

Prawny moralizm
w liberalnej demokracji

Kamil Jesiołowski

Prawny moralizm w liberalnej demokracji

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
Gdańsk 2023

Recenzenci

prof. dr hab. Marek Piechowiak

dr hab. Anetta Breczko, prof. UwB

dr hab. Aleksandra Kustra-Rogatka, prof. UMK

Redakcja, skład i łamanie

Wioletta Kowalska / Violet Design

Projekt okładki i stron tytułowych

Filip Sendal

© Copyright by Uniwersytet Gdański

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego

ISBN 978-83-8206-584-8

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego

ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot

tel. +48 58 523 11 37, tel. kom. +48 725 991 206

e-mail: wydawnictwo@ug.edu.pl

wydawnictwo.ug.edu.pl

Księgarnia internetowa: wydawnictwo.ug.edu.pl/sklep/

Druk i oprawa

Zakład Poligrafii Uniwersytetu Gdańskiego

ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot

tel. +48 58 523 14 49

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wstęp	11
Rozdział I	
Wymuszanie moralności prawem. Wybrane ujęcia	19
1.1. Wychowawcza rola państwa	20
1.1.1. Sofokracja Platona	20
1.1.2. Etyka Arystotelesowska	30
1.1.3. Prawo naturalne św. Tomasza z Akwinu	36
1.2. Prawo jako rozkaz	40
1.2.1. Lewiatan T. Hobbesa	40
1.2.2. Utylitaryzm J. Benthama	46
1.2.3. John Austin i teza o (nie)rozdzielności	50
1.3. Dwa liberalizmy	54
1.3.1. John Locke	54
1.3.2. Immanuel Kant	59
1.4. Johna S. Milla zasada krzywdy	65
1.5. Podsumowanie. Punkt wyjścia do dalszych rozważań	68
Rozdział II	
Powstanie oraz rozwój prawnego moralizmu	71
2.1. Pierwsza generacja prawnego moralizmu	71
2.1.1. Epoka wiktoriańska	71
2.1.2. Wolność, równość, braterstwo	77
2.1.2.1. Szerszy rodzaj utilitaryzmu	77
2.1.2.2. Refutacja zasady krzywdy	83
2.1.3. Czy Hart się mylił? Część I	89
2.1.3.1. Różna moralność	89
2.1.3.2. Sztuka legislacji i sztuka orzekania	93
2.2. Druga generacja prawnego moralizmu	96
2.2.1. Raport Wolfendena	96

2.2.2. <i>The Enforcement of Morals</i>	101
2.2.3. Przeciwno tezie o dezintegracji	107
2.2.4. Przeciwno tezie konserwatywnej	112
2.3. Wyzwanie Kristola. Czy Hart się mylił? Część II	117
2.4. Prawny moralizm a koncepcje klasyczne	125
Rozdział III	
Nowy prawny moralizm	131
3.1. Moralizm jako reakcja	132
3.1.1. Neutralność wobec rozległych doktryn	133
3.1.2. Zasada krzywdy – precyzyjne rozumienie	139
3.2. Moralność krytyczna	149
3.2.1. Nowa teoria prawa naturalnego	149
3.2.1.1. Uczynić ludzi moralnymi	149
3.2.1.2. Moralna ekologia	153
3.2.1.3. Dialektyczna obrona moralistycznej legislacji	159
3.2.2. Liberalny prawny moralizm	165
3.2.2.1. Retrybutywna teoria kary	165
3.2.2.2. Moralistyczna teoria legislacji	171
3.2.2.3. Legislacyjne ograniczenia	174
3.3. Moralność wspólnoty	180
3.3.1. Skromny prawny moralizm	180
3.3.2. Krytyka zasady krzywdy	191
3.3.3. <i>Mala prohibita</i>	195
3.4. Ocena prawnego moralizmu	198
3.4.1. Klasyfikacja moralizmów	198
3.4.2. Prawny moralizm a dobre życie i krzywda	202
3.4.3. Przeciwno „miękkiej neutralności”	215
Rozdział IV	
Znaczenie moralności we współczesnym prawie	227
4.1. Moralność w konstytucjach i aktach prawa międzynarodowego	227
4.2. Europa	231
4.2.1. Europejski Trybunał Praw Człowieka	231
4.2.1.1. Tradycyjna linia orzecznicza	231
4.2.1.2. Potrzeba zmian	237
4.2.2. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej	244
4.2.3. Moralność w multicentrycznej rzeczywistości prawnej	257
4.3. Orzecznictwo polskie	262

4.4. Orzecznictwo amerykańskie	272
4.5. Podsumowanie	281

Rozdział V

Racjonalność wspólnotowej moralności.

