

Adam Jakuszewicz

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego
w Bydgoszczy

Ochrona moralności publicznej jako przestępstwo uzasadniające ograniczanie praw i wolności jednostki

1. Wprowadzenie

Wśród wartości wymienionych w art. 31 ust. 1 Konstytucji RP, mogących stanowić podstawę uzasadnienia ustawowych ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, pojawiają się względy „moralności publicznej”. W ten sposób ustrojodawca, idąc za wzorem klauzul limitacyjnych przewidzianych w aktach prawa międzynarodowego¹, ustanowił mechanizm mający na celu ochronę, a być może także i petryfikację, ocen i norm moralnych po-

¹ Zgodnie z art. 29 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka „W korzystaniu ze swych praw i wolności każdy człowiek podlega jedynie takim ograniczeniom, które są ustalone przez prawo wyłącznie w celu zapewnienia odpowiedniego uznania i poszanowania praw i wolności innych i w celu uczynienia zadość słusznym wymogom moralności, porządku publicznego i powszechnego dobrobytu demokratycznego społeczeństwa”. Klauzula ograniczająca prawa i wolności przewidziana w przywołanym przepisie ma charakter zbiorczy w tym sensie, że odnosi się do wszystkich praw i wolności gwarantowanych w Deklaracji. Należy jednak zauważyć, że Deklaracja nie była pomyślana jako akt prawnie wiążący, lecz, jak stwierdzono we wstępie, „wspólny standard dla wszystkich narodów i państw”. Obecnie jednak należy uznać, że wiele przepisów Deklaracji zyskało charakter zwyczajowego prawa międzynarodowego, a więc charakter prawnie wiążący (W. Mansell, K. Openshaw, *International Law. A Critical Introduction*, Hart Publishing, Oxford 2013, s. 137).

Z kolei w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych brak jest jednej, ogólnej klauzuli limitacyjnej dotyczącej wszystkich gwarantowanych w nim praw. W konsekwencji możliwość ograniczenia wolności jednostki ze względu na ochronę moralności publicznej została przewidziana jedynie w odniesieniu do wolności przemieszczania się po terytorium danego kraju (art. 12 ust. 3), wolności sumienia, religii i światopoglądu (art. 18 ust. 3), wolności wypowiedzi (art. 19 ust. 3), wolności zgromadzeń (art. 21) oraz wolności stowarzyszeń (art. 22 ust. 2). Podobnie w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ograniczenie wolności jednostki możliwe jest wyłącznie w odniesieniu do prawa do poszanowania życia prywatnego (art. 8 ust. 2), wolności sumienia i wyznania (art. 9 ust. 2), wolności wypowiedzi (art. 10 ust. 2), wolności zgromadzeń i stowarzyszeń (art. 11 ust. 2) oraz swobody poruszania się po terytorium danego kraju (art. 2 ust. 3 IV Protokołu Dodatkowego).

dzielanych przez większość społeczeństwa. Mechanizm ten może być jednak postrzegany przez ustawodawcę zwykłego jako swego rodzaju upoważnienie do narzucania etycznym dysydentom określonych wzorców postępowania. Nie tylko bowiem przekonania i oceny moralne dominujące w danym społeczeństwie rzutują na treść norm prawnych. Także i prawo oddziałuje na moralność, stanowiąc jeden z czynników kształtujących normy oraz oceny moralne, a także postawy i świadomość moralną społeczeństwa².

Problem narzucania moralności przez prawo jest jednym z „klasycznych” zagadnień filozofii prawa. Zyskuje on jednak na aktualności we współczesnych społeczeństwach demokratycznych, charakteryzujących się głębokimi i radykalnymi przemianami kulturowymi i obyczajowymi, takimi jak postępująca sekularyzacja, indywidualizacja, pluralizacja, a niekiedy nawet polaryzacja w odniesieniu do systemu wartości. Reakcją na nowoczesny pluralizm staje się postawa moralnego relatywizmu³. Zanika stopniowo ład moralny obowiązujący wszystkich, zaś ostatecznym kryterium wyborów w sferze wartości staje się autonomiczna jednostka. Sumienie nie jest już postrzegane jako *conscientia*, czyli łącznik pomiędzy jednostką a światem obiektywnych wartości i norm, czy też jako instancja umożliwiająca poznanie bezspornej i obiektywnej wiedzy o tym, co dobre i złe, podzielanej przez ogół społeczeństwa. Postrzegane jest ono raczej jako zjawisko subiektywne, produkt internalizacji przez jednostkę określonych wartości i norm, będący rezultatem procesów wychowania i kształtowania jej osobowości⁴. Z drugiej strony istnieje wyraźna skłonność do pogłębiania jurydyzacji życia społecznego, opierająca się na przekonaniu, że najwłaściwszym sposobem rozwiązania jakiegokolwiek problemu jest poddanie go drobiazgowej regulacji prawnej, co prowadzi do systematycznego obejmowania działaniem prawa kolejnych obszarów życia jednostki⁵. Zanik jednorodności moralnej współczesnych społeczeństw w połączeniu ze wzmo-

² A. Breczko, *Prawo a moralność w teorii i praktyce wczoraj i dziś*, Temida 2, Białystok 2004, s. 67.

³ A. Breczko, *O potrzebie redefinicji pojęć „małżeństwo” i „rodzina” we współczesnym pluralistycznym świecie. Rozważania w kontekście związków partnerskich*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2014, t. XIII, z. 2, s. 344.

⁴ B. Vermeulen, *Scope and limits of conscientious objection*, [w:] Council of Europe, *Freedom of conscience. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the F.M. van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992*, Council of Europe Press, Strasbourg 1993, s. 76.

⁵ T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Naukowa Oficyna Wydawnicza, Katowice 2005, s. 96.

zoną aktywnością ustawodawcy obejmującą całokształt stosunków społecznych czyni kwestię wymuszania, czy choćby promowania, określonych wzorców moralnych przez prawodawcę zagadnieniem szczególnie aktualnym, a zarazem delikatnym. Poniższe rozważania stanowią próbę odpowiedzi na pytanie, jak należy rozumieć konstytucyjne pojęcie „moralność publiczna” oraz czy istnienie konstytucyjnej klauzuli limitacyjnej przewidującej możliwość ograniczenia praw i wolności jednostki ze względu na ochronę tej wartości da się uzasadnić w państwie pluralistycznym, bezstronnym w sprawach religii i światopoglądu oraz szanującym autonomię i wolność jednostki.

2. Wykładnia pojęcia „moralność publiczna” w Konstytucji RP

Regulując kwestię ograniczenia wolności i praw człowieka ze względu na ochronę moralności, ustrojodawca posługuje się dwoma terminami: „moralność publiczna” (w art. 31 ust. 3) oraz „moralność”, bez przydawki „publiczna” (w art. 53 ust. 5, zawierającym klauzulę ograniczającą wolność religii, oraz w art. 45 ust. 2, w którym została przewidziana możliwość ograniczenia jawności rozprawy sądowej). Wskazana rozbieżność terminologiczna mogłaby sugerować, że intencją ustrojodawcy było zróżnicowanie zakresu poszczególnych ograniczeń. Określenie „moralność publiczna” obejmuje wszak pewien fragment moralności, stąd wydaje się terminem węższym od bardziej ogólnego pojęcia „moralność”. W konsekwencji pominięcie przydawki „publiczna” w art. 45 ust. 2 oraz 53 ust. 5 Konstytucji RP zdaje się przemawiać na rzecz uznania szerszego zakresu możliwych ograniczeń praw jednostki. Jak jednak słusznie zauważył K. Wojtyczek, taka wykładnia nie ma racjonalnego uzasadnienia. Biorąc pod uwagę, że ustrojodawca uwzględnił także i inne przesłanki ograniczenia jawności rozprawy sądowej oraz wolności religii, „nie zachodzi potrzeba rozszerzenia zakresu ograniczeń tych praw, w stosunku do możliwości ingerencji, jakie daje organom państwowym przesłanka moralności publicznej”⁶. Należy więc przyjąć, że terminy „moralność publiczna” oraz „moralność” w rozumieniu Konstytucji RP są pojęciami synonimicznymi⁷.

