

## **Prawo a moralność - debata Herberta Harta i Patricka Devlina, jako przykład rozważań nad uzasadnieniem kary kryminalnej**

Amelia Krużyńska

Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji

E-mail: [a.kruzyn888@gmail.com](mailto:a.kruzyn888@gmail.com)

tutor: mgr Wojciech Jankowski

Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji

*Słowa kluczowe: prawo, moralność, kryminalizacja, zasada krzywdy, autonomia*

*„Postępowanie moralne - to tyle, co oliwa w maszynie społecznej. Zmniejsza nieuniknione tarcia i umożliwia bieg życia społecznego, nie psując maszyny społecznej” (Witwicki, 1957)*

Jednym z przedmiotów badań filozofii prawa jest ogólnopojęty związek prawa i moralności oraz wynikające z niego praktyki prawodawcze lub orzecznicze. To zagadnienie zostało rozwinięte m. in. w debacie profesora Herberta Harta i sędziego lorda Patricka Devlina dotyczącej rozwiązań zaproponowanych przez Komisję Wolfendena w zakresie dekryminalizacji homoseksualizmu. Debata obrazuje odmienne koncepcje społecznej moralności, jako przyczyny penalizacji w prawie karnym - polemicy pogłębiają w swoim dyskursie problematykę oceny moralnej dokonywanej przez prawodawcę oraz zakres oddziaływania moralności społecznej na porządek prawny. w mojej pracy przedstawię

istotę problemu filozoficznego wynikającego z założeń teoretycznych *Raportu Wolfendena* oraz kontrastujące ze sobą idee prawa wyrażone w późniejszej debacie. Dyskurs prowadzony przez Herberta Harta i Patricka Devlina jest bowiem dyskusją w pewien sposób uniwersalną - argumenty sformułowane przez polemistów odtwarzane są we współczesnych debatach nad zakresem kryminalizacji - w tym klasyfikacji czynów moralnie niejednoznacznych, jako zabronione.

„Prawo i moralność to dwa słowa znane od wieków i tak jak chleb i powietrze niezbędne do godziwej egzystencji. a jednak nie ma do dzisiaj jednej, satysfakcjonującej wszystkich definicji tych pojęć” (Łączkowski, 2000). Niewątpliwie słowa profesora W. Łączkowskiego trafnie wskazują na problematykę nauki o prawie w kontekście filozoficznym - brak jednej, stałej definicji obrazuje wielość i różnorodność koncepcji prawa i moralności. Jedną z nich jest koncepcja sformułowana przez profesora Wiesława Langa, który określa moralność, jako zbiór ocen i norm, wyznawanych przez grupę ludzi

bądź określone postępowanie człowieka kwalifikowane przez normy i oceny moralne jako dobre lub złe, natomiast system prawa - jako uporządkowany zbiór abstrakcyjnych norm i zasad postępowania, ustanowionych lub uznanych przez prawodawcę, system konkretny, obowiązujący i funkcjonujący na konkretnym obszarze w konkretnym czasie (Lang, 1989).

W dyskusji nad oddziaływaniem moralności na prawo wskazuje się na różne modele tej relacji i wyróżnia je m. in. profesor Lech Morawski. Treść prawa i moralności można pojmować różnorodnie - model inkluzji zakłada, że prawo, jako minimum moralności ma swoją podstawę właśnie w normach moralnych, model krzyżowania przedstawia prawo i moralność, jako systemy, jedynie pokrywające się w niektórych dziedzinach, natomiast model rozłączności ukazuje prawo i moralność, jako dwa systemy o całkowicie odrębnych przedmiotach regulacji, istniejące niezależnie i dotyczące innych stanów rzeczy. Relacje walidacyjne prawa i moralności dotyczą natomiast podstawy obowiązywania oraz uchylania się wzajemnie tych norm w społeczeństwie (Morawski, 2004).

W kontekście tematyki debaty Herberta Harta i Patricka Devlina szczególnie istotne są wskazane przez Lecha Morawskiego relacje funkcjonalne prawa i moralności - to właśnie wpływ moralności na prawo i integracja prawa w sferę moralności jest przedmiotem dyskusji polemistów.

Teorie dotyczące relacji funkcjonalnych można najogólniej podzielić na konserwatywne oraz te cechujące się większym liberalizmem (m. in. idea neutralności prawa czy pluralizmu etycznego). Teorie konserwatywne oparte są na odniesieniu do zasad moralności publicznej, reguł moralnych większości oraz założeniu o ochronie integralności społeczeństwa, której zachowanie

jest związane z wyrażaniem opinii moralnych w prawie (Devlin, 1971). Koncepcja konserwatywna zakłada pewne ujednoczenie ocen moralnych, wyrażone przez społeczne potępienie i ostatecznie zawarte w treści prawa. Stojącą w opozycji teorią prawa liberalnego jest m. in. teoria neutralności prawa Wojciecha Sadurskiego oparta w głównej mierze na wolności, autonomii moralnej i „Millowskiej zasadzie krzywdy” (Mill, 1999) - prawo gwarantuje szeroką wolność moralną, jest ograniczone jedynie obowiązkiem zapobiegania krzywdzie - nie jest pozbawione wartości, ale jest neutralne wobec różnorodnych moralności prywatnych. Wojciech Sadurski wnioskuje, że np. zakaz bigamii jest przejawem próby motywowania penalizacji określoną moralnością (ponieważ ciężko jest wskazać w tym przypadku „krzywdę” sformułowaną przez Johna Stuarta Milla) - stąd ocenia taki zakaz, jako niesłuszny i pozbawiony sensu (Sadurski, 1990).

