe niezależnie od jakiegokolwiek przepisu prawnego; oraz (3) zła „pre-kryminalne” w tym sensie, że dane zachowanie może być popełnione i może być zidentyfikowane jako złe niezależnie od jego kryminalizacji<sup>252</sup>.

Tak zatem, morderstwo, zgwałcenie, kradzież i inne *mala in se* są złe w każdym z trzech wymienionych sensów. Nie potrzebujemy otoczenia instytucjonalnego lub prawnego, aby stwierdzić ich niemoralny charakter. Natomiast chociażby niepłacenie podatków jest niemoralne, ale nie w sensie (1) i (2), a jedynie (3). Nie potrzebujemy regulacji prawnokarnych, ażeby stwierdzić, że unikanie opodatkowania jest wyrazem braku solidarności ze współobywatelami; jest czerpaniem korzyści ze wspólnego dobra przy jednoczesnym braku ponoszenia proporcjonalnych ciężarów na rzecz jego utrzymania; może być skutkiem różnego rodzaju oszustw itp. Tak więc, w konsekwencji, unikanie opodatkowania jest złe „pre-kryminalnie”.

Powyższe przykłady potwierdzają zatem, że prawny moralizm może wyjaśnić również potrzebę kryminalizacji czynów określanych jako *mala prohibita*. Jeżeli bowiem wspólnota ma dobry powód, by stworzyć pewne regulacje, mające za zadanie utrzymanie dobra wspólnego oraz zapobieganie określonym krzywdom (tak, jak w przypadku przepisów określających warunki uzyskania zezwolenia na broń), to ich naruszenie jest niemoralne.

Oczywistym jest, że niemoralność złamania zakazu posiadania broni palnej może polegać na chęci wykorzystania jej w niebezpieczny dla życia i zdrowia sposób<sup>253</sup>, a zatem stanowić zło samo w sobie. Broń może także być niewystarczająco zabezpieczona przed posiadaczem, co zwiększa ryzyko, że dostanie się ona w niepowołane ręce. Niemniej jednak Duff

---

<sup>251</sup> R.A. Duff, *Criminalizing...*, s. 954.

<sup>252</sup> R.A. Duff, *Political...*, s. 189.

<sup>253</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 440.

przekonuje, iż posiadanie broni palnej pomimo braku odpowiedniego zezwolenia jest niemoralne, nawet jeśli posiadacz gwarantuje spełnienie wszystkich wymogów bezpieczeństwa, a co za tym idzie – nie stwarza swoim zachowaniem zagrożenia dla współobywateli. W tym znaczeniu posiadanie broni pomimo braku zezwolenia jest złe „pre-kryminalnie”, ale nie „pre-instytucjonalnie” lub „pre-prawnie”. Takie zachowanie łamie bowiem solidarność społeczną. Sprawca naruszenia zakazu uzurpuje sobie prawo do oceniania własnych możliwości zagwarantowania bezpieczeństwa przy obsłudze broni palnej, podczas gdy inni obywatele oddali się weryfikacji przez stworzenie do tego celu instytucje państwowe. Sprawca nie traktuje zatem swojej własnej wspólnoty poważnie. Tym samym podważa on praktyczną efektywność regulacji, które przyjęto ze względu na dobro wspólne, w celu rozwiązania konkretnego problemu obecnego w życiu społecznym. Autor *The Realm of Criminal Law* ujmuje to w sposób następujący:

Ten rodzaj reżimu regulacyjnego służy nie tylko wykluczeniu z posiadania broni tych, którym mamy powody nie ufać jako posiadaczom broni, ale także określeniu formalnych metod, dzięki którym możemy zapewnić sobie nawzajem, że można ufać, że ci, którzy posiadają broń, robią to bezpiecznie, co stanowi nie tylko (obiektywne) bezpieczeństwo, ale także zapewnienie o bezpieczeństwie. (...) Ten, kto posiada broń bez ubiegania się o zezwolenie lub po odmowie wydania zezwolenia, popełnia zło, nawet jeśli spełnia merytoryczne warunki uzyskania zezwolenia: nie daje bowiem pewności, że jest godny zaufania, czego mają prawo wymagać jego współobywatele<sup>254</sup>.

Złamanie zakazu mającego charakter *mala prohibita* nadal może więc stanowić czyn niemoralny („pre-kryminalnie”). Jest on pogwałceniem zasad instytucjonalnych i prawnych służących dobru wspólnemu. Wobec czego stwierdzić trzeba, że prawnomoralistyczna zasada kryminalizacji zostaje obroniona.

Przedstawione rozważania prowadzą do istotnego wniosku dotyczącego zasady krzywdy. Jak wynika ze stanowiska prawnych moralistów, zasada ta powinna być rozumiana raczej jako zasada regulacji niż kryminalizacji<sup>255</sup>. W tym sensie mogłaby otrzymać brzmienie: „Mamy dobry powód, by regulować określony rodzaj zachowania, jeżeli dzięki temu skutecznie można zapobiec krzywdzie innych ludzi”<sup>256</sup>.

Sama potrzeba regulacji nie zakłada jeszcze konieczności kryminalizacji. Jeżeli jednak taka regulacja nie nakłada na obywateli zbyt dużego ciężaru, jeżeli ma na celu dobro wspólne,

---

<sup>254</sup> Ibidem, s. 440-441.

<sup>255</sup> Ibidem, s. 329.

<sup>256</sup> Ibidem, s. 338.

jeżeli jest konieczna do ochrony przed prawdopodobnymi krzywdami, jeżeli dotyczy zachowań istotnych z punktu widzenia wartości konstytuujących wspólnotę, co w razie ich naruszenia uzasadnia zakomunikowanie publicznej nagany, jeżeli wreszcie nie powinna być oddana jednostkom do ewentualnego rozwiązania na gruncie prawa cywilnego (jako spór pomiędzy dwiema prywatnymi stronami), to istnieją powody, by uznać, że zasadniczo mogłaby zostać wsparta przez prawo karne<sup>257</sup>. Ta zasadniczość nie jest jednakże rozstrzygająca; być może bowiem inne względy (np. koszty kryminalizacji, jej niska przewidywana efektywność, nieproporcjonalna ingerencja w życie jednostek) w danym przypadku przeważają nad generalnymi racjami przemawiającymi za kryminalizacją. Prawo karne nadal cały czas pozostaje *ultima ratio*.

Prawny moralizm Duffa oferuje zatem formalną strukturę, w ramach której powinno się prowadzić rozważania na temat prawnokarnej legislacji. Nie proponuje zaś substancjalnej definicji niemoralności czy też publicznego zła. Każda wspólnota polityczna ostatecznie musi sama wypracować odpowiednie normy, wokół których zbuduje swoją sferę publiczną. W tej strukturze ważną rolę do odegrania ma również zasada krzywdy, rozumiana jako zasada regulacji. Pozwala ona zidentyfikować zachowania, które powinny być regulowane, ale nie przesądza o charakterze tej regulacji. Techniki regulacji są przecież rozmaite – może to być nacisk społeczny, szum medialny, kampania informacyjna, środki administracyjne, środki podatkowe, akcyzowe itp. Regulacja polegająca na kryminalizacji zarezerwowana jest wyłącznie dla wąskiej kategorii niemoralnych, bezprawnych czynów, które stanowią publiczne zło. Prawo karne w ujęciu tego prawnego moralizmu, pomimo uznania ważkiej funkcji zasady krzywdy oraz roli przestępstw zaliczanych do *mala prohibita*, jest głównie responsywne, tj. odpowiada – poprzez formalne potępienie – na niemoralność, którą dana wspólnota pozycjonuje w sferze publicznej.

### **3.4 Ocena prawnego moralizmu**

#### **3.4.1 Klasyfikacja moralizmów**

Uwzględniając szczegółowo przedstawione w rozdziałach 2. i 3. odcienie prawnego moralizmu, należy dokonać próby wyciągnięcia najważniejszych wniosków natury generalnej. Przede wszystkim, wydaje się, że najlepszą definicją koncepcji prawnomoralistycznych, zawierającą w sobie element wspólny dla każdej z nich, mogłaby być definicja następująca:

---

<sup>257</sup> R.A. Duff., *Criminalizing...*, s. 952-953; idem, *The Realm...*, s. 338-339.

*Prawny moralizm to teoria legislacji, zgodnie z którą niemoralność czynu jest pro tanto dobrą racją dla jego kryminalizacji*<sup>258</sup>.

Tak sformułowana definicja ma charakter formalny i jest dość skromna. Nie wyjaśnia bowiem, na czym polegać na owa niemoralność. Wskazuje również na niemoralność jako rację *pro tanto*, a zatem nie ostateczną i definitywną, lecz taką, która może zostać podważona, gdy zaistnieje wystarczająco dobry powód. Nie tłumaczy jednak wprost, jakie powody mogą zostać za takowe uznane.

Warto zwrócić także uwagę, że powyższa definicja jest raczej pozytywna, aniżeli negatywna. Oznacza to, iż niemoralność jest w niej traktowana jako właściwy powód do objęcia określonego zachowania prawnokarną legislacją. Nie jest to jedynie wymóg negatywny, ograniczający kryminalizację opartą o inne zasady. Moralizm w sensie negatywnym uznaje bowiem, że moralne przewinienie jest koniecznym warunkiem kryminalizacji, jednakże pozytywne powody kryminalizacji mogą być zupełnie inne. Może to być – przykładowo – naruszenie czyjegoś interesu w rozumieniu zasady krzywdy.

Nowi prawni moraliści tymczasem twierdzą, że niemoralność jest pozytywnym, samoistnym, *pro tanto* dobrym powodem do kryminalizacji danego czynu<sup>259</sup>. Prawni moraliści łączy zatem negatywny wymóg, aby nic, co nie jest niemoralne, nie było przedmiotem kryminalizacji, z wymogiem pozytywnym. Sam fakt niemoralności czynu stanowi rację, choć niekonkluzywną, do objęcia go prawnym zakazem.

Różnorodność prawnych moralizmów (PM), wymuszającą niejako tę krótką formalną definicję, można przedstawić za pomocą tabeli:

---

<sup>258</sup> Definicja inspirowana analizą J.D.Thaysena, zob. idem, *Defining Legal Moralism*, „SATS” 2015, vol. 16, nr 2, s. 179-201. Szerzej na ten temat zob. rozdział 5 niniejszej pracy. Podobnie M. Glanc-Żabielowicz, *Debata...*, s. 155-157.

<sup>259</sup> Na temat różnic między negatywnym i pozytywnym prawnym moralizmem zob. R.A. Duff, *Political...*, s. 186-187.

	<b>J.F. Stephen</b>	<b>R.P. George</b>	<b>M.S. Moore</b>	<b>R.A. Duff</b>	<b>R.P. George</b>
<b>Charakter PM</b>	Prowadzący do cnoty	Chroniący społeczną dezintegracją	Subsydiany w formowaniu cnoty; tworzący moralną ekologię	Zapewniający osiągnięcie sprawiedliwości retrybutywnej	Komunikujący lub deklarujący niemoralność uznaną za publiczne zło
<b>Wizja moralności</b>	Utylitaryzm szerszego rodzaju	Moralność pozytywna; zależna od poglądów większości	Moralność krytyczna; nowa teoria prawa naturalnego	Moralność krytyczna; deontologizm	Moralność krytyczna, ale rozważana w drodze deliberacji publicznej
<b>Ograniczenia legislacji</b>	Utylitarny bilans korzyści i strat	„Tolerancja maksymalnej indywidualnej wolności dającej się pogodzić	Dobra refleksyjne; niezgodna na konformizm; pomocniczy charakter legislacji	Wąska teoria moralności; podstawowe i pochodne prawo do wolności; koszty	Oddzielenie sfery publicznej od prywatnej; koncepcja zła publicznego
<b>Przykład przestępstwa</b>	Nadużywanie używek	Czynności homoseksualne	Rozpowszechnianie pornografii	Okrucieństwo wobec zwierząt	Nielegalny eksport zabrytek



Oceniając słuszność tych koncepcji, w pierwszej kolejności należy odrzucić – z dobrze znanych i opisanych powodów – prawny moralizm lorda Patricka Devlina. Pomimo niektórych jego celnych uwag, poczynionych zwłaszcza w odniesieniu do pobocznych argumentów Herberta L.A. Harta, jego główna teza o społecznej dezintegracji nie może się utrzymać – przynajmniej w formie, w jakiej ją przedstawił. Co więcej, Devlin tak naprawdę nie traktuje moralności poważnie; postrzega ją instrumentalnie, jako środek do celu, jakim jest społeczna spójność.

Moralizm Jamesa Fitzjamesa Stephena także nie jest satysfakcjonujący. W przyjętej w niniejszej pracy interpretacji jest on swego rodzaju moralizmem krytycznym, choć – jak podkreślano – w literaturze oceniany jest raczej jako koncepcja oparta o moralność pozytywną. To może świadczyć o jej niepełnej wewnętrznej spójności. Ponadto Stephen wprost mówi o konieczności nałożenia kary na sprawcę, wynikającej z uczucia zemsty, nienawiści i obrzydzenia. To wszystko może prowadzić do niebezpieczeństwa powstania prawa karnego resentymetu. Z punktu widzenia liberalnej demokracji niemożliwe do przyjęcia jest także ściśle powiązanie utylitaryzmu szerszego rodzaju z normami religijnymi.

Odmienne wizje prawnego moralizmu prezentują Robert P. George oraz Michael S. Moore. Łączy ich negacja moralności pozytywnej, jednak przedstawiciel nowej szkoły prawa naturalnego i twórca liberalnego prawnego moralizmu różnią się w kwestiach substancjalnych. George jest konserwatystą, aplikującym nauczanie Akwinaty i Arystotelesa do budowanego przez siebie perfekcjonistycznego prawnego moralizmu. Z kolei Moore jest nieukrywającym swojego ateizmu zwolennikiem dość wąskiej moralnej koncepcji deontologicznej. Wobec ich wersji prawnego moralizmu wysunąć można jednak jeden wspólny zarzut: ażeby ich teorie legislacji mogły zostać w rzeczywistości przyjęte, niezbędne jest zaakceptowanie konkretnie ich wizji moralności. Nie chodzi więc w istocie tylko o to, żeby ustawodawca oparł się na najlepszej, jego zdaniem, moralności krytycznej zamiast pozytywnej. W ostateczności chodzi o zaaprobowanie prawa naturalnego/wąskiego deontologizmu. Skoro te koncepcje odwołują się do obiektywnej moralności, to ich krytyka lub odrzucenie przez prawodawcę jest przecież, w ich świetle, błędne. Krótko mówiąc: żeby wprowadzić prawny moralizm George'a albo Moore'a, musimy w pełni zgodzić się, że przedstawiają oni słuszną wizję moralności, co jest dość restrykcyjnym wymogiem<sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> Odnośnie do całej nowej teorii prawa naturalnego podobny zarzut stawia A. Czarnecka, zob. idem, *Pojęcie prawa w nowej teorii prawa naturalnego*, „*Studia Iuridica Toruniensia* 2014, t. 14, s. 74-75.

Inaczej ma się rzecz w przypadku prawnego moralizmu Antony'ego Duffa. Wychodzi on od dobrze przemyślanej części prawnej prawnego moralizmu, budując swoją koncepcję w oparciu o dystynkcję między prawem publicznym a prywatnym. Kluczowym pytaniem nurtującym Duffa jest, co sprawia, że dane zachowanie chcemy traktować jako sprawę publiczną, nie zaś wyłącznie prywatną, pozostawioną do ewentualnego rozwiązania w prawie cywilnym. Ten prawny moralizm nawiązuje wprost do idei komunitaryzmu lub republikanizmu<sup>261</sup>. Co istotne, wspólnotowe konotacje nie muszą być utożsamiane z Devlinowską moralnością pozytywną. Aktywna publiczna deliberacja nad wartościami nie jest równoznaczna z bezrefleksyjną aprobatą samych tylko odczuć większości społeczeństwa. Opinia większości może stanowić punkt wyjścia do krytycznej refleksji moralnej; nie jest natomiast konieczną ostateczną instancją. Uznanie roli wspólnoty nie musi też prowadzić do unicestwienia wszelkich mniejszości i pluralizmu. W ostatecznym rozrachunku to właśnie teoria Duffa, przynajmniej w zasadniczym kształcie, wydaje się najbardziej obiecującą wersją prawnego moralizmu. W rozdziale 5. zostanie ona rozszerzona o – w moim przekonaniu słuszne – propozycje umiarkowanego pluralistycznego perfekcjonizmu.

Na marginesie prawnomoralistycznych rozważań należy również zwrócić uwagę na kwestię językową. Słowa takie, jak „moralizm” czy „moralistyczny”, budzą niekiedy negatywne skojarzenia. Czasami moralizm łączony jest z wpajaniem ściśle określonych poglądów, przeważnie w sposób bezrefleksyjny, nierozumny, nieznoszący sprzeciwu. Niektóre z przywoływanych przepisów obowiązujących w wiktoriańskiej Anglii miały zapewne taki charakter. Nowy moralizm jednak – przynajmniej ten proponowany przez George'a, Moore'a i Duffa – odrzuca tę kompletnie nieracjonalną wizję i zakłada uczciwą debatę moralną. Nowi moralisci nie odwołują się do zabobonów funkcjonujących w społeczeństwie „od zawsze”, powszechnego uczucia nienawiści, ciemnych zwyczajów lub ślepego autorytetu. Moralizm może wzmacniać jednostkową wolność. Jak widzieliśmy u George'a, wolność religijna jest dobrem refleksyjnym, a niemoralnym jest przymusowe narzucanie obywatelom przez ustawodawcę partykularnego zestawu poglądów religijnych. Moralizm zaprzeczałby samej moralności, gdyby tworzył z ludzi całkowicie konformistyczne jednostki, niezdolne do podejmowania jakiegokolwiek refleksji. Tak zatem, należy odrzucić moralizm w pierwszym znaczeniu (zabobonny, nierozumny, tradycyjny w złym tego słowa sensie), a dalszej analizie, w tym także krytyce, poddać moralizm w drugim znaczeniu.

---

<sup>261</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 260.

### 3.4.2 Prawny moralizm a dobre życie i krzywda

Dokonując podsumowania nie sposób nie odnieść się do licznych zarzutów prawnych moralistów odnośnie do zasady krzywdy i zasady neutralności prawodawstwa. Zostaną one potraktowane łącznie, tj. jako dotyczące obu tych zasad. Argumentacja często bowiem w istocie wymierzona jest przeciwko nim jednocześnie. Poniżej wskazane zostaną najważniejsze grupy argumentów moralistów.

#### a) *Argument konceptualny*

Jest to dość częsty argument przeciwko zasadzie krzywdy, po raz pierwszy sformułowany prawdopodobnie przez Stephena. Neguje on możliwość dokonania rozróżnienia na czyny, które wpływają na innych ludzi, i na te, które innych nie dotyczą. Zgodnie z twierdzeniem Stephena: „próba rozróżnienia między aktami dotyczącymi samego siebie a działaniami dotyczącymi innych jest jak próba rozróżnienia między aktami, które mają miejsce w czasie a aktami, które zachodzą w przestrzeni. Każde działanie ma miejsce w jakimś czasie i miejscu i w podobny sposób każdy czyn, który robimy, wpływa lub może wpływać na nas i innych”<sup>262</sup>. Jeżeli tak, to trudno, by zasada krzywdy w jakiś sposób mogła ograniczać działanie prawa karnego, ponieważ literalnie każde zachowanie może dotyczyć innych ludzi.

#### b) *Argument z nieadekwatności zasady volenti...*

Liberalizm szczególną wagę przywiązuje do zasady jednostkowej autonomii i powiązanej z nią zasady *volenti non fit iniuria*. Wydaje się jednak, że przyznawanie im, jak chce Feinberg, absolutnego pierwszeństwa budzi słuszny moralny sprzeciw. Istnieją sytuacje, w których skłonni jesteśmy odstąpić od prostego „chcącemu nie dzieje się krzywda”, nawet jeżeli jesteśmy całkowicie pewni, że dana osoba godzi się na swoją krzywdę w sposób zupełnie dobrowolny i nie pozostaje pod wpływem błędu lub czyjś nacisku. Przykłady takich sytuacji<sup>263</sup> opisywali Devlin, Kristol i Parfit. Kwestia ta ma całkiem praktyczne znaczenie, o czym świadczą sprawy rozpatrywane przez sądy. W niniejszej pracy przywoływano m.in. kazusy takie, jak: zabójstwo na żądanie ofiary<sup>264</sup>, handel ludźmi za zgodą pokrzywdzonego<sup>265</sup>,

---

<sup>262</sup> Zob. s. 81 niniejszej pracy.

<sup>263</sup> Zob. podrozdziały 2.3 i 3.1.2.

<sup>264</sup> Zob. s. 113-115 niniejszej pracy.

<sup>265</sup> Ibidem.

dobrowolny kanibalizm<sup>266</sup>, ustawki pseudokibiców<sup>267</sup>, zakaz utrwalania drastycznej pornografii<sup>268</sup> i zakaz nabywania usług seksualnych<sup>269</sup>.

W ukazaniu tego rodzaju niedostatków zasady *volenti...* nie chodzi o zupełne negowanie roli zgody pokrzywdzonego, ale o przypisanie jej właściwej rangi. Prawni moralisci mogą uznawać zgodę jako jeden z elementów wchodzących w skład moralnej oceny danego zachowania, nie zaś jako element decydujący i kończący dylemat. Ma to swoje znaczenie także przy współczesnej debacie moralnej.

Problem zgody pokrzywdzonego jest również obecny w rozważaniach prowadzonych w polskiej doktrynie prawa karnego. Jak pisze Marek Mozgawa, trzeba odróżnić sytuację, w której zgoda pokrzywdzonego wyłącza bezprawność zachowania, realizującego znamiona przestępstwa, od tej, gdy zgoda stanowi o braku przestępstwa, tzn. braku zrealizowania jego znamion<sup>270</sup>. To rozróżnienie widzieliśmy już u Devlina, który wskazywał wprost na sytuację drugą („Przykładowo, w przypadku zgwałcenia zgoda usuwa element konieczny przestępstwa”<sup>271</sup>). W pierwszej sytuacji, opisywanej przez Mozgawę, mówi się o natomiast tzw. kontratybie zgody pokrzywdzonego. Kluczowym pytaniem pozostaje, jakie są granice owej zgody. Zasadniczo przedstawiciele polskiej doktryny stoją na mniej liberalnym stanowisku, niż Feinberg. Tak zatem, Arnold Gubiński twierdzi, że istnieją dobra, w których ochronie zainteresowani są nie tylko ich posiadacze, ale także społeczeństwo, ponieważ przestępstwa przeciwko nim naruszają podstawowe zasady współżycia społecznego i dezorganizują życie zbiorowe<sup>272</sup>. Lech Gardocki jako jedną z przesłanek prawnej skuteczności zgody wskazuje wymóg, by zgoda dotyczyła dobra, którym osoba udzielająca zgody może swobodnie dysponować, a więc: wolności, nietykalności cielesnej, mienia oraz bezpieczeństwa<sup>273</sup>. Podobnie uznaje Marian Cieślak, który dodatkowo przekonuje, iż „nie jest kontratybem zgoda pokrzywdzonego w tych wypadkach, w których dany czyn (...) godzi bezpośrednio nie tylko w interes indywidualny, ale także w społeczny”<sup>274</sup>. Zbigniew

---

<sup>266</sup> Ibidem.

<sup>267</sup> Ibidem.

<sup>268</sup> S. 119-120, 176-177 niniejszej pracy.

<sup>269</sup> S. 94 niniejszej pracy.

<sup>270</sup> M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Prawo karne materialne: Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 256.

<sup>271</sup> S. 96-97 niniejszej pracy.

<sup>272</sup> A. Gubiński, *Zgoda pokrzywdzonego*, „Państwo i Prawo” 1960, nr 7, s. 48, podają za: P. Chlebowicz, *Przemoc stadionowa w ocenie prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 1, s. 157.

<sup>273</sup> Podają za: K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1, s. 40.

<sup>274</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 239.

Jędrzejewski przytacza z kolei pogląd części doktryny niemieckiej, w myśl którego „dobro prawne jest prawnie chronioną abstrakcyjną wartością porządku społecznego, którego utrzymaniem jest zainteresowana wspólnota”<sup>275</sup>, a niekiedy „społeczny interes w utrzymaniu dobra może legitymować ochronę niezależnie do woli dysponenta dobrem”<sup>276</sup>.

Z punktu widzenia prawnego moralizmu poglądy te są tylko częściowo trafne. Przede wszystkim trudno jest, jak sugerują Gardocki i Cieślak, sformułować katalog dóbr pozostających pod wyłączną dyspozycją jednostki. Czy rzeczywiście wolność albo mienie mogą być takimi dobrami? We wcześniejszych rozdziałach poruszana była kwestia dobrowolnego niewolnictwa, na które oprócz skrajnych libertarian nikt nie mógłby się zgodzić. Jeśli chodzi o mienie, to znów oprócz skrajnych libertarian nikt nie zgodziłby się na dobrowolne dysponowanie zwierzęciem<sup>277</sup> albo przedmiotami mającymi szczególną wartość historyczną<sup>278</sup>. To samo dotyczy bodaj każdego z dóbr chronionych prawem.

Po wtóre, odwołania do „interesu społecznego” i „dezorganizacji życia zbiorowego” mogą, bez szczegółowego wyjaśnienia, sugerować pewien utylitaryzm. To znaczy, że stwierdzenia te mogą wskazywać na konieczność kryminalizacji danego zachowania z powodu jego szkodliwych efektów oddziałujących na życie danej wspólnoty. Dezorganizacja życia zbiorowego, przywoływana przez Gubińskiego, przypomina dość mocno Devlinowską dezintegrację społeczną. Tymczasem prawny moralizm (w każdej z nowych wersji) widzi potrzebę kryminalizacji nie ze względu na niepożądane społeczne skutki, ale ze względu na samą niemoralność czynu. Wspólnota w prawnym moralizmie Duffa traktuje wartości, wokół których konstytuuje swoją sferę publiczną, poważnie, a nie jedynie instrumentalnie. Dlatego też nawet jeżeli konkretny czyn nie powoduje widocznych następstw dla życia zbiorowości, powinien – jeżeli oczywiście spełnia warunki uznania go za przestępstwo – zostać potępiony. W zakazie niewolnictwa, dobrowolnych walk gladiatorów, ustawek między pseudokibicami

---

<sup>275</sup> Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 39.

<sup>276</sup> Ibidem.

<sup>277</sup> W tym kontekście można podnosić, że zwierzę nie jest rzeczą, niemniej jednak *de lege lata*, zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie zwierząt, „W sprawach nieuregulowanych w ustawie do zwierząt stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rzeczy”. Ponadto, jak wskazują P. Skuczyński i A. Zientara, dereifikacja zwierząt spowodowała powstanie skomplikowanej kwestii teoretycznej wyrażającej się w pytaniu, do której grupy klasycznego podziału na *personae* - *res* - *actiones* należy je zaliczyć. Wymienieni autorzy zapytują: „Czy należy je zaliczyć do osób, a więc czy kolejnym krokiem po dereifikacji powinna być personifikacja zwierząt? a może tworzą one odrębną grupę, która oznacza zmierzach tej klasycznej klasyfikacji?”, zob. idem, *Prawnokarna ochrona zwierząt a filozoficzny i teoretycznoprawny problem wartości i praw podmiotowych*, [w:] Teresa Gardocka, Agnieszka Gruszczyńska (red.), *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Toruń 2012, s. 202-203.

<sup>278</sup> Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 28 listopada 2012 r., II OSK 1418/11, stwierdził: „Z chwilą wpisu nieruchomości budynkowej do rejestru zabytków przestaje ona być prywatnym dobrem właściciela, którego interesy mogą z tego powodu doznawać ograniczeń, zaś zakres tych ograniczeń wyznaczają ustawy. Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami nakłada na właściciela zabytku ograniczenia i obowiązki”.

nie chodzi w gruncie rzeczy o ujemny interes społeczny lub dezintegrację; niektóre z tych czynów mogą być zresztą podejmowane w miejscach niedostępnych dla ogółu społeczeństwa, tak że niemalże nikt nie będzie ich świadom. Chodzi jednak o głęboką niemoralność, naruszającą godność jednostki, polegającą na przedmiotowym jej traktowaniu, na praktykowaniu bezsensownego okrucieństwa i na stwarzaniu nieuzasadnionego niebezpieczeństwa utraty zdrowia lub życia. Właśnie ta inherentna niemoralność pozostaje w centrum zainteresowania ustawodawcy.

Po trzecie, wyrażane w doktrynie poglądy przeciwstawiają interes jednostki interesowi wspólnoty. Z takim postawieniem sprawy nie zgodziłby się George oraz zapewne też Duff. Otóż jednostkowa wolność do dysponowania swoimi zasobami, swoim ciałem, swoją własnością czy też wolność religijna przedstawiają ogromną wartość tak dla zainteresowanych jednostek, jak i dla dobra wspólnego. Dobro wspólne nie powinno być postrzegane jako suma społecznych korzyści przewyższająca osobiste interesy danej jednostki, ale jako zbiór warunków, w których jednostki mogą w sposób pełny i prawidłowy rozwijać się we wszystkich życiowych aspektach. Jeżeli zdrowie, życie, wolność są dobrami o obiektywnej wartości, to pozostają takimi także dla tych, którzy z jakichś powodów chcieliby oddać się w niewolę, zostać gladiatorem czy też uczestnikiem bójek pseudokibiców.

#### *c) Argument z nadmiernej inkluzywności*

Argument ten może być sformułowany zarówno przeciwko zasadzie krzywdy, jak i ekspansywnemu prawnemu moralizmowi Moore'a. Obie te zasady kryminalizacji obejmują swoim zasięgiem czyny, które kategorycznie, a nie tylko po zbilansowaniu ich z innymi racjami, nie powinny podlegać prawnokarnej legislacji. Złamanie przyjacielskiej obietnicy jest niemoralne, może też doprowadzić do jakiegoś rodzaju krzywdy, jednak nie powinno w jakikolwiek sposób, co słusznie wytyka Duff, być traktowane jako przedmiot zainteresowania prawa karnego, a więc prawa publicznego.

Nadmierna inkluzywność może także objawiać się przy konieczności zapobiegania przyszłej krzywdzie. Sama zasada krzywdy nie mówi wiele o granicach tego prawnokarnego zapobiegania. Dlatego też prawni moralisci sugerują, że lepiej byłoby pojmować ją jako zasadę regulacji, nie natomiast kryminalizacji.

#### *d) Argument z niedostatecznej inkluzywności*

Zasada krzywdy może być też niedostatecznie inkluzywna. Przykłady zachowań, które powinny pozostać przestępstwami a które wyklucza zasada krzywdy, zostały opisane przez przywołanych w punkcie b) Devlina, Krisotla i Parfita. Poza tym wymienić można też chociażby okrucieństwo wobec zwierząt albo bezczeszczenie zwłok, o których wspominał w swojej analizie Michael S. Moore.

*e) Argumenty z fikcji neutralności*

Zwolennicy zasady krzywdy mogą twierdzić, że wyżej wspomniane okrucieństwo wobec zwierząt powinno być kryminalizowane, ponieważ pojęcie krzywdy nie dotyczy wyłącznie ludzi, a rozciąga się także na inne istoty. Jest to dopuszczalna argumentacja, choć należy poczynić w stosunku do niej dwie uwagi. Po pierwsze, może ona rozciągać termin „krzywda” w niekontrolowany sposób, tylko po to, żeby uzasadnić kryminalizację zachowań, na które trudno nam się zgodzić a które to w klasycznym rozumieniu zasady krzywdy musiałyby pozostać bezkarne. Po drugie, podważa ona zakładaną przez wielu zwolenników zasady krzywdy neutralność. Jeżeli krzywda może dotyczyć także istot innych niż ludzie, to przykładowo konserwatyści mogą całkiem przekonująco dowodzić, że zasada krzywdy chroni także płody, osłaniając ich interesy dobrostanu (życie, zdrowie). W rzeczywistości trudno jest więc mówić o krzywdzie bez wcześniejszego ustalenia pewnego ładunku moralnego, z którym się wiąże.

Niektórzy prawni moralisci, jak np. George, wprost wskazują, iż przyjęcie neutralności, przynajmniej w odniesieniu do wybranych kwestii, jest niemożliwe<sup>279</sup>. Bez podjęcia *implicite* jakiegoś rozstrzygnięcia dotyczącego kontrowersyjnych kwestii moralnych nie można tworzyć prawa. George posługuje się przykładem małżeństwa i jego – jak przekonuje – inherentnie heteroseksualnego charakteru, który jeszcze do niedawna był zakładany w ramach regulacji dotyczących prawnego kształtu tej instytucji. Prawo, pisze George, jest nauczycielem – i będzie nauczać albo tego, że małżeństwo jest z istoty rzeczy wzajemnym zobowiązaniem mężczyzny i kobiety, które jest realizowane poprzez rodzenie i wspólne wychowywanie dzieci<sup>280</sup>, oraz rzeczywistością, w której małżonkowie mogą partycypować i którą mogą wybrać, ale nie mogą zmieniać jej istoty na podstawie swojej woli – albo też będzie nauczać, że małżeństwo jest wyłącznie podatną na zmiany konwencją, tak że jednostki, pary lub nawet grupy mogą wybrać

---

<sup>279</sup> R.P. George, *The Clash Of Orthodoxies: Law Religion & Morality In Crisis*, Wilmington 2001, rozdział 4.

<sup>280</sup> S. Girgis, R.P. George, R.T. Anderson, *What is Marriage?*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2011, vol. 34, nr 1, s. 246; zob. także G.V. Bradley, R.P. George, *Marriage and the Liberal Imagination*, „The Georgetown Law Journal” 1995, vol. 84, s. 301-320.

ją dla osiągnięcia subiektywnych interesów, korzyści, celów itp. Moralna ekologia, jak pamiętamy, buduje świadomość moralną jednostki i umożliwia lub utrudnia jej dostęp do obiektywnych moralnych norm oraz prawd. W związku z tym ustawodawca powinien być zainteresowany utrzymaniem prawdziwie moralnego otoczenia społeczno-prawnego.

Z kolei Moore w podobnym, choć rzecz jasna bardziej liberalnym duchu pisze, że: „Liberałowie udawali, że konserwatyści mają niewłaściwe uzasadnienie [kryminalizacji] – «ochronę moralności» – podczas gdy w rzeczywistości konserwatyści mają rację: zakazy karne są słusznie uzasadnione przez zapobieganie i karanie moralnych krzywd. To, co prawny moralizm pokazuje w rzeczywistości jako problem w odniesieniu do argumentów społecznych konserwatystów w sprawach aborcji, homoseksualizmu, kazirodztwa i tym podobnych, to nie to, czy społeczni konserwatyści nie mają racji, opierając się na moralności w obronie swojego ustawodawstwa, ale to, czy opierają się na niewłaściwej moralności”<sup>281</sup>. To dlatego Moore nazywa swoją teorię legislacji „substancjalną”<sup>282</sup> lub „perfekcjonistyczną”<sup>283</sup>. Debata legislacyjna jest zatem debatą o moralności.

*f) Argument z niepożądaną neutralności*

Prawni moralisci przekonują, że nawet jeżeli państwo i prawo może zachować neutralność, to nie znaczy jeszcze, że powinno to robić. George wskazuje na egoistyczne usposobienie stron w sytuacji pierwotnej nakreślonej przez Rawlsa. Tymczasem jeżeli wolności indywidualne mają prawdziwą wartość, to nie dlatego, że za zasłoną niewiedzy egoistycznie zorientowane strony chciałyby się w możliwie jak najlepszy sposób zabezpieczyć. Ponadto wydaje się, że idea rozumu publicznego wyklucza między innymi odwoływanie się do pojęcia godności ludzkiej jako źródła praw i wolności obywateli. Godność pozostaje wszakże kontrowersyjną ideą moralną, różnie zresztą rozumianą.

Charles Taylor zauważa również, że niechęć do jakichkolwiek substancjalnych rozstrzygnięć może paradoksalnie prowadzić do osłabienia pozycji różnych mniejszości<sup>284</sup>. Jeżeli każdy indywidualny wybór, który nie stwarza nikomu krzywdy, powinien być dozwolony z samej definicji – ponieważ jest nieszkodliwym wyborem – to wybór ten traci poważnie na wartości. Literalnie wszystkie wybory traktuje się równo, przez co gubią swój sens. Mniejszości seksualne nie powinny, w neutralnym świecie, argumentować, że potrafią

---

<sup>281</sup> M.S. Moore, *Legal...*, s. 762.

<sup>282</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 641.

<sup>283</sup> Ibidem, s. 69, 211.

<sup>284</sup> S. 121 niniejszej pracy.



realizować to samo dobro, które realizują pary heteroseksualne. Argumentacja ma pozostać wolna od kontrowersyjnych poglądów na dobro: powinna skupiać się wyłącznie na niekrzywdzeniu innych i na dobrowolności uczestnictwa jednostek w ramach danej praktyki. Apogeum tego rodzaju argumentacji jest Raport Wolfendena, który w żadnym fragmencie nie wspomina o wartości relacji dwóch partnerów homoseksualnych, która może być podobna lub tożsama z wartością par heteroseksualnych, a jedynie stwierdza, że skoro homoseksualiści nikogo nie krzywdzą, to powinni pozostawać wolni od prawnokarnej interwencji. Całość relacji sprowadza się zatem do niepowodawania krzywdy, co nigdy nie wzbudzi takiego szacunku, jaki mogłoby wzbudzić wykazanie wewnętrznego dobra i wartości moralnej płynącej z danej praktyki.

Wreszcie nadmienić należy, że obowiązujące we współczesnej liberalnej demokracji standardy prawne w rzeczywistości nie są całkowicie neutralne, co nie wywołuje żadnych kontrowersji, a wręcz przeciwnie – istnieje powszechny konsensus odnośnie do słuszności przyjętych rozwiązań. Dobrym przykładem regulacji kontrowersyjnych z punktu widzenia neutralności oraz postulatu niewymuszania moralności są przepisy antydyskryminacyjne. Warto bowiem zwrócić uwagę na fakt, iż obowiązujące przepisy nie służą wyłącznie przeciwdziałaniu dyskryminacji w działaniach organów państwa wobec obywateli, ale odnoszą się bezpośrednio także do działań jednostek wobec innych jednostek. Trochę wbrew Dworkinowi można powiedzieć, że nie chodzi więc tylko o to, aby państwo traktowało swoich obywateli z równą troską i szacunkiem, lecz również aby obywatele traktowali w ten sposób siebie nawzajem. Zdaniem Samantha A. Besson to podejście świadczy o przyjęciu republikańskiej, nie zaś czysto liberalnej, wizji obywatelskości<sup>285</sup>. Regulacje antydyskryminacyjne nakładają na jednostki obowiązki, które *de facto* ograniczają ich wolność wyboru, swobodę umów, indywidualne oceny i preferencje. Państwo ingeruje w jednostkowe opinie, wierzenia, (prze)sądy, tj. stosuje perfekcjonistyczne środki, „narzucając” pewną konkretną wizję dobrego życia<sup>286</sup>. Wspólnota polityczna nie pozostaje, i nie powinna pozostawać, obojętna wobec np. praktyk różnicujących pracowników prywatnej firmy ze względu na kolor skóry, wyznanie lub wiek. Podobnie z powszechną krytyką spotyka się praktyka różnicowania zarobków mężczyzn oraz kobiet – choćby nawet była wynikiem dobrowolnie podpisanych umów o pracę przez strony niepozostające w błędzie, pod wpływem

---

<sup>285</sup> S.A. Besson, *Discrimination and Freedom of Contract: Philosophical and Economic Foundations of the Law against Racial Discrimination in Employment*, „International Journal of Discrimination and the Law” 1999, vol. 3, nr 4, s. 271.

<sup>286</sup> Ibidem, 271-272.

groźby, oszustwa, lub nieświadomości. Problem ten zaczyna być coraz bardziej zauważany również w prawodawstwie. Islandia w 2018 r. wprowadziła przepisy bezpośrednio odwołujące się do luki płacowej, rozstrzygające że w pewnych przypadkach stanowi ona przestępstwo. Natomiast złośliwe lub uporczywe łamanie praw pracowniczych jest w Polsce przestępstwem stypizowanym w art. 218 k.k. To potwierdza prawnomoralistyczną intuicję Duffa, że wspólnota musi sama odpowiedzieć na pytanie, czy to, kogo zatrudniamy w prywatnej firmie albo komu świadczymy usługi, powinno być wolne od jakichkolwiek ograniczeń.

Wydaje się, że polityka antydyskryminacyjna, wpływająca nie tylko na relacje państwo-jednostka, ale również jednostka-jednostka, jest obecnie czymś, co spaja wspólnotę, co paradoksalnie może potwierdzać poniekąd prawidłowe, choć niefortunnie sformułowane, intuicje Devlina dotyczące konieczności rozpoznania przez społeczeństwo pewnych fundamentalnych wartości. Trudno przypuszczać jednak, że ich brak oznaczałby społeczny upadek porównywalny do zdrady państwowej. Prawdopodobnie rację ma George, który przeinterpretowuje tezę o społecznej dezintegracji, stwierdzając że nie powinna oznaczać ona upadku w sensie dosłownym, fizycznym, lecz raczej utratę lub pomniejszenie dobra posiadającego wewnętrzną wartość, umożliwiającego swego rodzaju wspólnotową przyjaźń.

Dość celną uwagę wystosował także John Kekes, podnosząc że negatywna reakcja na tezę Devlina była dużym nieporozumieniem, ponieważ „liberałowie sami są hałaśliwymi obrońcami wymuszania moralności w wielu sprawach, takich jak integracja, egalitaryzm, pomoc zagraniczna czy też preferencyjne traktowanie kobiet i mniejszości”<sup>287</sup>. Abstrahując od kwestii słuszności konserwatyzmu Kekes’a, przyznać należy, że jest w tym coś prawdziwego i w rzeczywistości w sporach legislacyjnych nie chodzi o brak moralizmu w prawie, ale o to, jaka moralność powinna być w prawie ucieleśniona.

Na marginesie dodać można, iż niektórzy autorzy kwestionują utrzymywanie zakazów „prywatnej dyskryminacji” (*private discrimination*), tj. dyskryminacji w relacji jednostka-jednostka. Należą do nich m.in. wspomniany w rozdziale drugim Richard Epstein, Peter Vallentyne<sup>288</sup>, Walter Block<sup>289</sup> czy Matt Zwolinski<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> J. Kekes, *A Case for Conservatism*, Nowy Jork 1998, s. 98. W kontekście prawnego moralizmu zob. też J. Kekes, *The Enforcement of Morality*, „American Philosophical Quarterly” 2000, vol. 37, nr 1, s. 23-35.

<sup>288</sup> P. Vallentyne, *Left Libertarianism and Private Discrimination*, San Diego Law Review 2006, vol. 43, nr 4, s. 981-994.

<sup>289</sup> W. Block, *The Case for Discrimination*, Ludwig von Mises Institute 2010.

<sup>290</sup> M. Zwolinski, *Why Not Regulate Private Discrimination?*, „San Diego Law Review” 2006, vol. 43, nr 3, s. 1043-1062.

g) *Argument z nieadekwatności*

Niekiedy wskazuje się, że stawianie pojęcia krzywdy, w rozumieniu *harm principle*, w centrum prawnych regulacji jest nieodpowiednie, ponieważ w rzeczywistości to nie wystąpienie krzywdy (albo nie przede wszystkim ono) powoduje, że jesteśmy skłonni negatywnie oceniać dane zachowanie, a co za tym idzie – objąć je prawnym zakazem. W istocie to nie sama krzywda świadczy o niemoralności czynu. Tak jest chociażby w podawanym przez Toma Parra i Adama Slavny'ego przykładzie dyskryminacji bez krzywdy (*harmless discrimination*), w którym to dyskryminowana kandydatka do pracy jest beneficjentką zaistniałej sytuacji<sup>291</sup>.

Również Antony Duff przekonuje, iż nasz sposób myślenia o przestępstwie jest mocno osadzony w ocenie moralnej. Przykładowo, krzywda, jaką jest zniszczenie czyjegoś mienia, może być spowodowana różnymi czynnikami, również naturalnymi. Przestępstwo zniszczenia cudzego mienia nie różni się od tak powstałej krzywdy tylko faktem, że jest popełnione przez człowieka, nie zaś siły naturalne. Przestępstwo to nierozzerwalnie związane jest ze swego rodzaju wrogim nastawieniem sprawcy, z jego naganną motywacją, z naruszeniem prywatności pokrzywdzonego, z okazaniem braku szacunku, słowem – ze złem, bezprawiem, niemoralnością (*wrong*). Język krzywd (*harms*), rozumianych jako pogorszenie czyjegoś interesu, nie w pełni oddaje zatem zło, które jest zawsze ściśle związane z popełnionym przestępstwem.

Paradygmat krzywd jednostek może budzić wątpliwości przy typowych przestępstwach, które wymierzone są bezpośrednio we wspólnotę, państwo, skarb państwa, interesy gospodarcze, dziedzictwo kulturalne itp. Przestępstwa, takie jak nielegalny eksport dzieł sztuki albo oszustwa podatkowe, mogą być rzecz jasna wyjaśniane na gruncie zasady krzywdy<sup>292</sup>, ponieważ gdyby się upowszechniły, zagrażając instytucjom, od których zależy dobrobyt obywateli, to z pewnością z czasem każdy odczuwałby pogorszenie swoich indywidualnych interesów. Jednakże, jak stwierdza Susan Dimock, „jeśli taka strategia zostanie dopuszczona, zasada krzywdy będzie albo tak pojemna, że nie będzie w ogóle stanowiła ograniczenia dla prawa karnego, albo zostanie przekształcona z istotnego twierdzenia

---

<sup>291</sup> Zob. s. 118 niniejszej pracy.

<sup>292</sup> J. Feinberg, *Harm to Others...*, s. 225-227.

normatywnego w niepodważalną prawdę konceptualną<sup>293</sup>. Przyjmując tę strategię znów niechybnie wpadamy w nadmierną inkluzywność albo w niepodważalne truizmy.

#### *h) Argument z dziwności*

Deklarowana niechęć do podjęcia substancjalnych rozważań na temat moralności oraz opieranie się o neutralną zasadę krzywdy, wzmocnioną dodatkowo przez Feinberga *offense principle*, prowadzić może do czegoś, co można nazwać dziwnością uzasadnień kryminalizacji. Uwidacznia się ona chociażby przy okazji analizy często przywoływanej w literaturze sprawy Village of Skokie przeciwko National Socialist Party of America.

Amerykańskie miasteczko Skokie było zamieszkiwane przez liczną grupę Żydów, spośród których dużą część stanowili ludzie ocalali z obozów koncentracyjnych. Partia nazistowska działająca w Stanach Zjednoczonych postanowiła zorganizować w tym mieście przemarsz (z widocznymi nazistowskimi emblematami, takimi jak swastyka czy nazistowski ubiór). Sprawa zawisła przed sądem, który ostatecznie zezwolił amerykańskim nazistom na swobodne demonstrowanie swoich poglądów. Zapewne dla wielu osób taki werdykt jest sprzeczny ze zdrowym rozsądkiem i poczuciem sprawiedliwości, a także elementarną wrażliwością. Niewątpliwie jednak sąd wykazał się neutralnością – nie rozstrzygał, czy poglądy nazistowskie są słuszne, czy nie; poprzestał na prawie do ich swobodnej ekspresji. Skonstatował m.in. że: eksponowanie swastyki „jest symboliczną mową polityczną mającą na celu przekazanie opinii publicznej przekonania tych, którzy ją eksponują”<sup>294</sup>. Powstaje zatem pytanie: czy i jak można by uzasadnić ewentualny, zgodny ze zdrowym rozsądkiem, zakaz nazistowskich zgromadzeń?

W świetle *offense principle* niewątpliwie należy uznać, że demonstracje nazistów mogą powodować „nieprzyjemny stan psychiczny”. Jest on jednak możliwy do dość łatwego uniknięcia – nie każdy mieszkaniec miasteczka musi bowiem być świadkiem nazistowskiej demonstracji. Oczywiście nadal może odczuwać urażenie wynikające z samej wiedzy, że takie wydarzenie ma miejsce. Sama wiedza jednakże nie jest dla potencjalnego zakazu znacząca – w demokracji liberalnej wiele różnych demonstracji może wywoływać tego rodzaju negatywne odczucia. Konserwatywni katolicy mogą odczuwać głębokie oburzenie z powodu samej wiedzy o odbywającej się, niekoniecznie nawet w ich okolicy, paradzie równości. Podobnie

---

<sup>293</sup> S. Dimock, *Contractarian...*, s. 160.

<sup>294</sup> J. Feinberg, *Offense to Others...*, s. 87.

antyklerykałowie nie wyrażają dużego entuzjazmu z powodu kościelnych procesji odbywających się na ulicach miast.

Feinberg przekonuje, że inaczej mogłoby być, gdyby zachowanie neonazistów nie było jednorazowe, lecz „stało się częstsze, ponieważ ciągła konieczność unikania miejsc publicznych o określonych porach może szybko stać się poważną uciążliwością. Co więcej, gdyby naziści, w nieprzewidywalnych odstępach czasu, swobodnie mieszały się z tłumem w centrach handlowych lub na publicznych chodnikach, nosząc opaski ze swastyką i mundury szturmowców, wówczas wyraźnie przekroczyliby granicę uciążliwości publicznej”<sup>295</sup>. To wszystko skłaniać może do wprowadzenia zakazu nazistowskich demonstracji, zapobiegając przyszłemu dyskomfortowi.

Ponadto Feinberg zwraca uwagę na nazistowskie emblematy, symbolizujące nienawiść do Żydów, świadczące o tym, iż nie są one elementem politycznej ekspresji, ale wyłącznie obrażaniem miejskiej mniejszości. To właśnie ten nienawistny sposób ekspresji, a nie jej ideologiczna treść stanowić ma o słuszności zakazu demonstracji. „Gdyby naziści nosili uliczne ubrania zamiast mundurów i w ogóle nie eksponowali swastyk, nie byłoby już powodu, by zakazywać ich zachowania”<sup>296</sup>. Gdyby natomiast nazistowskie symbole upowszechniły się, to „Żydowskie mieszkańcy Skokie znaleźliby się wówczas w bardzo trudnym położeniu”<sup>297</sup>. A zatem zakaz umieszczania swastyki może być uzasadniony „niemożliwymi do zniesienia frustracjami, które zostałyby nałożone na urażone strony przez wspólne zezwolenie na symboliczną zniewagę”<sup>298</sup>.

Podjeżdżać można, że dla przeciętnego czytelnika powyższe wyjaśnienia są intelektualną gimnastyką, którą trzeba wykonać, ażeby zachować całkowitą neutralność względem konkurencyjnych koncepcji dobra, a jednocześnie bronić zakazu demonstracji nazistowskich. Przy czym jest to gimnastyka mało efektywna, albowiem czyni założenie, że jeden przemarsz nieodzownie wiązać musi się z szeregiem konsekwencji, takich jak upowszechnienie swastyki, które w ostateczności doprowadzą do permanentnego obrażania pewnych mniejszości. Co więcej, to podejście zupełnie omija rzecz najważniejszą, czyli głęboką niemoralność nazizmu, a skupia się na pobocznych kwestiach w rodzaju ubioru uczestników marszu. Absurdem byłoby poczynienie założenia, że przemarsz neonazistów, np.

---

<sup>295</sup> Ibidem, s. 88.

<sup>296</sup> Ibidem, s. 88-89.

<sup>297</sup> Ibidem, s. 92.

<sup>298</sup> Ibidem.

w Oświęcimiu (w którym *nota bene* nie zamieszkuje – w przeciwieństwie do miasta Skokie – liczna mniejszość żydowska, która mogłaby zostać urażona w sposób opisywany przez Feinberga), byłby zupełnie akceptowalny, pod warunkiem że „naziści nosiliby uliczne ubrania zamiast mundurów i w ogóle nie eksponowali swastyk”. Bo przecież rzekomo to nie treść ideologii, lecz sposób jej manifestowania ma kluczowe znaczenie.

Tymczasem samonasuwającym się, naturalnym argumentem na rzecz zakazu takich zgromadzeń jest po prostu ich głęboka niemoralność. Tłumaczenia oparte o *harm* i *offense principles* cechuje zatem dziwność. Prawny moralista, opierając się na kryteriach zaproponowanych przez Duffa, mógłby w sposób o wiele bardziej przekonujący argumentować, że wartości, wokół których skupiona jest nasza wspólnota, jednoznacznie potępiają nazizm, o czym świadczą chociażby: zakaz istnienia partii politycznych i organizacji odwołujących się do totalitarnych metod nazizmu (art. 13 Konstytucji RP), zakaz propagowania totalitarnych ustrojów (art. 256 k.k.) czy zaprzeczanie zbrodniom nazistowskim (art. 55 ustawy o IPN). Dlatego też nie powinno być najmniejszych wątpliwości, że zakaz nazistowskich mitingów jest usprawiedliwiony w świetle moralności, jak również norm, które zostały przez wspólnotę podniesione do sfery publicznej. Nie chodzi tu o „uciążliwość społeczną”, która wiązałaby się z tolerowaniem poglądów nazistowskich. Być może żadnej uciążliwości naprawdę by nie było, zważywszy na niewielką obecnie popularność takich poglądów. W świetle prawnego moralizmu liczy się przede wszystkim moralnie oburzające, zwłaszcza w kontekście historii naszej wspólnoty, zachowanie uczestników nazistowskiego zgromadzenia. Nie jest to rozwiązanie neutralne, ale za to o wiele bardziej odpowiadające naszym słusznym moralnym intuicjom. Podobnie neutralnym nie jest aprioryczne zakazywanie istnienia pewnych partii politycznych, mające przecież umocowanie w konstytucji.

Nietypowe uzasadnienia kryminalizacji przedstawia również Wojciech Sadurski. Autor ten słusznie wskazuje, że sama koncepcja neutralności prawa paradoksalnie nie jest neutralna, ani nawet niekontrowersyjna. Tym, co ją wyróżnia i przyznaje walorów, jest nie neutralność w ogóle<sup>299</sup>, ale neutralność wobec jednostkowych koncepcji dobrego życia<sup>300</sup>. W tym ujęciu akceptowane w społeczeństwie przepisy (zwłaszcza przepisy prawa karnego) nie powinny być

---

<sup>299</sup> Neutralność opisywana przez W. Sadurskiego nie jest neutralna „w ogóle”, ponieważ zakłada chociażby słusność pluralizmu, tolerancji, wolności słowa itp., a więc jest nieneutralna wobec poglądów odrzucających pluralizm, tolerancję, wolność słowa.

<sup>300</sup> W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7, s. 28.

motywowane moralną dezaprobatą prawodawcy<sup>301</sup> dla danego czynu, lecz jedynie chęcią ochrony innych osób i ich wolności<sup>302</sup>. Ta ochrona jest motywem neutralnym, gdyż „opiera się on nie na potępieniu moralności złooczyńcy i preferowaniu moralności innych ludzi, lecz na tym, że tolerowanie ataków na inne osoby pozbawia je równej możliwości postępowania zgodnie z własnymi zamiarami”<sup>303</sup>. W konsekwencji, ustawodawca nie jest uprawniony do wyrażenia moralnego sprzeciwu nawet wobec zwolenników „moralności” dopuszczającej zabójstwa, kradzieże, zgwałcenia i inne najcięższe przestępstwa. Byłoby to bowiem naruszenie neutralności wobec konkurencyjnych wizji życia, w tym wypadku wizji zabójców, złodziei, gwałcicieli.

Sam Sadurski zgadza się, że koncepcja ta może wydawać się nierealistyczna i razić sztucznością. Jak twierdzi: „Jest to fikcja, gdyż można ją określić w sformułowaniu «Dla celów naszego rozumowania, proponujemy spojrzenie na motywację prawodawczą jak gdyby mogła ona obejść się całkowicie bez elementu dezaprobaty moralnej»”<sup>304</sup>. Niemniej jest to fikcja – jak utrzymuje Sadurski – w pełni uzasadniona, ponieważ w filozofii liberalnej akceptacja fikcji nie jest niczym wyjątkowym. „Fundamentalna fikcja, na której John Stuart Mill opiera swą argumentację w eseju *«O wolności»*, polega na stwierdzeniu, że każdy człowiek jest najlepszym sędzią swoich interesów”<sup>305</sup>. Tymczasem wiemy, że ta obserwacja często jest nieprawdziwa.

Jednakże obrona fikcji neutralności w ten sposób jest nie w pełni przekonująca, albowiem sprowadza się do dostosowywania życia pod apriorycznie przyjętą teorię. Konsekwentna jej realizacja grozi czymś w rodzaju ideologizacji – skoro bowiem to życie należy tłumaczyć w odniesieniu do z góry nakreślonych założeń, a nie odwrotnie, to założenia te nie wymagają już żadnych uzasadnień. Ponadto argumentacja Milla jest podważana właśnie z powodu jej nierealistycznych podstaw<sup>306</sup>. Wątpliwym jest zatem, czy jej nieadekwatności

---

<sup>301</sup> Wydaje się, że te uwagi można odnieść nie tylko do ustawodawcy, lecz także np. do sądów. Przykładowo, Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 r., II AKa 292/12, stwierdził: „Zabójstwo osoby, która liczyła na godne spędzenie życia z oskarżonym, jest zbrodnią budzącą repulsję społeczeństwa, także ze względu na bliski związek jaki powinien łączyć ofiarę i sprawcę, zbrodnią naruszającą obok norm prawnych także elementarne normy moralne. Sprawca takiego przestępstwa niszczy istnienie osoby z którą miał tworzyć «więzy rodzinne», wykracza zatem przeciw powiązaniom, z którymi cywilizowane społeczeństwa wiążą byt tworzący społeczeństwo. Takie zabójstwo, jest bez wątpienia, również zamachem skierowanym przeciwko więzom kreującym społeczeństwo”. Nie wydaje się, by to uzasadnienie było neutralne wobec koncepcji życia preferowanej przez sprawcę.

<sup>302</sup> W. Sadurski, *Neutralność...*, s. 33.

<sup>303</sup> Ibidem.

<sup>304</sup> Ibidem, s. 37.

<sup>305</sup> Ibidem, s. 38.

<sup>306</sup> Tak np. H.L.A. Hart, zob. s. 107 niniejszej pracy.

w wielu rzeczywistych sytuacjach można bronić – jak zdaje się to czynić Sadurski – poprzez aprobatę fikcji jako słusznej metody filozoficznej<sup>307</sup>.

Dziwność części argumentacji zwolenników zasady krzywdy wynika z niewytłumaczalnej, a wręcz dogmatycznej obawy przed treściowym i bezpośrednim powiązaniem prawa z moralnością. Ceną tej obawy jest kurczowe trzymanie się jednej lub dwóch zasad kryminalizacji, które to bez intelektualnej gimnastyki, a nierzadko także konceptualnego zniekształcenia, nie są w stanie wypełnić całej przestrzeni prawnych zakazów, które jawią się dla wspólnoty w liberalnej demokracji koniecznymi. Natomiast jedną z przyczyn obawy jest zapewne utożsamianie moralizmu z zabobonami, przesądami większości, uciskiem i ślepym posłuszeństwem. To rozumienie moralizmu musi zostać jednak, jak wskazano wyżej, odrzucone. Parafrazując Hansa-George'a Gadamera<sup>308</sup>, można powiedzieć, że aprioryczna negacja prawnego moralizmu, z tego powodu, że jest właśnie moralizmem, sama w sobie stanowi nieracjonalny przesąd, prowadzący do dogmatu neutralności.

### 3.4.3 Przeciwno „miękkiej neutralności”

Na koniec warto wspomnieć o koncepcji tzw. „miękkiej neutralności” państwa i prawa, którą sformułował Wojciech Ciszewski<sup>309</sup>, a która to czerpie z zaprezentowanych powyżej teorii liberalnych. Zaprezentowana została w artykule opublikowanym na łamach „Państwa i Prawa” oraz w najnowszej książce tego autora pt. *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*<sup>310</sup>. Jej miękkość polegać ma na odejściu od charakterystycznego dla „twardej neutralności” sceptycyzmu poznawczego, wymagającego wszelkiego powstrzymywania się od realizacji wartości<sup>311</sup>. „Neutralność miękka” ma być neutralnością uzasadniania, tzn. neutralnością uznającą działania władzy publicznej za usprawiedliwione, jeżeli są oparte na neutralnym, właściwym uzasadnieniu<sup>312</sup>. Organy władzy publicznej muszą więc działać na

---

<sup>307</sup> M. Dudek twierdzi, że nakaz „takiego uzasadniania decyzji prawodawczych, by nie mogły one być traktowane jako przejaw preferencji bądź niechęci wobec jakiejś moralności – zdaje się usprawiedliwiać tezę, że neutralność/autonomia moralna prawa może wręcz wymuszać na prawodawcy manipulację, ukrywanie prawdziwych motywów pod pozorem pojęć np. użyteczności czy bezpieczeństwa”, idem, *Autonomia, neutralność i indyferentność moralna prawa a jego społeczeństwo*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 4, s. 75-76.

<sup>308</sup> W *Prawdzie i metodzie* Gadamer spostrzeża, że oświeceniowe potępienie wszystkich przesądów samo jest uprzedzeniem szczególnego rodzaju.

<sup>309</sup> W. Ciszewski, *W stronę „miękkiej” neutralności światopoglądowej państwa*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 6, s. 3-18.

<sup>310</sup> W. Ciszewski, *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*, Kraków 2019.

<sup>311</sup> W. Ciszewski, *W stronę...*, s. 6.

<sup>312</sup> Ibidem, s. 10.



podstawie powszechnie akceptowalnych oraz zrozumiałych dla każdego przesłanek<sup>313</sup>. Musi to być uzasadnienie, które mógłby zaakceptować „modelowy mieszkaniec państwa demokratycznego”<sup>314</sup>. Ów modelowy mieszkaniec jest konstrukcją zaczerpniętą od innych liberalnych myślicieli, zwłaszcza Jonathana Quonga i Johna Rawlsa<sup>315</sup>. Obywatela modelowego cechują racjonalność oraz rozumność, tj. zdolność do kształtowania własnej koncepcji dobrego życia, jak również zdolność do rozpoznawania podstawowych zasad kooperacji z innymi racjonalnymi osobami realizującymi własne koncepcje dobrego życia.

Racje neutralne to zatem racje, które są niezależne od koncepcji zaprezentowanych przez strony sporu światopoglądowego, a co za tym idzie – nie mogą presuponować żadnej konkretnej wizji światopoglądowej<sup>316</sup>. Głównym kryterium neutralności jest natomiast powszechność uznania danego uzasadnienia w społeczeństwie, a także jego epistemiczna dostępność, tj. możliwość bycia poznany i rozumiany przez każdego<sup>317</sup>. Zdaniem Ciszewskiego, postulat miękkiej neutralności spełniają trzy podstawowe kategorie argumentów – racje odwołujące się do wartości demokratycznych, do niekontrowersyjnych ustaleń nauki, a także do powszechnie uznanych standardów myślenia<sup>318</sup>. Prawodawca neutralny w sensie neutralności miękkiej nie może rozstrzygać na podstawie konkretnej wizji dobrego życia, co nie oznacza jednak „konieczności uznania przez państwo, że wszystkie realizowane ideały życiowe są w równym stopniu wartościowe; [neutralność] wymaga jedynie znacznie słabszego założenia, iż to nie państwo ani jego przedstawiciele powinni rozstrzygać, czy określone poglądy bądź plany warte są realizacji”<sup>319</sup>. Co więcej, niektóre wartości mogą być przez prawodawcę promowane, jeżeli tylko nie są przedmiotem kontrowersji (tzn. nie są częścią kontrowersyjnych koncepcji dobrego życia), a więc są wsparte konsensusem społecznym<sup>320</sup>. W każdym jednakże wypadku władza publiczna ma obowiązek traktować obywateli z równą troską i szacunkiem, na co wskazywał już Dworkin.

Koncepcja Ciszewskiego jest atrakcyjna, zwłaszcza na tle liberalizmu politycznego Rawlsa. Oczywiście, mocno z niego czerpie, ale w odróżnieniu od Rawlsa Ciszewski nie tworzy wrażenia, że wspiera pewne światopoglądowe rozstrzygnięcia (np. indywidualistyczne

---

<sup>313</sup> Ibidem, s. 13.

<sup>314</sup> Ibidem, s. 16.

<sup>315</sup> W. Ciszewski, *Zasada...*, s. 191.

<sup>316</sup> Ibidem, s. 189.

<sup>317</sup> W. Ciszewski, *W stronę...*, s. 13.

<sup>318</sup> W. Ciszewski, *Zasada...*, s. 293.

<sup>319</sup> W. Ciszewski, *W stronę...*, s. 15.

