

**Kamil Jesiołowski<sup>1</sup>**

Wyższa Szkoła Administracji i Biznesu im. E. Kwiatkowskiego w Gdyni

# Koncepcja moralności publicznej Lorda Patricka Devlina a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

## 1. Wstęp

Stwierdzenie, że Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: „ETPC”) aprobuje koncepcję moralności publicznej ukutą przez Lorda Patricka Devlina niewątpliwie może się wydawać *prima facie* kontrowersyjne oraz nieprzekonujące. Idee wysuwane przez tego brytyjskiego sędziego poddane zostały w istocie głębokiej krytyce, wyrażonej przede wszystkim w pismach Herberta L.A. Harta<sup>2</sup>, a także Ronalda Dworkina<sup>3</sup>. Pomimo tej refutacji, w niniejszym artykule zostanie wykazane, że do pewnego stopnia możliwe jest dowiedzenie istnienia podobieństw – choć zapewne powstałych nieintencjonalnie – między rozumowaniem i argumentami proponowanymi przez P. Devlina a konkluzjami wynikającymi z orzecznictwa ETPC w sprawach dotyczących moralności publicznej. W tym celu najpierw zostanie pokrótce opisana teoria P. Devlina oraz jej krytyka autorstwa H.L.A. Harta, następnie zaś będą zaprezentowane najistotniejsze sprawy rozpatrywane przez ETPC, których przedmiotem była ważka problematyka moralna. Analiza zostanie przeprowadzona z uwzględnieniem zarówno orzeczeń podtrzymujących w mocy wewnętrzne przepisy lub praktyki poszczególnych państw, jak i wyroków wydanych na korzyść skarżących.

## 2. *The Enforcement of Morals*

Opublikowany w 1957 r. *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*<sup>4</sup> (tzw. Raport Wolfendena<sup>5</sup>) rozpoczął jedną z najważniejszych debat dla jurysprudencji XX w., a mianowicie dysputę pomiędzy P. Devlinem a H.L.A. Hartem. Zgodnie z zaleceniami wspomnianego raportu, dobrowolne akty homoseksualne

<sup>1</sup> Numer ORCID: 0000-0001-6132-2984. Adres e-mail: [kk.jesiolowski@gmail.com](mailto:kk.jesiolowski@gmail.com)

<sup>2</sup> H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oksford 1982.

<sup>3</sup> R. Dworkin, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, „Yale Law Journal” 1966/6, s. 986–1005.

<sup>4</sup> *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Londyn 1957.

<sup>5</sup> Od nazwiska Johna Wolfendena, przewodniczącego komisji przygotowującej raport.

między dorosłymi osobami – wtenczas jeszcze częściowo penalizowane w Wielkiej Brytanii na mocy *Criminal Law Amendment Act 1885* – nie powinny dłużej być przedmiotem kryminalizacji<sup>6</sup>, albowiem, jak zaznaczono *explicite*, „zadaniem prawa nie jest (...) ingerowanie w życie prywatne obywateli lub dążenie do narzucania określonego wzorca postępowania”<sup>7</sup>. Prawo zatem „powinno zapewnić jednostce wolność wyboru i działania w zakresie prywatnej moralności”<sup>8</sup>, a co za tym idzie – w społecznej rzeczywistości „pozostać musi sfera prywatnej moralności, która, mówiąc krótko, nie jest sprawą ustawodawstwa”<sup>9</sup>.

Nie przeprowadzając w tym miejscu szczegółowej analizy, można poprzestać na stwierdzeniu, że w części dotyczącej relacji prawa karnego do prostytucji, raport zawierał podobne wnioski do przytoczonych powyżej konkluzji w kontekście aktów homoseksualnych. Raz jeszcze więc podkreślono, że: „prawo nie dotyczy moralności prywatnej lub sankcji etycznych”<sup>10</sup>. Oznacza to, że autorzy raportu – formułując swoje propozycje – nie zajmowali się, jak sami zaznaczyli, „prostytucją samą w sobie”, a więc oceną moralną tegoż czynu, lecz jedynie kwestią, w jakim stopniu i formie osoby dopuszczające się prostytucji mogą ewentualnie, poprzez swoje zachowanie, występować przeciwko publicznemu porządkowi, narażając tym samym zwykłych obywateli „na to, co jest obraźliwe lub szkodliwe” czy też przyczyniać się do wykorzystywania innych ludzi<sup>11</sup>. Poprzez konstatację, że „obowiązkiem prawa nie jest zajmowanie się niemoralnością jako taką”<sup>12</sup> w opisywanej części raportu ponownie zostały wyznaczone granice dopuszczalności prawnokarnego ustawodawstwa.

Jednym z najbardziej zagorzałych krytyków podsumowanego wyżej raportu był P. Devlin, autor książki *The Enforcement of Morals*<sup>13</sup>. P. Devlin faktycznie podjął próbę podważenia filozoficznego punktu widzenia, który został przyjęty jako fundament dla Raportu Wolfendena. Jego koncept pociąga więc za sobą odrzucenie zaaprobowanej w raporcie wyraźnej dystynkcji prawa i moralności oraz jednocześnie wskazanie, że moralność jest, a co więcej – powinna być nierozzerwalnie powiązana z prawem karnym. Kluczowe założenie poczynione przez P. Devlina bazuje więc na negacji poglądów, jakoby główną i najważniejszą funkcją współczesnego prawa pozostawała ochrona jednostkowych uprawnień lub zapewnienie obywatelom przez neutralnego ustawodawcę jak najszerszego wachlarza możliwych do podjęcia indywidualnych wyborów. Ponadto, w takim ujęciu zakres dozwolonej legislacji nie ogranicza się, wbrew propozycjom raportu, do zagwarantowania porządku publicznego rozumianego jako pojęcie niezwiązane jakkolwiek z „moralnością prywatną”. Przeciwnie, dla P. Devlina esencja prawa karnego zawiera się w niepodważalnym jego zdaniem fakcie, że jest ono w rzeczywistości oparte właśnie na zasadzie moralnej<sup>14</sup>. Aby uzasadnić tę stanowczą tezę, angielski sędzia posługuje się następującym przykładem, opisującym znaczenie indywidualnie wyrażonej zgody na popełnienie przestępstwa w świetle generalnych reguł obowiązujących w prawnokarnych ustawach:

<sup>6</sup> *Report...*, par. 62.

<sup>7</sup> *Report...*, par. 14 (wszystkie tłumaczenia z języka angielskiego – K.J.).

<sup>8</sup> *Report...*, par. 61.

<sup>9</sup> *Report...*, par. 61.

<sup>10</sup> *Report...*, par. 227.

<sup>11</sup> *Report...*, par. 227.

<sup>12</sup> *Report...*, par. 257.

<sup>13</sup> P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Nowy Jork 1975.

<sup>14</sup> P. Devlin, *Morals and the Criminal Law (1959)*, w: P. Devlin, *The Enforcement...*, s. 7.

Z zastrzeżeniem pewnych wyjątków związanych z naturą poszczególnych przestępstw, prawo karne nigdy nie zezwala na wykorzystanie zgody pokrzywdzonego jako środka obrony. Przykładowo, w przypadku zgwałcenia zgoda usuwa element konieczny przestępstwa. Zgoda pokrzywdzonego nie jest jednakże obroną w przypadku zabójstwa. Przy popełnieniu w jakiegokolwiek formie napaści nie stanowi obrony stwierdzenie, że ofiara uznała swoją karę za zasłużoną i dobrowolnie się jej poddała; ażeby bronić się skutecznie, oskarżony musi udowodnić, iż przysługiwało mu prawo do ataku oraz że skorzystał z niego w sposób racjonalny. Podobnie pokrzywdzony nie może wybaczyć swojemu agresorowi i zażądać od prokuratury zaniechania ścigania czynu zabronionego; prawo do *nolle prosequi* należy wyłącznie do Prokuratora Generalnego.