Teorie konserwatywne i liberalne relacji funkcjonalnych prawa i moralności zostały poddane na przestrzeni lat krytyce i przekształceniom. Obecna w literaturze naukowej debata nad powyższymi koncepcjami (m. in. poglądy wyrażone przez filozofa Ronalda Dworkina) ukazuje wątpliwości dotyczące proponowanych przez teoretyków rozwiązań (Dworkin, 1998). Konflikt dotyczący zakresu oddziaływania moralności na prawo widoczny jest szczególnie w kontekście badań nad uzasadnieniem kary kryminalnej oraz pojęciem winy w prawie karnym.

„Wina wyrasta z wiary w autonomię, podmiotowość i odpowiedzialność moralną każdego człowieka” (Peno, 2015). Michał Peno określa winę, jako centralne pojęcie prawa karnego - konsekwencją dopuszczenia się przez jednostkę moralnego zła. Wraz z pojęciem winy autor wskazuje na istotę potępienia moralnego, wyrażającego się poprzez karę. „Kara nie powinna spotykać

osoby dobrej, stąd nawet aparat państw prowadzących w istocie zbrodniczą działalność dążył do przedstawiania sprawcy jako człowieka dopuszczającego się moralnego zła” (Peno, 2015). Wątpliwości budzi więc ocena moralna winy i znaczenie tej oceny dla późniejszego wymierzenia kary - początkowe przekonanie o panującym prawie naturalnym i uniwersalnej moralności społecznej wyparte zostało przez nowoczesny pogląd o pluralizmie społecznym. „W konsekwencji prawodawca reprezentuje jeden z wielu liczących się systemów wartości (w najlepszym razie - odzwierciedlający pogląd większości. Nie ma powodu, by uznawać pogląd prawodawcy za uprzywilejowany czy ważniejszy od pozostałych wizji moralności istniejących w społeczeństwie, nawet jeśli liberalny pluralizm zakłada szczególną rolę godności człowieka i wypływających stąd praw” (Peno, 2015). w społeczeństwach cechujących się pluralizmem etycznym pojawiają się więc pytania o znaczenie potępienia moralnego przez prawo oraz zasadność tego potępienia.

Jednym z uzasadnień stosowania społecznego potępienia moralnego jest tzw. komunikacyjna teoria kary. Przybliży ją m. in. Bartosz Wojciechowski - kara jest w tym ujęciu komunikatem społeczeństwa, którego wartości zostały naruszone, symbolem społecznej moralności i ochroną procesu interakcji społecznej (Wojciechowski, 2006). Kara pełni więc rolę niezbędnego elementu „wzajemnej relacji uznania” i jest środkiem, który pozwala społeczeństwu na stworzenie sfery wzajemnej akceptacji. „Przestępca popełniając czyn karalny, narusza nie tylko inną osobę, jako podmiot prawa, ale także fundamentalny stosunek łączący rzeczywistość zbiorowość ludzką, do której sam należy [...]. Kara ma pozwolić przywrócić mu uznanie ze strony innych jednostek i stać się ponownie pełnowartościowym członkiem zbiorowości ludzkiej [...]. w dyskursywnym ujęciu kara nie

jest odpłatą za zło, lecz wynikiem porozumienia pomiędzy jednostką a społeczeństwem. Co znamienne przedstawiciele tzw. komunikacyjnych teorii kary nie są zgodni w kwestii, czy kara jako oświadczenie jest wyrazem dezaprobaty wspólnoty [...] czy też może wyrazem współczucia dla ofiary” (Wojciechowski, 2006).

Możliwość i zakres wyrażania moralnej dezaprobaty przez społeczeństwo jest kwestią wątpliwą. w kontekście podstaw penalizacji rysuje się konflikt pomiędzy wolnością zapewnioną w realiach pluralizmu etycznego a niezbędną do komunikacji i stabilności społecznej możliwością wyrażenia moralnej dezaprobaty przez prawo. Debata Herberta Harta i Patricka Devlina jest jednym z wyrazów tego konfliktu, trwającego wśród teoretyków filozofii prawa.

## Tło debaty Herberta Harta i lorda Patricka Devlina

W 1958 r. lord Patrick Devlin wygłosił dla Akademii Brytyjskiej wykład zatytułowany „The Enforcement of Morals” - „Egzekwowanie moralności”. Wykład dotyczył raportu (*Wolfenden Report*) proponującego zmiany w ówczesnym prawie brytyjskim - o tematyce traktowania aktów homoseksualnych oraz prostytucji. Lord Devlin zakwestionował teoretyczne podstawy raportu i tym samym zainicjował publiczną debatę na temat kryminalizacji m. in. czynów homoseksualnych (Dworkin, 1966).