<sup>320</sup> Ibidem, s. 15-16.

lub egoistyczne) bardziej niż inne<sup>321</sup>, a więc – wbrew założeniom – nie jest neutralny. Twórca neutralności miękkiej wprost zaznacza, iż nie wyklucza ona z góry żadnych rozstrzygnięć<sup>322</sup>. Wyklucza ona jedynie nieneutralne racje. Miękka neutralność nie przewiduje konkretnych decyzji politycznych lub prawnych; mówi jedynie, w jaki sposób decyzje te powinny być przez władze publiczne uzasadniane<sup>323</sup>. Na przykładzie aborcji wskazuje Ciszewski, że w myśl tego ujęcia neutralności nie jest przesądzone, czy zabiegi przerywania ciąży powinny być dopuszczalne, czy też nie<sup>324</sup>. Miękka neutralność nakłada jedynie obowiązek uzasadniania stanowisk zarówno *pro-choice*, jak i *pro-life*, odpowiednimi argumentami, do których zaliczyć można z jednej strony: ryzyko dla zdrowia kobiety, prawo do życia, niekorzystne skutki społeczne legalizacji aborcji, niesprawiedliwe traktowanie osób niepełnosprawnych; z drugiej zaś: nieskuteczność regulacji zakazujących aborcji, niepożądane konsekwencje związane z istnieniem podziemia aborcyjnego czy też nierówny dostęp do zabiegów aborcyjnych w sytuacji zakazu przerywania ciąży<sup>325</sup>. Argumentami wyłączonymi z demokratycznej debaty powinny być natomiast między innymi: argumenty związane ze środowiskiem *pro-life*, że Kościół nie akceptuje aborcji albo że stanowi ona moralne zło albo że degraduje moralnie człowieka, jak również argumenty *pro-choice* odwołujące się na przykład do tego, że „dobre życie wymaga możliwości samodzielnego decydowania w sprawach prokreacji” albo że „autonomiczny wybór stanowi wartość samoistną” albo że „życie osoby niepełnosprawnej nie jest dobrym życiem”<sup>326</sup>.

„Miękka neutralność” jest więc inspirowana Rawlsem i Dworkinem. Wydaje się jednak, że można postawić jej kilka zarzutów<sup>327</sup>, poniekaad wynikających z rozważań prowadzonych wcześniej w niniejszej pracy.

#### a) Neutralność jako argument wyłączający inne argumenty

---

<sup>321</sup> Tak o liberalnej teorii rozumu publicznego Rawlsa R.P. George i C. Wolfe, zob. idem, *Natural Law and Public Reason*, Waszyngton 2000, s. 66. Na marginesie warto zauważyć, że niedawno podobną argumentację przedstawił R. Legutko w odniesieniu do zasady krzywdy J.S. Milla, zob. R. Legutko, *John Stuart Milla a liberalizm*, „Kronos” 2021, nr 1, s. 156-157.

<sup>322</sup> W. Ciszewski, *Zasada...*, s. 288.

<sup>323</sup> Ibidem, s. 296.

<sup>324</sup> Ibidem, s. 300.

<sup>325</sup> Ibidem, s. 302.

<sup>326</sup> Ibidem, s. 301-302.

<sup>327</sup> Gwoli sprawiedliwości przyznać trzeba, że przynajmniej na niektóre podobne zarzuty odpowiada W. Ciszewski w swojej książce. Ostateczna ocena zarzutów i odpowiedzi na nie jest sprawą Czytelnika.

Po pierwsze, wydaje się, że jeżeli neutralność powinna być traktowana jako pewien obowiązek o charakterze moralnym<sup>328</sup>, a nie jedynie swoiste *modus vivendi* pozwalające utrzymać funkcjonowanie państwa, to podejście to zakłada swego rodzaju hierarchiczną strukturę moralności. Opiera się ona na założeniu, że na samym szczycie znajduje się argument z (miękkiej) neutralności, wyłączający<sup>329</sup> wszelkie rozważania dotyczące moralności danych praktyk, ich wartości wewnętrznej, ich istoty lub płynącego z ich realizacji dobra. Jest to, rzecz jasna, kusząca perspektywa, której nie sposób zlekceważyć w obliczu pluralizmu rozległych doktryn. Pomimo jej elegancji i licznych walorów, jej konsekwentna realizacja może okazać się w rzeczywistości trudna do zaakceptowania, biorąc pod uwagę nasze intuicje moralne odnośnie do sprawiedliwości.

Odwołując się do przykładu aborcji, można powziąć wątpliwość, czy powinniśmy zawsze abstrahować od tego, czy – jak wskazano wyżej – aborcja stanowi w istocie zło moralne, i zamiast tego przywoływać racje neutralne, takie jak między innymi nieskuteczność regulacji zakazujących aborcji, niepożądane konsekwencje związane z istnieniem podziemia aborcyjnego lub nierówny dostęp do zabiegów aborcyjnych w sytuacji zakazu przerywania ciąży. Jeżeli bowiem strona *pro-life* ma całkowitą słuszność co do istoty tego zabiegu, wskazując, że jest on równoznaczny z zabiciem niewinnego człowieka<sup>330</sup>, to istnieją poważne racje, by argumenty takie, jak „nierówny dostęp do zabiegów aborcyjnych”, nie miały charakteru wyłączającego, a tym samym nie miały prymatu nad racjami uznanymi za nieneutralne. Jeżeli bowiem stanowisko strony *pro-life* jest prawdziwe, ale jej najsilniejsze argumenty są kontrowersyjne z punktu widzenia akceptowalności w społeczeństwie (choć możliwe przecież do zakomunikowania innym obywatelom, a więc posiadające pewną moc perswazyjną), to trudno zaaprobować rozstrzygnięcie sporu o w pełni neutralne przesłanki. Prowadziłoby to bowiem do następującej sytuacji:

---

<sup>328</sup> Jak pisze R. Prostak, „John Rawls uważa, że «polityczne» *modus vivendi* jest konstrukcją niewystarczającą. Oczekuje porozumienia, które nie jest taktycznym kompromisem o tymczasowym charakterze. Uzgodnienie częściowego konsensu jest konstrukcją trwalszą, gdyż jest porozumieniem wywiedzionym z przesłania rozumnych rozległych doktryn – znajdującym w nich uzasadnienia (...). Jako że częściowy konsens to środek do celu, jakim jest pokój społeczny, Rawls przypisuje mu moralną wartość”, zob. idem, *Polityka liberalna i religia. Refleksje nad rozumem publicznym Johna Rawlsa i koncepcjami pokrewnymi*, „Kultura i Polityka” 2006, nr 6, s. 21.

<sup>329</sup> Na temat racji wyłączających zob. rozdział 5 niniejszej pracy.

<sup>330</sup> Przykładowo, jak pisze C. Kaczor, „Uważam, że rozsądne rozumowanie, oparte na uważnej i uczciwej analizie dowodów, prowadzi do wniosku, że zdecydowana większość aborcji jest moralnie niedopuszczalna. Jeśli istota ludzka in utero jest niewinną osobą, istotą mającą prawo do życia, to aborcja wydaje się złem, ponieważ prawo do życia jednej osoby pociąga za sobą obowiązek innych, aby jej celowo nie zabijać”, idem, *The Ethics of Abortion: Women's Rights, Human Life, and the Question of Justice*, Nowy Jork 2011, s. 12.

1. Aborcja jest równoznaczna z zabiciem niewinnej istoty ludzkiej.
2. Aborcja jest zatem obiektywnie niemoralna i fakt ten może zostać zakomunikowany w sposób jasny i zrozumiały dla innych obywateli w toku publicznej deliberacji.
3. Racje na rzecz niemoralności aborcji wynikają z ogólnie dostępnych przesłanek, takich jak wiedza medyczna, status płodu, rozwój jego życia, jego struktura genetyczna itp.
4. Racje na rzecz niemoralności aborcji, choć potencjalnie dostępne ogółowi obywateli, nie są w pełni akceptowalne oraz niekontrowersyjne.
5. Strona sprzeciwiająca się delegalizacji aborcji używa racji akceptowalnych i niekontrowersyjnych, choć moralnie niesłusznych, takich jak np. nierówny dostęp do zabiegów aborcyjnych w sytuacji zakazu przerywania ciąży.
6. Nierówny dostęp do zabiegów aborcyjnych oznacza (zgodnie z punktami 1-3) nierówny dostęp do zabijania niewinnych istot ludzkich, a zatem czynu obiektywnie niemoralnego.
7. Ale racja moralna jest wyłączona z dopuszczalnych racji.
8. A zatem nierówny dostęp do aborcji jest racją do działania dla władz publicznych.

Wniosek: Państwo powinno zalegalizować zabijanie niewinnych istot ludzkich.

Podobna sytuacja może wystąpić również chociażby w przypadku sporu dotyczącego związków homoseksualnych i ich prawnego uznania. Załóżmy, że związki jednopłciowe realizują to samo dobro, które realizują związki heteroseksualne. Załóżmy, że ich wewnętrzna wartość jest tożsama z wewnętrzną wartością związków dwupłciowych. Ponadto dobro to może być publicznie dyskutowane, a strona optująca za formalnym uznaniem związków homoseksualnych może próbować przekonać do swoich racji za pomocą argumentów dostępnych dla strony sprzeciwiającej się takiemu uznaniu. Argumenty te nie czerpią zatem na przykład z jakichś autorytetów ezoterycznych środowisk homoseksualnych. Argumenty te nie są jednak powszechnie akceptowane lub niekontrowersyjne. Strona sprzeciwiająca się uznaniu związków homoseksualnych z kolei odwołuje się do takich właśnie argumentów. Podają oni, że społeczne skutki legalizacji takich związków, nawet jeśli realizujących ważne ludzkie dobro, są zbyt duże. Uznanie takich związków wymagałoby szeregu zmian legislacyjnych, jak również prawdopodobnie doprowadziłoby do społecznych rozruchów i wzrostu napięć. Spokojne koegzystowanie obywateli jest zaś wartością niekontrowersyjną i przez wszystkich uznawaną.

Racja moralna – kontrowersyjna i słuszna	Racja neutralna
Związki homoseksualne przedstawiają tę samą wewnętrzną wartość, co związki heteroseksualne	Spokój społeczny, mniejsze napięcia, mniejsze koszty legislacyjne

Będąc całkowicie neutralnym, należałoby odrzucić przesłankę moralną i dojść do wniosku, że społeczny spokój w tym wypadku ma charakter priorytetowy. Precyzyjnie rzecz ujmując, zasada neutralności wyłącza rację moralną z jakichkolwiek dalszych deliberacji. Jednak czy nie kłóci się to z naszymi podstawowymi intuicjami? Czy homoseksualiści nie powinni mieć prawa do publicznego uznania wartości ich związków – jeżeli rzeczywiście są one wartościowe w stopniu nie mniejszym niż związki heteroseksualne? Czy państwo, odmawiając im tego prawa w imię neutralności, nie czyni im niesprawiedliwości?

Powyższe przykłady nie mają na celu jednoznacznego rozstrzygnięcia, czy aborcja lub homoseksualizm są moralne. Stanowią one jedynie eksperyment w zamierzeniu podważający to, czy rzeczywiście powinniśmy wyłączać argumenty moralne w podejmowaniu legislacyjnych decyzji odnośnie do tego rodzaju kontrowersji. Branie w nawias kwestii moralnych jest atrakcyjne, jednak kosztem tego zabiegu może być rażąca niesprawiedliwość oraz właściwie brak możliwości jej korygowania do czasu aż korekta nie uzyska odpowiedniego stopnia akceptowalności. Jak pisze krytyk, oznacza to, że istotne kwestie dotyczące moralności i praw jednostki, w myśl neutralności, należy „pozostawić *statusowi quo* ustanowionemu przez czystą siłę większości [*numbers*] lub wpływów”<sup>331</sup>. Prawni moraliści, jak George i Moore, różnią się diametralnie w konkretnych rozwiązaniach dotyczących między innymi aborcji i homoseksualizmu. Jednakże zgodnie przyznają, że nic, co jest moralnie dobre lub złe, nie może być wyłączone w ocenie moralności, jak również zasadności danej instytucji lub przepisów<sup>332</sup>. Wydaje się, że w pewnych sytuacjach argumenty, które mogłyby zostać uznane za neutralne w rozumieniu miękkiej neutralności, mogą **przeważać** nad argumentami odwołującymi się do moralności, jednak nie powinny ich każdorazowo **wyłączać**. Zdaniem prawnych moralistów rozumna zdolność do kooperacji nie jest zatem hierarchicznie wyższą moralną normą, która jest w stanie wykluczyć rozważania co do istoty danych praktyk, choć

<sup>331</sup> J. Finnis, *Public Reason, Abortion, and Cloning*, „Valparaiso University Law Review” 1998, vol. 32, nr 2, s. 370.

<sup>332</sup> M.S. Moore, *Placing...*, s. 659. Zob. też M.S. Moore, *Authority, Law, and Razian Reasons*, „Southern California Law Review” 1989, vol. 62, s. 827-896.

jednocześnie może – zwłaszcza przy przyjęciu ograniczeń epistemicznych – stanowić ważki argument przeważający nad argumentami przeciwnymi.

Zwolennik zasady neutralności mógłby kontrargumentować, że ustawodawca może sam być przekonany o wewnętrznej wartości takich związków, i okoliczność ta może w jakiś sposób determinować jego działania, jednak publicznie powinien uzasadniać swoje rozstrzygnięcia innymi, a więc neutralnymi, racjami. Niemniej, jest to stanowisko dość problematyczne, ponieważ podaje w wątpliwość zaufanie do organów państwa. W takiej perspektywie bowiem ich działania mają być z założenia motywowane innymi przesłankami, niż przedstawiane jako uzasadnienie tychże działań, co wydaje się niedopuszczalne. Poza tym, nie jest przesądzone, że w wyniku ważenia neutralnych racji zawsze przewagę uzyskiwać będzie moralnie słuszna strona.

Historycznie rzecz biorąc, istnieje wiele kontrowersyjnych – przynajmniej z punktu widzenia ówczesnych społeczeństw – przykładów sporów, w których racje nieznanujące powszechnej akceptacji okazywały się całkowicie słusznymi. Jak pisze Michael J. Sandel, jeszcze całkiem niedawno zakaz niewolnictwa był w Stanach Zjednoczonych przejawem kontrowersyjnej wizji dobra. W debacie z Abrahamem Lincolnem Stephen Douglas przedstawił ówczesną wizję neutralności: wobec niezgody obywateli co do dopuszczalności niewolnictwa, należy tę kwestię pozostawić do rozstrzygnięcia ludności każdego stanu (zgodnie z tzw. doktryną suwerenności ludu). Władza federalna nie powinna więc, przy braku konsensusu, podejmować substancjalnych rozstrzygnięć moralnych. Zapewne większość współczesnych czytelników staje jednak po stronie Lincolna, twierdzącego iż „kto upatruje w nim [w niewolnictwie] zła, ten – logicznie rzecz biorąc – nie może stać na neutralnym stanowisku”<sup>333</sup>.

Podobnie niecałe 100 lat temu – w 1926 r. – kiedy sędzia Oliver Wendell Holmes Jr. ogłaszał, iż „trzy pokolenia idiotów wystarczą”<sup>334</sup> – wyrazem kontrowersyjnej wizji dobra był sprzeciw wobec przymusowej sterylizacji. Trudno więc zgodzić się na kryterium akceptowalności i niekontrowersyjności, kiedy w grę wchodzi podstawowe prawa jednostki. Trudno też zakładać, że nasze współczesne konsensusy są bardziej sprawiedliwe niż te sprzed wieków. Z większym prawdopodobieństwem można przyjąć, że również i one, a przynajmniej

---

<sup>333</sup> M.J. Sandel, *Liberalizm a granice sprawiedliwości*, tłum. A. Grobler, Warszawa 2009, s. 295.

<sup>334</sup> Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).

niektóre z nich, zostaną w przyszłości odrzucone jako naruszające fundamentalne normy moralne.

*b) Akceptowalność z punktu widzenia modelowego obywatela*

Zwolennik miękkiej neutralności mógłby oponować, że z jego punktu widzenia akceptowalność nie powinna być odnoszona do aktualnie istniejących konsensusów społecznych, lecz do pewnej wyidealizowanej wizji konsensusu rozumnych obywateli.

John Finnis wskazuje, że stwierdzenie, iż można oczekiwać, że dane uzasadnienie zostanie zaakceptowane i zrozumiane przez obywatela państwa demokratycznego, może przybrać dwie postaci – normatywną oraz predyktywną. Otóż:

Pojmowanie tej wypowiedzi jako normatywnej możemy przedstawić na następującym przykładzie: Kiedy mówimy, że oczekujemy na twoje przyjście, mamy na myśli to, że „powinieneś przyjść”, przyjść punktualnie i być uprzejmym dla gości. Odpowiednio ujęcie predyktywne dałoby się zilustrować następująco: Gdy mówimy, że oczekujemy, iż przyjdzie około dziesięciu do dwunastu gości spośród zaproszonych osób; oznacza to, iż „możliwe, że...”, „prawdopodobne, że...”, „najprawdopodobniej” przyjdzie taka liczba gości<sup>335</sup>.

Interpretacja predyktywna akceptowalności jest obciążona istniejącym w danym społeczeństwie konsensusem, przez co staje się „zakładnikiem zgody lub niezgody każdego człowieka, a przynajmniej każdej osoby posiadającej rozumne poglądy”<sup>336</sup>.

Interpretacja w duchu normatywnym jest z kolei problematyczna, ponieważ mogłaby wiązać się z przyjęciem jakiegoś odgórnego kryterium, istniejącego poza samym konsensusem, co samo w sobie mogłoby oznaczać złamanie zasad neutralności.

Analizując opis miękkiej neutralności w wyżej wymienionych książce i artykule Ciszewskiego, można odnieść wrażenie, że akceptowalność powiązana jest niekiedy z oczekiwaniem, że modelowy obywatel „powinien przyjąć” albo przynajmniej „powinien móc przyjąć” dane uzasadnienie ze względu na wyidealizowany obraz owego modelowego obywatela, niekiedy zaś z odwołaniem do istniejących już konsensusów. Można to zaprezentować za pomocą tabeli zawierającej cytaty z przywoływanych publikacji:

---

<sup>335</sup> J. Finnis, *O racji publicznej*, tłum. A. Folta, „Ius et Lex” 2005, s. 10-11.

<sup>336</sup> Ibidem, s. 11.

Odwołanie do rzeczywistego konsensusu	Odwołanie do ideału
„wartości powszechnie akceptowane”	„hipotetyczna postać rozumnego demokratycznego obywatela”
„powszechność jej [wartości lub racji] uznania w danym społeczeństwie”	„daną polityczną wartość lub rację postępowania uznajemy za neutralne, jeżeli mogłyby one zostać uznane i zaakceptowane przez tak scharakteryzowanego [hipotetycznego] obywatela”
„wartości akceptowalne dla każdego obywatela demokracji”	„potencjalna akceptowalność z punktu widzenia rozumnych obywateli dobrze urządzonego społeczeństwa demokratycznego”
„punkt odniesienia neutralności nie obejmuje wszystkich możliwych koncepcji dobrego życia, ale ogranicza się tylko do tych, które są kontrowersyjne społecznie, tj. są przedmiotem faktycznego sporu społecznego”	„wszelkie racje możliwe do zaakceptowania dla jednostki ujmowanej jako obywatel dobrze urządzonego społeczeństwa demokratycznego”
„niektóre cząstkowe koncepcje życia, wsparte konsensusem społecznym, nie są przedmiotem kontrowersji, a zatem są dopuszczalne jako przesłanki działania”	„zgodnie z klasycznym rozumieniem kryterium kontraktualistycznego zaproponowanym przez Rawlsa racje neutralne to racje, które zostałyby uznane za legitymizowane przez hipotetycznych obywateli dobrze urządzonego społeczeństwa demokratycznego”
niektóre paternalistyczne działania państwa nie są sprzeczne z neutralnością, „jeżeli tylko zabezpiecza je istniejący w danym społeczeństwie konsensus”	„kryterium rozumnego obywatela oraz dobrze urządzonego społeczeństwa demokratycznego pełnią tutaj funkcje swoistych idealizacji”
„prawa człowieka i obywatela są powszechnie akceptowane, a co za tym idzie niekontrowersyjne”	„główne idee składające się na koncepcje modelowego obywatela oraz idealnego społeczeństwa demokratycznego”



Jeżeli zatem przyjmiemy, jak w lewej kolumnie, że nie wykluczamy odwołań do racji i wartości, które nie są „przedmiotem faktycznego sporu społecznego”, tj. „nie są przedmiotem kontrowersji, a zatem są dopuszczalne jako przesłanki działania”, to słusność takiego podejścia zależy właściwie od bieżącej świadomości moralnej samego społeczeństwa. W społeczeństwie akceptującym niewolnictwo posiadanie niewolników nie będzie „przedmiotem faktycznego sporu społecznego”, a zatem będzie dopuszczalne. Jest to w oczywisty sposób niemoralne<sup>337</sup>, jednak racje moralne są jako takie wykluczone z kategorii dopuszczalnych uzasadnień. Prawa jednostki zależą w takim ujęciu od siły aktualnego konsensusu.

Jeżeli z kolei odwołujemy się, jak w prawej kolumnie, do pewnego ideału rozumnego modelowego obywatela, to możemy spotkać się z zarzutem nakładania normatywnych siatek, które same w sobie mogą być kontrowersyjne, jako wykluczające konkurencyjne wizje. Tworzenie idealnych wzorców jest kontrowersyjne, ponieważ może ono zakładać istnienie „jakiegoś innego standardu poza samym konsensusem, standardu prawdy czy wrodzonej rozumności, w odniesieniu do którego osądzać należy argument, roztropność jego zwolenników oraz rozumność lub nierozumność ich chęci lub niechęci poparcia danego sądu”<sup>338</sup>.

Twórca miękkiej neutralności łączy rozumność ze zdolnością rozpoznawania podstawowych zasad kooperacji z innymi racjonalnymi osobami realizującymi własne koncepcje dobrego życia. Jedną z takich podstawowych zasad kooperacji jest, jak się wydaje, powoływanie się na racje, które mogłyby zostać powszechnie zaakceptowane, a zatem na racje niekontrowersyjne. Neutralność uzasadniania zakłada więc, że niektóre poglądy mogą zostać wykluczone jako nierozumne, ponieważ nie mogłyby zostać zaakceptowane przez rozumnego modelowego mieszkańca państwa demokratycznego. Jednakże, jak w kontekście politycznego liberalizmu Rawlsa wskazuje Chantal Mouffe:

---

<sup>337</sup> W ostatniej książce W. Ciszewski wprowadza wymóg, aby państwo było neutralne jedynie w stosunku do tych koncepcji dobrego życia, które spełniają warunki minimalnej moralności. W moim przekonaniu nie jest to założenie niekontrowersyjne. Minimalna moralność może wchodzić bowiem w konflikt z innymi neutralnymi założeniami, jak np. „istniejący konsensus społeczny” albo „powszechność uznania” jakiejś wartości. Gdyby w takim konflikcie przewagę miał zawsze wymóg moralności, to neutralność uzasadniania zbliżałaby się mocno do opozycyjnych koncepcji perfekcjonistycznych. Ponadto nie jest jasne, co dokładnie wchodzi w zakres moralnego minimum. Dla W. Ciszewskiego poza nim znajdują się m.in. poglądy mizoginistyczne albo anarchistyczne. Tymczasem – przykładowo – dla R.P. George’a poza zakresem tolerancji pozostaje pornografia, jako przejaw uprzedmiotowienia człowieka. Czy zatem ostatecznie nie chodzi o debatę na temat moralności właśnie?

<sup>338</sup> J. Finnis, *O racji...*, s. 11.

Kiedy przyjrzymy się tej definicji, która na pierwszy rzut oka może wydawać się bezproblemowa, okaże się, że jest to pośredni sposób stwierdzenia, że rozumni ludzie to ci, którzy akceptują podstawy liberalizmu. Innymi słowy, funkcją tego rozróżnienia na „rozumnych” i „nierozumnych” jest wyznaczenie granicy między doktrynami, które akceptują zasady liberalne, a tymi, które się im sprzeciwiają<sup>339</sup>.

To prowadzi koniec końców do kolistej formy argumentacji: liberalizm polityczny może zapewnić konsensus pomiędzy rozumnymi osobami, które z definicji są osobami akceptującymi zasady liberalizmu politycznego<sup>340</sup>. Zdaniem Mouffe, ograniczenie demokratycznej debaty do osób akceptujących zasady liberalizmu zapewne jest słuszne, ale nie jest neutralne – stanowi raczej wyraz pewnego (politycznego) rozstrzygnięcia. Podobnie rozumnym modelowym obywatelem w interpretacji wyidealizowanej może być – zdaje się – tylko ten, kto zgadza się na ograniczenie publicznych uzasadnień wyłącznie do uzasadnień neutralnych, tj. ten, kto posiadał „zdolność rozpoznawania podstawowych zasad kooperacji”. Tak zatem, nierozumnym jest przywoływanie m.in. racji wynikających z prawa naturalnego<sup>341</sup> czy „filozoficznych koncepcji praw człowieka”<sup>342</sup>, niezależnie od ich prawdziwości. Miękką neutralność w ostateczności wyznacza ramy publicznego współdziałania dla osób rozumnych, tj. z definicji osób, które aprobuje reguły miękkiej neutralności, takie jak limitacja publicznych uzasadnień.

Na problematyczny aspekt rozumnego i modelowego obywatela zwraca uwagę również Wojciech Brzozowski. Jak pisze: „proponowany w artykule [W. Ciszewskiego] test «rozumnego demokratycznego obywatela» na gruncie zasady neutralności nie jest udanym pomysłem, bo jego rezultat zależy od tego, kto zechce przemówić głosem rozumnego obywatela. Trudno podzielić oczekiwanie, że ten ktoś – ustawodawca, organ stosujący prawo, sąd konstytucyjny – wzniesie się ponad spór światopoglądowy i oddzieli racje kontrowersyjne od niekontrowersyjnych, zwłaszcza dysponując tak niejasnymi kryteriami oceny”<sup>343</sup>.

### c) Relacja obywatel-obywatel

Na koniec można odnotować, że „miękką neutralność” dotyczy działań organów władzy publicznej wobec obywateli. Ciszewski – za Dworkinem – wyznacza *ratio* neutralności

---

<sup>339</sup> Ch. Mouffe, *The Limits of John Rawls' Pluralism*, „Theoria: A Journal of Social & Political Theory” 2009, vol. 56, nr 118, s. 3-4.

<sup>340</sup> Ibidem, s. 4. Uwagi Mouffe odnoszą się bezpośrednio do Rawlsa, niemniej wydaje się, że przywołać można je również w świetle koncepcji miękkiej neutralności.

<sup>341</sup> W. Ciszewski, *Zasada...*, s. 291.

<sup>342</sup> Ibidem, s. 295.

<sup>343</sup> W. Brzozowski, *Granice neutralności światopoglądowej państwa*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 12, s. 94.

konstituowane przez moralną zasadę równej troski i szacunku w stosunku do obywateli<sup>344</sup>. Jak czytamy, „Stosownie do tej propozycji obowiązywanie zasady stanowi konsekwencję uznania przez władze publiczne równego moralnego statusu wszystkich osób w państwie demokratycznym<sup>345</sup>”.

Pytaniem otwartym pozostaje, czy jest ona w stanie wyjaśnić regulacje antydyskryminacyjne, obejmujące relacje obywatel-obywatel. Jak zasugerowano w podrozdziale poprzednim, tego typu przepisy są wytłumaczalne na gruncie bardziej republikańskiej koncepcji wspólnoty oraz obywatelskości. Mają one także perfekcjonistyczny odcień i narzucają pewną egalitarną wizję dobrego życia, tj. wymuszają na obywatelach podejmowanie działań zgodnych z normami określonej moralności (np. w życiu zawodowym, w polityce kadrowej prywatnej firmy, w świadczeniu albo odmowie świadczenia usług konkretnym grupom). Spajają one wspólnoty w państwach liberalno-demokratycznych i nie wydaje się, by istniały dobre powody do rezygnacji z nich we współczesnym prawie. Jednocześnie nie wydaje się, by rozumny sprzeciw wobec tego rodzaju regulacji był całkowicie niemożliwy.

Ponadto, jak już widzieliśmy, odnoszenie się przez władzę publiczną z równą troską i szacunkiem w stosunku do obywateli ma – paradoksalnie – swoje paternalistyczne lub moralistyczne inklinacje. Jeżeli przykładowo zdrowie jest wartością obiektywną, a zażywanie narkotyków i swobodny do nich dostęp tej wartości zagrażają, to zgadzając się na ich dobrowolne używanie przez osoby dorosłe, odmawiamy im aktywnej troski, którą prawdopodobnie okazalibyśmy naszym bliskim. Tak też można postrzegać zakaz pornografii oraz inne postulaty, które przez zwolenników neutralności, takich jak Dworkin, mogłyby zostać uznane za kontrowersyjne. W tym kontekście przyznać jednak trzeba, że zwolennik miękkiej neutralności mógłby zaakceptować niektóre paternalistyczne lub moralistyczne działania państwa, jeżeli tylko zabezpieczałby je istniejący w danym społeczeństwie konsensus.

Jeżeli argumentacja przedstawiona w niniejszym rozdziale jest choć w części prawidłowa, to powinniśmy w jej świetle dokonać analizy pojęcia moralności, które pojawia się niekiedy w ustawodawstwach, a także spróbować nakreślić moralistyczną koncepcję legislacji. Zadania te zostaną zrealizowane w dwóch następnych rozdziałach.

---

<sup>344</sup> W. Ciszewski, *W stronę...*, s. 13.

<sup>345</sup> *Ibidem*.

## 4. Znaczenie moralności we współczesnym prawie

W rozdziale czwartym dokonana zostanie analiza orzecznictwa sądowego w sprawach dotyczących moralności, tj. tych, w których pojęcie „moralność” było przedmiotem sędziowskiej wykładni, mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia konkretnego problemu prawnego. Przedmiotem deliberacji będą wyroki wydawane przez sądy konstytucyjne (Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy USA) oraz ponadnarodowe (Europejski Trybunał Praw Człowieka, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). To one bowiem wyznaczają granice ustawodawstwa i legitymizują bądź odmawiają sądowej legitymizacji dla państwowych zakazów, ustanawianych wobec jednostki, co dla tematu niniejszej pracy jest kwestią o kluczowym znaczeniu. Rozważania będą prowadzone w oparciu o wypracowane w poprzednich rozdziałach kryteria: moralności pozytywnej i krytycznej, neutralności wobec koncepcji dobrego życia i możliwości jej praktycznego utrzymania, a także wspólnotowego aspektu prawnego moralizmu.

### 4.1 Moralność w konstytucjach i aktach prawa międzynarodowego

Współczesne prawo posługuje się kategorią moralności w kontekście dopuszczalnej ingerencji ustawodawcy i granic ludzkiej wolności. Ramy jednostkowych swobód wyznaczają między innymi normy moralne, przywoływane w konstytucjach i aktach prawa międzynarodowego nierzadko wprost. Tak zatem, w niemieckiej ustawie zasadniczej stwierdzono, iż „Każdy ma prawo do swobodnego rozwoju swojej osobowości, o ile nie narusza praw innych i nie wykracza przeciwko porządkowi konstytucyjnemu lub **nakazom moralnym**”<sup>1</sup>; w konstytucji Republiki Litewskiej zawarto regulację, zgodnie z którą: „Wolność wyrażania przekonań, otrzymywania i rozpowszechniania informacji nie może być ograniczona inaczej niż w drodze ustawy i jeżeli byłoby to konieczne dla ochrony zdrowia, honoru oraz godności człowieka, życia prywatnego, **moralności** lub ustroju konstytucyjnego”<sup>2</sup>; a konstytucja Irlandii zastrzega, że prawo do wyrażania opinii i wolność słowa „nie będą wykorzystywane do naruszania porządku lub **moralności publicznej**, lub podważania władzy państwowej”<sup>3</sup>. Tak też artykuł 24 słowackiej konstytucji gwarantuje wolność myśli, sumienia, wyznania i wiary, ale zaznacza, że warunki wykonywania tych praw można ograniczyć ustawą, gdy chodzi o uregulowania niezbędne w demokratycznym społeczeństwie dla ochrony

---

<sup>1</sup> Art. 2 ust. 1 ustawy zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec.

<sup>2</sup> Art. 25 Konstytucji Republiki Litewskiej.

<sup>3</sup> Art. 40 ust. 6 Konstytucji Irlandii.

porządku publicznego, zdrowia i **moralności** albo praw i wolności innych. Ze względu na moralność prawo do praktykowania religii doznaje ograniczenia także na Islandii (art. 63 konstytucji); to samo tyczy się wolności wypowiedzi (art. 73). Termin „**moralność publiczna**” pojawia się w konstytucji Malty, w kontekście możliwych restrykcji dla praw i wolności obywatelskich, aż sześciokrotnie – w art. 38, 39, 40, 41, 42 i 44. Podobnie polska Konstytucja<sup>4</sup>, w art. 31 ust. 3, wykorzystując kategorię **moralności publicznej**, przesądza, iż ograniczenia korzystania z konstytucyjnych praw i wolności mogą być, w celu zapewnienia jej ochrony, ustanawiane. Ponadto art. 53 Konstytucji RP w ust. 5 stwierdza, że wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, **moralności** lub wolności i praw innych osób. W literaturze wskazuje się przy tym, że terminy „moralność publiczna” i „moralność”, która to występuje także samodzielnie (tzn. bez przymiotnika „publiczna”) na gruncie przepisów konstytucyjnych, należy rozumieć synonimicznie<sup>5</sup>.

Również akty ponadnarodowe zawierają tego rodzaju klauzule wyznaczające ramy korzystania z indywidualnej wolności. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 29 *in principio* w dość komunitariański sposób wskazuje, że „Każda jednostka ma obowiązki wobec wspólnoty, bo tylko w niej możliwy jest swobodny i pełny rozwój jej osobowości”, a następnie dodaje: „W korzystaniu ze swych praw i wolności, każdy podlega jedynie takim ograniczeniom, które są określone przez prawo, wyłącznie w celu zapewnienia należytego uznania i poszanowania praw i wolności innych, oraz zaspokojenia słusznym wymagań **moralności**, porządku publicznego i powszechnego dobrobytu w społeczeństwie demokratycznym”. Z kolei Europejska Konwencja Praw Człowieka<sup>6</sup> do moralności odwołuje się przy możliwości wprowadzenia limitacji dla takich praw i swobód, jak: prawo do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego (art. 8), wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9), wolność wyrażania opinii (art. 10) czy też wolność zgromadzeń (art. 11). Do moralnej materii wprost odnosi się również Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>7</sup>, który w art. 36 przewiduje możliwość stosowania „zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, uzasadnionych względami **moralności publicznej**, porządku publicznego,

---

<sup>4</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>5</sup> M.W. Grebler, *Moralność publiczna jako wyznacznik treści pojęcia wolność gospodarcza*, „Prawo Kanoniczne” 2015, t. 58, s. 168 i cyt. tam literatura. Z poglądem tym nie zgadza się m.in. P. Sobczyk, *Public Order and Public Morality as Values Co-Creating the Constitutional Axiological Order*, [w:] G. Blicharz (red.), *Public Policy and Public Morality*, Warszawa 2019, s. 36-37.

<sup>6</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284 ze zm.

<sup>7</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2016 C 202, s. 1.

bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej”.

Widać zatem, że moralność została przez krajowych i międzynarodowych prawodawców uznana za samodzielną, niezależną od chociażby praw i wolności innych osób, przesłanką uzasadniającą ograniczenia i zakazy nakładane na obywateli. Warto odnotować, że naruszanie praw i wolności innych osób również samo w sobie stanowi poważną niemoralność, niemniej jednak ustawodawcy zdecydowali o wyszczególnieniu rozmaitych kategorii dopuszczających stosowanie prawnych ograniczeń w ten sposób, że przesłanka moralna i wolnościowa mogą być od siebie odrębne (tzn. dopuszczalna jest legislacja ograniczająca prawa jednostki wyłącznie ze względu na niemoralność danego zachowania, abstrahując zaś od jego wpływu na prawa, wolności lub krzywdę innych osób)<sup>8</sup>. Po wtóre, oczywistym jest, iż samo pojęcie moralności nie zostało przez tychże prawodawców zdefiniowane, co nakłada na sądy konieczność wypracowania właściwej interpretacji w drodze orzecznictwa.

Jak zauważa Michael J. Sandel, w debacie prawnej i moralnej wyróżnić można dwa podejścia, które filozof nazywa „naiwnym” (*naive*) i „wyrafinowanym” (*sophisticated*)<sup>9</sup>. Pierwsze z nich utrzymuje, że sprawiedliwość ustaw zależy od moralnej wartości zachowania, którego zakazują lub które chronią, natomiast drugie – że sprawiedliwość takich ustaw nie zależy od substancjalnej oceny moralnej danego zachowania, ale od bardziej ogólnej teorii na temat rządów większości, praw jednostki, demokracji i wolności<sup>10</sup>. Inaczej rzecz ujmując, zwolennik podejścia wyrafinowanego nie będzie rozstrzygał merytorycznie danej kwestii moralnej, powstałej na gruncie problemu prawnego, ale będzie odwoływał się do bardziej ogólnych zasad, jak np. zasada demokratyczna, mówiąca, że większość ma prawo do ustanawiania prawa zgodnie ze swoją opinią, albo zasada liberalna, według której podstawowym zadaniem rządu jest ochrona jednostki przed wolą większości. Sandel podkreśla przy tym, iż wyrafinowany sposób argumentacji przeciwników niektórych moralistycznych regulacji może przybierać różne formy, spośród których jedną z najczęściej przywoływanych

---

<sup>8</sup> J. Podkowiak wyraża opinię, iż „Wpisanie wprost do tekstu Konstytucji pojęć «moralność publiczna» czy «moralność» sprzeciwia się w rezultacie idei moralnej neutralności prawa, oznaczającej, zasadniczo, niedopuszczalność ograniczania wolności jednostki w imię ochrony moralnych przekonań większości społeczeństwa, innych niż zapobieganie bezpośredniej krzywdzie fizycznej albo psychicznej drugiej osoby”, zob. idem, *Moralność publiczna jako przesłanka ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 8, s. 22.

<sup>9</sup> M.J. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, „California Law Review” 1989, vol. 77, nr 3, s. 521.

<sup>10</sup> Ibidem.

jest woluntarystyczna. W jej świetle rząd powinien pozostać neutralny wobec koncepcji dobrego życia, aby szanować zdolność osób jako wolnych obywateli lub autonomicznych podmiotów do samodzielnego wyboru swoich koncepcji<sup>11</sup>. Z kolei proponenci moralistycznych rozwiązań nierzadko sięgają po wyrafinowaną metodę argumentacji, opartą o wolę większości, czyli podstawę demokracji. Obie strony unikają zatem podjęcia bezpośredniej decyzji dotyczącej substancjalnych kwestii moralnych, uciekając się do uzasadnień zastępczych. Uzasadnienia naiwne i wyrafinowane można przedstawić za pomocą tabeli:

<b>Naiwne – aprobujące moralizm</b>	<b>Naiwne – przeciwne moralizmowi</b>	<b>Wyrafinowane – aprobujące moralizm</b>	<b>Wyrafinowane – przeciwne moralizmowi</b>
Zachowanie X powinno zostać objęte prawnym zakazem, ponieważ jest prawdziwie niemoralne	Zachowanie X nie powinno zostać objęte prawnym zakazem, ponieważ w istocie nie jest niemoralne	Zachowanie X powinno zostać objęte prawnym zakazem, niezależnie od jego prawdziwego moralnego statusu, ponieważ taka jest wola większości	Zachowanie X nie powinno zostać objęte prawnym zakazem, niezależnie od jego prawdziwego moralnego statusu, ponieważ państwo powinno zachować neutralność

Wykonanie: moje, na podstawie M.J. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, „California Law Review” 1989, vol. 77, nr 3, s. 521-538.

W poprzednim rozdziale podano w wątpliwość, czy przyjęcie wyrafinowanego antymoralizmu, a więc i neutralności wobec koncepcji dobrego życia, jest w rzeczywistości możliwe i pożądane. Ze względu na pewne dwuznaczności odrzucono też możliwość ścisłego przywiązania do konsensusu rozumnych doktryn i figury modelowego obywatela państwa demokratycznego. Zasugerowano tym samym, że czasami konieczne jest podjęcie, przynajmniej *implicite*, kontrowersyjnego rozstrzygnięcia moralnego, a co za tym idzie – wybranie jakiejś, niekiedy głęboko ukrytej, formy uzasadnienia naiwnego. Natomiast w rozdziale drugim przedstawiono krytykę koncepcji lorda Patricka Devlina, która w dużym stopniu przypomina to, co Sandel nazywa podejściem wyrafinowanym, ale aprobującym

<sup>11</sup> Ibidem, s. 522.

moralizm w prawie. Wyrafinowaną moralność pozytywną przeciwstawiono „naiwnej” moralności krytycznej.

Najwyższy czas sprawdzić, jaką rolę odgrywają wymienione wyżej metody uzasadniania w orzecznictwie – jakie jest moralistyczne *law in action*. Przeprowadzona analiza posłuży do krytycznego spojrzenia na metodę większościową (zarówno akceptującą moralizm, jak i negującą) oraz odwołującą się do społecznego konsensusu. Podjęta zostanie próba obrony tezy, iż konieczna, a także bardziej atrakcyjna, jest metoda naiwna, oparta o moralność krytyczną, która jednocześnie ma silne fundamenty wspólnotowe.

## 4.2 Europa

### 4.2.1 Europejski Trybunał Praw Człowieka

#### 4.2.1.1 Tradycyjna linia orzecznicza

Pierwszą sprawą, rozpatrywaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz), w której dokonano wykładni pojęcia „moralność” na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz), był *case Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*<sup>12</sup> z 1976 r. Jest ona niezwykle istotna, gdyż orzeczenie, które w niej zapadło, wyznaczyło standardy dla oceny dopuszczalnej ingerencji państwa w sferę działań jednostki, do których odwoływano się również w wielu późniejszych wyrokach dotyczących ograniczeń uzasadnianych koniecznością ochrony moralności. Faktycznym tłem dla rozważań prawnych prowadzonych w tej sprawie było skazanie za posiadanie publikacji książkowych, przeznaczonych do dalszej sprzedaży, zawierających kontrowersyjne fragmenty odnośnie do seksu a przeznaczonej dla dzieci i młodzieży. Wątpliwości budziły w szczególności fragmenty książki, które młodzi ludzie na pewnym etapie rozwoju mogliby zinterpretować jako „zachętę do oddawania się szkodliwym dla nich przedwczesnym działaniom lub nawet do popełniania niektórych przestępstw”<sup>13</sup>. W celu ustalenia, czy działania organów państwa, polegające na wszczęciu postępowania karnego zakończonego prawomocnym skazaniem, stanowiły naruszenie swobody ekspresji, zagwarantowanej przez EKPCz, Trybunał rozwinął doktrynę marginesu uznania (*margin of appreciation*).

Doktryna ta zakłada, iż przede wszystkim to na państwach-stronach Konwencji leży obowiązek zagwarantowania, że prawa jednostek będą efektywnie przestrzegane, a Trybunał pełni funkcję subsydiarną, oceniając czy w danym przypadku, w konkretnej indywidualnej

---

<sup>12</sup> Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72.

<sup>13</sup> Ibidem, pkt 52.



sprawie nie został naruszony któryś z przepisów EKPCz. Tak więc państwu przysługuje pewien margines swobody w uchwalaniu i interpretowaniu prawa, a Trybunał czuwa nad tym, aby nie wykraczano poza wyznaczone Konwencją właściwe granice państwowej ingerencji. Te ostatnie są z kolei określone poprzez: zasadę proporcjonalności, wymóg aby stosowane środki przez państwo były konieczne do osiągnięcia celu (jakim jest w tym przypadku ochrona moralności), a także generalne zasady leżące u podstaw demokratycznego społeczeństwa. Jak wskazał Trybunał, są to między innymi „pluralizm, tolerancja i otwartość myślenia”<sup>14</sup>. Wolność słowa, będąca warunkiem rozwoju każdej jednostki, ma więc zastosowanie „nie tylko do «informacji» lub «idei» które są przychylnie przyjmowane lub uważane za nieobraźliwe lub obojętne, lecz także do tych, które obrażają, szokują lub niepokoją państwo lub jakąkolwiek część społeczeństwa”<sup>15</sup>.

Co jednak najistotniejsze, Trybunał zauważył, że:

W szczególności nie jest możliwe znalezienie w prawie krajowym różnych Umawiających się Państw jednolitej europejskiej koncepcji moralności. Poglądy na wymagania moralne, które są zawarte w ich ustawodawstwach, różnią się w zależności od czasu i miejsca, zwłaszcza w naszej epoce, która charakteryzuje się szybką i daleko idącą ewolucją poglądów na ten temat. Ze względu na swój bezpośredni i stały kontakt z siłami żywotnymi swoich krajów, władze państwowe znajdują się w zasadzie w lepszej sytuacji niż sędzia międzynarodowy, aby wydać opinię na temat dokładnej treści tych wymogów, jak również na temat „konieczności” „ograniczenia” lub „kary” mających na celu ich spełnienie<sup>16</sup>.

W powyższym ustępie Trybunał wyraźnie zasugerował, że przy ocenie ewentualnego naruszenia standardu wynikającego z Konwencji nie chodzi o odnalezienie obiektywnej moralności, a jedynie o dokonanie oceny działania państwowych organów (legislacyjnych i sądowych) w świetle rozpowszechnionych w społeczeństwie danego państwa poglądów moralnych. To oznacza, że „konieczność ochrony moralności”, w rozumieniu Konwencji, należy rozpatrywać każdorazowo w kontekście danego państwa oraz społeczeństwa, przy czym trzeba mieć na uwadze przede wszystkim to, czy w takim przypadku występuje „pilna społeczna potrzeba”<sup>17</sup> (*pressing social need*) utrzymywania regulacji odnośnie do moralności. W opisywanej sprawie taka potrzeba, pomimo „różnorodności i ciągłej ewolucji w Zjednoczonym Królestwie poglądów na temat etyki i edukacji”, niewątpliwie istniała. Dlatego też sędziowie angielscy mieli prawo, korzystając z przysługującej im swobody

---

<sup>14</sup> Ibidem, pkt 49.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem, pkt 48.

<sup>17</sup> Ibidem.

uznania, uważać w danym czasie, że publikacja książkowa będzie miała szkodliwy wpływ na moralność wielu dzieci i młodzieży, które będą ją czytać<sup>18</sup>. Wyżej wspomniana „pilna społeczna potrzeba” została zaś rozpoznana na podstawie społecznego oburzenia, w tym listów oburzonych czytelników do prasy, jak również gorącej debaty politycznej<sup>19</sup>. Brytyjski rząd wprost odwoływał się do konieczności nałożenia sankcji prawnych, uzasadnionych „autentycznym poruszeniem odczuwanym przez obywateli wiernych tradycyjnym wartościom moralnym, gdy pod koniec marca 1971 r. przeczytali w niektórych gazetach fragmenty książki, która miała się ukazać 1 kwietnia”<sup>20</sup>. Trybunał uznał tę argumentację.

Widać zatem, że w doktrynie przyjętej przez ETPCz w istocie kluczowym jest znalezienie właściwej proporcji między uprawnieniami jednostek, wynikającymi z regulacji konwencyjnych, a siłą nacisku danego społeczeństwa, czyli jego moralnością pozytywną, o której to pisali John Austin i Patrick Devlin. Potwierdzają to także inne wyroki wydawane przez Trybunał w podobnych sprawach. W orzeczeniu Müller i inni przeciwko Szwajcarii<sup>21</sup> z 1988 r. wprost posłużono się zwrotem „obecnie przeważająca moralność społeczna”<sup>22</sup> (*currently prevailing social morality*), co świadczy o ścisłym powiązaniu pojęcia „moralność” z akurat dominującymi opiniami w wybranym społeczeństwie. Trybunał przyjął taką perspektywę, ponieważ „poglądy na wymagania moralności różnią się w zależności od czasu i miejsca, zwłaszcza w naszej epoce, którą cechuje daleko idąca ewolucja poglądów na ten temat”<sup>23</sup>. W tej konkretnej sprawie, pomimo rzeczonyj ewolucji, uznano, że obrazy autorstwa skarżącego, przedstawiające sceny seksualne między ludźmi i zwierzętami, mogły „rażąco obrazić poczucie przyzwoitości seksualnej osób o zwykłej wrażliwości”<sup>24</sup>. W związku z tym, państwo – limitując dostęp do sztuki tego rodzaju – nie naruszyło art. 10 EKPCz.

Konieczność interpretowania Konwencji w kontekście moralności pozytywnej, powszechnej w danym społeczeństwie potwierdza również wyrok wydany w sprawie A, B i C przeciwko Irlandii<sup>25</sup> dotyczący aborcji. Europejski Trybunał Praw Człowieka, przywołując raz jeszcze kryteria przedstawione w orzeczeniu Handyside, stwierdził iż: „w porządkach

---

<sup>18</sup> Ibidem, pkt 52.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Müller i inni przeciwko Szwajcarii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 maja 1988 r., nr skargi 10737/84.

<sup>22</sup> Ibidem, pkt 31.

<sup>23</sup> Ibidem, pkt 35.

<sup>24</sup> Ibidem, pkt 36.

<sup>25</sup> A, B i C przeciwko Irlandii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 16 grudnia 2010 r., nr skargi 25579/05.

prawnych i społecznych Umawiających się Państw nie można odnaleźć jednolitej europejskiej koncepcji moralności, w tym w kwestii początku życia ludzkiego<sup>26</sup>. Ponadto dodano również, że jeżeli w państwach członkowskich Rady Europy brak konsensusu co do wagi danego interesu jednostki (w tej sprawie – prawa do prywatności) lub co do najlepszych środków jego ochrony, zwłaszcza gdy sprawa dotyczy delikatnych kwestii moralnych lub etycznych, przyznany poszczególnym państwom margines uznania musi być szerszy<sup>27</sup>. W konsekwencji, zakaz aborcji nie narusza sam w sobie postanowień Konwencji, o ile oparty jest o głębokie moralne przekonanie (w tym przypadku narodu irlandzkiego) na temat wartości ludzkiego życia i wynikających z niej praw dzieci nienarodzonych<sup>28</sup>. Z kolei źródłem poznania tego dominującego społecznego przekonania było w niniejszej sprawie m.in. referendum przeprowadzone w Irlandii w 1983 r., w którym to większość głosujących opowiedziała się za zakazem aborcji.

Co ciekawe, zbieżność rozumowania przyjętego przez Trybunał z koncepcją sformułowaną przez Devlina objawia się nie tylko w odwołaniach do moralności pozytywnej danego społeczeństwa, lecz również w racjach leżących u podstaw wyboru właśnie tej społecznie uwarunkowanej wizji moralności. Jak wykazano w rozdziale drugim, brytyjski sędzia uzasadniał ochronę moralności pozytywnej spodziewaną społeczną dezintegracją w przypadku naruszenia jej norm. Natomiast ETPCz, w sprawie *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*<sup>29</sup>, dotyczącej emisji filmu wzbudzającego oburzenie wśród katolików<sup>30</sup>, w podobny sposób zważył, iż „w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy istniała pilna społeczna potrzeba zachowania pokoju religijnego; konieczna była ochrona porządku publicznego przed filmem, a sądy w Innsbrucku nie przekroczyły w tym względzie swojego marginesu uznania<sup>31</sup>. Społeczną potrzebę powiązano więc wprost z zachowaniem pokoju religijnego, co Devlin z pewnością nazwałby obroną przed dezintegracją<sup>32</sup>. Z kolei w głośniejszej

---

<sup>26</sup> Ibidem, pkt 223.

<sup>27</sup> Ibidem, pkt 232.

<sup>28</sup> Ibidem, pkt 241.

<sup>29</sup> *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 września 1994 r., nr skargi 13470/87.

<sup>30</sup> Zob. też podobne orzeczenie dotyczące islamu, *E.S. przeciwko Austrii*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 października 2018 r., nr skargi 38450/12. Głosę do tego wyroku napisał J. Falski; zob. idem, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 października 2018 r. w sprawie E.S. vs. Austria, skarga nr 38450/12*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 4, s. 216-229.

<sup>31</sup> Ibidem, pkt 52.

<sup>32</sup> Podobieństwo między tezami P. Devlina a podejściem prezentowanym przez ETPCz zauważalne jest także w anglojęzycznej literaturze. Zob. przykładowo, G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2007, s. 120-130 oraz C. Nowlin, *The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, „Human Rights Quarterly” 2002, vol. 24, nr 1, s. 264-286.

sprawie Stübing przeciwko Niemcom<sup>33</sup> z 2012 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka nawiązał do orzecznictwa niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w przedmiocie kryminalizacji kazirodztwa i stwierdził: „stosunki seksualne między rodzeństwem mogą poważnie zaszkodzić strukturze rodziny, a w konsekwencji całemu społeczeństwu”<sup>34</sup>. Po raz kolejny zatem potwierdzono, że w pojęciu moralności, przynajmniej na gruncie Konwencji, nie chodzi o poszukiwanie obiektywnych wzorców, a jedynie o zapobieganie negatywnym społecznym skutkom.

Warto przy tym odnotować, że – jak wskazano przy sprawie A, B i C – Trybunał wyznacza zakres państwowego marginesu uznania w zależności od istnienia międzynarodowego konsensusu odnośnie do kwestii moralnych. Jeżeli zatem takowy konsensus nie został ukształtowany, a sprawa dotyczy wrażliwej i kontrowersyjnej problematyki moralnej, to państwowemu ustawodawcy przynależy większa swoboda w regulowaniu moralnej materii; a *contrario* – konsensus wśród członków Rady Europy swobodę tę wyłącza albo przynajmniej poważnie ogranicza. Przykładowo, w orzeczeniu Alekseyev przeciwko Rosji<sup>35</sup> potwierdzono, że istnieje ogólnoeuropejski konsensus co do respektowania praw homoseksualistów, w szczególności odnośnie do prawa do organizowania przez nich pokojowych zgromadzeń i publicznej identyfikacji ze swoją orientacją seksualną<sup>36</sup>. Uniemożliwianie homoseksualistom spokojnych demonstracji zostało uznane za naruszenie EKPCz i wykroczenie władz rosyjskich poza ramy nakreślone przez doktrynę *margin of appreciation*.

Wydaje się, że przyjęta przez Trybunał taktyka ma dobre uzasadnienie. Przede wszystkim pozwala na efektywne funkcjonowanie przepisów Konwencji w dobie pluralizmu wartości. Biorąc w nawias kontrowersyjne kwestie moralne, Europejski Trybunał zdaje się zachowywać neutralność wobec rozległych doktryn i skupia się jedynie na utrzymaniu właściwego oraz proporcjonalnego balansu między naciskiem większości a uprawnieniami jednostki. Zgodnie z terminologią Sandela, ETPCz posługuje się metodą wyrafinowaną.

---

<sup>33</sup> Stübing przeciwko Niemcom, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 kwietnia 2012 r., skarga nr 43547/08.

<sup>34</sup> Ibidem pkt 63.

<sup>35</sup> Alekseyev przeciwko Rosji, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 11 kwietnia 2011 r., nr skarg 4916/07, 25924/08 i 14599/09.

<sup>36</sup> Ibidem, pkt 84.

A jednak przy dokładniejszej analizie okazuje się, że ma ona istotne wady. Uwidaczniają się one chociażby przy analizie sprawy Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii<sup>37</sup> z 1981 r.

Orzeczenie wydane przez Trybunał jest o tyle interesujące, że zostało podjęte w stanie prawnym obowiązującym w Irlandii Północnej, w której to wciąż w mocy były opisywane w rozdziale drugim niniejszej pracy wiktoriańskie przepisy z 1861 r. i 1885 r., kryminalizujące między innymi rażącą nieprzyzwoitość między mężczyznami. Jak stwierdził ETPCz, „Ustawy z lat 1861 i 1885 zostały uchwalone w celu egzekwowania panującej wówczas koncepcji moralności seksualnej”<sup>38</sup>. Wskazano, że, że pewne formy ustawodawstwa mogą być konieczne dla ochrony części społeczeństwa albo też etosu moralnego społeczeństwa jako całości. Niemniej – zgodnie ze stanowiskiem Trybunału – „pytanie w niniejszej sprawie brzmi, czy kwestionowane przepisy prawa Irlandii Północnej i ich egzekwowanie pozostają w granicach tego, co w demokratycznym społeczeństwie może być uznane za konieczne dla osiągnięcia tych celów”<sup>39</sup>. Tę konieczność należy rozumieć nie jako użyteczność danej regulacji prawnej czy też jej racjonalność. Konieczność musi być ona oceniana w kontekście istnienia „pilnej potrzeby społecznej” dla danej prawnej ingerencji<sup>40</sup>. Odnośnie do poglądów rozpowszechnionych w społeczeństwie Irlandii Północnej, Trybunał przyznał, iż występuje w nim autentyczne i szczere przekonanie, podzielane przez wielu odpowiedzialnych członków tej społeczności, że zmiana prawa w kierunku dekryminalizacji czynów homoseksualnych byłaby poważnie szkodliwa dla moralnej struktury społeczeństwa<sup>41</sup>.

Z drugiej strony, trzeba mieć na uwadze, że przyznany państwu margines uznania będzie tym mniejszy, im prawna ingerencja bardziej dotkliwa, zwłaszcza w sferze najbardziej intymnej i dotyczącej prywatności jednostki, chronionej w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Wszelkie ograniczenia musi więc cechować proporcjonalność oraz uwzględnienie wymogów demokratycznego społeczeństwa, takich jak „tolerancja i otwartość myślenia”<sup>42</sup>. Zaznaczyć przy tym należy, iż Trybunał zobowiązany jest zachować neutralność, albowiem „nie zajmuje się wydawaniem jakichkolwiek sądów wartościujących na temat moralności stosunków homoseksualnych między dorosłymi mężczyznami”<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 22 października 1981 r., nr skargi 7525/76.

<sup>38</sup> Ibidem, pkt 46.

<sup>39</sup> Ibidem, pkt 49.

<sup>40</sup> Ibidem, pkt 51.

<sup>41</sup> Ibidem, pkt 57.

<sup>42</sup> Ibidem, pkt 53.

<sup>43</sup> Ibidem, pkt 54.

I tak, porównując siłę nacisku społeczeństwa w Irlandii Północnej z jednostkowym prawem do prywatności, ETPCz sięgnął po swego rodzaju koncepcję rozumnego konsensusu, zauważając: „W porównaniu z epoką, w której przepisy te zostały uchwalone, istnieje obecnie lepsze zrozumienie, a w konsekwencji większa tolerancja dla zachowań homoseksualnych, do tego stopnia, że w przeważającej większości państw członkowskich Rady Europy nie uważa się już za konieczne lub właściwe traktowanie praktyk homoseksualnych tego rodzaju, jak te, o których mowa w niniejszej sprawie, jako stanowiących same w sobie przedmiot sankcji prawa karnego; Trybunał nie może pominąć wyraźnych zmian, jakie zaszły w tym względzie w prawie wewnętrznym państw członkowskich”<sup>44</sup>. Co więcej, w samej Irlandii Północnej w ostatnich latach faktycznie zaprzestano stosowania przepisów wymierzonych w homoseksualistów, co w żaden sposób nie wpłynęło na zmianę społecznego standardu moralnego. W związku z powyższym, nie można utrzymywać, że istnieje „pilna potrzeba społeczna” uznania takich czynów za przestępstwa, a co za tym idzie – szkodliwe skutki dalszego utrzymywania kryminalizacji czynów homoseksualnych przeważają nad argumentami na jej rzecz. Tym samym w niniejszej sprawie doszło do naruszenia art. 8 Konwencji.

#### **4.2.1.2 Potrzeba zmian**

Pomimo pojawiającej się zapewne intuicyjnej aprobaty dla powyższej konkluzji, należy poczynić kilka uwag krytycznych, ukazujących niedostatki koncepcji neutralności przyjętej przez ETPCz. Przede wszystkim podkreślić trzeba, że strasburska metoda rozumowania w sprawach dotyczących moralności polega na balansowaniu między przekonaniem większości, choćby nawet błędnymi, a uprawnieniami i swobodami jednostki. Wniosek ten ma doniosłe skutki, ponieważ – jak wykazano na przykładzie sprawy Dudgeon<sup>45</sup> – niektóre sfery życia człowieka, w tym sfera prywatna charakteryzująca się największą intymnością, nie są właściwie przez Trybunał same w sobie interpretowane jako pozostające poza zakresem oddziaływania prawa karnego. Trybunał stwierdza jedynie, iż w danym przypadku „pilna społeczna potrzeba” nie występuje; nie natomiast, że dana praktyka nie jest moralnie szkodliwa albo że prawo karne w demokratycznym państwie w ogóle nie powinno jej obejmować. Wszystko staje się jedynie, jak u Devlina, kwestią gry i właściwą proporcją między interesem społecznym a interesem jednostki. Innymi słowy, w sprawie Dudgeon nie stwierdzono, że „rażąca nieprzyzwoitość między mężczyznami” nie jest niemoralna albo że – niezależnie od jej

---

<sup>44</sup> Ibidem, pkt 60.

<sup>45</sup> Tak też: Norris przeciwko Irlandii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 26 października 1988 r., nr skargi 10581/83 oraz Modinos przeciwko Cyprowi, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 22 kwietnia 1993 r., nr skargi 15070/89.

walorów moralnych – nie powinna być przedmiotem zainteresowania prawa karnego, ponieważ państwo nie może wkraczać w najbardziej prywatne działania jednostki. Dokonano tylko ważenia między poglądami różnych grup nacisku, w wyniku czego skonkludowano, że nacisk społeczny nie jest na tyle mocny, aby mógł ograniczać w tym przypadku prawo do prywatności skarżącego, będącego osobą o homoseksualnej orientacji. Brak było zatem kategorycznego stwierdzenia, że kryminalizacja aktywności homoseksualnej, w świetle przyjętej aksjologii i norm moralnych, jest nie do pogodzenia z Konwencją i standardami państwa demokratycznego, niezależnie od opinii aktualnej większości. Podobnie w sprawie Otto-Preminger odwołano się między innymi do „pilnej społecznej potrzeby” zachowania pokoju religijnego, która uzasadniać mogła cenzurę filmu, który to został uznany za obrażający katolików. W związku z tym powstaje pytanie: czy gdyby jednak emisja filmu z jakichś przyczyn nie podważała pokoju społecznego, to czy produkcje obrażające wybrane grupy religijne (albo etniczne, rasowe) mogłyby być swobodnie i bez jakichkolwiek przeszkód publikowane oraz rozpowszechniane?

Ponadto orzeczenie Dudgeon ukazuje problemy pojawiające się przy powiązaniu zakresu swobód i praw z istniejącym demokratycznym konsensusem. Trybunał zauważył bowiem, że w porównaniu z okresem wiktoriańskim obecnie zmieniło się spojrzenie na pewne kwestie dotyczące homoseksualizmu „do tego stopnia, że w przeważającej większości państw członkowskich Rady Europy nie uważa się już za konieczne lub właściwe traktowania praktyk homoseksualnych (...) jako stanowiących same w sobie przedmiot sankcji prawa karnego”. Parafrazując Johna Finnisa, przestrzegającego przed praktycznymi skutkami koncepcji rozumnego konsensusu, można powiedzieć, że w takim wypadku zakres prywatności jednostki staje się zakładnikiem zgody lub niezgody większości państw Rady Europy. Tu znów powstaje więc pytanie: czy gdyby większość (lub znacząca część) państw członkowskich Rady Europy nadal uważała za konieczne traktowanie praktyk homoseksualnych jako stanowiących przedmiot sankcji prawa karnego, to należałoby wydać wyrok potwierdzający słuszność kryminalizacji czynów homoseksualnych?

To wszystko osłabia też status grup religijnych, etnicznych czy seksualnych, które to – w imię neutralności oraz metody wyrafinowanej – nie mogą powoływać się na moralną wartość swoich praktyk, lecz są zmuszone do uznania – niekiedy błędnych – przekonań większości i jednocześnie do osłabiania ich siły, stawiając na drugim końcu szali swoje prywatne interesy lub uprawnienia.

Metoda ważenia nacisku większości społeczeństwa na prawo do poszanowania prywatności oraz inne indywidualne uprawnienia budzi również wątpliwości w kontekście samej idei praw człowieka. Zdaje się bowiem, że koncepcja zakładająca istnienie pewnych nienaruszalnych praw ma właśnie w zamierzeniu zabezpieczać jednostkę przed siłą społecznych mniemań. Nie oznacza to rzecz jasna, że żadne prawo nie może być ograniczane, a wolność ma charakter absolutny. Wolności indywidualne mogą doznać limitacji z różnych względów, takich jak chociażby bezpieczeństwo, zdrowie, ochrona środowiska czy zabezpieczenie socjalne. Trzeba jednak zauważyć, iż względy te nie są zależne od opinii lub odczuć aktualnej większości społeczeństwa. Ograniczenie uprawnień jednostki może usprawiedliwiać konieczność zapewnienia bezpieczeństwa, nie zaś konieczność zapewnienia tego, co większość w konkretnym czasie i miejscu uważa za bezpieczeństwo. Ustawodawca musi więc odwoływać się do racjonalnych argumentów. Podobnie moralność pozytywna powinna być oceniana w kontekście moralności krytycznej, leżącej przecież u podstaw systemów konstytucyjnych i aktów międzynarodowych, jak Europejska Konwencja Praw Człowieka.

