

Ingerencja prawa w sferę moralności w trudnych przypadkach

Autor tekstu: **Dawid Bunikowski**

3. Przesłanki ingerencji prawa w sferę moralności

3.1. Teoria racji decyzji prawodawczych W. Langa

W. Lang jest twórcą teorii decyzji racji prawodawczych [27], która umożliwia zrozumienie kontrowersyjnych relacji prawa i moralności na poziomie tworzenia prawa oraz towarzyszących im dyskusji społecznych i politycznych z różnorodnymi argumentami, przy czym ogranicza się ona do prawa ustawowego, właściwego praktyce kontynentalnej.

Teoria Langa stanowi metodologiczną podstawę do odpowiedzi na pytanie, czy i w jakim stopniu jest możliwe i dopuszczalne prawnie i moralnie stanowienie moralności w drodze decyzji prawodawczej. Chodzi o tzw. ustawodawstwo moralne. Jest to problem niezwykle kontrowersyjny w teorii i filozofii prawa. Paradygmat moralności zakłada, że normy moralne nie mogą być ustanawiane, zmieniane i uchylane w drodze „decyzji instytucjonalnej”. W tym sensie moralność ze względu na swą istotę nie może stanowić przedmiotu decyzji prawodawczych. Ustawodawstwo moralne, zdaniem Langa, kojarzy się z trzema rodzajami spraw: 1) ustanawiane prawa dotyczą materii moralnie relewantnych, 2) treść stanowionych norm prawnych jest zbieżna z treścią norm moralnych, 3) ustanowione przepisy prawne znajdują uzasadnienie lub usprawiedliwienie w zasadach moralnych („normy prawne słusznie moralnie”). [28]

W ujęciu powyższej teorii każda decyzja prawodawcza jest szczególnym typem decyzji politycznej, zaś prawotwórstwo stanowi podstawowy sposób realizacji określonej polityki społecznej. Założeniem racjonalnego procesu prawotwórczego jest racjonalne uzasadnianie propozycji i projektów nowych aktów prawodawczych, jak również racjonalne uzasadnianie praw już istniejących. Argumentów używanych w dyskursie etycznym lub prawniczym dla uzasadnienia lub usprawiedliwienia decyzji prawodawczych nie należy mylić z rzeczywistymi motywami tych decyzji lub czynnikami, które warunkują proces prawotwórczy i oddziałują na jego wynik na płaszczyźnie socjopolitycznej. Lang wymienia trzy rodzaje decyzji w procesie prawotwórczym; 1) decyzje inicjujące ten proces, 2) ostateczne pozytywne decyzje prawodawcy, ustanawiające nowe prawo lub uchylające obowiązujące prawo, 3) ostateczne decyzje negatywne, odrzucające proponowane projekty nowego prawa. „Istotną zmianą treściową” w każdym systemie prawa jest każda ostateczna pozytywna decyzja prawodawcza. Istnieją dwa rodzaje argumentów występujących w procesie podejmowania decyzji prawotwórczych: argumenty pozytywne i argumenty negatywne. Argumenty pozytywne to argumenty przemawiające za zmianą obowiązującego prawa i za ustanowieniem nowego prawa. Argumenty negatywne to argumenty podważające wstępny projekt decyzji prawodawczej, mające na celu odrzucenie propozycji nowego prawa lub maksymalne ograniczenie proponowanych zmian w obowiązującym prawie. Lang określa argumenty pozytywne jako „argumenty *prima facie*”. Argumenty te mogą stanowić racje konieczne i wystarczające do rozpoczęcia procesu legislacyjnego. Racje te jednak można podważyć przez argumenty negatywne, podniesione w procesie podejmowania decyzji prawotwórczej (prawodawczej). Wyróżnia się następujące kategorie argumentów wśród racji (argumentów) decyzji prawotwórczych (prawodawczych): 1) argumenty nieposiadające charakteru moralnego, 2) argumenty moralne w ścisłym znaczeniu (zasady, normy i oceny moralne), 3) argumenty moralnie relewantne. Kategorie odnoszą się do racji pozytywnych, jak i negatywnych. Odróżnienie argumentów moralnych w ścisłym znaczeniu i argumentów nieposiadających charakteru moralnego jest zrelatywizowane do określonej koncepcji moralności i systemu etycznego. Rozróżnienie takie jest możliwe tylko na gruncie konsekwencjonalistycznych systemów etycznych. Na gruncie etyki deontologicznej jest to pozbawione jakiegokolwiek sensu. Wedle konsekwencjonalistycznych systemów etycznych wszelkie racje pozytywne i negatywne (za i przeciw decyzji prawodawczej) mogą być uznane za „argumenty relewantne moralnie”. Z kolei racje moralne, w ścisłym znaczeniu, występujące w procesie uzasadniania lub usprawiedliwiania decyzji prawodawczej, to proste i jednostkowe sądy moralne lub „składniki syndromów” argumentów moralnych *sensu stricto*, argumentów

moralnie relewantnych, argumentów nieposiadających charakteru moralnego. Lang zaznacza, że argumenty moralne *sensu stricto* oraz racje moralnie relewantne opierać się mogą na deontologicznej lub konsekwencjonalistycznej argumentacji moralnej. [29] Deontologizm przyjmuje określoną zasadę tego, co słuszne, dobre i złe (np. zasada powszechnej życzliwości Cz. Znamierowskiego). Konsekwencjonalizm jest „absolutyzmem teleologicznym”, wskazującym na określony cel w życiu (np. eudajmonizm, hedonizm, J. Sartre).

Argumenty (racje) moralne i moralnie relewantne mogą być zarówno argumentami relewantnymi, jak i nierelwantnymi z punktu widzenia prawa. W procesie prawotwórczym (legislacyjnym) „racjami prawnie relewantnymi” są wartości i zasady „nierozłącznie związane z pojęciem prawa” lub „pozostające w pewnym związku z porządkiem prawnym”. Prawo to minimum standardów zachowania ludzkiego. Etyki perfekcjonistyczne postulują określone cnoty i zasady (np. miłość bliźniego, „nadstawienie drugiego policzka”). Te zasady i cnoty nie stanowią w procesie tworzenia prawa racji moralnych relewantnych prawnie. [30] Nie są one bowiem „nierozłącznie związane z pojęciem prawa”, gdyż ustalają wyższe standardy postępowania pod względem etycznym niż prawo, które określa, niezbędne dla prawidłowej organizacji i funkcjonowania społeczeństwa, podstawowe standardy zachowania. Odwołać się można w tym miejscu do teorii Harta, w myśl której ze względów praktycznych każdy porządek prawny powinien uwzględniać pewne, konieczne treści, biorąc pod uwagę naturę człowieka i otaczającą go rzeczywistość (ochrona życia, własności, organizacja społeczeństwa). Nazywa to *the minimum content of natural law*. [31] W żadnym wypadku nie są to zasady perfekcjonistyczne etycznie. Do tego, aby społeczeństwo nie stało się „klubem samobójców”, wystarczą podstawowe standardy zachowania, ujęte w prawie. Perfekcjonizm etyczny jest sferą indywidualnego wolnego wyboru, prawo nie jest sferą wyboru — obowiązuje wszystkich.