W 1957 r. kilku znanych Brytyjczyków zostało skazanych za akty homoseksualne. Jednym z nich był wybitny matematyk Alan Turing, który wskutek tzw. chemicznej kastracji i związanych z nią skutków ubocznych oraz społecznej dyskryminacji popełnił samobójstwo. Ściganie za „przestępstwa homoseksualne” było częścią brytyjskiej polityki - wysokie kary oraz rozmaite metody śledcze miały

na celu skuteczne zidentyfikowanie homoseksualistów. Atmosfera zimnej wojny wykształciła również przekonanie o konieczności poszukiwania „wrogów” i szpiegów, a odbiegające od normy zachowania prowokowały do bezpodstawnych oskarżeń. Pomimo ogólnej społecznej niechęci do osób nieheteronormatywnych fala medialnych procesów (w tym także sprawa brytyjskiego polityka i arystokraty Edwarda Douglasa Montagu oraz dziennikarza Petera Wildeblood) przyczyniła się do rozwoju publicznej debaty nad dekryminalizacją aktów homoseksualnych (Glanc-Żabiłowicz, 2021).

Zagrożenie medialne, z którym mierzyła się brytyjska arystokracja przyczyniło się do uwzględnienia kwestii homoseksualizmu w przygotowanym przez Komisję ds. Przystępstw raporcie. Raport ten miał na celu przede wszystkim rozwiązanie problemu prostytucji w Wielkiej Brytanii (z którą walka była częścią konserwatywnej polityki rządu W. Churchilla). Ostatecznie zadaniem komisji było „zbadanie prawa oraz praktyk związanych z przestępstwami o charakterze homoseksualnym i traktowaniem osób skazanych za tego typu przestępstwa przez sądy, zbadanie prawa i praktyk związanych z prostytucją i wykorzystywaniem osób dla celów niegodziwych, a także opracowanie ewentualnych kierunków zmian prawa w tych dziedzinach” (Glanc-Żabiłowicz, 2021). Komitet, którego zadaniem było opracowanie raportu składał się z 15 członków (wybitnych przedstawicieli zawodów prawniczych, medycznych, rządu, kościoła i szkolnictwa), a na jego czele stanął John Wolfenden - pedagog, rektor Uniwersytetu w Reading.

Raport Wolfendena składa się z czterech głównych części - wprowadzenia, części dotyczącej „przestępstw homoseksualnych”, części dotyczącej prostytucji oraz części zawierającej konkluzje i rekomendacje. Na potrzeby mojego eseju zawęzę analizę raportu wykluczając wnioski dotyczące prostytucji -

debata Herberta Harta i Lorda Patricka Devlina opiera się bowiem głównie na założeniach dotyczących dekryminalizacji czynów homoseksualnych.

Raport dostarcza szczegółowych informacji na temat obowiązującego prawa dotyczącego czynności homoseksualnych oraz wykonywania tego prawa. Przede wszystkim ukazuje rozróżnienie „przestępstw homoseksualnych” - w Anglii były to sodomia (buggery), nieprzyzwoita napaść na mężczyznę przez mężczyznę (indecent assault on a male by male/female by female), rażąca nieprzyzwoitość (acts of gross indecency), napaść z intencją popełnienia sodomii (assaults with intent to commit buggery), uporczywe naga-bywanie lub namawianie mężczyzn w celach niemoralnych (persistent soliciting or importuning of males by males for immoral purposes). Za wskazane przestępstwa groziło od 2 lat pozbawienia wolności aż do dożywotniego pozbawienia wolności w przypadku „sodomii”. Autorzy raportu wskazują na brak podstawy do tak surowego traktowania „przestępstwa sodomii” – „nie ma żadnych przekonujących powodów, aby zastosować surowszą karę za sodomie na tej podstawie, że może ona skutkować większą fizyczną, emocjonalną lub moralną krzywdą niż inne formy zachowań homoseksualnych”.

W raporcie zawarte są także przykłady obrazujące wykonywanie powyższych zakazów i przedstawiające praktyczne problemy związane z tymi regulacjami (m. in. kasus „szantażu” - autorzy raportu dowodzą, że groźba kary za czyny homoseksualne może być przyczyną zaniechania zgłaszania innych przestępstw). Raport dostarcza także informacji na temat praktyki jurysdykcyjnej oraz procedur policyjnych (również na przykładach konkretnych kasusów).

Tak szerokie badania nad praktyką orzecznictwem pozwalają na analizę zakazów

dotyczących czynów homoseksualnych i pozwalają na sformułowanie przez autorów raportu nowych rozwiązań prawnych.

Szczególnie dyskusyjne stały się podstawy teoretyczne dekryminalizacji przedstawione przez autorów raportu. Pierwsze rozdziały raportu Wolfendena zostały poświęcone tematyce funkcji prawa karnego oraz kary w społeczeństwie oraz odpowiedzi na pytanie, co powinno być przedmiotem kryminalizacji i jakie kryteria kwalifikacji przestępstw należy zastosować.