Wydaje się, że przynajmniej niektóre z powyższych wątpliwości zostały wzięte pod uwagę przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który to w najnowszym orzecznictwie nieco modyfikuje swoje dotychczasowe podejście. W sprawie *Bayev i inni przeciwko Rosji*<sup>46</sup> z 2017 r., dotyczącej ograniczeń wolności słowa, wprowadzanych w niektórych rejonach Rosji (w sprawie chodziło o Riazań, Archangielsk i Sankt Petersburg), w których to uchwalono przepisy zabraniające działalności publicznej (w tym demonstrowania) mającej na celu propagowanie homoseksualizmu wśród nieletnich. Skarżący zostali skazani na ich podstawie za udział w zgromadzeniach organizowanych dla podniesienia kwestii praw osób homoseksualnych, podczas których trzymali transparenty z napisami aprobującymi homoseksualizm. Europejski Trybunał Praw Człowieka potwierdził w tej sprawie naruszenie przez organy państwowe art. 10 EKPCz, a więc prawa do wyrażania opinii, stwierdzając między innymi:

Trybunał przyjmuje do wiadomości twierdzenie Rządu, że większość Rosjan nie aprobuje homoseksualizmu i jest przeciwna wszelkim przejawom związków między osobami tej samej płci. **Prawdą jest, że powszechne odczucia mogą odgrywać ważną rolę w ocenie Trybunału, gdy chodzi o uzasadnienie ze względów moralnych. Istnieje jednak istotna różnica między ustępowaniem przed powszechnym poparciem na rzecz rozszerzenia zakresu gwarancji**

---

<sup>46</sup> *Bayev i inni przeciwko Rosji*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 13 listopada 2017 r., nr skargi 67667/09.



konwencyjnych a sytuacją, w której poparcie to jest powoływane w celu zawężenia zakresu ochrony materialnej. Trybunał podkreśla, że byłoby niezgodne z wartościami leżącymi u podstaw Konwencji, gdyby korzystanie z praw konwencyjnych przez grupę mniejszościową było uzależnione od ich akceptacji przez większość [wyr. K.J.]. Gdyby tak było, prawa grupy mniejszościowej do wolności religii, wypowiedzi i zgromadzeń stałyby się jedynie teoretyczne, a nie praktyczne i skuteczne, jak wymaga tego Konwencja<sup>47</sup>.

Okazuje się zatem, że metoda ważenia nie jest już w pełni akceptowana przez Trybunał, ponieważ nawet przytłaczające poparcie większości społeczeństwa dla pewnych rozwiązań prawnych nie może przełamać indywidualnych swobód. Tożsame konkluzje zawiera uzasadnienie wyroku w sprawie Fedotova i inni przeciwko Rosji<sup>48</sup> z 2021 r. dotyczącej konieczności prawnego uznania związków homoseksualnych<sup>49</sup>. Trybunał przyjął w nim, iż nie ma charakteru rozstrzygającego fakt, że 80% Rosjan sprzeciwia się homoseksualnym związkom, a małżeństwo rozumiane jako związek mężczyzny i kobiety znajduje podstawy konstytucyjne. Brak bowiem jakiegokolwiek formalnego uznania związków homoseksualnych, chociażby w formie związków partnerskich, narusza prawo do prywatności i poszanowania życia rodzinnego<sup>50</sup>.

Trudno jednak teraz sprecyzować, jakie inne (niż akceptacja bądź jej brak przez większość społeczeństwa) przesłanki mogą usprawiedliwiać ograniczanie praw i wolności z powodu ochrony moralności w rozumieniu EKPCz. Ponadto w kontekście samych konwencyjnych przepisów może budzić wątpliwości stwierdzenie, że „istnieje różnica między ustępowaniem przed powszechnym poparciem na rzecz rozszerzenia zakresu gwarancji konwencyjnych a sytuacją, w której poparcie to jest powoływane w celu zawężenia zakresu ochrony materialnej”. Rodzi się bowiem pytanie: czy obecnie nie jest już możliwe zawężanie, a jedynie rozszerzanie, zakresu praw jednostek ze względu na moralność publiczną rozumianą właśnie jako „powszechne odczucie społeczne”? Jeżeli tak, to czymże moralność publiczna aktualnie jest? Co więcej, jaką rolę odgrywać powinien konsensus między stronami Konwencji,

---

<sup>47</sup> Ibidem, pkt 70.

<sup>48</sup> Fedotova i inni przeciwko Rosji, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 13 lipca 2021 r., nr skargi 40792/10.

<sup>49</sup> Podobnie Oliari i inni przeciwko Włochom, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 października 2015 r., nr skarg 18766/11 and 36030/11. W tej sprawie jednak rząd Włoch nie powoływał się na przesłankę moralności publicznej.

<sup>50</sup> Takie stanowisko sformułował również amerykański Sąd Najwyższy w sprawie Obergefell v. Hodges, 576 US 644. Było ono przedmiotem krytyki w zdaniu odrębnym do tego wyroku, wystosowanym przez sędziego Johna Glovera Roberta, który wskazywał: „Podsumowując, precedensy dotyczące prywatności nie stanowią żadnego wsparcia dla stanowiska większości składu orzekającego, ponieważ skarżący nie domagają się prywatności. Wręcz przeciwnie, dążą oni do publicznego uznania ich związków, wraz z odpowiednimi korzyściami rządowymi”.

skoro wciąż w wielu państwach<sup>51</sup> nie istnieje żadna forma uznania związków homoseksualnych, a mimo to przesądono, że krajowi ustawodawcy nie powinni dłużej cieszyć się w tym zakresie szerokim marginesem uznania? Trybunał będzie musiał w przyszłości te kwestie bardziej szczegółowo wyjaśnić i zapewne zrewidować swoje dotychczasowe stanowisko.

W powyższym kontekście uwidacznia się także siła nowego prawnego moralizmu, który mógłby przyjść z pomocą tak krajowemu ustawodawcy, jak i sędziemu oceniającemu zgodność regulacji z ponadnarodowymi standardami. Otóż warto zwrócić uwagę na fakt, iż Trybunał w swoich orzeczeniach – wbrew powtarzanym deklaracjom – nie zachowuje całkowitej neutralności wobec różnych koncepcji dobrego życia, jako że wielokrotnie z aprobatą odwoływał się przykładowo do „pluralizmu, tolerancji i otwartości myślenia”. Jest to oczywiście spowodowane z jednej strony okolicznością faktyczną, tzn. działaniem Trybunału w warunkach demokratycznych, uznających pluralizm oraz tolerancję za jedną z fundamentalnych wartości; z drugiej zaś – okolicznością, którą można nazwać moralną, a mianowicie pozytywną oceną tychże wartości. Trybunał siłą rzeczy nie pozostaje zatem zupełnie neutralny wobec poglądów nie uznających głębokiej tolerancji lub szerokiego pluralizmu za ważną wartość. Pozostają one – zapewne słuszne – poza granicami argumentacji akceptowalnej w ramach prawnej dysputy przed Trybunałem.

Ta łatwo zauważalna konstatacja otwiera drogę do dalszych, bardziej szczegółowych wniosków. Po pierwsze, w świetle nowego prawnego moralizmu (zwłaszcza w wersji Antony’ego Duffa), kryminalizację czynów homoseksualnych lub wyrażania opinii aprobujących homoseksualizm – nawet jeśli popiera ją większość danego społeczeństwa – można by odrzucić ze względu na niekompatybilność z innymi istotnymi normami porządku publicznego. Jeżeli bowiem społeczeństwa demokratyczne cechuje otwartość i pluralizm, a wartości te bronią się przyjętą moralnością krytyczną, przy czym są także akceptowane przez większość obywateli, to właśnie one wyznaczać powinny kryteria dla oceny dopuszczalnej ingerencji ustawodawcy. Oznacza to, że kryminalizację czynów homoseksualnych należy ocenić negatywnie nie z powodu niedostatecznej „społecznej potrzeby” utrzymywania określonych prawnych regulacji, lecz z powodu jej niezgodności z innymi normami, zajmującymi fundamentalne pozycje wśród norm konstytuujących tę wspólnotę.

---

<sup>51</sup> W czasie wydawania wyroku Fedotova było 17 takich państw spośród 47 w Radzie Europy.

Tak zatem, kryminalizacja czynów homoseksualnych jest właściwie nie do pogodzenia z zasadą niedyskryminacji, na której to oparte są zarówno współczesne konstytucje, jak i konwencje mające na celu ochronę praw człowieka. Zasada ta sama przecież stanowi normę przyjętej i ogólnie aprobowanej moralności publicznej. Wprawdzie wiktoriańskie przepisy nie penalizowały homoseksualizmu jako takiego, a jedynie jego przejaw w postaci „nieprzyzwoitości między mężczyznami”, lecz to właśnie ta aktywność stanowi w ogóle o istocie homoseksualnej orientacji. Bez niej właściwie osoby homoseksualne nie mogłyby być sobą, tj. byłyby prawnie wykluczone z racji samego faktu bycia taką osobą. Utrzymując kryminalizację tej aktywności, prawodawca zaprzecza sam sobie, jeżeli jednocześnie uchwała regulacje prawne mające na celu przeciwdziałanie wszelkiej dyskryminacji, w tym dyskryminacji na tle seksualnym, lub przystępuje do konwencji zwalczających zjawisko dyskryminacji. Zwykle powszechne przekonania należy zatem każdorazowo odnosić do innych społecznych przekonań o bardziej doniosłym znaczeniu.

Samozaprzeczeniem jest również nadanie priorytetowego znaczenia rozpowszechnionym w społeczeństwie odczuciom na temat jakiegoś zjawiska moralnego. Zauważył to już Dworkin w debacie z Devlinem. W debatach moralnych wymaga się uzasadnienia innego niż zwykle odwołanie do popularnych emocji. Przykładowo, jeżeli większość danego społeczeństwa demokratycznego uważa, że X powinien zostać skazany wyrokiem karnym za czyn Y, a sędzia mimo to uniewinnia go z powodu braku dostatecznych dowodów, to prawdopodobnie zwiększa tym samym poziom niezadowolenia i gniewu wśród tego społeczeństwa. Jednak to właśnie taka sędziowska postawa chroni prawdziwą moralność konstytuującą to społeczeństwo, albowiem wydanym wyrokiem sędzia zapewnia efektywność takich ważkich zasad, jak zasada domniemania niewinności, *in dubio pro reo*, niezależność sędziowska i prawo do uczciwego procesu. Zapewne każdy z owej większości chciałby mieć poczucie, że skład orzekający kierować się będzie w jego sprawie tymi ważnymi regułami, nie natomiast wyłącznie chwiejnym powszechnym odczuciem. Podobnie ustawodawca nie musi pozostawać całkowicie zależny od poglądów aktualnej większości na temat homoseksualizmu, ale raczej powinien uwzględniać absolutne podstawy funkcjonowania wspólnoty demokratycznej, opartej o mocne przywiązanie do prywatności, niedyskryminację oraz inkluzywność, które skądinąd również mają swoje podstawy w przekonaniach większości. Nie chodzi więc o rezygnację z jakichkolwiek odwołań do moralności, ale o to, jaką moralność powinno prawodawstwo uwzględniać.

Mówiąc językiem Duffa: orientacja seksualna jednostki nie jest w demokratycznym państwie sprawą publiczną, a zatem nie powinna być przedmiotem prawa karnego (prawa publicznego). Sprzeciw, nawet powszechny, wobec tego zjawiska nie jest bowiem czymś, co naprawdę konstytuuje wspólnotę demokratyczno-liberalną. Trudno znaleźć w jakiegokolwiek konstytucji przepisy wymierzone w homoseksualizm; przeciwnie – polityka antidyskryminacyjna jest utrwalonym standardem, a ochrona przed nierównym traktowaniem ze względu na orientację seksualną nierzadko jest zapisana w prawodawstwie zupełnie wprost. Nie istnieją regulacje sugerujące, że negatywny stosunek do homoseksualizmu ma charakter czynnika kształtującego wizję społeczeństwa. Konkluzji tej nie zmienia także przyjęcie konstytucyjnej wizji małżeństwa obejmującego wyłącznie kobietę i mężczyznę. Aktywność homoseksualna w takim wypadku po prostu znajduje się poza koncepcją małżeństwa i nie wpływa w żaden sposób na istniejące lub mogące zaistnieć w przyszłości związki małżeńskie. Jeżeli jakkolwiek przyczynia się do rozpadu małżeństwa, to tylko w taki sposób, w jaki przyczyniają się do niego zdrady heteroseksualne, co zresztą ma swoje znaczenie w prawie, choć bardziej cywilnym niż karnym (zdradzający może zostać uznany za wyłącznie winnego rozpadu małżeńskiego). Homoseksualizm, inaczej niż chociażby kazirodztwo<sup>52</sup> lub niealimentacja, nie zagraża w żadnym znaczeniu prawidłowemu funkcjonowaniu rodziny, pojmowanej jako związek kobiety i mężczyzny, chronionej na mocy konstytucji.

Tak samo należy potraktować próby ograniczenia wolności słowa ze względu na fakt, iż jej realizacja mogłaby stać w sprzeczności z popularnym odczuciem społecznym odnośnie do jakiejś kwestii budzącej kontrowersje. Nie trzeba odwoływać się do nacisku społecznego i mierzyć jego siłę w porównaniu do interesu jednostki. Wystarczy bowiem prosta konstatacja, że sama koncepcja wolności słowa zakłada przecież to, że wyrażana opinia może czasem kwestionować istniejące instytucje, rozpowszechnione mniemania czy aksjomaty. Wolność słowa sama w sobie stanowi również ważny element moralności publicznej. Jej ograniczenie musi wymagać więc czegoś więcej, aniżeli tylko negatywnego odczucia większości danego społeczeństwa w danym momencie historycznym.

Powyższą metodę można nazwać wewnętrzną, ponieważ rozpatruje kryminalizację przypuszczalnie niemoralnego zachowania razem z innymi normami moralnymi

---

<sup>52</sup> M. Tomkiewicz, sędzia Sądu Okręgowego w Olsztynie, wskazuje: „zauważyć należy, że o ile upatrywanie w kazirodztwie obrazy obyczajności jest słuszne, o tyle negowanie tego, że kazirodztwo jest występkiem godzącym w rodzinę, budzić może zdumienie. Zdumienie tym większe, jeśli zważy się, że teza negująca wpływ kazirodztwa na funkcjonowanie rodziny *de facto* nie zawiera żadnych argumentów, które mogłyby ją uzasadnić”, zob. idem, *Kazirodztwo a prawnokarna ochrona rodziny w Polsce*, „Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja” 2013, nr 21, s. 31.

o podstawowym dla wspólnoty znaczeniu. Możliwa jest również metoda zewnętrzna, polegająca na argumentacji na rzecz określonej koncepcji moralności krytycznej, która powinna zostać przyjęta w demokratycznym społeczeństwie. W przedstawionym wyżej przykładzie należałoby więc, zgodnie z drugą metodą, nie tyle wykazywać wewnętrzną niezgodność kryminalizacji homoseksualizmu z normami wyższego (prawnego i moralnego) rzędu, co przekonywać o moralnej wartości zjawiska homoseksualizmu. Prawny moralizm zasadniczo dopuszcza obie te formy, przy czym wydaje się, że z racji konieczności zachowania pewnej powściągliwości pierwsza z nich może jawić się dla instytucji takich, jak Europejski Trybunał Praw Człowieka, bardziej atrakcyjna.

#### **4.2.2 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE, dawniej Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich – ETS) prezentuje stanowisko zasadniczo podobne do przedstawionego wcześniej tradycyjnego modelu orzeczniczego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Analizując orzeczenia wydane przez TSUE, na wstępie trzeba zaznaczyć, że przesłanka moralna, ze względu na którą możliwe jest ograniczenie unijnych swobód, występuje zarówno w prawie pierwotnym (Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), jak i wtórnym. W tym drugim jednak nierzadko jest ona, jak zobaczymy poniżej, łączona z przesłanką „porządku publicznego” lub klauzulą „dobrych obyczajów”.

Po raz pierwszy Trybunał Sprawiedliwości zetknął się z problematyką moralności publicznej w sprawie Regina przeciwko Henn i Darby<sup>53</sup> z 1979 r. Problem prawny dotyczył w niej dopuszczalności – w świetle europejskich regulacji – stosowania daleko idących ograniczeń w swobodnym przepływie towarów, uzasadnianych przesłanką moralną na gruncie przepisów prawa obowiązujących Wielkiej Brytanii (chodziło m.in. o opisywaną w rozdziale drugim ustawę z 1876 r.). Skarżący utrzymywali bowiem, iż Zjednoczone Królestwo nie prowadzi spójnej polityki moralności publicznej w odniesieniu do nieprzyzwoitych lub obscenicznych treści. W tym względzie wskazali oni na różnice w prawie stosowanym w różnych częściach składowych Zjednoczonego Królestwa. Ponadto twierdzili, że całkowity

---

<sup>53</sup> Regina przeciwko Maurice Donald Henn i John Frederick Ernest Darby, wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 1979 r., 34/79.

zakaz importu pornograficznych publikacji może stanowić ukrytą formę ograniczeń w handlu lub arbitralną dyskryminację, o których mowa w art. 36 Traktatu<sup>54</sup>.

Trybunał, rozpatrując te kwestie, zauważył przede wszystkim, że co do zasady, każde państwo członkowskie może określić, zgodnie z własną skalą wartości i w wybranej przez siebie formie, wymogi moralności publicznej na swoim terytorium<sup>55</sup>. Mówiąc językiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, każdemu państwu przysługuje w tym zakresie margines uznania. Trybunał uściślił również, że różnice w postrzeganiu moralności w poszczególnych częściach składowych danego państwa nie mają charakteru kluczowego, albowiem nie stanowią „przeszkody w stosowaniu przez to państwo jednolitego pojęcia w odniesieniu do zakazów przywozu nałożonych ze względu na moralność publiczną w handlu z innymi Państwami Członkowskimi”<sup>56</sup>. Państwo może więc stosować jedną politykę odnośnie do ograniczeń w przywozie towarów, niezależnie od istniejących różnic w niektórych jego częściach lub regionach, nawet jeżeli tym ostatnim przysługuje pewna niezależność lub autonomia prawna. Każdorazowo należy jednak zapewnić, że środki stosowane przez krajową legislaturę nie będą sprzeciwiać się istocie unijnych swobód i zasad rynkowych. W tym konkretnym przypadku Trybunał ocenił, iż w Zjednoczonym Królestwie generalnie nie istnieje swobodny i legalny handel towarami, których import z innych krajów został zabroniony, w związku z czym rzeczony zakaz przywozu nie może być uznany za środek mający na celu pośrednią ochronę jakiegoś produktu krajowego lub zmierzający do wprowadzenia arbitralnej dyskryminacji między towarami krajowymi a importowanymi<sup>57</sup>. Rekapitulując, zakaz importu materiałów obscenicznych, jako naruszających moralność publiczną, był uzasadniony na podstawie regulacji unijnych i nie stanowił arbitralnego oraz niedozwolonego środka ograniczającego dostępność brytyjskiego rynku dla podmiotów innych niż krajowe.

Niemalże identyczne wnioski płyną z wyroku *Conegate przeciwko HM Customs & Excise*<sup>58</sup>, w którym to Trybunał ponownie odwołał się do koncepcji neutralności wyrafinowanej, nie dokonując substancjalnej wykładni pojęcia „moralność publiczna”, a jedynie wskazując, że każde państwo jest uprawnione do wprowadzania ograniczeń zgodnie z własnymi wartościami, o ile zachowuje w stosunku do wszystkich podmiotów zasadę niedyskryminacji. W tym kontekście Trybunał dodał, że państwo członkowskie nie może

---

<sup>54</sup> Regina..., pkt. 4.

<sup>55</sup> Ibidem, pkt 15.

<sup>56</sup> Ibidem, pkt 16.

<sup>57</sup> Ibidem, pkt 21.

<sup>58</sup> *Conegate przeciwko HM Customs & Excise*, wyrok Trybunału z dnia 11 marca 1986 r., 121/85.

powoływać się na względy moralności publicznej w rozumieniu art. 36 Traktatu w celu zakazania przywozu określonych towarów, jeżeli te same towary mogą być swobodnie wytwarzane i sprzedawane na jego terytorium<sup>59</sup>. Wprost zakazano zatem stosowania swego rodzaju podwójnej moralności<sup>60</sup>.

Z kolei „własną skalę wartości” Trybunał zasadniczo interpretuje, podobnie jak ETPCz, jako moralność pozytywną rozpowszechnioną w danym państwie. W niedawnym wyroku<sup>61</sup> dotyczącym odmowy rejestracji znaku towarowego („Fack Ju Göhte”) z powodu jego domniemanej niezgodności z dobrymi obyczajami Trybunał zważył:

Co się tyczy wspomnianej podstawy odmowy rejestracji, trzeba zauważyć, że ponieważ pojęcie „dobrych obyczajów” nie zostało zdefiniowane w rozporządzeniu nr 207/2009, należy je interpretować, mając na uwadze zwykle nadawane mu znaczenie oraz kontekst, w którym jest ono zazwyczaj używane. Jak zaś zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 77 opinii, pojęcie to odnosi się w zwykle nadawanym mu znaczeniu do podstawowych wartości i norm moralnych, które społeczeństwo kultywuje w danym momencie. Te wartości i normy, które mogą ewoluować z biegiem czasu i różnić się w przestrzeni, należy określić w zależności od konsensusu społecznego panującego w tym społeczeństwie w chwili dokonywania oceny. Dla celów tego określenia trzeba w należyty sposób wziąć pod uwagę kontekst społeczny, w tym w odpowiednim przypadku charakteryzującą go różnorodność kulturową, religijną lub filozoficzną, aby ocenić w sposób obiektywny, co wspomniane społeczeństwo uważa w danym momencie za moralnie dopuszczalne<sup>62</sup>.

W rezultacie oceniono, że „szeroki krąg odbiorców niemieckojęzycznych nie postrzega oznaczenia słownego „Fack Ju Göhte” jako moralnie niedopuszczalnego, dla celów stwierdzenia niezgodności tego oznaczenia z dobrymi obyczajami”<sup>63</sup>. Dlatego też – jak stwierdził TSUE – nie wykazano w sposób wymagany prawem, że art. 7 ust. 1 lit. f) rozporządzenia nr 207/2009<sup>64</sup> stoi na przeszkodzie rejestracji zgłoszonego znaku towarowego<sup>65</sup>.

Powyższe podejście Trybunału jest praktycznie użytecznym wykorzystaniem metody neutralności wyrafinowanej, jednakże może rodzić wspomniane już wcześniej wątpliwości.

---

<sup>59</sup> Ibidem, pkt 20.

<sup>60</sup> Pojęcie *double morality* zapożyczam od M. Frischhuta, zob. idem, *The Ethical Spirit of EU Law*, Springer 2018, s. 32, 45, 47, 49, 52, 118.

<sup>61</sup> Constantin Film Produktion GmbH / Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO), wyrok Trybunału z dnia 27 lutego 2020 r., C-240/18 P.

<sup>62</sup> Ibidem, pkt 39.

<sup>63</sup> Ibidem, pkt 53.

<sup>64</sup> Zgodnie z tym przepisem „Nie są rejestrowane: f) znaki towarowe, które są sprzeczne z porządkiem publicznym lub z dobrymi obyczajami”.

<sup>65</sup> Constantin..., pkt 69.

Cóż bowiem – chcąc pozostać konsekwentnie neutralnym – należałoby orzec w sprawie prawodawstwa społeczeństwa X, które – wobec powszechnego wśród jego członków antysemityzmu – zdecydowało się na rejestrację oznaczenia obrażającego określoną mniejszość narodowościową i religijną? Nikt rzecz jasna nie powinien akceptować i wprowadzać do porządku prawnego takiego znaku, uzasadniając to popularnymi w danym momencie historycznym przekonaniem. Zdaje się więc, że metoda wyrafinowanej neutralności jest skuteczna tylko przy założeniu, że moralność pozytywna konkretnego społeczeństwa nie pozostaje w rażącej sprzeczności z moralnością krytyczną. Jeżeli tak, to wysunąć trzeba wniosek potwierdzający, że wartości moralnych nie da się trwale od prawa oddzielić.

Innym niezwykle interesującym przykładem sprawy, w której Trybunał Sprawiedliwości podejmował problematykę moralną, jest orzeczenie *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd (SPUC) przeciwko Stephenowi Groganowi i in.*<sup>66</sup> Rozstrzyganą kwestią było to, czy aborcja może zostać uznana, w myśl Traktatu EWG, za usługę. Ponadto pytanie prejudycalne dotyczyło również tego, czy zakaz rozpowszechniania informacji dotyczących klinik przeprowadzających zabiegi dobrowolnego przerwania ciąży w innych Państwach Członkowskich narusza przepisy europejskie<sup>67</sup>. Spółka SPUC utrzymywała, iż aborcja nie może być traktowana jako usługa, gdyż jest ona wysoce niemoralna i obejmuje pozbawienie życia istoty ludzkiej, to znaczy nienarodzonego dziecka<sup>68</sup>. W wydanym w dniu 4 października 1991 r. wyroku Trybunał stwierdził jednakże:

Niezależnie od meritum tych argumentów na płaszczyźnie moralności, nie mogą one mieć wpływu na odpowiedź na pierwsze pytanie sądu krajowego. Do Trybunału nie należy zastępowanie swą oceną oceny ujętej w ustawodawstwie tych Państw Członkowskich, w których przedmiotowe czynności wykonywane są zgodnie z prawem<sup>69</sup>.

Wobec powyższego przesądzono, że aborcja stanowi usługę w rozumieniu art. 60 Traktatu.

*Prima facie* wydaje się zatem, że Trybunał, odwołując się do metody wyrafinowanej, zachowuje zupełną neutralność. Przy bardziej szczegółowej analizie pojawiają się jednak co do

---

<sup>66</sup> *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd przeciwko Stephen Grogan i innym*, wyrok Trybunału z dnia 4 października 1991 r., C-159/90.

<sup>67</sup> W tej materii skonkludowano, że: Zakazanie stowarzyszeniom akademickim przez Państwo Członkowskie, w którym zabiegi lekarskiego przerwania ciąży są zabronione rozpowszechniania informacji w zakresie tożsamości i lokalizacji klinik w innym Państwie Członkowskim, w którym zabiegi dobrowolnego przerwania ciąży są przeprowadzane zgodnie z prawem oraz sposobu kontaktowania się z tymi klinikami, jeśli kliniki te nie są w żaden sposób zaangażowane w rozpowszechnianie przedmiotowych informacji nie stoi w sprzeczności z prawodawstwem wspólnotowym; *ibidem*, pkt 32.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pkt 19.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pkt 20.



tego wątpliwości. Warto bowiem zwrócić uwagę na fakt, że argumentacja spółki SPUC oraz – ogólnie rzecz ujmując – przeciwników aborcji<sup>70</sup> daje się sprowadzić do następujących stwierdzeń:

1. Istotą zabijaną podczas aborcji jest ludzki embrion (lub płód).
2. Ludzki embrion (lub płód) jest niezależnym, kompletnym (choć niedojrzałym) organizmem, który ma genetyczną budowę charakterystyczną dla człowieka.
3. Ponieważ posiada te cechy, jest członkiem gatunku *homo sapiens*, tak jak autor lub czytelnik tej pracy, choć na wczesnym etapie swojego rozwoju.
4. Umyślne zabicie niewinnej istoty ludzkiej jest obiektywnie i głęboko niemoralne, a zatem zabronione.
5. Żaden sąd nie może orzec, że umyślne zabicie niewinnej istoty ludzkiej (takiej jak płód, autor lub czytelnik tej pracy) może być zgodnie z prawem traktowane jako „usługa”.

Rozpatrując tę kwestię od końca: jeżeli więc Trybunał zezwala na aborcję, uznając ją w myśl przepisów traktatowych za usługę, wykonywaną również w ramach działalności gospodarczej, to *implicite* musi zakładać, że płód nie posiada wszystkich cech ludzkich, tj. przymiotów, które są przynależne każdej osobie ludzkiej i świadczą o jej człowieczeństwie. Tym samym nie pozostaje kompletnie neutralny. Odrzuca bowiem – przynajmniej *implicite* – twierdzenia niektórych przeciwników aborcji, że jest ona literalnie umyślnym pozbawieniem życia niewinnego człowieka.

Po wtóre, trudno zgodzić się ze stwierdzeniem, że prawdziwość stanowiska *pro-life* na gruncie moralności nie może lub nie powinno mieć wpływu na rozstrzygnięcie sądu. Jeżeli bowiem stanowisko *pro-life* jest moralnie słuszne – jeżeli rzeczywiście nie ma różnicy między abortowaniem płodu a zabiciem człowieka – to istnieją dobre, jeżeli nie decydujące, racje, aby nie traktować aborcji jako zwykłej usługi medycznej (jak np. badanie wzroku), a nawet aby nie zezwalać na jej swobodny dostęp w państwach Wspólnoty. W każdym razie istnieją dobre, nawet jeżeli nie ostateczne, powody, by nie wyłączać tego faktu (jeżeli rzeczywiście zachodzi) z deliberacji prawnych.

---

<sup>70</sup> „*Human Embryos and Fetuses are Complete (though Immature) Human Beings*”, zob. P. Lee, R.P. George, *The Wrong of Abortions*, [w:] A.I. Cohen, C.H. Wellman, *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Blackwell Publishing 2005, 13-14.

Biorąc pod uwagę koncepcję neutralności Johna Rawlsa, zgodnie z którą „nie wolno robić niczego w zamiarze faworyzowania czy promowania określonej rozległej doktryny ani niczego, co dawałoby większe wsparcie tym, którzy ją wcielają w życie”, trudno z całą stanowczością powiedzieć, że najbardziej stanowczy przeciwnicy aborcji, uznający ją – na równi z zabójstwem – za moralnie niedopuszczalną, otrzymują takie samo wsparcie, jak jej zwolennicy, traktujący ją jako normalny zabieg czy dosłownie – usługę medyczną. Podjęcie substancjalnej decyzji, czasami głęboko ukrytej, odnośnie do kontrowersyjnej kwestii moralnej jest niezbędne do wydania wyroku w tego rodzaju sporach.

To bynajmniej nie bezpośrednie rozstrzygnięcie przypomina nieco opisywane przez Hansa-Georga Gadamera przed-sądy<sup>71</sup> (czy też przesady). Ażeby wyrokujący był w stanie w ogóle wydać orzeczenie, musi być zatem już osadzony w pewnej poprzedzającej go kulturze myślenia<sup>72</sup>. Gadamerowskie przedrozumienie wskazuje na to, iż w naszych osądach jesteśmy wpisani w istniejący niejako niezależnie od nas zbiór wspólnych uprzedzeń (Gadamer nie pisze o nich w sensie pejoratywnym), które poznajemy dzięki odziedziczonej tradycji a które pozwalają na wstępne i generalne zrozumienie danego tekstu – również prawniczego. Przesady są tu traktowane jako nie do końca uświadomione treści i pojęcia<sup>73</sup>, które tkwią w każdym, kto bierze udział w interpretacyjnym przedsięwzięciu. Na tym polega także pewna historyczność wszelkiej interpretacji, która jest obciążona bagażem tradycji, intuicji, wcześniej ukształtowanymi przekonaniem na temat podstawowych instytucji prawa lub też zwykłym doświadczeniem<sup>74</sup>. Nie oznacza to, że każdy interpretator musi być zakładnikiem tych przesądów, niemniej jednak wyznaczają one granice naszego myślenia. W akcie rozumienia „następuje ponowna interpretacja tekstu i przesądów – stwierdzenie, że tekst je potwierdza i jest z nimi zgodny lub że ujawnia niezgodność z nimi, a więc iż wymagają one modyfikacji, odrzucenia albo właśnie potwierdzenia”<sup>75</sup>. W związku z tym wszelka interpretacja nie jest działaniem neutralnym w stosunku do otaczającej rzeczywistości<sup>76</sup>, ale raczej aktywnym

---

<sup>71</sup> H-G. Gadamer, *Prawda i Metoda*, Warszawa 2004, s. 367-420.

<sup>72</sup> J. Luc, *Czym jest rozumienie w humanistyce? Próba odpowiedzi Hansa-Georga Gadamera*, „IDEA. Studia nad strukturą i rozwojem pojęć filozoficznych” 2013, nr 25, s. 128.

<sup>73</sup> B. Rozbicki, *Gadamer i Wittgenstein: o prawdzie jako grze*, „Czasopismo Filozoficzne” 2010, nr 6, s. 36.

<sup>74</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 261-263.

<sup>75</sup> A. Barut, *Postmodernistyczna struktura i hermeneutyczny autorytet, czyli polityczne implikacje dwóch ponowoczesnych nurtów filozoficznych*, „Rocznik Europeistyczny” 2017, t. 3, s. 35.

<sup>76</sup> Tak np.: M. Pickering, *History as Horizon: Gadamer, tradition and critique*, „Rethinking History” 1999, vol. 3, nr 2, s. 178; T. Maślanka, *Morbus hermeneuticus. Paradygmat komunikacji w socjologicznej i filozoficznej refleksji nad kulturą*, „Uniwersyteckie Czasopismo Socjologiczne” 2014, nr 9, s. 112; B. Adamczewski, *Hans-Georg Gadamer i hermeneutyczny problem aktualizacji tekstów biblijnych*, „The Biblical Annals” 2006, vol. 53, nr 1, s. 74; G. Vattimo, *Hermeneutyka: nowa koiné*, tłum. B. Stelmaszczyk, „Teksty Drugie: teoria literatury, krytyka, interpretacja” 1996, nr 1 (37), s. 126.

dialogiem między tekstem, całą tradycją myślenia a podmiotem dokonującym wykładni i stosującym daną normę prawną do konkretnego przypadku.

Nie ulega zatem wątpliwości, że Trybunał Sprawiedliwości również nie pozostaje całkiem obojętny wobec tych wszystkich czynników. Ktoś, kto jest osadzony w tradycji myślenia zdominowanej przez nurty religijnego konserwatyizmu nigdy nie mógłby – nie odrzucając tejże – wydać wyroku stwierdzającego, że aborcja jest usługą. Natomiast orzeczenie o takiej treści potwierdza pośrednio określone przedsady i moralne oraz prawne intuicje, które musiał zakładać Trybunał jeszcze zanim wydał merytoryczny wyrok.

Zwolennik neutralności mógłby przy tym kontrargumentować, że Trybunał nie dokonuje żadnego kontrowersyjnego moralnie wyboru, nawet w sensie pośrednim, ponieważ – zważywszy na brak konsensusu odnośnie do tego, kiedy zaczyna się ludzkie życie – nie przesądza na rzecz żadnej z przeciwnych stron sporu. Należy jednak mieć na uwadze, że ściśle przywiązanie do idei konsensusu rodzi inne poważne wątpliwości, które zostały już podniesione w rozważaniach wcześniejszych. Jak widzieliśmy, nawet powszechny konsensus w Rosji nie był wystarczający do ograniczenia wolności słowa dla osób homoseksualnych. Ponadto nie jest do końca jasne, dlaczego – wobec braku zgody co do tego, czy płód posiada wszystkie prawa przysługujące ludziom – nie należałoby raczej orzekać, ze względu na specyficzną „ostrożność procesową”, w sposób gwarantujący szersze uprawnienia nienarodzonym dzieciom<sup>77</sup>. Z pewnością kwestia ta wymagałaby bardziej wnikliwego uzasadnienia.

Sugerowana w niniejszej pracy niemożność zachowania zupełnej neutralności nie pociąga za sobą konieczności narzucania przez Trybunał ścisłych standardów prawno-moralnych. Jak się zdaje, wynika to z przyjętej koncepcji europejskiej integracji, którą zwykle definiuje się jako „*united in diversity*”. Kompetencje unijne nie wkraczają więc w kontrolę moralności w poszczególnych państwach członkowskich, a co za tym idzie – przysługuje im

---

<sup>77</sup> Zauważyć należy, że w ten właśnie sposób rozstrzygnięto sprawę Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV, wyrok Trybunału z dnia 18 października 2011 r., C-34/10. Pierwsze pytanie prejudycjalne dotyczyło tego, co należy rozumieć pod pojęciem „embrionów ludzkich”. Trybunał nie chciał podjąć substancjalnej decyzji etycznej lub medycznej odnośnie do tej trudnej kwestii, jednak skonstatował, że kontekst i cel unijnych przepisów wskazują, że prawodawca Unii zamierzał wykluczyć jakąkolwiek możliwość udzielenia patentu w sytuacji, w której szacunek należny godności ludzkiej mógłby zostać naruszony. Z tego wynika, że pojęcie „embrionu ludzkiego” należy rozumieć szeroko. W związku z tym za „embrion ludzki” należy uważać każdą ludzką komórkę jajową, począwszy od momentu jej zapłodnienia, ponieważ to zapłodnienie może rozpocząć proces rozwoju jednostki ludzkiej (zob. pkt 34, 35, 38 wyroku). Tak zatem, pomimo abstrahowania od substancjalnych rozstrzygnięć moralnych, Trybunał chciał zapobiec sytuacji, w której godność ludzka nie znalazłaby należytej ochrony.

pewna swoboda w kształtowaniu przepisów, o ile nie stosują „podwójnej moralności” lub nie łamią innych unijnych regulacji. Trybunał może orzec, że aborcja jest usługą; nie może natomiast nałożyć na państwo obowiązku wykonywania takich usług.

Wnioski te potwierdzają również inne orzeczenia. Tak na przykład, w wyroku w sprawie Schindler<sup>78</sup> z 24 marca 1994 r. dotyczącym loterii pieniężnych oraz możliwości ich ograniczeń na ze względu na moralność publiczną, Trybunał Sprawiedliwości dokonał analizy stanu prawnego w tym zakresie w różnych państwach członkowskich. Ustalono między innymi, że najczęściej przyjmowanym modelem regulacji prawnej loterii w państwach Wspólnoty jest reglamentacja tej sfery działalności oraz ścisła kontrola przez władze publiczne. W niektórych państwach, jak np. w Wielkiej Brytanii, dozwolone są jedynie małe loterie na cele charytatywne, a także loteria państwowa. Jednakże, pomimo daleko idących regulacji, nie sposób stwierdzić, że absolutny zakaz loterii jest w ramach Wspólnoty powszechny. Dlatego też:

W tych okolicznościach loterie nie mogą być uważane za działalność, której szkodliwy charakter powoduje, że jest ona zakazana we wszystkich Państwach Członkowskich i której pozycja w prawie wspólnotowym może być porównywalna z pozycją działalności związanej z produktami nielegalnymi (zob. w odniesieniu do narkotyków wyrok z dnia 14 listopada 1984 r. w sprawie 294/82 Einberger przeciwko Hauptzollamt Freiburg, Rec. str. 1177), nawet jeśli, jak wskazują rządy belgijski i luksemburski, prawo niektórych Państw Członkowskich traktuje umowy dotyczące gier losowych jako nieważne<sup>79</sup>.

Potencjalny szkodliwy wpływ gier losowych został zatem uznany za nieprzekraczający poziomu dopuszczalności. Poza tym, jak wskazano, „Nawet jeśli moralność loterii jest co najmniej wątpliwa, Trybunał nie powinien zastępować swoją oceną ustawodawców państw członkowskich, w których działalność ta jest legalnie wykonywana”<sup>80</sup>. W konsekwencji, ostatecznie rozstrzygnięto, iż przepisy krajowe zakazujące urządzania loterii w państwie członkowskim stanowią przeszkodę w swobodnym świadczeniu usług, tym niemniej mogą być one uzasadnione przyjętą w danym państwie polityką społeczną. Podobnie Trybunał orzekł też chociażby w sprawie Läärä dotyczącej ograniczeń w przypadku gier na automatach<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Her Majesty's Customs and Excise przeciwko Gerhart Schindler i Jörg Schindler, wyrok Trybunału z dnia 24 marca 1994 r., C-275/92.

<sup>79</sup> Ibidem, pkt 31.

<sup>80</sup> Ibidem, pkt 32.

<sup>81</sup> Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd przeciwko Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) i Suomen valtio (Etat finlandais), wyrok Trybunału z dnia 21 września 1999 r., C-124/97.

Zaznaczyć należy, że oprócz zakazu stosowania podwójnej moralności Trybunał wyznacza jeszcze dwa główne wymogi, które muszą respektować państwa członkowskie przy stosowaniu ograniczeń w związku z koniecznością ochrony moralności publicznej: proporcjonalność oraz *effet utile*. W wyroku z 2020 r.<sup>82</sup> TSUE wyjaśnił, że ograniczenia mogą być uzasadnione, jeżeli są „oparte na obiektywnych przesłankach interesu ogólnego”<sup>83</sup>, jak również „proporcjonalne do prawnie uzasadnionego celu realizowanego przez rozpatrywane ustawodawstwo krajowe”<sup>84</sup>. Natomiast stosowany środek jest proporcjonalny wtedy, „gdy pozwalając na osiągnięcie zamierzonego celu, nie wykracza poza to, co jest konieczne do jego realizacji”<sup>85</sup>. Przy czym należy mieć na uwadze, że „Sama okoliczność, iż dane państwo wybiera odmienny system ochrony niż przyjęty przez inne państwo członkowskie, nie może mieć wpływu na ocenę niezbędnego i proporcjonalnego charakteru przepisów przyjętych w tej dziedzinie. Przepisy te powinny być jedynie ocenione z uwzględnieniem celów zakładanych przez właściwe organy zainteresowanego państwa członkowskiego oraz zapewnienia zamierzonego poziomu ochrony”<sup>86</sup>. Tak zatem proporcjonalność badana jest w kontekście krajowym, nie zaś międzypaństwowym i porównawczym.

Z kolei niezbędność zapewnienia efektywności prawa unijnego najlepiej obrazuje sprawa *Coman i inni*<sup>87</sup> z 2018 r. Najogólniej rzecz ujmując, dotyczyła ona możliwości przyznania pochodnego prawa pobytu w państwie członkowskim małżonkowi obywatela Unii Europejskiej, przy czym było to małżeństwo osób tej samej płci, zawarte w innym państwie unijnym, a państwo UE (Rumunia), w którym rzeczony prawo miałyby być wykonywane – nie przewidywało w swoim ustawodawstwie tego rodzaju małżeństw. Co więcej, małżonek obywatela UE sam nie posiadał obywatelstwa unijnego. Istotą rzeczy było więc ustalenie, czy małżonkowi obywatela UE, będącego osobą tej samej płci, co obywatel, przysługuje prawo pobytu w kraju Wspólnoty wraz z małżonkiem w sytuacji, gdy dane państwo nie wprowadziło instytucji małżeństwa osób homoseksualnych.

TSUE podkreślił przede wszystkim, iż „kwestie stanu cywilnego i wiążące się z nim normy dotyczące małżeństwa, są materią należącą do kompetencji państw członkowskich

---

<sup>82</sup> Staatsanwaltschaft Heilbronn, wyrok Trybunału z dnia 19 listopada 2020 r., C-454/19.

<sup>83</sup> Ibidem, pkt 36.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd, dawniej Baw International Ltd, przeciwko Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, wyrok Trybunału z dnia 8 września 2009 r., C-42/07, pkt 58.

<sup>87</sup> Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept przeciwko Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, wyrok Trybunału z dnia 5 czerwca 2018 r., C-673/16.

i prawo Unii tej kompetencji nie narusza”<sup>88</sup>. W rezultacie, państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wprowadzenia małżeństwa dla osób tej samej płci<sup>89</sup>. Niemniej muszą one zapewnić, że wszystkie prawa i swobody przyznane jednostkom na mocy prawa Unii Europejskiej będą realne, nie zaś tylko iluzoryczne. Wszelkie przynależne państwom kompetencje – w tym w przedmiocie instytucji małżeństwa – powinny być zatem wykonywane „zgodnie z prawem Unii, a w szczególności zgodnie z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich przyznanej każdemu obywatelowi Unii”<sup>90</sup>. Wobec tego Trybunał uznał, że państwa UE są zobowiązane przyznać pochodne prawo pobytu małżonkowi obywatela Unii, także tej samej płci, gdyż w przeciwnym wypadku ten obywatel Unii nie mógłby w sposób efektywny korzystać ze swobody przemieszczania się, określonej w art. 21 TFUE. Jego prawa zostałyby radykalnie ograniczone, ponieważ – bez możliwości swobodnego przemieszczania się wraz z małżonkiem – zaznałby uszczerbku w życiu rodzinnym. Odmawiając wjazdu małżonkowi obywatela UE, z racji jego płci, państwo członkowskie w istocie uniemożliwiałoby korzystanie bez zakłóceń z prawa zagwarantowanego w art. 21 Traktatu. Dlatego też małżonek obywatela UE cieszy się pochodnym prawem pobytu w państwie należącym do Unii Europejskiej.

Konkluzji tej nie zmienia także fakt, że przepisy konstytucyjne niektórych państw członkowskich wykluczają zawieranie małżeństw między osobami tej samej płci. W tym kontekście Trybunał przypomniał, że „Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi”<sup>91</sup>. Jednakże, bez względu na to,

należy stwierdzić, że obowiązek uznania przez państwo członkowskie małżeństwa osób tej samej płci, zawartego w jednym z państw członkowskich zgodnie z prawem tego państwa, wyłącznie do celów przyznania pochodnego prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego, nie ma wpływu na instytucję małżeństwa w tym pierwszym państwie członkowskim, zdefiniowaną przez prawo krajowe i należącą (...) do kompetencji państw członkowskich. Nie oznacza on, by państwo członkowskie było zobowiązane do wprowadzenia w swoim prawie krajowym instytucji małżeństwa osób tej samej płci. Sprowadza się on do obowiązku uznania takich małżeństw, zawartych w innym państwie członkowskim i zgodnie z prawem tego państwa, wyłącznie do celów wykonywania praw, które osoby te wywodzą z prawa Unii<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Ibidem, pkt 37.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> Ibidem, pkt 38.

<sup>91</sup> Ibidem, pkt 43.

<sup>92</sup> Ibidem, pkt 45.

Co za tym idzie, porządek publiczny poszczególnych państw członkowskich czy też podstawy ich społecznych struktur nie zostają – zadaniem Trybunału – naruszone przez obowiązek uznania wyłącznie do celów przyznania pochodnego prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego<sup>93</sup>. Stwierdzić po raz kolejny zatem można, że Trybunał nie przesądza o wizji małżeństwa (lub jakiegokolwiek innej instytucji) w konkretnym państwie członkowskim; dba jedynie o skuteczność praw (*effet utile*) wywodzonych z regulacji unijnych, takich jak chociażby art. 21 TFUE.

Identyczny wniosek wysnuć można również z wyroku z 16 lipca 2009 r. W sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej<sup>94</sup>, dotyczącej swobodnego obrotu materiałami GMO. Otóż Trybunał jednoznacznie wskazał w nim, że absolutny zakaz obrotu stanowi oczywiście naruszenie dyrektywy 2001/18/WE, a tym samym Polska nie zapewniła efektywności prawa wspólnotowego. Opór części społeczeństwa polskiego przeciwko GMO nie mógł być także uzasadniony na gruncie moralności publicznej, albowiem „w tych warunkach moralność publiczna w rzeczywistości nie została przywołana w sposób odrębny, lecz łączy się z uzasadnieniem związanym z ochroną środowiska i zdrowia, która w niniejszym przypadku stanowi właśnie przedmiot dyrektywy 2001/18”<sup>95</sup>. Nie można więc w całości kwestionować dyrektywy zmierzającej do ujednoczenia przepisów w poszczególnych krajach, powołując się na przesłankę moralną<sup>96</sup>. Podejście przeciwne uniemożliwiłoby w istocie skuteczne funkcjonowanie niemalże każdej z wdrażanych dyrektyw, co podważałoby w ogóle ich sens jako środków prowadzących do powstawania wspólnych standardów w prawodawstwie.

Podsumowując, skonstatować należy, iż TSUE zachowuje dość daleko idącą wstrzeźliwość w ocenie moralnej prawodawstwa państw członkowskich. Wynika to głównie z przyjętego w ramach Unii podziału kompetencji między instytucjami UE a krajami należącymi do wspólnoty. Nie sposób bowiem wywieść precyzyjnie sformułowanej kompetencji Trybunału Sprawiedliwości do czuwania nad jednolitym rozumieniem moralności we wszystkich państwach objętych jego jurysdykcją. Tym niemniej, orzecznictwo wypracowało kilka głównych reguł, którymi kierować powinny się państwa przy wprowadzaniu ograniczeń ze względu na moralność publiczną, porządek publiczny lub dobre

---

<sup>93</sup> Ibidem, pkt 46.

<sup>94</sup> Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, wyrok Trybunału z dnia 16 lipca 2009 r., C-165/07.

<sup>95</sup> Ibidem, pkt 55.

<sup>96</sup> The Queen przeciwko Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd., wyrok Trybunału z dnia 19 marca 1998 r., C-1/96, pkt 47.

obyczaję. Spośród najważniejszych z nich wymienić można: zakaz stosowania podwójnej moralności, nakaz stosowania środków proporcjonalnych i koniecznych do osiągnięcia celu, konieczność zapewnienia efektywności prawa unijnego, zakaz kwestionowania unijnych dyrektyw w całości, jak również ocenianie wyżej wskazanych przesłanek w świetle moralności pozytywnej danego społeczeństwa.

Ponadto, jak się wydaje, pozostawienie interpretacji pojęcia „moralność publiczna” organom państwowym stanowi pewne ograniczenie zasady jednolitej wykładni prawa wspólnotowego. TSUE nie proponuje zatem wykładni obowiązującej w każdym państwie i w każdym czasie. To podejście dobrze opisuje sam prezes Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Koen Lenaerts, który w artykule *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*<sup>97</sup> wprost wskazuje, że

Definiując pojęcia takie jak „ciąża” lub „macierzyństwo”, TSUE ogranicza się do interpretacji tych pojęć wyłącznie do celów przedmiotowego środka UE, tj. dyrektywy 92/85. W związku z tym nie dąży on do przedstawienia ogólnej definicji tych pojęć, która byłaby równoznaczna z narzuceniem wszystkim państwom członkowskim jednolitej koncepcji moralności publicznej, ponieważ byłoby to sprzeczne z pluralizmem, na którym opiera się Unia Europejska<sup>98</sup>.

Pomimo tej powściągliwości, w niniejszej pracy zasugerowano, że czasami niemożliwe jest zachowanie pełnej neutralności wobec konkurencyjnych koncepcji dobrego życia lub rozległych doktryn. Trybunał nie pozostaje zatem kompletnie neutralny wobec – przykładowo – sporu pomiędzy zwolennikami pluralizmu i swego rodzaju centralizmu instytucji europejskich, preferując, przynajmniej w odniesieniu do moralności publicznej, ten pierwszy pogląd. Nie jest też neutralny w sporze między przeciwnikami aborcji, uznającymi ją za działalność polegającą na odbieraniu życia niewinnej istocie, a jej zwolennikami, którzy traktują ją jako usługę medyczną. Podobnie trudno zachować całkowitą neutralność w debacie dotyczącej wizji życia rodzinnego i tego, czy obejmuje ono związek osób jednej płci. W tego rodzaju problemach prawnych i moralnych niekiedy trzeba dokonać – chociażby *implicite* – konkretnego wyboru.

Konstatacja ta nie oznacza bynajmniej, jakoby Trybunał zobligowany był jednocześnie do narzucania szczegółowych rozwiązań prawnych dla państw członkowskich. To wykraczałoby poza przyznane mu kompetencje. Fakt ten nie jest równoznaczny z zachowaniem

---

<sup>97</sup> K. Lenaerts, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, „European Review of Private Law” 2017, vol. 25, nr 2, s. 297-312.

<sup>98</sup> *Ibidem*, s. 307.



neutralności, lecz raczej politycznej<sup>99</sup> powściągliwości. TSUE może więc w sposób wiążący stwierdzić, że aborcja jest usługą, a związki homoseksualne wpisują się w koncepcję życia rodzinnego (czym nie zachowuje zupełnej neutralności), niemniej jednak nie pociąga to za sobą konsekwencji w postaci konieczności wdrożenia w ustawodawstwie poszczególnych państw takich usług lub takiej wizji małżeństwa (czym zachowana zostaje kompetencyjna powściągliwość). Jedynym skutkiem podjętych w tego typu sprawach orzeczeń jest obowiązek ich respektowania w odniesieniu do wykonywania praw wynikających z regulacji unijnych, takich jak swoboda przemieszczania się osób lub swobodny przepływ towarów.

Jeżeli wyżej zaprezentowana argumentacja jest choćby częściowo prawidłowa, to stwierdzić trzeba, że każde rozstrzygnięcie ustawodawcy, sędziego czy też urzędnika stosującego prawo odzwierciedla głęboko zakotwiczoną moralność i uprzednio założony (na zasadzie Gadamerowskiego przed-sądu) zbiór aksjologicznych norm.

#### **4.2.3 Moralność w multicytrycznej rzeczywistości prawnej**

Przedstawione orzeczenia zarówno Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zdają się potwierdzać koncepcję, którą w polskiej literaturze prawniczej Ewa Łętowska określiła jako „multicytryczność systemu prawa”<sup>100</sup>. Owa multicytryczność w swej istocie polega nie tylko na konstatacji, iż obecnie istnieje wiele ośrodków decyzyjnych wyposażonych w kompetencje do stanowienia, interpretacji i stosowania prawa<sup>101</sup>, a organy państwowe współdzielą je z sądami, takimi jak TSUE lub ETPCz. Spostrzeżenie to stanowi tylko początek do określenia pewnej wizji ułożenia wzajemnych relacji między tymi instytucjami. Multicytryczność wyłącza możliwość budowania prawa opartego o hierarchiczną, monocentryczną strukturę, przypominającą piramidę, w której najwyższe miejsce zajmuje krajowa konstytucja, natomiast niższe piętra – krajowe ustawy, rozporządzenia i inne akty prawne. Zdaniem Łętowskiej nieprawdą jest również, jakoby multicytryczna zmiana pociągać za sobą miała jedynie zajęcie uprzywilejowanej pozycji przez prawo europejskie, wcześniej okupowanej przez krajowe konstytucje. Chodzi raczej o to, aby umożliwić „współistnienie” kilku centrów<sup>102</sup> na zasadzie podziału kompetencji *quoad usum*, a nie podporządkowania jednego ośrodka drugiemu<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> „Z jednej strony nikt nie kwestionuje tezy, że legalizacja małżeństw osób tej samej płci jest decyzją polityczną, która powinna być podjęta na szczeblu krajowym”, *ibidem*, s. 302.

<sup>100</sup> E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3-10.

<sup>101</sup> *Ibidem*, s. 3-4.

<sup>102</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>103</sup> *Ibidem*, s. 7.

Przykładowo, w obszarze praw człowieka nie należy – zgodnie z multicentrycznym zamysłem – wskazywać wyłącznie na jakkolwiek rozumianą wyższość regulacji konwencyjnych, która powodować miałyby utratę mocy obowiązywania przepisów krajowych z nimi niezgodnych. Wyrok ETPCz na korzyść skarżących oznacza jedynie, że w ich jednostkowych sprawach naruszone zostały określone przez EKPCz konkretne prawa podmiotowe – czy to poprzez istnienie krajowej normy prawnej, czy też poprzez niewłaściwą praktykę interpretacyjną. Jednakże to, czy zakwestionowane przepisy krajowe zostaną zmienione albo praktyka orzecznicza zmodyfikowana, leży wyłącznie w gestii danego państwa oraz jego odpowiednich instytucji. Ewentualny wpływ wyroków ETPCz na te kwestie ma charakter pośredni, choć przyznać trzeba, że niezwykle istotny.

Multicentryczność wymaga, aby organy państwowe (ustawodawcze oraz interpretujące i stosujące prawo) zajmowały w podejmowanych działaniach prowspólnotową pozycję. Uznanie, że krajową przestrzeń prawną mogą wypełniać jednocześnie zewnętrzne ośrodki decyzyjne, wymaga nadto przyjęcia nowego spojrzenia na państwową suwerenność. W tym kontekście Anna Kalisz podnosi: „Multicentryczność prawna dobrze ukazuje modyfikację pojęcia suwerenności – we współczesnej teorii państwa i prawa odchodzi się od znaczenia bodinowskiego na rzecz koncepcji „suwerenności podzielonej” (*divided sovereignty*), czyli dobrowolnego zrzeczenia się pewnej części wykonywania suwerenności na rzecz podmiotów („centrów”) zewnętrznych”<sup>104</sup>.

Z drugiej strony, koncepcja multicentryczność wysuwa postulat „obustronnie przyjaznej wykładni”. Co za tym idzie, nie tylko do instytucji państwowych należy obowiązek dostrzegania prawa ponadnarodowego, lecz również to sądy ponadnarodowe powinny spoglądać życzliwie na krajowych partnerów, którzy biorą udział w tym prawniczym lub sędziowskim dialogu. Pod pojęciem przyjaznej wykładni można rozumieć tak swoistą powściągliwość sądów ponadkrajowych<sup>105</sup>, jak i konieczność zapewnienia rozgraniczenia istniejących porządków prawnych (krajowego, praw człowieka i unijnego) oraz ich stabilne współfunkcjonowanie<sup>106</sup>. W rezultacie w relacjach międzysądowych trzeba – w świetle założeń multicentryczności – raczej pytać o racje, jakie stoją za danym orzeczeniem, niż o miejsce w hierarchii zajmowane przez wydający je sąd. Ukłon w stronę krajowych porządków

---

<sup>104</sup> A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunatu Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunatu Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 4, s. 45 i cyt. tam literatura.

<sup>105</sup> E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 9.

<sup>106</sup> Ibidem.

prawnych, jako element swoistego sędziowskiego dyskursu, zauważalny jest w niektórych orzeczeniach TSUE<sup>107</sup>.

Do multicytrycznej idei nawiązywał również polski Trybunał Konstytucyjny. W często przytaczanym wyroku z dnia 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04 zawarto następujące stwierdzenia:

Prawną konsekwencją art. 9 Konstytucji jest konstytucyjne założenie, iż na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, obok norm (przepisów) stanowionych przez krajowego legislatora, obowiązują uregulowania (przepisy) kreowane poza systemem krajowych (polskich) organów prawodawczych. Ustrojodawca konstytucyjny świadomie więc przyjął, że system prawa obowiązujący na terytorium Rzeczypospolitej mieć będzie charakter wieloskładnikowy. Obok aktów prawnych, stanowionych przez krajowe (polskie) organy prawodawcze, w Polsce obowiązują i są stosowane także akty prawa międzynarodowego<sup>108</sup>.

Sama koncepcja multicytryzmu może budzić wątpliwości w niektórych aspektach. Wiesław Lang zauważa, że teza o braku wyższości prawa ponadnarodowego jest zbyt generalna, ażeby mogła być prawdziwa<sup>109</sup>. Tak zatem, nie znajduje ona mocnego uzasadnienia w zakresie kompetencji wyłącznych organów Unii, gdzie „ma miejsce supremacja prawa unijnego nad prawem krajowym, oparta na hierarchii norm i strukturze monocentrycznej”<sup>110</sup>. Ponadto nie można pominąć okoliczności, że chociażby rozporządzenia unijne obowiązują wprost i trudno w ich przypadku mówić o niemonocentrycznej strukturze, jeżeli w sposób oczywisty zajmują one pozycję nadrzędną względem prawa krajowego. W sytuacji kolizji norm prawa unijnego z prawem krajowym występuje więc pierwszeństwo prawa unijnego, w tym również – w opinii tego autora – w stosunku do konstytucji<sup>111</sup>.

Z kolei Katarzyna Schmidt-Kwiecińska zaznacza, że multicytryczność może być trudna do zrealizowania w kontekście autonomiczności prawa UE. Niemożliwym jest bowiem w obszarze wykładni pogodzić ją z założeniem wielokulturowości oraz wzajemnego

---

<sup>107</sup> „Prawo państw członkowskich jest drogowskazem dla «wspólnych koncepcji prawnych» (tak sprawa C–173/99, BECTU), «wspólnego interesu» (tak sprawa 22/84 Johnston), «wspólnych wzorców» (tak sprawy T–189/95, Dorsch Consult, C–54/94, Hedley Lomas, C–352/98, Bergardem)”, zob. Z. Brodecki, T.T. Koncewicz, *„Wspólnotowa rozumność” w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Warszawa 2008, s. 124.

<sup>108</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04.

<sup>109</sup> W. Lang, *Wokół multicytryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 6, s. 97-98.

<sup>110</sup> Ibidem, s. 98.

<sup>111</sup> Ibidem.

poszanowania dwóch porządków<sup>112</sup>. To samo odnosi się do postulatu obustronnej przyjaznej wykładni. Jak wskazuje autorka,

W sytuacji rozbieżności między prawem krajowym a UE, pierwszeństwo zarówno w sądach krajowych, jak i europejskich powinno bowiem zostać przyznane uregulowaniom prawa UE. Ponadto uwzględnianie przy rozstrzygnięciach sądów europejskich prawa członkowskiego w ramach „przyjaznej wykładni” może prowadzić do odmiennych rezultatów. Rozstrzygnięcia sędziów europejskich w analogicznych stanach faktycznych kształtowałyby się różnie w zależności od tego, jakie prawo państwa członkowskiego znajdowałoby zastosowanie. W rezultacie zatem ujednoczenie rozwiązań prawnych w ramach UE byłoby jedynie pozorne, gdyż w procesie wykładni prawo UE byłoby determinowane przez istniejące ustawodawstwo krajowe<sup>113</sup>.

Obiekcje odnośnie do multicentryczności wysuwa także między innymi Eugeniusz Piontek, który zaznacza kategorycznie, że podejście to „jest niestety nie do pogodzenia z podstawowymi wymaganiami systemowymi prawa wspólnotowego, a mianowicie zasadą jednolitej wykładni i stosowania tego prawa na całym obszarze Unii, a więc niezależnie od ocen właściwych organów w poszczególnych państwach członkowskich”<sup>114</sup>.

Niezależnie jednak od słuszności koncepcji multicentryczności w ujęciu ogólnym, wydaje się, że jest ona trafna jeśli idzie o związki europejskiego i krajowego porządku prawnego w świetle problematyki moralności publicznej. Co ciekawe, uzasadnienie znajduje tu również postulat obopólnej przyjaznej wykładni, a także prawidłowej delimitacji kompetencji, nie zaś wyłącznie ustalenia obowiązującej między zainteresowanymi sądami hierarchii.

Jak już nadmieniono, ani Europejski Trybunał Praw Człowieka, ani też Trybunał Sprawiedliwości UE w rzeczywistości nie dokonują samodzielnej i autonomicznej wykładni terminu „moralność” lub „moralność publiczna”. To, czy w danym przypadku doszło do naruszenia przez odpowiednie organy państwowe regulacji unijnych lub konwencyjnych, a tym samym – do przekroczenia granic uznania dotyczących moralności publicznej, ponadnarodowe Trybunały każdorazowo rozstrzygają uwzględniając aktualnie istniejącą „pilną potrzebę społeczną”. Ta natomiast może różnić się w zależności od rozpatrywanych stanów faktycznych

---

<sup>112</sup> K. Schmidt-Kwiecińska *Multicentryczne spojrzenie na porządek prawny w perspektywie diachronicznej*, [w:] M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, T. Bekrycht, *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, Łódź 2014, s. 69.

<sup>113</sup> Ibidem, s. 68.

<sup>114</sup> E. Piontek, *Konstytucje państw członkowskich w porządku prawnym Unii Europejskiej*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska, *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej*, Warszawa 2009, s. 421 i cyt. tam literatura.

i ustawodawstw. *De facto* zatem może dojść do sytuacji, która niepokoi wyżej przywoływaną Schmidt-Kwiecińską, w której to rozstrzygnięcia sędziów europejskich w analogicznych stanach faktycznych mogą kształtować się różnie w zależności od tego, jakie prawo państwa członkowskiego (czy też jaka popularna w danym kraju moralność) znajduje zastosowanie. Niewątpliwie orzeczenia w przedmiocie moralności publicznej wymykają się spod zasadniczego dążenia do ujednolicenia interpretacji pojęć na gruncie europejskich przepisów.

W tego rodzaju sprawach nie mamy również do czynienia ze sporem o miejsce w hierarchii. Europejskie sądy nie narzucają bowiem konkurencyjnej wobec krajowej wizji moralności publicznej. Nie jest więc istotne to, za którym zdaniem stoi poważniejszy autorytet. Najważniejszą kwestią pozostaje rozdział kompetencji między sądami reprezentującymi trzy płaszczyzny współczesnego prawa: krajową, unijną i praw człowieka. Do sądów krajowych co do zasady należy ocena, czy dana regulacja wpisuje się w wizję moralności publicznej, rozpowszechnioną w badanym społeczeństwie. Trybunał Sprawiedliwości UE generalnie nie wnika w tak dokonaną oceną – akceptuje zatem istnienie bądź nie małżeństw jednopłciowych, jak również swobodny dostęp lub jego brak do aborcji. TSUE stoi jednak na straży efektywności prawa unijnego, dlatego też jest uprawniony do podjęcia ostatecznej decyzji odnośnie do uznania aborcji za usługę czy przyznania pochodnego prawa pobytu małżonkowi obywatela UE, wyłącznie na potrzeby zagwarantowania skuteczności wspólnotowego prawodawstwa. Natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka analizuje, czy w konkretnym przypadku prawa skarżącego, określone w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, zostały naruszone, co nie oznacza jednakże bezpośredniej derogacji kwestionowanych przepisów prawa krajowego. Główną metodą ETPCz pozostaje zaś ważenie jednostkowych uprawnień oraz społecznego nacisku obowiązującego w danym momencie historycznym. W rozumowaniach przyjętych przez sądy ponadnarodowe kluczowa jest moralność pozytywna, co – jak już wskazywano – ma swoje także słabe strony. Z punktu widzenia zasad prawa UE, takich jak chociażby zasada jednolitej wykładni, moralność pozytywna oraz koncepcja *united in diversity* stanowią pewien specyficzny, choć mający solidne uzasadnienie, wyłom.