Przystępując do ustalenia zawartości treściowej pojęcia „moralność publiczna”, należy zauważyć, że normy prawne mają charakter heteronomiczny;

⁶ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Wolters Kluwer, Zakamycze 1999, s. 196 i n.

⁷ L. Garlicki, omówienie art. 31, [w:] L. Garlicki, P. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 88.

obowiązują na mocy nakazu zewnętrznego autorytetu, jakim jest władza państwowa, a więc niezależnie od akceptacji ich treści przez adresatów. Normy moralne mają natomiast charakter autonomiczny, co oznacza, że obowiązują daną jednostkę wówczas, gdy zostaną przez nią zaakceptowane w sumieniu jako własne standardy zachowania⁸. Jeżeli dana norma moralna akceptowana jest przez ogół (ogromną większość) społeczeństwa, wówczas należy do zbioru norm składających się na moralność publiczną. W piśmiennictwie wskazuje się przy tym, że przy ustalaniu zakresu tego pojęcia należy „odwołać się do poglądów prezentowanych przez osoby o przeciętnej wrażliwości”⁹.

Dla ustalenia zakresu pojęcia „moralność publiczna” istotne znaczenie ma także rozróżnienie dwóch kierunków myśli moralnej: nurtu perfekcjonistycznego oraz nurtu solidarnościowego¹⁰. Nurt perfekcjonistyczny obejmuje teorie ustanawiające określone wzorce indywidualnej doskonałości (np. etyka cnoty Arystotelesa, która kładzie punkt ciężkości na kształtowanie charakteru jednostki) oraz oceny moralne dotyczące zgodności z tymi wzorcami konkretnego postępowania. Z kolei nurt solidarnościowy kładzie nacisk na zasady współżycia społecznego. Przedmiotem oceny moralnej postępowania według tego nurtu jest to, „w jakim stopniu przyczynia się ono do sprawiedliwego dobra innych ludzi lub przynajmniej jest taką intencją kierowane”¹¹. Z punktu widzenia prawa, które wszak reguluje stosunki międzyludzkie, istotne znaczenie ma jedynie nurt solidarnościowy; nurt perfekcjonistyczny jest zaś dla prawa indyferentny. Z tego względu należy przyjąć, że pojęcie „moralność publiczna” odnosi się wyłącznie do tych zasad moralnych, które regulują stosunki międzyludzkie, nie obejmuje natomiast zasad moralnych określających indywidualne wzorce doskonałości¹². Niedopuszczalne byłoby więc ograniczenie

⁸ A. Brezko, *Prawo a moralność...*, s. 60 i n.

⁹ M. Greßler, *Moralność publiczna jako wyznacznik treści pojęcia wolność gospodarcza*, „Prawo Kanoniczne” 2015, t. 58, nr 2, s. 168.

¹⁰ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 1997, s. 82 i n.

¹¹ Ibidem, s. 83.

¹² Pojęcie moralności publicznej odmiennie definiuje M. Wyrzykowski, zdaniem którego termin ten może być rozumiany jako „zespół reguł postępowania, dość powszechnie akceptowanych w zachowaniach indywidualnych i zbiorowych, opartych na uznaniu w danym społeczeństwie rozumieniu pojęcia moralność” (M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1998, s. 51; aprobuje: L. Garlicki, omówienie art. 31..., s. 88). Konstruując pojęcie moralności publicznej, cytowany autor opiera się wyłącznie na kryterium powszechnego uznania danej normy moralnej w społeczeństwie. Rozróżnienie na moralność perfekcjonistyczną i solidarnościową nie jest dla niego relewantne.

praw człowieka wyłącznie w celu narzucenia pewnych wzorców moralności perfekcjonistycznej, mających znaczenie wyłącznie dla życia osobistego jednostki i nieokreślających reguł współżycia w społeczeństwie¹³.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że pojęcie moralności publicznej obejmuje normy moralne dotyczące nie tylko życia publicznego i zachowań publicznych, ale również stosunków międzyludzkich należących do sfery prywatności, powszechnie uznawane w danym społeczeństwie. Brak bowiem podstaw do twierdzenia, że termin „moralność publiczna” należy odnosić jedynie do zasad moralnych dotyczących życia publicznego lub regulujących zachowania mające miejsce w sferze publicznej¹⁴.

Przy interpretacji pojęcia „moralność publiczna” w rozumieniu Konstytucji RP należy odwołać się także do dorobku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał). Skoro bowiem ustrojodawca posłużył się tym samym pojęciem co twórcy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, należy zakładać, że jego intencją było nadanie temu pojęciu takiej samej treści¹⁵. Rozpoznając sprawy dotyczące zasadności ograniczeń praw człowieka w celu ochrony moralności, Trybunał nie sformułował definicji tego pojęcia. „Moralność” w rozumieniu Konwencji nie należy więc do kategorii tak zwanych koncepcji autonomicznych¹⁶. Jednocześnie Trybunał podkreśla, że w porządkach prawnych i społecznych poszczególnych krajów próżno by szukać jednolitej koncepcji moralności. Poglądy formułowane w poszczególnych krajach na temat wymogów moralności zmieniają się w zależności od miejsca i czasu i mogą różnić się w poszczególnych państwach Rady Europy. W procesie formułowania tych poglądów należy często brać pod uwagę, że w obrębie danego kraju współistnieje wiele różnorodnych wspólnot kulturowych, religijnych, obywatelskich oraz światopoglądowych. Dzięki bezpośrednim i stałym kontaktom z siłami żywotnymi swoich krajów władze krajowe zasadniczo

¹³ K. Wojtyczek, op. cit., s. 196.

¹⁴ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 221.

¹⁵ L. Garlicki, omówienie art. 31..., s. 89.

¹⁶ Koncepcje autonomiczne są to pojęcia zawarte w Konwencji, którym Trybunał w drodze wykładni nadaje rozumienie „europejskie”, oderwane od rozumienia danego pojęcia w prawnym kontekście danego kraju. W ten sposób staje się możliwe zapewnienie większej jednolitości interpretacji Konwencji, niezbędnej, aby normy międzynarodowe ochrony praw człowieka nie były uzależnione od kwalifikacji prawnych nadawanych im w prawie krajowym poszczególnych państw, co z kolei mogłoby prowadzić do uchylania się przez państwa-strony od wypełniania przyjętych obowiązków (M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 228).

są bardziej predysponowane niż sędzia międzynarodowy, aby wypowiadać się w kwestii szczegółowych treści tych wymogów, jak i w kwestii „konieczności” wprowadzenia określonych ograniczeń lub nałożenia sankcji mających na celu ich spełnienie¹⁷. Warto jednak podkreślić, że w orzecznictwie Trybunału argument ochrony moralności zwykle nie występuje samodzielnie, lecz jest łączony z przesłanką ochrony porządku publicznego oraz praw innych osób¹⁸.

Dla interpretacji prawa krajowego szczególnie cenną wskazówką wynikającą z orzecznictwa Trybunału jest podkreślanie dynamicznego charakteru moralności publicznej. Skoro poglądy moralne społeczeństwa podlegają ciągłym i coraz szybszym przemianom, władze publiczne, rozważając zasadność ingerencji w wolność jednostki w oparciu o przesłankę ochrony moralności publicznej, powinny dochować należytej staranności przy ustaleniu, czy dana norma moralna w dalszym ciągu akceptowana jest przez znaczną większość społeczeństwa.

Ponadto w piśmiennictwie reprezentowany jest pogląd, że przy interpretacji pojęcia „moralność publiczna” należy odwołać się do „polskiej moralności publicznej”, co ma szczególne znaczenie w dobie internacjonalizacji¹⁹. Rozumienie zjawiska moralności publicznej jako kategorii specyficznie krajowej, a czasem nawet regionalnej, jest także charakterystyczne dla orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁰. W takim ujęciu moralność publiczna obejmuje również normy moralne o proveniencji religijnej, wywo-

¹⁷ Wyrok w sprawie Akdaş p. Turcji z 16 lutego 2010 r., nr skargi 41056/04, par. 22-24.

¹⁸ L. Garlicki, omówienie art. 10, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I: *Komentarz do artykułów 1-18*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 637.