W rozdziale II „Our Approach to the Problem” komitet przedstawia swoje stanowisko dotyczące funkcjonalnej roli moralności w prawie. Autorzy przyjmują założenie o prywatności jednostki, która nie powinna być przedmiotem prawa i w którą prawo nie powinno ingerować - „we do not believe it to be a function of the law to attempt to cover all the fields of sexual behaviour”. Opinia ta zostaje rozwinięta w rozdziale V raportu - członkowie komitetu uznają za funkcję prawa ochronę nieletnich, niepełnosprawnych, osoby w słabszej pozycji wobec ogółu społeczeństwa. z takiego założenia autorzy raportu wyciągają wniosek, że akty homoseksualne pomiędzy dorosłymi nie powinny być regulowane przez prawo, nawet jeśli budzą w innych „moralne zgorzienie”. w raporcie przedstawione jest wyraźne rozróżnienie na czyny seksualne pomiędzy dorosłymi oraz pedofilię, która ze względu na ochronę nieletnich powinna pozostać przestępstwem i podlegać sankcji. Rozwiązania proponowane przez komitet oparte są na przekonaniu o istnieniu „prywatnej moralności” - na tej podstawie autorzy rekomendują dekryminalizację zachowań homoseksualnych pomiędzy wyrażającymi na nie zgodę dorosłymi w prywatności (Home Office Scottish Home Department, 1957).

Podsumowując założenia Raportu widoczne są powiązania teoretyczne z koncepcjami utylitarystycznymi - m. in. wspomnianą

już „zasadą krzywdy” J. S. Milla, ze względu na założenie o ochronie „słabszych i młodszych” przez prawo. Stanowisko komitetu spotkało się zarówno z szerokim uznaniem (zaproponowane rozwiązania prawne oraz narracja dotycząca samego homoseksualizmu były nowoczesne i intrygujące dla ówczesnych teoretyków prawa), jak i krytyką - m. in. ze strony uznanego sędziego Lorda Patricka Devlina.

## Stanowisko Lorda Patricka Devlina

Jednym z uczestników debaty nad założeniami Raportu Wolfendena był Lord Patrick Devlin - brytyjski adwokat, sędzia Sądu Apelacyjnego, sądu najwyższego oraz dożywotni członek Izby Lordów. Wychowany w konserwatywnej rodzinie początkowo rozważał rolę duchownego, jednak w 1925 r. zdecydował się podjąć studia prawnicze - po odbyciu praktyk pod patronatem prokuratora generalnego Williama Jowitta szybko stał się cennym sędzią w sprawach kryminalnych (szczególnie wyróżnił się podczas głośnego procesu Johna Bodkina Adamsa dotyczącego kontrowersji przy przeprowadzanej eutanazji). Po niespodziewanym przejściu na emeryturę w 1964 roku poświęcił się karierze naukowej i działalności w British Academy (Glanc-Żabiłowicz, 2021).

We wspomnianym wykładzie z 1958 r. Lord Patrick Devlin początkowo otwarcie popierał propozycje Raportu Wolfendena - szczególnie wprowadzenie wyraźnego podziału między przestępstwem a grzechem - jednak prowadzone przez Devlina dalsze rozważania na temat relacji prawa i moralności doprowadziły go do sformułowania argumentów stojących w opozycji do stanowiska autorów Raportu. Argumenty Lorda Patricka Devlina są możliwe do zrekonstruowania na podstawie publikacji wspomnianego wykładu wraz z sześcioma esejami rozwijającymi tę argumentację - takiej rekonstrukcji

dokonuje m. in. Ronald Dworkin (Dworkin, 1966).

Dworkin przedstawia stanowisko Devlina wyodrębniając dwa główne argumenty i składające się na nie twierdzenia. Pierwszym z nich jest „prawo społeczeństwa do samo-ochrony” („society's right to protect itself”) - prawo do ochrony przez społeczeństwo własnych wartości, w tym moralności. Devlin wprowadza w tym argumentie pojęcie „common morality” - standardów moralnych, przyjętych przez większość społeczeństwa, których istnienie i przestrzeganie jest niezbędne do zachowania trwałości wspólnoty. Devlin argumentuje, że do przetrwania społeczeństwa niezbędna jest pewna jednolitość moralna oraz dostosowanie prawa do granic społecznej tolerancji. Ze względu więc na spistość funkcjonowania społeczeństwa niezbędne jest umożliwienie dokonywania przez społeczeństwo pewnych ocen moralnych i rozstrzygnięć na ich podstawie. Aby dokonywać tych rozstrzygnięć konieczne jest według Devlina zapewnienie społeczeństwu dostępu do odpowiednich instytucji - w tym zabezpieczenia „powszechnych zasad moralnych” przez prawo karne (Dworkin, 1966). Jedną z wątpliwości Devlina jest więc ograniczenie roli władzy państwowej w kwestii zachowania wzorców moralnych i znaczne ograniczenie możliwości odzwierciedlenia tych powszechnych wzorców poprzez normy prawne. Egzekwowanie „powszechnej moralności” ma jednak niejasny zakres - Devlin zaznacza konieczność zachowania zasady tolerancji i maksymalnej indywidualnej wolności, prawo do egzekwowania moralności powinno następować jedynie w przypadku „nietolerancji, oburzenia i niesmaku”.

Argument Lorda Devlina poddaje więc w wątpliwość utylitarną zasadę krzywdy i wprowadza dodatkowe uzasadnienie kary kryminalnej - powszechne standardy społeczne. w argumentacji Devlina można zauważyć też podobieństwa z komunikacyjną

teorią kary i zasadą „wzajemnej relacji uznania” - podkreśla on bowiem istotę wyrażenia przez społeczeństwo granic swojej moralnej tolerancji. Analiza tego argumentu prowadzi jednak do dostrzeżenia mankamentów tych założeń - jaka jest granica oddziaływania społecznej moralności na prawo? w jaki sposób powszechna moralność może współistnieć z zasadą autonomii i wolności jednostki? Czy „oburzenie i niesmak” mogą być wystarczającymi przesłankami do kryminalizacji danego czynu?