W celu wykazania wartości heurystycznej przedstawionych w teorii dystynkcji pojęciowych, Lang podaje kilka przykładów uzasadniania projektu nowego prawa lub usprawiedliwiania obowiązującego prawa za pomocą racji moralnych i moralnie relewantnych, ważnych jednocześnie z punktu widzenia prawa. Pierwszy przykład stanowi zasada moralna Dobrego Samarytanina. Jest ona dobrą racją dla wprowadzenia w ustawie prawnego obowiązku udzielania pomocy człowiekowi znajdującemu się w śmiertelnym niebezpieczeństwie, bez narażania na niebezpieczeństwo własnego życia lub zdrowia, lub innych ważnych dóbr. Jak zauważa Lang, ta prosta pozytywna racja moralna, będąca uzasadnieniem tego rodzaju decyzji prawodawczej opiera się na rozumowaniu deontologicznym. Kolejnym przykładem jest retributywna teoria kary. Może być ona prostym moralnym argumentem deontologicznym, uzasadniającym podjęcie pozytywnej decyzji prawodawczej wprowadzającej lub zaostrzającej penalizację określonego zachowania uznanego za naruszenie istotnej zasady moralnej. „Złoczyńca” musi być ukarany, bez względu na następstwa wymierzenia kary. Naruszenie „przykazania moralnego” jest wystarczającą i jedyną podstawą do wymierzenia kary. Korzystając z teorii Kanta, możemy powiedzieć, że chodzi o „przywrócenie ładu moralnego” poprzez wykonanie sprawiedliwej kary (nawet kary śmierci) po dokonaniu przestępstwa. Trzecim przykładem jest zakaz zabójstwa. Jeszcze w społeczeństwach antycznych i średniowiecznych moralny zakaz zabójstwa, wynikający z przykazania „Nie zabijaj”, stanowił wystarczającą rację do ustanowienia i utrzymywania w mocy prawa zawierającego surowe sankcje za zabójstwo. W czasach współczesnych zabójstwo jest karalnie nie tylko z tego powodu, że narusza zasadę moralną i w związku z tym zasługuje na sprawiedliwą moralnie odpłatę. Zabójstwo karane jest nade wszystko z tego powodu, że stanowi czyn społecznie niebezpieczny. Zagroza „minimalnemu ładowi społecznemu, koniecznemu do istnienia społeczeństwa”. Lang proponuje pewien eksperyment myślowy, wyjaśniający konieczność penalizacji zabójstwa. Powstaje pytanie: co by się stało — hipotetycznie — w przypadku zniesienia zakazu zabójstwa w jakimś współczesnym państwie? Można łatwo przewidzieć, na podstawie danych empirycznych, że w społeczeństwie, w którym zabójstwo byłoby bezkarne i dopuszczalne lub zalegalizowane w pełni, „ludzie dokonywaliby spontanicznych ataków zemsty” oraz „organizowaliby indywidualną i kolektywną samoobronę”. [32] Obowiązywałaby zasada „życie za życie”, „zab za zab”. Odwołano by się do najniższych ludzkich instynktów i emocji, prymitywnych form rozwiązywania konfliktów społecznych, znanych wspólnotom plemiennym wieki temu. Nie byłoby mowy o budowie jakiegokolwiek cywilizacji, „cywilizowaniu ludzi”, realizacji „ideału miłości” w ujęciu petrażycjańskim [33] czy zasady powszechnej życzliwości (Znamierowski). Odwet i „krwawa zemsta” zastąpiłyby prawa, stając się „żywym prawem”, być może pozbawionym głębokiego rytuału, charakterystycznego dla kanonów kodeksów regulujących tzw. wendettę. Niekontrolowana przemoc doprowadziłaby do zniszczenia podstaw

porządku społecznego, koniecznego do trwania społeczeństwa jako grupy międzypokoleniowej. Karanie za zabójstwo przyczynia się do zmniejszenia globalnej liczby aktów przemocy zagrażających życiu. Lang przewiduje, że podobnie, jak przy zabójstwie, stałoby się w przypadku depenalizacji lub legalizacji niektórych czynów traktowanych jako przestępstwa. Chodzi o np. rozbój, gwałt, kradzież. Zatem karanie czynów uderzających w porządek społeczny, jego funkcjonowanie oraz przetrwanie społeczeństwa jako grupy międzypokoleniowej jest konieczne i oczywiste. Zagrożenie dla tego porządku i trwania społeczeństwa było zawsze „podstawowym realnym czynnikiem oddziaływującym na decyzje prawodawcze w sferze regulowanej przez prawo karne i określającym treść prawa karnego”. [34] Niektórzy socjologowie, jak pisze M. Ossowska, wręcz uważali, że moralność należy utożsamiać z prawem, a z prawem karnym w szczególności. [35] Nowoczesne społeczeństwa w racjonalnym prawotwórstwie uznały powyższy czynnik (zagrożenie dla społeczeństwa) za pozytywne uzasadnienie prawodawstwa karnego. [36]

Współcześnie przestępstwo jako pojęcie — zauważa Lang — uległo „demoralizacji”. Oczywiście, nie można pojęcia demoralizacji rozumieć dosłownie, gdyż prawo zachowuje związek z zasadami i normami moralnymi, zwłaszcza moralności dominującej, szukając w nich uzasadnienia aksjologicznego i społecznej akceptacji. Przestępstwo stanowi obecnie postępowanie społecznie niebezpieczne. Podstawową racją penalizacji zabójstwa lub jakiegokolwiek innego zachowania uznanego za przestępcze jest „kompleksowy argument” złożony z racji moralnie relewantnej (przewidywane skutki bezkarności zabójstwa lub innego zachowania o charakterze przestępczym) i racji moralnej w ścisłym znaczeniu („przykazanie moralne”). [37] Trzeba jednak podkreślić dwa procesy występujące w społeczeństwie i prawie w ujęciu historycznym: 1) zmienia się zakres czynów zabronionych przez prawo lub czynów bezprawnych *sensu largo*, 2) zmienia się stosunek społeczny do czynów zabronionych prawem lub czynów bezprawnych *sensu largo*. Wpływają na te procesy zmiany społeczne, obyczajowe, moralne i warunki kulturowe.

Lang proponuje następnie rozważenie racji decyzji prawodawczych w „specyficznych warunkach”. Podaje hipotetyczny przykład zniesienia kary śmierci w określonym państwie. Reakcją na tę decyzję prawodawczą jest wzrost liczby morderstw o różnych motywach. Jakie projekty nowego prawa przedstawiają główne partie polityczne? Konserwatyści proponują przywrócenie kary śmierci, argumentując to upadkiem szacunku dla życia ludzkiego oraz „moralnego tabu” (moralny zakaz zabijania). „Świętość ludzkiego życia” oraz „moralne potępienie najcięższej zbrodni” usprawiedliwiają przywrócenie kary śmierci. Liberałowie również wnoszą projekt przywracający karę śmierci. Uzasadnieniem projektu jest odstrasząca funkcja kary śmierci dla potencjalnych przestępców (dolegliwość fizyczna odstrasza od popełniania przestępstw). Socjaliści jako alternatywę dla przywrócenia kary śmierci występują z projektami „szerokich programów społecznych i ekonomicznych”, które zniwelują obszary nędzy i zacofania, przyczyniające się do przestępczości. Trzy projekty opierają się o argumentację konsekwencjonalistyczną, tzn. ukierunkowaną na osiągnięcie określonego celu. Celem jest zlikwidowanie lub ograniczenie zjawisk społecznie niepożądanych (przestępstw). Racja moralna *sensu stricte* pojawia się wyłącznie w uzasadnieniu konserwatystów. Konserwatyści uważają, że wzmocnienie pewnych postaw i ocen moralnych w przedmiocie ludzkiego życia jest odpowiednim środkiem kontroli i zapobiegania przestępczości uderzającej właśnie w ludzkie życie. Konserwatyści bowiem interesują się w znacznym stopniu „moralnością publiczną”. Lang przez „moralność publiczną” rozumie, zdaje się, moralność dominującą, moralność społeczną lub moralność społeczeństwa. Liberałowie i socjaliści nie przejmują się moralnością społeczeństwa („moralnością publiczną”). Ich projekty nie są związane z tendencją konserwatywną do moralnego wychowywania społeczeństwa wedle przekonań moralnych uznanych za słuszne przez prawodawców. „Moralna edukacja społeczeństwa” to domena konserwatystów i projektowanych przez nich „rewolucji moralnych” lub „konserwatywnych”, które mają przemienić moralnie ludzi i uczynić człowieka lepszym. Środki prowadzące do tego celu jednak niekoniecznie muszą być moralne w praktyce („cel uświęca środki”), a i sam cel jest raczej nieosiągalny (ze względu na ułomność natury ludzkiej). Liberałowie i socjaliści chcą chronić życie ludzkie, ale zamierzają to osiągnąć poprzez odstraszenie od popełniania przestępstw (koncepcja liberałów) lub przez kompleksowe podnoszenie standardu życia kryminogennych grup społecznych (idea socjalistów). [38] Interesujące jest, że mimo różnicy co do treści i uzasadnień projektów nowego prawa, liberałowie i socjaliści mają jedno wspólne przekonanie: władza nie powinna ingerować w

moralność społeczeństwa („moralność publiczną”) poprzez prawo ani prowadzić szerokiej edukacji moralnej społeczeństwa.