¹⁹ M. Greßler, op. cit., s. 168.

²⁰ Klasyčnym orzeczeniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kwestii zasadności ograniczenia wolności wypowiedzi ze względu na ochronę moralności jest wyrok w sprawie Müller p. Szwajcarii z 24 maja 1998 r. Sprawa dotyczyła skazania artysty za pokazanie na wystawie dostępnej bez ograniczeń dla szerokiego kręgu publiczności obrazów o charakterze obscenicznym. Obejrawszy rzeczzone prace, Trybunał uznał, że przedstawiają one seksualność w jednej z najbardziej wulgarnych form. Dlatego stwierdził, że mimo iż moralność dotycząca sfery seksualnej w ostatnich latach ulega szybkim przeobrażeniom, „nie uważa za nierozsądne” stanowisko sądów krajowych, według których prace te w sposób rażący obrażały poczucie przyzwoitości seksualnej osób o przeciętnej wrażliwości. Biorąc pod uwagę okoliczności wystawienia obrazów oraz ich drastyczny charakter, a także przysługujący władzom margines swobody, szwajcarskie sądy były uprawnione do nałożenia grzywny na artystę i organizatorów ekspozycji. Skazanie odpowiadało zaś rzeczywistej potrzebie społecznej – ochronie moralności. Bez znaczenia dla Trybunału był także fakt, że wystawienie prac nie spowodowało publicznych protestów oraz że skarżący mógł bez przeszkód wystawiać podobne prace w innych częściach kraju. Tak więc skazując skarżącego, sądy krajowe nie naruszyły jego wolności wypowiedzi (par. 36 i n.).

dzące się zwłaszcza z religii chrześcijańskiej, akceptowanej w społeczeństwie polskim – nawet jeżeli nie jako podstawa indywidualnej wiary, to przynajmniej jako pewien uniwersalny wzorzec kulturowy²¹. Zresztą, jak twierdzi L. Garlicki, nie da się do końca uniknąć podejmowania przez władze państwowe, w tym ustawodawcę, działań, w których znajduje odzwierciedlenie koncepcja moralności determinowana przez system wartości właściwy religii państwowej lub dominującej. Neutralność państwa nie oznacza bowiem izolacji od społecznej i kulturowej tożsamości społeczeństwa, któremu państwo to służy²².

Powyższe stanowisko kontrastuje z poglądem Komitetu Praw Człowieka, który trafnie zauważył, że ograniczenia praw i wolności nie mogą być nakładane w celach dyskryminacyjnych ani stosowane w dyskryminacyjny sposób. Zdaniem Komitetu dyskryminacyjny charakter miałoby niewątpliwie ograniczanie wolności człowieka w celu ochrony partykularnej koncepcji moralności, to jest takiej, która wywodzi się wyłącznie z jednej tradycji²³. Z tego względu koncepcja moralności, której ochrona stanowi uzasadnienie nakładanych ograniczeń, powinna wyrastać z wielu tradycji społecznych, filozoficznych i religijnych²⁴. Stanowisko to Komitet potwierdził w Komentarzu ogólnym nr 34 dotyczącym wykładni wolności wypowiedzi, w którym podkreślił, że jakiegokolwiek ograniczenie tej wolności nakładane ze względu na ochronę moralności publicznej musi być rozumiane w świetle uniwersalności praw człowieka oraz zasady niedyskryminacji²⁵. Odwołanie się przez Komitet do uniwersalnych wartości przy interpretacji pojęcia „moralność” wynika zapewne z obawy przed próbami relatywizacji tego pojęcia poprzez nadmierne odwoływanie się do specyfiki kulturowej danego kraju²⁶.

²¹ M. Szydło, omówienie art. 31 Konstytucji RP, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz do artykułów 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 789.

²² L. Garlicki, omówienie art. 9, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I: *Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010, s. 563.

²³ United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 22, Article 18, Freedom of thought, conscience and religion, par. 8, www.refworld.org/docid/453883fb22.html [dostęp: 10.02.2018].

²⁴ W. Sobczak, omówienie art. 18, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 455 i n.

²⁵ United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 34 on Article 19. Freedom of opinion and expression, Genewa 2011, par. 32, www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf [dostęp: 10.02.2018].

²⁶ A. Gliszczyńska-Grabias, omówienie art. 19, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych)...*, s. 490.

Trudno się z tym poglądem nie zgodzić. Za warunek trwania i rozwoju społeczeństwa nie może wszak zostać uznana ani jednolitość wierzeń religijnych, ani monopol władzy politycznej. Nie powinno nim być także obowiązywanie jakiegoś jednego spośród rozlicznych obyczajowych tabu, które występują i występowały w tradycyjnych społeczeństwach²⁷. Odwoływanie się do uniwersalnych wartości, takich jak: godność, równość, wolność czy sprawiedliwość przy dokonywaniu kwalifikacji danej normy moralnej jako zasługującej na ochronę prawną, skutkującą uszczupleniem wolności jednostki, pozwala uniknąć obejmowania zakresem przedmiotowym pojęcia „moralność publiczna” norm moralnych wprawdzie rozpowszechnionych w danym społeczeństwie, lecz niezajdujących innego uzasadnienia, jak tylko w silnych emocjach większości jego członków. Oparcie konstytucji na uznaniu pluralizmu światopoglądowego i kulturowego społeczeństwa nakazuje zachować dużą ostrożność przy powoływaniu względów moralności publicznej jako przesłanki uzasadniającej ograniczenie wolności i praw jednostki. Przesłanka moralności publicznej pozwala na ingerencję tylko wobec takich działań i zachowań, które przynoszą szkody społeczne. „Konstytucja nie może natomiast być traktowana jako dokument, za pomocą którego ustrojodawca narzuca społeczeństwu taki czy inny kodeks moralny, bo nie jest to jej zadaniem”²⁸.

3. Przykłady prawnego ograniczenia wolności jednostki ze względu na ochronę moralności publicznej

Ustalenie treści powszechnie obowiązujących norm moralnych w pluralistycznym społeczeństwie stanowi przedmiot sporu. Z tego względu zasady moralności stanowią najbardziej kontrowersyjną przesłankę ograniczania praw i wolności jednostki. Względy moralności powoływane są dla uzasadnienia prawnych zakazów określonych zachowań godzących w wartości szczególnie cenne dla danej wspólnoty politycznej prawie wyłącznie wtedy, gdy nie jest możliwe przekonujące wykazanie wymiernych, materialnych korzyści dla społeczeństwa z ustanawianych ograniczeń, zaś związek między zakazanym zachowaniem a przypisywaną mu szkodliwością jest niemożliwy do jednoznacznego wykazania na gruncie wiedzy naukowej. Przytaczanie względów moralności publicznej jako podstawy ograniczenia wolności jednostki jest natomiast zbędne, jeżeli negatywne konsekwencje danego zachowania dla jed-

²⁷ A. Brezko, *Prawo a moralność...*, s. 126.

²⁸ L. Garlicki, omówienie art. 31..., s. 88.

nostki lub społeczeństwa można wykazać w inny, bardziej przekonujący sposób. W takich przypadkach większą moc przekonywania ma odwoływanie się do bardziej „namacalnych” wartości, jak porządek publiczny czy prawa i wolności innych osób²⁹.

Jako przykład ograniczenia wolności jednostki, które dadzą się uzasadnić wyłącznie w oparciu o przesłankę ochrony moralności publicznej, można wskazać kryminalizowanie wypowiedzi obrażających uczucia religijne poprzez znieważenie przedmiotu czci religijnej (art. 196 k.k.). Chociaż zachowania tego rodzaju mogą dotkliwie zranić uczucia osób wierzących, trudno wyprowadzić z Konstytucji RP podmiotowe prawo jednostki do niekonfrontowania się z tego rodzaju sytuacjami. W szczególności brak podstaw do wyprowadzenia takiego uprawnienia z art. 53 Konstytucji RP, gwarantującego wolność sumienia i religii³⁰. Tak więc nie jest możliwe uzasadnienie zakazów znieważania przedmiotów kultu religijnego koniecznością ochrony wolności i praw innych osób (ludzi wierzących). Z drugiej strony społeczeństwo kierujące się postawą tolerancji, życzliwością dla każdego człowieka, a przede wszystkim szacunkiem dla jego przekonań, w tym religijnych, powinno ze względów moralnych potępiać i zwalczać, także za pomocą mechanizmów prawnych, niepotrzebne, ostre ataki na sferę postrzeganą przez niego jako sfera *sacrum*³¹. Podobne uza-

²⁹ K. Wojtyczek, op. cit., s. 193.