Częściowo na te pytania odpowiada sam Lord Devlin w rozwinięciu swojego pierwotnego argumentu. Ronald Dworkin nazywa kolejny argument Devlina „prawem społeczeństwa do podążania za własnym światłem” („society's right to follow its own lights”). Dalsza argumentacja zakłada, że dekryminalizacja homoseksualizmu wpłynie na ogół środowiska społecznego, w tym instytucję rodziny (pojawia się więc pośrednio argument pewnej użyteczności społecznej i oczekiwań wobec jednostki, aby działać na korzyść ogółu). Devlin wskazuje również na wyjątkową pozycję prawodawcy, który musi zdecydować, które wartości moralne powinny być egzekwowane przez prawo ograniczając tym samym zakres wolności moralnej jednostki. Lord Devlin zaznacza jednak, że sama niemoralność nie jest wystarczająca, aby określić dany czyn, jako przestępstwo, ale jest niezbędna w pewnych okolicznościach. „Society's right to follow its own lights” to odpowiedzialność moralna jaką ponosi społeczeństwo oraz autorytet prawa, który pozytywnie wpływa na stabilność społeczeństwa i odzwierciedla jego wartości (Dworkin, 1966).

Stanowisko Lorda Devlina jest niezwykle złożone - przede wszystkim zauważa on nierozzerwalny związek prawa karnego z moralnością i podejmuje próbę nakreślenia granic tej relacji. Wątpliwości Devlina dotyczą przede wszystkim ograniczenia roli prawa

karnego i potencjalnej dalszej dekryminalizacji na zasadach przedstawionych w Raplocie Wolfendena. Argumentacja Devlina wzbudziła zainteresowanie w środowisku akademickim i doprowadziła do dalszej debaty nad założeniami raportu.

## Głos krytyczny Herberta L.A. Harta

Herbert Lionel Adolphus Hart to jeden z najwybitniejszych filozofów prawa, autorytet w dziedzinie teorii prawa oraz autor nowego pojmowania systemu - rozróżnienia funkcjonujących w prawie reguł pierwotnych i wtórnych. Ukończył on w 1929 r. historię i filozofię na Uniwersytecie w Oksfordzie, następnie w 1932 r. ukończył studia prawnicze i zdał egzamin umożliwiający wykonywanie zawodu adwokata. Po kilku latach praktyki adwokackiej (przerwanych przez wybuch II wojny światowej) ponownie zainteresował się pracą naukową i w 1952 r. objął Katedrę Jurysprudencji uniwersytetu oksfordzkiego - funkcję kierownika katedry pełnił do roku 1968, kiedy to przeszedł na emeryturę. Na dorobek naukowy Herberta Harta składają się m.in. dzieła, takie jak *Definition and Theory in Jurisprudence* (1953), *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1957) czy *Law, Liberty and Morality* (1961). Herberta Harta można określić jako jednego z największych przedstawicieli brytyjskiego pozytywizmu prawniczego (nazywany często pozytywizmem miękkim bądź wyrafinowanym ze względu na pogląd, że prawo nie składa się wyłącznie z obowiązków - Hart odszedł od Austinowskiej koncepcji pozytywistycznej zauważając konieczność krytyczno-refleksyjnej postawy adresata prawa, która jest niezbędna do wewnętrznego zobowiązania do przestrzegania prawa) (Glanc-Żabielowicz, 2021).

Herbert Hart wyraził w 1959 r. pełną aprobatę dla koncepcji wyrażonej w Raplocie Wolfendena i tym samym przyjął postawę krytyczną wobec argumentów Lorda

Devlina. Krytyka Harta dotyczyła przede wszystkim trzech założeń Devlina - konieczności istnienia powszechnej moralności, oceny moralności, jako spoiwa społecznego oraz możliwości zabezpieczenia tej powszechnej moralności przez prawo karne. Tak rozbudowana krytyka spotkała się z późniejszym uznaniem (m. in. we wspomnianej pracy Ronalda Dworkina) - odpowiedź Herberta Harta na konserwatywne stanowisko Lorda Devlina miała istotne znaczenie dla dyskusji nad relacją prawa i moralności.

Wątpliwości wzbudziło w Herbercie Hartie przede wszystkim pojmowanie przez Lorda Devlina społeczeństwa - Hart zauważa, że Devlin posłużył się niejasną definicją tego pojęcia. Według Harta absurdem jest twierdzenie, że praktyka jakiegokolwiek czynu uważanego w społeczeństwie za niemoralny zagraża jego istnieniu. Hart wskazuje również na brak dowodów empirycznych potwierdzających stanowisko Devlina - w krajach, w których już wcześniej dokonano dekryminalizacji homoseksualizmu ciężko zauważyć znaczącą społeczną dezintegrację. Pomimo poglądu Harta, że prawo, aby spełniać swoje funkcje (w tym ochronę wspólnoty) musi wypełniać pewne „minimum prawa natury” profesor staje w opozycji do twierdzenia, że Devlinowska „powszechna moralność” powinna warunkować prawo osób dorosłych do wolności w sferze seksualnej. Herbert Hart krytykuje tezę Devlina o „nietolerancji i niesmaku”, jako wystarczającego uzasadnienia kary kryminalnej twierdząc, że jest to warunek niejasny i traktujący wymijająco problem granicy prawa jednostki do moralnej wolności.