Teoria racji decyzji prawodawczych odnosi się do istnienia dwóch rodzajów dyskursu (rozumowania) etycznego. Na gruncie deontologicznego dyskursu etycznego racje moralne to argumenty, które są ważniejsze od wszystkich innych racji. Konsekwencjonalistyczny dyskurs etyczny dopuszcza sytuację, że racje moralne *sensu stricto* (przykazania moralne) mogą zostać „przeważone” przez racje moralnie relewantne. Jakie mogą być argumenty przeciw ustanowieniu prawa w oparciu o projekt uzasadniony wyłącznie racjami moralnymi *sensu stricto*? Argumentami takimi mogą być przewidywalne, niepożądane i uboczne następstwa stosowania nowego prawa. Gdy powyższe skutki są ocenione negatywnie z punktu widzenia aksjologii określonego porządku prawnego, „racjonalny prawodawca” uznaje je za społeczne koszty decyzji prawodawczej. Decyzja może być pozytywna lub negatywna. Koszty te „bilansuje się” z przewidywalnymi korzyściami, jakie przyniesie dana decyzja prawodawcza. Jeśli bilansujemy ze sobą racje moralnie relewantne (pozytywne i negatywne racje), to rachunek ekonomiczny, rozumiany jako analiza kosztów i korzyści, może mieć pełne zastosowanie w procesie podejmowania decyzji prawodawczej. Jest on jednak mało przydatny w sytuacji występowania w procesie legislacyjnym racji moralnych *sensu stricto* - „autentycznych zasad i wartości moralnych” (np. świętość ludzkiego życia a legalizacja aborcji). Nie ma znaczenia, czy te racje są prawnie relewantne, czy też nie. Ale również w takim przypadku uboczne, niepożądane skutki regulacji prawnej, zawartej w decyzji prawodawczej muszą być brane pod uwagę. Należy je zestawić z pozytywnymi racjami uzasadniającymi projekt nowego prawa. Są to niezbędne założenia „racjonalnego prawodawstwa” i etyki konsekwencjonalistycznej. [39]

Jakie mogą być negatywne racje, które „przeważają” racje pozytywne decyzji prawodawczej? Są to zasady proceduralne, materialnoprawne „immanentnie właściwe porządkowi prawnemu”. Można mówić o zasadach relewantnie moralnych (zasady wewnętrznej moralności prawa według Fullera). Przedmiotowy zakres regulacji prawnej jest ograniczony przez te zasady. Racjami wystarczającymi do podjęcia pozytywnej decyzji prawodawczej mogą być pozytywne racje, pod warunkiem spełniania wymagań wewnętrznej moralności prawa. [40]

Zdaniem Langa, „moralność publiczna” (moralność społeczeństwa) dostarcza w wielu przypadkach „organizacjom politycznym” i „agendum prawodawczym” istotnych racji dla dokonywania lub niedokonywania zmian w prawie. Bardzo ważny problem moralny jest często przedmiotem rozstrzygnięcia prawodawczego (np. przypadki kontrowersyjne społecznie lub moralnie). Nigdy jednak racje moralne nie są jedynymi racjami decyzji prawodawczej. W procesie podejmowania decyzji prawodawczej równie istotną rolę odgrywają racje pozamoralne — racje ekonomiczne, polityczne, społeczne. Są one motywami decyzji i wpływają na rezultat procesu legislacyjnego. W zdecydowanej większości przypadków w „prawodawczym procesie decyzyjnym” racje („wartości”) moralne i pozamoralne są „konkurencyjnymi” racjami decyzji prawodawczych. [41]

Konkluzją teorii Langa jest stwierdzenie, że nawet najdonioślejsze i najbardziej przekonujące na gruncie systemów etycznych racje moralne nie stanowią racji wystarczających do podjęcia „finalnej decyzji prawodawczej”. Zasady wewnętrznej moralności prawa lub moralnie relewantne zasady racjonalnego prawotwórstwa są naruszone w sytuacji, gdy ustanowienie, uchylenie lub utrzymanie w mocy przepisu prawnego opiera się wyłącznie na racjach moralnych, uznanych *prima facie* za wystarczające do podjęcia finalnej decyzji prawodawczej. Ze względu na naruszenie zasad wewnętrznej moralności prawa - uważa trafnie Lang — jest to „głęboko niemoralne rozstrzygnięcie prawodawcze”. [42]

Nawiązać można w tym miejscu do teorii *autopoiesis* prawa Luhmanna i Tuebnera. [43] Prawo jako system autopojetyczny wymaga od prawodawcy, aby ten nie kreował swobodnie prawa, gdyż może doprowadzić to do destrukcji systemu prawa i stworzenia zbioru norm „chaotycznych”. Elementy systemu prawnego „odnoszą się same do siebie”, a oddziaływanie zewnętrzne przechodzi przez „receptory” systemu. Moralność określa, jakie normy są ważne, ale to prawo rozstrzyga o stosunku prawa do moralności. Moralność jest innym systemem autopojetycznym. Przez dowolną manipulację polityków-prawodawców system prawa jest niszczone, jako że nie uwzględnia się struktury prawa. Pewnych postulatów polityki po prostu nie da się przełożyć na konstrukcje prawne, czego politycy i uczestnicy dyskursu publicznego czy społecznego nie potrafią zrozumieć. Dotyczy to w dużym stopniu przypadków kontrowersyjnych moralnie i społecznie.

3.2. Ocena i zasadność przesłanek

Ingerencja prawa w sferę moralności może budzić mniejsze lub większe wątpliwości na gruncie różnych moralności i systemów etycznych. Nie każda ingerencja jest kontrowersyjna (np. zakaz zabójstwa nie jest kontrowersyjny). Kontrowersje związane z ingerencją dotyczyć mogą albo niejednoznacznej i wątpliwej prawnie i moralnie metody ingerencji, albo tzw. trudnych przypadków. Kontrowersyjna, pod względem zastosowanej metody, ingerencja może wywołać wzbурzenie społeczne, nie mniejsze niż w przypadku kontrowersyjnej treści regulacji prawnej danego trudnego przypadku. Prawodawcy, organowi stosującemu prawo lub interpretatorowi może chodzić o narzucenie własnej moralności adresatom norm prawnych lub wskazanie określonych preferencji etycznych czy przekonań moralnych, godnych naśladowania i akceptacji w ocenie powyższych podmiotów. Podmiotom może zależeć na określonym postępowaniu ludzi, zatem władza państwowa może zastosować różne środki przymusu. Prawo posiada dużą swobodę w uznaniu, jakie postępowanie jest właściwe, a jakie nie, lecz mimo to musi się liczyć z moralnością społeczeństwa. Podstawowym celem ingerencji jest zapewnienie trwałości społeczeństwu i stworzenie warunków dla pokojowego i rozwojowego współistnienia ludzi. Celem może też być utrzymanie władzy. Moralność i prawo służą do kontroli społeczeństwa, od którego prawodawca i organy stosujące prawo oczekują określonego zachowania się w danych okolicznościach regulowanych prawem, opartym o dane racje lub preferencje moralne. Przypadki kontrowersyjne moralnie i społecznie charakteryzują się „drażliwością” moralną w wysokim stopniu, stąd tak wielkie powstaje wzbурzenie społeczne wobec propozycji konkretnych regulacji prawnych lub prawa już obowiązującego w tym przedmiocie.

Prawodawca musi uwzględniać, regulując prawnie dany przypadek kontrowersyjny moralnie i społecznie, nie tylko funkcję wychowawczą prawa, mającą na celu moralne wychowanie społeczeństwa, ale nade wszystko funkcję homeostazy, tj. ochronę interesów danych grup społecznych oraz ochronę, zmianę lub stymulowanie określonych stosunków społecznych. Funkcja homeostatyczna jest podstawową funkcją prawa, a funkcja wychowawcza jest funkcją akcydentalną. [44] Funkcję wychowawczą winny spełniać głównie rodziny, szkoły, zakłady pracy, jednostki wychowawcze, opiekuńcze, kulturalne, organizacje społeczne, kościoły etc. Sądy i urzędy w potocznej i powszechnej świadomości pełnią rolę wychowawczą, gdyż stosują „kary”, „przymus”, posiadają „autorytet”, działają w „majestacie prawa i państwa”. Prawo pełni funkcję wychowawczą, głównie przez zasady odpowiedzialności i praworządności oraz różnego rodzaju obowiązki nakładane na członków społeczeństwa lub przyznawane im uprawnienia (nagrody, przywileje). [45] Wysoki autorytet prawodawcy powinien być osiągany poprzez stanowienie racjonalnego i słusznego prawa. Prawodawca musi brać pod uwagę konsekwencje społeczne podejmowanych przez siebie decyzji. Konsekwencje mogą mieć charakter krótkofalowy i długofalowy. Konsekwencje długofalowe mogą polegać na zmianie świadomości społecznej czy przekonań moralnych społeczeństwa. Konsekwencje krótkofalowe mogą polegać na eskalacji konfliktów społecznych na tle określonej kontrowersyjnej regulacji. Prawodawca musi wyważyć wszelkie względy *pro* i *contra* danej regulacji prawnej w sprawach kontrowersyjnych społecznie i moralnie. Podobnie organ stosujący prawo czy interpretator muszą wziąć pod uwagę wszelkie konsekwencje własnych działań, jak również funkcje, jakie prawo pełni w społeczeństwie. Nie mogą również deprecjonować wykładni językowej.