Co więcej, warto odnotować, że sędziowski multcentryczny dialog zakłada też powoływanie się na orzeczenia drugiej strony zupełnie bezpośrednio. W analizowanym wcześniej wyroku w sprawie *Stübing przeciwko Niemcom* ETPCz, przy ocenie występowania pilnej społecznej potrzeby ochrony moralności publicznej, odwołał się wprost do jednego z orzeczeń dotyczących kazirodstwa, wydanego przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny. Legalizacja kazirodstwa mogłaby, zdaniem tego ostatniego, podważyć

strukturę społeczną (podobnie argumentował *nota bene* Patrick Devlin). Okazuje się zatem, że Europejski Trybunał wspomaga się czasem praktyką orzecniczą danego kraju, która to przecież poniekąd sama jest przedmiotem oceny w postępowaniu przed Trybunałem. W innych orzeczeniach ETPCz – uzasadniając swoje rozstrzygnięcia – bazował jednak przede wszystkim na istotnych dla danej sprawy faktach społecznych, takich jak np. referendum konstytucyjne w Irlandii, debata społeczna w Wielkiej Brytanii czy wrażliwość przeciętnej odbiorcy w Szwajcarii. Tak samo przyjmuje zresztą Trybunał Sprawiedliwości UE, który zezwala na wprowadzanie przez poszczególne państwa członkowskie ograniczeń w niektórych swobodach opisanych w unijnym prawie ze względu na przesłankę moralności publicznej, rozumianą zgodnie z „własną skalą wartości”.

W związku z powyższym można stwierdzić, że zostaje zachowany multicentryczny postulat obustronnej przyjaznej wykładni, zarówno jeśli chodzi o powściągliwość, jak i rozgraniczenie istniejących porządków prawnych oraz ich współfunkcjonowanie. Postawić można tezę, że multicentryczność – pomimo swych wad lub ograniczeń – dobrze oddaje obecny stan wzajemnych powiązań między prawem krajowym, unijnym i konwencyjnym w zakresie moralności publicznej. Multicentryczność, która akcentuje orzecniczą powściągliwość (nie zaś kompletną neutralność) w pewnym sensie potwierdza też konkluzje poczynione podczas rozważań wcześniejszych. Dlatego też multicentryczność – potraktowana jako narzędzie służące do właściwego opisu ukształtowanego stanu rzeczy (a więc bardziej deskryptywnie niż normatywnie) – ma swoje wartościowe walory.

### 4.3 Orzecznictwo polskie

W orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego (TK) przesłanka moralności publicznej lub po prostu moralności nie występowała jak dotąd w licznych sprawach<sup>115</sup>. Niemniej, szczególnie ważnym wyrokiem, w którym analizowano ograniczenie wolności jednostek ze względu na moralność, jest orzeczenie TK z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13<sup>116</sup>. Zasluguje ono na uwagę przede wszystkim dlatego, że jeżeli przyjęta w niniejszej pracy teza o przywiązaniu europejskich sądów do paradygmatu moralności pozytywnej danych społeczeństw jest prawdziwa, to nieco wyłamuje się z niego polski sąd konstytucyjny. Tym

---

<sup>115</sup> Jak pisze J. Podkowiak, „Trybunał Konstytucyjny odwoływał się do przesłanki ochrony moralności publicznej tylko w kilku wyrokach, zazwyczaj nie wyjaśniał jednak szerzej jej normatywnej treści”, idem, *Moralność publiczna jako przesłanka ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 8, s. 25.

<sup>116</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2014 r., K 52/13.

samym rodzimym Trybunał prezentuje, jak się wydaje, podejście bliskie hermeneutyce, rozumianej w sposób przedstawiony w powyższych akapitach.

Otóż w przywoływanej sprawie Trybunał Konstytucyjny badał zgodność z konstytucją przepisów ustawy o ochronie zwierząt<sup>117</sup> w zakresie, w jakim nie zezwalały one na tak zwany ubój rytualny, czyli ubój zwierząt wymagany przez niektóre obrzędy religijne. W grę wchodziła zatem z jednej strony wolność religijna, z drugiej zaś – jak argumentował Prokurator Generalny, domagając się utrzymania prawnego zakazu – moralność, a konkretnie stosunek ludzi do zwierząt i ochrona ich dobrostanu. Za złamanie rzeczonoego zakazu groziła natomiast sankcja karna w postaci kary grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat dwóch. Jeżeli chodzi o konkretne zarzuty formułowane przez Prokuratora Generalnego wobec zjawiska uboju rytualnego, to stwierdził on, że „w świetle wyników przytoczonych badań oraz zaleceń zawartych w raportach organizacji międzynarodowych i pozarządowych, ewentualna akceptacja dokonywania uboju rytualnego wydaje się nie do pogodzenia z obowiązkiem humanitarnego traktowania zwierząt i zasadą unikania zbędnych cierpień wszystkich istot czujących”<sup>118</sup>. Ponadto „Prokurator Generalny wskazał, że stosunek do zwierząt ma wpływ na moralną osobowość człowieka, a w konsekwencji jego wrażliwość wobec bliźnich. Zdaniem Prokuratora Generalnego, cierpienia zadawane zwierzętom podczas uboju rytualnego są wynikiem działań niemoralnych w dominującym w dzisiejszej Polsce rozumieniu tego pojęcia”<sup>119</sup>.

Co ciekawe, Trybunał Konstytucyjny, rozpoczynając swoje rozważania w odniesieniu do przesłanki moralnej w kontekście wolności religijnej, wskazał iż przewidziana w polskiej konstytucji gwarancja wolności religijnej „obejmuje dokonywanie wszelkich czynności (praktyk, obrzędów, rytuałów), które mają charakter religijny. Konstytucyjna ochrona obejmuje również czynności religijne dalekie od zachowań konwencjonalnych, dominujących w danym państwie, w tym czynności niepopularne z punktu widzenia społecznej większości”<sup>120</sup>. Dalej przytoczono również z aprobatą jeden z wyroków amerykańskiego Sądu Najwyższego w którym za przejaw wolności religii uznano dokonywanie ofiar rytualnych ze zwierząt przez wyznawców Santerii. Jak wprost stwierdzono: „W uzasadnieniu wyroku, odnosząc się do konstytucyjnie chronionej wolności wyznania (religii), zawarto stwierdzenie, które w pełni

---

<sup>117</sup> Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, Dz. U. z 2020 r. poz. 638 ze zm.

<sup>118</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2014 r., K 52/13, 3.3.

<sup>119</sup> Ibidem, 3.3.

<sup>120</sup> Ibidem, 6.3.

zasługuje na aprobatę: «wierzenia religijne nie muszą być akceptowalne, logiczne, spójne lub zrozumiałe dla innych, żeby zasługiwały na ochronę»”.

Niezależnie od tego, czy rzeczywiście ofiary rytualne ze zwierząt zasługiwać powinny na taką ochronę, należy zauważyć, że argumenty stosowane przez TK już od początku sugerują, że ewentualny zakaz uboju rytualnego musi być rozpatrywany w perspektywie moralności krytycznej. To znaczy, że niewystarczająca jest konstatacja, iż ubój rytualny może wywoływać oburzenie wśród członków społeczeństwa polskiego. Trzeba także bowiem dokonać analizy moralności pozytywnej w świetle norm moralności krytycznej, przyjętych jako podstawa polskiego porządku konstytucyjnego. Do nich zalicza się szeroka tolerancja religijna oraz wolność wyznania, rozumiana jako jedna z wartości naczelných wynikających z ludzkiej godności. Jednocześnie nie chodzi o całkowitą marginalizację aktualnych przekonań moralnych funkcjonujących w społeczeństwie. Konieczność uwzględnienia tych norm „znajduje uzasadnienie jurydyczne, albowiem prawo stanowione jest przede wszystkim z myślą o człowieku. Wstęp do Konstytucji, który wskazuje na wartości moralne cenne dla społeczeństwa polskiego, koncentruje się na człowieku. Nakazuje stosować Konstytucję z myślą o zachowaniu przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi”<sup>121</sup>.

Tak zatem, Trybunał doszedł do konkluzji, że w niniejszym przypadku to właśnie generalny zakaz uboju rytualnego, jako godzący nieproporcjonalnie i uciążliwie w dobro, jakim jest wolność religijna, narusza normy moralne. Odwrócono więc argumentację Prokuratora Generalnego i dostrzeżono, że moralność musi być analizowana w szerszym kontekście. W polskim społeczeństwie istnieje długa tradycja respektowania wolności religijnej, dlatego też wszelkie jej ograniczenia mogą budzić moralne wątpliwości. Precyzyjnie rzecz ujmując, TK ocenił, że:

Zważywszy, że społeczeństwo polskie przywiązuje dużą wagę do religii oraz wolności jej uzewnętrzniania, Trybunał uznał za przekonujący argument wnioskodawcy, że wolność religii jest nie tylko gwarantowana konstytucyjnie i konwencyjnie, lecz jest także jedną z podstawowych wartości moralnych w polskim społeczeństwie. Stanowisko to jurydycznie wzmacnia wstęp do Konstytucji, który odwołuje się do wartości zakorzenionych w tradycji judeochrześcijańskiej. Z uwagi na powyższe nie zasługuje na poparcie twierdzenie, że w społeczeństwie polskim bezwzględny zakaz uboju rytualnego jest konieczny do ochrony szeroko rozumianej moralności. Należy raczej przyjąć, że zgodne z normami moralnymi

---

<sup>121</sup> Ibidem, 8.2.2.



podzielanymi przez zdecydowaną większość polskiego społeczeństwa jest jak najszerze poszanowanie wolności religii (wyznania)<sup>122</sup>.

Dalej dodano: „Zezwolenie na ubój rytualny jest wyznacznikiem stosunku państwa do mniejszościowych związków wyznaniowych, które wymagają dokonywania uboju zwierząt według norm religijnych w celu uzyskania dozwolonego pożywienia. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że wzgląd na konstytucyjnie gwarantowane prawa mniejszości narodowych i etnicznych wzmacnia wynikającą z wolności religii (wyznania) ochronę uboju rytualnego. W konsekwencji za stwierdzeniem, że bezwzględny zakaz dokonywania uboju rytualnego przez grupy mniejszościowe jest konieczny do ochrony moralności społecznej większości, musiałyby przemawiać zasadnicze i odpowiednio udowodnione argumenty. W niniejszej sprawie argumenty takie nie występowały<sup>123</sup>”.

Co więcej, Trybunał przekonywał, iż „badania naukowe nad odczuwaniem bólu, cierpienia i stresu przez zwierzęta nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że prawidłowo wykonany ubój zwierząt metodą wymaganą przez niektóre wyznania w każdym przypadku jest bardziej bolesny dla zwierząt niż prawidłowo wykonany ubój z wykorzystaniem metod z ogłuszeniem<sup>124</sup>. Podkreślono przy tym, że ubój rytualny musi być wykonywany zgodnie z określonymi procedurami przez wykwalifikowaną do tego osobę, co zapewniać ma brak ryzyka zadawania nadmiernego bólu. Warto nadto nadmienić, że TK podał w wątpliwość, czy w ogóle zakaz uboju rytualnego może być, jak twierdził Prokurator Generalny, uzasadniony moralnością pozytywną. W tym kontekście stwierdzono, że „można przypuszczać, że dynamika zmian postaw społecznych i prawnych stworzy w nieodległej przyszłości podstawy do analizowania zachowania człowieka wobec zwierząt w kontekście przesłanki «moralności»<sup>125</sup>. Mowa zatem o „nieodległej przyszłości”, nie zaś o aktualnym stanie faktycznym.

O ile niektóre powyższe uwagi TK mogą być uznane za kontrowersyjne (o czym świadczą zdania odrębne do wyroku<sup>126</sup>), o tyle sama metoda, którą posłużył się przy interpretacji przesłanki moralności, zasługuje na uznanie. Można wysnuć wniosek, że Trybunał

---

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Złożone przez Teresę Liszcz, Stanisława Rymara, Piotra Tuleję, Sławomirę Wronkowską-Jaśkiewicz, Stanisława Biernata, Wojciecha Hermelińskiego.

posłużył się bardziej lub mniej świadomie pojęciem moralności krytycznej<sup>127</sup> oraz metodą hermeneutyczną. Nie poprzestano bowiem jedynie na ważeniu „pilnej społecznej potrzeby” utrzymania zakazu uboju i swobód religijnych mniejszości żydowskiej czy islamskiej. Sięgnięto znacznie głębiej i spostrzeżono, że szacunek dla mniejszości religijnych oraz realizacji przez nich konkretnych wolności stanowi poważny imperatyw moralny. Jest on generalnie rozpoznany w społeczeństwie polskim i zakodowany w normach o randze konstytucyjnej. Niewątpliwie zatem – posługując się nomenklaturą zaproponowaną przez Antony’ego Duffa – można stwierdzić, że szeroko zakrojone ramy dla wolności religijnej oraz sposobów jej wykonywania są fundamentem porządku publicznego naszej wspólnoty. W sprawie mieliśmy więc do czynienia z podwójnym problemem moralnym dotyczącym zarówno ochrony zwierząt, jak i szacunku dla wierzeń mniejszości religijnych. Trybunał analizował tę problematykę stosując hermeneutyczny postulat myślenia kolistego. Ostatecznie przyjęto konkluzję, iż to właśnie wolność religijna zajmuje, przynajmniej w tym wypadku, priorytetową pozycję, a co za tym idzie – należy „przyjąć, że zgodne z normami moralnymi podzielanymi przez zdecydowaną większość polskiego społeczeństwa jest jak najszersze poszanowanie wolności religii (wyznania)”<sup>128</sup>.

Rację przyznać trzeba jednak Teresie Liszcz, która w zdaniu odrębnym wskazała, że wprawdzie „bezwzględny zakaz uboju rytualnego, uniemożliwiający wyznawcom judaizmu i islamu – zamieszkałym stale lub czasowo przebywającym w Polsce – zaopatrzenie się w koszerne (w islamie – halal) mięso, tutaj pozyskane, jest niezgodny z art. 53 ust. 1, 2 i 5 Konstytucji”, to niezrozumiałe jest twierdzenie o niekonstytucyjności takiego zakazu w odniesieniu do przeznaczenia mięsa na eksport lub ekonomicznych zysków<sup>129</sup>. Optymalnym, tj. zgodnym z moralnością publiczną, wydaje się więc rozwiązanie polegające na przyznaniu wspólnotom religijnym o uregulowanym statusie możliwości stosowania uboju rytualnego na potrzeby własne, przy jednoczesnym zakazie „nastawionego na zysk, przemysłowego uboju quasi-rytualnego i eksportu pozyskanego w ten sposób mięsa”<sup>130</sup>. Generalny zakaz uboju rytualnego, z wyłączeniem wybranych mniejszości religijnych, zabezpiecza moralność publiczną rozumianą jako z jednej strony szacunek dla wolności religijnej, z drugiej zaś troska o dobrostan zwierząt i postulat ograniczenia niepotrzebnego cierpienia.

---

<sup>127</sup> Na konieczność ujmowania moralności publicznej w kategoriach moralności krytycznej, zob. także T. Pietrzykowski, *Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, „Studia Prawnicze” 2019, nr 1, s. 16-17.

<sup>128</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2014 r., K 52/13, 8.2.2.

<sup>129</sup> Zdanie odrębne do w/w wyroku, pkt 2.

<sup>130</sup> Ibidem.

Z kolei o moralności krytycznej Trybunału świadczą między innymi odwołania do badań naukowych na temat cierpienia zwierząt, nie zaś jedynie do odczuć społecznych. Nie oznacza to jednak, że te ostatnie zostały zupełnie pominięte; przeciwnie – weryfikowano je tylko w świetle dostępnych i racjonalnych źródeł naukowych, co samo w sobie jest zresztą społecznie akceptowalną metodą. Natomiast fakt ten nie zamyka całkowicie debaty i powinien dopuszczać także argumenty przeciwne. Trybunał Konstytucyjny wyznaczył moralne i krytyczne ramy dyskusji, w której to odczucia społeczne winny być konfrontowane z ustaleniami naukowymi, jak również z wartościami moralnymi, skądinąd rozpowszechnionymi oraz zajmującymi szczególne miejsce w tym społeczeństwie. Wydaje się, że podobnie publiczny dyskurs widzą przedstawiciele nowego prawnego moralizmu.

Jeżeli chodzi o pozostałe orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, to przesłanka moralności – jako główne kryterium oceny konstytucyjności danych regulacji ustawowych – pojawiała się dość rzadko. Przykładowo, w wyroku<sup>131</sup> z 2006 r. dotyczącym obciążenia dożywotnim obowiązkiem alimentacyjnym małżonka wyłącznie winnego rozkładowi pożycia TK uznał moralność publiczną za mającą „istotne znaczenie” w tej kwestii. Potwierdzono przy tym, że rzymska zasada *nemo turpitudinem suam allegans audiat* zachowuje aktualność także dzisiaj. Tak jest, gdyż: „Stwierdzenie winy rozkładu pożycia stanowi podstawę do przyjęcia, że do rozwodu doszło w wyniku bezprawnych lub co najmniej niezgodnych z zasadami moralnymi zachowań małżonka winnego. Jest to zatem wyraz moralnej oceny zachowania się małżonka, która ma istotne konsekwencje prawne”<sup>132</sup>. Widać więc, że niemoralność ma swoje bezpośrednie skutki prawne oraz może uzasadniać ograniczanie praw lub wolności, w tym również o charakterze majątkowym.

Natomiast w wyroku<sup>133</sup> z dnia 6 lipca 1999 r. orzeczono, że wymogi moralności publicznej usprawiedliwiają generalne wyłączenie możliwości skorzystania z amnestii lub abolicji dla sprawców umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności i wymiarowi sprawiedliwości, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych w okresie od 1944 r. do 1989 r. Jest to przykład interesującej interpretacji pojęcia „moralność publiczna”. Trybunał Konstytucji rozumiał ją w sposób nawiązujący do swego rodzaju moralności krytycznej – „jako pewne zaufanie obywateli do państwa, z jednej strony – do jego funkcjonariuszy, z drugiej – do stanowionego przezeń prawa, które wiąże zarówno wszystkich

---

<sup>131</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04.

<sup>132</sup> Ibidem, 2.2.

<sup>133</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 1999 r., P 2/99.

obywateli bez względu na sprawowane przez nich funkcje, jak i samo państwo”<sup>134</sup>. Okazuje się zatem, że moralność publiczna wiązać się może z ideą sprawiedliwości tranzycyjnej.

Jak widać, w polskim orzecznictwie najczęściej moralność publiczna lub społeczna (moralność pozytywna) występuje w jakiejś konotacji z moralnością krytyczną. W wyroku<sup>135</sup> z dnia 18 stycznia 2006 r. doprecyzowano, że moralność publiczna – pomimo owego publicznego charakteru – nie jest synonimem przekonań moralnych aktualnych piastunów władzy. W związku z tym, jak słusznie zaznaczono, „konstytucyjna gwarancja wolności zgromadzeń zawiera zakaz odbierania tej wolności przez władze publiczne z powodu różnic światopoglądowych lub gdy głoszone treści są niezgodne z systemem wartości reprezentowanych przez piastunów władzy publicznej”<sup>136</sup>.

Odczytywanie moralności pozytywnej społeczeństwa polskiego w kontekście moralności krytycznej, ukrytej w konstytucyjnych regulacjach, zauważalna jest również w wydanych stosunkowo niedawno, bo w 2016 r., wyrokach TK. Zdaniem Trybunału, pojęcie moralności publicznej „odnosi się do kształtowania w określony sposób stosunków międzyludzkich przez nakaz co najmniej dążenia do realizacji wartości przyjmowanych przez ogół społeczeństwa, takich jak prawda, piękno, solidarność, sprawiedliwość, miłość czy życzliwość”<sup>137</sup>. Założono tu więc, że wartości moralności krytycznej (prawda, piękno, solidarność itd.) są przyjmowane przez ogół społeczeństwa i zasługują na szacunek jako właściwe moralnie.

Podobnie w sprawie, w której analizowano zgodność z konstytucją zasad naliczania wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości rolnych należących do Skarbu Państwa, z jednej strony – odwołując się do moralności pozytywnej – wskazano, iż

Zdaniem Trybunału konstytucyjnym uzasadnieniem wprowadzonego rozwiązania jest ochrona moralności publicznej, będącej – w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji – jedną z wartości uzasadniających ograniczenia wolności i praw jednostki. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał – w ślad za poglądami wyrażanymi w literaturze prawniczej – **rozumiał moralność publiczną jako normy moralne przyjęte w społeczeństwie polskim regulujące zasady postępowania w stosunkach międzyludzkich** [wyr. K.J.] (...). Zakwestionowany przepis służy zapobieganiu i eliminowaniu przywłaszczenia cudzego majątku i czerpania z tego tytułu korzyści kosztem całego społeczeństwa. Korzystanie z cudzej rzeczy bez tytułu prawnego jest

---

<sup>134</sup> Ibidem, 4.

<sup>135</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 stycznia 2006 r., K 21/05.

<sup>136</sup> Ibidem, 4.

<sup>137</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2016 r., K 28/15, 6.

nie tylko sprzeczne z obowiązującym prawem, lecz również należy je kwalifikować jako zachowanie naruszające uznane normy moralne. Dotyczy to wypadków świadomego przywłaszczenia cudzej lub wspólnej nieruchomości lub czerpania z niej pożytków, wbrew woli lub wiedzy właściciela. Ochronie takiej musi podlegać również własność publiczna<sup>138</sup>.

Z drugiej jednak strony w dalszym fragmencie czytamy, że

w świetle wyników badań CBOS z 2012 r., aż 52% respondentów nie czuje się odpowiedzialna za wspólne dobra; aż 64% z nich uważa, że **ludzie w Polsce na ogół nie szanują własności publicznej (...). Wskazuje to na wciąż obecne w społeczeństwie przyzwolenie na gorsze traktowanie własności publicznej niż własności prywatnej.** [wyr. K.J.] Trybunał uznaje, że kierując się ochroną moralności publicznej nakazującej poszanowanie i ochronę wspólnego dobra wszystkich obywateli, ustawodawca jest szczególnie zobowiązany do wprowadzania rozwiązań przeciwdziałających naruszeniom własności Skarbu Państwa i bezprawnemu czerpaniu korzyści z majątku publicznego<sup>139</sup>.

Trybunał Konstytucyjny najpierw odwołał się zatem do „norm moralnych przyjętych w społeczeństwie polskim”, po czym skonstatował, że wciąż obecne jest w społeczeństwie „przyzwolenie na gorsze traktowanie własności publicznej niż własności prywatnej”. To ostatnie, choć będące normą przyjętą w społeczeństwie, jest jednak niedopuszczalne w świetle moralności publicznej rozumianej jako moralność krytyczna (czego TK jednakże wprost nie stwierdził). Ostatecznie nie chodzi więc *de facto* o normy przyjęte w społeczeństwie polskim (te bowiem wciąż pozwalają na gorsze traktowanie własności wspólnej), lecz o normy moralności krytycznej, odczytywane w świetle konstytucji, wyinterpretowane z idei „moralności publicznej”, dobra wspólnego i pewnej koncepcji własności. Dlatego też skonkludować trzeba, że wzorcem stosowanym przez Trybunał jest raczej hermeneutyczne odczytywanie moralności pozytywnej w świetle krytycznej moralności konstytucyjnej, aniżeli jedynie neutralna akceptacja popularnych aktualnie opinii.

Z kolei w niektórych wyrokach Trybunału Konstytucyjnego widoczne jest mocniejsze zaakcentowanie przekonań społecznych, bez bezpośredniego zestawiania ich z pewną formą moralności krytycznej. W orzeczeniu<sup>140</sup> dotyczącym możliwości cofnięcia zezwolenia na sprzedaż alkoholu przedsiębiorcy, w którego sklepie złamano zakaz sprzedaży alkoholu nieletnim, wskazano, iż przesłanka „moralności publicznej” pozwala na ingerencję prawną w stosunku do takich działań, które powszechnie uznaje się za przynoszące szkody społeczne.

---

<sup>138</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 października 2016 r., P 123/15, 4.4.2.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 kwietnia 2011 r., P 26/09

Zgodność z konstytucją regulacji przewidujących cofnięcie zezwolenia wynikała zatem z konieczności ochrony młodzieży przed demoralizacją, co miało swoje podstawy w powszechnych przekonaniach społecznych<sup>141</sup>.

Na koniec należy nadmienić, że w przynajmniej jednym z wyroków<sup>142</sup> Trybunał Konstytucyjny przedstawił argumentację, która do pewnego stopnia przypomina tezę o dezintegracji Devlina, a ponadto ma nieco paternalistyczny wydźwięk. Sprawa dotyczyła zgodności z konstytucją zakazu posiadania oraz uprawy, nawet na własny użytek, środków odurzających, a mianowicie konopi. Kwestionowane przepisy uregulowano w art. 62 ust. 1 i 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii<sup>143</sup>. W swoim wywodzie uzasadniającym dopuszczalność rzeczonych rozwiązań Trybunał Konstytucyjny odwołał się do wartości określonych w art. 31 ust. 3 konstytucji RP. Co ciekawe jednak, istotną przesłanką w tym kontekście okazało się nie tylko zdrowie (w aspekcie ogólnym i indywidualnym), lecz również porządek publiczny. Jak wyjaśniono,

Wiąże się to z uzasadnionym przekonaniem, że używanie narkotyków (przez poszczególne jednostki) łączy się z konsekwencjami społecznymi. Narkomania nie jest problemem wyłącznie indywidualnym. Jest problemem społecznym, ponieważ z reguły konsekwencje zażywania narkotyków przez daną osobę ponosi najbliższe otoczenie i zostaje zakłócone prawidłowe funkcjonowanie całego społeczeństwa: pojawia się w związku z tym szereg negatywnych skutków i kosztów. Używanie narkotyków nie może więc być nigdy kwestią społecznie obojętną<sup>144</sup>.

Powyższe stanowisko bliskie jest prospołecznemu podejściu prezentowanemu przez takich krytyków indywidualistycznego liberalizmu, jak James Fitzjames Stephen, Patrick Devlin czy Robert P. George. Pewien ukłon w stronę Devlinowskiej moralności pozytywnej widoczny jest także w dalszym fragmencie uzasadnienia analizowanego wyroku, w którym TK wskazał, iż porządek publiczny „zapewnia organizację społeczeństwa opartą na wartościach przez to społeczeństwo podzielanych”<sup>145</sup>. Porządek publiczny w tym kontekście oznacza „taką organizację życia publicznego, dzięki której chroni się jednostki przed niepożądanym, niszczącym także struktury społeczne, zjawiskiem narkomanii”<sup>146</sup>. W gruncie rzeczy oparcie się na przesłance porządku publicznego, obok zdrowia publicznego, może świadczyć

---

<sup>141</sup> Nawiasem mówiąc, w tym wypadku bez wątplenia zgodnych z moralnością krytyczną.

<sup>142</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13.

<sup>143</sup> Dz. U. z 2020 r. poz. 2050 ze zm.

<sup>144</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, 8.2.

<sup>145</sup> Ibidem, 8.2.1.

<sup>146</sup> Ibidem.

o przyjęciu przez Trybunał Konstytucyjny komunitarystycznej wizji, w myśl której nie można trwale oddzielić skutków zachowań jednostki dotyczących tylko niej samej od skutków dotyczących innych jednostek lub środowiska. Nawet zatem posiadanie narkotyków na własny użytek nie jest społecznie obojętne. W tym miejscu można przytoczyć opinię George'a, który przekonuje, iż:

Rozpatrywane jako odosobnione akty, czyjeś rekreacyjne używanie, przykładowo, narkotyków lub środków halucynogennych może wpływać na dobro publiczne w sposób nieznaczący, jeśli w ogóle. Epidemia narkomanii jednak, choć składa się z pojedynczych, prywatnych aktów zażywania narkotyków, szkodzi dobru wspólnemu na niezliczone sposoby. To samo w sobie nie rozstrzyga kwestii, czy prohibicja narkotykowa jest polityką rozsądną i skuteczną. Podważa jednak przekonanie, że rekreacyjne używanie narkotyków jest kwestią czysto prywatnego wyboru, w który władza publiczna nie ma uzasadnionego powodu ingerować<sup>147</sup>.

Polski Trybunał Konstytucyjny, szczegółowo rozpatrując wpływ narkotyków na zdrowie (publiczne i indywidualne) oraz porządek publiczny doszedł do konkluzji, że „Negatywne czynniki związane z posiadaniem (uprawą) konopi uzasadniają stanowisko, że ingerencja karna jest konieczna dla osiągnięcia założonego przez ustawodawcę celu, jakim jest ochrona zdrowia i porządku publicznego”<sup>148</sup>.

Oprócz odnotowania wyżej wskazanych poglądów na temat relacji pomiędzy wolnością jednostki a dobrem wspólnym, należy również zwrócić uwagę na perfekcjonistyczną stronę orzeczenia TK. Otóż jednym z końcowych argumentów, które znalazły się w podsumowaniu uzasadnienia wyroku, było stwierdzenie, iż „z zażywaniem marihuany wiąże się ryzyko uzależnienia, a prawo nie może sprzyjać samozniszczeniu człowieka”<sup>149</sup>. Dalej rozwinięto tę myśl, wskazując, że

Narkomania w pierwszej kolejności uruchamia proces degradacji fizycznej i psychicznej. Oddziaływanie środka odurzającego na organizm ludzki zależne jest zarówno od jego właściwości chemicznych, jak i od cech psychicznych danej osoby (jej osobowości, stanu emocjonalnego, oczekiwań itd.). Każdy z narkotyków wywołuje inne przeżycia podczas przyjmowania, jak również inne skutki dla organizmu spowodowane długotrwałą, przewlekłą intoksykacją. Jednak można stwierdzić, że zarówno klasyczne narkotyki, jak i ich namiastki prowadzą do wyniszczenia biologicznego i zwyrodnienia psychicznego<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> R.P. George, *Pornography, public morality and constitutional rights*, <https://www.deseret.com/2011/10/23/20224958/robert-p-george-pornography-public-morality-and-constitutional-rights> (dostęp: 10.08.2021 r.).

<sup>148</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, 8.4.3.

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Ibidem; A. Muszyńska, *Narkomani. Sprawcy czynów karalnych*, Kraków 2004, LEX, i powołana tam literatura.

Wydaje się zatem, że przyjęte przez Trybunał Konstytucyjny rozumienie autonomii jednostki, na którą to zresztą powoływał się kwestionujący przepisy ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, jest znacznie węższe od proponowanego przez chociażby Joela Feinberga. Granicą autonomii nie jest więc naruszenie czyjś interesu w sensie zasady krzywdy, ale także między innymi „samozniszczenie” lub „degradacja psychiczna i fizyczna” samej zainteresowanej jednostki. W konsekwencji, można zaryzykować tezę, że nie każdy wybór jednostki zasługuje na szacunek i prawne uznanie, a jedynie wybór właściwy albo przynajmniej nie rażąco niewłaściwy. To wszystko pokazuje z kolei, jak filozoficznoprawne debaty mogą wpływać na realny kształt regulacji prawnych oraz dowodzi, iż spór zarysowany w poprzednich rozdziałach niniejszej pracy wciąż pozostaje aktualny.

#### **4.4 Orzecznictwo amerykańskie**

Na powyższym tle niezwykle interesująco przedstawiają się wnioski płynące z analizy orzecznictwa Sądu Najwyższego (SN) Stanów Zjednoczonych Ameryki. Jeżeli bowiem intuicje wyrażane w niniejszym rozdziale są prawidłowe, to przyjąć trzeba, że Europejski Trybunał Praw Człowieka generalnie akceptuje wizję moralności publicznej jako moralności pozytywnej<sup>151</sup>, natomiast polski Trybunał Konstytucyjny opiera swoje rozważania na swego rodzaju moralności krytycznej, odczytywanej hermeneutycznie – w odniesieniu do moralności pozytywnej naszego społeczeństwa. Tymczasem amerykański SN, w zależności od rodzaju spraw i aktualnej przewagi w składzie sędziowskim, zdaje się nawiązywać do obu tych sposobów rozumienia moralności. Precyzyjnie rzecz ujmując, metody rozstrzygania spraw w zakresie szeroko pojmowanej moralności są w tym wypadku czworakie: 1) metoda wyrafinowana, aprobująca moralizm; 2) metoda wyrafinowana, negująca moralizm; 3) metoda krytyczna, potwierdzająca konstytucyjność moralistycznych regulacji; 4) metoda krytyczna, znosząca moralistyczne regulacje.

Jeżeli chodzi o dwie pierwsze metody, to analiza spraw, w których były wykorzystywane, potwierdza wątpliwości odnośnie do możliwości oraz racjonalności zachowywania całkowitej neutralności wobec koncepcji dobrego życia. Najbardziej bodaj istotnym orzeczeniem, u podstaw którego leży przyjęcie wyrafinowanej – demokratycznej metody uzasadniania, był wydany w 1986 r. wyrok w sprawie *Bowers vs Hardwick*<sup>152</sup>. Podejście zaprezentowane w nim przez Sąd Najwyższy można uznać za wyraz swego rodzaju moralnego konserwatyzmu, rozumianego – zgodnie z ujęciem Ronalda Dworkina – jako

---

<sup>151</sup> Z zastrzeżeniem najnowszych orzeczeń w sprawach *Bayev i Fedotova*.

<sup>152</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).



„prawo większości do wykorzystywania swoich przekonań moralnych w celu obrony środowiska społecznego przed zmianami, którym się owa większość przeciwstawia”. Otóż w niniejszej sprawie pozwany – Hardwick – został oskarżony o naruszenie ustawy stanu Georgia, kryminalizującej sodomię, poprzez popełnienie tego czynu z innym mężczyzną w sypialni pozwanego. Hardwick podnosił przed sądami, iż owa ustawa jest niezgodna z konstytucją, jako że nie zapewnia mu minimalnego poziomu ochrony prywatności. Sąd Najwyższy jednakże nie zgodził się z tym stanowiskiem.

Jak wskazano w uzasadnieniu, SN nie zajmował się rozstrzygnięciem, czy ustawodawstwo zawierające przestępstwo sodomii jest rozsądne lub pożądane, a jedynie czy „Konstytucja federalna przyznaje homoseksualistom podstawowe prawo do uprawiania sodomii i w związku z tym unieważnia ustawy wielu stanów, które nadal czynią takie zachowanie nielegalnym i czyniły to przez bardzo długi czas”<sup>153</sup>. W tym kontekście podniesiono, że w ugruntowanym orzecznictwie podstawowe uprawnienia oraz wolności jednostek, które zasługują na sądową protekcję, charakteryzują się tym, że są tak fundamentalne i nierozłącznie związane z samą istotą obywatelskich swobód, że „wolność ani sprawiedliwość nie istniałyby, gdyby je poświęcić”. Poza tym podstawowe wolności mają to do siebie, iż „są głęboko zakorzenione w historii i tradycji tego narodu”. Uwzględniając tę deskrypcję, SN stwierdził, że:

żadne z tych sformułowań nie rozszerzyłoby podstawowego prawa homoseksualistów do angażowania się w akty sodomii za obopólną zgodą. Przepisy zakazujące takiego zachowania mają starodawne korzenie. Sodomia była przestępstwem rozpoznanym przez *common law* i była zakazana przez prawa pierwotnych 13 stanów, kiedy ratyfikowały Kartę Praw (*Bill of Rights*). W 1868 roku, kiedy ratyfikowano Czternastą Poprawkę, wszystkie, z wyjątkiem 5 z 37 stanów Unii, posiadały przepisy karne dotyczące sodomii. W rzeczywistości, do roku 1961, wszystkie 50 stanów zdelegalizowało sodomię, a obecnie 24 stany i Dystrykt Kolumbii nadal przewidują sankcje karne za sodomię dokonywaną prywatnie, pomiędzy dorosłymi osobami, którzy wyrazili na to zgodę. Na tym tle twierdzenie, że prawo do angażowania się w takie zachowania jest „głęboko zakorzenione w historii i tradycji tego narodu” lub zawarte w koncepcji uporządkowanej wolności jest w najlepszym razie śmieszne<sup>154</sup>.

Ponadto podnoszone przez Hardwicka prawo homoseksualistów do sodomii nie współgrało z ochroną małżeństwa, prokreacji i rodziny, uznanych we wcześniejszych wyrokach Sądu Najwyższego. Co interesujące, pozwany argumentował również, że prawo musi

---

<sup>153</sup> Ibidem, 190.

<sup>154</sup> Ibidem, 193-194.

być racjonalne, tj. „musi istnieć racjonalna podstawa dla prawa, a w niniejszej sprawie nie istnieje żadna inna niż domniemane przekonanie większości wyborców w Georgii, że sodomia homoseksualna jest niemoralna i niedopuszczalna”<sup>155</sup>. Sąd odpowiedział na tę uwagę, iż „Prawo jednak opiera się nieustannie na pojęciach moralnych i jeśli wszystkie prawa reprezentujące istotne wybory moralne mają być unieważnione (...) sądy będą miały naprawdę dużo pracy. Nawet pozwany nie wysuwa takiego twierdzenia, ale nalega, że odczucia większości dotyczące moralności homoseksualizmu powinny być uznane za nieadekwatne”<sup>156</sup>.

Widać zatem, że Sąd Najwyższy – tak, jak niektórzy autorzy opisywani w poprzednich rozdziałach – pomylił zasadniczo słuszne twierdzenie, że „prawo opiera się na substancjalnych decyzjach moralnych” z mniej słusznym twierdzeniem, że istotą moralności są w rzeczywistości „odczucia większości dotyczące moralności”. Po raz kolejny potwierdza się zatem, że metoda wyrafinowana, z odwołaniem do przekonań większości danego społeczeństwa, może – bez krytycznej refleksji – powodować prawne niebezpieczeństwa. Natomiast odnośnie do moralnego konserwatyzmu, opartego o moralność pozytywną, warto przytoczyć opinię sędziego Harry’ego Blackmuna, który – powołując się na Olivera Wendella Holmesa – w zdaniu odrębnym skonstatował: „Oburzające jest nie mieć lepszego uzasadnienia dla reguły prawnej niż to, że została ona ustanowiona w czasach Henryka IV. Jest to jeszcze bardziej oburzające, jeśli podstawy, na których została ona ustanowiona, zniknęły dawno temu, a reguła utrzymuje się po prostu ze ślepego naśladownictwa przeszłości”<sup>157</sup>.

Powyzsza metoda rozumowania była ponawiana przez Sąd Najwyższy także w innych sprawach, choć już nie tak kontrowersyjnych. Przykładowo, w sprawie *Barnes vs Glen Theater*<sup>158</sup> dotyczącej zakazu całkowicie nagich tańców w klubach go-go, zaznaczono, iż „Tego rodzaju ustawy w zakresie publicznej nieprzyzwoitości mają starodawne korzenie i obecnie istnieją w co najmniej 47 stanach”<sup>159</sup>. Zostały one wprowadzone w celu „ochrony moralności i porządku publicznego”. Między innymi z tych powodów są one zgodne z amerykańską konstytucją i nie naruszają nadmiernie wolności ekspresji.

Z kolei do metody wyrafinowanej, broniąc pewnego rozumienia jednostkowych swobód, odwoływał się Sąd Najwyższy chociażby w sprawie *Roe vs Wade*<sup>160</sup> dotyczącej

---

<sup>155</sup> Ibidem, 196.

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, vol. 10, s. 469.

<sup>158</sup> *Barnes v. Glen Theater*, 501 U.S. 560 (1991).

<sup>159</sup> Ibidem, s. 568.

<sup>160</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

aborcji. Była ona dość złożona, dlatego też nie zostanie w tym miejscu zaprezentowana w sposób dokładny, ze wszystkim detalami. Niemniej jednak wspomnieć należy, że SN odczytał z konstytucji następujące uprawnienia jednostek oraz władz stanowych: 1) na etapie poprzedzającym koniec pierwszego trymestru trymestru, decyzja o aborcji i jej wykonanie muszą być pozostawione osądowi kobiety ciężarnej i prowadzącego lekarza; 2) na etapie następującym mniej więcej po zakończeniu pierwszego trymestru, państwo (stan), wspierając swój interes w zakresie zdrowie matki, może regulować procedurę aborcyjną w sposób, który jest racjonalnie związany ze zdrowiem matki; 3) w fazie następującej po osiągnięciu przez płód zdolności do życia poza organizmem matki państwo (stan), może regulować, a nawet zakazać aborcji, z wyjątkiem przypadków, gdy jest to konieczne dla zachowania życia lub zdrowia matki.

Co do meritum powyższe konkluzje budzą do dziś wątpliwości<sup>161</sup> w zakresie tego, czy rzeczywiście konstytucja pozwala na wysnucie takich szczegółowych wniosków. Dla niniejszego tematu jednak istotniejsze są przesłanki, jakimi kierował się sąd, podejmując analizowane rozstrzygnięcie. Jedną z nich była niewątpliwie chęć zachowania neutralności wobec koncepcji dobrego życia. W tym momencie znowuż pojawiają się jednakże pewne obiekcje. Pomimo bowiem zapewnień sądu, iż jest on neutralny odnośnie do tego, kiedy rozpoczyna się ludzkie życie, jego decyzja presuponuje konkretną odpowiedź na to pytanie<sup>162</sup>. Z jednej strony SN podkreślał, że bez znaczenia są twierdzenia stanu Teksas, iż „życie zaczyna się od poczęcia”, albowiem „Nie musimy rozstrzygać trudnej kwestii, kiedy zaczyna się życie. Kiedy osoby wykształcone w odpowiednich dyscyplinach medycyny, filozofii i teologii nie są w stanie dojść do żadnego konsensusu, sądownictwo, na tym etapie rozwoju ludzkiej wiedzy, nie jest w stanie spekulować na temat odpowiedzi”<sup>163</sup>. W związku z powyższym SN nie zgodził się z tym, że „przyjmując jedną teorię życia, Teksas może unieważnić prawa ciężarnej kobiety, które są zagrożone”<sup>164</sup>. Z drugiej jednak strony, w dalszym fragmencie uzasadnienia tego

---

<sup>161</sup> Wątpliwości te wyrażane są przez konserwatywnych prawników, zob. np. ostatnią krytykę J. Finnisa, *Abortion is unconstitutional*, <https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional> (dostęp: 10.08.2021 r.); R.P. George, J. Finnis, opinia prawna dla Sądu Najwyższego w sprawie Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., *Petitioners v. Jackson Women's Health Organization*, et al., [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185196/20210729093557582\\_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185196/20210729093557582_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf) (dostęp: 16.03.2022).

<sup>162</sup> M.J. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, „California Law Review” 1989, vol. 77, nr 3, s. 531.

<sup>163</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), s. 160.

<sup>164</sup> *Ibidem*, s. 162.

samego wyroku, czytamy, że każdy stan ma „uzasadniony interes w ochronie potencjalnego ludzkiego życia”. W tym wypadku:

W odniesieniu do ważnego i uzasadnionego interesu państwa w potencjalnym życiu, „nieodparty” (*compelling*) punkt znajduje się w momencie osiągnięcia zdolności do życia. Dzieje się tak, ponieważ płód ma wtedy przypuszczalnie zdolność do prowadzenia normalnego życia (*meaningful life*) poza łonem matki. Stanowa regulacja chroniąca życie płodowe po osiągnięciu zdolności do życia ma więc zarówno logiczne, jak i biologiczne uzasadnienie. Jeśli dany stan jest zainteresowany ochroną życia płodu po osiągnięciu żywotności, może posunąć się do zakazania aborcji w tym okresie, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest ona konieczna dla zachowania życia lub zdrowia matki<sup>165</sup>.

Dopiero zatem po osiągnięciu przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki możliwe jest wprowadzenie zakazu aborcji, jako że wówczas rzeczona regulacja ma podstawy „logiczne, jak i biologiczne”. *A contrario* Sąd Najwyższy stwierdził, iż ochrona życia płodu lub nienarodzonego dziecka przed tym okresem jest pozbawiona logiki i biologicznego uzasadnienia.

Niezależnie od tego, jak oceniamy tę konstatację, trudno jest utrzymywać, że nie ma ona nic wspólnego z substancjalnym rozstrzygnięciem odnośnie do kontrowersyjnej społecznie kwestii moralnej. Podobnie nie było moralnie neutralnym orzeczenie polskiego Trybunału Konstytucyjnego z 1997 r., w którym stwierdzono: „Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”<sup>166</sup>.

TK wywiódł ochronę ludzkiego życia, również w fazie prenatalnej, przede wszystkim z zasady demokratycznego państwa prawnego. Czytając wyroki amerykańskiego SN i polskiego TK literalnie i zupełnie konsekwentnie, można postawić złośliwą tezę, że w świetle standardów amerykańskich orzeczenie polskiego Trybunału jest pozbawione logiki i podstaw biologicznych, natomiast wyrok amerykańskiego Sądu – w świetle polskich standardów – narusza fundamenty demokratycznego państwa. To tylko pokazuje, że najczęściej zmuszeni

---

<sup>165</sup> Ibidem, s. 163-164.

<sup>166</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, 3.

jesteśmy do dokonania moralnego wyboru, a osiągnięcie neutralności jest niemożliwe albo – w najlepszym wypadku – mocno utrudnione.

W niektórych orzeczeniach Sąd Najwyższy abstrahuje nieco od ideału neutralności i zbliża się w argumentacji do stanowisk właściwych dla nowego prawnego moralizmu, tj. dokonuje analizy prawnej w kontekście moralności krytycznej. Tak, jak się wydaje, było między innymi w kolejnej sprawie aborcyjnej – *Gonzales vs Carhart*<sup>167</sup> z 2007 r. Dotyczyła ona zakazu stosowania aborcyjnej metody D&E (*dilation and extraction*) wprowadzonego na mocy *Partial-Birth Abortion Ban Act 2003*. Metodę tę stosuje się w drugim trymestrze ciąży i polega ona na tym, że – jak zdefiniowano to w wyżej wymienionej ustawie – lekarz

umyślnie i celowo odbiera żywy płód drogą pochwową, dopóki, w przypadku ułożenia główkowego, cała główka płodu nie znajdzie się poza ciałem matki lub, w przypadku ułożenia miednicowego, jakakolwiek część tułowia płodu za pępkiem znajdzie się poza ciałem matki, w celu dokonania jawnego czynu zabronionego (*overt act*), w sytuacji gdy sprawca wie, że spowoduje śmierć częściowo urodzonego żywego płodu<sup>168</sup>.

Istotne jest przy tym, jak Sąd Najwyższy bronił zgodności z konstytucją tych regulacji. Po odrzuceniu szczegółowych argumentów kwestionujących konstytucyjność zakazu D&E, w pierwszej kolejności SN odwołał się do wartości ludzkiego życia oraz ludzkiej godności. Stwierdzono, iż wyżej opisana metoda przewiduje, że płód jest zabijany na kilka chwil przed zakończeniem procesu narodzin, a co za tym idzie – jest ona niepokojąco podobna do zabicia noworodka. Ze zrozumieniem przyjęto tym samym stanowisko Kongresu, który argumentował na rzecz konieczności ustawy w następujący sposób: „Pośrednia aprobata dla tak brutalnej i niehumanitarnej procedury poprzez brak jej zakazu spowoduje, że społeczeństwo stanie się jeszcze bardziej nieczułe wobec człowieczeństwa nie tylko noworodków, ale każdego bezbronnego i niewinnego życia ludzkiego, przez co coraz trudniej będzie je chronić”. Sugestia ta przypomina zatem koncepcję moralnej ekologii Roberta P. George’a, który kładzie szczególny nacisk na rolę prawa i pojęć prawnych w kształtowaniu świadomości społecznej<sup>169</sup>. Co więcej, Sąd Najwyższy posunął się nawet do stwierdzeń nieco autokrytycznych, zauważając, iż „rząd może wykorzystać swój głos i władzę ustawodawczą, aby okazać głęboki szacunek dla życia rozwijającego się w kobiecie”. Tymczasem „precedensy Sądu po wyroku w sprawie *Roe* nie

---

<sup>167</sup> *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), cytaty za: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/124/> (dostęp: 16.03.2022).

<sup>168</sup> *Partial-Birth Abortion Ban Act 2003* 18 U.S. Code 1531.

<sup>169</sup> O moralnej ekologii według R.P. George’a, zob. rozdział 3.2.1.2.

doceniały interesu państwa w kwestii potencjalnego życia”. Niewątpliwie SN wykazał podejście krytyczne, nie zaś jedynie powtarzające historycznie utrwalone precedensy.

Drugim argumentem, również moralistyczno-krytycznym, była w tym przypadku chęć obrony etyki i integralności środowiska medycznego oraz zapewnienie wysokich zawodowych standardów. Powszechnie przeprowadzane aborcje metodą D&E mogłyby bowiem wpłynąć negatywnie na etos lekarski oraz obowiązek zachowania, jak również ochrony życia dziecka. Ponownie widać zatem, że ustawodawca amerykański nie był neutralny, lecz w sposób teleologiczny wyznaczył prawdziwą funkcję zawodu lekarskiego, a następnie wprowadził przepisy mające zabezpieczyć tę profesję przed utratą poczucia swojego *telos* – głębszego celu lub misji działania.

Wreszcie ostatnim tego rodzaju argumentem był swoisty wyraz troski wobec matki chcącej dokonać aborcji. Sąd Najwyższy wyszedł z zapewne prawdziwego założenia, że niektóre kobiety żałują swojego wyboru, by przerwać życie, „które kiedyś stworzyły i podtrzymywały”. Natomiast metoda D&E jest tak skomplikowana i budząca moralne wątpliwości że – jak ustalono – lekarze często nie informują pacjentki o szczegółach tej operacji. W związku z tym, „Jest rzeczą oczywistą, że matka, która żałuje, że zdecydowała się na aborcję, musi zmagać się z żalem bardziej dojmującym i głębszym smutkiem, gdy dopiero po fakcie dowiaduje się o tym, czego kiedyś nie wiedziała: że pozwoliła lekarzowi przebić czaszkę i odessać szybko rozwijający się mózg jej nienarodzonego dziecka, dziecka przyjmującego ludzką postać”. Bez najmniejszych wątpliwości sprawa Gonzales pokazuje w sposób dobitny nieuchronność moralnych dywagacji w podejmowaniu trudnych rozstrzygnięć prawnych.

Równie mocne uzasadnienie, potwierdzające konstytucyjność stanowych przepisów zakazujących pomocy w próbie samobójczej – także oferowanej przez lekarzy wobec śmiertelnie chorych, cierpiących pacjentów – przedstawiono w sprawie *Washington vs Glucksberg*<sup>170</sup> z 1997 r. Wyrok ten pozostaje o tyle istotny dla niniejszych rozważań, że łączy interpretację historyczną prawnych regulacji z ich krytycznym odczytywaniem. Nie chodzi więc tylko o stwierdzenie prostego faktu, że dane przepisy mają starodawne korzenie, ale że są nadto rozumne.

---

<sup>170</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

Sąd Najwyższy rozpoczął od konstatacji, iż „Pomoc w samobójstwie zawsze była przestępstwem w stanie Waszyngton”<sup>171</sup>, po czym pokrótce prześledził rozwiązania prawne w tym zakresie sprzed ostatnich kilku stuleci. Powołał się przy tym na opinie takich jurystów, jak Henry Bracton czy też William Blackstone. Zauważono, że również obecnie „przytłaczająca większość stanów jednoznacznie zakazuje wspomaganego samobójstwa”. W dalszej części analizy, co ważne, SN skupił się na racjonalnych argumentach stojących za takim zakazem. Moralność pozytywna oraz historycznie ugruntowana została zatem potraktowana jako „surowiec” do krytycznej refleksji etycznej<sup>172</sup>. Przede wszystkim, w tym kontekście wskazano na bezwarunkowy interes w zachowaniu życia ludzkiego, a także na jego świętość lub nienaruszalność (*sancity*). Tego rodzaju zakazy prawne odzwierciedlają więc powagę, z jaką patrzymy na decyzje o odebraniu własnego życia lub życia innej osoby, a także naszą niechęć do wspierania lub promowania tych decyzji. Ponownie widać zatem nawiązanie do czegoś, co George nazywa „moralną ekologią”.

Podobnie jak w sprawie Gonzales Sąd Najwyższy odwołał się też w tym przypadku do celów i sensu zawodu lekarza. Jak przekonywano, „samobójstwo wspomagane przez lekarza jest zasadniczo niezgodne z rolą lekarza jako uzdrowiciela (*healer*)”<sup>173</sup>. Ponadto po raz kolejny zwrócono uwagę na najsłabszą grupę, która mogłaby zostać dotknięta przez ewentualne zalegalizowanie wspomaganego samobójstwa. W sprawie Gonzales tą grupą były kobiety żałujące decyzji o aborcji metodą D&E, natomiast tutaj prawny zakaz może ochronić grupy wrażliwe (*vulnerable*) – w tym osoby ubogie, starsze i niepełnosprawne – przed nadużyciami, zaniedbaniami i błędami. Sąd Najwyższy wyraził obawę, że gdyby samobójstwo wspomagane przez lekarza było dozwolone, wielu mogłoby się do niego uciec, aby oszczędzić swoim rodzinom znacznego obciążenia finansowego związanego z kosztami opieki zdrowotnej u schyłku życia. Prawo komunikowałoby w ten sposób osobom chorym, starym lub niedołącznym, że najrozsądniejszym rozwiązaniem jest po prostu zakończenie ich życia. Biorąc pod uwagę te, jak również inne, w tym miejscu nieomówione, szczegółowe przesłanki, SN nie zaaprobował koncepcji, w myśl której konstytucja przewiduje prawo do wspomaganego przez inną osobę samobójstwa.

Niekiedy jednak amerykański Sąd Najwyższy, podejmując substancjalne rozważania moralne, poddaje krytyce moralność przyjętą w ustawodawstwach stanowych i zastępuje ją

---

<sup>171</sup> Ibidem, s. 706.

<sup>172</sup> Określenie to zapożyczam od: T. Pietrzykowski, *Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, „Studia Prawnicze” 2019, nr 1, s. 16.

<sup>173</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), s. 731.

innymi moralnymi normami, wyprowadzonymi z treści konstytucji. Tak zatem, w wyroku *Griswold vs Connecticut*<sup>174</sup>, w którym obalono ustawę przewidującą kryminalizację stosowania środków antykoncepcyjnych, Sąd Najwyższy bronił dobra, jakim jest małżeństwo<sup>175</sup>, przed nadmierną ingerencją władzy. W podsumowaniu uzasadnienia zawarto następującą, prawno-moralistyczną w istocie myśl:

Mamy do czynienia z prawem do prywatności starszym niż Bill of Rights – starszym niż nasze partie polityczne, starszym niż nasz system szkolnictwa. Małżeństwo jest połączeniem na dobre i na złe, z nadzieją, że będzie trwałe i intymne do tego stopnia, że aż święte. Jest to związek, który promuje sposób życia, a nie cele; harmonię w życiu, a nie przekonania polityczne; dwustronną lojalność, a nie projekty handlowe czy społeczne<sup>176</sup>.

Sąd Najwyższy w związku z tym zapytał retorycznie: „Czy pozwolilibyśmy policji na przeszukiwanie świętych przestrzeni małżeńskich sypialni w poszukiwaniu wyraźnych oznak stosowania środków antykoncepcyjnych? Sam ten pomysł jest odrażający dla idei prywatności otaczającej związek małżeński”<sup>177</sup>. Błędem ustawodawcy nie była zatem sama idea oparcia się o przesłankę moralną (zapobieganie środkom antykoncepcyjnym), lecz właśnie naruszenie norm moralnych wyższego rzędu poprzez zezwolenie na wkroczenie organów państwowych do „świętych przestrzeni małżeńskich”.

Za konsekwentne poszerzenie tej koncepcji należy uznać wyrok *Lawrence vs Texas*<sup>178</sup> z 2003 r., wskutek którego precedens ze sprawy *Bowers* został przełamany. Oznacza to, że Sąd Najwyższy ostatecznie zdecydował o niekonstytucyjności przepisów kryminalizujących sodomie. W sprawie *Lawrence* skrytykowano w sposób bezpośredni zawężenie rozważań prawnych w orzeczeniu *Bowers* jedynie do ustalenia, czy „Konstytucja federalna przyznaje homoseksualistom podstawowe prawo do uprawiania sodomii”. W rzeczywistości bowiem, zdaniem Sądu Najwyższego, kary przewidziane w ustawodawstwach penalizujących aktywność homoseksualną

mają (...) bardziej dalekosiężne konsekwencje, dotykając najbardziej prywatnego ludzkiego działania, zachowania seksualnego, i to w najbardziej prywatnym z miejsc – w domu. Ustawy dążą do kontrolowania relacji osobistej, która, niezależnie od tego, czy jest formalnie uznawana

---

<sup>174</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>175</sup> Skarżący w tej sprawie byli małżonkami.

<sup>176</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), s. 486.

<sup>177</sup> *Ibidem*, s. 485-486.

<sup>178</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).



przez prawo, czy nie, leży w zakresie wolności wyboru osób, które nie powinny być karane jako przestępcy<sup>179</sup>.

Co za tym idzie – „Niniejsza sprawa nie dotyczy nieletnich. Nie dotyczy osób, które znajdują się w relacjach, w których trudno byłoby odmówić zgody<sup>180</sup>. Nie dotyczy publicznego zachowania ani prostytucji. Nie dotyczy tego, czy rząd musi formalnie uznać każdy związek, w który chcą wejść osoby homoseksualne. Sprawa dotyczy dwóch dorosłych osób, które za pełną i wzajemną zgodą angażują się w praktyki seksualne typowe dla homoseksualnego stylu życia”<sup>181</sup>. Dlatego też takie osoby powinny cieszyć się prawem do prywatności, a państwo (stan) nie może ich poniżać lub kontrolować poprzez nakładanie kar za ich prywatne seksualne zachowania. Można więc powiedzieć, że stan Teksas – chcąc ochronić moralność – sam naruszył jej normy, wkraczając z całym aparatem karnym do prywatnych sypialni swoich obywateli. Co ciekawe jednak, w niektórych stanach do dzisiaj funkcjonują ustawodawstwa kryminalizujące sodomię. Przykładowo, w 2014 r. stan Luizjana nie zgodził się na usunięcie ze swojego prawa pisanego „przestępstw przeciwko naturze”. Z kolei stan Teksas, który przegrał przeciw sprawie przed SN, formalnie utrzymuje nieefektywny w gruncie rzeczy przepis, zgodnie z którym „Osoba popełnia przestępstwo, jeśli angażuje się w dewiacyjne stosunki seksualne z inną osobą tej samej płci”<sup>182</sup>.

Innym przykładem sprawy, w której Sąd Najwyższy odszedł od moralności pozytywnej na rzecz moralności krytycznej, było przełomowe orzeczenie *Loving vs Virginia*<sup>183</sup> z 1967 r. Jednoznacznie zakwestionowano w nim konstytucyjność przepisów ograniczających możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby różnej rasy. Odrzucono historyczne uwarunkowania oraz ówczesną praktykę obowiązującą w 16 stanach USA, zabraniającą mieszanych małżeństw, albowiem „Wolność zawierania małżeństw od dawna uznawana jest za jedno z istotnych praw osobistych niezbędnych do uporządkowanego dążenia do szczęścia przez wolnych ludzi”<sup>184</sup>. Restrykcje na gruncie rasowym zostały uznane za będące w całkowitej sprzeczności z 14. Poprawką do konstytucji, która stanowi m.in.: „Nie może też żaden stan pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości ani odmówić komukolwiek na swoim obszarze równej ochrony prawa”.

---

<sup>179</sup> Ibidem, s. 6.

<sup>180</sup> Tak, jak się wydaje, mogłoby być w niektórych sprawach kazirodczych.

<sup>181</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), s. 18.

<sup>182</sup> Texas Penal Code § 21.06.

<sup>183</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)

<sup>184</sup> Ibidem, s. 12.

## 4.5 Podsumowanie

W niniejszym rozdziale starano się wykazać, że przyjmowana czasami w orzecznictwie metoda wyrafinowana, polegająca na abstrahowaniu od kwestii moralnych w rozstrzyganiu konkretnych zawłości prawnych, jest problematyczna. W swej większościowej formie prowadzić może – jak w amerykańskiej sprawie Bowers – do trudno akceptowalnych wniosków albo – jak w europejskiej sprawie Dudgeon – do uzależnienia uprawnień jednostki wyłącznie od siły społecznego nacisku lub przyjętego konsensusu. Poza tym, jak zasugerowano przy analizie wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Trybunału Konstytucyjnego, retoryczne posłużenie się moralnością pozytywną nierzadko presuponuje jej zgodność z moralnością krytyczną, a więc w ostatecznym rozrachunku to ta ostatnia ma pozycję priorytetową.

Natomiast metoda wyrafinowana, polegająca na pozostawieniu zainteresowanej stronie wolnego wyboru odnośnie do kontrowersyjnej kwestii moralnej budzi wątpliwości w zakresie tego, czy rzeczywiście nie zakłada *implicite* lub na zasadzie Gadamerowskiego przed-sądu jakiegoś substancjalnego rozstrzygnięcia, a zatem – wbrew deklaracjom – nie jest neutralna. W sprawie Roe vs Wade Sąd Najwyższy chciał abstrahować od kwestii kiedy zaczyna się ludzkie życie, niemniej jednak sam wyraził sugestię, iż jest to wtedy, kiedy płód uzyskuje zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki. W konsekwencji, dopiero od tego momentu poszczególne ustawodawstwa stanowe mogą stosować regulacje mające na celu ochronę życia płodowego. Wtedy takowe cechuje „logiczne, jak i biologiczne uzasadnienie”. Podobnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał aborcję za usługę medyczną, przy czym jedna ze stron sporu kategorycznie wykluczała taką możliwość. TSUE był więc tak naprawdę zmuszony do odniesienia się do kwestii, czy aborcja jest literalnie zabójstwem niewinnej osoby ludzkiej (co zapewne wykluczałoby traktowanie jej jako usługę w ramach działalności gospodarczej). Oczywiście, nie chciał tego zrobić wprost, ale pytaniem otwartym pozostaje, czy *de facto* tego nie dokonał.

Wreszcie wskazano, że część orzecznictwa (zwłaszcza polskiego i amerykańskiego) wykazuje podejście bliskie nowemu prawnemu moralizmowi, który to – w szczególności w wersji przedstawianej przez Antony’ego Duffa – nie odrzuca wspólnotowych wartości, lecz jedynie interpretuje je w świetle moralności krytycznej. W tych przypadkach mamy do czynienia nie z zupełnym abstrahowaniem od kwestii moralnych, a z próbą odnalezienia właściwej moralności dla rozwiązania zawisłego przed sądem problemu prawnego. Jak

skonkludowano, jest to metoda najbardziej obiecująca, sięgająca do hermeneutyki, choć jednocześnie niepozbawiona własnych kontrowersyjnych aspektów.

Co więcej, metoda ta nawiązuje do Ronalda Dworkina i jego krytyki moralności pozytywnej Patricka Devlina<sup>185</sup>. Wymaga ona, aby w procesie prawnej oceny brać pod uwagę prawdziwą moralność publiczną, nie zaś grupowe odczucia, uprzedzenia, niespójności, emocje lub chwilowe społeczne wahania. Zdaje się, że próbował pokazać to polski Trybunał Konstytucyjny w swojej argumentacji na rzecz zgodności z konstytucją uboju rytualnego, kiedy powoływał się na szacunek dla wolności religijnej jako istotnego komponentu polskiej moralności publicznej. Tak pojmowana moralność krytyczna odgrywała ważną rolę również w wyrokach amerykańskiego Sądu Najwyższego, takich jak chociażby *Griswold vs Connecticut*.

Wydaje się, że odwoływanie się do „pilnej społecznej potrzeby” w kontekście uprawnień jednostki może być nieprzekonujące także dlatego, że „nie ma sensu posługiwanie się wartościami większości (konsensusem) przy określaniu praw mniejszości wobec tej właśnie większości”<sup>186</sup>. Natomiast w świetle dobrej legislacji wymóg, aby wprowadzane regulacje odpowiadały społecznemu naciskowi, jest kontrowersyjny, ponieważ wyłącza możliwość poszukiwania przez ustawodawców rozumnych uzasadnień opartych o moralność krytyczną. W takiej sytuacji ustawodawca może zostać pozbawiony możliwości proponowania słusznych moralnie przepisów, jeżeli tylko nie odpowiadają one aktualnej potrzebie społeczeństwa. Zakaz dyskryminacji na tle rasowym w społeczeństwie tolerującym taką dyskryminację byłby, biorąc pod uwagę koncepcję „pilnej społecznej potrzeby”, niemożliwy do przyjęcia. Podobnie ochrona wspólnej własności, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, wymaga odpowiednich środków, nawet jeżeli w danym społeczeństwie nie zostało jeszcze wykształcone właściwe i powszechne podejście odnośnie do dóbr wspólnych. Dopuszczenie przez sądy racji innych niż wynikających z moralności pozytywnej nie musi wiązać się z wszechwładzą sędziowską, łamaniem lokalnych tradycji lub ignorowaniem wypracowanych społecznych praktyk czy celów. Odpowiedzią na te zagrożenia nie jest, jak się zdaje, moralność utożsamiana z oburzeniem aktualnej większości, a po prostu lepsza moralność krytyczna, uwzględniająca te czynniki<sup>187</sup>. Proponowane tutaj odejście od ścisłego przestrzegania moralności pozytywnej nie pociąga za sobą unicestwienia odrębności i europejskiego pluralizmu; wymaga jedynie

---

<sup>185</sup> Zob. rozdział 2.2.4.