Odejście Herberta Harta od bezwarunkowego zastosowania zasady krzywdy i liberalnej koncepcji kary kryminalnej poprzez dopuszczenie pewnych ocen moralnych w wymiarze sprawiedliwości wydaje się zagadkowe w kontekście omawianej debaty.

Hart zauważa, że pewne oceny moralne powinny być odzwierciedlone w wymiarze kary, jednak zgodnie z przekonaniem o ochronie praw mniejszości poddaje w wątpliwość zasadność „powszechnej moralności” - być może dezintegracja społeczeństw nie respektujących praw mniejszości jest nieunikniona, a nawet pożądana. Zakres „ocen moralnych”, które w swojej argumentacji dopuszcza Herbert Hart dotyczy głównie działania samego wymiaru sprawiedliwości i określenia stopnia karalności danego przestępstwa - oceny moralne nie powinny wpływać na główne cele i funkcje prawa karnego, które nadal powinny opierać się na zapobieganiu krzywdom i poważnym przestępstwom.

Na niejasność argumentacyjną Harta wskazuje Devlin prowadząc rozważania teoretyczne na temat Millowskiej „zasady krzywdy”. Lord Devlin wymienia szereg przestępstw, które w fikcyjnym założeniu zastosowania „zasady krzywdy” uległyby dekryminalizacji - są to bigamia, okrucieństwo wobec zwierząt, przestępstwa homoseksualne, aborcja, kazirodztwo, nieprzyzwoitość oraz czyny związane z czerpaniem korzyści z nierządu. Ze względu na minimalistyczny charakter zasady krzywdy nie jest ona wystarczającym i samodzielnym uzasadnieniem uznania czynu za przestępstwo. Lord Devlin zarzucił Hartowi brak propozycji alternatywy dla zasady krzywdy i przemilczenie pewnych cech prawa karnego po rozdzieleniu „przestępstwa od grzechu” (Dworkin, 1966).

Innym przedmiotem krytyki Herberta Harta jest priorytetyzacja „przetrwania” społeczeństwa względem jego samorozwoju. Założenie o istnieniu powszechnej moralności może prowadzić bowiem do pewnej stagnacji i ograniczenia znaczenia zmian światopoglądowych stale dokonujących się w społeczeństwach. w takim ujęciu Devlin traktuje prawo bardziej, jako narzędzie do utrzymania integracji społecznej, podczas

gdym Hart przeciwstawia się takiemu założeniu (Glanc-Żabiłowicz, 2021).

W ciekawy sposób argument Herberta Harta rozwija Ronald Dworkin. Wprowadza on przede wszystkim pojęcie „uprzedzenia” (prejudice), które nie powinno być przesłanką do ograniczenia czyjejś wolności - „prejudices, personal aversions and rationalizations do not justify restricting another’s freedom itself” (Dworkin, 1966). Zakwestionował on sam charakter „postawy moralnej”, która często opiera się na emocjach czy fałszywych stereotypach. Dworkin rozważa również pozycję prawodawcy wobec potencjalnej „powszechnej moralności” (czy moralnego konsensusu) - stwierdza, że racjonalny ustawodawca posiada zdolność oceny reakcji społecznej na daną praktykę, może on jednak zignorować społeczną nietolerancję wprowadzając własny pogląd - „On [ustawodawca] nie porównuje po prostu swoich własnych, wykształconych poglądów z poglądami ogromnej opinii publicznej, która je odrzuca. Robi wszystko, co w jego mocy, aby narzucić odrębną i zasadniczo ważną część moralności swojej społeczności, konsensus bardziej istotny dla istnienia społeczeństwa w takiej formie, jaką znamy, niż opinia, którą każe się mu kierować lord Devlin” (Dworkin, 1966). Ronald Dworkin odróżnia więc polityczną strategię od sprawiedliwości oraz fakty z życia politycznego od zasad politycznej moralności i przedstawia pogląd, że racjonalny prawodawca, świadomy społecznej niechęci jest zobowiązany zbadać także zasadność społecznego konsensusu. Zakres oddziaływania Devlinowskiej „powszechnej moralności” współistnieje więc z prawodawcą, który kształtując prawo według tej moralności bądź przeciwko niej działa w sposób racjonalny, ale i polityczny.

Podsumowując tezę pozytywistyczną można nazwać Herberta Harta przeciwnikiem moralizmu, ze względu na nieuzasad-



nione odebranie wolności i autonomii jednostce. Co znaczące, Hart uznawał moralistyczne prawo za szczególnie niedopuszczalne w kontekście stosunków seksualnych między dwoma osobami dorosłymi. Prawa wymuszające moralność seksualną określił on, jako szczególnie szkodliwe, ze względu na frustrację, przymus do tłumienia impulsów seksualnych i zaburzenie równowagi emocjonalnej i szczęścia jednostki (Glanc-Żabiełowicz, 2021).