³⁰ Odmienne stanowisko w tej kwestii zajął Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie Otto-Preminger Institut p. Austrii (wyrok z dnia 20 września 1994 r., nr skargi: 13470/87), dotyczącej zakazu projekcji i konfiskaty filmu uznanego przez prokuraturę za obrażający uczucia religijne. Trybunał stwierdził, że osoby korzystające z wolności religii nie mogą oczekiwać, że będą wolne od krytycyzmu. Muszą tolerować i akceptować negowanie ich przekonań religijnych, a nawet propagowanie przez inne osoby poglądów przeciwnych ich wierze. Okolicznością, która może spowodować powstanie odpowiedzialności władz krajowych zapewnienia pokojowego korzystania z prawa do uzewnętrzniania przekonań religijnych, jest natomiast sposób, w jaki przekonania te są negowane. W skrajnych przypadkach sposób przeciwstawiania się przekonaniom religijnym może być bowiem tego rodzaju, że osoby wierzące będą powstrzymywać się od korzystania z wolności religii (par. 47). Wobec powyższego Trybunał uznał, że środki karne zastosowane przez władze austriackie były uzasadnione w celu ochrony praw osób wierzących do tego, aby ich uczucia religijne nie były obrażane za pomocą wypowiedzi innych osób (par. 48). Chociaż należy zgodzić się z Trybunałem, że w skrajnych przypadkach agresywne ataki na przedmioty kultu religijnego mogą oddziaływać oniesmielająco czy odstrasżająco na osoby wierzące, wskutek czego będą one powstrzymywać się od uzewnętrzniania swych przekonań, trudno jednak uznać, iż taki skutek miałaby projekcja bluźnierczego filmu, dostępna dla ograniczonego kręgu odbiorców, którzy zdecydowali się na jego obejrzenie.

³¹ Pogląd ten reprezentuje także Europejski Trybunał Praw Człowieka, który podkreśla, a wręcz apeluje, że każda osoba korzystająca z wolności wypowiedzi bierze na siebie „obowiązki i odpowiedzialność”. Do obowiązków tych należy unikanie w miarę możliwości wypowiedzi,

sadnienie ma ochrona przed znieważeniem pomników i miejsc pamięci, będących wyrazem tożsamości danej wspólnoty państwowej (art. 261 k.k.) oraz ochrona przed znieważeniem zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku (art. 262 k.k.).

Najczęściej jednak ograniczenia wolności jednostki ze względu na ochronę moralności publicznej dotyczą zachowań związanych z szeroko pojętą sferą seksualności, w tym prawa do zawarcia małżeństwa. Jak zauważa A. Mączyński, treść regulacji z zakresu prawa rodzinnego przyjętych w danym systemie prawnym w dużej mierze zależy od dominujących w społeczeństwie tego państwa przekonań moralnych i religijnych oraz oddziaływania tradycji. Z tego powodu regulacje prawno-rodzinne z trudem poddają się harmonizacji na arenie międzynarodowej³². Koronnym przykładem tego rodzaju przepisu jest art. 18 Konstytucji RP, zawierający m.in. określenie małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Celem wprowadzenia wskazanego dookreślenia pojęcia małżeństwa było zapobieżenie przyznania statusu małżeństwa parom homoseksualnym, a więc wprowadzenie ograniczenia prawa do zawarcia małżeństwa³³. Nie można bowiem w inny sposób wyjaśnić wprowadzenia tego zwrotu do treści Konstytucji, która wszak jest aktem normatywnym, nie zaś leksykonem objaśniającym określone pojęcia, zwłaszcza gdy ich znaczenie jest od dawna utrwalone³⁴.

które niepotrzebnie obrażają innych (wyrok z dnia 20 września 1994 r. w sprawie Otto-Preminer gegen Institut p. Austrii, nr skargi: 13470/87, par. 49).

³² A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] M. Andrzejewski, *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania „Dom Organizatora”, Toruń 2013, s. 98.

³³ Prawo do zawarcia małżeństwa nie zostało wprawdzie wyrażone w Konstytucji RP *expressis verbis*, można je jednak wyprowadzić z art. 47 Konstytucji RP, gwarantującego prawo do ochrony życia prywatnego. Należy jednak zauważyć, że wymóg różnicy płci jako warunek *sine qua non* zawarcia małżeństwa nie będzie postrzegany jako ograniczenie prawa do zawarcia małżeństwa, o ile się przyjmie, że wynika on z samej istoty małżeństwa, wobec czego nie ma charakteru dyskryminacyjnego. Pogląd taki reprezentuje m.in. T. Smoczyński, który twierdzi, że „Małżeństwo jako zjawisko społeczne oraz sformalizowana instytucja prawna jest w swej istocie związkiem pary o różnej płci. To zróżnicowanie płci jest immanentnym elementem bytu społecznego i prawnego, które określa się mianem małżeństwo. Różnica płci małżonków należy do grupy cech najbardziej istotnych definicji (paradygmatu) małżeństwa, a nie do cech wtórnych. Każde inne redefiniowanie małżeństwa jest błędem, ponieważ prowadzi do zmiany istoty rzeczy, wprowadza zamieszanie pojęciowe; czyż można sobie wyobrazić, iżby terminem «koń» objąć również krowy, chociaż z natury rzeczy są to różne zwierzęta, albo nazwać spółką jakieś stowarzyszenie” (T. Smoczyński, *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski*, [w:] M. Andrzejewski, *Związki partnerskie...*, s. 71).

³⁴ A. Mączyński, op. cit., s. 91.

Jedną z istotnych racji leżących u podstaw ustanowienia w art. 18 Konstytucji monogamicznego i heteroseksualnego charakteru małżeństwa były niewątpliwie względy moralno-obyczajowe. Wymiar moralny konstytucyjnej regulacji małżeństwa podkreśla B. Banaszekiewicz, który argumentuje, że choć małżeństwo „od zawsze” jest rozumiane jako związek kobiety i mężczyzny, od lat 60. ubiegłego wieku pewne ruchy społeczne (których autor nie nazywa po imieniu) zaczęły podważać społeczną użyteczność instytucji małżeństwa i propagować wolną miłość. Obecnie ruchy te skutecznie lobbują instytucjonalizację małżeństw osób tej samej płci. Ich strategiczny zamysł pozostaje wszelako niezmienny: „chodzi o degradację małżeństwa i ufundowanej na nim rodziny jako zworników zastanego ładu etycznoobyczajowego”³⁵. Artykuł 18 Konstytucji RP ma więc stanowić prawną zaporę przeciwko zmianom ocen moralnych w odniesieniu do struktury podmiotowej małżeństwa.

Warto zauważyć, że w trakcie prac nad tekstem Konstytucji RP treść art. 18 nie była kwestionowana przez żadne ugrupowanie polityczne reprezentowane w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. Stanowisko ustrojodawcy w przedmiocie regulacji małżeństwa w dużej mierze odzwierciedlało poglądy społeczne panujące w okresie uchwalania Konstytucji. Badania opinii publicznej z tamtego okresu pokazują, że negatywny stosunek do kwestii instytucjonalizacji małżeństw osób tej samej płci miała znaczna większość społeczeństwa³⁶. I chociaż nie można wykluczyć, że część społeczeństwa opierała swoje stanowisko na racjach „pozamoralnych”, na przykład na uprzedzeniach, to jednak wolno zaryzykować twierdzenie, że zdefiniowanie małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny w Konstytucji RP stanowiło podjętą przez polityków próbę petryfikacji ocen moralnych dotyczących struktury podmiotowej małżeństwa, stanowiących element ówczesnej moralności publicznej. Rodzi się jednak pytanie, czy wobec przemian światopoglądowych, zachodzących w polskim społeczeństwie, ograniczenie prawa do zawarcia małżeństwa do osób heteroseksualnych w dalszym ciągu można uzasadniać potrzebą ochrony ładu moralno-obyczajowego. Badania postaw społeczeństwa

³⁵ B. Banaszekiewicz, *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, s. 626.