A zatem, gdyby prawo istniało dla ochrony jednostki, nie byłoby przecież powodu, dla którego powinna ona z niego skorzystać, jeśli by tego nie chciała. Powodem, dla którego człowiek nie może uprzednio zgodzić się na popełnienie przestępstwa przeciwko sobie, ani też później wybaczyć jego popełnienie, jest więc to, iż stanowi ono wykroczenie przeciwko społeczeństwu<sup>15</sup>.

Uznanie, że pewne czyny stanowią „wykroczenia przeciwko społeczeństwu” nie musi koniecznie oznaczać, iż w przypadku popełnienia przestępstwa dana wspólnota jest w jakiś sposób fizycznie dotknięta wywołanymi przezeń skutkami. Tęgo rodzaju konstatacja zakłada raczej, że w każdej społeczności istnieją pewne standardy moralne, których przestrzeganie bezwzględnie wymagane jest przez społeczeństwo pojmowane jako spójna całość, ich naruszenie zaś, niezależnie od tego, czy zostało popełnione w warunkach całkowicie prywatnych czy też publicznie, w głębszym sensie nie stanowi ataku skierowanego wyłącznie przeciwko osobie bezpośrednio pokrzywdzonej, lecz właśnie przeciwko ogółowi społeczeństwa<sup>16</sup>.

W świetle powyższych uwag można zatem wywieść wnioski, że kluczowym argumentem wysuwany przez P. Devlina jest domniemanie, iż społeczeństwo – rozumiane jako wspólnota idei – wyposażone jest w szczególne prawo do wydawania ostatecznych sądów w istotnych sprawach dotyczących kwestii moralnych. Co więcej, jak przekonuje jurysta, możliwe jest wydedukowanie rzeczowego uprawnienia nie tylko na podstawie obserwacji natury lub charakteru prawnokarnych zwyczajów oraz reguł obowiązujących w uchwalonych ustawach, lecz z samej konieczności zapewnienia zachowania i przetrwania danego społeczeństwa. Ściśle rzecz ujmując, według P. Devlina społeczeństwo musi ulec dezintegracji, jeżeli nie występuje w nim zasadnicza zgoda co do fundamentalnych zagadnień moralnych. Jak wprost stwierdza on w tym kontekście:

Dezintegracja ma miejsce wtedy, gdy nie przestrzega się wspólnej moralności, a historia pokazuje, iż rozluźnienie moralnych więzi często stanowi pierwszy etap dezintegracji, tak więc społeczeństwo jest usprawiedliwione w podejmowaniu takich samych kroków w celu zachowania swego kodeksu moralnego, jak w celu zachowania swego rządu i innych podstawowych instytucji<sup>17</sup>.

Przedstawiona w ten sposób polityczna paralela pozwala P. Devlinowi na dokonanie dość daleko idącego porównania niemoralnego czynu do aktu państwowej zdrady. Powszechnie przyjęta moralność bowiem, podobnie jak polityczny rząd, jest elementem koniecznym dla wytworzenia społecznego dobrobytu, dlatego też nie może być w żadnym wypadku naruszona. Dodatkowo, tak skonstruowane polityczne porównanie zostaje wzmocnione przez jurystę poprzez przywołanie przykładów obowiązywania

<sup>15</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 6.

<sup>16</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 7.

<sup>17</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 13.

podstawowych dla społeczeństwa instytucji, takich jak chociażby małżeństwo. Brytyjski prawnik zauważa, że każde społeczeństwo posiada swoją unikalną moralną (jak również polityczną) strukturę, a zatem musi ono udzielić konkluzywnych odpowiedzi na newralgiczne pytania odnoszące się do problemów etycznych. Tak więc w Anglii, podobnie jak skądinąd w całej Europie, istnieje silne przekonanie o słuszności chrześcijańskiej wizji małżeństwa, która w konsekwencji prowadzi między innymi do uznania systemu monogamicznego jako zasady moralnej. Dzięki temu rozpowszechnionemu przekonaniu mogą istnieć z kolei np. normy regulujące życie rodzinne, które można uznać za stałe i niezmiennie komponenty struktury społecznej. Przyznać należy jednakże, że wszystkie te zasady nie uzyskały swojego specyficznego statusu ze względu na chrześcijański charakter, ale ponieważ są one – jak podkreśla P. Devlin – „wbudowane w dom, w którym żyjemy, i nie mogłyby być usunięte bez jego obalenia”<sup>18</sup>. Społeczeństwo zatem, choćby z uwagi na ochronę swej własnej egzystencji, nie może tolerować rebelii lub zdrady, tak samo jak nie może akceptować czynów niewątpliwie destruktywnych dla uformowanych i zakorzenionych we wspólnocie elementarnych instytucji.

Dotychczasowe spostrzeżenia bezspornie prowadzą do konkluzji, że moralność w deliberacjach P. Devlina jest głęboko powiązana z panującymi w danym społeczeństwie zwyczajami oraz tradycjami, nie stanowi natomiast rezultatu refleksji czysto filozoficznej, naukowej lub teologicznej. W takim ujęciu również sądy moralne, których autorami są krajowi legislatorzy i które znajdują swój wyraz w uchwalanych ustawach, powinny przede wszystkim odzwierciedlać opinie wyrażane przez samych obywateli. Jednakże w odróżnieniu od prostej, arytmetycznej zasady większości (*majority rule*), o której pisał zaliczany do nurtu prawnego moralizmu James Fitzjames Stephen<sup>19</sup>, propozycja P. Devlina dotycząca sposobu weryfikacji ewentualnego niemoralnego charakteru popełnianych czynów odwołuje się do modelu tzw. rozsądnego człowieka (*reasonable man*).

W eseju *Morals and the Criminal Law* P. Devlin wyjaśnia, że **rozsądny** człowiek „nie powinien być mylony z **racjonalnym** człowiekiem”<sup>20</sup>, albowiem „nie oczekuje się od niego racjonalnego rozumowania, a jego osąd może być w dużej mierze kwestią uczuć”<sup>21</sup>. Uzewnętrznia on więc zasady, „które każdy rozumny człowiek zaakceptowałby jako obowiązujące”, co może być w rzeczywistości zdefiniowane jako „praktyczna moralność oparta nie na teologicznych lub filozoficznych podstawach, lecz na masie ciągłych doświadczeń, półświadomie lub nieświadomie gromadzonych i ucieleśnionych w moralności zdrowego rozsądku”<sup>22</sup>. W tego rodzaju teorii, dla celów legislacyjnych i prawnych w ogóle, zachowanie niemoralne „jest tym, co każdy zdroworozsądkowy człowiek przypuszczalnie uważałby za niemoralne”<sup>23</sup>; innymi słowy – jest to równoznaczne z punktem widzenia zwykłego, „statystycznego” obywatela. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że postulat pojmowania dla celów prawnych niemoralności w tego typu kategoriach wskazuje wyraźnie na niechęć P. Devlina do wszelkich prób tworzenia uniwersalnych i prawdziwych zasad moralnych. Jak podkreśla:

<sup>18</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 9.