<sup>186</sup> M.S. Moore, *A Natural Law Theory of Interpretation*, „Southern California Law Review” 1985, vol. 58, s. 395.

<sup>187</sup> *Ibidem*, s. 388-389.

otwarcia się na inne rodzaje uzasadnień i wskazuje na ograniczenia uzasadnień odpowiadających wyłącznie moralności pozytywnej.

Jeżeli chodzi o poszczególne sądy, to ponadnarodowe europejskie trybunały odwołują się przeważnie do metody większościowej, choć nie bezkrytycznie, co widać najwyraźniej w najnowszym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jednakże, generalnie rzecz ujmując, sądy te – przynajmniej w zakresie moralności publicznej – starają się respektować podział kompetencji w ramach porządku multicentrycznego. Polski Trybunał Konstytucyjny traktuje powszechne w społeczeństwie normy moralne jako bazę wyjściową do krytycznej analizy etycznej, nie natomiast jako przesłankę rozstrzygającą. Z kolei amerykański Sąd Najwyższy prezentował na przestrzeni lat rozmaite poglądy odnośnie do moralności publicznej i jej wpływu na kształtowanie konkretnych rozwiązań prawnych<sup>188</sup>. W niniejszym rozdziale za najbardziej przekonujące sposoby uzasadniania uznano te przyjęte w wyrokach Gonzales, Glucksberg, Griswold, Lawrence i Loving. To one, wraz z wcześniej zaaprobowaną koncepcją Trybunału Konstytucyjnego, stanowią będą punkty odniesienia w rozważaniach prowadzonych w następnym rozdziale.

---

<sup>188</sup> Na ten temat zob. R. Galvin, *Legal Moralism and The US Supreme Court*, „Legal Theory” 2008, vol. 14, nr 2, s. 91-111; D.F. Piar, *Morality as a Legitimate Government Interest*, „Penn State Law Review” 2012, vol. 117, nr 1, s. 139-169.

## **5. Racjonalność wspólnotowej moralności. W stronę komunitarystycznej teorii legislacji**

W ostatnim rozdziale podjęta zostanie próba nakreślenia najbardziej odpowiedniej koncepcji prawnego moralizmu. Prawny moralizm będzie przedstawiony jako teoria legislacji, rozumiana jako koncepcja odnośnie do właściwego wyznaczenia ram dla ustawodawcy, a także racji, ze względu na które powinien on podejmować decyzje legislacyjne. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi w toku dotychczasowego wywodu, teoria ta ma silne wspólnotowe konotacje, jak również presuponuje pogląd, iż istnieją obiektywne wartości moralne, które państwo powinno respektować, a które to mogą w niektórych sprawach uzasadniać odejście od liberalnej zasady neutralności. Ze względu na te cechy prawny moralizm zostanie tutaj ukazany jako komunitarystyczna i perfekcjonistyczna teoria legislacji. Jako taki skonfrontowany będzie z niektórymi poglądami pojawiającymi się w polskiej doktrynie prawa karnego i konstytucyjnego.

### **5.1 Aspekt legislacyjny**

Rozpocząć należy od rekonstrukcji myśli przewodniej prawnego moralizmu. Tak zatem, jeżeli analiza zaprezentowana w poprzednich rozdziałach jest słuszna, najlepszą wersję prawnego moralizmu konstituuje następująca zasada:

*Prawny moralizm to teoria legislacji, zgodnie z którą niemoralność czynu jest pro tanto dobrą racją dla jego kryminalizacji.*

Niemoralność zachowania daje więc dobrą rację ustawodawcy do podjęcia określonego działania, mającego na celu jego kryminalizację. Warto więc raz jeszcze zastanowić się nad naturą „niemoralności czynu” oraz „racji *pro tanto*”. Właściwie rzecz ujmując, na podstawie uprzednio wyciągniętych wniosków, stwierdzić można, że powyższa zasada w istocie nawiązuje do dwóch rodzajów racji: racji wyłączającej i racji *pro tanto*. Ta pierwsza jest wpisana w definicję prawnego moralizmu pośrednio, druga zaś występuje zupełnie wprost.

Idea racji wyłączających<sup>1</sup> (*exclusionary reasons*) została w filozofii prawa po raz pierwszy wprowadzona przez Joseph'a Raza w książce *Practical Reason and Norms*<sup>2</sup>. Najkrócej mówiąc, Raz zauważył, że rozumowanie praktyczne przebiega na dwóch poziomach (porządkach). Porządek pierwszy zakłada, że decyzja powinna zostać podjęta po dokładnym i prawidłowym wyważeniu różnych racji. Przykładowo, jeżeli racja  $r_1$  przemawia za podjęciem działania X, a racja  $r_2$  przeciwko podjęciu działania X, to w normalnej sytuacji dokonujemy ważenia tych racji i w zależności od tego, która okaże się w danych okolicznościach mocniejsza, podejmujemy decyzję o działaniu lub nie działaniu X. Jest to typowa metoda stosowana tak w życiu codziennym, jak i orzecznictwie lub podczas procesu ustawodawczego. W znacznej części orzeczeń omawianych w rozdziale 4. sądy odwoływały się do niej jako to głównej (jeżeli nie jedynej) metody rozumowania. Europejski Trybunał Praw Człowieka sprawdzał, czy w danej sprawie istnieje „silna społeczna potrzeba” utrzymywania jakichś regulacji prawnych, a następnie porównywał tę potrzebę z potencjalnymi niekorzystnymi skutkami, które mogą zostać wywołane przez tę regulację w sferze życia jednostki. Jeżeli owa potrzeba była wystarczająco silna, mogła przeważać nad negatywnymi efektami regulacji. Siła racji społecznej mierzona była jej popularnością i zakotwiczeniem w danym społeczeństwie.

Dostatecznie dużo miejsca poświęcono już niedoskonałościom tego rodzaju rozumowań. Trzeba jednakże wskazać, że najlepszą odpowiedzią na te niedostatki okazuje się być koncepcja racji wyłączających, będących racjami drugiego porządku. Racje wyłączające, w odróżnieniu od racji pierwszego porządku, nie uczestniczą w procesie ważenia, lecz są kategoriowymi racjami, które wykluczają inne racje<sup>3</sup>. Naturę tych racji wyjaśnia przykład opisywany przez Raza<sup>4</sup>.

Wyobraźmy sobie, że Anna poszukuje dobrych sposobów inwestowania pieniędzy. Późnym wieczorem Anna dostaje od swojego przyjaciela informację o przypuszczalnie korzystnej ofercie inwestycyjnej. Problem polega na tym, że Anna musi zdecydować, czy przyjmuje ofertę tego samego wieczora, ponieważ o północy będzie ona już nieaktualna. Zdaje

---

<sup>1</sup> Na temat racji wyłączających, zob. S. Wojtczak, *Wiele pytań o normatywność prawa. Artykuł polemiczno-recenzyjny książki Bartosza Brożka „Normatywność prawa”*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 2, s. 89-90; P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, Warszawa 2014, s. 56-57; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009, s. 314; T. Pietrzykowski, I. Bogucka, *Etyka w administracji publicznej*, Warszawa 2021, s. 22-23; T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 110, s. 37.

<sup>2</sup> J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 1999 (1975).

<sup>3</sup> R. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, „Hastings Law Journal” 1994, vol. 45, nr 4, s. 712.

<sup>4</sup> J. Raz, *Practical...*, s. 37.

sobie przy tym sprawę, iż propozycja może być bardzo dobra, choć istnieją pewne kwestie, które zmniejszają jej opłacalność i trudno jest bez głębszych analiz rozstrzygnąć, czy jest ona korzystniejsza od innej oferty, którą otrzymała kilka dni temu. Potrzebuje więc kilku godzin na przeczytanie wszystkich dokumentów, dokonanie obliczeń i podjęcie ostatecznej decyzji. Jednak Anna miała ciężki dzień, z dużą dawką emocji i trudnych sytuacji. Anna odpowiada przyjacielowi, że nie jest w stanie podjąć decyzji, ponieważ jest zbyt zmęczona i nawet gdyby poświęciła całą swoją energię na analizę oferty, nie mogłaby tego zrobić w racjonalny sposób. Anna zdaje sobie sprawę, że niepodjęcie decyzji oznacza odrzucenie oferty, jednakże zaznacza, że nie chodzi o istnienie jakichś racji przemawiających za odmową, lecz o sam fakt niemożności podjęcia decyzji i zaufania swojemu wyborowi w danym momencie. Nie ma zatem mowy o jakimkolwiek procesie ważenia racji w modelu pierwszego porządku. Druga oferta niekoniecznie jest racją przeważającą nad nową ofertą. Tego nie wiemy i nie jest to *de facto* sprawdzane poprzez bilansowanie racji. Anna uzasadnia natomiast swoją postawę istnieniem racji polegającej na niedziałaniu i nierozstrzygnięciu sprawy co do meritum. Jest to kategoriowa racja przynależna drugiemu porządkowi. Anna wysuwa rację uzasadniającą niedziałanie na podstawie ważenia racji.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że rozważania prawne może charakteryzować odwołanie do racji wyłączających. Widać to chociażby w procesie karnym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka „dla zapewnienia rzetelnego procesu w rozumieniu art. 6 § 1 Konwencji, wszystkie dowody uzyskane w wyniku podżegania przez policję muszą zostać wykluczone”<sup>5</sup>. Niedopuszczalne są zatem dowody uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych policji wykraczających poza określone regulacjami prawnymi działania<sup>6</sup>. Mówiąc językiem potocznym: policja nie może prowokować do popełnienia przez obywatela przestępstwa. Nate P. Adams wskazuje, że reguła wyłączająca wyklucza takie dowody w „dziwny sposób”<sup>7</sup>. Reguła ta nie daje nam bowiem dowodu, że oskarżony jest niewinny albo że dowody świadczące o jego winie są nierzetelne. W istocie reguła prawna tego rodzaju dyskwalifikuje nielegalnie zdobyte dowody, usuwając je ostatecznie z procesu.

---

<sup>5</sup> Ramanauskas przeciwko Litwie, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 lutego 2008 r., nr skargi 74420/01, pkt 60.

<sup>6</sup> Na ten temat zob. także K. Jesiołowski, *Zakup kontrolowany a ochrona praw jednostki*, [w:] M. Cisek, Ł. Świącicki (red.), *Przestępstwo i kara w myśli politycznej, prawnej i ekonomicznej*, Radzymin 2018.

<sup>7</sup> N.P. Adams, *In defense of exclusionary reasons*, „Philosophical Studies” 2021, vol. 178, s. 239.

Kiedy przeniesiemy ten sposób rozumowania na grunt prawnego moralizmu, spostrzeżemy, że znakomita część problematycznych aspektów uzasadnień wyroków przedstawianych w rozdziale 4., może być rozwiązana poprzez odwołanie do racji wyłączających. Otóż kryterium decydującym o dopuszczalności danej prawnokarnej regulacji w reżimie liberalno-demokratycznym nie powinno być to (albo tylko to), czy po zbilansowaniu społecznego nacisku i indywidualnych wolności racje przemawiające za utrzymaniem regulacji przeważają. Niektóre zachowania (lub nawet rodzaje zachowań) po prostu nie powinny należeć kategorycznie do sfery oddziaływania prawa karnego. Nie są bowiem, przynajmniej w warunkach liberalnej demokracji, jaką znamy z końca XX i XXI wieku, charakterystyczne dla sfery publicznej. Prawo karne jest z kolei prawem publicznym, co powinno samo w sobie wyznaczać pewien obszar zainteresowania ustawodawcy.

Dlatego też, przykładowo, krzywda, jaką niewątpliwie jest okłamywanie bliskich, nie powinna być kryminalizowana nie z powodu negatywnego wyniku ważenia racji przemawiających za kryminalizacją i przeciw niej, ale z kategorycznego powodu, jakim jest fakt, iż należy ona do sfery prywatnej. Jest to krzywda prywatna, nie zaś publiczna, tj. taka, która współtworzy publiczną sferę danej wspólnoty politycznej. Niedotrzymywanie obietnic złożonych przyjaciółom z pewnością może prowadzić do powstania różnego rodzaju krzywd (choćby osobistych, niekiedy być może nawet finansowych), lecz nikt nie postulowałby, aby objąć je prawnokarłą ochroną. Zasada krzywdy jest nadmiernie inkluzywna właśnie z tego powodu, że nie wyklucza już na wstępnym etapie tego typu racji penalizujących. Podobnie chociażby w sprawach Dudgeon lub Bowers, zgodnie z tą interpretacją, kluczowym nie powinno być to, czy ustawy wymierzone przeciwko homoseksualizmowi mają historyczne uzasadnienie i cieszą się społecznym poparciem, lecz to, czy w ogóle nadają się do rozstrzygnięcia na poziomie publicznym, a więc poziomie prawa karnego.

Tak należy też rozumieć pojęcie „niemoralności czynu” w podanej wyżej definicji prawnego moralizmu. Niemoralność w tym sensie nie odnosi się bowiem do absolutnie wszystkich czynów niemoralnych, a jedynie do wąskiej ich części; mianowicie tej, która należy do sfery publicznej danej wspólnoty politycznej. Zadaniem całej wspólnoty jest natomiast wypracowanie wyraźnych granic tejże. Prawny moralizm w niniejszej pracy pełni w tym kontekście jednocześnie dwie funkcje: deskryptywną oraz normatywną. Deskryptywną, albowiem może posłużyć do opisu racji przedstawianych przez ustawodawców. Normatywną, ponieważ wskazuje, jak należy ukształtować prawo, i czyni to w sposób odmienny od konkurencyjnej teorii liberalnej, opartej o zasadę neutralności i zasadę krzywdy.



Pierwszym krokiem postulowanym przez prawny moralizm jest zatem ustalenie, czy dane zachowanie mieści się w sferze publicznej wyznaczonej przez ramy konstytucyjne, polityczne, społeczne, praktyczne i instytucjonalne konkretnej wspólnoty. Jeżeli nie, to jest to wystarczający powód, ażeby kryminalizacja tego zachowania została zaniechana. Niepubliczność (w tym specyficznym znaczeniu) przypuszczalnie niemoralnego zachowania jest racją kategoriycznie wyłączającą kryminalizację.

Dopiero w następnym kroku prawny moralizm przewiduje ważenie różnych racji za i przeciw kryminalizacji. Tutaj rozpoczyna się zatem etap rozpatrywania „*pro tanto* dobrych racji do kryminalizacji”. To, że są one *pro tanto*, wyklucza ich kategoriczność, apriorycznie przyjętą konkluzywność lub z góry założoną absolutność. Za Johnem Broome’em można uznać, że:

Przypisujemy wagi racjom i mówimy, że jedna racja przeważa nad inną. Ta część naszego słownictwa dotyczącego racji jest metaforyczna i zaczerpnięta bezpośrednio z mechanicznego ważenia. Co więcej, wyjaśnienie, jakiego udzielamy faktowi deontycznemu, jest często regulowane przez analogię do mechanicznego ważenia. Często mówimy, że powinieneś coś zrobić, ponieważ bilans racji przemawia za tym, abyś to zrobił. (...). Racja, która bierze udział w wyjaśnianiu ważącym, jest racją *pro tanto*<sup>8</sup>.

W związku z powyższym, nie każdy czyn godzący w wartość lub dobro, które dana wspólnota zalicza do sfery publicznej, powinien być przedmiotem kryminalizacji. Jeżeli kryminalizacja czynu wiązałaby się z *summa summarum* negatywnymi skutkami, również w zakresie moralności krytycznej, przeważającymi nad korzyściami, to racje *pro tanto* na jej rzecz muszą zostać oddalone. Katalog racji obalających racje przemawiające za kryminalizacją jest otwarty. Mogą to być zatem racje dotyczące nieproporcjonalności regulacji karnej lub nieadekwatności w świetle zasady subsydiarności. Mogą to być racje dotyczące trudności lub nawet niemożliwości egzekwowania określonych regulacji prawnych. Mogą to być racje odnośnie do kosztów społecznych lub finansowych. Wreszcie mogą to być racje natury moralnej. Takowe mogą wystąpić na przykład kiedy czyn X jest uznawany za niemoralny, jednak konsekwentne karanie za czyn X wymagałoby wszechobecnej inwigilacji, rażącego naruszenia prywatności jednostek, inspirowałoby donosicielstwo, powszechną podejrzliwość itp., a zatem poważnie zagrażałoby moralności jako takiej.

Przykładem powstrzymania się od kryminalizacji czynu, który mógłby zapewne zostać uznany za naruszający wartości mieszczące się w katalogu wartości publicznych, są przyjęte,

---

<sup>8</sup> J. Broome, *Rationality Through Reasoning*, Wiley-Blackwell 2013, s. 52.

przynajmniej w polskim prawie<sup>9</sup>, reguły dotyczące zdrady małżeńskiej. Truizmem jest stwierdzenie, że zdrada zagraża trwałości małżeństwa i przeważnie powoduje rozpad więzów rodzinnych. Należy przy tym odnotować, że zasada trwałości małżeństwa wynika z art. 18 polskiej Konstytucji<sup>10</sup>, a co za tym idzie – może być rozumiana jako wartość publiczna, czyli taka, wokół ochrony której koncentruje się wspólnota polityczna. Jak wskazano w wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 62/08<sup>11</sup>:

Ochrona rodziny realizowana przez władze publiczne musi uwzględniać przyjętą w Konstytucji wizję rodziny jako trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo (vide: art. 18 Konstytucji). Celem regulacji konstytucyjnych odnoszących się do statusu rodziny jest bowiem nałożenie na państwo, a zwłaszcza na ustawodawcę, obowiązku podejmowania takich działań, które „umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami” (wyrok z 18 maja 2005 r., sygn. K 16/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 51, pkt III.4). Dotyczy to również rozwiązań podatkowych, których celem jest realizacja polityki prorodzinnej państwa (...). Rozwiązania te nie mogą jednak prowadzić, choćby nawet pośrednio, do osłabiania trwałości więzów rodzinnych (...).

Konieczność ochrony trwałości związku małżeńskiego podkreślono również m.in. w wyroku w sprawie K 16/04<sup>12</sup>. Zaznaczono w nim, że już samo wystąpienie z żądaniem orzeczenia separacji lub rozwodu jest dowodem osłabienia więzi istniejących między małżonkami. Co więcej, jak wskazano w tej sprawie, „trzeba podkreślić, że w świetle aksjologii przyjętej w obowiązującej w Polsce Konstytucji, rodzina i małżeństwo są wartościami, które zajmują szczególnie wysoką rangę w hierarchii wartości konstytucyjnych”<sup>13</sup>.

Wydaje się, że z punktu widzenia prawnego moralizmu zdrada może być traktowana jako *pro tanto* dobra racja do kryminalizacji. Godzi ona bowiem w istotne społecznie dobro, które wpisuje się w konstytucyjną wizję ważnej instytucji, jaką jest małżeństwo. Poza tym nie budzi wątpliwości, że zdrada jest czynem niemoralnym. Niemniej, istnieją mocniejsze racje przeciwne kryminalizacji. Z łatwością wyobrazić można sobie skalę naruszeń prywatności jednostek, do jakiej mogłoby dojść w przypadku konsekwentnego ścigania tego rodzaju „przestępstw”. Nie mniejsza byłaby zapewne także liczba fałszywych oskarżeń, mogących powodować napiętnowanie domniemanego sprawcy, nawet w przypadku ostatecznego

---

<sup>9</sup> Cudzołóstwo pozostaje formalnie przestępstwem w niektórych stanach USA, zob. np. New York Penal Law 255.17.

<sup>10</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>11</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08, 4.3.

<sup>12</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2005 r., K 16/04.

<sup>13</sup> Ibidem, III 4.

uniewinnienia od stawianego zarzutu. Równie istotnym jest fakt, że kryminalizacja cudzołóstwa, uzasadniana ochroną małżeństwa, w praktyce mogłaby prowadzić do jeszcze szybszego jego rozpadu. Trudno przypuszczać, by zwaśnionych małżonków mogło połączyć prawo karne.

Dlatego też znacznie rozsądniej jest pozostawić tę kwestię prawu cywilnemu (tj. prawu prywatnemu). Nie oznacza to bynajmniej, że ustawodawca pozostaje obojętny wobec niemoralności zdrady. Zgodnie z art. 57 § 1 k.r.i.o.<sup>14</sup> orzekając rozwód sąd orzeka także, czy i który z małżonków ponosi winę rozkładu pożycia. Z kolei jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 maja 1997 r.<sup>15</sup>, „Nie ulega wątpliwości, że zdrada narusza normy moralne i jest przejawem rażącej nielojalności wobec współmałżonka. Małżonek dopuszczający się zdrady z reguły bywa uznawany winnym rozkładu pożycia”. W orzecznictwie ponadto utrwalony jest pogląd, że

Dochowanie wierności, która stosownie do art. 23 k.r.o. jest jednym z obowiązków każdego z małżonków, nie polega jedynie na utrzymywaniu stosunków płciowych przez małżonków tylko ze sobą i powstrzymywaniu się od kontaktów seksualnych z innymi osobami. Naruszeniem obowiązku wierności jest także takie zachowanie się małżonka, które sprawia pozory naruszenia tego obowiązku. W szczególności jest nim zachowanie się małżonka wobec osoby trzeciej wskazujące na nawiązanie między nimi więzi erotyczno-emocjonalnej, mogące nasuwać podejrzenie zdrady małżeńskiej lub w inny sposób wykraczające poza granice postępowania zakreślone powszechnie przyjętymi normami obyczajowości i przyzwoitości<sup>16</sup>.

Na marginesie należy dodać, że utrzymywanie pozamałżeńskich stosunków seksualnych nie zawsze będzie prowadziło do rozkładu pożycia. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której doszło już do rozkładu pożycia z innych przyczyn, a następnie jeden z małżonków nawiązał kontakty seksualne z nowym partnerem. To także pośrednio wskazuje na problemy z ewentualną kryminalizacją cudzołóstwa, które łącznie przeważają nad wszelkimi racjami *pro tanto* na rzecz takowej.

Mając na uwadze powyższe, można skonkludować, że

– czyn powinien być kryminalizowany wtedy i tylko wtedy, gdy: 1) dotyczy sfery publicznej; 2) jest niemoralny; 3) racje przemawiające na rzecz jego kryminalizacji przeważają nad racjami przeciwnymi,

---

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1997 r., I CKN 86/97.

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 1999 r., II CKN 486/98.

- brak spełnienia warunku 1) jest racją wyłączającą, która wyklucza z rozważań punkty 2) i 3),
- niemoralność czynu jest warunkiem koniecznym, ale nie wystarczającym do kryminalizacji.

Sprzeciwiając się kryminalizacji danego czynu, należałoby zatem wykazać, że nie dotyczy on sfery publicznej lub nie jest niemoralny lub racje przemawiające na rzecz jego kryminalizacji nie przeważają nad racjami przeciwnymi.

Prawnomoralistyczna teoria legislacji jest zarazem wyznaczeniem pewnego paradygmatu myślenia o prawie (zwłaszcza prawie karnym), państwie i granicach władzy ustawodawczej. Jak się wydaje, paradygmat ten bardziej odpowiada naszym intuicjom na temat prawa niż konkurencyjna teoria liberalna, oparta o zasadę krzywdy i neutralność wobec koncepcji dobrego życia.

## 5.2 Aspekt wspólnotowy

Ten konkurencyjny paradygmat określony został w niniejszej pracy mianem „komunitarystycznej teorii legislacji”. Pokróćce należy wyjaśnić zatem, na czym polega odwołanie do komunitaryzmu.

Jeżeli chodzi o komunitarystyczny nurt w filozofii politycznej, to według części badaczy bezpieczniej byłoby mówić o wielu różnych komunitaryzmach niż jednej, spójnej koncepcji<sup>17</sup>. Niemniej jednak Łukasz Dominiak, autor książki *Wartość wspólnoty. O filozofii politycznej komunitaryzmu*<sup>18</sup>, wyróżnia dwie cechy komunitaryzmu, które nie powinny budzić żadnych wątpliwości. Po pierwsze, komunitaryzm jest nurtem krytycznym wobec liberalizmu, którego krytycyzm wyrasta ze świadomości znaczenia wspólnoty dla ludzkiej egzystencji oraz troski o kondycję wspólnot i „żyjącego w nich” człowieka. Po wtóre, komunitaryści dostrzegają z jednej strony wagę wspólnot, z drugiej zaś ich deprecjację we współczesnym świecie, którą wiążą z liberalizmem<sup>19</sup>. Nie wdając się w szczegółowe rozważania na temat różnic występujących wśród poszczególnych odmian komunitaryzmu, należy zauważyć, że zaprezentowana tutaj wersja prawnego moralizmu czerpie przede wszystkim z myśli takich autorów, jak Michael J. Sandel, Charles Taylor oraz Alasdair MacIntyre. Pierwsi dwaj byli cytowani wprost, natomiast ostatni z nich inspirował niektóre z przywoływanych idei w sposób pośredni.

---

<sup>17</sup> R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press 1993, s. 414. O liberalizmie podobnie np. J. Bartyzel, *W gąszczu liberalizmów. Próba periodyzacji i klasyfikacji*, Lublin 2012.

<sup>18</sup> Ł. Dominiak, *Wartość wspólnoty. O filozofii politycznej komunitaryzmu*, Toruń 2010.

<sup>19</sup> Ibidem, s. 55.

Od Sandela zaczerpnięta została myśl, że w niektórych sprawach – zwłaszcza tych najbardziej kontrowersyjnych, jak aborcja czy homoseksualizm – zachowanie neutralności wobec koncepcji dobrego życia jest albo niemożliwe, albo niepożądane. Pogląd ten rozwijany był w szczególności w rozdziale 4., podczas analizy orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego, trybunałów europejskich, a także amerykańskiego Sądu Najwyższego. Odrzucono w nim przywiązanie części sądów do metody wyrafinowanej, abstrahującej całkowicie od kwestii moralnych. W szczególności skrytykowano pogląd, jakoby najtrafniejszą metodą badania dopuszczalności regulacji prawnych było ważenie opinii większości danego społeczeństwa i interesu jednostki. Zasugerowano, iż podjęcie substancjalnej decyzji odnośnie do spornej kwestii moralnej jest czasami nieodzowne. Prawnik musi być więc niekiedy „naiwny”, czyli – posługując się terminologią Sandela – podejmować decyzje biorąc za podstawę uzasadnione przekonanie o jej obiektywnej (nie wyłącznie konwencjonalnej) wartości moralnej.

Komunitaryzm Charlesa Taylora także przywoływany był w tym kontekście. Taylor krytykuje zwłaszcza zjawisko „afirmacji wolnego wyboru”<sup>20</sup>, aprobowanego nie jako wybór wartościowy, lecz po prostu jako wybór jednostki. Afirmacja wyboru, jako wyboru, zdaniem Taylora może przyczyniać się do osłabienia lub nawet odarcia wyboru z jakiegokolwiek znaczenia. Ta argumentacja może posłużyć jako krytyka liberalnej zasady krzywdy, która stara się nie wartościować jednostkowych wyborów dopóki nie naruszają one niczyjego interesu w specyficznym rozumieniu tej zasady. Jednakże wpływ myśli Taylora w prawnym moralizmie nie ma wyłącznie negatywnego charakteru. Zauważyć warto, że ujęcie przestępstwa jako wspólnej krzywdy lub inaczej – wspólnie doświadczanego zła, zaoferowane przez Antony’ego Duffa, jest tożsame z wizją społeczeństwa opisywaną właśnie przez Taylora.

Otóż w jednym z często cytowanych artykułów Taylor pisze, że:

więzy solidarności, które we właściwie funkcjonującej republice łączą mnie ze współpatriotami, są oparte na poczuciu, że dzielimy wspólny los, przy czym wartością jest sam fakt owego dzielenia. To właśnie czyni te więzy szczególnie ważnymi, to właśnie czyni związki łączące mnie z tymi ludźmi i z tym przedsięwzięciem szczególnie mocnymi, to właśnie ożywia moją „vertu” czy też patriotyzm<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Zob. podrozdział 2.3.

<sup>21</sup> Ch. Taylor, *Nieporozumienia wokół debaty liberalno-komunitariańskiej*, tłum. P. Rymarczyk, [w:] P. Śpiewak (red.), *Komunitarianie. Wybór tekstów*, Warszawa 2004, s. 52.

Owe poczucie wspólnej identyfikacji i wspólnego dzielenia losu ma swoje prawno-polityczne skutki. Taylor, podając przykład afery Watergate, zauważa, że silna reakcja społeczeństwa na przypadek nadużycia władzy była przejawem obrony pewnych norm moralnych uznawanych jako wspólne zasady funkcjonowania sfery publicznej. Zdolność do reakcji na tego typu naruszenia prawa i zasad moralnych jest w opinii Taylora „bastionem wolności w nowoczesnych społeczeństwach”<sup>22</sup>. Jak twierdzi: „Tam, gdzie podobne nastawienie przejawia się stosunkowo słabo – jak na przykład w licznych krajach Ameryki Łacińskiej, gdzie wielu ludzi jest skłonnych tolerować «zniknięcia», będące skutkiem na poły konspiracyjnych działań sił zbrojnych, lub z zadowoleniem przyjmować wojskowe pucze – istnieje groźba, że doprowadzi to do powstania nowej junty albo zbrodniczego reżimu Pinocheta”<sup>23</sup>. Przy czym, przekonuje Taylor, ta zdolność do oburzania się nie wynika z czysto indywidualistycznych pobudek. Ludzie nie reagują w ten sposób tylko dlatego, że doszli do wniosku, że leży to w ich długofalowym interesie. Ponadto wątpliwym wydaje się, by ludzie reagowali w ten sposób, gdyby traktowali państwo w kategoriach czysto instrumentalnych – jako dostarczyciela bezpieczeństwa i materialnego dobrobytu. Pobudza ich do tego pewne poczucie identyfikacji, poczucie wspólnoty wartości, solidarności i obrona właściwego wzorca zachowań w sferze publicznej. Taylor wyraźnie sugeruje, że ludzie rozumieją samych siebie po części jako członków konkretnej wspólnoty. Nie są zatem jedynie – mówiąc językiem Sandela – „nieuwarunkowaną jaźnią”<sup>24</sup>.

To samo poczucie identyfikacji i wspólnoty leży u podstaw prawnomoralistycznej wizji przestępstwa jako aktu godzącego w dobro wspólne, we wspólnie uznane wartości należące do sfery publicznej. Wystarczy pomyśleć, jak często sprawa karna dotyka nie tylko samego pokrzywdzonego i osoby jemu najbliższe, lecz również lokalne społeczności, organizacje, grupy ludzi, a nawet całą opinię publiczną. Ustawodawca, poprzez kryminalizację, deklaruje, które czyny zasługują na publiczne potępienie i komunikuje tym samym, iż stanowią one publiczne zło. Z kolei w typowym procesie karnym pokrzywdzony otrzymuje silne wsparcie ze strony oskarżyciela publicznego, który działa w imieniu konkretnej wspólnoty politycznej. Sprawa karna staje się sprawą publiczną również w tym sensie, że jej przebieg nie zależy już wyłącznie od woli jednostki (nawet pokrzywdzonego). Nie oznacza to bynajmniej całkowitego pozbawienia pokrzywdzonego możliwości działania we własnym imieniu. Natomiast

---

<sup>22</sup> Ibidem, s. 58.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> M.J. Sandel, *Republika proceduralna i nieuwarunkowana jaźń*, tłum. P. Rymarczyk, [w:] P. Śpiewak, *Komunitarianie...*, s. 71-90; zob. też R. Prostak, *Charles Taylor's critique of liberalism : liberal autonomy and communitarian heteronomy*, „Ad Americam. Journal of American Studies” 2003, s. 86-88.

w postępowaniu cywilnym „władcą sprawy” pozostaje od początku do końca powód jako strona postępowania. Oczywiście, ta różnica między prawem publicznym (karnym) i prywatnym (cywilnym) dotyczy tylko typowych postępowań, jako iż odnaleźć można wyjątki od ogólnie ujętych powyższych prawideł.

Poczucie identyfikacji, dzielenia wspólnego losu, solidarności między ludźmi zamieszkujących określony teren geograficzny w określonym czasie, przywołuje jeszcze jedną komunitariańską ideę, a mianowicie narracyjną koncepcję życia. Przedstawił ją Alasdair MacIntyre w swoim najslynniejszym dziele *Dziedzictwo cnoty*<sup>25</sup>.

MacIntyre zastanawia się nad problematyką jedności życia człowieka, zauważając, że jeżeli chcemy pojmować nasze życie jako sensowną całość, nie zaś jedynie jako sumę pojedynczych, niezwiązanych ze sobą aktów, powinniśmy ujmować je w formie narracji. W tym ujęciu człowiek jest zwierzęciem opowiadającym historie. Jednak, jak pisze szkocki filozof, kluczowe dla ludzi pytanie nie dotyczy bynajmniej ich statusu jako twórców narracji. „Na pytanie «Co mam robić?» odpowiedzieć mogę tylko wtedy, gdy uprzednio zadałem sobie pytanie «W jakich historiach ja sam jestem bohaterem?»”<sup>26</sup>. Dlatego też w rozważaniach moralnych chodzi o raczej o interpretację historii mojego życia niż o spełnienie swojej woli<sup>27</sup>.

Narracyjna koncepcja odrzuca liberalny indywidualizm, ponieważ historie jednostki nie zależą wyłącznie od jej woli. Jednostka nie jest zatem tylko tym, czym akurat na mocy swojej nieskrępowanej woli postanowiła zostać. MacIntyre wprowadza w tym kontekście pojęcie tożsamości społecznej. Pisze:

Jestem czymś synem lub córką, czymś kuzynem lub wujem, jestem obywatelem tego lub tamtego miasta, członkiem tego cechu lub zawodu; należę do tego klanu, plemienia czy narodu. Stąd też to, co jest dobre dla mnie, musi być dobre dla tego, kto spełnia te role. Jako jednostka w ten sposób zdefiniowana, dziedziczę z przeszłości mojej rodziny, miasta, plemienia, mojego narodu, różnolitości długów, spadków, uzasadnionych oczekiwań i zobowiązań. One składają

---

<sup>25</sup> A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty*, Warszawa 1996, tłum. A. Chmielewski.

<sup>26</sup> Ibidem, s. 386.

<sup>27</sup> M.J. Sandel, *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, tłum. O. Siara, Warszawa 2013, s. 298. Na temat krytyki tej koncepcji zob. K. Filutowska, *Tożsamość narracyjna jako empiryczna podmiotowość - MacIntyre, Taylor, Ricoeur*, Warszawa 2018, s. 168-204 oraz idem, *Czy jednostka jest moralnie odpowiedzialna za czyny swoich przodków? Kilka uwag na marginesie koncepcji tożsamości narracyjnej i społecznej Alasdaira MacIntyre'a*, „Przegląd Filozoficzno-Literacki” 2012, nr 1-2, s. 347-360. Zauważyć również można, że MacIntyre’owi zarzuca się m.in. relatywizm moralny – tak np. W. Załuski, *Normatywność aretyczna versus normatywność nie-aretyczna*, [w:] B. Brożek, M. Hohol, Ł. Kurek, J. Stelmach (red.), *W świecie powinności*, Kraków 2013, s. 164. Z tego powodu nowy prawny moralizm może jedynie częściowo czerpać z jego myśli.

się na to, co w moim życiu jest dane – na mój moralny punkt wyjścia. Właśnie to nadaje w określonej mierze memu życiu jego moralną szczególność<sup>28</sup>.

Zdaniem MacIntyre'a przyjęcie przeciwnej wizji jednostki, charakterystycznej dla współczesnego liberalizmu, oznacza zbyt poważne ograniczenie wizji moralnej. Przykładowo, dla wielu dzisiejszych indywidualistycznie nastawionych Amerykanów niedopuszczalnym jest przyjęcie jakiegokolwiek odpowiedzialności za niewolnictwo i – eufemistycznie rzecz ujmując – gorsze traktowanie ludności czarnej. Tłumaczą oni, że „przecież nigdy nie mieli niewolników”, nie znajdują więc żadnych podstaw do jakiegokolwiek moralnej odpowiedzialności za błędy historyczne. Podobną postawę przyjąć może „młody Niemiec, który sądzi, że ponieważ urodził się po 1945 roku, więc to, co naziści zrobili z Żydami, nie ma moralnego znaczenia dla jego stosunku do współczesnych mu Żydów”<sup>29</sup>. MacIntyre zaprzecza jednakże, iżby można było oddzielić całkowicie tożsamość jednostki od odziedziczonych historii, ról społecznych i przeszłych zdarzeń. To one bowiem nadają kontekst, w którym narracje jednostki mogą nabierać sensownych kształtów. Nie oznacza to jednak, że jednostka jest zupełnie zdeterminowana partykularyzmem historii swoich narodów, państw czy rodzin. Cały czas jest ona zdolna pisać swoją odrębną narrację, lecz nie w oderwaniu od tego dziedzictwa, a z jego – nawet krytycznym – uwzględnieniem.

Wyżej przedstawione filozoficzne uwagi na pozór nie mają nic wspólnego z tematem niniejszej pracy. Jednakże przy głębszym namyśle stwierdzić można, że każda teoria prawna musi zakładać jakiś pogląd na temat jednostki, co implikuje w dużej mierze zakotwiczone w niej idee i normatywne postulaty. Zajmując się zatem racjami, jakie może wysuwać ustawodawca uzasadniając swoją ingerencję, musimy rozważyć charakter obowiązków, do których jest on uprawniony odwoływać się w procesie legislacji.

W świetle kryminalizacji szkodliwych oraz – jak przekonywano w poprzednich rozdziałach – niemoralnych zachowań wątpliwości nie budzą (tak w świetle liberalizmu, jak i komunitaryzmu) dwa rodzaje obowiązków: naturalne i dobrowolne. Te pierwsze są uniwersalne i dotyczą w zasadzie wszystkich ludzi. Zaliczają się do nich chociażby obowiązek niezabijania, nieprzywłaszczania cudzego mienia, nieszkodzenia drugiemu itp. Mają one swoje odzwierciedlenie w ustawodawstwach karnych wszystkich cywilizowanych narodów. Drugi typ obowiązków ma swoje źródło w dobrowolnych stosunkach, w które wchodzi ze sobą jednostki. W prawie cywilnym obowiązki te definiować będą zawierane umowy. W prawie

---

<sup>28</sup> A. MacIntyre, *Dziedzictwo...*, s. 392-393.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 393-394.



karnym najczęściej takie obowiązki charakteryzowane są określeniem „Kto wbrew obowiązkowi...”<sup>30</sup>. Obowiązki tego rodzaju, do których odwołują się przepisy prawa karnego, są dobrowolne i wynikają z zasadniczo dobrowolnie podjętej przez jednostkę pracy, wykonywania określonego zawodu, piastowania społecznej funkcji, zajmowania urzędu itp. Niekiedy obowiązki przyjęte przez jednostkę są w regulacjach karnych ujmowane w sposób, który jednoznacznie wskazuje na jej społeczną rolę. Artykuł 231 § 1 k.k. stanowi: „Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Tak zatem, zostając funkcjonariuszem publicznym, jednostka dobrowolnie zaciąga na siebie pewien zestaw dodatkowych obowiązków, również – a może przede wszystkim – prawnych.

Prawni moralisci i komunitarianie twierdzą jednak, że oprócz wyżej wskazanych obowiązków istnieje jeszcze trzeci ich rodzaj: obowiązki solidarności wynikające z przynależności do konkretnej wspólnoty. Ich uznanie wymaga, jak się wydaje, przyjęcia swoistej narracyjnej koncepcji jednostki i jej miejsca w społeczeństwie. Kwestię tę warto rozważyć na przykładzie polskiej Konstytucji i polskiego Kodeksu karnego.

Już w preambule do rodzimej ustawy zasadniczej widoczny jest jej konkretny, historycznie uwarunkowany i partykularny rys. Jak czytamy, ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej „odzyskawszy w 1989 roku możliwość suwerennego i demokratycznego stanowienia o Jej losie”, „nawiązując do najlepszych tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej”, „pomni gorzkich doświadczeń z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane”. Nie ma zatem wątpliwości, że nie jest to zupełnie uniwersalny akt prawny, ale pewien wyraz woli partykularnej wspólnoty w konkretnym momencie historycznym. Nie zmienia tego fakt, iż Konstytucja zawiera sama w sobie wartości i normy, które mają (jak wierzymy) obiektywny i uniwersalny charakter. Konstytucja III RP od strony aksjologicznej jest sprzeciwem wobec „czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane”, kiedy to padliśmy ofiarą ideologii totalitarnych. Totalitaryzm jest obiektywnie zły, jednakże fakt, że sprzeciw wobec niego został uznany za element konstytuujący naszą sferę publiczną, jest wyrazem naszej woli, jako wspólnoty. Jest to przykład podnoszenia przez wspólnotę moralności krytycznej do rangi spraw publicznych, wokół których tworzy ona samą siebie.

---

<sup>30</sup> Np. 186 k.k. - ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.

Nie dziwi więc, że w pierwszym rozdziale Konstytucji, w art. 13 ustanowiono zakaz istnienia „partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszystowskiego i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa”.

Karnoprawnym odbiciem wyżej wskazanego zakazu jest art. 256 k.k., który w § 1 stwierdza: „Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustroj państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Mamy zatem do czynienia z kontrowersyjnym – z punktu widzenia wolności i pluralizmu poglądów politycznych – przepisem. Ustawodawca jednoznacznie stwierdza, że pewnego ustroju państwa nie można, pod groźbą kary, propagować. Opisany przepis ogranicza wolność wyrażania poglądów, a określone w nim przestępstwa mają charakter polityczny<sup>31</sup>.

*Ratio legis* takiego restrykcyjnego rozwiązania jest różnie definiowane. Sąd Najwyższy stwierdził w uchwale z dnia 28 marca 2002 r., że jest oczywiste, że „demokratyczne państwo nie może tolerować i ma prawo penalizować m.in. propagowanie w zamiarze przekonywania do niego, każdego ustroju totalitarnego, a więc ustroju antydemokratycznego, w tym także ustroju faszystowskiego”<sup>32</sup>. Jak podaje Paweł Bachmat, w doktrynie wymienia się m.in. następujące uzasadnienia wyżej wymienionej regulacji: ochrona zasad demokracji, z którymi idee totalitaryzmu są sprzeczne, funkcjonowanie państwa w sposób demokratyczny, ochrona pokoju społecznego, uchronienie państwa od zagrożeń ideologicznych, a także od rozpalania nienawiści pomiędzy grupami społecznymi<sup>33</sup>. Podobny zestaw racji przedstawia również Andrzej Sakowicz<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Tak M. Flemming, W. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu. Rozdział XXXII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 16; podaje za: P. Radziejewski, *Propagowanie totalitaryzmu i nawoływanie do nienawiści (art. 256 Kodeksu karnego)*, „Przełęcz Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2012, nr 1, s. 121.

<sup>32</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02. A. Sakowicz uznaje to stwierdzenie za kontrowersyjne, idem, *Glosa do uchwały SN z 28 marca 2002 r.*, „Palestra” 2003, nr 48, s. 243.

<sup>33</sup> P. Bachmat, *Przestępstwa z art. 256 i 257 k.k. – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, s. 6-7, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Bachmat-Przest-z-art-256-i-257-2005.pdf> (dostęp: 26.11.2021).

<sup>34</sup> A. Sakowicz, *Używanie symboli ideologii nazistowskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Uwagi na podstawie spraw Nix v. Niemcy oraz Šimunić v. Chorwacja*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020, nr 1, s. 120.

Wydaje się jednak, że powyższe racje są jedynie połowicznie dobrymi racjami do kryminalizacji. Jeżeli bowiem chodziłoby wyłącznie o samoobronę demokratycznego systemu, to nic nie stałoby na przeszkodzie, ażeby objąć prawnokarnym zakazem chociażby propagowanie monarchii absolutnej, rządów sanacji po przewrocie majowym, ustroju proponowanego przez niektóre odłamy libertarianizmu<sup>35</sup> czy też ustrojowych zarysów kreślonych przez ekscentrycznych polityków w rodzaju Janusza Korwin-Mikkego. W takim wypadku treść przepisu mogłaby otrzymać brzmienie: „Kto publicznie propaguje antydemokratyczny ustrój...”.

W poszukiwaniu *ratio legis* omawianego przepisu niezbędne jest zatem sięgnięcie po jeszcze jeden – konkretnie historyczny i moralny – element. Uczynił to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 25 lutego 2014 r.<sup>36</sup>, w którym to, w odniesieniu do penalizacji „nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość”, stwierdził:

Ze względu na oczywistą i bezwzględną okoliczność, jaką są ludobójcze doświadczenia totalitaryzmów ostatnich stu lat, oraz **konieczność ochrony godności i pamięci każdej z dziesiątków milionów ich ofiar** [wyr. K.J.], państwa europejskie kryminalizują tzw. mowę nienawiści (zob. np.: § 283 austriackiego kodeksu karnego, § 356 czeskiego kodeksu karnego, art. R625-7 francuskiego kodeksu karnego, § 130 niemieckiego kodeksu karnego, rozdział III, Public Order Act uchwalony przez Parlament Zjednoczonego Królestwa)<sup>37</sup>.

Jak dalej wskazał TK, „Art. 256 § 1 k.k. nie jest dosłownym powtórzeniem regulacji obowiązującej w którymś z państw europejskich, ale odnosi się do wspólnej aksjologii”<sup>38</sup>. Takie uwagi jednoznacznie świadczą o tym, że na naszych europejskich wspólnotach ciąży obowiązek ochrony „godności i pamięci każdej z dziesiątków milionów ofiar totalitaryzmów”. Ten obowiązek, odziedziczony poprzez historię i tradycję, ma swoje prawne konsekwencje i może stanowić źródło zakazów nakładanych na obywateli. Ponadto wyznacza on kontekst rozumienia i sensowności przepisów takich, jak art. 256 k.k. Witold Kulesza, opisując art. 256 k.k., art. 257 k.k., art. 119 k.k. i art. 55 ustawy o IPN, twierdzi, że składają się one na „prawo

---

<sup>35</sup> A. Meller, *Libertariańska alternatywa dla demokracji*, „Dialogi Polityczne” 2008, nr 9, s. 303-307.

<sup>36</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 2014 r. SK 65/12

<sup>37</sup> Ibidem, pkt 7.9.1.

<sup>38</sup> Ibidem, pkt 7.9.1.1.

karne pamięci”, a chronionym dobrem prawnym jest w ich przypadkach pamięć zbiorowa polskiego społeczeństwa<sup>39</sup>.

Jeszcze dobitniej kwestię tę potraktował Europejski Trybunał Praw Człowieka. W sprawie Nix przeciwko Niemcom z 2018 r.<sup>40</sup> dotyczącej art. 86a niemieckiego kodeksu karnego, przewidującego zakaz m.in. rozpowszechniania symboli nazistowskich, wśród *ratio legis* analizowanego przepisu wymieniono: zapobieganie odrodzeniu się zakazanych organizacji lub głoszonych przez nie niekonstytucyjnych idei, utrzymanie pokoju politycznego oraz zakazanie obecności symboli niekonstytucyjnych organizacji w niemieckim życiu politycznym<sup>41</sup>. Co istotne, dodano przy tym, iż **„państwa, które doświadczyły okrucieństw nazizmu, mogą zostać uznane za »państwa, na których spoczywa szczególna odpowiedzialność moralna, by zdystansować się od masowych potworności popełnionych przez nazistów«**”<sup>42</sup> [wyr. K.J.]. ETPCz przyjął, że wszelkie restrykcje prawne muszą być badane w tym szczególnym kontekście.

Widać zatem wyraźnie, że nasze intuicje moralne zakładają obowiązki, które nie są naturalne i nie są dobrowolne, ale niejako odziedziczone, a tym samym – wplecione w nasze narracje jako członków konkretnego społeczeństwa, obywateli konkretnego państwa, spadkobierców trudnej historii. Wprawdzie twierdzenie Trybunału o państwie niemieckim jako „państwie, które doświadczyło okrucieństw nazizmu”, a nie jako „państwie, które stworzyło ramy instytucjonalne dla okrucieństw nazizmu”, jest przejawem daleko idącej kurtuazji, to nie sposób nie zauważyć, że pewna koncepcja odpowiedzialności wspólnotowej została przez Trybunał zaaprobowana. Ta moralna odpowiedzialność ma zaś swoje bezpośrednie przełożenie na odpowiedzialność prawnokarną. Racje dla kryminalizacji, wysuwane przez ustawodawcę, mogą zatem mieć swoje źródło w obowiązkach typu wspólnotowego. W ten sposób potwierdzone zostaje komunitariańskie oblicze prawnego moralizmu.

Analiza relacji moralności i prawa, poczyniona zwłaszcza w niniejszym oraz poprzednim rozdziałach, prowadzi do zmniejszenia dystansu między moralnością pozytywną a moralnością krytyczną. Chodzi o taką reinterpretację tych pojęć, by znalazło się miejsce zarówno dla opinii członków danej wspólnoty, jej tradycji oraz historii, jak i obiektywnego

---

<sup>39</sup> W. Kulesza, *Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Rafała Guzika pt. „Wolność słowa a mowa nienawiści. Analiza karnoprawna”*, <https://wpia.uj.edu.pl/documents/41601/136198187/Recenzja.Guzik.Prof.Kulesza.pdf> (dostęp: 12.12.2021).

<sup>40</sup> Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Hans Burkhard NIX przeciwko Niemcom z dnia 13 marca 2018 r., skarga nr 35285/16.

<sup>41</sup> Ibidem, pkt 44.

<sup>42</sup> Ibidem, pkt 47. Tłumaczenie za: A. Sakowicz, *Używanie...*, s. 129.

obowiązywania norm moralnych. Wspólnotowa moralności może zatem nabrać racjonalnego charakteru, tj. nie musi być utożsamiana jedynie z popularnymi odczuciami odnośnie do danej kwestii moralnej, rozpowszechnionymi w danym społeczeństwie. Jak już ustalono w rozważaniach wcześniejszych, moralność pozytywna nie powinna być jako taka ani odrzucana, ani aprobowana, lecz raczej krytycznie konfrontowana z innymi normami, zwłaszcza zaś normami istotnymi z punktu widzenia sfery publicznej liberalno-demokratycznej republiki. W związku z powyższym, dla oceny słuszności regulacji ograniczającej – przykładowo – wolność słowa, nie jest wystarczające wskazanie, że rozpowszechnionym odczuciem w danej wspólnotie jest niechęć do haseł głoszonych przez feministki albo – dajmy na to – treści wygłaszanych podczas zgromadzeń katolików. Wolność słowa, obejmująca feministki czy katolików, sama jest bowiem ważną wartością stanowiącą podstawę aksjologiczną ustroju liberalno-demokratycznego. Jest ona wyrazem przyjęcia pewnej moralności krytycznej, choć zauważyć warto, że jednocześnie prawdopodobnie znajduje ona silne wsparcie w moralności pozytywnej owej wspólnoty. Zapewne większość jej członków gotowa jest uznać wolność słowa za rzecz ważną. To wszystko nie oznacza jednak, jakoby wolność słowa miała charakter absolutny. Podejście to wyklucza tylko proste odwołanie do uczuć moralnych większości społeczeństwa. Natomiast prawny moralizm poza uczuciami wymaga podania dobrych racji. Jak widzieliśmy, chcąc zakazać swobodnego głoszenia treści propagujących ustrój totalitarny, ustawodawca jest zobowiązany do wykazania zgodności tego zakazu z innymi wartościami uznanymi w sferze publicznej. Moralność publiczna powinna być zatem moralnością konstytucyjną, nie zaś moralnością uczuć aktualnej większości<sup>43</sup>.

### 5.3 Aspekt perfekcjonistyczny

Steven Wall w następujący sposób definiuje perfekcjonizm:

Mówiąc najogólniej, autorzy perfekcjonistyczni przedstawiają obiektywne ujęcie dobra, a następnie rozwijają ujęcie etyki i/albo polityki, które jest oparte na tym ujęciu dobra. Różni autorzy perfekcjonistyczni proponują różne ujęcia dobra i dochodzą do różnych wniosków etycznych i politycznych. Ale wszyscy perfekcjonści bronią takiego ujęcia dobra, które jest obiektywne w tym sensie, że identyfikuje stany rzeczy, działania i/albo relacje jako dobre same w sobie, a nie dobre ze względu na fakt, że są pożądane lub afirmowane przez ludzi<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Na temat pojęcia moralności konstytucyjnej zob. R. Thoreson, *The Limits of Moral Limitations: Reconceptualizing "Morals" in Human Rights Law*, „Harvard International Law Journal” 2018, vol. 59, nr 1, s. 197-244.

<sup>44</sup> S. Wall, *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/> (dostęp: 27.11.2021). Podobnie M.C. Nussbaum, *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, „Philosophy & Public Affairs” 2011, vol. 39, nr 1, s. 3.

Rzeczą oczywistą jest, iż opisywany w niniejszej pracy prawny moralizm presuponuje pewne ujęcie dobra, które nie jest neutralne i nie zakłada ustępstwa na rzecz zasady krzywdy z jej dobrowolnością w kształtowaniu wzajemnych układów między jednostkami. Przyjęto, że prawo może w sposób subsydiarny wspomagać rozwój jednostki, poprzez tworzenie odpowiednich dla tego rozwoju warunków społecznych czy też moralnej ekologii. Argumentowano, że całkowicie konsekwentne abstrahowanie od kategorii dobra może skutkować trudnym do zaakceptowania ujęciem prawa. Przykładami wskazującymi na nasze przywiązanie do dobra zamiast li tylko ochrony konsensualnych stosunków niezależnie od ich treści były m.in.: kryminalizacja dobrowolnych bójek pseudokibiców, zakaz sadomasochistycznych i kazirodczych stosunków seksualnych, skazanie przez niemiecki sąd za akt kanibalizmu podjęty za zgodą pokrzywdzonego, rozstrzygnięcie, że przestępstwo handlu ludźmi może być popełnione również po wyrażeniu zgody przez osobę będącą „przedmiotem handlu”, zakaz nabywania usług seksualnych w Szwecji, zakaz posiadania narkotyków, czy też hipotetyczny kazus przedstawiany przez Irvinga Kristola a dotyczący dobrowolnych walk gladiatorów na śmierć i życie. Co więcej, za Michaeliem J. Sandelem przyjęto, że niekiedy zupełne pominięcie substancjalnych rozważań na temat dobra jest albo niemożliwe, albo po prostu niepożądane. Ponadto zauważono, że niektóre regulacje prawne nakładające na jednostkę obowiązek określonego zachowania wobec drugiej jednostki nie są uznawane za wysoce kontrowersyjne, co oznacza, iż przynajmniej w tym zakresie perfekcjonistyczna wizja cieszy się społeczną aprobatą.

Wydaje się, że podejście perfekcjonistyczne różni się od podejścia skonstruowanego wokół zasady krzywdy przede wszystkim rozumieniem ludzkiej autonomii. Dla Joela Feinberga, twórcy koncepcji zasady krzywdy wspieranej przez *offense principle*, autonomia dla jednostki jest niczym suwerenność dla państwa. Ustawodawca nie jest zatem uprawniony do narzucania jakiegokolwiek wizji dobra lub do ingerencji w dobrowolnie zawierane przez jednostkę kontrakty, ze względu na konieczność okazania szacunku dla jednostkowej autonomii. Autonomia pojmowana jest w tym przypadku jako sfera, w ramach której działać może jedynie zainteresowana jednostka.

Nie jest to jednak jedyna możliwa interpretacja tego pojęcia. Wspomniany wcześniej Joseph Raz w książce *The Morality of Freedom*<sup>45</sup> w centrum rozważań stawia „zasadę humanistyczną, która głosi, że wyjaśnienie i uzasadnienie dobra lub zła czegokolwiek wywodzi

---

<sup>45</sup> J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press 1986.

się ostatecznie z jego wkładu, rzeczywistego lub możliwego, do ludzkiego życia i jego jakości”<sup>46</sup>. Zdaniem Raza coś jest wartościowe, jeżeli przyczynia się do rokwitu dobrostanu (*well-being*) jednostki. To przyczynianie się może przyjąć dwie postaci: coś może mieć wartość instrumentalną, jako środek do celu; albo coś może być wartościowe samo w sobie, tj. mieć wartość wewnętrzną. Wartości są u Raza racjami do działania i jako takie odróżniane są od zaledwie pożądań (*desires*)<sup>47</sup>. Samo zatem pożądanie przez jednostkę jakiegoś stanu rzeczy nie czyni go wartościowym, zwłaszcza jeżeli nie przyczynia się do rozwoju „ludzkiego życia i jego jakości”.

W ujęciu Raza autonomia jest wartością dobrą samą w sobie, choć, co ważne, nie jest jedyną taką wartością. Jak tłumaczy,

Ideą przewodnią ideału autonomii osobistej jest to, że ludzie powinni sami decydować o swoim życiu. Osoba autonomiczna jest (częściowo) autorem własnego życia. Ideał autonomii osobistej to wizja ludzi kontrolujących, do pewnego stopnia, swoje własne przeznaczenie, kształtujących je poprzez kolejne decyzje podejmowane w ciągu całego życia<sup>48</sup>.

W tym miejscu podkreślić trzeba, że w opinii Raza autonomia nie jest środkiem usprawiedliwiającym moralnie naganne wybory. Wręcz przeciwnie, autonomia wymaga jedynie, aby jednostka „miała do dyspozycji wiele moralnie akceptowalnych opcji”<sup>49</sup>. Oznacza to, że ideał autonomii, o urzeczywistnienie którego powinno nam chodzić, „Nie rozciąga się ona na to, co moralnie złe i odrażające. Jako że autonomia jest wartościowa tylko wtedy, gdy jest ukierunkowana na dobro, nie dostarcza ona powodu ani by zapewnić, ani by chronić bezwartościowe, a tym bardziej złe opcje”<sup>50</sup>. Co za tym idzie, autonomiczny wybór złej opcji w ostatecznym rozrachunku czyni życie gorszym niż porównywalne nie-autonomiczne życie<sup>51</sup>. Trudno bowiem bronić autonomicznego wyboru o popełnieniu przestępstwa, jako po prostu autonomicznego wyboru. Tak zatem, „Morderca, którego do czynu doprowadziła zaplanowana wewnętrzna logika jego autonomicznie obranej kariery, jest moralnie gorszy od tego, który morduje, bo chwilowo ulega perspektywie łatwego zysku. (...). Poniżające, ograniczone, nieżyczliwe lub nieczułe zachowanie jest gorsze, gdy jest autonomicznie wybrane (...)”<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> Ibidem, s. 194.

<sup>47</sup> R.P. George, *The Unorthodox Liberalism of Joseph Raz*, „The Review of Politics” 1991, s. 655-656.

<sup>48</sup> J. Raz, *The Morality...*, s. 369.

<sup>49</sup> Ibidem, s. 378.

<sup>50</sup> Ibidem, s. 411.

<sup>51</sup> Ibidem, s. 412.

<sup>52</sup> Ibidem, s. 380.

Autonomia w rozumieniu proponowanym przez Raza różni się zatem od jej wizji przedstawionej przez Feinberga. Wartością nie jest tu zapewnienie jednostce nieskrępowanego wyboru, ale nieskrępowanego wyboru pomiędzy akceptowalnymi moralnie opcjami. Wydaje się, że prowadzi to do powstania jeszcze jednej różnicy. Feinberg jest bowiem skłonny zaakceptować autonomiczne decyzje jednostki, nawet jeżeli te skutkowałyby *de facto* zniszczeniem jednostkowej autonomii. W świetle tej interpretacji zasadniczo nie ma dobrych powodów, by uniemożliwić – przykładowo – dobrowolne oddanie się jednostki w niewolę na podstawie umowy zawartej z inną jednostką. Odwołując się do wcześniej przywoływanych realnych kazusów, można skonkludować, że co do zasady nie powinno być też żadnych przeciwwskazań dla dobrowolnego kanibalizmu albo dobrowolnego procederu handlu ludźmi. Natomiast interpretacja Raza wymaga „stworzenia odpowiedniego wachlarza opcji do wyboru”<sup>53</sup>. W niektórych sytuacjach konieczne jest zatem nie **powstrzymanie się** od ingerencji ze względu na szacunek dla czyjejś autonomii, lecz działanie nastawione na **promocję** autonomii<sup>54</sup>. Jeżeli chodzi nam o promocję autonomii, to jesteśmy uprawnieni do usunięcia tych moralnie złych opcji, które prowadzą do unicestwienia jednostkowej autonomii w ogóle. Przyjęcie tej wizji autonomii jest, rzecz jasna, nieneutralne, albowiem zakłada, że ktoś (przykładowo ustawodawca albo sąd konstytucyjny) może decydować o tym, które opcje prowadzą do unicestwienia autonomii, jak również które nie sprzyjają rozkwitowi dobrostanu jednostki.

J. Raz nie jest zwolennikiem prawnego moralizmu; opowiada się raczej tylko za reinterpretacją zasady krzywdy, w kierunku jej perfekcjonistycznego ujęcia<sup>55</sup>. Niemniej jednak prawni moraliści mogą czerpać z jego koncepcji autonomii, w szczególności w kontekście jej wsparcia dla moralnie akceptowalnych opcji i refutacji opcji niemoralnych. Prawni moraliści wyciągają z tego o wiele mocniejsze legislacyjne wnioski. Moralna ekologia Roberta P. George’a bez wątpienia jest inspirowana właśnie takim spojrzeniem<sup>56</sup>. Tak czy inaczej, koncepcja J. Raza jest dowodem na to, iż w debacie prawnej i legislacyjnej, w warunkach

---

<sup>53</sup> J. Raz, *The Morality...*, s. 408.

<sup>54</sup> S. Wall, *Liberalism, perfectionism and restraint*, Cambridge 1998, s. 205-213, 223-225.

<sup>55</sup> Krytykę koncepcji J. Raza, zwłaszcza w odniesieniu do reinterpretacji zasady krzywdy i refutacji neutralności politycznej, przedstawił W. Sadurski, *Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle*, „Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy” 1989, vol. 13, nr 1, s. 64-77.

<sup>56</sup> L. Alexander w kontekście myśli J. Raza pisze też o M.S. Moorze, zob. idem, *Illiberalism All the Way Down: Illiberal Groups and Two Conceptions of Liberalism*, „Journal of Contemporary Legal Issues” 2002, vol. 12, nr 2, s. 635.



demokracji liberalnej, jest miejsce na alternatywne rozumienie autonomii. Prawny moralizm, rozumiany jako koncepcja perfekcjonistyczna, zyskuje więc silnego sojusznika.

Warto przy tym odnotować, że perfekcjonistyczna wizja autonomii bliska jest także niektórym poglądom pojawiającym się na gruncie prawa polskiego. Jak już wskazano, Trybunał Konstytucyjny w jednym z orzeczeń zauważył, że zażywanie narkotyków wiąże się z silnym uzależnieniem, a „prawo nie może sprzyjać samozniszczeniu człowieka”<sup>57</sup>. Narkomania prowadzi w ostateczności do degradacji fizycznej i psychicznej jednostki. W przypadku zatem szeroko zakrojonej tolerancji i braku państwowej kontroli nad sferą narkotyków trudno mówić o autentycznej promocji autonomii jednostki (przynajmniej przy założeniu, że Trybunał nie myli się co do działania narkotyków, zwłaszcza „miękkich”, jak marihuana). Trybunał Konstytucyjny uznał zatem, że kryminalizacja posiadania narkotyków służy rozwojowi dobrostanu jednostki poprzez zapobieganie jej samozniszczeniu i degradacji<sup>58</sup>.

Z kolei wśród przedstawicieli polskiej doktryny do podobnego rozumienia autonomii zdaje się odwoływać (choć niezupełnie wprost) Marek Piechowiak. W szczegółowej monografii na temat pojęcia dobra wspólnego<sup>59</sup> przekonuje on, iż polski ustrojodawca (w art. 1 Konstytucji RP) przyjął, że:

zasadniczą treść pojęcia dobra wspólnego wyznacza formuła głosząca, że dobro wspólne to – określana na płaszczyźnie wspólnoty politycznej – suma tych warunków życia społecznego, dzięki którym jednostki, rodziny i inne społeczności mogą pełniej i łatwiej osiągnąć swoją własną doskonałość<sup>60</sup>.

Jeżeli zatem poszanowane danej aktywności, choćby nawet podejmowanej wskutek absolutnie autonomicznej decyzji, okazuje się nie być warunkiem „dzięki któremu jednostki, rodziny i inne społeczności mogą pełniej i łatwiej osiągnąć swoją własną doskonałość” lub – mówiąc terminologią J. Raza – aktywność ta nie niesie ze sobą „wkładu, rzeczywistego lub możliwego,

---

<sup>57</sup> Zob. rozdział 4.3.

<sup>58</sup> Wydaje się, że kwestia dostępu do używek może być w najbliższej przyszłości podejmowana przez państwa liberalno-demokratyczne. Wprawdzie niektóre z nich zdają się optować za bardziej liberalnym podejściem, to jednak z drugiej strony zaobserwować można również legislacyjne plany oparte o większe niż do tej pory restrykcje. Przykładowo, Nowa Zelandia zamierza zakazać sprzedaży papierosów osobom urodzonym po 2008 r., zob. *New Zealand to ban cigarettes for future generations*, <https://www.bbc.com/news/world-asia-59589775> (dostęp 12.12.2021 r.).

<sup>59</sup> M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Warszawa 2012.