³⁶ W badaniu przeprowadzonym przez CBOS w czerwcu 1994 r. na pytanie: „Czy, Pana(i) zdaniem, homoseksualistom powinno się zezwolić/zezwać na zawieranie między sobą małżeństw?”, 19% badanych udzieliło odpowiedzi twierdzącej, 71% – odpowiedzi przeczącej, zaś 10% badanych nie zajęło jednoznacznego stanowiska, http://www.homopedia.pl/wiki/Poparcie_spo%C5%82eczne_LGBT_w_Polsce#Stosunek_do_ma.C5.82.C5.BCe.C5.84stw_os.C3.B3b_tej_samej_p.C5.82ci [dostęp: 2.02.2018].

dotyczących zjawiska homoseksualizmu, przeprowadzone przez różne ośrodki badania opinii publicznej, pokazują, że coraz więcej osób popiera instytucjonalizację małżeństw jedнопłciowych. Podczas gdy w latach 90. ubiegłego wieku liczba ankietowanych popierających tego rodzaju małżeństwa nie przekraczała 20%, w roku 2017 liczba ta wynosiła ponad 30%, a według niektórych badań nawet blisko 40%³⁷.

W kontekście niniejszego opracowania, które nie ma wszak charakteru socjologicznego, nie chodzi o możliwie najwierniejsze odzwierciedlenie poglądów ogółu Polaków w przedmiotowej sprawie. Przytoczenie ww. danych ma na celu jedynie zilustrowanie pytania, przez jaką większość społeczeństwa powinna być akceptowana dana ocena bądź norma moralna (np. zakazująca zawierania małżeństw homoseksualnych), aby można ją było zaliczyć do katalogu ocen i norm moralnych składających się na moralność publiczną. W moim przekonaniu wobec postępującej pluralizacji społeczeństwa trudno wymagać, aby warunkiem zaliczenia danej normy moralnej do kategorii norm składających się na moralność publiczną było akceptowanie owej normy przez większość „przytłaczającą”, „ogromną” czy „przeważającą”. Aczkolwiek z pewnością należałoby wykazać, iż dana norma akceptowana jest przez większość „dużą” czy „znaczna”. I choć są to pojęcia nieostre, to jednak można bronić tezy, że w sytuacji gdy określona norma moralna nie jest jednoznacznie akceptowana przez około 1/3 społeczeństwa, jak ma to miejsce w przypadku dezaprobaty dla małżeństw osób tej samej płci, trudno postrzegać tę normę jako element należący do zbioru norm tworzących moralność publiczną. Kwestia oceny dopuszczalności instytucjonalizacji małżeństw homoseksualnych sytuuje się zatem w obszarze poglądów kontrowersyjnych, co do których społeczeństwo jest głęboko podzielone, nie zaś w obszarze powszechnie przyjmowanej moralności publicznej. Tak więc ewentualnych racji, które stanowiłyby podstawę uzasadnienia dalszego obowiązywania konstytucyjnego ograniczenia prawa do zawarcia małżeństwa do osób różnej płci należałoby poszukiwać wśród argumentów pozamoralnych.

Względy ochrony moralności publicznej przywoływane są także na uzasadnienie ograniczeń korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa, wynikających z art. 10-12, 14 i 15 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, czyli tak zwanych przeszkód małżeńskich. W literaturze sformułowano pogląd, że ograniczenia te „są racjonalnie uzasadnione, odpowiadają ocenom powszechnym

³⁷ Ibidem.

w społeczeństwie, są uświęcone tradycją i nie są arbitralne³⁸. Ponadto zwraca się uwagę, że przeszkody małżeńskie zostały sformułowane przez ustawodawcę w taki sposób, aby decyzja jednostki w zakresie wyboru małżonka była poszanowana w możliwie najwyższym stopniu. Innymi słowy zakazy w tej kwestii zostały ograniczone do „minimum bezpieczeństwa eugenicznego i przyzwoitości publicznej³⁹. Można by nawet twierdzić, że z punktu widzenia wymogów moralności publicznej przeszkoda pokrewieństwa, przewidziana w art. 14 k.r.o. została sformułowana w sposób zbyt liberalny. Przywołany przepis przewiduje zakaz zawierania małżeństwa między krewnymi w linii prostej, rodzeństwem oraz powinowatymi w linii prostej, przy czym z ważnych powodów sąd może zezwolić na zawarcie małżeństwa między powinowatymi. W kręgu kultury i obyczajowości społeczeństw europejskich nie aprobeuje się obcowania płciowego między bliskimi krewnymi, uzasadniając to zarówno względami obyczajowymi, jak i zdrowotnymi, toteż w wielu państwach oraz w prawie kanonicznym zakres tego ograniczenia jest szerszy⁴⁰. Zawarcie małżeństwa przez bliskich krewnych, choć dopuszczalne na gruncie prawa rodzinnego, dla zdecydowanej większości społeczeństwa z pewnością wiązałoby się z przełamaniem pewnego obyczajowego tabu. Trudno więc pogodzić ten zakaz z wymogami moralności publicznej. Jeżeli zaś chodzi o przeszkodę powinowactwa, jest ona motywowana jedynie względami obyczajowymi. Przeszkoda ta jest jednak łatwo usuwalna wskutek udzielenia zgody przez sąd, dlatego postuluje się jej usunięcie z KRO jako niecelowej⁴¹.

Przeszkodą małżeńską, która w sposób wyrazisty stanowi odzwierciedlenie moralności publicznej, jest natomiast zakaz bigamii. Należy także dodać, że zawarcie małżeństwa przez osobę pozostającą w związku małżeńskim stanowi czyn przestępny na gruncie art. 206 k.k., przy czym kara, która grozi za popełnienie tego czynu, może być stosunkowo wysoka, gdyż przestępstwo bigamii zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat dwóch. Jako że na kształt poglądów moralnych społeczeństwa polskiego istotny wpływ wywarła etyka chrześcijańska, większość osób z pewnością długo jeszcze będzie się decydować na tradycyjne małżeństwa monogamiczne. I chociaż poligamia wydaje się na razie w Polsce abstrakcją, to

³⁸ B. Banaszkiwicz, op. cit., s. 605.

³⁹ T. Smyczyński, *Małżeństwo – konkubinaty...*, s. 77.

⁴⁰ Na gruncie prawa kanonicznego, któremu podlega większość polskiego społeczeństwa, przeszkoda pokrewieństwa obejmuje krewnych w linii prostej oraz w linii bocznej do czwartego stopnia (kan. 1091).

⁴¹ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 51.

można przypuszczać, że i w naszym kraju kiedyś pojawi się problem uznania małżeństw poligamicznych, na przykład zawieranych za granicą, zwłaszcza że dyskusja na temat instytucjonalizacji małżeństw poligamicznych rozpoczęła się już na świecie, m.in. w Kanadzie, USA oraz w Szwecji. Coraz częściej uznaje się, że małżeństwo powinno być neutralne nie tylko co do płci, ale także co do liczby osób, które chciałyby dany związek tworzyć. Choć uznanie małżeństw poligamicznych niewątpliwie byłoby niezgodne z moralnością publiczną panującą w Polsce, na gruncie filozoficzno-prawnym warto rozważyć pogląd, że „Każda z zaprezentowanych form małżeństwa jest dobra, o ile wybierana jest dobrowolnie, istnieje możliwość wyjścia z takiego związku oraz odwołania się do prawa w przypadku bycia pokrzywdzonym”⁴². Wiele racji można dopatrzeć się także w poglądach W. Sadurskiego, który uważa, że zakaz bigamii wynikający z moralnej dezaprobaty dla małżeństw o charakterze nie-monogamicznym sprzeczny jest z postulowaną na gruncie filozofii zasadą neutralności prawa. Wydaje się, iż wolność osobista to niepodważalna wartość, zaś jedyną racją dla wprowadzenia zakazów danego działania staje się „zasada krzywdy”. Ponadto regulacja prawna nie powinna być motywowana wyłącznie określoną moralnością. Zresztą prawne konsekwencje bigamii można uznać za minimalne, gdyż prawo nie zakazuje faktycznego pożycia w większym gronie osób⁴³. W tym miejscu pojawia się jednak kwestia bardziej ogólnej, mianowicie, w jaki sposób, jeśli w ogóle, można uzasadnić wymuszania określonej moralności za pomocą instrumentów prawnych.