Czym prawodawca powinien się kierować pod względem etycznym? Nade wszystko powinien trzymać się minimum etycznego w społeczeństwie, tj. wspólnych i podstawowych wartości dla ludzi w danym społeczeństwie, które leżą u jego podstaw jako konstrukcja społeczna, bez której społeczeństwo nie mogłoby przetrwać lub funkcjonować. Zgoda społeczna na minimum etyczne i właściwie egzekwowana ochrona prawna tego minimum przez porządek prawny to dwa konieczne warunki istnienia i funkcjonowania społeczeństwa. Minimum etyczne jest zrelatywizowane historycznie, społecznie i kulturowo. Wartości wchodzące w skład minimum etycznego mają charakter kumulatywny. Trudną kwestią jest natomiast stwierdzenie, co wchodzi w skład minimum etycznego. Proces „odkodowania” minimum etycznego z życia i kultury społeczeństwa wymaga od prawodawcy wyjątkowej mądrości społecznej i zdrowego rozsądku. Prawodawca winien cechować się umiarem w ocenie rezultatów tego procesu.

Jak daleko sięgać może wychowanie moralne społeczeństwa przez prawo? Czy można prawem narzucić moralność dominującą albo preferencje etyczne prawodawcy lub organów

stosujących prawo? Należy odnieść te pytania również do możliwych rezultatów wychowawczego oddziaływania prawa na postępowanie człowieka. Może być tak, że ważniejszymi motywami postępowania ludzkiego są: moralność indywidualna, zwyczaje, moda etc. Należy badać rzeczywisty wpływ prawa, w tym ustawodawstwa moralnego, na moralność nie tylko teoretyczną, ale przede wszystkim na moralność praktyczną. Wyróżnić można dwie koncepcje regulacji prawnej. Pierwsza koncepcja polega na ograniczaniu regulacji prawnej w sprawach drażliwych moralnie. Regulacja ta może polegać na przyznaniu określonych uprawnień (np. prawo do aborcji czy eutanazji, prawo do klonowania się, prawo do zawarcia małżeństwa homoseksualnego) lub na „milczeniu prawnym”, tj. braku regulacji prawnej w odniesieniu do stosownych zjawisk (np. niekaralność prostytutki czy „posiadania pornografii”). Druga koncepcja polega na wyraźnym regulowaniu prawem spraw drażliwych moralnie w celu uniknięcia nieporozumienia co do pożądanego przez porządek prawny i władzę publiczną zachowań ludzkich oraz co do poglądów władzy publicznej na dane zjawisko (np. nakaz sterylizacji, zakaz aborcji).

Należy odróżnić ingerencję społeczeństwa w sferę moralności od ingerencji prawa w sferę moralności. Ingerencja społeczna jest pojęciem szerszym. Może dotyczyć moralnego potępienia danego postępowania lub zachowania i wskazania zachowania pożądanego przez ogół społeczeństwa lub jego znaczną część albo poszczególne komórki społeczne (rodzina, sąsiedztwo etc.). [46] Z ingerencją społeczną spotykamy się bardzo często w stosunkach rodzinnych lub innych stosunkach społecznych o znacznym stopniu intensyfikacji emocjonalnej. Ingerencja społeczna wyprzedza ingerencję prawną, która nie występuje w większości przypadków łącznie z ingerencją społeczną. [47] Prawa może nie interesować niemoralne prowadzenie się czyjejś pełnoletniej córki lub cudzołóstwo męża (chyba że przy orzekaniu rozwodu), natomiast dla rodziny, sąsiadów czy znajomych mogą to być sprawy bardzo ważne.

Wydaje się, że wyróżnić możemy następujące ideały prawa w sprawach kontrowersyjnych moralnie i społecznie:

1. prawo jako kazuista i absolut (bezwzględne nakazanie dobrego postępowania, paternalizm i moralizm, nakazy i zakazy moralne, etc.),
2. prawo jako samoograniczający się ingerent w celu aprecjacji moralności i wolności indywidualnej (teoria prawa liberalnego, liberalizm i pluralizm moralny),
3. prawo jako wychowawca (sugerowanie i wskazanie form godziwego życia i standardów zachowań).

Ideały te są zrelatywizowane do określonego przedziału czasowego, kultury i etosu społecznego. Pozostają w stosunku do siebie w określonych relacjach, z których najtrudniejszą do realizacji, ale i najbardziej pożądaną ze względu na wolność człowieka i porządek społeczny, jest jednoczesna, wyważona i umiarkowana realizacja ideału wychowawcy i ideału samoograniczającego się ingerenta. Tej wizji towarzyszyć muszą odpowiednie polityki społeczne (wzmacniające rodzinę, szkołę etc.).

W celu określenia podstawowych standardów zachowania pożądanego przez prawo odwołać się należy do zasad takich, jak „nie czyn drugiemu, co tobie niemiłe”, zasada krzywdy Milla, zasada zdrowego rozsądku, oraz do „elementarnych i ogólnoludzkich wartości moralnych”. W rzeczywistości społecznej mogą być standardami *de facto*, zgodnymi z moralnościami indywidualnymi i praktycznymi, „praktycznym kodeksem mądrości życiowej” i hipokryzją społeczną, zachowania niepożądane przez porządek prawny i społeczny (np. zabójstwa, kradzieże, prostytutka, w tym nieletnich, eutanazja z powodu depresji, pochopna aborcja i przymusowa socjalnie antykoncepcja, powodujące znaczny niż demograficzny).

Kwestia wymuszania przez prawo danej moralności czy też problematyka ingerencji prawa w trudnych przypadkach są przedmiotem sporów filozoficznych i filozoficznoprawnych. Jak zauważa T. Pietrzykowski, można ów spór postrzegać jako kontynuację wielowiekowego sporu o narzucanie przekonań religijnych i światopoglądowych. Dopiero w XVIII w. uświadomiono sobie, że rolą państwa nie jest stanie na straży wykonywania przez poddanych religijnych obowiązków dominującego wyznania (*cuius regio eius religio*). A czy rolą państwa i prawa obecnie jest stanie na straży moralności obywateli? Odrzucono wymuszanie religii prawem pod wpływem argumentu ze „swobody sumienia”. Później zauważono, że również regulacje prawne, których uzasadnieniem są preferencje moralne prawodawcy, to nie tylko określona część prawotwórstwa, ale i nade wszystko ingerencja w wolność i autonomię moralną jednostki. [48] Ingerencja taka musi posiadać legitymizację moralną, tzn. powinna

być słuszna i uzasadniona względami społecznymi.

Wielcy filozofowie wskazali na zasadę i wartość wolności jako decydujący czynnik ograniczający ingerencję prawa w sferę moralności i wymuszanie preferowanej moralności przez prawo. I. Kant powiadał, że wolność woli to możliwość dokonywania swobodnych wyborów, a człowiek to podmiot moralny. Dla moralności istotne jest, by ktoś działał „z obowiązku” (moralnego), a dla prawa liczy się tylko zewnętrzne zachowanie „zgodne z obowiązkiem” (prawnym). Prawo ma na celu zharmonizowanie wolności różnych osób. Prawo dla pokojowego współistnienia różnych wolności ustanawia „bariery”. [49] Prawo to „ogół warunków, pod którymi wola jednej osoby może zostać pogodzona z wolą drugiej osoby, zgodnie z powszechnym prawem wolności”. [50] Powszechne prawo wolności polega na tak szerokiej sferze wolności, jaką da się pogodzić z równą wolnością innych osób. Na płaszczyźnie społecznej wolność człowieka polega na tym, że „nikt nie może zmusić mnie do bycia szczęśliwym na jego sposób (tak, jak on wyobraża sobie pomyślność kogoś innego), lecz każdemu wolno poszukiwać swego szczęścia na tej drodze, która jemu samemu wydaje się najlepsza, jeśli tylko nie przynosi ona uszczerbku wolności innym, dążącym do podobnego celu, wolności połączonej pewnym możliwym, powszechnym prawem z wolnością wszystkich”. Państwo nie powinno wskazywać, do jakiego celu ma dążyć człowiek albo, co jest dla niego „szczęściem”. „Rząd ojcowski” dyktujący, co jest dla jednostki szczęściem, co dobre, a co szkodliwe, jest „największym dającym się pomyśleć despotyzmem”. [51] Wbrew powszechnym przekonaniom o surowości Kanta jego filozofia dotycząca prawa i moralności jest bardzo „wolnościowa” (liberalna).