<sup>60</sup> Ibidem, s. 261.

do ludzkiego życia i jego jakości”, to zasadniczo może zostać – jeżeli nie prawnie zakazana – moralnie i społecznie odrzucona.

Powyższe ustalenia mają ważne konsekwencje dla budowanej tutaj teorii legislacji. Zakłada się obiektywne ugruntowanie norm moralnych, w szczególności zaś norm dotyczących prawidłowego rozwoju jednostek. Podkreślenia wymaga, że w takim wypadku do rangi obiektywnych wartości urastają również prawa człowieka. Nie powinno być bowiem wątpliwości co do tego, że stanowią one warunki, dzięki którym podmioty mogą łatwiej i pełniej osiągnąć swoją doskonałość. Bez podstawowych wolności, jak wolność słowa, myśli, sumienia czy wolność osobista, jakkolwiek rozwój byłby niemożliwy – co nie wydaje się nazbyt kontrowersyjną tezą.

W związku z powyższym prawnomoralistyczny ustawodawca, wprowadzając nowe regulacje lub proponując określoną politykę, nie może kierować się jedynie wolą większości albo wolą swojego elektoratu. Prawny moralizm odrzuca stanowisko, jakoby głównym zadaniem prawodawcy było bilansowanie utylitarnych korzyści zysku i strat oraz wypracowanie najefektywniejszej metody osiągnięcia jakichś społecznie użytecznych korzyści płynących z danej polityki<sup>61</sup>. Nie chodzi więc o budowanie takiego modelu relacji ustawodawcy i sądów, aby ten pierwszy uosabiał wolę większości, te drugie zaś – chroniły prawa jednostki przed naciskiem owej większości. Prawny moralizm zakłada, że również sam ustawodawca powinien działać w sposób możliwie najbardziej uporządkowany, pryncypialny i systematyczny, chroniąc moralną spójność stanowionego przez siebie prawa. Istotną rolę odgrywają przy tym prawa człowieka, które nie są traktowane w prawnym moralizmie jako przeciwwaga dla dobra wspólnego. Prawa jednostki same w sobie są ważnym elementem dobra wspólnego, konstytucyjnej moralności i uznanych publicznie wartości. Ustawodawca, łamiąc prawa człowieka w imię błędnie pojmowanego, utylitarnego interesu ogółu, sam naruszałby normy moralne, co przecież nie może być usprawiedliwione na gruncie zarysowanej tu teorii legislacji.

Również ograniczając autonomię jednostki do moralnie akceptowalnych opcji, ustawodawca zobowiązany jest do uzasadnienia tego odpowiednimi moralnymi racjami. Nie będą to racje oparte na wazeniu społecznego nacisku i indywidualnych wolności. Dobrymi racjami nie będą także odwołania do społecznego interesu i groźby społecznej dezintegracji. Nie będą nimi też rozpowszechnione negatywne odczucia i emocje. Dobre racje powinny

---

<sup>61</sup> A. Gutmann, D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press 1996, s. 45.

w takim ujęciu być oparte o kryterium publiczności czynu (w znaczeniu publicznego uznania zagrożonej wartości, która jest istotna jako współkonstituująca daną wspólnotę), jego niemoralności (w szczególności w odniesieniu do warunków rozwoju i dobrostanu człowieka) oraz praktycznych aspektów egzekwowania regulacji prawnych (przykładowo: niemożliwości ich egzekwowania, nadzwyczajnych trudności, nieopłacalności, nieproporcjonalności itp.).

#### **5.4 Czy moralizm jest zagrożeniem dla wolności?**

Bez wielkiego ryzyka można postawić tezę, że jednym z najczęściej pojawiających się negatywnych skojarzeń z prawnym moralizmem jest jego przypuszczalnie szkodliwy wpływ na zakres indywidualnych wolności. Zagrożenie to może być tym większe, że – jak wskazano wyżej – prawny moralizm zakłada obiektywne ugruntowanie wartości moralnych. Intuicyjnie czujemy, że połączenie prawa z jedną wizją obiektywnej moralności może przysporzyć – zwłaszcza kiedy ustawodawca rości sobie prawo do nieomyślności – tragicznych w skutkach problemów z respektowaniem podstawowych praw jednostki.

Najbardziej bodaj znaną filozoficzną krytykę konstruowania systemów państwowych i prawnych na fundamentach obiektywnych norm moralnych przedstawił Isaiah Berlin. W *Dwóch pojęciach wolności*<sup>62</sup>, analizując „wolność pozytywną”, jako związaną z prawdziwie autonomiczną, a więc wolną decyzją jednostki, sygnalizuje Berlin pewne jej niebezpieczeństwa. Wolność negatywna, afirmowana przez Berlina, jest klasycznie liberalną „wolnością od” (od ingerencji, przymusu, wpływu itp.), natomiast wolność pozytywna dotyczy stopnia autonomii jednostki w podejmowanych przez nią działaniach. Wolność pozytywna wiąże się zatem nie tyle z wyznaczonym polem nieingerencji innych podmiotów (osób, ustawodawcy, sądów) w życie jednostki, ale ze zdolnością jednostki do bycia panem siebie<sup>63</sup>.

Berlin sądzi, że ta z pozoru niewinna koncepcja wolności może doprowadzić do groźnych konsekwencji. Odnotować należy, że wolność pozytywna zakładać musi pewne „rozdwojenie” jednostki. Nie chodzi bowiem jedynie o wyrażaną i zewnętrznie ukazywaną wolę jednostki (jak w wolności negatywnej), lecz o jej prawdziwą wolę. To oznacza, że prawdziwie autonomiczna decyzja jednostki nie może być uwarunkowana jakimiś zewnętrznymi i przygodnymi cechami lub wpływami. Nie działamy w sposób autonomiczny, jeżeli wiążą nas tradycje, stosunki ekonomiczne, religia, poglądy innych, a nawet nasze skłonności, przyzwyczajenia itp. Nie jesteśmy w pełni autonomiczni również wtedy, kiedy nie

---

<sup>62</sup> I. Berlin, *Dwa pojęcia wolności*, [w:] idem, *Wolność*, tłum. B. Baran, Warszawa 2017.

<sup>63</sup> Ibidem, s. 228.

potrafimy rozpoznać tych zewnętrznych wpływów i ograniczeń. Nie każda nasza podjęta decyzja czy też wyrażona *explicite* wola będzie decyzją lub wolą autonomiczną według wolności pozytywnej. Autonomia zakłada działanie „prawdziwego ja”, nie zaś tego uwikłanego w światowe przyjemności, udręki, strachy i wpływy.

Pewne napięcie między obiema wolnościami powstaje, gdy jednostka, korzystając ze swojej wolności negatywnej, postępuje w sposób nieprawdziwie autonomiczny, a więc nieracjonalny, a przynajmniej nie w zgodzie z jakimś nałożonym wzorcem racjonalności i autonomiczności. Znaczenie wolności pozytywnej, jak pisze Berlin, tkwi w odpowiedzi na pytanie: „Co lub kto jest źródłem kontroli lub ingerencji, która potrafi zdeterminować kogoś do czynienia raczej tego niż tamtego lub bycia raczej tym niż tamtym?”<sup>64</sup>.

W tym miejscu napięcie osiąga swoją kulminację. Jeżeli bowiem autorytarny władca, nacjonalistyczny lub komunistyczny rząd uznają, że to oni najlepiej odczytują wymogi racjonalności i autonomiczności, że najlepiej wiedzą, jaką decyzję podejmąby jednostka, gdyby tylko jej własne ograniczenia autonomii (w postaci religii, tradycji, kultury, ekonomii, osobistych słabości itp.) nie istniały, to mamy gotową receptę na paternalistyczny, a wręcz totalitarny ustrój państwowy. Należałoby bowiem tym „lepiej wiedzącym” oddać pełnię władzy, a samemu podporządkować się jej, uznając swoje własne niedoskonałości.

Co więcej, jeżeli wartości moralne są obiektywne, a autorytarni przywódcy, niczym platońscy królowie-filozofowie, są najlepiej przysposobieni do ich rozpoznania, to logicznie rzecz biorąc oni powinni staż na straży zastosowania moralistycznych norm do życia każdej jednostki. Berlin pisze, że filozofowie aprobujący wolność pozytywną „argumentowali, że jeśli moralne i polityczne problemy są poważne – a z pewnością są – to muszą z zasady być rozwiązywalne, tzn. musi istnieć jedno i tylko jedno prawdziwe rozwiązanie każdego problemu”<sup>65</sup>. Dalej Berlin przywołuje Augusta Comte’a, który stawiał sprawę na ostrzu noża: dlaczego mielibyśmy dopuszczać wolną myśl w etyce czy polityce, skoro nie dopuszczamy jej w chemii ani w biologii?<sup>66</sup> W konsekwencji, od tej groźnej wizji wolności pozytywnej, znajdującej właściwe moralnie odpowiedzi na wszystkie pytania, Berlin zdecydowanie woli „pluralizm, wraz z miarą «negatywnej wolności», którą implikuje”<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibidem, s. 218.

<sup>65</sup> Ibidem, s. 242.

<sup>66</sup> Ibidem, s. 249.

<sup>67</sup> Ibidem, s. 269.

Jeżeli Berlin ma rację, to rzeczywiście istnieją dobre powody, by zrezygnować z obrony obiektywności wartości moralnych i wolności pozytywnej na rzecz mniej wymagającej, ale i mniej niebezpiecznej, wolności negatywnej. Wydaje się jednak, że opis zaprezentowany przez Berlina nie musi być konieczne prawdziwy, a co za tym idzie – obiektywne ugruntowanie moralności i jego skutki nie są ostatecznie podważone.

Kiedy bowiem spojrzymy chociażby na liberalny perfekcjonizm Josepha Raza albo prawny moralizm przedstawiciela nowej szkoły prawa naturalnego Roberta P. George'a, to spostrzeżemy, że opisywane przez nich koncepcje dobra nie pociągają za sobą paternalistycznego prowadzenia jednostkę przez państwo do osiągnięcia rzekomej najwyższej formy życiowej doskonałości. Przeciwnie, nowoczesny perfekcjonizm uznaje mnogość dóbr i wartości, które są niewspółmierne (*incommensurable*)<sup>68</sup> lub nieporównywalne. Tym samym wyklucza się ścisłą hierarchię dóbr. Nie można zatem przedkładać jednego dobra czy też jednej drogi życiowej nad drugą. Są one niesprowadzalne do wspólnego mianownika; nie da się ich zmierzyć utylitarną kalkulacją. Nie chodzi też o wybór jednego, najlepszego sposobu życia i prowadzenia obywateli, poprzez prawne regulacje, do jego realizacji. Tym samym pluralizm otrzymuje niezależną wartość moralną. Jak widzieliśmy, w pojęciu autonomii według Raza najważniejsze jest zapewnienie szerokiego „wachlarza akceptowalnych moralnie opcji do wyboru”. George z kolei krytykuje starożytne koncepcje perfekcjonistyczne właśnie z powodu braku pluralizmu dóbr. Przykładowo, Arystoteles

w swojej teorii etycznej i politycznej nie przewidział miejsca na różnorodność nieredukowalnych dóbr ludzkich, które – traktowane jako podstawowe racje działania i możliwości wyboru – stanowią podstawę dla szerokiego wachlarza wartościowych, choć wzajemnie niekompatybilnych wyborów, zobowiązań, planów i sposobów życia<sup>69</sup>.

Tymczasem, jak przekonuje George, „Nie ma jednego wzoru, który można uznać za właściwy sposób ludzkiego życia, nie dlatego, że nie ma takich rzeczy, jak dobro i zło, ale

---

<sup>68</sup> George tłumaczy to w następujący sposób: „Każda teleologiczna teoria rozumowania praktycznego, która identyfikuje więcej niż jedno dobro człowieka, będzie potrzebowała – jeśli ma stanowić podstawę teorii moralności – zasady lub zbioru zasad zdolnych kierować ludzkim wyborem i działaniem w odniesieniu do różnych dóbr. Dla konsekwencjalistów naczelną zasadą etyki nakazuje wybierającemu działać w sposób, który najbardziej prawdopodobnie przyniesie, łącznie i w dłuższej perspektywie, najlepszą proporcję netto dobrych do złych konsekwencji. Grisez i Finnis odrzucają tę zasadę między innymi dlatego, że zakłada ona coś, co jest nieprawdziwe, a mianowicie, że formy ludzkich dóbr (i zła) są porównywalne w taki sposób, że możliwe jest rozumne ważenie lub mierzenie «wartości», które jest konieczne w konsekwencjalistycznych kalkulacjach. Jako ostateczne racje działania, dobra ludzkie i ich formy muszą być nieredukowalne do siebie nawzajem, ani do żadnej bardziej fundamentalnej kategorii. Tym samym są one niewspółmierne”, zob. idem, *Review: Recent Criticism of Natural Law Theory*, „The University of Chicago Law Review” 1988, vol. 55, nr 4, s. 1395. Na ten temat zob. także R.P. George, *In Defense of Natural Law*, Nowy Jork 2004, s. 92-101.

<sup>69</sup> R.P. George, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford 1993, s. 38.

dlatego że istnieje wiele różnych dóbr<sup>70</sup>. Ponadto samo autonomiczne kształtowanie swojego życia i podejmowanie wyborów między moralnie akceptowalnymi opcjami jest także odrębnym dobrem, przedstawiającym dużą wartość i pozwalającym jednostce rozwinąć swoje cnoty. Niektóre zaś dobra mogą być praktykowane wyłącznie dzięki wolnej decyzji jednostki odnośnie do nich (np. nie można przymusem nakazać wiary religijnej albo wyznawania określonej filozofii, nie można też zmusić do dobroczynności). W związku z tym, uznanie obiektywnych walorów moralności nie musi wiązać się z absolutnym brakiem wolności negatywnej. Ustawodawca, przynajmniej według prawnego moralizmu i perfekcjonizmu, jest uprawniony do ograniczenia możliwości wyboru do moralnie akceptowalnych opcji, nie zaś do nakazu kultywowania wyłącznie jednej z nich.

Po wtóre, ewentualne przyjęcie nieobiektywnego ugruntowania moralności stałoby w sprzeczności z naszymi podstawowymi intuicjami. Gdyby ocen moralnych nie można było traktować jako prawdziwych lub fałszywych, to stwierdzenie „Niewolnictwo jest niemoralne”<sup>71</sup> byłoby jedynie kwestią gustu. Poza tym nieobiektywność osłabiałaby status praw człowieka, które nie wynikałyby z prawdziwego rozstrzygnięcia aksjologicznego, ale byłyby wynikiem kompromisu, czystej ustawodawczej woli albo – jak wskazywano – ważenia nacisku społecznego interesu i komfortu jednostki. Fakt, że często nie zgadzamy się co do treści poszczególnych praw lub wartości moralnych, nie musi pociągać za sobą relatywizmu. Co więcej, wyciąganie z zakładanej subiektywności moralności wniosku, iż „w takim razie wszystko, co nie krzywdzi innych, powinno być dozwolone”, jest samoobalające się. Jeśli bowiem wszystko jest kwestią subiektywnego gustu i woli jednostki, to nie ma podstaw, by nie odrzucać również i tego rodzaju subiektywnych twierdzeń, nawet bez podawania konkretnych moralnych racji<sup>72</sup>.

Po trzecie, prawny moralizm zorientowany powinien być nie na każdym rodzaju moralnego zła, lecz tylko na tym, które ma charakter zła publicznego. Jak argumentowano w niniejszej pracy, i jak przyjmuje się powszechnie, prawidłowo funkcjonująca wspólnota musi wyznaczyć pewną sferę prywatności obywateli, która pozostaje poza zakresem zainteresowania prawa, w szczególności prawa karnego. Prawni moralisci kwestionują natomiast liberalną

---

<sup>70</sup> Ibidem, s. 39. Tak też M. Piechowiak, *Pomiędzy wolnością negatywną a obiektywnym dobrem. O trzech modelach procedur prawotwórczych*, [w:] M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008, s. 927-929.

<sup>71</sup> R.P. George, *Law, Democracy, and Moral Disagreements*, „Harvard Law Review” 1997, vol. 110, nr 7, s. 1389.

<sup>72</sup> Gwoli sprawiedliwość przyznać trzeba, że akurat te uwagi nie muszą dotyczyć samego I. Berlina, zob. J. Ferrell, *The alleged relativism of Isaiah Berlin*, „Critical Review of International Social and Political Philosophy” 2008, vol. 11, nr 1, s. 41-56.

zasadę, zgodnie z którą granicę tę wyznaczać ma niekrzywdzenie innych. Zarzuty prawnych moralistów wobec tej zasady zostały opisane w rozdziałach wcześniejszych. Broniony tutaj prawny moralizm sugeruje, że granica ta powinna być zdefiniowana przez wartości konstytuujące daną liberalno-demokratyczną wspólnotę<sup>73</sup>. Wartości te wynikają z konstytucji, instytucji, przyjętych praktyk, historii i tradycji, a także wspólnego krytycznego wysiłku interpretacyjnego odnośnie do tychże. Prawny moralizm łączyć należy zatem z krytyczną moralnością konstytucyjną, nie zaś Devlinowską moralnością pozytywną.

Po czwarte, nic nie stoi na przeszkodzie, by prawny moralizm był koncepcją dynamiczną, a nie statyczną. Jak wspomniano wyżej, prawny moralizm jest wspólnym przedsięwzięciem interpretacyjnym. Wspólnota musi bowiem sama wyznaczyć, w sposób racjonalny i zgodny z moralnością krytyczną, sferę wartości uznanych i chronionych publicznie. W tym kontekście wspólnota musi rozważyć, w jakim państwie, skupionym wokół jakich wartości może lub powinna żyć<sup>74</sup>. Wartości i ich konkretna interpretacja nie muszą być dane raz na zawsze. Korzystnie i rozsądnie jest podchodzić krytycznie nie tylko do rozpowszechnionych w społeczeństwie opinii na tematy moralne, ale również do własnych poglądów, zwłaszcza jeżeli stały się obowiązującym prawem. Ustawodawca powinien więc korygować swoje błędy lub niedoskonałości. Konieczna jest zatem poważna publiczna deliberacja na temat prawa. Partycypacja obywateli w takowej jest kolejnym elementem chroniącym jednostkową wolność przed bezosobową prawną machiną.

Odrzucono wcześniej koncepcję rozumu publicznego proponowaną przez Johna Rawlsa. Zarzucono jej zbyt wąskie ujęcie, które wyklucza wszelkie kontrowersyjne poglądy z publicznej debaty, przy czym ich kontrowersyjność opiera się albo na odwołaniu do jakichś „rozległych doktryn”, albo na tym, że nie mogłyby zostać zaakceptowane przez rozumnego obywatela. Nie chodzi zatem o ich nieprawdziwość lub niesłuszność (tj. mogą być prawdziwe lub słuszne, ale mimo to odrzucone – jako nieakceptowane). Stwierdzono, że wąskie ujęcie rozumu publicznego jest czasami albo niemożliwe, albo po prostu niepożądane. Niemniej, jest w koncepcji Rawlsa coś słusznego. Publiczna deliberacja powinna zostać ujęta w ramy, jednak wydaje się, że nie tak ściśle, jak te wyznaczone przez autora *Liberalizmu politycznego*. Robert P. George broni szerokiego ujęcia rozumu publicznego:

---

<sup>73</sup> R.A. Duff, *The Realm of Criminal Law*, Nowy Jork 2018, s. 403.

<sup>74</sup> *Ibidem*, s. 11.

Kiedy obywatele nie zgadzają się ze sobą w pewnych podstawowych kwestiach moralnych, politycznych i religijnych, co oznacza dla nich proponowanie warunków współpracy społecznej, które, jak sądzą, mogą zostać rozsądnie zaakceptowane przez współobywateli? Jeśli kryterium wzajemności i zasadę legitymizacji interpretuje się wąsko, to wymaga to po prostu, by obywatele proponujący warunki współpracy społecznej uważali, że dają swoim współobywatelom, którzy nie zgadzają się z nimi w konkretnych fundamentalnych kwestiach, rozsądne, dostępne im jako osobom racjonalnym, powody do zmiany zdania. Przy tak wąskiej interpretacji zakres rozumu publicznego byłby odpowiednio szeroki. Chociaż wykluczałby odwoływanie się do czystego autorytetu, „wiedzy tajemnej” lub domniemanych prawd objawionych tylko nielicznym wybranym i niedostępnymi dla rozsądnych osób jako takich, to jednak nie wykluczałby z góry żadnej zasady lub tezy, choćby najbardziej kontrowersyjnej, która jest (lub może być) broniona za pomocą racjonalnego argumentu<sup>75</sup>.

Z drugiej strony, publiczna deliberacja ograniczona byłaby samym swoim charakterem oraz politycznymi warunkami, w których byłaby prowadzona. Oznaczałoby to konieczność przestrzegania fundamentalnych zasad, takich jak godność jednostki (tj. wykluczona byłaby z publicznego dyskursu „racja” oparta o przedmiotowe traktowanie jakiejś grupy społecznej) oraz równość wszystkich obywateli. Kryterium to nie wykluczałoby racji, które być może należą do którejś z rozległych doktryn, niemniej jednak są dostępne dla ogółu równych obywateli<sup>76</sup>.

Antony Duff deliberatywny i dynamiczny charakter prawnego moralizmu opisuje w następujący sposób:

porządek publiczny państwa nie musi być monolityczną i niezmienną strukturą wartości, norm, instytucji i sposobów myślenia. Może on być, a w kwitujących liberalnych państwach będzie, pracą w toku; będzie od mieścił w sobie bardzo różne poglądy na temat indywidualnych dóbr i dobra wspólnego; zapewni on demokratyczne struktury, w ramach których tak różne poglądy mogą być publicznie debatowane i deliberowane; jego koncepcja sfery publicznej i jego dobro wspólne będzie uwzględniać taką debatę; i będzie on podatny na zmianę i rozwój w świetle tych debat<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> R.P. George, *Public Reason and Political Conflict: Abortion and Homosexuality*, „Yale Law Review” 1997, vol. 106, s. 2482.

<sup>76</sup> Wydaje się, że w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r., K 44/07, przyjęto rozumienie pojęcia „godność” z art. 30 Konstytucji RP, które nawiązuje do „rozległej doktryny” kantyizmu. Nie uczyniono tego wprost (tj. nie przywołano konkretnych fragmentów dzieł Kanta), jednak z ochrony godności jednostki wywiedziono zakaz traktowania jej w sposób przedmiotowy, tym samym sprzeciwiono się reifikacji człowieka, a zatem jego uprzedmiotowieniu. Stwierdzono, że człowiek nie może być traktowany zaledwie jako środek do celu, jakim jest np. efektywność akcji ratunkowej. Odrzucono przy tym pogląd, jakoby można było ludzkie życie oceniać w kontekście utylitarnego bilansu zysków i strat. Więcej na ten temat zob. K. Jesiołowski, *Kantowskie pojęcie godności a współczesne prawodawstwo*, „Societas et Ius” 2017, nr 6, s. 105-106.

<sup>77</sup> R.A. Duff, *The Realm of Criminal Law*, Nowy Jork 2018, s. 244-245.



Na koniec zauważyć trzeba, iż wbrew wszelkim pozorom zasada krzywdy nie jest wcale jednoznacznie bardziej wolnościowym, niż prawny moralizm, konceptem. Każda bowiem krzywda może być *pro tanto* dobrym powodem do kryminalizacji czynu. Z tą nadmierną inkluzywnością zrywa właśnie prawny moralizm, wprowadzając podział na sferę publiczną i prywatną. Każda natomiast zasada, nawet tak „prosta”, jak zasada krzywdy, bez odpowiedniej interpretacji, usytuowania w kontekście, doprecyzowania i – jak przekonywano – aksjologicznego wkomponowania, może być uznana za groźną dla jednostkowych wolności. Bez tych konkretyzacji sama formalna struktura zasad w rodzaju: „krzywda (niemoralność) jest *pro tanto* dobrym racją dla kryminalizacji”, nie mówi wiele, a na pewno nie rozstrzyga ostatecznie kwestii wolnościowej. Prawny moralizm nie aspiruje zatem do anulowania dorobku liberalnej myśli prawnej, ale do jej korekty poprzez odmienną interpretację tego, czym naprawdę – jako wspólnota zjednoczona prawem – jesteśmy, a także czym być powinniśmy.

### **5.5 Czy moralizm musi rozszerzać prawo karne?**

Z wyżej omawianym wolnościowym zagadnieniem wiąże się pytanie, czy prawny moralizm powodować musi nadmierną ingerencję prawa karnego w życie jednostki. Prezentowana tutaj skromna wersja prawnego moralizmu ma temu zapobiegać. Warto jednakże prześledzić, jak w praktyce mogłoby wyglądać prawnomoralistyczne rozumowanie w przypadkach konkretnych przestępstw. Ciekawymi kazusami w tym kontekście mogą być dwie kontrowersyjne kwestie. Pierwsza z nich dotyczy kryminalizacji dobrowolnej sterylizacji – problemu dość często poruszanego przez doktrynę a skupiającego w sobie problematykę znaczenia zgody w prawie karnym oraz autonomii jednostki. Druga z kolei odnosi się do racji, jakie stoją za przyjętą w Polsce kryminalizacją zniewagi (art. 216 k.k.). Na tle tego przykładu można zastanowić się nad „publicznością” prawa karnego i nad tym, jaką funkcję powinno prawo karne pełnić we wspólnocie liberalno-demokratycznej.

#### *a) Przykład pierwszy – dobrowolna sterylizacja*

Co najmniej od trzydziestu lat – od czasu napisania przez Andrzeja Wąska tekstu *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem?*<sup>78</sup> – w doktrynie prawa karnego toczy się debata na tytułowy temat. Najogólniej rzecz ujmując, w przeszłości dominowało stanowisko o bezprawnym charakterze dobrowolnej sterylizacji, obecnie zaś szala sprawiedliwości zdaje się przechylać w drugą stronę. Dogmatycznie patrząc, sterylizacja może wypełniać znamiona określone w przestępstwie z art. 156 § 1 pkt 1 k.k., który stanowi: „Kto powoduje ciężki

---

<sup>78</sup> A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem*, Państwo i Prawo 1998, z. 8.

uszczerbek na zdrowiu w postaci: pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, **zdolności płodzenia**, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3<sup>79</sup>. W polskim porządku prawnym nie istnieje odrębna regulacja przesądzająca o legalnym albo nielegalnym charakterze dobrowolnej sterylizacji. Kwestia ta musi więc zostać rozstrzygnięta w orzecznictwie oraz doktrynie. Debata toczy się przede wszystkim wokół znaczenia dobrowolności takiej operacji, a zatem „zgody pokrzywdzonego” na pozbawienie samego siebie zdolności płodzenia.

Wśród argumentów na rzecz bezprawności dobrowolnej sterylizacji wymienić należy w pierwszej kolejności (jako najstarsze) opinie natury utylitarnej, związane z wpływem jednostkowego wyboru o sterylizacji na interes społeczny. Arnold Gubiński w tym kontekście utrzymywał, że bezskuteczność zgody jednostki na spowodowanie ciężkiego uszkodzenia ciała wynika z zainteresowania ogółu, aby jak najmniej było kalekich i ciężko chorych, osób nieproduktywnych lub mało produktywnych, stanowiących materialny, a często i moralny ciężar dla społeczeństwa<sup>79</sup>. Podobnie Stanisław Śliwiński podkreślał, że ogół jest zainteresowany tym, by naród nie składał się z osób, które obciążają społeczeństwo (np. w sferze wydatków na opiekę socjalną)<sup>80</sup>. Zgoda może więc usuwać bezprawność jedynie w przypadku lekkiego uszkodzenia ciała, nie zaś w przypadku utraty zdolności płodzenia, która została zdefiniowana przez ustawodawcę jako przykład uszkodzenia ciężkiego<sup>81</sup>.

Drugą grupę argumentów stanowią te dotyczące katalogu dóbr prawnych pozostających do swobodnej dyspozycji jednostki. Niektórzy autorzy stwierdzają, że część dóbr jest tak ściśle związana z interesem społecznym, że jednostkom nie przysługuje nieograniczone prawo do dysponowania nimi. Marek Mozgawa wskazuje:

W wypadku zgody pokrzywdzonego (czyli kontratypu) trzeba zadać sobie pytanie o to, jakie dobra pozostają w kolizji. Wydaje się, że chodzi tu o kolizję dobra chronionego prawem ze swobodą dysponowania tym dobrem. Jeżeli zatem w grę wchodzi dobro o niezbyt dużej wartości społecznej, wolność dysponowania nim jest cenniejsza niż samo dobro, które norma chroni. Należy zatem stwierdzić, że w przypadku gdy przestępstwo charakteryzuje się znaczną przewagą interesu społecznego nad interesem jednostki, zgoda nie prowadzi do uchylenia bezprawności (np. art. 148 k.k. – zabójstwo, art. 156 k.k. – ciężki uszczerbek na zdrowiu).

---

<sup>79</sup> A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 81; podają za A. Wąsek, *Czy dobrowolna...*, s. 94.

<sup>80</sup> S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 180–181; podają za R. Kubiak, *Czy zgoda na ciężki uszczerbek na zdrowiu jest skuteczna prawnie*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczytno 2015, s. 148.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

W przypadku gdy dominuje interes jednostki, zgoda ma charakter kontratypu (np. art. 157 § 2 k.k. – lekki uszczerbek na zdrowiu, art. 212 k.k. – zniesławienie, art. 216 k.k. – zniewaga, art. 217 k.k. – naruszenie nietykalności cielesnej)<sup>82</sup>.

Z kolei Jarosław Warylewski, tworząc przykładowy zestaw dóbr prawnych należących do wyłącznej dyspozycji jednostki, wymienia m.in. zdrowie i integralność cielesną, z wyłączeniem ciężkiego uszkodzenia ciała, o ile naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia nie trwa dłużej niż 7 dni; wolność w zakresie wyboru partnera seksualnego (obcowania płciowego), dysponowania swoim ciałem w zakresie poddania się lub wykonywania czynności seksualnej; nietykalność cielesna (np. wolność od dotykania czy uderzania przez innych ludzi); własność i inne formy władania rzeczami ruchomymi, programami komputerowymi i prawami majątkowymi; swoboda w wykonywaniu praktyk religijnych<sup>83</sup>.

Próby formułowania ścisłego katalogu takich dóbr prawnych zostały już poddane krytyce<sup>84</sup> i nie ma potrzeby jej powtarzania. Dla poruszanego wątku najistotniejsze jest to, iż wyżej wspomniani autorzy nie przewidują uchylecia bezprawności czynu w wypadkach zgody na „ciężki uszczerbek na zdrowiu – art. 156 k.k.” lub „ciężkie uszkodzenia ciała”. Przynajmniej w tym pierwszym przypadku mamy zatem pewność co do bezprawności sterylizacji, nawet dobrowolnej.

Trzecia grupa argumentów, jak się wydaje, odwołuje się wprost do zakładanej niemoralności sterylizacji, jako zabiegu przypuszczalnie autodestrukcyjnego, będącego okaleczeniem pacjenta<sup>85</sup>. W tym duchu Renata Kędziora stwierdza, że polski ustawodawca przyjął (autorka ma wątpliwości, czy słusznie), iż „Sterylizacja i kastracja w aktualnym stanie prawnym będzie generalnie czynnością zabronioną poza przypadkami, gdy stanowi jednocześnie czynność leczniczą”<sup>86</sup>. Niekiedy mówi się o niezgodności dobrowolnej sterylizacji z „zasadami współżycia społecznego”<sup>87</sup>. Zwykle wspomina się przy tym również nieleczniczy charakter takiej sterylizacji.

---

<sup>82</sup> M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 305.

<sup>83</sup> J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 338-339.

<sup>84</sup> Zob. podrozdział 3.4.2.

<sup>85</sup> M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 330; podaję za R. Snarski, *Dopuszczalność dobrowolnej sterylizacji – uwagi na tle prawnoporównawczym*, „Przełęcz Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2015, nr 2, s. 349-350.

<sup>86</sup> R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 414.

<sup>87</sup> A. Wąsek, *Czy dobrowolna...*, s. 95.

Ostatnia grupa argumentów odnosi się do ogólnych założeń na temat zgody pokrzywdzonego w prawie karnym. Justyn Piskorski zdaje się twierdzić, że zasada *volenti non fit iniuria* jest zasadą zdecydowanie przecenianą. Błędem jest postrzeganie jej jako „zasady o charakterze prymarnym w prawie karnym. Bazować może ona bowiem na wielu błędach, w tym na rażącej nieprawidłowości oceny zdolności jednostki do ferowania ocen moralnych”<sup>88</sup>. Autor ten wprawdzie nie pisze wprost o zabiegu dobrowolnej sterylizacji, niemniej jednak jego generalny sceptycyzm odnośnie do zasady *volenti* może posłużyć jako potencjalny argument, będący filozoficzną podstawą do kwestionowania szczególnego statusu zgody pokrzywdzonego w ogóle.

Inaczej rzecz widzą zwolennicy tezy o braku bezprawnego charakteru dobrowolnej sterylizacji. Jak wskazuje Małgorzata Kowalewska-Łaguna, rozstrzygnięcie w zakresie legalności tego typu zabiegów łączy się z przyznaniem pierwszeństwa prawu do samostanowienia jednostki wobec ochrony jej życia i zdrowia<sup>89</sup> (nawiasem mówiąc, chodzi chyba jednak bardziej o zdrowie niż o życie). Autorka ta odwołuje się przy tym do „nadzwyczajnego postępu medycyny” oraz „konstytucyjnych gwarancji ochrony praw i wolności człowieka”<sup>90</sup>.

Prawo do samostanowienia jest, rzecz jasna, centralnym punktem argumentacyjnym dla tej strony debaty. Przybiera ono różne formy, z różnymi akcentami. Mogą to być, jak w powyższym cytacie, akcenty odwołujące się do praw człowieka. Dlatego też, jak czytamy: „Niedopuszczalność sterylizacji na życzenie, z jaką, według znacznej części doktryny, mamy do czynienia w polskim porządku prawnym, stanowi naruszenie podstawowych praw człowieka – prawa do samostanowienia, decydowania o własnej płodności, a także prawa do planowania rodziny”<sup>91</sup>.

Zdaniem Justyny Długosz szacunek dla jednostkowej autonomii wymaga, aby katalog dóbr prawnych, którymi swobodnie może dysponować jednostka, był o wiele szerszy, niż ten proponowany przez Mozgawę i Warylewskiego. Po przeprowadzeniu analizy dogmatycznoprawnej i aksjologicznej stwierdza że jedynym dobrem prawnym, ze względu na które można ograniczyć autonomię jednostki, jest życie. Otóż – jak wskazuje – należy pamiętać,

---

<sup>88</sup> J. Piskorski, *Volenti non fit iniuria – niedoceniana czy przeceniana zasada prawa karnego?*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, Warszawa 2012, s. 28.

<sup>89</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *Dobrowolna sterylizacja w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Państwo i Prawo 2014, nr 1, s. 20.

<sup>90</sup> Ibidem, s. 28.

<sup>91</sup> M. Bieluk, *Sterylizacja jako przesłanka dochodzenia odpowiedzialności z tytułu wrongful conception*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 2, s. 74.

że „wykładnia norm karnoprawnych nie może dokonywać się bez uwzględnienia ich kontekstu społecznego. Twierdzenie to uprawnia z kolei do przyjęcia, że żądanie jednostki wyrażające jej wolę eutanazji, nie stanowi okoliczności mogącej usprawiedliwić pozbawienie jej życia ze względu na swą sprzeczność ze społecznie uznanymi normami moralnymi”<sup>92</sup>. Ta uwaga – skądinąd poczyniona trochę w guście prawnego moralizmu – ma nie rozciągać się na inne dobra prawne<sup>93</sup>, w związku z czym przyjąć trzeba, że w tym ujęciu samostanowienie jednostki przeważa nad jej zdrowiem. Dlatego też dobrowolna sterylizacja nie zostałaby przez tę autorkę uznana za nielegalną.

Przywoływany na początku Andrzej Wąsek widzi w karaniu za dobrowolną sterylizację przejaw paternalizmu prawnego, nieprzystający do „prawa karnego schyłku XX wieku”<sup>94</sup>. Tym samym za zbyt stanowczą uznaje on tezę, „że poza przypadkami zabiegów leczniczych zgoda jednostki na czynności, które powodują u niej ciężkie uszkodzenie ciała, nie ma istotnego znaczenia prawnego”<sup>95</sup>. Natomiast za bezkarnością dobrowolnego zabiegu sterylizacji z przyczyn nieleczniczych przeważają argumenty „odwołujące się do podstawowego prawa jednostki do samookreślenia się, do wolności, do swobodnego kształtowania swego postępowania, z tym zastrzeżeniem, aby nie szkodziło innym”<sup>96</sup>. Wąsek nawiązuje zatem bezpośrednio do zasady krzywdy.

Justyna Holoher opowiada się za tzw. pierwotną legalnością zabiegu dobrowolnej sterylizacji. Polega ona tym, iż uznaje się, że w przypadku takiej operacji nie mamy do czynienia z realizacją znamion typu czynu zabronionego. Nie chodzi więc o wstępne zakwalifikowanie tego czynu jako wypełniającego znamiona określone w ustawie karnej, a następnie legalizowanie go na podstawie kontratypu zgody pokrzywdzonego. Pierwotna legalność zakłada – *nomen omen* – od początku brak bezprawności rzeczzonego zabiegu. Wynika ona z niskiej szkodliwości czynu. Dobrowolna sterylizacja nie spełnia zatem warunku, o którym mowa w art. 1 § 2 k.k. Społeczna szkodliwość czynu jest znikoma, a co za tym idzie – od samego początku nie ma mowy o przestępstwie spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Holoher stwierdza:

---

<sup>92</sup> J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda...*, s. 10.

<sup>93</sup> Ibidem, s. 11.

<sup>94</sup> A. Wąsek, *Czy dobrowolna...*, s. 94.

<sup>95</sup> Ibidem, s. 93.

<sup>96</sup> Ibidem, s. 95.

Dobrowolna sterylizacja jest wprawdzie zabiegiem, którego obiektywnym skutkiem jest ciężki uszczerbek na zdrowiu w rozumieniu art. 156 KK, ale ze względu na sposób i okoliczności popełnienia czynu oraz motywację i zamiar sprowadzający się do zrealizowania autonomii podmiotu, a nie jej ograniczenia, należy uznać, że taki czyn nie jest przestępstwem. Jest on pierwotnie legalny jako ten, którego stopień społecznej szkodliwości, oceniony w procesie stosowania prawa przy wykorzystaniu ustawowych przesłanek, jest znikomy. „Pierwotność” jego legalności wynika z urzeczywistnienia prawa człowieka do dobrowolnej rezygnacji z własnej płodności, co stanowi treść prawa do prokreacji. A skoro działanie takie jest realizacją przysługującego podmiotowi prawa wyboru w jednym z aspektów życia prywatnego, to nie można twierdzić, że wymaga ono następczego usprawiedliwienia jako sytuacja kontratypowa<sup>97</sup>.

Rozpatrując tę debatę w świetle założeń prawnego moralizmu, stwierdzić trzeba, że niektóre tylko uwagi zasługują na aprobatę. Wydaje się, że opisywany tutaj prawny moralizm dostarcza argumentów za brakiem bezprawności dobrowolnej sterylizacji, jednak nieco odmiennych niż te prezentowane przed doktrynę. Prawny moralizm jest niejako syntezą argumentów jednej i drugiej grupy adwersarzy.

Analizę prawnomoralistyczną rozpocząłoby ustalenie, czy rzeczony czyn stanowi zło publiczne, tj. czy właściwą reakcją na jego wystąpienie rzeczywiście jest pociągnięcie sprawcę do odpowiedzialności przez wspólnotę, za naruszenie wartości, wokół których ta wspólnota definiuje samą siebie, i które to wartości uznaje za konstytuujące jej sferę publiczną oraz jej dobro wspólne. Ktoś, kto optuje za prawnokarną reakcją na zjawisko dobrowolnej sterylizacji, musiałby wykazać, że nasza wspólnota bardzo poważnie traktuje samą zdolność płodzenia jednostek. Zdolność płodzenia byłaby tym samym sprawą publiczną, a jej utrata przez jednostkę dotykałaby każdego z nas, powodując moralnie uzasadnione oburzenie w stosunku do tego, kto spowodował tę utratę. Zapewne możliwym do wyobrażenia jest budowanie wspólnoty stawiającej w centrum swojego zainteresowania zdolność płodzenia każdego ze swoich obywateli, z realizacji której ci obywatele zmuszeni byłiby tłumaczyć się przed sądem w sprawach karnych, jednak – mówiąc najłagodniej – wątpliwym jest, czy taką wspólnotą jesteśmy, a nawet czy być powinniśmy.

Na poparcie powyższego warto przytoczyć opinię Trybunału Konstytucyjnego na temat prawa do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci. Jak stwierdził TK w wyroku z dnia 28 maja 1997 r.:

Prawo takie w rzeczy samej można wyprowadzić z zakresu podstawowych praw i wolności człowieka, zaś w samych przepisach konstytucyjnych, z gwarancji, jakie przewidują one dla

---

<sup>97</sup> J. Holocher, *Dobrowolna sterylizacja. Uwagi de lege lata*, „Studia Prawnicze” 2015, nr 1, s. 77.

macierzyństwa i rodziny. Prawo do rodzicielstwa musi być interpretowane w znaczeniu pozytywnym i negatywnym. Musi oznaczać ono bowiem zakaz podejmowania działań ograniczających wolność posiadania dzieci, jak również zakaz podejmowania działań przymuszających do posiadania dzieci.

Prawo to w sposób szczególny dotyczy decyzji o poczęciu dziecka. W istocie wszelką ingerencję, czy to władzy państwowej, czy to innych osób w tę sferę należałoby uznać za niedopuszczalne naruszenie podstawowego prawa każdego człowieka<sup>98</sup>.

W tym kontekście można by zgodzić się z głosami doktryny, traktującymi zdolność płodzenia jako dobro prawne, którym dysponuje wyłącznie jednostka. Jednakże należy zwrócić uwagę, że tak zdefiniowane dobro prawne jest pewnym uściśleniem i konkretyzacją. Większość doktryny mówi bowiem ogólnie o zdrowiu jednostki, jako dobru, którym może ona swobodnie dysponować, za wyjątkiem ciężkich uszczerbków. Wyodrębnienie zdolności płodzenia (a zatem *de lege lata* ciężkiego uszczerbku) z ogólnej kategorii zdrowia jest tutaj pewną sztuczką wykonaną na potrzeby partykularnej interpretacji.

Tak czy inaczej, prawny moralizm już na tym etapie mógłby wykluczyć dopuszczalność kryminalizacji dobrowolnej sterylizacji, jako sprawy niebędącej złem publicznym. Zdolność płodzenia nie wydaje się nadto warunkiem niezbędnym dla prawidłowego rozwoju jednostek, który wpisywałby się w opisaną wcześniej koncepcję dobra wspólnego jako sumy takich warunków. Wspólnota liberalno-demokratyczna jest wspólnotą pluralistyczną, w powyższych rozważaniach zaaprobowany został również pluralistyczny perfekcjonizm, w związku z czym nie można utrzymywać, iż każdy moralnie akceptowalny wybór drogi życiowej musi zakładać realizację zdolności płodzenia. Dobrowolna sterylizacja, wykonana przez lekarza, zgodnie ze sztuką lekarską, za świadomą zgodą pełnoletniego pacjenta i w warunkach, które w żadnym innym aspekcie nie zagrażają zdrowiu oraz życiu pacjenta, nie oznacza jego autodestrukcji albo całkowitego lub bardzo poważnego ograniczenia jego możliwości rozwoju. Zabieg ten wyklucza oczywiście jego rozwój jako rodzica, jednak trudno mówić o spoczywającym na każdym obywatelu rodzicielskim obowiązku nałożonym przez państwo.

Idąc dalej, w myśl zasady *omnia sunt interpretanda*, można by zastanowić się nad tym, czy dobrowolna sterylizacja koniecznie musi być złem jako takim. Wątek ten podejmuje Rafał Kubiak, przedstawiając hipotetyczne racje, jakie mogą stać za wyborem poddania się takiemu zabiegowi. Oprócz sterylizacji jako po prostu metody antykoncepcyjnej, będącej skutkiem podjętej decyzji przez jednostkę, można wyróżnić także m.in. względy społeczne. W tym

---

<sup>98</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, 4.3.

wypadku sterylizacja stanowi środek regulacji urodzeń, stosowany zwłaszcza u osób, które z powodu trudnej sytuacji życiowej nie chcą mieć więcej potomstwa, a jednocześnie nie rezygnują z życia seksualnego<sup>99</sup>. Co więcej, dobrowolna sterylizacja i inne podobne zabiegi znajdują dobre uzasadnienie w sytuacji „gdy miałby się im poddać mężczyzna w celu ochrony swej partnerki seksualnej, dla której ciąża i poród mogłyby stanowić niebezpieczeństwo”<sup>100</sup>. Podkreślenia wymaga, że Kubiak odróżnia tego rodzaju racjonalnie uzasadnialne operacje od tych dokonanych z powodu, który „tylko w opinii pokrzywdzonego jest zrozumiały”<sup>101</sup>. Autor ten przywołuje

przykład osoby, która decyduje się na oślepienie lub amputację kończyny. Trudno w takim wypadku znaleźć rozsądne uzasadnienie dla takich działań. Inaczej jest jednak w sytuacji sterylizacji i operacji adaptacyjnych. Co prawda ich następstwa są również poważne i nieodwracalne, ale z obiektywnego punktu widzenia mogą one służyć rozwojowi osobowości takiej osoby, a więc są społecznie akceptowalne<sup>102</sup>.

Ostatecznie chodzi zatem o powstrzymanie jednostki „przed takimi czynnościami, które bez zrozumiałej przyczyny spowodują uszkodzenie jej ciała w taki sposób, że w ciągu całego jej dalszego życia zostaną ograniczone możliwości jej działania”<sup>103</sup>.

Prawny moralizm również mógłby uznać, że w niektórych wypadkach dobrowolnego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu istnieją dobre racje do kryminalizacji, w innych zaś – nie. Niemożliwe jest więc jednoznaczne wyznaczenie „jednej prostej zasady”, jak zasada krzywdy, albo ścisłego katalogu dóbr, którymi jednostka zawsze ma prawo swobodnie dysponować. Prawny moralizm jest w stanie przyznać, że dobrowolna sterylizacja nie stanowi czynu o społecznej szkodliwości większej niż znikoma. Natomiast odmawia traktowania zgody pokrzywdzonego jako swoistej racji wyłączającej dalsze rozważania prawne<sup>104</sup>. Konsekwentna interpretacja w tym duchu prowadziłaby do niepożądanych skutków – i to nie tylko w zakresie rozporządzania dobrem najwyższym, jakim jest życie<sup>105</sup>. Dla spistości systemu zgoda pokrzywdzonego musi być traktowana, jeżeli można tak powiedzieć, jako racja *pro tanto* dla nieingerencji ustawodawcy, nie zaś jako racja wyłączająca wszelkie deliberacje na temat

---

<sup>99</sup> R. Kubiak, *Czy zgoda...*, s. 157.

<sup>100</sup> Ibidem, s. 158.

<sup>101</sup> Ibidem, s. 151.

<sup>102</sup> Ibidem, s. 152.

<sup>103</sup> Ibidem. R. Kubiak szeroko cytuje w tym kontekście literaturę niemiecką, jednak warto odnotować, że, na podobną kwestię wskazuje również J. Finnis, zob. idem, *Abortion and legal rationality*, „Adelaide Law Review” 1970, vol. 3, nr 4, s. 450.

<sup>104</sup> W rozważaniach doktryny można odnieść wrażenie, że zgoda pokrzywdzonego raz jest traktowana jako racja wyłączająca (zgodnie z prymatem autonomii jednostki), innym razem nie.

<sup>105</sup> Zob. np. wcześniej omawiany kazus handlu ludźmi za zgodą osób będących „przedmiotem” transakcji.



ewentualnej ingerencji. Samo przyzwolenie na doznanie krzywdy nie jest zawsze wystarczające. Analiza przeprowadzona w niniejszej pracy pozwala na wysnucie wniosku, iż zgoda pokrzywdzonego nie będzie miała charakteru racji wyłączającej w sytuacjach, gdy dane zachowanie jest nie do pogodzenia z zasadą dobra wspólnego<sup>106</sup> lub zasadą godności<sup>107</sup>.

Niemniej, w związku z powyższym, prawny moralizm, podobnie jak stanowiska bardziej liberalne, oferuje dobre racje na rzecz tezy o braku bezprawnego charakteru dobrowolnej sterylizacji.

#### *b) Przykład drugi – przestępstwo znieważenia*

Drugi przykład potwierdzający to, że prawny moralizm nie musi równać się rozszerzaniu prawa karnego, a nawet przeciwnie – może wspomagać jego uszczuplenie, wiąże się z przestępstwem znieważenia, uregulowanym w art. 216 k.k. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że polskie prawo karne w dość szeroki sposób wyznacza ramy tego czynu zabronionego. W doktrynie wskazuje się, iż można wyodrębnić trzy odmiany modalne typu podstawowego przestępstwa zniewagi:

- 1) znieważenie w obecności osoby znieważonej (zniewaga bezpośrednia),
- 2) zniewaga dokonywana pod nieobecność osoby znieważonej, lecz publicznie,
- 3) zniewaga dokonywana pod nieobecność osoby znieważonej i niepublicznie, lecz w zamiarze sprawcy, aby dotarła do tej osoby (zniewaga zaoczna)<sup>108</sup>.

W szczególności warto zwrócić uwagę na ostatni z wyżej wymienionych typów. Obecnie obowiązujące regulacje przewidują bowiem odpowiedzialność karną za zupełnie niepubliczne zachowania, dotyczące wyłącznie dwóch najczęściej skłóconych ze sobą jednostek, w dodatku dokonane w sposób niebezpośredni (np. za pośrednictwem smsa<sup>109</sup>). Ponadto, odnośnie do wszystkich powyższych odmian przestępstwa, odnotować trzeba, że „Zniewagę (...) stanowią wypowiedzi godzące w godność danej osoby, obelżywe lub ośmieszające, niedające się zracjonalizować. Ze względu na to, że zniewaga godzi w poczucie

---

<sup>106</sup> Rozumianego jako suma tych warunków życia społecznego, dzięki którym jednostki, rodziny i inne społeczności mogą pełniej i łatwiej osiągnąć swoją własną doskonałość.

<sup>107</sup> Tak będzie np. w przypadkach dobrowolnych walk gladiatorów, dobrowolnego niewolnictwa, handlu ludźmi za zgodą pokrzywdzonych itp.

<sup>108</sup> W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Część II. Komentarz*, LEX.

<sup>109</sup> Wyrok Sądu Rejonowego w Wągrowcu z dnia 14 czerwca 2016 r., II K 196/16.

własnej wartości danej osoby, znieważenie – inaczej niż zniesławienie – może nastąpić także wtedy, gdy odbiorcą wypowiedzi o treści naruszającej cześć jest wyłącznie ta osoba”<sup>110</sup>.

Jeżeli chodzi o same znieważające zachowania, to są nimi takie, „które są powszechnie uznane za obelżywe”<sup>111</sup>. Przykładowo, takim zachowaniem może być nazwanie kogoś „świnia”, „padalcem”, „idiotą”<sup>112</sup>. W jednej ze spraw Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze zajmował się m.in. tym, że oskarżona „w dniu 17 marca 2013 roku w miejscowości P. około godziny 11:10 znieważała oskarżyciela prywatnego w ten sposób, że w jego obecności nazwała go «idiotą» oraz «kretynem»”, a w innym dniu i czasie oskarżona „znieważała oskarżyciela prywatnego w ten sposób, że w jego obecności nazwała go «gnojem»”<sup>113</sup>. Z kolei Sąd Rejonowy w Grudziądzu analizował sprawę, w której oskarżyciela prywatnego nazwano „palantem”<sup>114</sup>. Sąd Rejonowy w Bielsku Podlaskim stanął przed zadaniem oceny, czy doszło do znieważenia oskarżyciela prywatnego „poprzez użycie w obecności jego osoby i pod jego adresem, a następnie pod jego nieobecność ale w zgłoszeniu telefonicznym do dyżurnego Komendy Powiatowej Policji w H. słów: «bandzior, bandyta, chuligan»”<sup>115</sup>. Sąd Najwyższy rozstrzygał kwestię znieważenia oskarżyciela prywatnego w obecności dziennikarzy poprzez wypowiedzenie słowa „hochsztapler”<sup>116</sup>. Do Sądu Najwyższego dotarła również sprawa o słowo „erotoman”, napisane na studenckim forum<sup>117</sup>.

Rozważając sens kryminalizacji znieważenia (albo przynajmniej jej aktualnej formy) nie sposób nie zgodzić się z Janem Kluzą, który zauważa, że

przestępstwo znieważenia w swym zasadniczym kształcie nie odbiega od jego kształtu w Kodeksach karnych z 1932 i 1969 r., podczas gdy funkcjonowanie społeczeństwa przez ten okres przeszło ogromną transformację zarówno w aspekcie cywilizacyjnym, językowym, jak i kulturowym. Zachowania niegdyś określane jako znieważające dziś mogą być postrzegane zupełnie zwyczajnie. Na gruncie Kodeksu z 1932 r. W. Makowski wskazywał przykładowo, że znieważenie może mieć postać „pokazywania komuś języka, figi, długiego nosa, nieprzyzwoitych części ciała”<sup>118</sup>.

<sup>110</sup> Wyrok Sądu Apelacyjny w Warszawie z dnia 26 lutego 2018 r., VI ACa 1576/16.

<sup>111</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 6 czerwca 2011 r., II AKa 91/11. W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, LEX.

<sup>112</sup> Ibidem.

<sup>113</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 16 grudnia 2014 r., VI Ka 552/14.

<sup>114</sup> Wyrok Sądu Rejonowego w Grudziądzu z dnia 20 lipca 2017 r., II K 995/16.

<sup>115</sup> Wyrok Sądu Rejonowego w Bielsku Podlaskim z dnia 29 lipca 2016 r., VII K 412/15.

<sup>116</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2001 r., V KKN 118/99.

<sup>117</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07.

<sup>118</sup> J. Kluza, *Znieważenie w polskim prawie karnym. Przestępstwo z art. 216 k.k. w perspektywie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2017, nr 35, s. 67.

Nikt oczywiście nie dążyłby w dzisiejszych czasach do uzyskania karnoprawnej satysfakcji poprzez doprowadzenie do sądu osoby pokazującej komuś język lub długiego nosa. Jednakże czy rzeczywiście wcześniej przytoczone słowa i zachowania znacząco odbiegają społeczną szkodliwością od tych figli? Obecnie prawo karne interesuje się zupełnie prywatnymi konfliktami, często wyłącznie słownymi, nierzadko również wysoce emocjonalnymi, które w istocie polegają na tym, że jednostka X nazwała jednostkę Y brzydkim i mało kulturalnym określeniem. Społeczna szkodliwość takich czynów nie jest wielka, samo społeczeństwo zaś nie jest przeważnie świadome tego typu konfliktów, a jeżeli nawet jest – to nie traktuje ich w jakikolwiek sposób jako własne. Przynależą więc one całkowicie do sfery prywatnej.

Nawiązując do podziału na sferę prywatną i publiczną, należy poczynić uwagę, iż chociażby w przypadku przestępstwa zniesławienia – co do sensowności którego skądinąd również podnoszone są wątpliwości<sup>119</sup> – mamy do czynienia z pomówieniem o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć jednostkę w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności (art. 212 § 1 k.k.). Pomówienie to może znacznie utrudnić funkcjonowanie jednostki w sferze publicznej; może wręcz podważyć jej status jako równego obywatela<sup>120</sup>. Podobne okoliczności nie występują przy przestępstwie znieważenia. Aspekt publiczny zniesławienia jest zatem o wiele bardziej wyraźny i prawnie uzasadniony niż przy regulacjach dotyczących znieważenia.

Czy więc regulacje kryminalizujące zniewagę charakteryzują prawo karne, które normatywnie, jako wspólnota, chcielibyśmy utrzymywać? Prawny moralizm, jak się wydaje, udziela odpowiedzi negatywnej. Przeprowadzona tu analiza prowadzi bowiem do wniosku, że

---

<sup>119</sup> Zob. debatę zorganizowaną przez Rzecznika Praw Obywatelskich Adama Bodnara, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/debata-wolnosc-slowa-a-znieslawienie> (dostęp: 28.11.2021 r.). Jak się wydaje, w przypadku zniesławienia nie mamy do czynienia z zasadniczymi racjami na rzecz dekryminalizacji, a bardziej z racjami w zakresie proporcjonalności, kolizji dóbr (zwłaszcza wolności słowa), jak również aspektów praktycznych. Dość powiedzieć, że wyrokami skazującymi za zniesławienie kończyły się sprawy znanych dziennikarzy (o różnych sympatiach politycznych) czy też działaczy społecznych.

<sup>120</sup> Podobnie stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 października 2006 r., P 10/06: „Patrząc na zagadnienie od strony mniej praktycznej, należy również zauważyć, iż za objęciem problematyki naruszania czci i dobrego imienia osób regulacją prawa karnego, a nie tylko prawa cywilnego, przemawia omówiony powyżej ścisły związek czci i dobrego imienia z godnością człowieka. Ta ostatnia jest fundamentalną wartością porządku prawnego i powiązana ściśle z pojęciem dobra wspólnego. Art. 1 i art. 30 Konstytucji nie mogą być traktowane w oderwaniu od siebie, są to bowiem przepisy określające ideowe podstawy ładu państwowego i społecznego (...). Ingerencja w sferę godności człowieka jest zatem tak znaczącym naruszeniem podstaw tego ładu, że przestaje być tylko sprawą indywidualną osób zainteresowanych. Uregulowanie pomówienia jako przestępstwa oznacza, iż ustawodawca uważa generalnie ten czyn za społecznie szkodliwy, a więc za naruszenie dobra wspólnego, a nie tylko za «czyste» naruszenie praw podmiotowych innych osób. Z tego punktu widzenia uzasadnieniem sankcji karnej za zniesławienie jest dążenie do podkreślenia, że również państwo (wspólnota państwowa), a pośrednio Naród jako suweren negatywnie oceniają naruszenie dobrego imienia i czci i potępiają takie zachowania”.

prawo karne w zakresie przestępstwa znieważenia *de lege lata* dotyczy prywatnych krzywd o charakterze osobistym, nie natomiast – jak postuluje prawny moralizm – zła publicznego, za które wspólnota ma prawo pociągnąć do odpowiedzialności swojego członka, oraz nałożyć na niego karę będącą swoistym moralnym potępieniem. Prawo karne w obecnym kształcie, przynajmniej w zakresie przestępstwa znieważenia, jest raczej instrumentem do osiągnięcia osobistej satysfakcji w ramach prywatnych konfliktów między jednostkami.

Z pewnością istniałyby dobre racje dla podtrzymywania tego rodzaju regulacji prawnych, gdyby jednostka nie miała innej możliwości dochodzenia swoich praw i obrony swojej czci. Tak jednak oczywiście nie jest, gdyż otwartą pozostaje droga cywilna (zob. art. 23 i 24 k.c.<sup>121</sup>). Tym samym przestępstwo z art. 216 k.k. podważa subsydiarny charakter prawa karnego. W założeniu funkcja subsydiarna przejawia się w tym, że stanowienie i stosowanie prawa karnego możliwe jest tylko wtedy, gdy zawodzą uregulowania innych gałęzi prawa<sup>122</sup>. Jednak w analizowanym przypadku przestaje ono być *ultima ratio*, a staje się jednym z możliwych do wyboru środków dochodzenia satysfakcji. Tymczasem przecież nic nie stoi na przeszkodzie, by wobec chamskich, wulgarnych i niestosownych komentarzy wymiar sprawiedliwości był bardziej stanowczy niż dotychczas. Wątpliwym jest tylko, by konieczna była przy tym droga karna. Przykładowo, w 2015 r. Norwegia dokonała dekryminalizacji zniesławienia i znieważenia<sup>123</sup>, pozostawiając te kwestie w całości prawu cywilnemu<sup>124</sup>. Pytanie, czy ucierpiała na tym godność i cześć obywateli Norwegii, pozostaje retorycznym.

Na koniec należy odnieść się do czasem pojawiających się stwierdzeń, jakoby prawnokarna ochrona przed zniewagą wynikała z konieczności zwalczania groźnego zjawiska, jakim jest mowa nienawiści. Na potrzeby niniejszej analizy założmy, że kryminalizacja mowy nienawiści nie narusza istoty wolności słowa. Poza analizą niech pozostanie także, czy mowa nienawiści jest ideologiczną koncepcją służącą do ochrony pewnych grup społecznych od wszelkiej krytyki<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

<sup>122</sup> J. Warylewski, *Prawo...*, s. 88.

<sup>123</sup> Zob. rozdział 23 ówczesnego norweskiego kodeksu karnego, <https://www.legislationline.org/download/action/download/id/1690/file/c428fe3723f10dcbcf983ed59145.htm/prview> (dostęp: 15.11.2021 r.).

<sup>124</sup> M.T. Moran, *Criminal Defamation and Public Insult Laws in the Republic of Poland: The Curtailing of Freedom of Expression*, „Michigan State International Law Review” 2018, nr 26, s. 602.

<sup>125</sup> Tak twierdzą niektórzy konserwatyści, zob. np. R Kiska, *Hate speech: A comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court jurisprudence*, „Regent Law Review” 2012, vol. 25, nr 107, s. 112-113.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 28 grudnia 2018 r.<sup>126</sup>, utrzymał wyrok wymierzający karę grzywny za znieważenie posła na Sejm RP za pośrednictwem komentarza w Internecie o treści: „Trzeba to coś złapać i ogolić na łyso”. Sąd w uzasadnieniu wyroku podkreślił, że „mowa nienawiści” nie może zastępować rzeczowej krytyki, a wolność wyrażania swoich poglądów nie oznacza wolności znieważania. Co więcej, Sąd Apelacyjny zaznaczył przy tym, że „zawodne jest usprawiedliwianie «mowy nienawiści» zastosowaniem określonej symboliki. W realiach sprawy trzeba było mieć po prostu odwagę przyznać się do błędu, a nie brnąć w interpretacje, które są nielogiczne, niezyciowe i sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem. Utrzymywanie przez oskarżoną, że dokonując rzeczzonego wpisu, miała na myśli postawę A. P., nie może być ocenione inaczej jak tylko kręactwo”.

Zjawisko mowy nienawiści z przestępstwem zniewagi z art. 216 k.k. bezpośrednio połączył także Prokurator Generalny. Jak stwierdził w jednej ze spraw przed Trybunałem Konstytucyjnym, „Celowość karalności zniewagi na podstawie zarówno art. 216 § 1 k.k., jak i art. 226 § 1 k.k. uzasadniona jest potrzebą eliminacji z życia publicznego mowy nienawiści, zastępującej rzeczową krytykę”<sup>127</sup>.

W przytoczonych fragmentach zarysowana jest pewna interpretacja, w której utożsamia się mowę nienawiści z brakiem rzeczowej krytyki, brakiem racjonalnych argumentów. W takim ujęciu słowa „trzeba to coś złapać i ogolić na łyso” mogą być, rzecz jasna, uznane za mowę nienawiści. Jednak w takim wypadku trudno jest określić, na czym polega wyjątkowość mowy nienawiści jako pojęcia (prawnego, moralnego, społecznego, politycznego). Przy tak szerokiej interpretacji właściwie każde obrażające słowo jest mową nienawiści, co zupełnie nie wyjaśnia, dlaczego dopiero stosunkowo niedawno zaczęto interesować się mową nienawiści jako osobnym zjawiskiem.

W tym kontekście Michał Urbańczyk wyjaśnia, że:

Wskazane problemy wymagają pewnego założenia wstępnego, to jest wskazania podziału na mowę nienawiści w wąskim znaczeniu i mowę nienawiści w znaczeniu szerokim. W pierwszym wypadku mowa jest wyłącznie o przestępstwach określonych art. 256 i 257 k.k. W związku z tym mowa nienawiści w wąskim znaczeniu to publiczne propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, publiczne nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość oraz publiczne znieważenie grupy ludności albo poszczególnej osoby

<sup>126</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 grudnia 2018, II AKa 218/18.

<sup>127</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2006 r., P 3/06, 2.2.

z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości. Natomiast w znaczeniu szerokim mowa nienawiści to każda wypowiedź obecna w sferze publicznej, która ma charakter znieważający, poniżający lub która w swej treści nawołuje do nienawiści w stosunku do kogoś z powodu jego przynależności do określonej grupy (na przykład mniejszości seksualnej)<sup>128</sup>.

Przyjęte przez Prokuratora Generalnego i Sąd Apelacyjny w Gdańsku znaczenia terminu „mowa nienawiści” należy zakwalifikować jako niezwykle szerokie, albowiem dotyczące w istocie każdej indywidualnej zniewagi, bez względu na szczególne cechy osoby znieważanej, jak również motywację znieważającego. Odwołując się do podziału zaproponowanego przez Urbańczyka, trzeba tymczasem stwierdzić, że mowa nienawiści, o której mowa w pracach prawniczych i politologicznych, to przede wszystkim pojęcie rozumiane wężej. Wprawdzie zarówno w krajowym, jak i ponadnarodowym porządku prawnym brak wiążącej definicji mowy nienawiści, to jednak zawsze jednoznacznie wskazuje się, że łączy się ona z konkretną cechą pokrzywdzonego, wynikającą z jego przynależności do jakiejś grupy społecznej, religijnej, narodowej itp. Mowa nienawiści, wbrew potocznemu rozumieniu, nie oznacza zatem każdego znieważenia – nawet jeśli znieważający szczerze nienawidzi pokrzywdzonego.