W stronę komunitarystycznej teorii legislacji	285
5.1. Aspekt legislacyjny	285
5.2. Aspekt wspólnotowy	292
5.3. Aspekt perfekcjonistyczny	301
5.4. Czy moralizm jest zagrożeniem dla wolności?	307
5.5. Czy moralizm musi rozszerzać prawo karne?	313
5.6. Prawny moralizm a prawo polskie. Pojęcie społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa)	329

Zakończenie	341
--------------------------	------------

Bibliografia	347
---------------------------	------------

Abstract	371
-----------------------	------------

Wykaz skrótów

Akty prawne

EKPC	Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
k.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.r.o.	ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.)
ustawa o IPN	ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 102)

Inne

ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria A
SA	sąd apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	sąd okręgowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	wojewódzki sąd administracyjny

Wstęp

Prawny moralizm nie był jak dotąd, z pewnymi wyjątkami¹, przedmiotem poważnej refleksji w polskiej literaturze. Prawny moralizm, jako pojęcie, nie wzbudza nadmiernego entuzjazmu². Prawny moralizm kojarzy się z pruderyjnymi normami z dziedziny seksualności³. Prawny moralizm nie wydaje się nadto kompatybilny z naturą liberalnej demokracji – z jej wolnościowym, pluralistycznym i tolerancyjnym charakterem⁴. 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

¹ Należy odnotować, że w 2021 r. ukazała się praca M. Glanc-Żabielowicz poświęcona debacie H.L.A. Harta z P. Devlinem (*eadem, 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-Żabielowicz 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 angielskojęzyczny tekst o teoretycznych aspektach prawnego moralizmu opublikowany został w jednym z numerów czasopiśma wydawanego przez Uniwersytet Śląski, zob. A. Szerletics, *The Theoretical Aspects of Legal Moralism*, „Silesian Journal of Legal Studies” 2009, vol. 1, s. 98–110.

² 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.

³ 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.

⁴ Zob. E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 79–88.

społeczeństwu i jego – choćby nawet niesłusznym i zabobonnym – opiniom. Prawny moralizm powinien raczej ustąpić na rzecz koncepcji opartych na neutralności państwa i prawa oraz zasadzie 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 uwarunkowań, ewolucji, możliwych definicji, a także relacji do koncepcji filozoficzno-prawnych, 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 prawodawstwie⁵, 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 trzecim oraz piątym. Jeżeli chodzi o „teorię legislacji”, to odwołuję się tutaj do M.S. Moore’a, twierdzącego, że taka teoria dotyczy właściwych celów i ograniczeń dla ustawodawstwa w liberalnym, demokratycznym państwie⁶. 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

⁵ 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. 36, s. 535–551; K. Zeidler, *W sprawie wykładni i treści ideowych art. 20 Konstytucji RP z 1997 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. 37, 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.

⁶ M.S. Moore, *A Tale of Two Theories*, „Criminal Justice Ethics” 2009, vol. 28, no. 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.

niewłaściwe”⁷. 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 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 M.J. Sandela, o „branie w nawias” (*bracketing*⁸) pytań o moralność, lecz przeciwnie – o szczerą, otwartą, publiczną i uczciwą, choć niewątpliwie trudną, debatę moralną.

Z kolei „liberalna demokracja” rozumiana jest – za W. 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 interesy⁹. Granice tych wolności powinny być wyrażone w prawie, a ich liczba i doniosłość nie powinny być zbyt duże¹⁰. 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 człowieka¹¹.

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

⁷ M.S. Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford 2012, s. 640. Jeśli nie podano inaczej, tłum. K.J.

⁸ M.J. Sandel, *Political Liberalism by John Rawls. Review*, „Harvard Law Review” 1994, vol. 107, no. 7, s. 1777.

⁹ W. Lamentowicz, *Paradoksy liberalnej demokracji [w:] Transformacje demokracji. Doświadczenia, trendy, turbulencje, perspektywy*, red. L.W. Zacher, Warszawa 2011, s. 43–44.

¹⁰ *Ibidem*, s. 44.

¹¹ *Ibidem*, s. 45.