<sup>19</sup> J.F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, Indianapolis 1993, s. 30.

<sup>20</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 15 (wszystkie wyróżnienia – K.J.).

<sup>21</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 15.

<sup>22</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 15.

<sup>23</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 15.

Spółeczeństwo nie może żyć bez moralności. Jego moralność to te normy postępowania, które rozsądny człowiek aprobuje. Racjonalny człowiek, który jest również dobrym człowiekiem, może mieć inne standardy. Jeśli nie ma ich w ogóle, nie jest dobrym człowiekiem i nie musi być dalej rozważany. Jeśli jednak ma standardy, mogą być one bardzo różne; może on na przykład nie sprzeciwiać się homoseksualizmowi lub aborcji. W takim wypadku nie będzie on podzielać wspólnej moralności; ale fakt ten nie powinien sprawić, że zaprzeczy on, iż taka jest konieczność społeczna. Buntownik może w sposób racjonalny uważać, że ma rację, ale jest nieracjonalny, jeżeli uważa, iż społeczeństwo może mu zezwolić na swobodny bunt<sup>24</sup>.

Ponadto, w opinii P. Devlina tak skonstruowany koncept moralności publicznej należy uznać za całkowicie kompatybilny z ideami demokratycznymi przyjętymi w Europie. W tekście *Democracy and Morality*<sup>25</sup> zaznacza on, że prawodawca nie jest uprawniony do samodzielnego decydowania, co jest dobre i złe, do przeprowadzania kontroli nad poglądami poszczególnych narodów czy też do podejmowania prób osiągnięcia faktycznie nieosiągalnego celu, jakim jest opisanie prawdziwej, niepodważalnej moralności. Jego rola sprowadza się jedynie do wykrycia realnie obowiązujących podstawowych norm społecznych i do zapewnienia ich przestrzegania. Dlatego też demokratycznie zdobyty mandat ustawodawcy nie zezwala mu na kształtowanie społeczeństwa według własnych idei albo do składania autorytatywnych deklaracji odnośnie do moralnych standardów. Przyjęcie poglądu przeciwnego, jak stwierdza angielski sędzia, skutkowałoby tym, że wolne społeczeństwo zostałoby „dotknięte dyktatem intelektualnej oligarchii w takim samym stopniu, jak w przypadku (politycznego – dop. K.J.) autokracji”.

Wszystkie powyższe uwagi, bez względu na ocenę ich słuszności, nasuwają pytania o dopuszczalne granice prawa karnego, w szczególności zaś o konkretne reguły, którymi powinien się kierować legislator przy uchwalaniu nowych ustaw. P. Devlin nie udziela niestety klarownej odpowiedzi na tak zakreślone wątpliwości. Przeciwnie, zaznacza on, że: „Nie istnieją żadne teoretyczne ograniczenia co do uprawnień państwa do stanowienia prawa przeciwko zdradzie i buntowi, i podobnie uważam, że nie może być teoretycznych ograniczeń do stanowienia prawa przeciwko niemoralności”<sup>26</sup>. Wprawdzie odwołania do konieczności ochrony prywatności, indywidualnej wolności czy praw jednostek również są interpretowalne z pism<sup>27</sup> P. Devlina, niemniej jednak nie powinny być one traktowane jako generalne zasady legislacji, a raczej jako przesłanki, które ustawodawca rozważa i przywołuje poniekąd *ad hoc* podczas procesu legislacyjnego. Z drugiej strony, za swego rodzaju ograniczenia w działalności prawodawczej można uznać reguły wynikające z samej natury koncepcji moralności publicznej, jak chociażby założenie, że normy moralne wymagają obowiązywania rzeczywistych, głębokich oraz niepodważalnych przekonań zakorzenionych w kolektywnej świadomości. W sferze prawa karnego oznacza to, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, czy dany czyn w społeczeństwie jest uznawany za niemoralny, należy odstąpić od jego kryminalizacji. Zgodnie bowiem z wyjaśnieniami P. Devlina: „Nic, co nie leży poza granicami tolerancji nie powinno być przez prawo karane. Niewystarczające jest stwierdzenie, że większość żywi niechęć do danej praktyki; istnieć musi prawdziwe uczucie potępienia”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 24–25.

<sup>25</sup> P. Devlin, *Democracy and Morality* (1961), w: P. Devlin, *The Enforcement...*, s. 86–101.

<sup>26</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 14.

<sup>27</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 16.

<sup>28</sup> P. Devlin, *Morals...*, s. 17.

Stanowisko P. Devlina wobec Raportu Wolfendena samo spotkało się z krytyką. Szczegółowa jej analiza wykracza poza ramy niniejszego artykułu, należy jednak pokrótce scharakteryzować najważniejszą odpowiedź na tezy zawarte w *The Enforcement of Morals* sformułowaną przez H.L.A. Harta. W książce *Law, Liberty and Morality* H.L.A. Hart broni racjonalności i słuszności zawartych w raporcie konkluzji poprzez odwołanie do filozoficznego konceptu wolności, stworzonego przez Johna Stuarta Milla. Zgodnie z teorią tego myśliciela:

jedynym powodem, dla którego ludzkość czy to indywidualnie, czy zbiorowo ma prawo ingerować w wolność działania swych członków, jest samoobrona, a jedyną przyczyną, dla której można prawomocnie stosować przemoc wobec członka cywilizacyjnej wspólnoty nawet wbrew jego woli, jest zapobieganie szkodzeniu innym. Własne jego dobro, tak fizyczne jak moralne, nie jest tu dostatecznym powodem. Nie można mu prawomocnie nakazać uczynienia lub zaniechania czegoś dlatego tylko, że byłoby lepiej dla niego tak uczynić, że to go uczyni szczęśliwszym, wreszcie, że w mniemaniu innych tak będzie rozumnie lub nawet słusznie<sup>29</sup>.

Zgodnie więc z liberalną zasadą krzywdy wszelkie ustawodawstwo moralne musi stanowić niedopuszczalną ingerencję władzy w przyrodzoną wolność jednostki i nie powinno być przedmiotem jakichkolwiek dalszych rozważań.

Po wtóre, H.L.A. Hart dokonuje kluczowego rozróżnienia na moralność pozytywną (*positive morality*) oraz moralność krytyczną (*critical morality*)<sup>30</sup>. Ta pierwsza stanowi zbiór zaakceptowanych i rozpowszechnionych w społeczeństwie reguł moralnych (jest to zatem moralność, którą opisuje P. Devlin), druga zaś to generalne zasady (np. filozoficzne, naukowe, religijne) stosowane przy krytyce zakorzenionych w danej wspólnocie norm społecznych, w tym również norm moralności pozytywnej. H.L.A. Hart zwraca uwagę, że nawet przyjmując tezę P. Devlina o nieuchronnej dezintegracji postępującej w społeczeństwie w przypadku rezygnacji z prawnokarnej ochrony moralności pozytywnej, nie sposób nie zauważyć, iż nie każde przecież społeczeństwo zasługuje na swoje zachowanie i przetrwanie. Z punktu widzenia moralności krytycznej dezintegracja wspólnoty np. nierespektującej podstawowych praw mniejszości religijnych, narodowych lub rasowych jest z pewnością lepsza niż jej dalsza egzystencja. W tym miejscu można również nadmienić, że P. Devlin istotnie nie racjonalizuje i nie uzasadnia w wystarczającym stopniu głębszej wartości zwyczajów oraz norm postępowania tradycyjnie aprobowanych w społeczeństwie, choć jak się wydaje, byłoby to możliwe chociażby poprzez poczynienie odniesienia do filozofii politycznej Edmunda Burke'a, Davida Hume'a czy współcześnie – do myśli komunitarystycznej. Poszukując natomiast innych odwołań do filozoficznych lub ideowych nurtów, można się pokusić o wniosek, że konwencjonalna moralność z pism angielskiego sędziego do pewnego stopnia przypomina moralność zamkniętą, służącą jedynie zachowaniu danej wspólnoty, o której to pisał Henri Bergson<sup>31</sup>.