J. S. Mill w eseju *O wolności* pisze, że „wartość egzystencji” zależy od „nałożenia hamulca na czynny innych ludzi”. Dodaje, że „pewne reguły muszą być więc narzucone, najpierw przez prawo, a wielu rzeczach, które nie nadają się do prawnego traktowania, przez opinię”. Fundamentalną rolę odgrywa odpowiedź na pytanie, „jakie powinny być te reguły”. Mill zwraca uwagę na „praktyczną kwestię wyznaczenia granicy”, a właściwie — „dopasowania do siebie niezależności jednostki i kontroli społecznej”. Decyzje prawodawców i władzy są tak różne w tej samej sprawie, że „decyzja jednego kraju lub wielu zdumiewa drugi”. „Reguły obowiązujące” wydają się być „oczywiste i niewymagające uzasadnienia”. Wynika to z „magicznego” wpływu zwyczaju, który jest pierwszą naturą człowieka. Mill twierdzi, że „zwyczaj rozprasza wszelkie wątpliwości dotyczące reguł postępowania, które ludzie sobie narzucają”. Uczucia są ważniejsze od „rozumowego uzasadnienia”, które w związku z tym staje się niepotrzebne. Ponadto tkwi „w umyśle każdego człowieka mniemanie, że wszyscy powinni postępować tak, jak on i jego przyjaciele sobie życzą”. [52] Dalej kontynuuje Mill, pisząc, że „upodobania i niechęci społeczeństwa lub jakiejś potężnej jego części głównie określały, w praktyce, normy, których ogół miał przestrzegać pod groźbą kar nakładanych przez prawo lub opinię”. Ludzie postępu „wyprzedzali swój wiek myślą i uczuciem”. [53] Państwo ingeruje w życie obywateli, gdyż „w gruncie rzeczy nie ma ustalonego zwyczajowego kryterium właściwości lub niewłaściwości interwencji rządowej”. „Osobiste upodobania” determinują ocenę takiej interwencji, dlatego „niektórzy, gdy widzą coś dobrego do zrobienia albo zło, które powinno być naprawione, chętnie namówiliby rząd do zajęcia się tą sprawą, podczas gdy inni wolą znosić niemal najgorsze zło społeczne, niż poddać pod kontrolę rządu jeszcze jedną dziedzinę ludzkich interesów”. [54] Mill tworzy zasadę krzywdy, będącą „jedną bardzo prostą zasadą, która winna przyświecać wszelkim próbom kontrolowania lub przymuszania przez społeczeństwo, bez względu na to, czy używa ono siły fizycznej w postaci sankcji prawnych czy też przymusu moralnego opinii publicznej”. Jak brzmi ta zasada? Angielski filozof rozumie ją w sposób następujący: „(...) jedynym celem usprawiedliwiającym ograniczenie przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jest samoobrona, że jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie krzywdzie innych. Jego własne dobro, fizyczne i moralne, nie jest wystarczającym usprawiedliwieniem. Nie można go zmusić do uczynienia lub zaniechania czegoś, ponieważ tak będzie dla niego lepiej, ponieważ to go uszczęśliwi, ponieważ zdaniem innych osób będzie to mądrym lub nawet słusznym postępkim. Są to poważne powody, by go napominać, przemawiać mu do rozumu lub prosić, lecz nie by go zmuszać lub karać w razie, gdyby nas nie słuchał. Aby to ostatnie było usprawiedliwione, postępowanie, od którego chcemy go odwieść, musi zmierzać do wyrządzenia krzywdy komuś innemu. Każdy jest odpowiedzialny przed społeczeństwem jedynie za tę część swego postępowania, która dotyczy innych. W tej części, która dotyczy wyłącznie jego samego, jest absolutnie niezależny

ma suwerenną władzę nad sobą, nad swoim ciałem i umysłem". [55]

Zasadę powszechnej wolności Kanta i zasadę krzywdy Milla łączy szerokie ujęcie wolności ludzkiej, ograniczenie prawa władzy do ingerencji w moralność i wolność jednostki. Argumentacja tych uczonych jest na wysokim poziomie merytorycznym, a abstrakcyjne ujęcie powyższych zasad powoduje, że mogą być rozpatrywane ze względu na swą uniwersalność w każdym czasie. Co prawda, sformułowanie „cywilizowana społeczność” budzi wątpliwości, ale Millowi chodziło zapewne o społeczeństwa kultury zachodniej. Nie zmienia to faktu, że wolność jednostki jest wartością podstawową, a kontrola społeczna musi być z nią „dopasowana”. Interesujące jest, że Mill silny nacisk kładzie też na „opinię publiczną” i jej środki przymusu wobec niepokornej jednostki (zob. moje powyższe rozważania na temat ingerencji społecznej).

Powstaje pytanie, jak rozumieć krzywdę wyrządzoną komuś — czy jest to tylko krzywda fizyczna, czy także krzywda moralna, psychiczna. Krzywda moralna polega na sprawieniu komuś przykrości swoim postępowaniem albo na demoralizacji kogoś innego. Demoralizacja to proces znaczącej zmiany uznanego społecznie systemu wartości i reguł postępowania, zachodzący w świadomości człowieka pod wpływem zachowań innych osób, uznanych powszechnie za niemoralne. Rezultatem demoralizacji jest „wkroczenie” w sferę czynów niemoralnych danego typu czy typów w stopniu niezwykle zintensyfikowanym („inicjacja zła”). Krzywda psychiczna jest urazem powstałym w psychice człowieka pod wpływem uznanego za niemoralne zachowania innej osoby. Kolejne pytanie dotyczy tego, czy ta krzywda moralna, psychiczna może dotknąć społeczeństwa jako ogółu potencjalnie zagrożonego w mniejszym lub większym stopniu demoralizacją pod wpływem niemoralnego zachowania jednostki. Świat to również wielki układ odniesień do kogoś lub do czegoś: każde zachowanie zewnętrzne ma określony wpływ na różne układy odniesień (stosunki społeczne [56] etc.). Zwielokrotnienie podobnych zachowań nie pozostaje bez wpływu na praktykę postępowania i tworzenie nowych reguł zachowań w układach odniesień do kogoś lub czegoś. Świat to wielki układ relacji międzyludzkich i społecznych. Niemoralne zachowanie jednostki pozostaje w określonej relacji do społeczeństwa. Innymi słowy, czy zachowanie niemoralne jednostki może zdemoralizować społeczeństwo, wpływając na zmianę standardów zachowań w społeczeństwie? I czy w związku z tym powinno być zakazane prawem? A jeśli jest dopuszczalne w świetle prawa i korzysta z ochrony prawnej jako instytucja prawna? Czy wtedy należy zdelegalizować tę instytucję, gdyż demoralizuje ona ogół społeczeństwa?

Dworkin, analizując idee Milla, wskazuje na podział czynów ludzkich na czyny, które dotyczą innych i czyny, które dotyczą siebie. Mill uznał, że każdy czyn działa na innych (nawet czyn dotyczący siebie). Przykładowo upicie się do nieprzytomności pokazuje, jak „osobowość” działającego wywołuje przykrość u ludzi dobrze mu życzących. Jednak sprzeczne z wolnością jest decydowanie przez społeczeństwo o „osobowości”. [57] Oczywiście, może to twierdzenie być zanegowane w pewnym stopniu przez argumenty psychologiczne, wedle których integralny rozwój osobowości człowieka jest niemożliwy w sytuacji znacznego „zniewolenia” przez ludzką słabość, a wolność wyboru jest wątpliwa w wielu sytuacjach, co sprawia, że ludzie potrzebują zinstytucjonalizowanej i niezinstytucjonalizowanej pomocy, a nie karania. Psychologowie uważają, że wolność (wolny wybór) tylko jako kategoria prawnicza nie budzi wątpliwości. W praktyce uznaje się te argumenty w części, czego przykładem jest nakaz leczenia odwykowego alkoholików i narkomanów czy też umieszczanie trudnej młodzieży w zakładach poprawczych (jako osób z zaburzeniami w procesie dostosowawczym). Pewne znaczenie odgrywa tu też etyka utylitarystyczna, w której na plan pierwszy wysuwa się użyteczność społeczną jako wartość społeczną i indywidualną. [58]

Porządek prawny ingerujący w sferę moralności w przypadkach kontrowersyjnych moralnie lub społecznie musi brać pod uwagę demoralizującą rolę prawa. Moralność jest zapleczem prawa, prawo musi odzwierciedlać wartości moralne społeczeństwa, gdyż porządkowi prawnemu potrzebna jest społeczna akceptacja. Prawo może być jednak stymulatorem zmian społecznych czy światopoglądowych (w tym przekonań moralnych). Ingerencja prawa w trudne przypadki dotyczy stworzenia określonych zakresów czynów nakazanych, zakazanych i dozwolonych. Powstaje tu też problem granic i metod paternalizmu, tj. czy można i jak daleko ingerować prawem w życie jednostki, podpowiadając lub narzucając jej wybory ze względu na jej dobro, ochronę jej wolności etc. Paternalizm w istocie rzeczy jest uwikłany aksjologicznie, choć w mniejszym stopniu niż moralizm. Wskazywanie jednostce, co ma robić dla swojego dobra, wymaga silnego uzasadnienia ze strony władzy, co i tak nie czyni tej kwestii mniej kontrowersyjną moralnie lub społecznie w konkretnych, często kazuistycznych pod względem regulacji prawnej, przypadkach.