Przykładowo, rekomendacja nr R 97(20) Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie „mowy nienawiści” z dnia 30 października 1997 r. nakazuje uznawać za mowę nienawiści każdą wypowiedź, która szerzy, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne formy nienawiści bazujące na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażającą się w agresywnym nacjonalizmie i etnocentryzmie, dyskryminację i wrogość wobec mniejszości, imigrantów i ludzi o imigranckim pochodzeniu<sup>129</sup>.

W rekomendacji nr 15 dotyczącej ogólnej polityki Komisji Europejskiej przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) w celu zwalczania mowy nienawiści, przyjętej dnia 8 grudnia 2015 r., zamieszczono dość rozbudowaną definicję mowy nienawiści, obejmującą różnego rodzaju formy zniewagi ze względu na: „rasę”, kolor skóry, pochodzenie, wiek,

---

<sup>128</sup> M. Urbańczyk, *Definiowanie mowy nienawiści w orzecznictwie sądów polskich w sprawach karnych*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020, t. 42, nr 1, s. 82.

<sup>129</sup> Zob. też D. Habrat, *Protection of Human Dignity as a Basis for Penalization of Hate Speech against People with Disabilities in Polish Criminal Law*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, nr 4, s. 266; J. Kościółek, *Mowa nienawiści jako zagrożenie dla spójności kulturowej współczesnych społeczeństw wielokulturowych*, „Politeja” 2019, nr 61, s. 170; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Gunduz przeciwko Turcji z dnia 4 grudnia 2003 r., skarga nr 35071/97.

niepełnosprawność, język, religię lub przekonania, płeć, tożsamość płciową, orientację seksualną i inne cechy osobiste lub status<sup>130</sup>.

Z kolei Sąd Najwyższy stwierdził, że pod pojęciem mowy nienawiści „powszechnie rozumie się wypowiedzi i wizerunki łączące, wyszydzające i poniżające grupy i jednostki z powodów całkowicie lub po części od nich niezależnych, a także przynależności do innych naturalnych grup społecznych, przy czym grupy naturalne to takie których się nie wybiera, udział w jednych determinowany jest biologicznie (płeć, kolor skóry), w innych społecznie, jak przynależność etniczna, religijna, język”<sup>131</sup>.

W literaturze także zwraca się uwagę na fakt, że mowa nienawiści związana jest z identyfikacją pokrzywdzonego według jego cech, takich jak m.in. pochodzenie, narodowość, religia, płeć<sup>132</sup>. Niezależnie od kłopotów, jakie mogą pojawić się przy próbie wyczerpującego ujęcia tychże cech, nie sposób nie przyjąć, że są one elementem wyróżniającym mowę nienawiści i pozwalającym odróżnić ją od innych zniewag lub zwyczajnie wulgarnych komentarzy. Przepis art. 216 k.k. nie odnosi się zatem do mowy nienawiści *sensu stricto*. W rodzimym Kodeksie karnym do pojęcia mowy nienawiści odwołują się art. 256 i 257.

Antony Duff, podejmując temat mowy nienawiści, stwierdza, że stanowi ona naruszenie obywatelskiego obowiązku polegającego na traktowaniu innych członków wspólnoty lub gości tejże (np. imigrantów) z równą troską i szacunkiem<sup>133</sup>. Mowa nienawiści prowadzi w istocie do zanegowania równego statusu innego członka wspólnoty. Dlatego też – pisze Duff – mowa nienawiści dotyka całą wspólnotę liberalno-demokratyczną, z założenia przecież opartą o inkluzywność, otwartość, pluralizm i tolerancję. Akt mowy nienawiści krzywdzi nie tylko ofiarę, ale też całą wspólnotę, ponieważ narusza wartości, na których jest ufundowana. Nie jest to zatem jedynie krzywda prywatna, lecz raczej publiczne zło, które zasadniczo powinno znajdować się w sferze zainteresowania prawa karnego. Według Duffa, mowa nienawiści neguje to, że niektórzy ludzie są uczestnikami w dyskursie publicznym społeczeństwa;

---

<sup>130</sup> Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Karastelev i inni przeciwko Rosji, skarga nr 16435/10, pkt 44.

<sup>131</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2019 r., IV KK 38/18.

<sup>132</sup> H. Dębska *Mowa nienawiści a wolność słowa w Internecie – w poszukiwaniu uniwersalnego rozwiązania. Uwagi na marginesie rozważań Jamesa Banksa*, [w:] M. Wysocka-Pleczyk, B. Świeży (red.), *Człowiek załogowany. Od mowy nienawiści do integracji w sieci*, Kraków 2013, s. 10.

<sup>133</sup> R.A. Duff, S.E. Marshall, *Criminalizing Hate?*, s. 2-7, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2684202](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2684202) (dostęp: 20.11.2021 r.).

i odmawia im tego miejsca nie na podstawie oceny ich cech jako jednostek, ale na podstawie reakcji na cechę grupową – ich pochodzenie etniczne, religię lub seksualność<sup>134</sup>.

W tak nakreślonym kontekście autor ten wskazuje również: „Jeśli działam po prostu jako jednostka, która nienawidzi innej jednostki, w moim działaniu brak obywatelskiego momentu” (*nothing of civic moment hang on my action*)<sup>135</sup>. Inaczej jest, gdy działanie ma kolektywny aspekt i jest wymierzone przeciwko już wrażliwej i podatnej na dyskryminację grupie społecznej. Jeżeli działanie nastawione jest przeciwko określonej grupie społecznej, która ze względu na swoje cechy charakterystyczne jest podatna na pogardliwe traktowanie, wykluczające ze wspólnoty, to działanie to przybiera o wiele groźniejszą postać<sup>136</sup>. Może ono w istocie doprowadzić do faktycznego wykluczenia ze wspólnoty członków pewnych grup społecznych, co łączy mowę nienawiści ze sferą publiczną i jest „obywatelskim momentem” czynu (choć w tym wypadku raczej antyobywatelskim).

Widzimy zatem, że istnieją powody, by traktować mowę nienawiści jako zjawisko co do zasady uzasadniające reakcję karnoprawną. Wiąże się ono z negacją członków pewnych grup społecznych jako równoprawnych obywateli, przy czym grupy te – czy to ze względów historycznych, czy też zupełnie irracjonalnych (np. stereotypowych) – najczęściej podatne są na różnego rodzaju wykluczenia i dyskryminację. Na tym polega publiczny aspekt mowy nienawiści. Podważa on podstawowe zasady, według których możemy żyć jako obywatele tej samej wspólnoty i traktować siebie z należyтым szacunkiem. Inaczej rzecz ma się ze „zwykłym” znieważeniem z art. 216 k.k., które często przybiera postać zupełnie prywatną i którego nie można w pełni utożsamiać z mową nienawiści właśnie. Zniewaga z art. 216 k.k. nie neguje równego statusu obywateli ze względu na cechy takie, jak seksualność, religijność, narodowość. Zniewaga nie pociąga za sobą społecznego podziału na „nas” – prawowitych obywateli – i „nich” – nieprawowitych „odmieńców”. Tym samym z prawnomoralistycznej perspektywy<sup>137</sup> istnieją zasadnicze<sup>138</sup> wątpliwości, czy zniewaga powinna być przedmiotem kryminalizacji.

---

<sup>134</sup> Ibidem s. 14.

<sup>135</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 276.

<sup>136</sup> Ibidem.

<sup>137</sup> Zgodnie z interpretacją autora niniejszej pracy.

<sup>138</sup> Oprócz wymienionych zasadniczych wątpliwości można również wskazać chociażby wątpliwości natury praktycznej: czy rzeczywiście sądy karne, w obliczu przedłużających się postępowań i natłoku obowiązków, powinny zajmować się tym, że jednostka X nazwała jednostkę Y „kretynem” albo „hochsztaplerem”?



## 5.6 Prawny moralizm a prawo polskie. Pojęcie społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa)

Pozostając w wątku polskiego prawa karnego, należy zastanowić się, jak komunitarystyczna wersja prawnego moralizmu mogłaby wspomagać konstrukcje przyjęte w rodzimej doktrynie<sup>139</sup>. Jako dobry przykład może posłużyć w tym miejscu pojęcie społecznej szkodliwości czynu – centralne dla materialnej koncepcji przestępstwa przyjętej w polskim prawie.

Historycznie rzecz ujmując, materialna cecha przestępstwa, opisywana jako społeczna szkodliwość, zastąpiła źle kojarzące się pojęcie społecznego niebezpieczeństwa, znane kodeksowi karnemu z 1969 r. Materialne ujęcie przestępstwa wprowadzono w państwach pozostających pod wpływami Związku Radzieckiego po drugiej wojnie światowej<sup>140</sup>. Niektórzy autorzy do dziś posługują się pojęciem społecznego niebezpieczeństwa, jako, zdaje się, bardziej odpowiednim dla prawnych rozważań. W tym miejscu nie zostanie rozstrzygnięta kwestia terminologiczna, a pojęcia społecznej szkodliwości oraz społecznego niebezpieczeństwa będą traktowane synonimicznie.

Natomiast dogmatycznie patrząc, społeczna szkodliwość czynu występuje w dwóch rolach: w aspekcie abstrakcyjnym jest podstawą decyzji ustawodawcy o wprowadzeniu typu czynu zabronionego, zaś w aspekcie konkretnym ma wartość walidacyjną przy rozstrzyganiu sprawy<sup>141</sup>. Tak zatem, w pierwszej roli występowanie społecznej szkodliwości jest wymogiem skierowanym do ustawodawcy, z kolei w drugiej – do organów stosujących przepisy, w szczególności do sądów. Jak stwierdzono w art. 1 § 2 k.k., nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma. W związku z tym sądy w konkretnej sprawie powinny, z pomocą art. 115 § 2 k.k., każdorazowo oceniać, czy abstrakcyjnie zdefiniowany przez ustawodawcę w ustawie karnej czyn w konkretnych okolicznościach rzeczywiście cechuje się społeczną szkodliwością większą niż znikoma. Jeżeli tak nie jest, postępowanie należy umorzyć<sup>142</sup>. Kwesta ta, choć ważka, pozostanie na uboczu rozważań. W dalszych analizach pojęcie społecznej szkodliwości zostanie sprowadzone jedynie do pierwszego z powyższych aspektów, a więc abstrakcyjnego i legislacyjnego.

---

<sup>139</sup> Przedstawione zostaną tylko przykładowe stanowiska. Celem niniejszego podrozdziału nie jest dokładny opis wszystkich pojawiających się w doktrynie komentarzy.

<sup>140</sup> T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, LEX.

<sup>141</sup> M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Społeczna szkodliwość czynu jako klauzula generalna w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2016, nr 2, s. 268.

<sup>142</sup> Więcej na ten temat zob. V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. III, LEX.

W tym ustawodawczym kontekście społeczną szkodliwość rozumie się jako element poprzedzający wprowadzenie prawnokarnej normy, będący oceną ustawodawcy dokonaną wobec „różnego rodzaju zachowań patologicznych”<sup>143</sup> występujących w rzeczywistości społecznej. Ocena ta powinna być – jak wskazuje Jacek Giezek – przeprowadzona z punktu widzenia akceptowanego w społeczeństwie systemu wartości<sup>144</sup>. Co istotne, „materialna cecha przestępstwa występuje w określonego rodzaju zachowaniach niezależnie od tego, czy została dostrzeżona oraz prawidłowo oceniona przez ustawodawcę, i z tego właśnie punktu widzenia nie da się jej z mocy prawa zadekretować<sup>145</sup>”. Dlatego też ujęcie danego społecznie szkodliwego czynu w ustawie ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny.

Andrzej Zoll podobnie stwierdza, iż przez materialny element przestępstwa, tj. społeczną szkodliwość lub niebezpieczeństwo, rozumie się ujemną wartość zachowania z punktu widzenia przyjętych w społeczeństwie założeń aksjologicznych<sup>146</sup>. Tożsame konkluzje odnaleźć można w wyrokach Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego. Przykładowo, SN w jednym z orzeczeń wyjaśnił, że:

Przestępstwem jest czyn nie tylko formalnie wyczerpujący znamiona określone w ustawie karnej, ale godzący w substancjalne dobra społeczne uznawane przez społeczeństwo i pozostające pod protekcją nie tylko prawa karnego, ale i innych systemów normatywnych, w tym moralności, powinności wynikającej z poczucia tradycji i tożsamości narodowej. Czyn ten musi wykazywać obiektywną aspołeczność, w tym sensie, że zawsze występuje przeciwko wartościom akceptowanym przez daną zbiorowość<sup>147</sup>.

Natomiast TK w dość prawnomoralistyczny sposób skonstatował:

powtórzyć tu można, iż wprowadzenie sankcji karnej jest zasadniczą formą wyrazu potępienia społecznego dla sprawcy naruszenia prawa. Taką formą nie jest natomiast zakaz jakiegoś postępowania połączony tylko z sankcjami o charakterze prywatnoprawnym<sup>148</sup>.

W świetle powyższego należy jednakowoż zaznaczyć, że z perspektywy prawnego moralizmu tego rodzaju wnioski zasługują na aprobatę warunkową. Otóż społeczne potępienie i tym samym ocena „z punktu widzenia akceptowanego w społeczeństwie systemu wartości” są w prawnym moralizmie dopuszczalne o ile sam rozpowszechniony system wartości jest zgodny z moralnością krytyczną, a przynajmniej nie narusza jej rażąco. Po wtóre, według

---

<sup>143</sup> J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX.

<sup>144</sup> Ibidem.

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2, s. 7.

<sup>147</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2003 r., WK 18/03.

<sup>148</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r., P 10/06.

prawnego moralizmu oceny należy dokonywać w sposób hermeneutyczny, oceniając każdy detal w kontekście całości, a całość w kontekście jednostkowej sprawy. Nie chodzi zatem tylko o to, czy większość danego społeczeństwa potępia dane zjawisko, ale czy to potępienie może zostać rozsądnie wyjaśnione w kontekście samych fundamentów tego społeczeństwa i czy nie pozostaje w sprzeczności z innymi, ważniejszymi nawet, wartościami – również skądinąd przyjętymi powszechnie. W rozdziale czwartym wykazano, że moralność konstytucyjna nie jest równoznaczna z moralnością aktualnej większości.

Opinie ustawodawcy i większości społeczeństwa nie zawsze będą się pokrywać i nie jest przesądzone, kto w powstałym sporze będzie mieć rację. To dlatego tak ważne jest, by koncepcja kryminalizacji miała racjonalne podstawy i była, na ile to możliwe, uporządkowana według zasad. Nie mniej istotny jest wspomniany wcześniej deliberatywny charakter prawnego moralizmu, który wymaga od ustawodawcy podania racji dla swojego działania, która będzie moralnie dostępna<sup>149</sup> (ale niekoniecznie neutralna) dla ogółu obywateli. Racje te powinny być poddawane krytycznej analizie w trakcie swobodnej wymiany myśli podczas publicznej debaty.

Zgodzić należy się zatem z Robertem Zawłockim, który wskazuje, że społeczny konsensus nie zawsze jest możliwy, a zatem nie może stanowić kryterium kryminalizacji:

Kolejna zasada kryminalizacji – konsensusu – sprowadza się do stwierdzenia, że kryminalizować należy tylko takie patologie, których karygodność nie jest w społeczeństwie poważnie kwestionowana, tzn. jest karygodna w powszechnej opinii społecznej. Przyjmując, że wskazana karygodność wyraża się w społecznym niebezpieczeństwie, można tę zasadę sformułować następująco: kryminalizować można i należy tylko to, co jest powszechnie uznane za społecznie niebezpieczne. Należy zauważyć, że ujęcie to zakłada, iż bywają takie naruszenia dóbr społecznych o ponadprzeciętnej wartości, których społeczne niebezpieczeństwo może być kwestionowane przez powszechną opinię społeczną. Chodzi tutaj o szczególną sytuację w ramach kryminalizacji, kiedy to ustawodawca stwierdza społeczne niebezpieczeństwo, a społeczeństwo tej oceny nie podziela. Warto w związku z tym podkreślić, że istota społecznego niebezpieczeństwa nie tkwi w ocenie społecznej, ale w obiektywnie negatywnym wpływie na całokształt stosunków społecznych. Wydaje się zatem, iż powołany konflikt należałoby rozstrzygać na korzyść zasady ochrony dóbr prawnych. Może to prowadzić do sytuacji, w której kryminalizacja następuje wbrew społecznemu odczuciu. Jeżeli jednak służy ona ochronie dóbr społecznych o istotnej wartości, to nie tylko nie stanowi ona zagrożenia dla

---

<sup>149</sup> K. Szczucki, *Dostępność moralna czy językowa? Rzec o wykładni prokonstytucyjnej prawa karnego*, [w:] I. Sepioło (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013, s. 43-55. Na ten temat zob. także R.E. Goodin, *An Epistemic Case for Legal Moralism*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2010, vol. 30, nr 4, s. 615-633. W tym drugim przypadku autor odwołuje się jednak do moralności pozytywnej danego społeczeństwa.

społeczeństwa, lecz jest dla niego korzystna (nie jest ona sprzeczna z interesem społeczeństwa, ale z jego opinią). Powyższe rozważania pozwalają poddać w wątpliwość zasadność zastosowania w odniesieniu do kryminalizacji zasady konsensusu<sup>150</sup>.

Zbliżony pogląd prezentują także inni przedstawiciele doktryny<sup>151</sup>.

W polskiej doktrynie, za niemiecką nauką prawa, wiąże się społeczne niebezpieczeństwo lub społeczną szkodliwość z zagrożeniem dla tzw. dóbr prawnych (*Rechtsgut*). Zachowanie społecznie szkodliwe w owe dobra godzi, naraża je na niebezpieczeństwo lub narusza reguły postępowania z nimi w stopniu przekraczającym społeczną tolerancję<sup>152</sup>. Ustawodawca wprowadza sankcje za popełnienie czynów określonego typu z uwagi na to, że czyny takie godzą w chronione porządkiem prawnym dobra<sup>153</sup>. Uznanie określonych dóbr za fundamentalne w danej wspólnotie z prawnokarnego punktu widzenia implikuje twierdzenie, że przestępstwem jest każde działanie lub zaniechanie, które narusza lub zagraża takim dobrom prawnym w zarysowany w ustawie sposób<sup>154</sup>. Pojęcie społecznej szkodliwości jako podstawowe kryterium kryminalizacji powinno być zatem wskazówką dla ustawodawcy przy stanowieniu nowych lub rezygnacji z istniejących typów przestępstw<sup>155</sup>. Generalnie przyjmuje się, że stan społecznego niebezpieczeństwa jest niezależny od woli ustawodawcy lub sprawcy czynu, tj. ma charakter obiektywny<sup>156</sup>. Marian Cieślak, posługując się ukutym przez siebie pojęciem „obiektywnej antyspołeczności czynu”, przekonuje, że czyn jest obiektywnie antyspołeczny, kiedy niezależnie od winy sprawcy rzeczywiście godzi w społecznie uznane wartości, czyli dobra prawne<sup>157</sup>. Społeczne niebezpieczeństwo w aspekcie subiektywnym występuje w tym sensie, że może (czy nawet powinno) być przez konkretnego ustawodawcę rozpoznane i objęte prawną definicją w postaci typu czynu zabronionego. W tym znaczeniu oczywiście zależy ono od woli legislatora.

---

<sup>150</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 115-116.

<sup>151</sup> „Wpływ opinii społecznej nie może być jednak traktowany przez ustawodawcę jako zniewalający. Z jednej strony bowiem zastąpienie paradygmatu racjonalnego ustawodawcy zdaniem na opinię społeczną zadania wyznaczenia właściwej miary dobrego prawa prowadzi do populizmu penalnego. Z drugiej zaś nie do pominięcia jest rola prawa karnego również jako kształtującego prawidłowe oceny i wyobrażenia społeczne o działaniu dobrego prawa, zwłaszcza, gdy istniejące w tej mierze odczucia społeczne okazałyby się nazbyt rygorystyczne czy – z punktu widzenia współczesnej wiedzy o racjonalnym prawie – wręcz anachroniczne”, zob. J. Kulesza, *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, s. 89.

<sup>152</sup> A. Zoll, *Materialne...*, s. 7.

<sup>153</sup> W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz*, LEX.

<sup>154</sup> M. Smarzewski, *O społecznej szkodliwości czynu w polskim prawie karnym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2013, nr 3, s. 75.

<sup>155</sup> M. Derlatka, *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 6, s. 124 i cyt. literatura.

<sup>156</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 100.

<sup>157</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 253.

Lech Gardocki, autor pierwszej polskiej książki poświęconej kryminalizacji<sup>158</sup>, pisze, że pojęcie społecznej szkodliwości lub społecznego niebezpieczeństwa, aby nie było pustym ogólnikiem, musi się wiązać z ochroną dóbr prawnych<sup>159</sup>. W opinii tego autora, oznacza to, że „rozważając istnienie, nieistnienie i stopień społecznego niebezpieczeństwa – powinniśmy wskazywać na określone dobro prawne, określony rodzaj zachowania się i rodzaj oraz rozmiar szkody (niebezpieczeństwa), które jest wynikiem tego zachowania się”<sup>160</sup>. Zaistnienie stanu społecznego niebezpieczeństwa, a co za tym idzie – ochrona dobra prawnego, któremu taki stan zagraża – jest podstawowym kryterium kryminalizacji.

Z kolei Jan Kulesza wyznacza pięć etapów kryminalizacji: „Pierwszym byłoby stwierdzenie w rzeczywistości społecznej zachowania odbieranego przez społeczeństwo jako niebezpieczne dla dóbr prawnych, czyli naruszającego je bądź narażającego w stopniu przekraczającym społecznie akceptowane granice. Drugi etap stanowiłoby rozważenie kwestii konieczności reakcji prawnokarnej. Trzecim byłaby ocena przydatności ustanowienia normy sankcjonującej. Czwartym ocena proporcjonalności reakcji prawnokarnej. Piątym zaś możliwość ujęcia zakazu w sposób uwzględniający zasady prawa karnego, z zasadą *nullum crimen sine lege* na czele”<sup>161</sup>. Pierwszy etap polegać ma „na stwierdzeniu w rzeczywistości społecznej zachowania odbieranego przez społeczeństwo jako niebezpieczne dla dóbr prawnych, czyli naruszającego je bądź narażającego w stopniu przekraczającym społecznie akceptowane granice, co do którego istnieje obowiązek bądź oczekiwanie społeczne kryminalizacji”<sup>162</sup>.

Krzysztof Szczucki natomiast formułuje swoją koncepcję poprzez wyróżnienie w gruncie rzeczy dwóch zasadniczych etapów kryminalizacji. W pierwszej kolejności ustawodawca powinien ustalić dobro, które zamierza chronić<sup>163</sup>. Koncepcja Szczuckiego jest osadzona w paradygmacie prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego, dlatego też głównym źródłem wiedzy o dobrach ważnych dla wspólnoty, a więc zasługujących na protekcję, ma być właśnie konstytucja. W polskim kontekście prawnym trzeba zatem sięgnąć przede wszystkim do rozdziału II Konstytucji RP, niemniej nośniki dóbr mogą być również odnalezione w przepisach uregulowanych w innych rozdziałach (np. art. 22 Konstytucji RP, wyrażający

---

<sup>158</sup> L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.

<sup>159</sup> Ibidem, s. 162.

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> J. Kulesza, *Zarys...*, s. 92.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 307.

wolność działalności gospodarczej i limitujący możliwość korzystania z niej)<sup>164</sup>. W drugiej kolejności, zdaniem Szczuckiego, należy rozważyć kryminalizację danego zachowania, chroniącą określone dobro, w świetle zasady proporcjonalności. Kryminalizacja i penalizacja bowiem nierozłącznie wiążą się z konfliktem dóbr, a w każdym razie z pewnością z jednym z nich, jakim jest wolność jednostki. Zasada proporcjonalności składa się z trzech elementów: zasady proporcjonalności *sensu stricto*, testu przydatności i testu konieczności. Najogólniej rzecz ujmując, pierwszy krok powinien pomóc w rozstrzygnięciu, które ze zidentyfikowanych i pozostających w konflikcie dóbr zyskuje w danych okolicznościach pierwszeństwo, drugi – czy proponowane regulacje prawne pozwalają na realizację zamierzonego celu<sup>165</sup>, trzeci – czy spośród dostępnych środków dla realizacji tego celu wybrano ten, który będzie najłagodniejszy<sup>166</sup>. Podkreślić przy tym warto, iż dla oceny proporcjonalności w tym ujęciu kluczowe są tzw. zasady kierunkowe, do których zaliczane są godność człowieka i dobro wspólne<sup>167</sup>. Nie podlegają one proporcjonalnemu ważeniu z innymi zasadami (jak np. zasada wolności osobistej), lecz wyznaczają ogólne kierunki interpretacyjne. Działanie ustawodawcy powinno w związku z tym w jak największym stopniu urzeczywistniać dobra wynikające z zasad kierunkowych.

Porównując pokrótce opisane stanowiska z koncepcją prawnego moralizmu można zaobserwować wiele punktów wspólnych, co oznacza, że prawny moralizm nie musi stanowić zacieklej konkurencji wobec koncepcji kryminalizacji opartej o ochronę dóbr prawnych. Koncepcje te mogą funkcjonować w symbiozie. Świadczą o tym także bezpośrednie odwołania wspomnianego wyżej Krzysztofa Szczuckiego (nie rezygnującego przecież z opisywania zasad kryminalizacji w kontekście ochrony dóbr prawnych) do skromnego prawnego moralizmu Antony’ego Duffa i jego „komunitarystycznego ujęcia wartości społecznych”<sup>168</sup>. Podobne odniesienia są kierowane również w stronę Michaela S. Moore’a<sup>169</sup>. W swoim najnowszym dziele autor ten wskazuje nadto, że „Prawo karne jest nastawione (...) na skuteczne doprowadzenie do odpowiedzialności jednostki za sprzeniewierzenie się wartościom danej

---

<sup>164</sup> Ibidem, s. 307.

<sup>165</sup> Ibidem, s. 201.

<sup>166</sup> Ibidem, s. 206.

<sup>167</sup> Ibidem, rozdział IV.

<sup>168</sup> Ibidem, s. 140. K. Szczucki odwołuje się również do P. Devlina, zob. K. Szczucki, *W poszukiwaniu legitymizacji etycznej zasad odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2020, s. 173.

<sup>169</sup> K. Szczucki, *W poszukiwaniu...*, s. 11, 55, 132-137, 169.

wspólnoty politycznej – tym, które zostały uznane za tak istotne, że obwarowano je sankcją karną”<sup>170</sup>.

Jednak związki między prawnym moralizmem a przyjętą w polskiej doktrynie koncepcją dóbr prawnych nie muszą polegać tylko na bezpośrednich odwołaniach. Odnotować bowiem warto, że przywoływany wyżej R. Zawłocki w następujący sposób opisuje schemat „powstawania” poszczególnych dóbr prawnych:

Etap 1. Rozróżnianie dobra i zła prowadzi do powstania systemu wartości jednostki,

Etap 2. Wartości indywidualne powszechnie uznane prowadzą do powstania społecznego systemu wartości,

Etap 3. Społeczny system wartości pozwala wyróżnić określone dobra społeczne,

Etap 4. Uznawanie dóbr społecznych prowadzi do wykształcenia się norm społecznych,

Etap 5. Przekroczenie normy społecznej prowadzi do kreacji normy prawnej,

Etap 6. Normy prawnokarne chronią określone dobra prawne<sup>171</sup>.

Początek każdego dobra prawnego ma zatem swoje źródło w moralności. Jak pisze R. Zawłocki, „Moralność to praktyka postępowania oparta na rozróżnianiu dobra i zła. W podanym ujęciu chodzi raczej o tzw. moralność «solidarnościową», tj. rozróżnianą z uwagi na interakcję jednostki z grupą (człowieka ze społeczeństwem). Przedstawiona koncepcja moralności ma ponadto charakter uniwersalistyczny, tj. opiera się na założeniu, że pojęcia «dobra» i «zła» mają charakter nadrzędny wobec poszczególnych społeczeństw”<sup>172</sup>. Jest to więc moralność krytyczna, nie zaś pozytywna. Co więcej, „istota społecznego

---

<sup>170</sup> Ibidem, s. 52; K. Szczucki pisze również, że „Legitymizacji etycznej nie należy rozumieć jako dążenia do uzgodnienia stanowionego prawa z przekonaniem moralnym wszystkich czy choćby większości obywateli. Oparta jest ona raczej na założeniu, że wychowanie, czyli także procesy socjalizacyjne, odbywa się w pewnej kulturze etycznej, będącej istotnym elementem kultury w sensie szerokim. Niewątpliwie możemy bardzo różnić się w przekonaniach dotyczących poszczególnych zachowań i ich oceny moralnej. Nie implikuje to jednak koniecznego zróżnicowania w zakresie rozumienia odpowiedzialności i jej zasad, czyli tego, co ujmuje się zwykle jako element części ogólnej kodyfikacji karnej. Przyjąć zatem można, że odrzucenie przez władze poglądu moralnego jakiejś części społeczeństwa powinno być świadome i powiązane z odpowiednią kampanią informacyjną, tłumaczącą uchwalane prawo w sposób pozwalający przeciwdziałać obniżeniu się poziomu zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Stosunkowo mniej ryzykowne jest zaniechanie uchwalenia prawa, które jest pożądane przez większość. Nieposłuszeństwem ryzykuje władza, kiedy uchwała prawo uznawane za niesprawiedliwe”, ibidem, s. 39. Zob. także K. Szczucki, *Kryminalizacja w imię dobra wspólnego. Na marginesie książki Marka Piechowiaka „Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego”*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, z. 1.

<sup>171</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 102.

<sup>172</sup> Ibidem, s. 103.

niebezpieczeństwa czynu ma, a przynajmniej winna mieć, charakter ściśle aksjologiczny<sup>173</sup>. Ten moralny aspekt dobra prawnego świadczy o tym, iż ustawodawca nie kreuje żadnego dobra *ex nihilo*, a jedynie w mniej lub bardziej prawidłowy sposób rozpoznaje wartości i dobra już istniejące. Zdaniem prawnika konstrukcja społecznej szkodliwości oddala istotę prawa karnego od sprowadzającego prawo karne wyłącznie do relacji (konfliktu) pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym<sup>174</sup>. Ze wszystkimi tymi stwierdzeniami zgodziłby się każdy z nowych prawnych moralistów.

Prawni moralisci mogliby nie zgodzić się z kolei z niektórymi twierdzeniami J. Kuleszy. W *Problemach teorii kryminalizacji*<sup>175</sup> – najbardziej bodaj szczegółowej polskiej monografii na temat kryminalizacji – neguje on, jakoby prawo karne mogło odnosić się „tylko do takich zachowań, które godzą w wartości moralne i społeczne ważne dla człowieka i wspólnot, w których żyje”<sup>176</sup>. W tym świetle wskazuje on, że należy dążyć do odmoralizowania prawa karnego, ponieważ w przeciwnym wypadku chociażby „może powstać pokusa, by kryminalizacji poddać ponownie, przykładowo, cudzołóstwo, jako czyn moralnie zły”<sup>177</sup>. Krytyka moralizmu przeprowadzona z tej perspektywy nie jest mocna, albowiem – jak wykazano wcześniej – fakt niemoralności danego zachowania nie jest warunkiem wystarczającym do jego kryminalizacji. Niemoralność jest jedynie racją *pro tanto*. Podobnie fakt naruszenia określonego dobra prawnego nie jest sam w sobie wystarczający do kryminalizacji, choć bez wątpienia może stanowić rację przemawiającą za nią.

Świetne przykłady czynów naruszających dobra prawne a jednocześnie nienadających się – po racjonalnej analizie – do kryminalizacji przedstawił Kacper Oleksy. Przykładowo, autor ten opisuje, iż w ustawie o sporcie<sup>178</sup> można zidentyfikować dość osobliwe dobra, a mianowicie „interesy ekonomiczne PKOl oraz Polskiego Komitetu Paraolimpijskiego”<sup>179</sup>. Ochrona tych oryginalnych dóbr wymaga, przynajmniej w opinii polskiego ustawodawcy, reakcji karnej<sup>180</sup>. Podobnie art. 129 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne<sup>181</sup>

---

<sup>173</sup> Ibidem, s. 101.

<sup>174</sup> Ibidem, s. 132.

<sup>175</sup> J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.

<sup>176</sup> Ibidem, s. 100.

<sup>177</sup> Ibidem.

<sup>178</sup> Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 ze zm.

<sup>179</sup> K. Oleksy, *Uzasadnianie kryminalizacji na wybranych przykładach przepisów pozakodeksowego prawa karnego sensu largo*, „Studia Iuridica” 2017, nr 69, s. 104-105.

<sup>180</sup> Artykuł 51 tej ustawy przewiduje karę grzywny za wykroczenie polegające na używaniu bez tytułu prawnego symboliki i nazewnictwa olimpijskiego. Sąd może ponadto orzec na rzecz Polskiego Komitetu Olimpijskiego nawiązkę w wysokości do 5 tys. złotych, zob. ibidem, s. 104.

<sup>181</sup> Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, Dz. U. z 2021 r. poz. 1977 ze zm.



przewiduje kary za różnego rodzaju przestępstwa. Polegają one m.in. na prowadzeniu nieuprawnionej reklamy produktu leczniczego czy też nieprzechowywaniu wzoru takiej reklamy<sup>182</sup>. Oleksy przywołuje przy tym uzasadnienie ustawy: „Szeroki katalog przepisów karnych podyktowany jest koniecznością zapewnienia odpowiedniej jakości produktów leczniczych dopuszczonych do obrotu oraz znajdujących się na rynku”<sup>183</sup>. Konkretnymi dobrami prawnymi chronionymi w tym przypadku są „gwarancja prowadzenia reklamy produktów leczniczych przez profesjonalne podmioty oraz „formalny porządek i reguły prowadzenia tej reklamy”<sup>184</sup>.

Trudno zatem nie oprzeć się wrażeniu, że niekiedy dobra prawne poszukiwane są „na siłę” – jako element racjonalizujący pewną decyzję o kryminalizacji<sup>185</sup>. Czy można bowiem odczuwać zaufanie do państwa i stanowionego przez niego prawa, jeżeli do uznania konkretnego czynu za przestępstwo, wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami, dostatecznym uzasadnieniem jest ochrona „formalnego porządku prowadzenia reklam”?<sup>186</sup> Powstaje także pytanie: czy sama identyfikacja najoryginalniejszego nawet dobra prawnego powinna być wystarczająca do kryminalizacji? Odpowiedź jest oczywiście negatywna. To samo tyczy się niemoralności zachowania i koncepcji prawnego moralizmu. W takim ujęciu problem „przemoralizowania” prawa karnego jest zatem łatwo rozwiązywalny: tak jak nie każde naruszenie dobra prawnego powinno być samoistną i wystarczającą przesłanką kryminalizacyjną, tak również nie jest nią każde niemoralne zachowanie. Odnosząc się do

---

<sup>182</sup> K. Oleksy, *Uzasadnianie...*, s. 105.

<sup>183</sup> Ibidem.

<sup>184</sup> Ibidem, s. 105-106.

<sup>185</sup> K. Oleksy twierdzi: „Omawianą tu kryminalizację można – podobnie jak w wypadku ustawy o sporcie – podać w wątpliwość. Zasady reklamy i dostępności leków w obrocie są w Polsce, w porównaniu z innymi krajami Europy (gdzie np. obowiązuje monopol apteczny) stosunkowo liberalne. Z jednej zatem strony, polskie prawo pozwala w tym zakresie na więcej, z drugiej zaś – ewentualne przekroczenia tej swobody uznaje za czyny zabronione, a nie za delikty administracyjne. Wydaje się, że konsekwentne byłoby działanie zakładające, że im surowszy zakaz, tym cięższe środki służące zapewnieniu jego przestrzegania. Trudno ponadto w wypadku takiego instrumentu o wywarcie realnego skutku w postaci usunięcia nieprawidłowości w prowadzonej reklamie, skoro autorem i beneficjentem reklamy jest określony podmiot produkujący leki, niebędący najczęściej osobą fizyczną. Nie jest on zatem sprawcą czynu w rozumieniu karnistycznym, a odpowiedzialność ponoszą osoby fizyczne, które w ramach struktury organizacyjnej takiego podmiotu odpowiadają za związany z określonym naruszeniem zakres działań producenta leków. Oczywiście rozpatrywane w perspektywie indywidualnej takiej osoby konsekwencje mogą być poważne (w wypadku wysokiej grzywny, a dla menedżera szczególnie dotkliwy jest wpis w kartotece karnej prawomocnego skazania), niemniej nie dotyczą one wprost «podmiotu odpowiedzialnego», czerpiącego korzyści z ewentualnych nieprawidłowości w zakresie reklamy produktu leczniczego”, ibidem, s. 106.

<sup>186</sup> W tym kontekście w doktrynie wskazuje się, że „Ustawodawca nie traktuje już przepisów karnych jako szczególnych i ostatecznych, czyli wyjątkowych instrumentów zwalczania patologii społecznych, lecz jako swoiste instrumenty zabezpieczenia prawidłowej realizacji przepisów regulacyjnych danej ustawy. Przepisy karne mają więc w tym ujęciu gwarantować prawidłową realizację samej ustawy”, zob. R. Zawłocki, *O potrzebie reformy pozakodeksowego prawa karnego*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 4, s. 13.

przykładu cudzołóstwa, podawanego przez J. Kuleszę, należy stwierdzić, że – w świetle prawnego moralizmu – przeciwnik kryminalizacji tego zachowania powinien wykazać, że:

a) nie jest i nie powinno być ono sprawą publiczną, tj. nie narusza wartości, na których oparta jest wspólnota, lub

b) nie jest ono w istocie niemoralne lub

c) wprawdzie narusza wartości wspólnoty, jest niemoralne, ale nieproporcjonalnym, niezgodnym z zasadą subsydiarności, kosztownym, nierozsądnym, a być może nawet jeszcze bardziej niemoralnym byłoby prowadzenie postępowań karnych w sprawach o cudzołóstwo.

Prawni moraliści mogliby również nie zgodzić się, przynajmniej w części, z L. Gardockim. Odnośnie do karnoprawnej ochrony norm moralnych auten ten pisze bowiem, że opowiedzenie się za jakąś normą moralną „wymaga rozważenia, czy sama ta norma jest sensowna, czy ma oparcie w racjonalnych argumentach”<sup>187</sup>. Widać zatem, że jest to postulat uwzględniania moralności krytycznej, co rzecz jasna nowi prawni moraliści w pełni popierają. Jednak w dalszej części wyводу Gardocki zaznacza:

Analiza samej normy moralnej musi być koniecznym warunkiem kryminalizacji. Analiza ta może doprowadzić do wniosku, że punktem wyjścia dla powstania tej normy była też ochrona określonego dobra – wówczas kryminalizacja zyskuje samodzielną uznaną podstawę w postaci społecznej szkodliwości lub niebezpieczeństwa. Może też doprowadzić do wniosku, że norma moralna nie ma takiego racjonalnego oparcia, opiera się na pewnych irracjonalnych tabu, ale jej naruszenie wywołuje silne reakcje emocjonalne o nie w pełni uświadomionym i nie zbadanym naukowo podłożu<sup>188</sup>.

Niemniej, wydaje się, że to nie ochrona określonego dobra stanowi „punkt wyjścia do powstania normy moralnej”, ale odwrotnie – to moralność stanowi punkt wyjścia i głębsze źródło powstania danego dobra, które następnie uzyskuje miano dobra społecznego, a na końcu dobra prawnego – zgodnie ze schematem R. Zawłockiego. Rozumowanie prawno-moralistyczne przebiega więc od moralności do dobra społecznego (prawnego), nie zaś od dobra społecznego do normy moralnej.

Wreszcie prawny moralizm stoi w opozycji do niektórych poglądów wyrażanych przez Ewę Plebanek, która w dziele o materialnym aspekcie przestępstwa<sup>189</sup> podaje w wątpliwość

---

<sup>187</sup> L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 173.

<sup>188</sup> Ibidem.

<sup>189</sup> E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009.

obiektywne ugruntowanie społecznego niebezpieczeństwa<sup>190</sup>, jak również broni koncepcji neutralności prawa i państwa. W proponowanym przez tę autorkę ujęciu „badanie stopnia społecznej szkodliwości zachowania odbywa się za pomocą oceny zrelatywizowanej instrumentalnie i wynika z relacji zachodzącej między ocenianym zachowaniem a celem jaki pragnie osiągnąć ustawodawca”<sup>191</sup>. Z kolei z perspektywy celu „o ujemnej ocenie zachowania decydują tylko te elementy, które są relewantne z punktu widzenia realizacji lub zniweczenia danego celu”<sup>192</sup>. Ocena ta jest w pewnym, choć niezupełnym, sensie obiektywna i niezależna od ustawodawcy, „gdyż kryteria, wedle których ma on obowiązek jej dokonać, są kryteriami stosunkowo najbardziej obiektywnymi – narzuconymi przez nauki społeczne. Badanie występowania cechy karygodności danego zachowania odbywa się także przez ocenę zrelatywizowaną systemowo. Polega ona na stwierdzeniu, że pewien określony typ zachowań w myśl określonego, nakreślonego w ustawie zasadniczej systemu wartości powinien być oceniany ujemnie – w tym sensie jest to także ocena niezależna od ustawodawcy”<sup>193</sup>. Jeżeli chodzi natomiast o neutralność prawa, to wskazuje E. Plebanek, że jest to jedyna możliwa koncepcja w warunkach nowoczesnego pluralizmu. Ponadto „Idealnie liberalny ustawodawca powinien zatem postępować zgodnie z millowską zasadą «krzywdy» głoszącą, że tylko zapobieżenie krzywdzie wyrządzonej innym ludziom uzasadnia zastosowanie przymusu prawnego wobec jednostki”<sup>194</sup>.

Jednakże prawny moralizm uzyskuje przewagę, kiedy zadamy normatywne pytanie: **Jaki powinien być zakres prawa karnego?**<sup>195</sup> Koncepcja dóbr prawnych zrelatywizowanych systemowo pozwala na stworzenie być może nawet kompletnej listy takich dóbr, chronionych aktualnie przez prawo karne lub chronionych potencjalnie – wynikających z celów, jakie pragnie osiągnąć ustawodawca. Tymczasem prawny moralizm zaprasza do debaty nie tylko nad tym jak jest, ale również jak być powinno: jak powinna wyglądać liberalno-demokratyczna wspólnota, jakie powinny być wartości istotne dla sfery publicznej, jak skonstruować słuszne prawo publiczne, jaką filozofię polityczną należy przyjąć, a także jakie powinny być cele ustawodawcy lub ustrojodawcy. Deliberacja nad tymi zagadnieniami powinna mieć charakter inkluzywny. Może odbywać się ona z uwzględnieniem założeń koncepcji dóbr prawnych, która – co trzeba przyznać – pozwala na konkretyzację społecznego niebezpieczeństwa oraz zmusza

---

<sup>190</sup> Ibidem, s. 62-67.

<sup>191</sup> Ibidem, s. 110.

<sup>192</sup> Ibidem, s. 111.

<sup>193</sup> Ibidem, s. 110-111.

<sup>194</sup> Ibidem, s. 82.

<sup>195</sup> R.A. Duff, *The Realm...*, s. 366-367.

do jasnego, racjonalnego wywodu, czego czasem nie można powiedzieć o koncepcjach opartych o mgliste i zbyt ogólnie wyrażone wartości. Kiedy zastanowimy się, jakie dobra zasługują na prawną ochronę, tj. jakie dobra powinny stać się dobrami prawnymi, nie sposób jednak nie rozstrzygnąć kwestii podstawowej, a zatem moralnej<sup>196</sup>. Ucieczką od moralnego problemu nie jest zasada krzywdy. Poza tym, jak się wydaje, zachowanie neutralności między konkurencyjnymi wizjami dobrego życia nie zawsze będzie możliwe, a nawet jeśli możliwe – to nie zawsze będzie pożądane. Odrzucając to podejście, jesteśmy skazani na ustawodawcze *fiat*.

Dobra prawne nie stoją zatem w sprzeczności z prawnym moralizmem, o ile uzna się – jak czyni to większa część doktryny – moralne źródło wszelkich dóbr. Siła prawnego moralizmu objawia się również w sytuacjach, w których trudno o zdefiniowanie konkretnego dobra pozostającego pod ochroną<sup>197</sup> oraz – z drugiej strony – kiedy dobra prawne są sztucznie mnożone i rozciągane, tak aby można było wtórnie zracjonalizować uprzednio podjętą decyzję kryminalizacyjną<sup>198</sup>. W przypadkach pierwszego typu można, dzięki prawnemu moralizmowi, twierdzić, że dane zachowanie powinno być (przynajmniej *pro tanto*) kryminalizowane, nawet jeśli nie stoi za tym ochrona konkretnego i z łatwością identyfikowanego dobra prawnego. W przypadkach drugiego typu, przeciwnie, można twierdzić, że dane zachowanie nie powinno być kryminalizowane, nawet jeśli narusza określone i zidentyfikowane przez doktrynę dobro prawne. W pozostałych przypadkach zidentyfikowane dobra prawne, co do ochrony których istnieją racjonalne i dobrze uzasadnione przesłanki, także znajdują swoje głębsze źródło w moralności.

Jakkolwiek zatem patetycznie i naiwnie to zabrzmiałoby: w ostateczności wszystko sprowadza się do rozstrzygnięcia o charakterze moralnym.

---

<sup>196</sup> Jak pisze P. Tomlin, „Duff zainteresowany jest porządkiem publicznym zarówno deskryptywnie, jak i normatywnie. Deskryptywnie porządek publiczny jest racjonalną rekonstrukcją lokalnych norm politycznych i wartości dotyczących tego, czym są nasze sprawy. Normatywnie porządek publiczny jest porządkiem publicznym, który powinniśmy mieć”, idem, *Duffing Up the Criminal Law?*, „Criminal Law and Philosophy” 2020, vol. 14, s. 327.

<sup>197</sup> L. Gardocki podaje m.in. przykład znęcania się nad zwierzętami, zob. idem, *Zagadnienia...*, s. 50 i cyt. tam literatura.

<sup>198</sup> Jak w wyżej wymienionych przykładach podawanych przez K. Oleksego.

## Zakończenie

Głównym celem niniejszej pracy była próba wykazania, że odpowiednio pojmowany prawny moralizm nie jest *per se* sprzeczny z wolnościową naturą liberalnej demokracji. W toku wywodu posługiwano się nie tylko przykładami *de lege lata* potwierdzającymi, iż moralność cały czas stanowi ważny komponent naszych wspólnot, lecz przede wszystkim starano się przekonać, że *de lege ferenda* nie powinniśmy z niego rezygnować. Wykorzystano do tego kilka rodzajów argumentów, spośród których wymienić można między innymi: odwołania do intuicji, argumenty prawne dotyczące naszego pojmowania prawa karnego i jego cech wyróżniających, argumenty przeciwko zasadzie krzywdy i łączącej się z nią zasadzie neutralności czy też argumenty filozoficzne, zwłaszcza odnośnie do ludzkiej autonomii.

Prawny moralizm został przedstawiony w kilku postaciach: utylitarnego moralizmu J.F. Stephena, społecznego moralizmu P. Devlina, a także nowego prawnego moralizmu R.P. George'a, M.S. Moore'a oraz R.A. Duffa. Dwie pierwsze wersje prawnego moralizmu zostały zasadniczo odrzucone, choć zauważono, że część argumentacji adwersarzy J.S. Milla i H.L.A. Harta nie zasługuje na całkowitą krytykę. Porównano również moralizmy Stephena i Devlina ze stanowiskami wybranych myślicieli z dziedziny filozofii oraz filozofii prawa. Stwierdzono, że koncepcja Stephena stanowi konserwatywny wkład w dorobek utylitarystów, z kolei myśl Devlina różni się istotnie od stanowisk klasycznych, utożsamianych z Platonem, Arystotelesem czy św. Tomaszem z Akwinu.

Co się tyczy nowego prawnego moralizmu, to nie sposób nie odnotować, że jego poszczególne wersje różnią się między sobą w sposób znaczący. Niemniej, nie ma powodów, by odrzucać je jako niezgodne z pryncypiami liberalnej demokracji. Najbardziej obiecującym prawnym moralizmem, w swym zasadniczym kształcie, wydaje się być ten reprezentowany przez Duffa. Rozumiem go jako komunitarystyczną korektę liberalizmu<sup>1</sup>, ważną i potrzebną w publicznej deliberacji na temat kształtu prawa we współczesnych wspólnotach liberalno-demokratycznych. Moralizmy George'a i Moore'a są istotne w moim rozumieniu prawnego moralizmu, ponieważ bezpośrednio kwestionują wyłączający charakter racji neutralnych. Ostatecznie zasugerowano następującą definicję prawnego moralizmu: Prawny moralizm to teoria legislacji, zgodnie z którą niemoralność czynu jest *pro tanto* dobrą racją dla jego

---

<sup>1</sup> A. Duff swoją koncepcję nazywa „liberalnym komunitaryzmem”.

kryminalizacji. Niemoralność czynu jest zarazem warunkiem koniecznym, choć niewystarczającym do jego kryminalizacji. W rozprawie przyjęto, że ani zasada krzywdy, ani też neutralność uzasadniania nie powinny wyłączać deliberacji moralnych. Wydaje się, że stanowi to ważny wkład prawnego moralizmu w debacie filozoficznoprawnej.

Jednym z kryteriów używanych do dystynkcji tych odmian prawnego moralizmu był ich stosunek do moralności pozytywnej i krytycznej. Moralizmem powołującym się jednoznacznie na moralność pozytywną jest koncepcja sędziego Devlina, zaś moralizmami jednoznacznie moralnie krytycznymi – koncepcje George’a i Moore’a. Dość niejednoznaczny w tej kwestii pozostaje moralizm Stephena, natomiast moralizm Duffa próbuje pogodzić solidarność wspólnotową z racjonalną, krytyczną moralnością. W niniejszej pracy przyjęto tę ostatnią perspektywę. Wiązało się to również z propozycją reinterpretacji pojęcia moralności lub moralności publicznej. W tym ujęciu miałyby one nie łączyć się wprost z odczuciami moralnymi aktualnej większości danego społeczeństwa, które to traktowane powinny być jedynie jako „surowiec” do dalszej interpretacji w duchu krytycznym. Odczucia moralne powinny być zatem oceniane z jednej strony w świetle ich wewnętrznej spójności, z drugiej zaś – w świetle racjonalnych argumentów. W przypadku, gdy nie istnieją dostateczne racje do obejmowania prawnym zakazem określonego zachowania, a jedynymi argumentami przemawiającymi na rzecz takiego objęcia są argumenty odwołujące się do odczuć bieżącej większości, zakaz nie powinien zostać ustanowiony. Zaletą tego podejścia jest jego elastyczność i nieskrępowanie przypadkowymi konwencjami społecznymi. Wadą – niejednoznaczność i konieczność każdorazowej hermeneutycznej interpretacji, a co za tym idzie – pewna niedookreśloność.

W odniesieniu do polskiego piśmiennictwa wskazano, że racjonalna argumentacja oparta o moralność krytyczną uwzględniającą społeczne tradycje może zostać wkomponowana w interpretację pojęcia społecznej szkodliwości czynu (społeczne niebezpieczeństwo). W doktrynie prawa karnego przyjmuje się, że argumentacja powinna przebiegać poprzez sformułowanie dobra prawnego pozostającego pod ochroną przepisów prawa. Prawny moralizm nie jest sprzeczny z koncepcją dóbr prawnych, jeżeli przyjmie się – jak prawdopodobnie większość doktryny – schemat powstawania dóbr prawnych, u źródła którego tkwi moralne rozróżnienie między dobrem a złem. Społeczna szkodliwość w aspekcie moralnym wiąże się zatem z obiektywną istotą materialnych podstaw wprowadzenia

karalności, niezależną od jakiegokolwiek oceny ustawodawcy<sup>2</sup>. W aspekcie subiektywnym społeczna szkodliwość podlega, rzecz jasna, ocenie ustawodawcy. Ustawodawca jednakże jedynie deklaruje (ogłasza), które czyny są niemoralne lub społecznie szkodliwe. Jego deklaracja nie ma charakteru w pełni konstytutywnego, nawet przy przestępstwach typu *mala prohibita* – jak twierdzą prawni moralisci. Odnotować poza tym warto, że do moralizmów Duffa i Moore’a odwołuje się bezpośrednio w swoich pracach Krzysztof Szczucki, co potwierdza wpływ myśli prawnomoralistycznej i jej coraz to większe znaczenie.

Przedstawiona wersja prawnego moralizmu, jako komunitarystycznej teorii legislacji, czerpie nadto z myśli filozofów polityki. Inspirację stanowił w szczególności perfekcjonistyczny komunitaryzm Michaela J. Sandela<sup>3</sup>. Przywoływani byli także Charles Taylor oraz Alasdair MacIntyre. Ponadto uznano, że wsparcia tak pojmowanemu prawnemu moralizmowi udzielić może liberalny perfekcjonizm Joseph’a Raza.

Od Raza pożyczono również ideę racji wyłączających. Karnoprawne zakazy są dopuszczalne o tyle, o ile dane zachowanie wpisuje się w sferę publiczną danej wspólnoty. Niepubliczność, w specyficznym znaczeniu przyjętym w niniejszej pracy, wyłącza możliwość wprowadzenia karnego zakazu. Podkreślenia wymaga, że możliwości tej nie wyłączają racje oparte o neutralność, bezstronność, społeczną kooperację czy niewyrządzanie krzywdy. Racje te mogą przeważać nad racjami na rzecz kryminalizacji, nie powinny natomiast wykluczyć ich z prawnych rozważań. W ramach „korekty liberalizmu” zasugerowano również, że zasada krzywdy uznać musi wyższość zasady dobra wspólnego, rozumianego jako suma warunków, dzięki którym można osiągnąć swoją własną doskonałość, oraz zasady godności jednostki. Obie te zasady wydają się problematyczne z punktu widzenia neutralności światopoglądowej.

W tym miejscu nasuwa się pytanie o właściwy stosunek do zasady neutralności. W rozprawie poddano krytyce zarówno koncepcje neutralności pozostające w symbiozie z zasadą krzywdy, jak i presuponujące wyłączający charakter racji neutralnych – zwłaszcza koncepcje Johna Rawlsa i Wojciecha Ciszewskiego. Ta ostatnia jawi się jako najbardziej atrakcyjna, gdyż niezakładająca, nawet *implicite*, żadnych konkretnych legislacyjnych rozwiązań. Jednakże ceną za tę atrakcyjność jest potencjalna rażąca niesprawiedliwość materialna oraz ograniczone możliwości jej korekty. Problematycznym aspektem pozostaje

---

<sup>2</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 100.

<sup>3</sup> Na temat perfekcjonistycznego komunitaryzmu Sandela zob. Ł. Dominiak, *Wartość wspólnoty. O filozofii politycznej komunitaryzmu*, Toruń 2010, s. 156-254.

także kwestia pojmowania akceptowalności określonych racji przez demokratycznego obywatela.

Pewnym rozwiązaniem może być tutaj neutralność, którą zaproponował Alan Patten. Autor ten przez domenę neutralności rozumie „zakres koncepcji dobra, w stosunku do których państwo ma rację *pro tanto*, by być neutralne”<sup>4</sup>. Neutralność proponowana przez Pattena jest zatem neutralnością *pro tanto*, nie zaś neutralnością wyłączającą. Jak pisze,

Moim zdaniem państwo nie ma żadnego powodu, by rozciągać neutralność na pewne koncepcje. Niektóre koncepcje dobra odrzucają wartość samostanowienia, na której opiera się neutralność, lub odrzucają pokrewne wartości o porównywalnym lub większym znaczeniu. Te koncepcje, które na ogół mają charakter nieliberalny i/albo niedopuszczalny (bo sprzeczny z prawami innych), nie wchodzą w zakres neutralności. Państwa nie mają też, moim zdaniem, powodu, by być neutralne wobec bezwartościowych koncepcji dobra<sup>5</sup>.

Odrzucenie „bezwartościowych koncepcji dobra” przypomina pluralistyczne perfekcjonizmy George’a oraz Raza, które to ograniczają się do moralnie dopuszczalnych opcji. Jak dalej wskazuje Patten, „Racja dla państwa, by wspierać antyperfekcjonizm, nie zawsze jest ostateczna, ponieważ oprócz interesu polegającego na samostanowieniu (...), można również oczekiwać, że ludzie będą mieli interes w posiadaniu maksymalnie wartościowej koncepcji dobra. Można sobie wyobrazić, że w pewnych warunkach szanse na to, że dobrze pomyślana polityka perfekcjonistyczna przyczyni się do realizacji tego drugiego interesu, nie wyrządzając zbyt wiele szkody pierwszemu, będą na tyle duże, że w rezultacie polityka perfekcjonistyczna jest dopuszczalna”<sup>6</sup>.

Generalnie, Patten rekomenduje traktować neutralność jako pożądaną postawę organów państwowych, u fundamentów której leżą jednak nieneutralne przesłanki. Te nieneutralne przesłanki lub wartości zobowiązują państwo, w pewnych kontekstach, do bycia neutralnym pomiędzy różnymi koncepcjami dobra<sup>7</sup>. Taką centralną dla Pattena wartością jest możliwość samostanowienia. Wykluczenie koncepcji dobra negujących tę wartość lub rozciągających ją na bezwartościowe wizje dobra jest pewnym ukłonem w stronę krytyków „tradycyjnych” ujęć neutralności, takich jak chociażby Rawlsa lub Dworkina. Ci autorzy bowiem – jak się wydaje – zakładali pewną wizję dobra oraz wizję jednostki (antypaternalistyczną, indywidualistyczną), jednocześnie, jak twierdzą krytycy, nienależycie uzasadniając tę kontrowersyjną przecież

---

<sup>4</sup> A. Patten, *Equal Recognition: The Moral Foundations of Minority Rights*, Princeton 2014, s. 109.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 130.

<sup>7</sup> Ibidem, s. 109.



wizję. Według Patteny państwo powinno zachować neutralność, aby móc realizować nieneutralną wartość, jaką jest sprawiedliwa możliwość samostanowienia jednostek.

W polskiej literaturze o neutralności *pro tanto* pisał Wojciech Brzozowski<sup>8</sup>. Swoje rozważania autor ten prowadził głównie w odniesieniu do Konstytucji RP (deliberacje były więc ograniczone prawem takim, jakie jest). Niemniej jego interpretacja neutralności jako zasady, nie zaś reguły, w Dworkinowskim rozumieniu tych pojęć<sup>9</sup>, może być przydatna w interesującym nas kontekście. Na gruncie Konstytucji RP Brzozowski uznaje, że zasada neutralności (bezstronności światopoglądowej) musi być interpretowana obok innych zasad, w tym także tych, z których można wywieść normy paternalistyczne lub moralistyczne. Zasada neutralności nie obowiązuje zatem w postaci „wszystko albo nic”. Jak pisze Brzozowski:

W efekcie może się okazać, że nakaz zapinania pasów bezpieczeństwa – niewątpliwie motywowany paternalistycznie, skoro państwo decyduje się nakłonić jednostkę do zachowania, które uważa za bezpieczniejsze, choćby wbrew woli samej jednostki, świadomej zagrożeń w ruchu drogowym – jest zgodny z Konstytucją, ale np. hipotetyczny zakaz *bungee jumping* zapewne zostałby uznany za niekonstytucyjny. Spór o konstytucyjne granice paternalizmu i moralizmu władzy publicznej musi być rozstrzygany *a casu ad casum*, a zapadające w nim ustalenia nie zawsze są oczywiste i mogą zmieniać się wraz z ewolucją postaw społecznych. Przykładowo, przeciwdziałanie przez państwo narkomanii w drodze zakazu posiadania pewnych rodzajów substancji, w dodatku wzmocnione sankcją karną, uważa się na ogół za legitymowane konstytucyjnie, podczas gdy analogiczny zakaz posiadania napojów alkoholowych zostałby zapewne uznany za niedopuszczalny, choć przecież nie wynika to bezdyskusyjnie z prostego porównania ich szkodliwości dla zdrowia i potencjału uzależniającego<sup>10</sup>.

Z kolei perfekcjonistyczne ustępstwo na rzecz zasady neutralności znajdujemy w stanowisku prezentowanym przez wspomnianego w niniejszej pracy Stevena Walla. Autor ten, podobnie jak zresztą nowi prawni moralisci, uznaje pluralizm nieporównywalnych i niewspółmiernych ideałów dobrego życia. Jego zdaniem perfekcjonizm i neutralność państwa są kompatybilne w zakresie tych koncepcji dobrego życia, które mają jednakową wartość lub są nieporównywalne w tym znaczeniu, że żadna nie może zostać uznana za lepszą albo gorszą. Innymi słowy, neutralność państwa jest możliwa, a nawet pożądana, gdy idzie o stosunek do

---

<sup>8</sup> W. Brzozowski, *Granice neutralności światopoglądowej państwa*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 12, s. 92-93.

<sup>9</sup> W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011, s. 58-61, 169.

<sup>10</sup> W. Brzozowski, *Granice...*, s. 92.

jednakowo wartościowych koncepcji<sup>11</sup>. Perfekcjonistyczna neutralność nie obejmuje zatem wszystkich pojawiających się w społeczeństwie koncepcji dobrego życia, a jedynie te, które są uznane za wartościowe. Zasada ta przyjmuje następującą postać:

Jeżeli dwa lub więcej ideałów dobrego życia jest dostępnych dla tych, którzy żyją w konkretnym politycznym społeczeństwie, i jeżeli te ideały mają zwolenników w tym politycznym społeczeństwie, i jeżeli te ideały nie mogą zostać sklasyfikowane przez rozum jako lepsze lub gorsze, to państwo, w zakresie, w jakim działa w celu promocji dobra w tym politycznym społeczeństwie, powinno pozostać neutralne we wspieraniu tych ideałów<sup>12</sup>.

Zarówno Patten, jak i Brzozowski – jako zwolennicy neutralności światopoglądowej – z pewnością nie zgodziliby się w całości z prawnymi moralistami, perfekcjonistyczną neutralnością Walla, jak również z wersją prawnego moralizmu przedstawioną w rozdziale piątym niniejszej rozprawy. Jednakże uznane przez nich ograniczenia zasady neutralności z jednej strony, z drugiej zaś rozumienie prawnego moralizmu jako korekty liberalizmu, a nie jego całkowitej negacji, stwarzają warunki do – jeżeli nie konsensusu – to przynajmniej pewnego kompromisu. Dzięki temu stanowiska adwersarzy mogą się do siebie zbliżyć, co pozwoli na wyciągnięcie właściwych wniosków nie tylko w sferze filozofii polityki i prawa, ale również – być może – w konkretnych przepisach, instytucjach i praktykach.

Rekapitulując, uważam, że paradygmat neutralności *pro tanto* oraz skromnego prawnego moralizmu, pluralistycznego perfekcjonizmu i komunitaryzmu jako korekty liberalizmu jest najbardziej odpowiedni w debacie na temat związków między prawem a moralnością we współczesnych wspólnotach liberalno-demokratycznych. Odpowiednio rozumiany prawny moralizm, jako część składowa tego paradygmatu, nie pozostaje zaś w sprzeczności z podstawowymi założeniami liberalnej demokracji.

---

<sup>11</sup> S. Wall, *Neutralism for Perfectionists: The Case of Restricted State Neutrality*, „Ethics” 2010, vol. 120, nr 2, s. 233.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 238.

## **Bibliografia:**

- Adamczewski B., *Hans-Georg Gadamer i hermeneutyczny problem aktualizacji tekstów biblijnych*, „The Biblical Annals” 2006, vol. 53, nr 1.
- Adams N.P., *In defense of exclusionary reasons*, „Philosophical Studies” 2021, vol. 178.
- Alexander L., *Harm, Offense, and Morality*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 1994, vol. 7, nr 2.
- Alexander L., *Illiberalism All the Way Down: Illiberal Groups and Two Conceptions of Liberalism*, „Journal of Contemporary Legal Issues” 2002, vol. 12, nr 2.
- Alexander L., *Plastic Trees and Gladiators: Liberalism and Aesthetic Regulation*, „Legal Theory” 2010, vol. 16, nr 2.
- Alexander L., *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, „University of Pennsylvania Law Review” 1992, vol. 141, nr 1.
- Allan J., *Revisiting the Hart-Devlin Debate: At the Periphery and By the Numbers*, „San Diego Law Review” 2017, vol. 54, nr 2.
- Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 1982.
- Arystoteles, *Polityka*, tłum. L. Piotrowicz, [w:] idem, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.
- Arystoteles, *Retoryka. Retoryka dla Aleksandra. Poetyka*, tłum. H. Podbielski, Warszawa 2008.
- Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge 2007.
- Bachmat P., *Przestępstwa z art. 256 i 257 k.k. – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Bachmat-Przest-z-art-256-i-257-2005.pdf>.
- Bagińska E., *Recenzja dzieła Beaty Więżowskiej pt. Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, t. VIII.
- Baker D.J., *The Harm Principle vs Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2008, vol. 33.
- Baker D.J., *The Moral Limits of Consent as a Defense in the Criminal Law*, „New Criminal Law Review” 2009, vol. 12, nr 1.
- Bartyzel J., *W gąszczu liberalizmów. Próba periodyzacji i klasyfikacji*, Lublin 2012.
- Barut A., *Postmodernistyczna struktura i hermeneutyczny autorytet, czyli polityczne implikacje dwóch ponowoczesnych nurtów filozoficznych*, „Rocznik Europeistyczny” 2017, t. 3.
- Bauer P.C., Poama A., *Does Suffering Suffice? An Experimental Assessment of Desert Retributivism*, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7170504/>.
- Bell M.C., *John Stuart Mill's Harm Principle and Free Speech: Expanding the Notion of Harm*, „Utilitas” 2020.