Po trzecie wreszcie, zdaniem H.L.A. Harta, Devlinowska teza o dezintegracji już ze swej natury posiada nieprzekonujący i wątpliwy charakter, albowiem brak historycznych przykładów na jej potwierdzenie – przyjęta ona została zatem niejako dogmatycznie. Krytyczne jej podsumowanie zostało przedstawione w artykule pt. *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*<sup>32</sup>, w którym to analizie poddano samo pojęcie

<sup>29</sup> J.S. Mill, *O wolności*, w: J.S. Mill, *Pisma o wolności i szczęściu*, Warszawa 2017, s. 21.

<sup>30</sup> H.L.A. Hart, *Law...*, s. 17–24.

<sup>31</sup> H. Bergson, *Dwa źródła moralności i religii*, Kraków 1993.

<sup>32</sup> H.L.A. Hart, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, „University of Chicago Law Review” 1967/1, s. 1–13.

„dezintegracji”, stanowiące w tym przypadku centralny punkt odniesienia dla delibracji na temat stosunku prawa karnego do norm moralnych. Jeżeli bowiem traktować termin „dezintegracja” jako oznaczający pewnego rodzaju upadek porządku publicznego, a zatem rozpad społeczeństwa w sensie fizycznym, porównywalny do kryzysów wywołanych wydarzeniami politycznymi, takich jak zdrada państwa, bunt itp., to należy stwierdzić, że brak jest jednoznacznych oraz empirycznych dowodów na potwierdzenie tezy P. Devlina. Sam jurysta również nie przywołuje jakichkolwiek historycznych przykładów na jej poparcie, ograniczając się do ogólnej, acz arbitralnej refleksji, że: „historia pokazuje, iż rozluźnienie moralnych więzi często stanowi pierwszy etap dezintegracji”.

Jeżeli natomiast dezintegrację społeczeństwa będziemy traktować jako odejście od zasad moralnych oraz zwyczajów ukształtowanych we wspólnocie i dotychczas przestrzeganych – co, z uwagi na przyjmowaną przez P. Devlina definicję społeczeństwa jako „wspólnoty idei” (także moralnych), również jest interpretacją dozwoloną – to niechybnie popadniemy w zwyczajną tautologię. Przy tak rozumianym terminie „społeczeństwo”, przy *de facto* utożsamieniu tego słowa z obowiązującą w danej społeczności moralnością, każde odejście od jakichkolwiek społecznych reguł musi oznaczać właśnie „dezintegrację” społeczną. Mamy tu bowiem do czynienia najpierw z ustanowieniem definicji „społeczeństwa” jako wspólnoty idei, kierującej się pewnymi określonymi i zakorzenionymi normami postępowania, następnie zaś ze stwierdzeniem, że negacja jakiegokolwiek normy musi doprowadzić do dezintegracji (czy też po prostu zmiany) tegoż społeczeństwa, co jest niczym innym, jak tylko oczywistym wnioskiem wynikającym z przyjętego rozumienia terminu „społeczeństwo”. Nie da się bowiem na gruncie logiki zmienić, zanegować lub nie zastosować się do danej normy moralnej, nie powodując tym samym „dezintegracji społeczeństwa”, jeśli społeczeństwo pojmowane jest jako wspólnota skoncentrowana wokół akurat tej normy. Na gruncie takich założeń nie sposób nawet sformułować sensownej repliki. H.L.A. Hart celnie konstatuje, że:

Tak, jak nie stanowiłoby odpowiedzi powiedzenie anarchiście pragnącemu zachować społeczeństwo, że rząd jest niezbędny dla zorganizowanego społeczeństwa, jeżeli okazałoby się, iż przez pojęcie „zorganizowanego społeczeństwa” rozumiemy jedynie społeczeństwo z rządem, tak też pustym jest argumentowanie przeciwko komuś, kto uważa, że zachowanie kodeksu moralnego społeczeństwa nie jest sprawą ustawodawstwa, za pomocą stwierdzenia, iż utrzymanie kodeksu moralnego jest niezbędne dla istnienia społeczeństwa, jeżeli okaże się, iż przez „społeczeństwo” rozumie się właśnie społeczeństwo żyjące podług tego moralnego kodeksu<sup>33</sup>.

Konkludując, należy zatem uznać, że brak klarownej definicji „dezintegracji społecznej” stanowi najpoważniejszy i zarazem najtrafniejszy zarzut skierowany przeciwko koncepcji P. Devlina.

### 3. Moralność publiczna w orzecznictwie ETPC

Wnioski płynące z powyższej analizy mogą posłużyć jako użyteczne narzędzie do interpretacji pojęcia „moralności”, pojawiającego się niekiedy we współczesnym prawie, m.in. w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>34</sup>. Na mocy postanowień EKPC jest

<sup>33</sup> H.L.A. Hart, *Social...*, s. 4.

<sup>34</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, ratyfikowana przez Polskę 19.01.1993 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), dalej: „EKPC”.

bowiem możliwe ograniczenie niektórych praw jednostkowych (prawa do poszanowania życia prywatnego, wolności sumienia, wolności wyrażania opinii, wolności zgromadzeń) właśnie ze względu na ochronę bliżej nieokreślonej moralności. Wprowadzanie tego rodzaju środków w krajowym prawodawstwie jest jednak uzależnione od spełnienia pewnych warunków, tj. muszą być one konieczne w demokratycznym społeczeństwie do osiągnięcia założonego celu, proporcjonalne, a także wprost przewidziane przez ustawę.

Choć postanowienia EKPC wskazują na przesłanki dopuszczające ograniczenia w zakresie swobód obywatelskich, to zostały one sprecyzowane dopiero w drodze orzecznictwa. W zakresie moralności za kluczowy wyrok, określający po raz pierwszy dozwolony zasięg międzynarodowego nadzoru nad przyjętymi w poszczególnych krajach przepisami, trzeba uznać orzeczenie z 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*<sup>35</sup>. W wyroku tym ETPC rozwinął doktrynę *margin of appreciation*, w świetle której zasadniczo to na Państwach-Stronach EKPC leży zarówno obowiązek, jak i prawo do uchwalania przepisów oraz stosowania praktyk gwarantujących zapewnienie ochrony przysługujących obywatelom uprawnień. W związku z powyższym należy uznać, że instytucje takie jak Trybunał w Strasburgu pełnią funkcję wyłącznie subsydiarną.