4. Uzasadnienie sankcjonowania moralności publicznej za pomocą prawa – perspektywa filozoficzno-prawna

Spór o narzucanie moralności przez prawo postrzegać można jako kontynuację wielowiekowego sporu o narzucanie prawem przekonań religijnych i światopoglądowych. Istnienie religii państwowej, a tym samym uprawnienie, czy nawet obowiązek zapewnienia przez władzę respektowania jej przez poddanych, traktowany był przez wieki jako oczywistość. Stopniowo jednak nastąpił rozdział Kościoła od państwa, zaś przedmiotem ochrony prawa państwowego stała się tolerancja oraz wolność religii. Zbliżone zjawisko, choć pojawiło się ono znacznie później, zaobserwować można w stosunku do poglądu, że rolą

⁴² A. Brezcko, *O potrzebie redefinicji...*, s. 337.

⁴³ W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa. (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7, s. 40 i n.

prawa jest stanie na straży moralności obywateli. Problem zakreszenia granic sankcjonowania przez prawo określonej moralności mógł się pojawić dopiero wówczas, gdy spostrzeżono, że przekształcanie określonych ocen i norm moralnych na normy prawne obowiązujące wszystkich członków danego społeczeństwa nie jest oczywistą prerogatywą władzy, lecz ingerencją w sferę wolności i autonomii jednostki, która wymaga moralnej legitymizacji⁴⁴.

Kwestia wymuszania moralności za pomocą prawa sprowadza się do pytania, czy uznanie danego zachowania za moralnie naganne na gruncie powszechnie przyjmowanych w danym społeczeństwie norm i ocen moralnych stanowi *wystarczające* uzasadnienie kwalifikacji tego zachowania jako bezprawne. Należy natomiast przyjąć, że pozostawiając poza zakresem rozważań przepisy czysto techniczne (na przykład przepisy stanowiące podstawę prawną tworzenia danego organu), warunkiem *koniecznym* uzasadnienia prawnego zakazu określonego zachowania jest uznanie tegoż zachowania za niezgodne z normami moralnymi. Podobnie warunkiem koniecznym uzasadnienia określonego nakazu prawnego jest stwierdzenie, że zachowanie to jest nakazane przez jakąś normę moralną, przy czym owa norma może mieć charakter wymagającej konkretyzacji normy-zasady. Na przykład trudno byłoby uzasadnić istnienie precyzyjnej normy moralnej nakazującej uiszczanie podatku dochodowego w określonej wysokości. Można natomiast przyjąć, że istnieje bardziej ogólna norma moralna, nakazująca wszystkim podmiotom osiągnięciem przychód na terenie danego kraju uczestniczenie w ponoszeniu ciężarów i świadczeń publicznych na sprawiedliwych zasadach, a także że istnieje bardziej szczegółowa norma moralna, nakazująca dawanie posłuchu normie prawnej stanowiącej konkretyzację owego „sprawiedliwego” uczestniczenia, o ile konkretyzacja ta mieści się w rozsądnych granicach (daje się racjonalnie obronić jako niearbitralna i niekrzywdząca) oraz została ustanowiona za pomocą uczciwej procedury tworzenia prawa⁴⁵.

Czołowym zwolennikiem moralizmu prawa, czyli możliwości sankcjonowania przez prawo określonej moralności na gruncie filozoficzno-prawnym, jest lord P. Devlin. Poglądy swe przedstawił on w pracy *The Enforcement of Morals (Wymuszanie moralności)*, będącej reakcją na tzw. Raport Wolfendena, w którym sformułowano postulat reformy angielskiego prawa karnego, mającej na celu dekryminalizację niektórych prywatnych zachowań seksualnych. Po-

⁴⁴ T. Pietrzykowski, op. cit., s. 97.

⁴⁵ L. Alexander, *The Legal Enforcement of Morality*, [w:] R.G. Frey and C. Heath Wellman, *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell Publishing, Oxford 2005, s. 128 i n.

lemizując z poglądem, że musi istnieć pewna sfera prywatnej moralności oraz niemoralności, która powinna znajdować się poza zakresem zainteresowania prawa, Devlin wysunął argument, że o uznaniu danego zachowania za niemoralne decyduje społeczne poczucie moralności, które odnosi się zarówno do zachowań publicznych, jak i prywatnych. Standardy moralne podzielane przez większość społeczeństwa są tym, co czyni to społeczeństwo wspólnotą idei, nie tylko idei politycznych, lecz także idei co do tego, jak jej członkowie powinni się zachowywać i jak prowadzić swoje życie⁴⁶. Na strukturę społeczeństwa składają się więc nie tylko instytucje polityczne, lecz także pewne wzorce moralne, które pozostają poza zakresem tolerancji w tym sensie, że społeczeństwo stara się narzucić je osobom, które ich nie podzielają. Gdyby społeczeństwo nie posiadało tego rodzaju norm, wówczas nie mogłoby przetrwać, bowiem pewien poziom zgodności moralnej jest niezbędny do tego, by istniało życie społeczne. Innymi słowy, normy i oceny moralne uznane przez dane społeczeństwo za absolutnie wiążące każdego jego członka spajają to społeczeństwo w całość.

Przytoczonym przez Devlina przykładem normy moralnej stanowiącej integralny element angielskiego społeczeństwa jest zasada monogamii. Choć norma ta została rozpowszechniona w społeczeństwie przez chrześcijaństwo, obecnie jej religijna proveniencja nie ma już znaczenia. Norma ta bowiem na stałe wrosła w strukturę społeczeństwa i nie może być usunięta bez naruszenia tej struktury⁴⁷. Zresztą: „Jeżeli chce się zamieszkiwać w domu, trzeba pogodzić się z tym, w jaki sposób dom ten został zbudowany”⁴⁸. Zdaniem Devlina każda osoba powinna zaakceptować normy moralne istniejące w danym społeczeństwie po prostu dlatego, że przyszło jej w nim żyć. Wspólna moralność stanowi bowiem spoiwo społeczeństwa, bez którego nie może ono ani powstać, ani przetrwać. Z tego względu każde społeczeństwo ma prawo do obrony swojego własnego istnienia, a co za tym idzie, prawo do wymuszania pewnego poziomu moralnej zgodności wszystkich jego członków. Nie jest przy tym istotna treść danych przekonań moralnych (np. monogamiczny czy poligamiczny charakter rodziny). Ważne jest natomiast, aby przekonania te były wspólne i zapewniały dostatecznie silne poczucie identyfikacji. Rozluźnienie więzów tworzonych przez wspólnie podzielane przekonania moralne

⁴⁶ P. Devlin, *Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, Oxford, New York 1977 (reprint), s. 9.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

prowadzić musi do rozpadu społeczeństwa. Jak bowiem argumentuje Devlin, „wrogiem społeczeństwa jest nie błąd, lecz obojętność”. Devlin nie zakłada więc, że gdy ogromna większość członków społeczeństwa sądzi, że coś jest niemoralne, to zapewne ma rację. Uważa raczej, że gdy zagrożona jest społeczna moralność, wówczas zagrożone jest samo istnienie społeczeństwa. Sądzi także, że społeczeństwo to ma prawo bronić swojego istnienia niezależnie od tego, czy moralność, która je wewnętrznie spaja, jest słuszna, czy nie⁴⁹.