Krytyka Herberta Harta nie dostarczyła jednak wyczerpującej odpowiedzi dotyczącej oderwania kryminalizacji od ocen moralnych. Hart nie wyłącza sięgania po uzasadnienia moralistyczne, jedynie ogranicza je koniecznością racjonalnego dyskursu oraz podstawowymi zasadami liberalizmu (m. in. założeniem o maksymalnej wolności moralnej).

Wymiana argumentów między Lordem Devlinem a Herbertem Hartem to odzwierciedlenie uniwersalnego dyskursu, prowadzonego wciąż przez teoretyków prawa. Dyskusja ta jest niezwykle żywa - w wyjątkowy sposób odtwarzają ją członkowie instytutu debat na Monash University, gdzie w rolę Harta i Devlina wcielają się członkowie klubu (w tym sędzia australijskiego sądu najwyższego Michael Donald Kirby, występujący w roli Herberta Harta).

Omawiana debata nie pozostaje jednak jedynie w zainteresowaniu środowisk akademickich - porusza bowiem problem pojawiający się w praktyce prawodawczej i w orzecznictwie. Ze względu na swój uniwersalny charakter argumenty Harta i Devlina są znaczące także w innych przypadkach niż dekryminalizacja homoseksualizmu - podobne głosy są podnoszone w dyskusji dotyczącej m. in. legalizacji aborcji, prostytucji czy dostępu do pornografii.

## Współczesne znaczenie debaty Hart-Devlin

Ze względu na przykład, którym posługują się Lord Devlin i Herbert Hart debata może wydawać się zaskakująca dla współczesnego, europejskiego odbiorcy - karanie stosunków seksualnych pomiędzy dwójką dorosłych wydaje się bezzasadne. Wraz z rozwojem nauki dotyczącej seksualności człowieka oraz rozwojem idei praw mniejszości i wzrostem społecznej świadomości zmieniło się również prawo - kary za kontakty homoseksualne są potępiane przez Komitet Praw Człowieka ONZ, Human Rights Watch oraz wiele innych znaczących organizacji praw człowieka. Tego rodzaju kary uznaje się współcześnie za poważne pogwałcenie praw człowieka - prawa do prywatności, wolności od dyskryminacji czy godności i wolności ekspresji. Obserwacja tej zmiany w postrzeganiu wolności jednostki skłania do refleksji nad dekryminalizacją innych czynów zabronionych, takich jak aborcja, eutanazja czy kazirodztwo. Czy argumentacja Lorda Devlina dopuszczająca karę uznaną współcześnie za sprzeczną z ideami praw człowieka może być wciąż aktualna? Czy historia dekryminalizacji homoseksualizmu sama w sobie obala zasadność moralizmu prawnego? Czy egzekwowanie „powszechnej moralności” może nadal prowadzić do skrajnej niesprawiedliwości?

Tego rodzaju wątpliwości znajdują swoje odzwierciedlenie m. in. w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Jednym z przykładów nawiązania do koncepcji Devlinowskiej był wyrok wydany w sprawie *Muller i inni przeciwko Szwajcarii* - autor kontrowersyjnych obrazów przedstawiających stosunki seksualne między ludźmi a zwierzętami otrzymał grzywnę, zgodnie z obowiązującym w Szwajcarii zakazem publikowania nieprzyzwoitych materiałów. Trybunał stwierdził

ostatecznie, że nałożona grzywna nie narusza Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ze względu na wzbudzenie odrazy i obrzydzenia u przeciętnego odbiorcy obrazów. Podobnie na rolę powszechnej moralności wskazał Trybunał w rozstrzygnięciu sprawy przeciwko Irlandii, dotyczącej zakazu aborcji - wyrok zakładał, że głębokie moralne przeświadczenie danego narodu o wartości ludzkiego życia może być wystarczającym uzasadnieniem do podtrzymania takiego zakazu (Jesiółowski, 2020).

Wyroki Trybunału wskazują na aktualne wątpliwości dotyczące ingerencji prawa w moralność jednostki. Okazuje się, że granica tej ingerencji pozostaje dyskusyjna, a wpływ postaw moralnych na prawo i zasadność tego wpływu - wciąż niejasne.

Debata Herberta Harta i Lorda Patricka Devlina jest w mojej opinii niezwykle istotna dla rozwoju pojmowania kary i funkcji prawa karnego. Argumenty polemistów pozwalają na zrekonstruowanie bardzo uniwersalnego i trwającego nadal konfliktu w teorii prawa - co sprawia, że dany czyn jest przestępstwem, jaka jest rola kary oraz jaki jest zakres i wzajemne oddziaływanie prawa i moralności. z tego względu, uważam, że należy uznać ten konflikt za nierozstrzygnięty - wciąż brakuje jednej odpowiedzi na pytania stawiane przez polemistów. Ciężko bowiem nie przyznać racji Devlinowi, gdy zauważa on wpływ moralnych ocen społeczeństwa na prawo, jednak krytyka Herberta Harta również nie jest bez znaczenia - szeroki zakres autonomii moralnej jednostki wydaje się niezbędnym elementem współczesnej demokracji.