W odniesieniu do przepisów odwołujących się do pojęcia moralności konstatacja ta ma kapitalne znaczenie, albowiem, jak zważył ETPC, „nie jest możliwe odnalezienie w krajowym prawie Umawiających się Państw jednolitej europejskiej koncepcji moralności”<sup>36</sup>. Dlatego też ocena, czy dana regulacja jest konieczna dla ochrony moralności powinna najpierw odbywać się na poziomie krajowym, gdzie w poszczególnych państwach mogą istnieć różnice co do przyjętych rozwiązań w zakresie ustawodawstwa moralnego oraz samej interpretacji zasad moralnych, co z kolei, jak wskazano, jest charakterystyczne zwłaszcza dla czasów współczesnych, cechujących się dużą zmiennością opinii<sup>37</sup>. W omawianym orzeczeniu krótko opisano także kryterium, którym powinno się kierować przy szacowaniu owej „konieczności”, zaznaczając, że w takim przypadku we wspólnocie musi występować „pilna społeczna potrzeba”<sup>38</sup> (*pressing social need*) dotycząca utrzymywania konkretnych prawnych rozwiązań dotyczących sfery moralnej. Warto ponadto podkreślić, że tak zakreślony przez ETPC margines swobody kształtowania rzeczywistości prawnej, odnosi się nie tylko do prawodawcy, lecz również do sądów oraz innych krajowych instytucji uprawnionych do wykładni oraz stosowania obowiązującego prawa<sup>39</sup>.

Takie stanowisko ETPC nie oznacza bynajmniej absolutnej swobody przyznanej krajowemu ustawodawcy. Ostatecznie bowiem to na Trybunale strasburskim spoczywa odpowiedzialność polegająca na zapewnieniu, że przepisy państwowe wprowadzające restrykcje będą możliwe do pogodzenia z zagwarantowanymi w EKPC prawami jednostek (art. 19).

Należy zaznaczyć, że w sprawie *Handyside* ETPC analizował wolność wyrażania opinii, zapewnioną w art. 10 EKPC. Trybunał ten stwierdził, że jest ona cechą wyróżniającą społeczeństwo demokratyczne, stanowiącą „jeden z istotnych fundamentów takiego społeczeństwa, jeden z podstawowych warunków jego postępu i rozwoju każdego

<sup>35</sup> Wyrok ETPC z 7.12.1976 r., *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 5493/72).

<sup>36</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 48.

<sup>37</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 48.

<sup>38</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 48.

<sup>39</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 48.



człowieka<sup>40</sup>. W uzasadnieniu orzeczenia odwołano się do takich wartości jak pluralizm czy tolerancja, które implikują stosowanie we wdrażanych przez prawodawcę ograniczeniach lub sankcjach wyłącznie środków proporcjonalnych do osiągniętych w danej ustawie celów. Pomimo tak przedstawionych kryteriów, ETPC w omawianej sprawie uznał, że wobec skarżącego, skazanego na podstawie *Obscene Publications Act* za posiadanie ponad tysiąca egzemplarzy książki *The Little Red Schoolbook*, przeznaczonych do publikacji dla osiągnięcia zysku, w wyniku działań organów państwowych nie zostało naruszone prawo wynikające z art. 10 EKPC. Trybunał zgodził się bowiem z twierdzeniem strony rządowej, że niektóre fragmenty książki, zwłaszcza te dotyczące seksu<sup>41</sup>, mogły być przez krajowe sądy pierwszej oraz drugiej instancji, w czasie kiedy wydawano przedmiotowe wyroki, interpretowane – pomimo istniejącej w Zjednoczonym Królestwie różnorodności i ciągłej ewolucji w spojrzeniu na etykę i edukację<sup>42</sup> – jako mające szkodliwy wpływ na moralność dzieci i młodzieży, do których rzeczona publikacja była przede wszystkim skierowana. Natomiast konieczność wykorzystania przepisów karnych ustanowionych przeciwko „nieprzyzwoitości”, w tej konkretnej sprawie chroniących głównie osoby małoletnie, została zdaniem ETPC oceniona przez krajowe instytucje prawidłowo, nie wykroczone zatem poza przyznany margines uznania (*margin of appreciation*). Na uwagę zasługuje również fakt, że angielski rząd w toku prowadzonego postępowania wskazywał na liczne społeczne kontrowersje (np. listy od czytelników wysyłane do prasy, publikowane w tej sprawie artykuły czy nawet działania członków parlamentu), wywołane już przedpremierowymi publikacjami fragmentów książki pojawiającymi się w gazetach, będące skutkiem „autentycznych emocji, odczuwanych przez obywateli wiernych tradycyjnym wartościom moralnym”<sup>43</sup>.

Podobne konkluzje można odnaleźć również w uzasadnieniu innego często cytowanego wyroku wydanego w sprawie *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*<sup>44</sup>. Potwierdzono w nim zasadę, że definiowanie ram dotyczących swobód jednostki w odniesieniu do ograniczeń wynikających z moralności stanowi przede wszystkim kompetencję państwa, nie zaś Trybunału w Strasburgu. To bowiem właśnie organy państwowe zasadniczo są w lepszej pozycji niż międzynarodowi sędziowie, aby rozstrzygać o normach moralnych zakorzenionych w społeczeństwie oraz o konieczności nakładania kar za brak ich przestrzegania<sup>45</sup>. Powtórnie zaznaczono, że ocena, iż sankcje są niezbędne w demokratycznym społeczeństwie musi być oparta na „pilnej społecznej potrzebie”<sup>46</sup> czy też „autentycznej społecznej potrzebie” (*genuine social need*), naprzeciw którym powinny wychodzić krajowe regulacje prawne.

Tym, co różni obie omawiane sprawy to fakt, że w sprawie *Müller* podczas analizy prawnej wprost posłużono się wyrażeniem „[obecnie przeważająca] moralność społeczna” (*currently prevailing social morality*)<sup>47</sup>. Wykorzystanie tego terminu umacnia przekonanie, że przez pojęcie moralności w świetle EKPC należy rozumieć nie moralność jako taką w sensie filozoficznym, religijnym lub doktrynalnym, lecz jedynie konkretną moralność, występującą w danym społeczeństwie, rozważaną – co do zasady – w kon-

<sup>40</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 49.

<sup>41</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 52.

<sup>42</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 52.

<sup>43</sup> *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 52.

<sup>44</sup> Wyrok ETPC z 24.05.1988 r., *Müller i inni przeciwko Szwajcarii* (skarga nr 10737/84).

<sup>45</sup> *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, par. 35.

<sup>46</sup> *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, par. 32.

<sup>47</sup> *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, par. 16, 31.

tekście jej faktycznego wpływu na świadomość członków wspólnoty, abstrahując od jej słuszności czy prawdziwości. Nakazy takiej społecznej moralności w poszczególnych państwach Europy mogą się różnić – co ustalono już w wyroku w sprawie *Handyside*, a w późniejszych orzeczeniach tylko konsekwentnie podtrzymywano<sup>48</sup>.

W sprawie *Müller* stwierdzono, że wymogi dominującej moralności społecznej zostały naruszone przez skarżącego – autora trzech obrazów, wystawionych i udostępnionych szerokiemu spektrum publiczności, przedstawiających w „ordynarny sposób stosunki seksualne, w szczególności między ludźmi a zwierzętami”<sup>49</sup>. Sądy szwajcarskie nałożyły tym samym na skarżącego grzywnę oraz zasądziły konfiskatę rzeczonych obrazów, stosując art. 204 ówczesnego Kodeksu karnego, zakazujący m.in. publikowania nieprzyzwoitych materiałów. W toku prowadzonego postępowania zauważano, że zachodzące w społeczeństwie zmiany w sposobie postrzegania moralności nie implikują całkowitego permissywizmu. W rezultacie obrazy Müllera uznano za wzbudzające odrazę i obrzydzenie<sup>50</sup>, przy czym dokonując takiej oceny odwołano się do specyficznego miernika, jakim jest „osoba o przeciętnej wrażliwości”<sup>51</sup>. Uwzględniając więc wrażliwość przeciętnego obywatela, cel regulacji prawnej w postaci ochrony moralności oraz istniejącą społeczną potrzebę obowiązywania przepisów penalizujących publikowanie nieprzyzwoitych materiałów, potwierdzonej chociażby negatywnymi reakcjami osób, które widziały wystawione dzieła, a także fakt, że wystawa była dostępna dla każdego, bez ograniczeń wiekowych lub nawet opłat wstępnych, Trybunał zważył, iż zarówno nałożona grzywna, jak i konfiskata obrazów nie stanowiły naruszenia art. 10 EKPC.