Bentham J., *A defence of usury; showing the impolicy of the present legal restraints on the terms of pecuniary bargains*, Londyn 1787.

Bentham J., *Of Laws in General*, Londyn 1970.

Bentham J., *Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*, [w:] idem, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1, Indianapolis 2011.

Bentham J., *Offences Against One's Self*, „Journal of Homosexuality” 1978, vol. 3 nr 4.

Bentham J., *Rationale of Reward*, Londyn 1825.

Bentham J., *Theory of Legislation*, Londyn 1863..

Bentham J., *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, tłum. B. Nawroczyński, Kraków 1958.

Bergson H., *Dwa źródła moralności i religii*, tłum. P. Kostyło SJ, K. Skorulski SJ, Kraków 1993.

Berlin I., *Dwa pojęcia wolności*, [w:] idem, *Wolność*, tłum. B. Baran, Warszawa 2017.

Berlin I., *John Stuart Mill and the Ends of Life* [w:] J. Gray, G.W. Smith (red.), *J.S. Mill On Liberty*, Londyn 1991.

Besson S.A., *Discrimination and Freedom of Contract: Philosophical and Economic Foundations of the Law against Racial Discrimination in Employment*, „International Journal of Discrimination and the Law” 1999, vol. 3, nr 4.

Bieluk M., *Sterylizacja jako przesłanka dochodzenia odpowiedzialności z tytułu wrongful conception*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 2.

Blackburn S., *Platon. Państwo. Biografia*, tłum. A. Dzierzgowska, Warszawa 2007.

Block W., *The Case for Discrimination*, Ludwig von Mises Institute 2010.

Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, LEX.

Bradley G.V., George R.P., *Marriage and the Liberal Imagination*, „The Georgetown Law Journal” 1995, vol. 84.

Bradley G.V., *Pluralistic Perfectionism: a Review Essay of Making Men Moral*, „Notre Dame Law Review” 2014, vol. 71, nr 4.

Brenton Stearns J., *Bentham on Public and Private Ethics*, „Canadian Journal of Philosophy” 1975, nr 4.

Brilmayer L., *Lonely Libertarian: One Man's View of Antidiscrimination Law*, „San Diego Law Review” 1994, vol. 31, nr 1.

Brink D.O., *Retributivism and Legal Moralism*, „Ratio Juris” 2012, vol. 25, nr 4.

Brodecki Z., Koncewicz T.T., „*Wspólnotowa rozumność*” w *Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Warszawa 2008.

Brodin T.F., *The Straw Man of Legal Positivism*, „*Notre Dame Lawyer*” 1959, nr 34.

Broome J., *Rationality Through Reasoning*, Wiley-Blackwell 2013.

Brownlee K., *Professional Ethics and Criminal Law*, „*Law, Ethics and Philosophy*” 2019, vol. 7.

Brzozowski W., *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011.

Brzozowski W., *Granice neutralności światopoglądowej państwa*, „*Państwo i Prawo*” 2014, z. 12.

Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Mozgawa M., *Prawo karne materialne: Część ogólna*, Warszawa 2020.

Budyn-Kulik M., Kulik M., *Spoleczna szkodliwość czynu jako klauzula generalna w prawie karnym*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*” 2016, nr 2.

Budziszewski J., *Commentary on Thomas Aquinas's Treatise on Law*, Cambridge 2014.

Bülöw W., *Deserved Delayed Release? The Communicative Theory of Punishment and Indeterminate Prison Sentences*, „*Criminal Justice Ethics*” 2018, vol. 37, nr 1.

Bunikowski D., *Idea neutralności moralnej prawa we współczesnych systemach prawnych*, [w:] S. Janeczek, A. Starościc (red.), *Etyka: Część II: Filozoficzna etyka życia spełnionego* Lublin 2016.

Bunikowski D., *Wolność oraz postęp a idee liberalne i komunitarystyczno-konserwatywne w prawie*, „*Roczniki Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Toruniu*” 2009, nr 8.

Burns T., *Aristotle and Natural Law*, Londyn 2011.

Cairns H., *Plato's Theory of Law*, [w:] R.O. Brooks, *Plato and modern law*, Nowy Jork 2007.

Campos A.S., *Aquinas's „lex iniusta non est lex”: a Test of Legal Validity*, „*Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*” 2014, vol. 100, nr 3.

Chen S., *Locke's Political Arguments for Toleration*, „*History of Political Thought*” 1998, vol. 19, nr 2.

Chlebowicz P., *Przemoc stadionowa w ocenie prawnokarnej*, „*Prokuratura i Prawo*” 2016, nr 1.

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

Ciszewski W., Dyrda A., *Remedium wobec diagnozy, czyli jak liberalizm polityczny odpowiada na fakt niezgody*, „*Diametros*” 2013, nr 37.

Ciszewski W., *System uzasadnienia teorii sprawiedliwości Johna Rawlsa*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 6.

Ciszewski W., *W stronę „miękkiej” neutralności światopoglądowej państwa*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 6.

Ciszewski W., *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*, Kraków 2019.

Colaiaco J.A., *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, Londyn 1983.

Cook M., *London and the Culture of Homosexuality 1885-1914*, Cambridge 2003.

Cox D.J., Stevenson K., Harris C., Rowbotham J., *Public Indecency in England 1857-1960: A Serious and Growing Evil*, Londyn 2015.

Crimmins J.E., *Bentham and Hobbes: An Issue of Influence*, „Journal of the History of Ideas” 2002, vol. 63, nr 4.

Crowe J., *Reinterpreting Government Neutrality*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2004, vol. 29.

Czarnecka A., *Perfekcjonizująca rola prawa w teorii Roberta P. George’a*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. 16, nr 2.

Czarnecka A., *Pojęcie prawa w nowej teorii prawa naturalnego*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, t. 14.

Dagger R., *Crime, Morality, and Republicanism*, [w:] J. Jacobs, J. Jackson (red), *The Routledge Handbook of Criminal Justice Ethics*, Nowy Jork 2016.

DeGirolami M.O., *Against Theories of Punishment: The Thought of Sir James Fitzjames Stephen*, „Ohio State Journal of Criminal Law” 2012, vol. 9.

Dempsey M.M., *The Public Realms: On How to Think About Public Wrongs*, „Law, Ethics and Philosophy” 2019, vol. 7.

Derlatka M., *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 6.

Derlich-Mielczarek J., *Czy niemoralność czynu może być wystarczającą przesłanką penalizacji? Stanowisko Joela Feinberga, czyli sprzeciw wobec moralizmu prawnego*, [w:] P. Jabłoński, J. Kaczor, M. Pichlak (red.), *Prawo i polityka w sferze publicznej. Perspektywa zewnętrzna*, Wrocław 2018.

Devlin P., *Democracy and Morality*, [w:] idem, *The Enforcement of Morals*, Nowy Jork 1975.

Devlin P., *Morals and Contemporary Social Reality*, [w:] idem, *The Enforcement of Morals*, Nowy Jork 1975.

Devlin P., *Morals and the Criminal Law*, [w:] idem, *The Enforcement of Morals*, Nowy Jork 1975.

Devlin P., *Morals and the Law of Marriage*, [w:] idem, *The Enforcement of Morals*, Nowy Jork 1975.

Dębska H., *Mowa nienawiści a wolność słowa w Internecie – w poszukiwaniu uniwersalnego rozwiązania. Uwagi na marginesie rozważań Jamesa Banksa*, [w:] M. Wysocka-Pleczyk, B. Świeży (red.), *Człowiek zalogowany. Od mowy nienawiści do integracji w sieci*, Kraków 2013.

Dimock S., *Contractarian Criminal Law Theory and Mala Prohibita Offences*, [w:] R.A. Duff, L. Farmer i in. (red.), *Criminalization The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford 2014.

Długosz J., *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, Warszawa 2012.

Dominiak Ł., *Libertarianism and Original Appropriation*, „Historia i Polityka” 2017, nr 22.

Dominiak Ł., *Metoda równowagi refleksyjnej (reflexive equilibrium) w filozofii polityki*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2012, nr 36.

Dominiak Ł., *Problem aksjomatyczności zasady autowłasności w filozofii politycznej libertarianizmu*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2016, nr 49.

Dominiak Ł., *Problem dobrowolnego niewolnictwa w filozofii politycznej libertarianizmu*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2017, nr 54.

Dominiak Ł., *Wartość wspólnoty. O filozofii politycznej komunitaryzmu*, Toruń 2010.

Dostojewski F., *Bracia Karamazow*, tłum. A. Pomorski, Kraków 2009.

Dripps D.A., *The Liberal Critique of the Harm Principle*, „Criminal Justice Ethics” 1998, vol. 17, nr 2.

Dudek M., *Autonomia, neutralność i indyferentność moralna prawa a jego uspołecznienie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 4.

Duff R.A., *A Criminal Law We Can Call Our Own?* „Northwestern University Law Review” 2017, vol. 111, nr 6.

Duff R.A., *Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Portland 2007.

Duff R.A., *Criminal Law and Criminalization: A Response to Critics*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2018, vol. 18, nr 1.

Duff R.A., *Criminalizing Endangerment*, „Louisiana Law Review” 2005, vol. 66, nr 3.

Duff R.A., *Harms and Wrongs*, „Buffalo Criminal Law Review” 2001, vol. 5, nr 1.

Duff R.A., *Karanie obywateli*, tłum. L. Schreiber, „Ius et Lex” 2006, nr 1.

Duff R.A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, [w:] K.K. Ferzan, S.J. Morse (red.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Nowy Jork 2016.

Duff R.A., Marshall S.E., *Crimes, Public Wrongs, and Civil Order*, „Criminal Law and Philosophy” 2019, nr 13.

Duff R.A., Marshall S.E., *Criminalizing Hate?*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2684202](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2684202).

Duff R.A., *Penance, Punishment and the Limits of Community*, „Punishment & Society” 2003, vol. 5, nr 3.

Duff R.A., *Political Retributivism and Legal Moralism*, Virginia Journal of Criminal Law 2012, vol. 1, nr 1.

Duff R.A., *The Realm of Criminal Law*, Nowy Jork 2018.

Duff R.A., *Towards a Modest Legal Moralism*, „Criminal Law and Philosophy” 2014, nr 8.

Duff R.A., *Punishment, Communication and Community*, Nowy Jork 2001.

Dworkin G., *Paternalism*, „The Monist” 1972, vol. 56, nr 1.

Dworkin G., *Harm and the Volenti Principle*, „Social Philosophy and Policy Foundation” 2012, vol. 29, nr 1.

Dworkin R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts 1985.

Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.

Dworkin R., *Is There a Right to Pornography*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1981, vol. 1, nr 2.

Dworkin R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts 2011.

Dworkin R., *Liberal Community*, „California Law Review” 1989, vol. 77, nr 3.

Dworkin R., *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, „Yale Law Journal” 1966, nr 75.

Dworkin R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts 2000.

Dybowski K., *Utylitarystyczna filozofia prawa Johna Austina*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 3.

Dyzenhaus D., *John Stuart Mill and the Harm of Pornography*, „Ethics” 1992, vol. 102, nr. 3.

Epstein R.A., *Forbidden Grounds The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge, Massachusetts 1992.

Epstein R.A., *The Harm Principle - And How It Grew*, „The University of Toronto Law Journal” 1995, vol. 45, nr 4.

Epstein R.A., *The Incompleteness of the Harm Principle*, „Technology Review” 2013, <https://www.technologyreview.com/2013/04/26/83690/the-incompleteness-of-the-harm-principle/>.



Falski J., *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 października 2018 r. w sprawie E.S. vs. Austria, skarga nr 38450/12*, „Przeгляд Sejmowy” 2020, nr 4.

Feinberg J., *Harm to Others*, Nowy Jork 1984.

Feinberg J., *Harm to Self*, Nowy Jork 1986,

Feinberg J., *Harmless Wrongdoing*, Nowy Jork 1990.

Feinberg J., *Offense to Others*, Nowy Jork 1985,

Feinberg J., *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, „Social Philosophy and Policy” 1986, vol. 4, nr 1.

Ferrell J., *The alleged relativism of Isaiah Berlin*, „Critical Review of International Social and Political Philosophy” 2008, vol. 11, nr 1.

Filutowska K., *Czy jednostka jest moralnie odpowiedzialna za czyny swoich przodków? Kilka uwag na marginesie koncepcji tożsamości narracyjnej i społecznej Alasdaira MacIntyre’a*, „Przeгляд Filozoficzno-Literacki” 2012, nr 1-2.

Filutowska K., *Tożsamość narracyjna jako empiryczna podmiotowość - MacIntyre, Taylor, Ricoeur*, Warszawa 2018.

Finnis J., *Abortion and legal rationality*, „Adelaide Law Review” 1970, vol. 3, nr 4.

Finnis J., *Abortion is unconstitutional*, <https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional>.

Finnis J., *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford 1998.

Finnis J., *Legal Enforcement of „Duties to Oneself „: Kant vs. Neo-Kantians*, „Columbia Law Review” 1987, vol. 87, nr 3.

Finnis J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 2011.

Finnis J., *O racji publicznej*, tłum. A. Folta, „Ius et Lex” 2005.

Finnis J., *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Warszawa 2001.

Finnis J., *Public Reason, Abortion, and Cloning*, „Valparaiso University Law Review” 1998, vol. 32, nr 2.

Fitzpatrick J.R., *Starting with Mill*, Londyn 2010.

Flemming M., Kutzmann W., *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu. Rozdział XXXII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 1999.

Fletcher G.P., *Law and Morality: a Kantian Perspective*, „Columbia Law Review” 1987, vol. 87, nr 3.

Forst R., *Toleration in Conflict: Past and Present*, Cambridge 2013.

Frischhuta M., *The Ethical Spirit of EU Law*, Springer 2018.

Gadamer H.-G., *Prawda i Metoda*, Warszawa 2004.

Galvin R., *Legal moralism and the U.S. Supreme Court*, „Legal Theory” 2008, vol. 14, nr 2.

Gardner J., *Book Review: Punishment, communication and community*, „Punishment & Society” 2002, vol. 4, nr 4.

Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.

George R.P., *Clash Of Orthodoxies: Law Religion & Morality In Crisis*, Wilmington 2001.

George R.P., Finnis J., *Opinia prawna dla Sądu Najwyższego w sprawie Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners v. Jackson Women's Health Organization, et al.*

George R.P., *In Defense of Natural Law*, New York 2004.

George R.P., *Law, Democracy, and Moral Disagreements*, „Harvard Law Review” 1997, vol. 110, nr 7.

George R.P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford 1993.

George R.P., *Moral Particularism, Thomism, and Traditions*, „The Review of Metaphysics” 1989, vol. 42, nr 3.

George R.P., *Moralistic Liberalism and Legal Moralism*, „Michigan Law Review” 1990, vol. 88, nr 6.

George R.P., *Natural Law*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2008, vol. 31, nr 1.

George R.P., *Pornography, public morality and constitutional rights*, <https://www.deseret.com/2011/10/23/20224958/robert-p-george-pornography-public-morality-and-constitutional-rights>.

George R.P., *Public Reason and Political Conflict: Abortion and Homosexuality*, „Yale Law Review” 1997, vol. 106.

George R.P., *The Central Tradition – Its Value and Limits*, [w:] C. Farrelly, L. Solum (red.), *Virtue Jurisprudence*, Nowy Jork 2008.

George R.P., *The Clash Of Orthodoxies: Law Religion & Morality In Crisis*, Wilmington 2001.

George R.P., *The Concept of Public Morality*, „The American Journal of Jurisprudence” 2000, vol. 45, nr 1.

George R.P., *The Unorthodox Liberalism of Joseph Raz*, „The Review of Politics” 1991.

George R.P., Wolfe C., *Natural Law and Public Reason*, Waszyngton 2000.

George R.P., *Review: Recent Criticism of Natural Law Theory*, „The University of Chicago Law Review” 1988, vol. 55, nr 4.

Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX.

Girgis S., George R.P., Anderson R.T., *What is Marriage?*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2011, vol. 34, nr 1.

Gizbert-Studnicki T., *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 110.

Glanc-Żabiełowicz M., *Debata Hart-Devlin. Studium z filozofii prawa*, Gdańsk 2021

Goodin R.E., *An Epistemic Case for Legal Moralism*, Oxford Journal of Legal Studies 2010, vol. 30, nr 4.

Grant A., *Ethics of Aristotle*, t. 1, Londyn 1885.

Gray J., *Post-Liberalism: Studies in Political Thought*, Nowy Jork 2006.

Greßler M.W., *Moralność publiczna jako wyznacznik treści pojęcia wolność gospodarcza*, „Prawo Kanoniczne” 2015, t. 58.

Grzyb M., *Tomasz Komenda i cynizm klasy politycznej*, „Kultura Liberalna”, <https://kulturaliberalna.pl/2018/03/21/grzyb-tomasz-komenda/>.

Gubiński A., *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961.

Gubiński A., *Zgoda pokrzywdzonego*, „Państwo i Prawo” 1960, nr 7.

Gutmann A., Thompson D., *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press 1996.

Habermas J., *The Future of Human Nature*, Cambridge 2016.

Habrat D., *Protection of Human Dignity as a Basis for Penalization of Hate Speech against People with Disabilities in Polish Criminal Law*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, nr 4.

Halldenius L., *Locke and the Non-arbitrary*, „European Journal of Political Theory” 2003, nr 2.

Harel A., *The Triadic Relational Structure of Responsibility: A Defence*, [w:] R. Cruft, M.H. Karmer, M.R. Reiff, *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Nowy Jork 2010.

Hart H.L.A., *Immorality and Treason*, [w:] R.A. Wasserstrom (red.), *Morality and the Law*, Wadsworth Publishing Company 1971.

Hart H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford 1982.

Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2020.

Hart H.L.A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Nowy Jork 2008.

Hart H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, „University of Chicago Law Review” 1967, vol. 35, nr 1.

Hessen S., *Prawo i moralność*, „Myśl Współczesna” 1948, nr 2–3.

Himmelfarb G., *On Liberty and Liberalism: The Case of John Stuart Mill*, Londyn 1974.

Hobbes T., *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Londyn 1839.

Hobbes T., *Lewiatan*, tłum. C. Znamierowski, Warszawa 2009.

Hobbes T., *O obywatelu*, [w:] idem, *Elementy filozofii*, tłum. C. Znamierowski, Kraków 1956.

Hobbes T., *The Elements of Law, Natural and Politic*, Cambridge 1928.

Holmes O.W., *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, vol. 10.

Holocher J., *Dobrowolna sterylizacja. Uwagi de lege lata*, „Studia Prawnicze” 2015, nr 1.

Holtug N., *The Harm Principle*, „Ethical Theory and Moral Practice” 2002, vol. 5, nr 4.

Hunt A., *Governing Morals: A Social History of Moral Regulation*, Cambridge 1999.

Hurd H.M., *Living with Genius: The Life and Work of Michael S. Moore*, [w:] K.K. Ferzan, S.J. Morse (red.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Nowy Jork 2016.

Hurri S., *Justice Kata Nomos and Justice as Epieikeia (Legality and Equity)*, [w:] L. Huppel-Cluysenaer, N. M.M.S. Coelho (red.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht 2013.

Husak D., *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Nowy Jork 2008.

Husak D., *Retribution in Criminal Theory*, „San Diego Law Review” 2000, vol. 37, nr 959.

Hyry H., *Legal Paternalism and Legal Moralism: Devlin, Hart and Ten*, „Ratio Juris”, vol. 5, nr. 2.

Jarra E., *Idea państwa u Platona i jej dzieje*, Warszawa 1918.

Jawor A., *Intymność cenzurowana: Panika moralna wokół rodziny na przykładzie rodzin nieheteronormatywnych w Polsce*, Warszawa 2018.

Jesiołowski K., *Are the European Courts neutral between conceptions of a good life? ECHR, CJEU, and the moral neutrality in action*, „Studia Iuridica Toruniensia”, artykuł oczekujący na publikację.

Jesiołowski K., *Kantowskie pojęcie godności a współczesne prawodawstwo*, „Societas et Ius” 2017, nr 6.

Jesiołowski K., *Koncepcja moralności publicznej Lorda Patricka Devlina a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 22.

Jesiołowski K., *Zakup kontrolowany a ochrona praw jednostki*, [w:] M. Cisek, Ł. Święcicki (red.), *Przestępstwo i kara w myśli politycznej, prawnej i ekonomicznej*, Radzymin 2018.

Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009.

Jędrzejewski Z., *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5.

John-Stewas N.St., *Life, Death and the Law; Law and Christian Morals in England and the United States*, Waszyngton 2002.

Juzaszek M., *Retributywizm a problem trafu prawnego*, [w:] S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Białystok 2015.

Kaczmarek P., *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, Warszawa 2014.

Kaczor C., *The Ethics of Abortion: Women's Rights, Human Life, and the Question of Justice*, Nowy Jork 2011.

Kaczorowski P., *Uwagi o pojęciu państwa i suwerenności*, „Civitas. Studia z filozofii polityki” 2010, nr 12.

Kalisz A., *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunatu Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunatu Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 4.

Kant I., *Krytyka czystego rozumu*, tłum. P. Chmielowski, Lwów 1904.

Kant I., *Krytyka praktycznego rozumu*, tłum. J. Gałęcki, Warszawa 2012.

Kant I., *Metafizyka moralności*, tłum. E. Nowak, Warszawa 2015.

Kant I., *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, [w:] idem, *Dziela zebrane. Tom VI*, tłum. M. Żelazny, Toruń 2012.

Kant I., *Odpowiedź na pytanie, czym jest Oświecenie?* [w:] idem, *Dziela zebrane. Tom VI*, tłum. T. Kupś, Toruń 2012.

Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, Kęty 2013.

Karaś T., Żółtek S., *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, *Karnoprawna ochrona wspólnoty. Wywiad z prof. Antonym Duffem*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 3.

Kekes J., *A Case for Conservatism*, Nowy Jork 1998.

Kekes J., *The Enforcement of Morality*, „American Philosophical Quarterly” 2000, vol. 37, nr 1.

Keys M.M., *Aquinas, Aristotle and the Promise of the Common Good*, Cambridge 2006.

Kędziora K., *John Rawls. Uzasadnienie, sprawiedliwość i rozum publiczny*, Łódź 2019.

Kędziora R., *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009.

Kirk R., *Libertarianie: szczebioczący sekciarze*, tłum. Ł. Świącicki, „Societas et Ius” 2017, nr 6.

Kirk R., *The Foreboding Conservatism of Stephen*, „The Western Political Quarterly” 1952, vol. 5, nr 4.

Kiska R., *Hate speech: A comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court jurisprudence*, „Regent Law Review” 2012, vol. 25, nr 107.

Kluza J., *Znieważenie w polskim prawie karnym. Przepięstwo z art. 216 k.k. w perspektywie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwosci ze szczegolnym uwzględnieniem orzecznictwa*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2017, nr 35.

Kłoczowski P., *Rola przyzwyczajęń w zyciu moralnym i politycznym – konfrontacja Arystotelesa i Kanta*, [w:] J. Miklaszewska (red.), *Rozum a porządek społeczny*, Kraków 2002.

Knight Ch., Wilson K., *Lesbian, Gay, Bisexual and Trans People (LGBT) and the Criminal Justice System*, Londyn 2016.

Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. III, LEX.

Kościółek J., *Mowa nienawiści jako zagrożenie dla spójności kulturowej współczesnych społeczeństw wielokulturowych*, „Politeja” 2019, nr 61.

Kowalewska-Łaguna M., *Dobrowolna sterylizacja w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Państwo i Prawo 2014, nr 1.

Kraynak R.P., *John Locke: From Absolutism to Toleration*, „The American Political Science Review” 1980, nr 1.

Kristol I., *Pornography, Obscenity and The Case For Censorship*, <https://www.nytimes.com/1971/03/28/archives/pornography-obscenity-and-the-case-for-censorship-pornography.html>.

Królikowski M., *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retributywne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” t. XLIII.

Krzymuski E., *Teoria karna Kanta ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym*, Kraków 2013.

Kubiak R., *Czy zgoda na ciężki uszczerbek na zdrowiu jest skuteczna prawnie*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczytno 2015.

Kulesza J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.

Kulesza J., *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014.

Kulesza W., *Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Rafała Guzika pt. „Wolność słowa a mowa nienawiści. Analiza karnoprawna”*, <https://wpia.uj.edu.pl/documents/41601/136198187/Recenzja.Guzik.Prof.Kulesza.pdf>.

Kuźmicz K., *Immanuel Kant jako inspirator polskiej teorii i filozofii prawa w latach 1918-1950*, Białystok 2009.

Lafitte F., *Homosexuality and the Law: The Wolfenden Report in Historical Perspective*, „The British Journal of Delinquency” 1958, vol. 9, nr 1.

- Laks A., *Prawodawcza utopia Platona*, tłum. D. Hartwich, „Meander: miesięcznik poświęcony kulturze świata starożytnego” 1999, nr 5.
- Lamentowicz W., *Paradoksy liberalnej demokracji*, [w:] L.W. Zacher (red.) *Transformacje demokracji. Doświadczenia, trendy, turbulencje, perspektywy*, Warszawa 2011.
- Lane M.S., *Method and Politics in Plato's Statesman*, Cambridge 1998.
- Lang W., *Wokół multicytryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 6.
- Lee P., George R.P., *The Wrong of Abortions*, [w:] A.I. Cohen, C.H. Wellman, *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Blackwell Publishing 2005.
- Lenaerts K., *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, „European Review of Private Law” 2017, vol. 25, nr 2.
- Letsas G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2007.
- Leyden W. von, *Aristotle and the Concept of Law*, „Philosophy” 1967, nr 159.
- Lippert-Rasmussen K., *Born Free and Equal: a Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Nowy Jork 2014.
- Locke J., *Dwa traktaty o rządzie*, tłum. Z. Rau, Warszawa 1992.
- Locke J., *List o tolerancji*, tłum. L. Joachimowicz, Warszawa 1963.
- Lord C., *Aristotle*, [w:] L. Strauss, J. Cropsey (red.), *History of Political Philosophy*, Chicago, Londyn 1987.
- Loughlin M., *Foundations of Public Law*, Oxford 2012.
- Luc J., *Czym jest rozumienie w humanistyce? Próba odpowiedzi Hansa-Georga Gadamera*, „IDEA. Studia nad strukturą i rozwojem pojęć filozoficznych” 2013, nr 25.
- Lukes S., Prabhat D., *Durkheim on law and morality: The disintegration thesis*, „Journal of Classical Sociology” 2012, vol. 12.
- Lyons D., *In the Interest of the Governed a Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, Oxford 2003.
- Łabaniec P., *Teoria prawa naturalnego Johna Finnis'a wobec sporu między pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawa naturalnego*, „Ius et Lex” 2002, nr 1.
- Łętowska E., *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4.
- Łuszczynska M., *Punishment as medicina peccatoris. Reflections on Capital Punishment in St. Thomas Aquinas' Doctrine*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius” 2018, nr 1.
- MacIntyre A., *Dziedzictwo cnoty*, Warszawa 1996, tłum. A. Chmielewski.

- MacIntyre A., *Krótką historia etyki*, tłum. A. Chmielewski, Warszawa 2000.
- Mackey T.C., *Pornography on Trial. A Handbook with Cases, Laws, and Documents*, Santa Barbara 2002.
- Marquis D., *Why Abortion is Immoral*, „The Journal of Philosophy” 1989, vol. 86, nr 4.
- Marshall G., *Constitutional Theory*, Oxford 1971.
- Marshall S.E., Duff R.A., *Criminalization and Sharing Wrongs*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 1998, vol. 11, nr 1.
- Maślanka T., *Morbus hermeneuticus. Paradygmat komunikacji w socjologicznej i filozoficznej refleksji nad kulturą*, „Uniwersyteckie Czasopismo Socjologiczne” 2014, nr 9.
- Matteo A.M., *Making Men Moral* (recenzja), [w:] P.E. Gottfried, *Politics and Regimes*, Routledge 2019.
- May L., *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford 2013.
- Meek J., *Queer Voices in Post-War Scotland. Male Homosexuality, Religion and Society*, Londyn 2015, s. 40.
- Meller A., *Libertariańska alternatywa dla demokracji*, „Dialogi Polityczne” 2008, nr 9.
- Meyer F., *Towards a Modest Legal Moralism: Concept, Open Questions, and Potential Extension*, „Criminal Law and Philosophy” 2014, vol. 8.
- Meyerson D., *Three Versions of Liberal Tolerance: Dworkin, Rawls, Raz*, „Jurisprudence” 2012, vol. 3, nr 1.
- Miętek A., *Nowa teoria prawa naturalnego. Główne konteksty i problemy*, „Dialogi Polityczne” 2008, nr 9.
- Mill D. van, *Liberty, Rationality, and Agency in Hobbes's Leviathan*, Nowy Jork 2001.
- Mill J.S., *O wolności*, [w:] idem, *Pisma o wolności i szczęściu*, tłum. B. Baran, G. Czernicki, J. Starkel, Warszawa 2017.
- Mirocha Ł., *Liberalne i komunitarystyczne próby uzasadnienia wolności religijnej a ich konsekwencje*, „Zeszyty Prawnicze” 2018, nr 2.
- Moffat R.C.L., *How Can Law Pave the Road to Perpetual Peace? What Law Does and What Law Does Well*, [w:] J. Miklaszewska, P. Spyszak (red.), *Kant wobec problemów współczesnego świata*, Kraków 2006.
- Moore M.S., *A Natural Law Theory of Interpretation*, „Southern California Law Review” 1985, vol. 58.
- Moore M.S., *A Tale of Two Theories*, „Criminal Justice Ethics” 2009, vol. 28, nr 1.
- Moore M.S., *Authority, Law, and Razian Reasons*, „Southern California Law Review” 1989, vol. 62.



Moore M.S., *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Nowy Jork 2009.

Moore M.S., *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Nowy Jork 2000.

Moore M.S., *Four Reflections On Law and Morality*, „William & Mary Law Review” 2006-2007, vol. 48, nr 5.

Moore M.S., *Good Without God*, [w:] R.P. George (red.), *Natural Law, Liberalism, and Morality: Contemporary Essays*, Nowy Jork 2002.

Moore M.S., *Legal Moralism Revisited*, „San Diego Law Review” 2017, vol. 54.

Moore M.S., *Liberty and Supererogation*, „Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics” 1998, vol. 6.

Moore M.S., *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, [w:] R.A. Duff, L. Farmer i in. (red.), *Criminalization The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford 2014.

Moore M.S., *Moral Reality* „Wisconsin Law Review” 1982, nr 6.

Moore M.S., *Moral Reality Revisited*, „Michigan Law Review” 1992, vol. 90, nr 8.

Moore M.S., *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford 2012.

Moran M.T., *Criminal Defamation and Public Insult Laws in the Republic of Poland: The Curtailing of Freedom of Expression*, „Michigan State International Law Review” 2018, nr 26.

Moreau S., *Discrimination and freedom*, [w:] K. Lippert-Rasmussen (red.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Nowy Jork 2018.

Morrow G.R., *Plato's Cretan City: A Historical Interpretation of the Laws*, Princeton 1993.

Mouffe Ch., *The Limits of John Rawls' Pluralism*, „Theoria: A Journal of Social & Political Theory” 2009, vol. 56, nr 118.

Mozgawa M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2020.

Muller J.Z., *Conservatism: An Anthology of Social and Political Thought from David Hume to the Present*, Princeton 1997.

Murphy J.B., *Positive Divine Law in Austin*, [w:] M. Freeman, P. Mindus (red.), *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, Dordrecht 2013.

Murphy J.G., *A Failed Refutation and an Insufficiently Developed Insight in Hart's Law, Liberty, and Morality*, „Criminal Law and Philosophy” 2013, nr 7.

Muszyńska A., *Narkomani. Sprawcy czynów karalnych*, Kraków 2004, LEX.

Nagel T., *Rawls on Justice*, „Philosophical Review” 1973, nr 82.

Norrie A., *Michael Moore's Deviation*, „Oxford Journal of Legal Studies 1999”, vol. 19, nr 1.

Nowlin C., *The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, „Human Rights Quarterly” 2002, vol. 24, nr 1.

- Nozick R., *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford 1999.
- Nussbaum M.C., *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, „Philosophy & Public Affairs” 2011, vol. 39, nr 1.
- Oleksy K., *Uzasadnianie kryminalizacji na wybranych przykładach przepisów pozakodeksowego prawa karnego sensu largo*, „Studia Iuridica” 2017, nr 69.
- Owen J.J., *The Tolerant Leviathan: Hobbes and the Paradox of Liberalism*, „Polity” 2005, vol. 37, nr 1.
- Parr T., *Revisiting Harmless Discrimination*, „Philosophia” 2019, vol. 47, nr 5.
- Patten A., *Equal Recognition: The Moral Foundations of Minority Rights*, Princeton 2014.
- Paulson S.L., *Sedno idei pozytywizmu prawniczego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2012, nr 2.
- Pawlak M., *Państwo i Kościół w myśli św. Tomasza z Akwinu i Marsyliusza z Padwy*, „Rocznik Tomistyczny” 2015, nr 4.
- Pełka M., *Metafizyczny realizm wobec wyzwań kontekstualizmu i nonfaktualizmu – rozważania na tle prawno-naturalnej teorii Michaela Moore’a*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017, nr 1, s. 74-89.
- Pełka M., *Ronald Dworkin o prawie do eutanazji*, „Forum Prawnicze” 2017, nr 2 (40).
- Peno M., *Autonomia – przymus – granice karania (uwagi na tle filozofii Josepha Raza)*, „Acta Iuris” 2016, nr 16.
- Peno M., *John Austin o strachu, sankcji i karze*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2017, nr 2.
- Peno M., *O wyborze moralnego zła, odpowiedzialności karnej i granicach prewencji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2015.
- Peno M., *Odpowiedzialność prawna z perspektywy filozofii odpowiedzialności. Rozważania na tle prawa karnego*, Szczecin 2018.
- Perlikowski Ł., *Monarchia sofokratyczna według Platona*, „Dialogi Polityczne” 2020, nr 28.
- Petersen T.S., *New Legal Moralism: Some Strengths and Challenges*, „Criminal Law and Philosophy” 2010, vol. 4, nr 2.
- Petersen T.S., *Why Criminalize?: New Perspectives on Normative Principles of Criminalization*, Cham 2020.
- Pettit P., *Liberty and Leviathan*, *Politics, Philosophy & Economics* 2005, nr 4.
- Piar D.F., *Morality as a Legitimate Government Interest*, „Penn State Law Review” 2012, vol. 117, nr 1.

Pickering M., *History as Horizon: Gadamer, tradition and critique*, „Rethinking History” 1999, vol. 3, nr 2.

Piechowiak M., *Do Platona po naukę o prawach człowieka*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004.

Piechowiak M., *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Warszawa 2012.

Piechowiak M., *Pomiędzy wolnością negatywną a obiektywnym dobrem. O trzech modelach procedur prawotwórczych*, [w:] M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, Toruń 2008.

Pietrzykowski T., Bogucka I., *Etyka w administracji publicznej*, Warszawa 2021.

Pietrzykowski T., *Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, „Studia Prawnicze” 2019, nr 1.

Pietrzykowski T., *Ujarmianie Lewiatana. Szkice o idei rządów prawa*, Katowice 2014.

Pildes R., *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, „Hastings Law Journal” 1994, vol. 45, nr 4.

Piontek E., *Konstytucje państw członkowskich w porządku prawnym Unii Europejskiej*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska, *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej*, Warszawa 2009.

Piskorski J., *Volenti non fit iniuria – niedoceniana czy przeceniana zasada prawa karnego?*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, Warszawa 2012.

Piwowarski W., *Państwo jako społeczność naturalna według św. Tomasza z Akwinu*, „Roczniki Nauk Społecznych” 1995, nr 1.

Platon, *Gorgiasz*, tłum. W. Witwicki, Sandomierz 2017.

Platon, *Kriton*. [w:] idem, *Dialogi*, tłum. W. Witwicki, Gdańsk 2000.

Platon, *Państwo*, tłum. W. Witwicki, Gliwice 2018.

Platon, *Prawa*, tłum. D. Zygmuntowicz, Kęty 2017.

Platon, *Sofista. Polityk*, tłum. W. Witwicki, Kęty 2002.

Plebanek E., *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009.

Podkowik J., *Moralność publiczna jako przesłanka ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 8.

Pontin J., *Free Speech in the Era of Its Technological Amplification*, „Technology Review” luty 2013, <https://www.technologyreview.com/2013/02/20/179799/free-speech-in-the-era-of-its-technological-amplification/>.

Popper K., *Spoleczeństwo otwarte i jego wrogowie. Urok Platona*, tłum. H. Kraheńska, t. 1, Warszawa 1993.

Posner R., *Overcoming Law*, Cambridge, Massachusetts 1997.

Posner R., *Sex and Reason*, Cambridge, Massachusetts 1992.

Posner R., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press 1993.

Prostak R., *Polityka liberalna i religia. Refleksje nad rozumem publicznym Johna Rawlsa i koncepcjami pokrewnymi*, „Kultura i Polityka” 2006, nr 6.

Prostak R., *Charles Taylor's critique of liberalism : liberal autonomy and communitarian heteronomy*, „Ad Americam. Journal of American Studies” 2003.

Prostak R., *Sprawiedliwość polityczna a neutralność Kilka uwag o rozumnej naturze liberalizmu politycznego Johna Rawlsa i Charlesa Larmore'a*, „Civitas. Studia z Filozofii Polityki” 2016, nr 18.

Przybył H., *John Rawls i kategoria sprawiedliwości*, „Studia Ekonomiczne/Akademia Ekonomiczna w Katowicach” 2006, nr 38.

Purshouse C., *A Defence of the Counterfactual Account of Harm*, „Bioethics” 2016, vol. 30, nr 4.

Quinn M., *Jeremy Bentham on Liberty of Taste*, „History of European Ideas” 2017, nr 6.

Quinn M., *Popular Prejudices, Real Pains: What Is the Legislator to Do When the People Err in Assigning Mischief?*, [w:] X. Zhai, M. Quinn (red.), *Bentham's Theory Of Law and Public Opinion*, Cambridge 2014.

R. Legutko, *John Stuart Mill a liberalizm*, „Kronos” 2021, nr 1.

Radziejewski P., *Propagowanie totalitaryzmu i nawoływanie do nienawiści (art. 256 Kodeksu karnego)*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2012, nr 1.

Ramsay M., *Slaves, Gladiators, and Death: Kantian Liberalism and the Moral Limits of Consent*, „Legal Theory” 2017, vol. 23, nr 2.

Rasmussen K., *Harm and Discrimination*, „Ethical Theory and Moral Practice: An International Forum” 2019, nr 22.

Rau Z., *Umowa społeczna w doktrynie Johna Locke'a*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński (red.), *Umowa społeczna i jej krytyce w myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2010.

Rawls J., *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998.

Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, tłum. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 2013.

Raz J., *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 1999.

Raz J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press 1986.

Reale G., *Historia filozofii starożytnej. Platon i Arystoteles*, t. 1, tłum. E. Zieliński, Lublin 2001.

*Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Londyn 1957.

Riley J., *The Routledge Guidebook to Mill's On Liberty*, Routledge 2015.

Ripstein A., *Beyond the Harm Principle*,  
<https://escholarship.org/content/qt0dw590g7/qt0dw590g7.pdf>.

Ripstein A., *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge 2009.

Rosebury B., *Moore's Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory*, „Criminal Law and Philosophy” 2011, nr 5.

Rostow E.V. *The Enforcement of Morals*, „Cambridge Law Journal” 1960, vol. 18, nr 2.

Rozbicki B., *Gadamer i Wittgenstein: o prawdzie jako grze*, „Czasopismo Filozoficzne” 2010, nr 6.

Różyńska J., „*Wolałbym nie istnieć niż żyć w takim stanie*”. *O koncepcji krzywdy opartej na racjonalnej preferencji Joela Feinberga*, „Etyka” 2014, nr 49.

Rumble W., *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-century England*, Londyn 2005.

Rumble W., *Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence*, „Cornell Law Review 1981, vol. 66, nr 5.

Rupniewski M., *Human Dignity and the Law: a Personalist Theory*. Książka zostanie opublikowana w 2022 r.

Rupniewski M., *Prawo jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji w społeczeństwie demokratycznym. Filozofia polityczna Johna Rawlsa z perspektywy prawniczej*, Łódź 2015.

Rupniewski M., *Teoria rozumu publicznego a godność człowieka*, „Dialogi Polityczne” 2017, nr 23.

Russell B., *Dzieje zachodniej filozofii*, tłum. T. Baszniak, A. Lipszyc, M. Szczubiałka, Warszawa 2012.

Ryan A., *A more tolerant Hobbes?* [w:] S. Mendus (red.), *Justifying Toleration*, Cambridge 1986.

S. Lecce, *Against Perfectionism: Defending Liberal Neutrality*, Toronto 2008.

Sadurski W., *Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle*, „Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy” 1989, vol. 13, nr 1.

Sadurski W., *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dodrecht 1990.

Sadurski W., *Neutralność moralna prawa (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7.

Sakowicz A., *Glosa do uchwały SN z 28 marca 2002 r.*, „Palestra” 2003, nr 48.

- Sakowicz A., *Używanie symboli ideologii nazistowskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Uwagi na podstawie spraw Nix v. Niemcy oraz Šimunić v. Chorwacja*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020, nr 1.
- Sandel M.J., *Liberalizm a granice sprawiedliwości*, tłum. A. Grobler, Warszawa 2009.
- Sandel M.J., *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, „California Law Review” 1989, vol. 77, nr 3.
- Sandel M.J., *Political Liberalism by John Rawls. Review*, „Harvard Law Review” 1994, vol. 107, nr 7.
- Sandel M.J., *Przeciwko udoskonalaniu człowieka. Etyka w czasach inżynierii genetycznej*, tłum. O. Siara, Warszawa 2014.
- Sandel M.J., *Republika proceduralna i nieuwarunkowana jaźń*, tłum. P. Rymarczyk, [w:] P. Śpiewak (red.), *Komunitarianie. Wybór tekstów*, Warszawa 2004.
- Sandel M.J., *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, tłum. O. Siara, Warszawa 2013.
- Schaff K., *Kant, Political Liberalism, and the Ethics of Same-Sex Relations*, „Journal of Social Philosophy” 2003, vol. 32, nr 3.
- Schauer F., *On the Relationship between Chapters One and Two of John Stuart Mill's on Liberty*, „Capital University Law Review” 2011.
- Schmidt-Kwiecińska K., *Multicentryczne spojrzenie na porządek prawny w perspektywie diachronicznej*, [w:] M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, T. Bekrycht, *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, Łódź 2014.
- Schmitt C., *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*, tłum. G. Schwab, Londyn 1996.
- Schofield P., *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford 2006.
- Schwartzman M., *Must Laws Be Motivated by Public Reason?*, [w:] S. Langvatn, M. Kumm, Sadurski W. (red.), *Public Reason and Courts*, Cambridge 2020.
- Scoccia D., *In Defense of „Pure” Legal Moralism*, „Criminal Law and Philosophy” 2013, nr 7.
- Scruton R., *How to be a Conservative*, Londyn 2014.
- Shellens M.S., *Aristotle on Natural Law*, „Natural Law Forum” 1959, vol. 4, nr 1.
- Sherman N., *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Oxford 1989.
- Siebeck H., *Arystoteles*, tłum. A. Krasnowolski, Warszawa 1903.
- Simester A.P., Hirsch A. von, *Rethinking the Offense Principle*, „Legal Theory” 2002, vol. 8, nr 3.
- Skinner Q., *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge 2008.

- Skuczyński P., Zientara A., *Prawnokarna ochrona zwierząt a filozoficzny i teoretycznoprawny problem wartości i praw podmiotowych*, [w:] Teresa Gardocka, Agnieszka Gruszczyńska (red.), *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Toruń 2012.
- Slavny A., Parr T., *Harmless Discrimination*, „Legal Theory” 2015, nr 21.
- Smarzewski M., *O społecznej szkodliwości czynu w polskim prawie karnym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2013, nr 3.
- Smith K.J.M., *James Fitzjames Stephen Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge 1988.
- Snarski R., *Dopuszczalność dobrowolnej sterylizacji – uwagi na tle prawnoporównawczym*, „Przełęcz Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2015, nr 2.
- Snarski T., *Debata Hart – Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa*, Gdańsk 2018.
- Snarski T., *Kilka uwag o relacji prawa karnego i moralności wokół problematyki samobójstwa*, „Acta Iuris Stetinensis (Roczniki Prawnicze)” 2021, vol. 35, nr 3.
- Sobczyk P., *Public Order and Public Morality as Values Co-Creating the Constitutional Axiological Order*, [w:] G. Blicharz (red.), *Public Policy and Public Morality*, Warszawa 2019.
- Spaak T., *Legal Realism and Functional Kinds: Michael Moore’s Metaphysically Reductionist Naturalism*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2021, nr 2.
- Spragens T.A., *Legislating Morality in Liberal Democracies*, [w:] A. Etzioni, D. Volmert, E. Rothschild, *The Communitarian Reader: Beyond the Essentials*, Lanham 2004.
- Stapleton J., *James Fitzjames Stephen: Liberalism, Patriotism, and English Liberty*, „Victorian Studies” 1998, vol. 41, nr 2.
- Stawrowski Z., *Niemoralna demokracja*, Kraków 2008.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze*, Kraków 2006.
- Stephen J.F., *A General View of the Criminal Law of England*, Londyn 1863.
- Stephen J.F., *A History of the Criminal Law of England*, Londyn 1883.
- Stephen J.F., *Edmund Burke*, „Saturday Review” 1858, vol. 5.
- Stephen J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Indianapolis 1993.
- Stephen J.F., *Sceptical Humility*, „Saturday Review”, <http://fitzjames-stephen.blogspot.com/2016/10/sceptical-humility.html>.
- Stępkowski A., *Umowa społeczna Locke’a – spojrzenie z perspektywy prawnej*, „Studia prawno-ekonomiczne” 2014, nr 1.
- Strauss L., *Natural Right and History*, Toronto 1965.
- Strauss L., *The Political Philosophy of Hobbes*, Chicago 1963.
- Strauss L., *Wykłady o Polityce Arystotelesa*, „Kronos” 2012, nr 2.

Szczucki K., *Dostępność moralna czy językowa? Rzecz o wykładni prokonstytucyjnej prawa karnego*, [w:] I. Sepioło (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013.

Szczucki K., *Kontratyp sztuki*, [w:] G. Blicharz, M. Delijewski (red.), *Wolność słowa. Współczesne wyzwania w perspektywie prawnoporównawcze*, Warszawa 2019.

Szczucki K., *Kryminalizacja w imię dobra wspólnego. Na marginesie książki Marka Piechowiaka „Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego”*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, z. 1.

Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1.

Szczucki K., *W poszukiwaniu legitymizacji etycznej zasad odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2020.

Szczucki K., *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.

Szymborska D., *Auta autonomiczne i ich wybory*, „Przełęcz Filozoficzny. Nowa Seria” 2020, nr 3.

Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.

Świdarska M., *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.

Świecicki Ł., *Carl Schmitt i Leo Strauss. Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Warszawa 2015.

Świecz P., *Jedność wielości: świat, człowiek, państwo w refleksji nurtu orficko-pitagorejskiego*, Katowice 2008.

Szerletics A., *The Theoretical Aspects of Legal Moralism*, „Silesian Journal of Legal Studies” 2009, nr 1.

Tadros V., *Wrongs and Crimes*, Oxford 2016.

Tatarkiewicz W., *Historia filozofii. Filozofia starożytna i średniowieczna*, t. 1, Kraków 1946.

Taylor Ch., *Etyka autentyczności*, tłum. A. Pawelec, Kraków 1996.

Taylor Ch., *Nieporozumienia wokół debaty liberalno-komunitariańskiej*, tłum. P. Rymarczyk, [w:] P. Śpiewak (red.), *Komunitarianie. Wybór tekstów*, Warszawa 2004.

Taylor Ch., *Źródła podmiotowości. Narodziny tożsamości nowoczesnej*, tłum. zbiorowe pod red. T. Gadacza, Warszawa 2012.

Tennant C., *Utilitarianism Explained and Exemplified in Moral and Political Government*, Londyn 1864.

Thaysen J.D., *Defining Legal Moralism*, „SATS” 2015, vol. 16, nr 2.

Thaysen J.D., *On the Liberty of Scoundrels: Wrongfulness and the Justifiability of Criminalization*.



*The Law Reports: the public general statutes*, Londyn 1898,  
<https://play.google.com/books/reader?id=qflHAQAAMAAJ&hl=pl&printsec=frontcover&pg=GBS.PA321>.

Thompson J.J., *A Defense of Abortion*, „Philosophy & Public Affairs” 1971, vol. 1, nr 1.

Thoreson R., *The Limits of Moral Limitations: Reconceptualizing “Morals” in Human Rights Law*, „Harvard International Law Journal” 2018, vol. 59, nr 1.

Tokarczyk R., *Historia filozofii prawa w retrospektywie prawa natury*, Białystok 1999.

Tomasz z Akwinu, *De Regno*, [w:] idem, *Dzieła wybrane*, tłum. J. Sallij, Poznań 1994.

Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. F.W. Bednarski, Londyn 1963.

Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, tłum. P. Bełch, Londyn 1963.

Tomkiewicz M., *Kazirodztwo a prawnokarna ochrona rodziny w Polsce*, „Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja” 2013, nr 21.

Tomlin P., *Dufng Up the Criminal Law?*, „Criminal Law and Philosophy” 2020, vol. 14.

Tsen-Ta Lee J., *Equal Protection and Sexual Orientation*, „Singapore Law Review” 1995, vol. 16.

Tulejski T., *Behemot przeciwko Lewiatanowi – Thomas Hobbes o naturze rebelii*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2019, nr 1.

Turner P.N., „Harm” and Mill’s Harm Principle, „Ethics” 2014, vol. 124, nr 2.

Urbańczyk M., *Definiowanie mowy nienawiści w orzecznictwie sądów polskich w sprawach karnych*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020, t. 42, nr 1.

Vallentyne P., *Left Libertarianism and Private Discrimination*, San Diego Law Review 2006, vol. 43, nr 4.

Vattimo G., *Hermeneutyka: nowa koiné*, tłum. B. Stelmaszczyk, „Teksty Drugie: teoria literatury, krytyka, interpretacja” 1996, nr 1 (37).

Vermeule A., *The force of majority rule*, [w:] S. Novak, J. Elster, *Majority Decisions Principles and Practices*, Cambridge 2014.

Voegelin E., *Platon*, tłum. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2015.

Waldron J., *A Right to Do Wrong*, „Ethics” 1981, vol. 92 nr 1.

Wall S., *Enforcing Morality*, „Criminal Law and Philosophy” 2013, nr 7.

Wall S., *Liberalism, perfectionism and restraint*, Cambridge 1998.

Wall S., *Neutralism for Perfectionists: The Case of Restricted State Neutrality*, „Ethics” 2010, vol. 120, nr 2.

Wall S., *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*,  
<https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/>.

Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020.

Wąsek A., *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem*, Państwo i Prawo 1998, z. 8.

Welsh A., *The Evidence of Things Not Seen: Justice Stephen and Bishop Butler*, „Representations” 1988, nr 22.

Wenar L., *Political Liberalism: An Internal Critique*, „Ethics” 1995, vol. 106, nr 1.

Westen P., *Retributive Desert as Fair Play*, [w:] K.K. Ferzan, S.J. Morse (red.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Nowy Jork 2016.

Whitehead A.N., *Process and Reality*, Nowy Jork 1979.

Wielomski A., *Geneza antropologii politycznej Carla Schmitta*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2017, nr 1.

Witmer-Rich J., *Consentability, Autonomy, and Self-Actualization*, „Loyola Law Review” 2020, vol. 66, nr 1.

Włoch W., *Relacja jednostka-państwo w wybranych nowożytnych teoriach własności*, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej” 2013, nr 58.

Wojciechowski B., *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 3.

Wojtczak S., *Wiele pytań o normatywność prawa. Artykuł polemiczno-recenzyjny książki Bartosza Brożka „Normatywność prawa”*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 2.

Wroński L., *Konserwatywna krytyka liberalnej koncepcji wolności Johna Stuarta Milla*, [w:] J. Gazda, S. Ruchała (red.), *Filozoficzna refleksja nad kulturą jako próba odpowiedzi na problemy współczesności*, Katowice 2014.

Wróbel A., *Przestępstwo handlu niewolnikami (art. 8 p.w.k.k.)*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, nr 2.

Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz*, LEX.

Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Część II. Komentarz*, LEX.

Wyłębska-Dermanović E., *Filozofia prawa Immanuela Kanta. Wprowadzenie*, Łódź 2018.

Zajadło J., *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki*, „Przegląd Sejmowy” nr 6 (107), 2011.

Zajadło J., *Między prawem naturalnym a pozytywizmem prawniczym*, „Ethos” 2003, nr 1/2.

Zajadło J., *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 3.

Załoski W., *Ewolucyjna filozofia prawa*, [w:] J. Hołówka, B. Dziobkowski, *Filozofia prawa. Normy i fakty*, Warszawa 2020.

- Załoski W., *Nie legalizujemy eutanazji*, „Filozofuj!” 2019, nr 5.
- Załoski W., *Normatywność aretyczna versus normatywność nie-aretyczna*, [w:] B. Brożek, M. Hohol, Ł. Kurek, J. Stelmach (red.), *W świecie powinności*, Kraków 2013.
- Zawłocki R., *O potrzebie reformy pozakodeksowego prawa karnego*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 4.
- Zawłocki R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007.
- Zeidler K., *Ograniczenia prawa własności w świetle sporu liberalizmu z komunitaryzmem*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. XXXVI.
- Zeidler K., *W sprawie wykładni i treści ideowych art. 20 Konstytucji RP z 1997 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVII.
- Zoll A., *Materialne określenie przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2.
- Zwolinski M., *Why Not Regulate Private Discrimination?*, „San Diego Law Review” 2006, vol. 43, nr 3.
- Zygmuntowicz D., *Wstęp do przekładu*, [w:] Platon, *Prawa*, tłum. D. Zygmuntowicz, Kęty 2017.

## **Akty prawne**

### **Traktaty:**

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2016 C 202, s. 1.

### **Konwencje:**

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284 ze zm.

### **Konstytucje:**

Konstytucja Islandii

Konstytucja Malty

Konstytucja Republiki Litewskiej.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.

Konstytucja Słowacji

Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki.

Konstytucji Irlandii.

Ustawa zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec.

### **Akty prawne polskie:**

Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz. U. z 2020 r. poz. 2050 ze zm.

Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Dz. U. z 2021 r. poz. 177 ze zm.

Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, Dz. U. z 2020 r. poz. 638 ze zm.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 ze zm.

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, Dz. U. z 2021 r. poz. 1977 ze zm.

**Akty prawne zagraniczne:**

Criminal Law Amendment Act 1885.

Customs Laws Consolidation Act 1876.

Digital Economy Act 2017

Indecent Advertisements Act 1889.

Indian Evidence Act 1872

Metropolitan Police Act 1839.

New York Penal Law.

Obscene Publications Act 1857.

Offences Against the Person Act 1861.

Partial-Birth Abortion Ban Act 2003.

Sexual Offences Act 1956.

Sexual Offences Act 1967.

Street Offences Act 1959.

Kvinnofrid.

Texas Penal Code.

The Vagrancy Act 1824.

The Vagrancy Act 1889.

## **Orzecznictwo**

### **Orzeczenia ETPCz:**

A, B i C przeciwko Irlandii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 16 grudnia 2010 r., nr skargi 25579/05.

Alekseyev przeciwko Rosji, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 11 kwietnia 2011 r., nr skarg 4916/07, 25924/08 i 14599/09.

Bayev i inni przeciwko Rosji, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 13 listopada 2017 r., nr skargi 67667/09.

Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 22 października 1981 r., nr skargi 7525/76.

E.S. przeciwko Austrii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 października 2018 r., nr skargi 38450/12.

Fedotova i inni przeciwko Rosji, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 13 lipca 2021 r., nr skargi 40792/10.

Gunduz przeciwko Turcji z dnia 4 grudnia 2003 r., wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nr skargi 35071/97.

Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72.

Hans Burkhard NIX przeciwko Niemcom z dnia 13 marca 2018 r., decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nr skargi 35285/16.

Karastelev i inni przeciwko Rosji, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nr skargi 16435/10.

Modinos przeciwko Cyprowi z dnia 22 kwietnia 1993 r., nr skargi 15070/89.

Müller i inni przeciwko Szwajcarii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 maja 1988 r., nr skargi 10737/84.

Norris przeciwko Irlandii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 26 października 1988 r., skarga nr 10581/83.

Oliari i inni przeciwko Włochom, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 października 2015 r., nr skarg 18766/11 and 36030/11.

Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 września 1994 r., nr skargi 13470/87.

Ramanauskas przeciwko Litwie, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 lutego 2008 r., nr skargi 74420/01.

Stübing przeciwko Niemcom, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 kwietnia 2012 r., skarga nr 43547/08.

### **Orzecznictwo TSUE:**

Conegate przeciwko HM Customs & Excise, wyrok Trybunału z dnia 11 marca 1986 r., 121/85.

Constantin Film Produktion GmbH / Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO), wyrok Trybunału z dnia 27 lutego 2020 r., C-240/18 P.

Her Majesty's Customs and Excise przeciwko Gerhart Schindler i Jörg Schindler, wyrok Trybunału z dnia 24 marca 1994 r., C-275/92.

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, wyrok Trybunału z dnia 16 lipca 2009 r., C-165/07.

Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd, dawniej Baw International Ltd, przeciwko Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, wyrok Trybunału z dnia 8 września 2009 r., C-42/07.

Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd przeciwko Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) i Suomen valtio (Etat finlandais), wyrok Trybunału z dnia 21 września 1999 r., C-124/97.

Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV, wyrok Trybunału z dnia 18 października 2011 r., C-34/10.

Regina przeciwko Maurice Donald Henn i John Frederick Ernest Darby, wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 1979 r., 34/79.

Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept przeciwko Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, wyrok Trybunału z dnia 5 czerwca 2018 r., C-673/16.

Staatsanwaltschaft Heilbronn, wyrok Trybunału z dnia 19 listopada 2020 r., C-454/19.

The Queen przeciwko Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd., wyrok Trybunału z dnia 19 marca 1998 r., C-1/96.

The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd przeciwko Stephen Grogan i innym, wyrok Trybunału z dnia 4 października 1991 r., C-159/90.

### **Orzecznictwo polskie:**

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 września 1996 r., K. 13/95.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2016 r., I KZP 23/15.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 sierpnia 2017 r., V CSK 591/16.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 5/11.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2001 r., V KKN 118/99.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 października 2006 r., P 10/06.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2013 r., III CZP 50/13.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 listopada 2012 r., II OSK 1418/11.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 stycznia 2013 r., II AKa 292/12.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 grudnia 2018, II AKa 218/18.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 6 czerwca 2011 r., II AKa 91/11.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 grudnia 2017 r., II AKa 282/17.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 19 grudnia 2014 r., II AKa 267/14.

Wyrok Sądu Apelacyjny w Warszawie z dnia 26 lutego 2018 r., VI ACa 1576/16.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 1999 r., II CKN 486/98.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2003 r., WK 18/03.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1997 r., I CKN 86/97.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2019 r., IV KK 38/18.

Wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 16 grudnia 2014 r., VI Ka 552/14.

Wyrok Sądu Rejonowego w Bielsku Podlaskim z dnia 29 lipca 2016 r., VII K 412/15.

Wyrok Sądu Rejonowego w Grudziądzu z dnia 20 lipca 2017 r., II K 995/16.

Wyrok Sądu Rejonowego w Wągrowcu z dnia 14 czerwca 2016 r., II K 196/16.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r., K 18/04.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2014 r., K 52/13.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2006 r., P 3/06.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2016 r., K 28/15.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2005 r., K 16/04.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 października 2016 r., P 123/15.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 stycznia 2006 r., K 21/05.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., K 1/20.



Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 2014 r. SK 65/12.  
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r., K 16/17.  
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.  
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r., P 10/06.  
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r., K 44/07.  
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13.  
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 kwietnia 2011 r., P 26/09.  
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 1999 r., P 2/99.  
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 11 października 2018 r., II SA/Bk 412/18.

### **Orzecznictwo amerykańskie:**

American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985).  
Barnes v. Glen Theater, 501 U.S. 560 (1991).  
Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).  
Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).  
Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007).  
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).  
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).  
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).  
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).  
Obergefell v. Hodges, 576 US 644.  
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).  
Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

### **Inne:**

Bull and another v Hall and another [2013] UKSC 73.  
Healthcare at Home Limited v The Common Services Agency [2014] UKSC 49.  
Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 stycznia 2015 r., 3 StR 233/14.  
R v Benjamin Hicklin and Another, Justices of Wolverhampton L.R. 3 Q.B. 360 (1868).  
R v Brown [1993] UKHL 19.  
R v Butler, [1992] 1 S.C.R., s. 479.  
R v Wiseman z 1718 r.

## Abstract

The label „legal moralism” seems to be problematic. Undoubtedly, one may be tempted to eschew moralistic laws due to their historical mistakes, especially in the area of sexuality and minorities rights. Moreover, legal moralism might be seen as not compatible with the pluralistic character of our modern societies and liberal democracy. The danger of moralism is to be defeated by the alliance of the neutrality and harm principles.

Nevertheless, nowadays it is possible to notice the revival of legal moralism. After the unanimous victory of the liberal side in the Devlin-Hart debate, scholars started to redefine the meaning of legal moralism. *Prima facie* implausibility of legal moralism has been seriously challenged. Furthermore, the ongoing communitarian-liberal debate undermined, at least to some extent, liberal fundamental principles, such as the alleged state’s neutrality between conceptions of the good life, the idea of public reason, or atomistic individualism. All these factors present good reasons to take legal moralism into deeper consideration in a not biased manner.

Therefore, I divided the analysis of legal moralism into five steps. First of all, I invoked philosophical approaches to the idea of enforcing morality by the law. The first chapter was devoted to the comparison of the classical thesis, represented by Plato, Aristotle, and Thomas Aquinas, to the variety of liberal ideas proposed by Hobbes, Bentham, Locke, Kant, and Mill. It was argued that the classical thesis defends the perfectionist aspects of the state and its right to legislate morals. It was shown that the classical view is deeply rooted in the idea that the real mores – not just the conventional ones – should be governing. Analytically, I separated the question of whether the state should enforce morality and the ontological question of whether unjust or immoral laws are law indeed.

The second chapter opens the deliberation upon the legal moralism properly understood. I used the dialectical method to analyse the moralism of J.F. Stephen and P. Devlin. I followed the arguments that were raised during the legal debates between Stephen and Mill and later on – Devlin and Hart. This chapter contains the critique of the conventional and emotivist morality which was the basis of Devlin’s concept. On the other hand, I did not entirely approve the liberal paternalism of Hart as well.

The third chapter finally presents the new legal moralism – the most plausible version of this view. Once again, I proposed the careful reading of the works of new legal moralists

(R.P. George, M.S. Moore, R.A. Duff) in a dialectical way. The new approach to the idea of enforcing morality was introduced as a voice in the debate between anti-perfectionist liberalism and the perfectionist or somewhat communitarian one. It was emphasised that the new legal moralism, despite its heterogeneity, refers to the idea of critical, not just conventional, morality. The real immorality behind one's act is, according to legal moralists, *pro tanto* a good reason to criminalize this act. The chapter ends up with the taxonomy of legal moralisms. I also utilized the arguments of moralists and communitarians in my subtle critique of the neutral principle advocated by W. Ciszewski in Polish literature.

The fourth chapter is a practical one. It casts doubts on the approach chosen by the courts in the cases where the moralistic element appears. To be precise, I tried to contest the neutral and majoritarian justifications given in some rulings of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union, the Polish Constitutional Tribunal and the Supreme Court of the United States. Using M.J. Sandel's terminology, I claimed that sometimes the judges are obliged to involve in the moral and philosophical debate to rule correctly. I doubt that neutrality is always possible but even if it is – it is not always desirable to be truly neutral among different conceptions.

The aim of the last chapter is to construe the most plausible variation of legal moralism. It was argued that legal moralism should be built upon principles such as pluralistic perfectionism, critical morality, the idea of public wrongs and exclusionary reasons, the limited scope of the criminal law, and communitarianism – understood as the correction of the liberalism. In the summary, it was stated that this approach may be attractive as not hostile to the idea of *pro tanto* neutrality defended by some scholars. Moreover, legal moralism, seen as the communitarian theory of legislation, is not to be regarded as incompatible with the requirements of modern liberal democracies. On the contrary, the proposed approach seems to be more coherent with our moral intuitions, at least in some cases, than liberalism based upon the neutral or harm principle.

In any event, the book is not designed to be the answer to all complex legal, moral, liberal, or communitarian issues. It is rather an attempt to solve some of them but first of all – to rationally discuss them and to invite a reader to engage in a deliberative process about the common good of our liberal and pluralistic communities.