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 prowadziłem wokół prawodawstwa oraz orzecznictwa sądów państw liberalno-demokratycznych z zachodniego kręgu cywilizacyjnego. Poza tym, za S. Wallem, przyjąłem, że współczesne zachodnie społeczeństwa charakteryzują się następującymi cechami: geograficzną mobilnością, technologiczną i ekonomiczną innowacyjnością, rodzinną i społeczną mobilnością, sekularyzacją, pluralizmem i przywiązaniem do praw człowieka¹². Założenia te wprowadzają kolejne ograniczenia¹³.

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 odnosiłem się do wszystkich ich wersji i odmian¹⁴. Rozważania ograniczyłem 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

¹² S. Wall, *Liberalism, perfectionism and restraint*, Cambridge 1998, s. 4.

¹³ Podany zestaw cech liberalnej demokracji i zachodnich społeczeństw konstituuje określony paradygmat, w ramach którego prowadzę rozważania.

¹⁴ 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.

stanowi dobrą rację dla jego kryminalizacji¹⁵ – a jeżeli tak, to czy niemoralność jest warunkiem wystarczającym, czy raczej koniecznym, lecz samym w sobie niewystarczającym.

Tak zatem, w pierwszym rozdziale przedstawiłem wybrane koncepcje z historii filozofii państwa i prawa (Platon, Arystoteles, św. Tomasz z Akwinu, T. Hobbes, J. Bentham, J. Austin, J. Locke, I. Kant, J.S. Mill). Wyszczególnione stanowiska omówiłem w kontekście problematyki prawnego 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 H-G. Gadamer, który w przedmowie do drugiego wydania *Prawdy i metody*¹⁶ 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”¹⁷. Dlatego też w rozdziale pierwszym starałem się dokonać analizy z uwzględnieniem kwestii podnoszonych przez prawny moralizm oraz współczesnych problemów ustawodawczych na styku prawa, moralności, wolności i odpowiedzialności. Prawnomoalistyczne spojrzenie jest w tym wypadku uzasadnione, ponieważ właśnie takie są obecnie „pytania, uprzedzenia i zainteresowania”.

W rozdziałach drugim i trzecim przedmiotem mojej 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 J.F. Stephenem, druga – z lordem P. Devlinem i jego tezą o dezintegracji społecznej, trzecia natomiast – z R.P. George’em, M.S. Moore’em, a także A. Duffem. W tej części pracy wykorzystałem metodę dialektyczną, rozumianą jako rozpoczęcie od pewnych przyjętych opinii na dany temat, następnie konfrontowanie ich z kontrprzykładami pozwalającymi na ich odrzucenie lub modyfikację¹⁸. Celem deliberacji było – w miarę możliwości – skonstruowanie spójnych wewnętrznie

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

¹⁶ H-G. Gadamer, *Prawda i metoda*, Warszawa 2004.

¹⁷ *Ibidem*, s. 9.

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

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 przedstawiłem antytezę J.F. Stephena; raport Komisji Wolfendena i jego obronę sformułowaną przez H.L.A. Harta skonfrontowałem z moralizmem P. Devlina; a antyperfekcjonistyczny liberalizm J. Feinberga, J. Rawlsa, W. Sadurskiego i W. Ciszewskiego zestawiłem z różnymi odmianami nowego prawnego moralizmu. W pewnym sensie metoda ta nawiązuje również do T. Snarskiego i jego książki *Debata Hart – Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa*¹⁹. 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”²⁰. 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 określani 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

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

²⁰ *Ibidem*, s. 23.

jest tym bardziej wyraźna, że sądy konstytucyjne przyjmują rolę „ustawodawcy negatywnego”²¹. 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 terminów, 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 przeze mnie w wątpliwość możliwość całkowitego abstrahowania od substancjalnych kwestii moralnych – tak przez ustawodawcę, jak i przez sądy.

W ostatnim rozdziale przedstawiłem wnioski płynące z poprzednich rozdziałów wprost w kontekście kryminalizacji. Prawny moralizm potraktowany został jako komunitarystyczna teoria legislacji. Dokonałem porównania prawnego moralizmu z koncepcjami opartymi na ochronie dóbr prawnych i pojęciu społecznej szkody (społecznego niebezpieczeństwa) czynu, które opisywane są w polskim piśmiennictwie. Posłużyłem się również metodą dogmatycznoprawną. Wyodrębniłem 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 debat 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.

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.

²¹ Na temat ustawodawcy negatywnego i pozytywnego zob. m.in. orzeczenie TK z 24.09.1996 r., K 13/95, OTK 1996, nr 4, poz. 34.