Wyżej opisane zasady znajdują swoje potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie ETPC i to również w sprawach wykraczających zakresem poza wolność wyrażania opinii, o której mowa w art. 10 EKPC. Reguły te bowiem mają charakter uniwersalny i dotyczą wszystkich sytuacji, w których jest możliwe ograniczenie obywatelskich swobód ze względu na obowiązującą moralność. Przykładem jest wydany w 2012 r. wyrok w sprawie *Stübing przeciwko Niemcom*<sup>52</sup>. W tym przypadku skarżący zarzucił naruszenie art. 8 EKPC, czyli prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego, oraz zakwestionował przepisy niemieckiego Kodeksu karnego, zakazujące pod groźbą kary kazirodzich kontaktów seksualnych. Zgodnie ze stanowiskiem ETPC tego rodzaju ograniczenie należy uznać za korespondujące z wymogiem konieczności, opisanym w art. 8 ust. 2 EKPC, ze względu na ochronę moralności. Trybunał strasburski zaznaczył, że w sprawach, w których nie istnieje społeczny, europejski konsensus co do postrzegania pewnych delikatnych kwestii moralnych lub etycznych, zakres swobody krajowego ustawodawcy w regulowaniu tejsze materii musi być szerszy<sup>53</sup>. Analizując prawodawstwo poszczególnych państw, należy jednak zauważyć, że większość z nich wciąż przewiduje odpowiedzialność karną za kazirodztwo, te zaś, które z takowej zrezygnowały, nadal utrzymują np. ogólny zakaz zawierania małżeństw pomiędzy rodzeństwem. Konstatacja ta doprowadziła ETPC do wniosku, że: „stosunki seksualne między rodzeństwem nie są akceptowane ani przez porządek prawny, ani przez społeczeństwo jako całość”<sup>54</sup>, a wręcz przeciwnie – cały czas „brak jest wystarczającego empirycznego wsparcia dla założenia generalnej

<sup>48</sup> *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, par. 35.

<sup>49</sup> *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, par. 36.

<sup>50</sup> *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, par. 14, 16.

<sup>51</sup> *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, par. 14.

<sup>52</sup> Wyrok ETPC z 12.04.2012 r., *Stübing przeciwko Niemcom* (skarga nr 43547/08).

<sup>53</sup> *Stübing przeciwko Niemcom*, par. 60.

<sup>54</sup> *Stübing przeciwko Niemcom*, par. 61.

tendencji prowadzącej do dekriminalizacji takich czynów<sup>55</sup>. Ponadto, opierając się na orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, ETPC stwierdził, że w sprawie tej można odnotować również rzeczywistą pilną potrzebę społeczną dalszego obowiązywania kwestionowanych przez skarżącego norm prawnych. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny uwzględniając ochronę rodziny, samostanowienie jednostki, zdrowie publiczne i przekonania społeczne, wskazywał już bowiem w przeszłości, że utrzymywanie seksualnych relacji między rodzeństwem mogłoby poważnie zaszkodzić strukturom rodzinnym, a w konsekwencji – całemu społeczeństwu<sup>56</sup>. Zważywszy zatem na wszystkie przedstawione argumenty, ETPC ostatecznie nie dostrzegł nadużycia przez organy państwowe ram oraz zasad wynikających z doktryny *margin of appreciation*.

Innym przykładem zastosowania reguł sformułowanych w sprawie *Handyside* w kontekście współczesnych społecznych problemów moralnych są konkluzje poczynione w wyroku *A., B., C. przeciwko Irlandii*<sup>57</sup>. W tej sprawie stwierdzono, że zakaz aborcji sam w sobie nie zawsze musi prowadzić do naruszenia art. 8 EKPC, jeżeli pozostaje w zgodzie z głębokim moralnym przeświadczeniem danego narodu o wartości ludzkiego życia i jego natury – również w fazie prenatalnej<sup>58</sup>, a także jeżeli jednocześnie są zapewnione możliwości realizacji jednostkowego prawa do prywatności. Społeczne przekonanie o konieczności zapewnienia ochrony życia dziecka nienarodzonego wyprowadzono zatem m.in. z analizy wyniku irlandzkiego referendum z 1983 r., które skutkowało ustanowieniem w konstytucji całkowitego zakazu przeprowadzania aborcji. Z kolei prawo do poszanowania prywatności zostało zagwarantowane, zdaniem ETPC, poprzez niezakłócony dostęp obywateli irlandzkich do medycznej informacji oraz opieki, a także dzięki niewyłączonej przez krajowe ustawodawstwo możliwości odbycia zagranicznej podróży w celu dokonania aborcji.

W powyższych orzeczeniach ETPC uznał, że praktyka organów państwowych nie była niedopuszczalna na gruncie regulacji konwencyjnych. W kontekście debaty H.L.A. Harta z P. Devlinem, równie istotne są jednak wyroki wydane na korzyść skarżących. Na szczególną uwagę zasługują racje, które legły u podstaw wyroku w sprawie *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*<sup>59</sup>. Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrywał w niej zasadność obowiązywania przepisów przewidujących odpowiedzialność karną za utrzymywanie kontaktów seksualnych pomiędzy mężczyznami. W 1981 r., a zatem w czasie, kiedy toczył się przedmiotowy proces, tego rodzaju zakaz, wprowadzony jeszcze pod koniec XIX w.<sup>60</sup>, był wciąż zapisany w ustawodawstwie Irlandii Północnej. Natomiast w innych częściach Zjednoczonego Królestwa wspomniane przepisy utraciły już swoją moc – w Anglii zrezygnowano z nich w 1967 r., co stanowiło jedną z konsekwencji Raportu Wolfendena<sup>61</sup>, w Szkocji zaś w roku 1980<sup>62</sup>.

W toku prowadzonego postępowania strona rządowa przedstawiła szereg argumentów uzasadniających dalsze istnienie kwestionowanych regulacji oraz brak ich sprzeczności z art. 8 ust. 2 EKPC. Wskazywano zwłaszcza, że już w 1979 r. w Irlandii Północnej podjęto decyzję o pozostawieniu bez zmian rozwiązań prawnokarnych w omawianym zakresie, albowiem przekonywano, iż ewentualna reforma prowadziłaby niechybnie do

<sup>55</sup> *Stübing przeciwko Niemcom*, par. 61.

<sup>56</sup> *Stübing przeciwko Niemcom*, par. 63.

<sup>57</sup> Wyrok ETPC z 16.12.2010 r., *A., B., C. przeciwko Irlandii* (skarga nr 25579/05).

<sup>58</sup> *A., B., C. przeciwko Irlandii*, par. 241.

<sup>59</sup> Wyrok ETPC z 24.02.1983 r., *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 7525/76).

<sup>60</sup> *Offences against the Person Act 1861* (sekcje 61 i 62) oraz *Criminal Law Amendment Act 1885* (sekcja 11).

<sup>61</sup> *Sexual Offences Act 1967*.