Zgodnie z teorią polityki prawa Leona Petrażyckiego, możliwy jest postęp etyczny ludzkości oraz oddziaływanie prawa na „rozwój etyki zbiorowej”, czyli kształtowanie przez prawo postaw zgodnych z „etyką społeczną”. [59] Są to dwa podstawowe założenia jego teorii. Petrażycki ostrzega przed demoralizującymi skutkami wpływu prawa na społeczeństwo, szczególnie na ludzi „mniej odpornych pod względem etycznym”, którzy „ulegając pokusie, ponoszą uszczerbek moralny”, który „nie mija bez śladu w charakterze moralnym w ogóle”. Człowiek może „stoczyć się w przepaść”. Prawo, poprzez normy i instytucje prawne, „może mieć wpływ ujemny na moralność, może ludzi demoralizować, może swymi nierozumnymi postanowieniami szerzyć zarazę moralną i degenerację”. Prawo oddziałuje wielokrotnie na człowieka w trakcie jego życia. Zagrożenie prawa dopuszczającego zło moralne polega na tym, że „wielokrotne powtarzanie się pobudek i czynów niemoralnych pozostawia w duszy człowieka oraz w etyce społeczeństwa tym bardziej niebezpieczny i szkodliwy osad, krystalizację moralnej trucizny, nawyk amoralny, instynkt szkodliwy”, który jest „źródłem powtarzania czynów niemoralnych”. Wadliwe moralnie prawo uderza również w etykę społeczną. Może bowiem wywołać „tak często i tak powszechnie pewnego rodzaju czyny niemoralne, że wchodzi one w przyzwyczajenie i stają się regułą ogólną”. W konsekwencji, kontynuuje Petrażycki, „w społeczeństwie może zaniknąć poczucie niemoralności postępów tego rodzaju, może pójść w niepamięć ten rozdział katechizmu społecznego, który piętnuje i nazywa haniebnym takie postępowanie”. [60] Zatem, według Petrażyckiego, dopuszczalność w majestacie prawa czynów „haniebnych”, niemoralnych, spowoduje zanik poczucia niemoralności tych czynów, ich powtarzanie się w społeczeństwie i uznanie za normę społeczną. Koncepcja Petrażyckiego proponuje wizję prawa silnie zmoralizowanego, którego celem jest stworzenie w świadomości człowieka i świadomości społecznej motywów i pobudek sprzyjających realizacji „ideału miłości”, tj. uczynienia człowieka i społeczeństwa lepszym. Prawo pełni przede wszystkim funkcję wychowawczą. Teoria Petrażyckiego zakłada, że „rozumna polityka prawa wytwarza lub przyspiesza postęp moralny”. Petrażycki, powołując się na przykłady z historii prawa, pisze *expressis verbis*, że „prawo rozumne jest szkołą moralności, instytucją wychowawczą narodu i całej ludzkości”. [61] Teza ta jest jednak wątpliwa empirycznie, gdyż prawo pełni nade wszystko funkcję homeostatyczną. Z kolei idea wychowania moralnego przez prawo w celu uczynienia człowieka lepszym jest wątpliwa aksjologicznie i sprzeczna z zasadą wolności. [62] Można ją zanegować jednym pytaniem: czy państwo i prawo muszą i mogą stać na straży moralności, poza minimum etycznym, zawartym w prawie?

Zdaniem W. Langa, tworzenie prawa ukierunkowanego wyłącznie na moralne wychowanie społeczeństwa lub pewnych kategorii osób bez jakichkolwiek innych powodów, poza „umoralnianiem”, jest sprzeczne z zasadami racjonalnej polityki prawa. Taki stan rzeczy narusza zasadę minimalizacji przymusu, stanowiącą zasadę wewnętrznej moralności prawa. [63] Ponadto stwierdzić trzeba, że narusza zasadę minimalizmu prawa, które winno się ograniczać w swej regulacji do spraw najbardziej istotnych do społeczeństwa. „Przeregulowanie” prawa i nadmierna jurydyzacja życia społecznego mogą przynieść efekty odwrotne lub odmienne od założonych.

Wpływ na społeczeństwo zachowania niemoralnego lub instytucji niemoralnej, które są dopuszczalne prawnie, może być pośredni lub bezpośredni. Wpływ pośredni polega na zmianie w dłuższej perspektywie wzorców zachowań ludzkich lub świadomości ludzkiej w mniejszym lub większym stopniu. Wpływ bezpośredni polega na zmianie sytuacji prawnej osób dopuszczających się „czynów niemoralnych” i na korzystaniu przez nich z ochrony prawnej. Krzywda wyrządzona czynem niemoralnym innym osobom może być również dwojakiego rodzaju. Krzywda bezpośrednia polega na przemocach fizycznej lub psychofizycznej albo osobistej (dotyczące bezpośrednio osoby lub jej majątku). Krzywda pośrednia dotyczy problemu demoralizacji, tj. negatywnego wpływu na standard zachowań akceptowanych społecznie, kulturowo czy cywilizacyjnie.

W doktrynie zauważa się, że dwa poziomy dyskursu moralnego nad pytaniem o dopuszczalność i granice „wymuszania moralności” przez prawo: poziom pierwszy i poziom drugi, tzw. metapoziom. Problem ingerencji prawa w sferę moralności w trudnych przypadkach ma charakter również moralny i jest rozpatrywany na metapoziomie dyskursu moralnego. Należy odróżnić od siebie dwie rzeczy: posiadanie określonych przekonań moralnych w konkretnych sprawach oraz kwestię dopuszczalności narzucania prawem tych przekonań osobom posiadającym inne przekonania. Pytanie o dopuszczalność i granice ingerencji znajduje

się na wyższym poziomie dyskursu moralnego. Dotyczy ono problemów, w tym konfliktów, wynikających z niezgodności między sobą ocen i norm I stopnia, sformułowanych na tle konieczności merytorycznego rozstrzygnięcia konkretnego przypadku trudnego etycznie. Niezwykle istotne w dyskursie publicznym i procesie legislacyjnym oraz na wszystkich poziomach porządku prawnego jest rozróżnienie między zajmowanymi stanowiskami w sprawie moralnej dopuszczalności narzucania moralności przez prawo (oceny moralne II stopnia na metapoziomie dyskursu moralnego) a ocenami czy poglądami moralnymi I stopnia w konkretnych przypadkach. [64] Dla przykładu można wskazać na problem eutanazji w szczególnych okolicznościach. Dla jednych jest ona moralnie zła, dla innych – moralnie dopuszczalna. Są to oceny I stopnia w toczącym się na ten temat dyskursie moralnym. Natomiast na wyższym poziomie tego dyskursu (tzw. metapoziom) toczy się kwestia, czy prawo powinno w ogóle ingerować w ten przypadek, a jeśli tak, to w jakich granicach. Na tym poziomie trzeba też uzasadnić moralnie taką ingerencję lub jej brak. Na tej płaszczyźnie właśnie występują oceny moralne II stopnia.

Wydaje się, że oceny II stopnia na metapoziomie dyskursu moralnego zdeterminowane są przyjętą przez władzę publiczną filozofią: filozofią **życia** według **ja**, filozofią społeczną, filozofią człowieka, filozofią państwa. Porządek prawny jest przepojony określoną wizją prawa i filozofią prawa, która czerpie z filozofii w ogóle. [65]

Decyzje w sprawach ingerencji prawa w trudnych moralnie przypadkach, występujące na różnych poziomach porządku prawnego, stanowią wypadkową różnorodnych czynników: preferencji etycznych prawodawcy i organów stosujących prawo oraz ich światopoglądu i filozofii, chęci utrzymania społecznego *status quo*, roli tradycji i moralności w społeczeństwie, potrzeby zapewnienia spokoju społecznego, idei dbałości o integralny rozwój jednostki przez ochronę jej wolności, konieczności rozwiązywania problemów społecznych i używania prawa jako stymulatora zmian społecznych, idei wolności ludzkiej w ujęciu szerokim, idei wychowawczej funkcji prawa w związku z demoralizacją społeczeństwa przez złe prawo, prognoz rozwoju społecznego i jego zagrożeń, jak również określonych czynników kulturowych, ekonomicznych, społecznych i politycznych, a nawet międzynarodowych.