Przykładem współczesnej debaty nad ingerencją prawa w moralność jednostki są proponowane kierunki rozwoju prawa ochrony zwierząt. Dobrostan zwierząt jest wartością moralności publicznej. Pewien konsensus moralny wyrażony jest m. in. poprzez art. 1 ustawy o ochronie zwierząt stwierdzający, że zwierzę „nie jest rzeczą, lecz

istotą zdolną do odczuwania cierpienia” (Dz. U. 1997 Nr 111 poz. 724). Idea ochrony praw zwierząt uległa postępowi – wobec ewolucji poglądów społecznych pojawiają się postulaty o dereifikacji zwierząt czy „moralnej powinności ochrony słabych i niewinnych” (Prabucka, 2013).

Obecne w doktrynie wątpliwości dotyczące filozoficznych podstaw idei praw zwierząt i ich egzekwowania przez prawo stanowią echo debaty Harta i Devlina – pojawiają się pytania o rolę społecznych przekonaniań, jako źródła zmiany prawa. Czy zmiany w postrzeganiu roli zwierząt przez społeczeństwo powinny prowadzić do nowych regulacji w tym zakresie? Czy jednak sama ocena moralna nie powinna wpływać na znaczne ograniczanie wolności jednostki do postępowania ze zwierzętami? Argumentacja Harta i Devlina zostaje w tym kontekście poddana reinterpretacji a spór pozostaje żywy wobec nowych wyzwań przed którymi stoi prawodawstwo – „szybko zdaje się nadchodzić kolejna, najpoważniejsza od czasów wynalezienia rolnictwa rewolucja w relacjach człowiek-zwierzę (Pietrzykowski, 2022).

Rozważania nad relacją moralności publicznej i prawa są nieuniknione w obliczu stale rozwijającego się społeczeństwa. Nabierają one także nowego znaczenia w kontekście współczesnego pluralizmu moralnego i społecznej dezintegracji (należy poddać w wątpliwość samo istnienie „common morality”, którą postuluje Devlin). Wydaje się jednak, że poglądy Harta i Devlina, pomimo swoich sprzeczności i wzajemnego wykluczenia się znajdują jednocześnie uzasadnienie we współczesnej praktyce prawodawczej – „rzadko, gdy dwa poglądy są przeciwne jeden zawiera całą prawdę a drugi całkowity fałsz. Znacznie częściej można znaleźć w każdym z poglądów część prawdy [...] Nawet postęp w większości tylko zastępuje jedną cząstkową i niepełną prawdę inną, przy czym poprawa polega głównie na tym,

że dany fragment prawdy jest bardziej pożą-  
dany, bardziej dostosowany do potrzeb  
czasu” (Mill, 1999).

## Literatura:

Devlin, P., 1971. *Morals and The Criminal Law* [w:]  
*Morality and the Law*, Belmont:  
Wadsworth

Prabucka, D., 2013. *Filozoficzne podstawy idei  
praw zwierząt*, Kraków, TAIWPN  
UNIVERSITAS

Dworkin, R., 1966. *Lord Devlin and the Enforce-  
ment of Morals*, [w:] *The Yale Law Jour-  
nal*, The Yale Law Journal Company, Inc.,  
986-994

Dworkin, R., 1998. *Biorąc prawa poważnie*, War-  
szawa, PWN

Glanc-Żabiłowicz, M., 2021. *Debata Hart-Devlin*,  
Gdańsk, Wydawnictwo Uniwersytetu  
Gdańskiego

Home Office Scottish Home Department, 1957.  
*Report of the Committee on Homosexual  
Offences and Prostitution*

Jesiołowski, K., 2020. *Koncepcja moralności pu-  
blicznej Lorda Patricka Devlina a orzeczn-  
ictwo Europejskiego Trybunału Praw  
Człowieka*, Archiwum Filozofii Prawa i Fi-  
lozofii Społecznej

Lang, W., 1989, *Prawo i moralność*, Warszawa,  
PWN

Łączkowski, W. 2000. *Poznańskie Studia Teolo-  
giczne* T. 9, 205.

Mill, J. S., 1999. *o wolności*, Warszawa, PWN

Morawski, L., 2004. *Wstęp do prawoznawstwa*,  
Toruń, TNOiK

Peno, M., 2015. *Aspekty moralne odpowiedzial-  
ności w prawie karnym*, [w:] *Acta Univer-  
sytatis Lodziensis. Folia Iuridica*, nr 75,  
142-145

Pietrzykowski, T., 2022. *Prawo ochrony zwierząt*,  
Wolters Kluwer

Sadurski, W., 1990. *Neutralność moralna prawa  
(Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*,  
[w:] *Państwo i Prawo*, nr 7

Ustawa z 21.08.1997 r. – o ochronie zwierząt (Dz.  
U. 1997 Nr 111 poz. 724)

Witwicki, W., 1957. *Pogadanki obyczajowe*, War-  
szawa, PWN

Wojciechowski, B., 2006. *Dyskursywno-etyczne  
uzasadnienie kary kryminalnej*, [w:] *Ruch  
prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny*,  
tom LXVIII - zeszyt 3, 139-148

YouTube, <https://youtu.be/qWrhEARupCg> [do-  
stęp 24.12.2022]

Notka o autorce: Studentka Wydziału Prawa  
i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. In-  
teresuje się zagadnieniami z zakresu filozofii  
prawa, etyki oraz prawa medycznego.