<sup>62</sup> *The Criminal Justice (Scotland) Act 1980*.

poważnych szkód dla tkanki moralnej społeczeństwa<sup>63</sup>. Po wtóre, podkreślono również różnice między społecznymi przekonaniami na kwestie moralne rozpowszechnionymi w Irlandii Północnej a poglądami panującymi w innych częściach Wielkiej Brytanii. Te pierwsze cechuje bowiem podejście bardziej konserwatywne oraz mocniej osadzone w tradycyjnych standardach wyznaczonych przez religię<sup>64</sup>. Dlatego też, jak zaznaczono, zachowanie dominujących we wspólnocie standardów moralnych – niezależnie od oceny ich słuszności lub błędności, jak również abstrahując od faktu, że w pozostałych rejonach Europy mogą istnieć inne zapatrywania i inne normy – odpowiada wymogowi z art. 8 ust. 2 EKPC, tzn. spełnia warunek „konieczności w demokratycznym społeczeństwie”<sup>65</sup>.

Trybunał w Strasburgu skonstatował jednakże, że pomimo faktu, iż strona rządowa zaprezentowała w przedmiotowej sprawie rozsądne i istotne argumenty, to nie są one wystarczające, ażeby utrzymać w mocy zaskarżone przepisy w zakresie, w jakim penalizują one dobrowolne stosunki homoseksualne pomiędzy mężczyznami<sup>66</sup>. Dochodząc do tej konkluzji, ETPC poczynił kilka ważkich uwag o charakterze ogólnym, zgodnie z którymi:

- 1) państwom przysługuje dość szeroki zakres swobody przy wprowadzaniu ograniczeń prawnych ze względu na moralność, niemniej jednak w odniesieniu do kwestii najbardziej intymnych i prywatnych muszą istnieć szczególnie ważne powody, ażeby można byłoby uznać je za wpisujące się w ramy art. 8 ust. 2 EKPC<sup>67</sup>;
- 2) „konieczność”, o której mowa w przywoływanym wyżej artykule, pociągając powinna za sobą istnienie pilnej społecznej potrzeby, nie jest ona natomiast równoznaczna z założeniem, że konkretna regulacja jest „użyteczna”, „rozsądna” czy „pożądana” dla osiągnięcia jakiegoś ustawowego celu<sup>68</sup>;
- 3) ochrona moralności, w rozumieniu EKPC, może oznaczać obronę moralnego etosu lub moralnych standardów społeczeństwa jako całości, ale może również obejmować protekcję moralnych interesów tylko danej części społeczeństwa<sup>69</sup>;
- 4) rolą ETPC nie jest dokonywanie oceny moralnej czynów homoseksualnych (lub jakichkolwiek innych), lecz jedynie weryfikacja, czy ograniczenia wynikające z krajowych ustaw były proporcjonalne i uzasadnione w świetle art. 8 EKPC<sup>70</sup>.

Zdaniem ETPC, nawet biorąc pod uwagę odrębność moralnych standardów w Irlandii Północnej, okoliczności sprawy nie pozwalają na stwierdzenie, że praktyka państwa posiada walor „konieczności” z punktu widzenia norm konwencyjnych. Przede wszystkim nie można przyjąć, że w społeczeństwie występuje pilna społeczna potrzeba regulowania kontaktów seksualnych między mężczyznami. Jak zauważono:

W porównaniu z okresem, w którym uchwalano [kwestionowane] przepisy, obecnie istnieje lepsze rozumienie, a w konsekwencji, zwiększona tolerancja [wobec] zachowań homoseksualnych, do tego stopnia, iż w zdecydowanej większości państw członkowskich Rady Europy nie uważa się już za konieczne lub właściwe traktowanie praktyk homoseksualnych takich jak te, o których mowa, jako kwestii, do których sankcje prawa karnego powinny być stosowane<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 46.

<sup>64</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 56.

<sup>65</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 57.

<sup>66</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 61.

<sup>67</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 52.

<sup>68</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 51.

<sup>69</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 47.

<sup>70</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 54, 59.

<sup>71</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, par. 60.

Co więcej, w trakcie postępowania ustalono, że także w samej Irlandii Północnej w ostatnich latach organy państwowe wstrzymały egzekwowanie prawa karnego w stosunku do homoseksualistów i decyzja ta nie spowodowała żadnych szkód dla wspólnych standardów moralnych, ponadto nie odnotowano społecznych żądań ściślejszego egzekwowania przepisów<sup>72</sup>. W świetle zasady proporcjonalności dalsze utrzymywanie kwestionowanych przepisów jest zatem niezasadne, jako że wywołane przezeń szkody indywidualne dla osoby o orientacji homoseksualnej przeważają nad założonym przez prawodawcę celem regulacji – „ochroną moralności”<sup>73</sup>.

Wyrok ten zainicjował linię orzeczniczą, obejmującą m.in. wydane w bardzo zbliżonych stanach faktycznych i prawnych wyroki w sprawach: *Norris przeciwko Irlandii*<sup>74</sup> oraz *Modinos przeciwko Cyprowi*<sup>75</sup>. Uzasadniając naruszenie przez organy państwowe art. 8 EKPC, przytaczano w nich *in extenso* najistotniejsze tezy zawarte w orzeczeniu *Dudgeon*, podkreślając tym samym, że nie można mówić o „pilnej społecznej potrzebie” usprawiedliwiającej sankcje karne, nawet jeżeli „członkowie społeczeństwa, którzy uważają homoseksualizm za niemoralny, mogą być tym wstrząśnięci, urażeni lub poruszeni”<sup>76</sup>.

#### 4. Konkluzje

Głównym celem artykułu była analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego kwestii moralnych w kontekście jednej z najważniejszych debat filozoficznoprawnych XX w., w której interlokutorzy – P. Devlin i H.L.A. Hart – prezentowali odmienne spojrzenia na pojęcie moralności, jej znaczenie dla legislacji, a także na granice dopuszczalnej działalności państwowej. Intuicyjnie wydawać by się mogło, że rozstrzygnięcia Trybunału, wraz z leżącą u ich podstaw filozofią prawną i społeczną, powinny częściej zawierać odwołania do liberalnej wizji H.L.A. Harta niż specyficznej, konserwatywno-demokratycznej koncepcji P. Devlina. W świetle powyższej analizy okazuje się jednak, że rozumowanie ETPC, zwłaszcza w przedmiocie akceptowalnej aktywności prawodawcy państwa demokratycznego, w większym stopniu przypomina tezy angielskiego sędziego. W obu tych koncepcjach rolą ustawodawcy w zakresie prawodawstwa „moralnego” pozostaje zatem najpierw odkrycie zakorzenionych w danej wspólnotce norm moralnych, etycznych lub obyczajowych, następnie ocena ich rzeczywistego wpływu na świadomość społeczeństwa, na końcu zaś – właściwe wyważenie proporcji między jednostkowymi uprawnieniami a naciskiem większości. Jeżeli po dokonanej w ten sposób ewaluacji ustawodawca dojdzie do wniosku, że istnieje „pilna społeczna potrzeba” wprowadzenia restrykcyjnych regulacji (jak wskazuje ETPC) albo konkretna praktyka będzie leżeć „poza granicami tolerancji”, wywołując „prawdziwe poczucie potępienia” (jak opisuje to P. Devlin), to w takim przypadku będzie uzasadnione posłużenie się prawem karnym w celu ustanowienia odpowiednich zakazów. W świetle powyższego nie ulega ponadto wątpliwości, że ani organy państwowe, ani też międzynarodowy sąd nie posiadają kompetencji do tego, aby badać albo tym bardziej autorytatywnie ustalać normy **prawdziwej** moralności. Ocena ta opiera się więc na zwyczajowych regułach, które H.L.A. Hart określił

<sup>72</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*.