Powyższe twierdzenie zyskało miano „tezy o dezintegracji”⁵⁰. Zostało ono zakwestionowane przez H.L.A. Harta, którego zdaniem argumentacja Devlina nie znajduje uzasadnienia empirycznego, bowiem poza ogólnikowym odwołaniem się do historii, nie podaje on żadnych konkretnych przykładów dezintegracji społeczeństwa z powodu naruszenia spajającej go struktury przekonań moralnych. Ponadto, jak podkreśla Hart, absurdem jest twierdzenie, że każde zachowanie uważane przez społeczeństwo za rażąco naganne czy obrzydliwe zagraża jego istnieniu. To tak jakby twierdzić, że istnienie społeczeństwa jest zagrożone przez śmierć jednego z jego członków lub narodziny innego. Z faktu, że w danym społeczeństwie istnieje jakaś moralność, nie można więc wyprowadzać wniosku, że społeczeństwo to jest tożsame z całością akceptowanych w nim w danym momencie norm i ocen moralnych⁵¹. Wniosek taki oznaczałby bowiem, że jakkolwiek zmiana w tym zakresie spowodowałaby unicestwienie dotychczasowego społeczeństwa i powstanie nowego, dlatego nie ma powodu, aby uważać, że nie są możliwe odstępstwa od poszczególnych zastanych w danym społeczeństwie norm moralnych bez naruszenia jego ogólnej „konstrukcji”. Odstępstwa takie nie tylko nie narażają społeczeństwa na rozpad, lecz wręcz mogą stanowić warunek jego dalszego rozwoju. Można wprawdzie wskazać pewne minimum konsensusu niezbędne dla istnienia i funkcjonowania społeczeństwa, jednakże w żadnym razie nie obejmuje ono całości faktycznie przyjmowanej w danym czasie jego pozytywnej moralności. Owa pozytywna moralność nie stanowi monolitu, którego naruszenie w jednym miejscu musi oznaczać jej całkowitą destrukcję⁵².

Aby rozstrzygnąć, jakie normy moralne składają się na minimum niezbędne dla istnienia danego społeczeństwa, nie należy poprzestać na stwierdzeniu, że dana norma jest powszechnie przyjmowana. Konieczne jest także

⁴⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 435 i n.

⁵⁰ T. Pietrzykowski, op. cit., s. 111.

⁵¹ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford 1963, s. 51.

⁵² T. Pietrzykowski, op. cit., s. 112 i n.

przyjęcie perspektywy „moralności krytycznej”⁵³, czyli podjęcie poszukiwań racjonalnych podstaw uzasadnienia owej normy. Jak zauważa R. Dworkin, niektóre oceny moralne są wynikiem irracjonalnych uprzedzeń, silnych reakcji emocjonalnych danej osoby, których nie potrafi ona wyjaśnić, bezrefleksyjnych odruchów niechęci wobec określonych osób lub grup, fałszywych przekonań co do faktów lub ulegania stereotypom. W tego rodzaju przypadkach samo pojawienie się u danej osoby negatywnej reakcji na pewne zjawisko czy zachowanie nie stanowi jeszcze dowodu istnienia u tej osoby przekonania moralnego, mogącego reakcję tę uzasadnić. Oceny moralne, aby mogły zostać uznane za składnik moralności społecznej, muszą odwoływać się do bardziej ogólnych, podstawowych zasad (niejako aksjomatów) oraz reguł rozumowania pozwalających na wyprowadzenie z tych zasad określonych konsekwencji. W przeciwnym razie formułowane oceny należy uznać za arbitralne⁵⁴.

Zdaniem Dworkina błąd lorda Devlina polega na utożsamianiu moralnego konsensusu, który wart jest ochrony za pomocą instrumentów prawnych, ze zbiorem rzeczywistych ocen „moralnych” istniejących w danym społeczeństwie, nie zaś ze zbiorem przekonań moralnych, na podstawie których oceny te dadzą się uzasadnić (lub nie). Jak zauważa Dworkin, w tezie Devlina „wstrząsająca i błędna jest nie myśl, że moralność społeczeństwa się liczy, ale jego pogląd na to, co liczy się jako ‘moralność społeczeństwa’”⁵⁵. Aby zatem wykazać istnienie konsensusu moralnego, nie wystarczy skonstatować, że pewne zachowania, fakty czy osoby są powszechnie aprobowane lub potępiane. Konieczne jest wskazanie jakichś zasad moralnych, na których owe oceny się opierają, oraz stwierdzenie, czy zasady te są równie powszechnie akceptowane jak konkretne oceny mające stanowić ich kontynuację. Może się bowiem okazać, że nawet bardzo rozpowszechniona wspólna reakcja moralna nie znajduje uzasadnienia w żadnych bądź też żadnych *wspólnie aprobowanych* zasadach moralnych⁵⁶.

5. Ochrona moralności publicznej za pomocą prawa karnego

Kwestia wymuszania moralności za pomocą instrumentów prawnych pojawia się przede wszystkim w kontekście uzasadniania kryminalizacji tak zwanych

⁵³ Ibidem, s. 113.

⁵⁴ R. Dworkin, op. cit., s. 440 i n.

⁵⁵ Ibidem, s. 455.

⁵⁶ T. Pietrzykowski, op. cit., s. 115.

przestępstw bez ofiar (ang. *victimless crimes*), czyli czynów popełnionych za zgodą ofiary lub czynów, których konsekwencje ponosi wyłącznie sprawca. Zdaniem J. Alexander kwalifikacja określonego zachowania jako niemoralnego na gruncie moralności publicznej danego społeczeństwa nie jest wystarczającą przesłanką uzasadniającą sankcjonowanie tegoż zachowania za pomocą prawa karnego. Moralnie naganny charakter danego zachowania może natomiast stanowić wystarczającą podstawę uzasadnienia zastosowania przez ustawodawcę mechanizmów odpowiedzialności cywilno-prawnej. Dotyczy to zwłaszcza zachowań, które skutkują wyrządzeniem szkody drugiej osobie, przy czym charakter i rozmiar tej szkody jest na tyle nieznaczny, że brak silnych racji przemawiających za stosowaniem środków prawno-karnych. Na przykład niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy stanowi naruszenie moralnego nakazu spełniania obietnicy, jednakże stopień moralnej naganności takiego zachowania jest niewystarczający, aby uzasadnić wprowadzenie do kodeksu karnego przestępstwa niewykonania umowy cywilnoprawnej, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę efektywność instrumentów cywilnoprawnych do rozwiązywania tego rodzaju problemów. Przedstawiany argument można odnieść także do niektórych czynów niedozwolonych oraz immisji⁵⁷. Innym argumentem przemawiającym za niekaralnością określonych czynów wyłącznie z tego powodu, że w danym społeczeństwie uchodzą one za niemoralne, lecz niewywołujące znacznych lub namacalnych szkód, są wszelkie koszty (ekonomiczne i społeczne) związane ze stosowaniem środków prawno-karnych, jak na przykład ograniczenie wolności i prywatności osób skazanych, koszty ścigania, koszty związane ze zwiększonym nakładem pracy sądów czy też koszty związane z błędnym skazaniem itp.⁵⁸

Przeciwny pogląd w tej kwestii reprezentuje P. Devlin. Twierdzi on, że wystarczającym uzasadnieniem wymuszania przestrzegania przez wszystkich członków społeczeństwa określonej normy moralnej za pomocą prawa karnego są silne emocje zbiorowości dotyczące zachowania, które jest przez tę normę regulowane: „Każdy osąd moralny, jeśli nie przypisuje sobie boskiego źródła, jest po prostu uczuciem, że żaden prawomyślny człowiek nie mógłby postąpić w jakiś sposób, jednocześnie nie przyznając, że postępuje źle. (...) Na przykład istnieje (...) powszechny wstręt do homoseksualizmu. W pierwszej kolejności powinniśmy zadać sobie pytanie, czy, patrząc na sprawę chłodno i bez emocji, uważamy go za wadę tak obrzydliwą, że przestępstwem jest już samo jej ist-

⁵⁷ L. Alexander, op. cit., s. 128 i n.