Prawo pozytywne jest pewnego rodzaju siatką pojęciową nałożoną na stosunki społeczne i zachowania ludzkie. Prawo *in action* określa realny byt prawa pozytywnego. Porządek prawny w mniejszym lub większym stopniu kształtuje postawy ludzkie i wpływa na rzeczywiste życie społeczeństwa (w dużym stopniu wyjaśnia to instytucjonalna teoria prawa).

Racjonalnemu prawodawcy, faktycznemu ośrodkowi władzy lub władzy publicznej *sui generis* chodzi o pożądaną przez nich wizję społeczeństwa. Władza wskazuje na priorytety, promując przez prawo pożądane wybory w życiu społecznym. A co w przypadku, gdy państwo jest na tyle liberalne, że nie zajmuje się przewidywanymi skutkami zjawisk kontrowersyjnych moralnie i społecznie (np. aborcja, eutanazja, pornografia, prostytutka, małżeństwa homoseksualne)? Państwo liberalne nie zajmuje się moralnością społeczeństwa, poza pewnym minimum etycznym, na które musi być zgoda większości, bez względu na ontologiczne uzasadnienie tego minimum. Czy zatem politycy, prawodawcy, sędziowie lub urzędnicy patrzący wyłącznie z poczuciem zagrożenia na przyszłość społeczeństwa są nadmiernymi moralizatorami, a ci sami pozostawiający życie kontrowersjom moralnym: „liberalnemu rynkowi moralności”, „niewidzialnej 'reçe' **sumienia, wyboru, moralności jednostki**” - nadmiernymi liberałami? Co jest słuszne? Gdzie przebiega granica? Czy jest nią odpowiedzialność za prawo, obywateli, życie społeczne i jego zagrożenia? Poszukiwanie Arystotelesowskiego „złotego środka” i umiaru (*sophrosyne*) jest zajęciem niezwykle trudnym dla władzy publicznej (często niekompetentnej). [66]

Trudno nie zgodzić się z główną tezą niepozytywistycznej koncepcji prawa A. Peczenika, mówiącą, że ekstremalnie niemoralny system normatywny nie jest prawem obowiązującym (*„extremely immoral normative system is no valid law”*). [67] „Niemoralność” systemu prawnego czy porządku prawnego lub instytucji czy normy prawnej należy jednak odnieść do tzw. minimum etycznego, występującego w społeczeństwie, bez którego nie może ono funkcjonować. Odniesienie do moralności wybranych lub perfekcjonistycznych nie byłoby słuszne i pogłębiłoby konflikty społeczne. Podobnie, dla ingerencji prawa w sferę moralnie trudnych przypadków należy punktem odniesienia uczynić minimum etyczne w społeczeństwie. Procesowi ingerencji winny towarzyszyć odpowiednie polityki społeczne, stwarzające możliwości i warunki dla kompleksowego rozwiązania ludzkich problemów u ich źródła.

Zobacz także te strony:

[Podstawy aksjologiczne Konstytucji dla Europy](#)

[Ścieranie się momentów historycznych i etycznych w obrębie systemów prawnych](#)

[Normy moralne](#)

[Polityka a moralność według Machiavellego](#)

[Z genealogii moralności. Pismo polemiczne](#)

[Poszukiwanie naturalnych źródeł i zasad moralności](#)

Przypisy:

[27] Zob. W. Lang, *Związki między prawem i moralnością w procesie tworzenia prawa*, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin Profesor Marii Boruckiej-Arctowej*, Toruń 2000.

[28] Ibidem, s. 168-169.

[29] Ibidem, s. 163-164.

[30] Ibidem, s. 165.

[31] Zob. H. L. A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001, s. 77 i n.

[32] W. Lang, op. cit., s. 165-166.

[33] Zob. L. Petrażycki, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, s. 25.

[34] W. Lang, op. cit., s. 166.

[35] M. Ossowska, *Podstawy nauk o moralności*, Warszawa 1966, s. 295.

[36] Por. W. Lang, op. cit.

[37] Ibidem.

[38] Por. ibidem, s. 166-167.

[39] Ibidem, s.168.

[40] Ibidem.

[41] Ibidem, s. 169.

[42] Ibidem. Por. uwagi o prawodawcy owładniętym misją realizacji idei moralnej, P. Winczorek, *Instrumentalne wykorzystywanie prawa w procesie prawotwórczym*, [w:] *Prawo i ład...*, op. cit., s. 61-62. Winczorek wskazuje jako przykład instrumentalnego traktowania prawa "dawanie świadectwa ideowym przekonaniom" prawodawcy, zwłaszcza w sferze obyczajowo-społecznej (np. prostytutka, pornografia, hazard, alkohol), która, jak słusznie zauważa, "kształtuje się w nikłym związku z uregulowaniami prawa pozytywnego". Zob. też, K. Daniel, *Argument większościowy a ustawodawstwo światopoglądowe*, [w:] *Prawo i ład...*, Warszawa 2000, s. 188 i n.

[43] Zob. np. na ten temat K. Dybowski, *Autopoiesis prawa*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia...*, op. cit., s. 49 i n.; N. Luhmann, *The Unity of The Legal System*, [w:] *Autopoietic Law. A new Approach to Law and Society*, G. Teubner (red.), Berlin 1987.

[44] Por. W. Lang, *Prawo a moralność*, Warszawa 1989, s. 296-297; J. Wróblewski, *Prawo a homeostaza*, *Państwo i Prawo* 1982, nr 12; L. Seidler, *Idea ładu społecznego w systemie wartości*, *Państwo i Prawo* 1975, nr 7, s. 33. Inaczej L. Petrażycki, op. cit., s. 29 i n.

[45] W. Lang, op. cit.

[46] Zob. np. na temat norm i sankcji społecznych A. Giddens, *Socjologia*, Warszawa 2004, s. 222, 226, 228-229 i 265. Giddens jako powód przestrzegania norm społecznych podaje "przyzwyczajenie przez socjalizację". Złamanie norm rodzi sankcje społeczne. Sankcje to "zachowanie jednostki lub grupy, skłaniające do podporządkowania danej normie". Wśród sankcji wyróżnia: nieformalne (spontaniczne reakcje na nonkonformistyczne zachowania), formalne (specjalne instytucje, np. sądy, więzienia), pozytywne (nagrody), negatywne (kary). Dla Giddensa, "prawo jest sankcją formalną, określoną przez rząd jako obowiązująca obywateli reguła czy zasada; jest ona stosowana wobec obywateli, którzy jej nie przestrzegają". Definicja ta dla prawnika jest znacznym uproszczeniem, ale pamiętać należy, że jest ona dziełem socjologa. Sprowadzanie istoty prawa do obowiązku i kary przywodzi na myśl

niektóre założenia skandynawskiej szkoły prawa. Zob. np. M. Golding, *Rights, Performatives and Promises In Karl Olivecrona's Legal Theory*, Ratio Juris 2005, vol. 18, no. 1, s. 16-29, zwłaszcza s. 26.

[47] Por. J. S. Mill, *O wolności*, [w:] *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 2005, zwłaszcza s. 97-98 i 102. Mill wskazuje na nacisk "opinii publicznej" na jednostkę, postępującą w sposób odmienny od przyjętych konwenansów i norm społecznych. Mill jest dość krytyczny wobec społeczeństwa i hipokryzji społecznej. Zauważa, że "opinie ludzi o tym, co zasługuje na pochwałę lub naganę, zmieniają się zależnie od tych wszystkich różnorodnych przyczyn, które wpływają na ich życzenia dotyczące postępowania innych i które są równie liczne jak przyczyny decydujące o ich życzeniach w każdym innym przedmiocie. Czasem jest to ich rozum - kiedy indziej ich uprzedzenia lub zabobony, często ich społeczne, a nierzadko ich antyspołeczne skłonności, ich zawiść lub zazdrość, ich hardość lub wzgarda, lecz najczęściej ich pragnienia lub obawy - ich uprawniona lub nieprawna korzyść własna". Trudno podejrzewać Milla o skłonności socjalistyczne czy komunistyczne, ale pisze on wyraźnie, że "gdziekolwiek istnieje klasa panująca, duża część moralności wypływa z jej interesów klasowych i jej poczucia wyższości".

[48] Por. T. Pietrzykowski, op. cit., s. 97. Zob. też D. Bunikowski, *Podstawy aksjologiczne Konstytucji dla Europy*, [materiały pokonferencyjne, Toruń - 9.12.2005 r., II Konferencja Doktorantów WPIA UMK, dane do druku], s. 7-8.

[49] Zob. I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, Warszawa 1972, s. 5 i n.