<sup>73</sup> *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*.

<sup>74</sup> Wyrok ETPC z 26.10.1988 r., *Norris przeciwko Irlandii* (skarga nr 10581/83).

<sup>75</sup> Wyrok ETPC z 22.04.1993 r., *Modinos przeciwko Cyprowi* (skarga nr 15070/89).

<sup>76</sup> *Norris przeciwko Irlandii*, par. 46.

mianem „moralności pozytywnej”. Co więcej, nie można również odnaleźć w orzeczeniach tego Trybunału bezpośredniego nawiązania do sformułowanej przez J.S. Milla zasady krzywdy. Wprawdzie w niektórych wyrokach podkreślano, że ochrona moralności naturalnie łączy się z ochroną praw innych jednostek<sup>77</sup>, jednakże na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka dla usprawiedliwienia krajowych przepisów wystarczy, iż dana regulacja prawna będzie służyła obronie społecznych norm moralnych, nie trzeba przy tym wykazywać dodatkowej szkody wywołanej zabronionym czynem u współobywateli (przykładem przestępstwa zasadniczo nieszkodliwego dla osób postronnych jest chociażby kazirodztwo).

Ponadto zwraca uwagę fakt, że w sprawach dotyczących moralności brak jest jasno wytyczonych granic możliwej ingerencji ustawodawcy. Również bowiem gdy ETPC stawał po stronie skarżących w uzasadnieniach przywoływano jedynie test zasady proporcjonalności oraz weryfikację niejednolitej przecież „pilnej społecznej potrzeby”, nie uwzględniano natomiast innych, ponadustawowych zasad. Być może właśnie z tego powodu ETPC w swoich ostatnich wyrokach<sup>78</sup> większy nacisk kładł na konieczność przestrzegania ukształtowanego już ogólnoeuropejskiego konsensusu w materii moralnej, który powodować musi ograniczenie przyznanego państwom marginesu swobody w ustanawianych przepisach. Niemniej jednak wydaje się, że nie rezygnując całkowicie z samej konwencyjnej formuły „ochrony moralności”, pożądane byłoby zdefiniowanie przez ETPC nieprzekraczalnych granic dla ustawodawcy, niezależnych od intensywności odczuwanej „społecznej potrzeby”, przykładowo w postaci obligatoryjnego zapewnienia ochrony godności jednostki<sup>79</sup> lub zagwarantowania, iż wprowadzane restrykcje ze względu na moralność nie będą powodowały faktycznego unicestwienia istoty przynależnych jednostce uprawnień<sup>80</sup>.

Na koniec należy dodać, że w ostatnich latach nastąpił wzrost zainteresowania prawnym moralizmem wśród przedstawicieli jurysprudencji. W tym kontekście wymienić można kilku najważniejszych dla nowoczesnego moralizmu myślicieli: Michaela S. Moore'a<sup>81</sup> (łączącego retributywną teorię kary z moralistyczną acz liberalną teorią legislacji), Roberta George'a<sup>82</sup> (moralistę prawnonaturalnego), Antony'ego Duffa<sup>83</sup> (postulującego tzw. skromny prawny moralizm) czy też konserwatystę Johna Kekesa<sup>84</sup>. Problematyka wzajemnych relacji prawa i moralności pozostaje zawsze aktualna, dlatego też prowadzenie dalszych badań nad zagadnieniami prawnego moralizmu należy uznać za zasadne oraz potrzebne.

<sup>77</sup> Müller i inni przeciwko Szwajcarii, par. 30.

<sup>78</sup> Wyrok ETPC z 11.04.2011 r., Alekseyev przeciwko Rosji (skarga nr 14599/09), par. 83.

<sup>79</sup> Na temat godności zob. K. Jesiołowski, *Kantowskie pojęcie godności a współczesne prawodawstwo*, „Societas et Ius” 2017/1, s. 99–114. W EKPC brak bezpośrednich odniesień do ludzkiej godności, niemniej w orzecznictwie jest podkreślana konieczność jej zapewnienia przez organy państwowe. Zob. wyroki ETPC: z 6.03.2017 r., Yaroslav Belousov przeciwko Rosji (skargi nr 2653/13, 60980/14); z 28.07.1999 r., Selmouni przeciwko Francji (skarga nr 25803/94); z 4.12.1995 r., Ribitsch przeciwko Austrii (skarga nr 18896/91).

<sup>80</sup> W tym kontekście zob. wyrok ETPC z 20.06.2019 r., Bayev i inni przeciwko Rosji (skargi nr 67667/09, 44092/12, 56717/12) oraz wyrok ETPC z 29.11.1988 r., Brogan i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (skargi nr 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85).

<sup>81</sup> M.S. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oksford 1997.

<sup>82</sup> R.P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Nowy Jork 1993.

<sup>83</sup> A. Duff, *Towards a Modest Legal Moralism*, „Criminal Law and Philosophy” 2014/1, s. 217–235.

<sup>84</sup> J. Kekes, *The Enforcement of Morality*, „American Philosophical Quarterly” 2000/1, s. 23–35.

### **Lord Patrick Devlin's Concept of Public Morality in the Light of Case Law of the European Court of Human Rights**

**Abstract:** The aim of this article is to present the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), in cases concerning public morality, in the context of one of the most important debates in 20<sup>th</sup> century legal philosophy: the dispute between Patrick Devlin and Herbert L.A. Hart. In order to achieve this aim, I first describe the key theses defended by these scholars and explain the historical circumstances in which the debate arose. Then I analyse the most salient judgements passed by the ECtHR, which defined rules of the acceptable limitation of individual rights guaranteed by the European Human Rights Convention due to the moral norms existing in a society. I conclude that the reasoning adopted by the ECtHR in these cases resembles Devlin's propositions to some extent. Furthermore, I claim that a reference to inherent and inalienable human dignity might be considered a sound solution in some doubtful cases in which moral problems or rights restrictions appear. Finally, I show that legal moralism, as a vein in the philosophy of law, has its adherents in contemporary science, too. However, the views presented by new legal moralists fundamentally differ from those postulated by Patrick Devlin in his time.

**Keywords:** Devlin, Hart, legal moralism, ECtHR judgments

## BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Bergson, H. (1993). *Dwa źródła moralności i religii*. Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Devlin, P. (1975). *The Enforcement of Morals*. New York: Oxford University Press.
- Duff, A. (2014). Towards a Modest Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy* 1, 217–235.
- Dworkin, R. (1966). Lord Devlin and the Enforcement of Morals. *Yale Law Journal* 6, 986–1005.
- George, R.P. (1993). *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1982). *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1967). Social Solidarity and the Enforcement of Morality. *University of Chicago Law Review* 1, 1–13.
- Jesiołowski, K. (2017). Kantowskie pojęcie godności a współczesne prawodawstwo. *Societas et Ius* 1, 99–114.
- Kekes, J. (2000). The Enforcement of Morality. *American Philosophical Quarterly* 1, 23–35.
- Mill, J.S. (2017). *Pisma o wolności i szczęściu*. Warszawa: Alatheia.
- Moore, M.S. (1997). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Stephen, J.F. (1993). *Liberty, Equality, Fraternity*. Indianapolis: Liberty Fund.