⁵⁸ Ibidem, s. 134.

nienie. Jeżeli takie jest rzeczywiste uczucie społeczeństwa, w którym żyjemy, wówczas nie widzę powodu, aby odmawiać społeczeństwu prawa do jej wykorzystania”⁵⁹. Cytowany autor zauważa dalej, że zdarza się także, iż wobec określonego postępowania, postrzeganego jako niemoralne, społeczne uczucie potępienia nie będzie aż tak silne, jak ma to miejsce w przypadku odrazy względem homoseksualizmu. Postępowanie takie można tolerować w imię poszanowania wolności jednostki, o ile, przynajmniej do pewnego stopnia, będzie poddane społecznej kontroli, dzięki której zbytnio się nie rozpleni. Gdyby się jednak nadmiernie rozpowszechniło, wówczas stałoby się poważnie szkodliwe, co z kolei uzasadniałoby wprowadzenie przez ustawodawcę określonych instrumentów prawnych celem jego zwalczania. Jako przykład takiego postępowania Devlin podaje cudzołóstwo, jednocześnie zauważając, że przez większość społeczeństw postrzegane jest ono jako „naturalna słabość”, która wprawdzie „musi być trzymana w ryzach, ale której nie da się wyplenić”⁶⁰.

Dla Devlina większym złem moralnym jest współżycie homoseksualne dwóch dorosłych osób odczuwających do siebie pociąg, które nikomu nie wyrządza konkretnej krzywdy, od zdrady małżeńskiej, które może przysporzyć wiele cierpienia współmałżonkowi oraz innym członkom najbliższej rodziny. Według Devlina kryterium rozstrzygającym o moralnej kwalifikacji danego czynu nie jest więc jego szkodliwość, lecz fakt społecznego potępienia. Trudno jednak wykazać celowość zakazów prawnych, obowiązywanie których uzasadnia się jedynie poprzez odwoływanie się do powszechnych silnych odczuć społeczeństwa, które mogą wszak być skutkiem wyłącznie nieracjonalnych uprzedzeń⁶¹.

Z drugiej strony trudno nie przyznać racji Devlinowi, że zasada krzywdy oraz zasada możliwie najszerzej tolerancji dla wolności jednostki nigdy nie stanowiła i nie stanowi argumentu rozstrzygającego na rzecz karalności danego czynu⁶². Wynika to chociażby z faktu, że w prawie karnym nie znajduje zastosowania zasada *volenti non fit iniuria*. Oznacza to, że zgoda „ofiary” zasadniczo nie wyłącza przestępnego charakteru czynu⁶³. Zdaniem Devlina wytłumacze-

⁵⁹ P. Devlin, op. cit., s. 17.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ch. Nowlin, *The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, „Human Rights Quarterly” 2002, vol. 24, no 1, s. 268.

⁶² P. Devlin, op. cit., s. 16.

⁶³ Wymownym przykładem zastosowania tej zasady w obecnie obowiązującym polskim Kodeksie karnym jest przestępstwo zabójstwa eutanatycznego, popełnionego na żądanie osoby nieuleczalnie chorej pod wpływem współczucia wobec jej cierpienia (art. 155 k.k.).

niem takiego stanu rzeczy jest założenie, przyjmowane *implicite*, że przestępstwo jest w swej istocie czynem skierowanym przeciwko całemu społeczeństwu, nie zaś (jedynie) przeciwko ofierze. Tylko takie założenie może uzasadnić karalność czynów takich jak próba samobójcza (przykład historyczny podany przez Devlina), pomoc w samobójstwie, bigamia czy kazirodztwo.

6. Podsumowanie

Ograniczanie praw i wolności jednostki w oparciu o przesłankę moralności publicznej niesie z sobą niebezpieczeństwo moralizmu prawa, rozumianego jako sankcjonowanie decyzji większości społeczeństwa w sprawie wartości, jakimi powinny kierować się w swym życiu poszczególne jednostki, oraz narzucanie tych wartości mniejszościom za pomocą nakazów i zakazów prawnych. Nie oznacza to jednak, że należy postulować usunięcie tej przesłanki z tekstu Konstytucji RP oraz innych aktów prawnych regulujących prawa i wolności jednostki. Istnieją jednak pewne niematerialne wartości, cenione zarówno przez społeczeństwo, jak i przez poszczególne jednostki, których ochrony nie można przekonująco uzasadnić, odwołując się do innych przesłanek limitacyjnych, takich jak konieczność ochrony porządku publicznego czy praw i wolności innych osób. Do wartości tych należą w szczególności poszanowanie uczuć religijnych, poszanowanie miejsc pamięci narodowej oraz obyczajność w sferze seksualnej.

Stosowanie przesłanki moralności publicznej wymaga jednak dużej ostrożności zarówno ze strony ustawodawcy, jak i podmiotów stosujących prawo. Wynika to stąd, że przy ustalaniu, czy dana norma regulująca określony wzorzec zachowania należy do kategorii „moralność publiczna”, nie da się do końca uniknąć subiektywnego wartościowania, zwłaszcza że pojmowanie kwestii moralnych podlega stałej ewolucji. Przy rozstrzygnięciu tej kwestii nie można jednak poprzestać na stwierdzeniu powszechnego potępienia społecznego danego zachowania, będącego wyrazem silnych emocji przeważającej części społeczeństwa. Należy ponadto ustalić, czy norma regulująca to zachowanie stanowi konkretyzację jakiejś uniwersalnej zasady moralnej, stanowiącej aksjologiczny fundament demokratycznego i pluralistycznego społeczeństwa, w szczególności zasady poszanowania i ochrony godności ludzkiej, autonomii jednostki, równości, sprawiedliwości czy tolerancji. W ten sposób wprowadzane ograniczenia nie będą arbitralne. Ponadto, powoływanie się na względy moralności publicznej nie będzie uzasadnione w sytuacjach, gdy kwalifikacja

moralna danego wzorca zachowania przez społeczeństwo nie jest jednoznaczna, jak ma to miejsce chociażby w przypadku postaw względem aborcji, technik sztucznej prokreacji czy statusu prawnego związków homoseksualnych. Uwzględniając zasadę pluralizmu oraz bezstronności władz publicznych w sprawach przekonań religijnych i światopoglądowych, wydaje się, iż w przypadkach tego rodzaju zastosowanie powinna znajdować zasada *in dubio pro libertate*.

Bibliografia

- Alexander L., *The Legal Enforcement of Morality*, [w:] R.G. Frey and C. Heath Wellman, *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell Publishing, Oxford 2005.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Banaszkiewicz B., *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013.
- Breczko A., *O potrzebie redefinicji pojęć „małżeństwo” i „rodzina” we współczesnym pluralistycznym świecie. Rozważania w kontekście związków partnerskich*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2014, t. XIII, z. 2.
- Breczko A., *Prawo a moralność w teorii i praktyce wczoraj i dziś*, Temida 2, Białystok 2004.
- Devlin P., *Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, Oxford, New York 1975 (reprint).
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Garlicki L., omówienie art. 31, [w:] L. Garlicki, P. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016.
- Garlicki L., omówienie art. 9, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I: *Komentarz do artykułów 1-18*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Gliszczyńska-Grabias A., omówienie art. 19, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Greßler M., *Moralność publiczna jako wyznacznik treści pojęcia wolność gospodarcza*, „Prawo Kanoniczne” 2015, t. 58, nr 2.
- Hart H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford 1963.
- Mączyński A., *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] M. Andrzejewski, *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania „Dom Organizatora”, Toruń 2013.
- Mansell W., Openshaw K., *International Law. A Critical Introduction*, Hart Publishing, Oxford 2013.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

- Nowlin Ch., *The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, „Human Rights Quarterly” 2002, vol. 24, no 1.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Naukowa Oficyna Wydawnicza, Katowice 2005.
- Sadurski W., *Neutralność moralna prawa. (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7.
- Smyczyński T., *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski*, [w:] M. Andrzejewski, *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania „Dom Organizatora”, Toruń 2013.
- Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Sobczak W., omówienie art. 18, [w:] R. Wierszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Szydło M., omówienie art. 31 Konstytucji RP, [w:] M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Vermeulen B., *Scope and limits of conscientious objection*, [w:] Council of Europe, *Freedom of conscience. Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the F.M. van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden. Leiden (Netherlands), 12-14 November 1992*, Council of Europe Press, Strasbourg 1993.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Wolters Kluwer, Zakamycze 1999.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 1997.
- Wyrzykowski M., *Granice praw i wolności – granice władzy*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1998.