[50] Tenże, *Metafizyczne elementy teorii prawa*, [w:] M. Szyszkowska, *U źródeł współczesnej filozofii prawa i filozofii człowieka*, Warszawa 1972, s.181.

[51] Tenże, *O porzekadle: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, Toruń 1995, s. 19-20.

[52] J. S. Mill, op. cit., s. 97-98.

[53] Ibidem, s. 99-100.

[54] Ibidem, s. 101-102.

[55] Ibidem, s. 102. Por. rozważania J. Kowalskiego: "Prawo nakładając na nas obowiązek, ogranicza w ten sposób nasze swobodne zachowanie. Czyni to mniej lub bardziej skutecznie, ale to już jest inne zagadnienie (...) Jaka jest granica wolności? Granicę tę wypracowuje sobie każde społeczeństwo. Zawarta jest ona w całej jego kulturze duchowej, w obyczajach moralności, normach religijnych, estetycznych i przede wszystkim prawnych". Zob. J. Kowalski, *Idea wolności i równości a prawo*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia. Konstytucja. Integracja Europejska*, Lublin 1999, pod red. L. Leszczyńskiego, s. 59 i 64.

[56] Por. np. rozważania Cz. Znamierowskiego o stosunkach społecznych i ich złożoności (Cz. Znamierowski, *Rozważania o państwie*, Warszawa 1999, s. 518-519).

[57] R. Dworkin, op. cit., s. 461 i n.

[58] Por. J. S. Mill, *Utylitaryzm*, [w:] *Utylitaryzm. O wolności*, op. cit., s. 23 i 86. Mill pisze, że "moralność utilitarystów uznaje w człowieku zdolność poświęcenia swojego największego dobra dla dobra innych". Nie ma to być jednak poświęcenie "samo przez się" jako dobro, ale ma zwiększyć "ogólną sumę szczęścia". Zasada użyteczności jest często nie rozumiana przez społeczeństwo, gdyż "moralność zwyczajowa, uświęcona przez wychowanie i opinię, wydaje się obowiązująca sama przez się, a przekonywanie, że moralność czerpie tę moc z jakiejś zasady ogólnej, "której obyczaj nie otoczył taką samą aureolą [jak moralność - przyp. D. B.]", jest dla ludzi "paradoksalne". "Zasady pierwotne narzucają się silniej niż zasada pierwotna", zauważa Mill. Paradoks ten eksplikuje przykładowe pytanie członka danej społeczności: "Czuję, że nie powinienem kraść ani mordować, zdradzać ani oszukiwać. Ale dlaczego miałbym zabiegać o szczęście ogółu?". Dla Milla jest jasne, że jakiś "doniosły" obowiązek społeczny może uchylać "ogólne zasady sprawiedliwości". Jako przykład podaje kradzież lekarstwa dla śmiertelnie chorego lub zmuszenie przemocą lekarza do "sprawowania swych funkcji", jeśli nie ma innych możliwości pomocy potrzebującemu.

[59] L. Petrażycki, op. cit., s. 25 i 29.

[60] Ibidem, s. 29-31.

[61] Ibidem, s. 29. Zob. tenże, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, s. 157-166. Petrażycki wskazuje na rolę polityki prawa. Jej zadanie polega na: 1) "racjonalnym kierowaniu indywidualnym i masowym postępowaniem za pomocą odpowiedniej motywacji prawnej", 2) "udoskonaleniu psychiki ludzkiej, na oczyszczeniu jej od złośliwych, antyspołecznych skłonności, na zaszczepieniu i wzmacnianiu przeciwnych skłonności" (s. 157). Por. M. Szyszkowska, *Europejska...*, op., cit., s. 70-74; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, s. 94-95; M. Ossowska, *Moral and Legal Norms*, [w:] *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki*, ed. J. Gorecki, Urbana - Chicago - London 1975, s. 107-114; N. Denzin, *Interaction, Law and Morality: The Contributions of Leon Petrażycki*, [w:] *Sociology and...*, op. cit., s. 63 i n.; J. Lande, *The Sociology of Petrażycki*, (trans. J.W. Sławikowski), [w:] *Sociology and...*, op. cit., s. 23-37, zwłaszcza s. 25-28; tenże, *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959, s. 592-594.

[62] Por. W. Lang, op. cit.

[63] Ibidem, s. 297.

[64] Po. T. Pietrzykowski, op. cit., s. 96.

[65] Por. np. M. Szyszkowska, *Filozofia człowieka u podstaw systemów filozoficznoprawnych*, [w:] *Filozofia prawa*, pod red. M. Szyszkowskiej, Warszawa 2001.

[66] Cz. Znamierowski zauważa słusznie: "(...) trzeba wielkiej energii, wielkiego umysłu i niezłomności charakteru, by stać się prawdziwym mężem stanu. To znaczy liczyć się z opinią ogółu, a jednocześnie urabiać ją lojalnie cierpliwą perswazją, zgodnie z własnym najlepszym rozumieniem interesu zbiorowości państwowej". Zob. tenże, op. cit., s. 518.

[67] Zob. A. Peczenik, *Non-Positivist Coception of Law*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia...*, op. cit., s. 223 i n., zwłaszcza s. 236.

Dawid Bunikowski

Ur. 1980 r. Doktorant w zakresie nauk prawnych (Katedra Teorii Prawa i Państwa, UMK Toruń). Wyróżniony szeregiem nagród i stypendiów (Prezesa Rady Ministrów; Wydziału Prawa; władz lokalnych i edukacyjnych). Podinspektor w Zespole Radców Prawnych w Starostwie Powiatowym w Starogardzie Gdańskim (2005 r.), a także pracownik Biura Powiatowego Rzecznika Konsumentów (tamże). Członek zarządu Fundacji „Pomagamy Zdrowiu” w Starogardzie Gdańskim – Sekretarz Fundacji (2005). Zainteresowania: prawo, filozofia, sztuka, literatura, kultura, poezja, sport, football, ekonomia, psychologia. Zaangażowany w działalność i aktywność kulturalną (poetyka, dramat, dziennikarstwo), bierze czynny udział w akcjach organizacji pozarządowych i budowaniu lokalnego i obywatelskiego społeczeństwa.

[Pokaż inne teksty autora](#)

(Publikacja: 02-03-2006)

[Oryginał..](http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,4622) (<http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,4622>)

Contents Copyright © 2000-2008 by Mariusz Agnosiewicz

Programming Copyright © 2001-2008 Michał Przech

Autorem tej witryny jest Michał Przech, zwany niżej Autorem.

Właścicielem witryny są Mariusz Agnosiewicz oraz Autor.

Żadna część niniejszych opracowań nie może być wykorzystywana w celach komercyjnych, bez uprzedniej pisemnej zgody Właściciela, który zastrzega sobie

niniejszym wszelkie prawa, przewidziane w przepisach szczególnych, oraz zgodnie z prawem cywilnym i handlowym, w szczególności z tytułu praw autorskich, wynalazczych, znaków towarowych do tej witryny i jakiegokolwiek ich części.

Wszystkie strony tego serwisu, wliczając w to strukturę podkatalogów, skrypty JavaScript oraz inne programy komputerowe, zostały wytworzone i są administrowane przez Autora. Stanowią one wyłączną własność Właściciela. Właściciel zastrzega sobie prawo do okresowych modyfikacji zawartości tej witryny oraz opisu niniejszych Praw Autorskich bez uprzedniego powiadomienia. Jeżeli nie akceptujesz tej polityki możesz nie odwiedzać tej witryny i nie korzystać z jej zasobów.

Informacje zawarte na tej witrynie przeznaczone są do użytku prywatnego osób odwiedzających te strony. Można je pobierać, drukować i przeglądać jedynie w celach informacyjnych, bez czerpania z tego tytułu korzyści finansowych lub pobierania wynagrodzenia w dowolnej formie. Modyfikacja zawartości stron oraz skryptów jest zabroniona. Niniejszym udziela się zgody na swobodne kopiowanie dokumentów serwisu Racjonalista.pl tak w formie elektronicznej, jak i drukowanej, w celach innych niż handlowe, z zachowaniem tej informacji.

Plik PDF, który czytasz, może być rozpowszechniany jedynie w formie oryginalnej, w jakiej występuje na witrynie. **Plik ten nie może być traktowany jako oficjalna lub oryginalna wersja tekstu, jaki zawiera.**

Treść tego zapisu stosuje się do wersji zarówno polsko jak i angielskojęzycznych serwisu pod domenami Racjonalista.pl, TheRationalist.eu.org oraz Neutrum.eu.org.

Wszelkie pytania prosimy kierować do redakcja@racjonalista.pl