

Rozdział X

WOLNOŚĆ A MORALIZM

Większość Amerykanów i Anglików sądzi niewątpliwie, że homoseksualizm, prostytutka czy wydawnictwa pornograficzne są niemoralne. Jakie znaczenie powinien mieć ten fakt dla rozstrzygnięć dotyczących ich penalizacji? Kwestia ta jest zawiłką i pełna filozoficznie i socjologicznie kontrowersyjnych problemów. Prawnicy muszą się jednak z nią zmierzyć, o czym dobitnie świadczą ostatnie⁸ kontrowersyjne wydarzenia: w Anglii publikacja Raportu Wolfendena¹ i społeczna debata o prostytucji i homoseksualizmie, która po tym nastąpiła; w Ameryce zaś seria decyzji Sądu Najwyższego dotyczących pornografii².

⁸ Raport Wolfendena, o którym mowa poniżej, został opublikowany w 1957 r. Artykuł Dworkina opublikowany był po raz pierwszy w 1966 r. – Przep. tłum.

¹ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* [Raport Komisji do Spraw Homoseksualizmu i Prostytucji], Cmd. no. 247 (1957).

² *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 413 (1966) [Jedna z najbardziej znanych z serii spraw dotyczących „obsceniczności”. Prokurator generalny stanu Massachusetts wniósł sprawę o uznanie książki osiemnastowiecznego angielskiego pisarza Johna Clelanda *Memoirs of a Woman of Pleasure* – znanej także jako *Fanny Hill* – za obsceniczną. Sąd pierwszej instancji uznał książkę za obsceniczną, a zatem nie podlegającą ochronie I (gwarantującej wolność słowa) i XIV (gwarantującej właściwy proces) Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Sąd Apelacyjny uchylił tę decyzję. Sąd Najwyższy przychylił się do stanowiska Sądu Apelacyjnego powołując się na sprawdzian ustalony w precedensowej sprawie *Roth*, 354 U.S. 476 (1957), która z kolei dotyczyła Rotha, właściciela firmy wydawniczo-księgarskiej w Nowym

Możliwych stanowisk w tej kwestii jest wiele, każde obciążone specyficznymi trudnościami. Czy uznamy, że społeczne potępienie samo w sobie wystarczy, żeby uzasadnić uznanie pewnego czynu za przestępstwo? Wydaje się to niespójne z tradycją wolności indywidualnej i wiedzą, że moralność choćby i największego tłumu nie gwarantuje prawdziwości. Jeśli więc społeczne potępienie nie wystarcza, czego więcej potrzeba? Czy potrzebny jest jakiś dowód na to, że inkryminowane postępowanie rzeczywiście wyrządziło szkodę ludziom bezpośrednio przez nie dotkniętym? Czy może wystarczy wykazanie, że wpływ tego postępowania na społeczne zwyczaje i instytucje zmienia środowisko społeczne i w ten sposób dotyka pośrednio wszystkich członków społeczeństwa? Jeśli tak, to czy trzeba także wykazać, że te zmiany w środowisku społecznym przynoszą, na dłuższą metę, pewne standardowe szkody, takie jak wzrost przestępczości czy spadek wydajności produkcji? A może wystarczyłoby wykazać, że ogromna większość współ-

Jorku. Został on skazany na karę więzienia za publikację „obscenicznych” materiałów. Wyrok został podtrzymany przez Sąd Apelacyjny. Roth odwołał się ponownie, do Sądu Najwyższego, twierdząc, że ustawa zabraniająca publikacji materiałów obscenicznych jest sprzeczna z konstytucyjną gwarancją wolności słowa i publikacji z I Poprawki. Sąd Najwyższy odrzucił apelację. – Przyp. tłum.], *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966) [Ralph Ginzburg został skazany na pięć lat więzienia za rozpowszechnianie drogą pocztową wydawnictw pomograficznych. Wyrok sądu pierwszej instancji został podtrzymany przez sąd apelacyjny, a następnie przez Sąd Najwyższy na podstawie standardów ustalonych w precedensowej sprawie *Roth*. – Przyp. tłum.], *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966) [Mishkin był właścicielem firmy wydawniczej publikującej między innymi książki pomograficzne. Został za to skazany na trzy lata więzienia. Jego apelacja dotyczyła dwóch rzeczy. Po pierwsze tego, że prawo stanu Nowy Jork, na podstawie którego został skazany, zabraniające wydawania druków o treści „obscenicznej”, stanowi pogwałcenie I Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, gwarantującej wolność słowa. Po drugie tego, że materiał dowodowy został zgromadzony podczas nielegalnego przeszukania. W obu kwestiach Sąd Najwyższy odrzucił apelację Mishkina. – Przyp. tłum.]

czesnego społeczeństwa potępiałyby takie zmiany? Ale jeśli tak, to czy dodanie warunku przynoszenia szkody do warunku społecznego potępienia coś rzeczywiście dodaje?

W 1958 roku Lord Devlin zatytułował swój drugi wykład z serii Maccabaeen Lectures wygłoszony na forum Akademii Brytyjskiej „The Enforcement of Morals” i poświęcił go tym właśnie problemom³. Swoje wnioski dotyczące homoseksualizmu Devlin podsumowuje następującymi słowami: „Powinniśmy postawić sobie najpierw pytanie, czy – patrząc na całą rzecz spokojnie i obiektywnie – uważamy go za tak obrzydliwą wadę, że szkodliwe jest już samo jej występowanie. Jeżeli takie jest rzeczywiście powszechne odczucie społeczeństwa, w którym żyjemy, to nie widzę powodu, by pozbawiać społeczeństwo prawa do wykorzenienia go”⁴.

Wykład, a w szczególności ten hipotetyczny pogląd w kwestii karania homoseksualizmu, wywołał całą falę polemik i krytyki – od kręgów akademickich, przez radio, do niemalże brukowej prasy⁵. W kolejnym wydaniu Maccabaeen Lectures Lord Devlin dodał sześć dalszych esejów, w których rozwija swoje poglądy i broni ich, przedmowę do całości oraz kilka istotnych nowych przypisów do oryginalnego tekstu wykładów⁶.

Amerykańscy prawnicy powinni rozważyć argumenty Devlina. Jego wnioski nie będą się cieszyć popularnością, choć gruboskórność zarzucana mu przez niektórych krytyków znika

³ P. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959). Przedrukowane w: tenże, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London 1965. (Wszystkie dalsze powołania dotyczą wydania z 1965 r.)

⁴ Tamże, s. 17. Przedstawiając ten pogląd Lord Devlin zastrzega się starannie, że jest on hipotetyczny. Najwyraźniej Devlin nie sądzi obecnie, że sformułowany przez niego warunek jest spełniony, bo od chwili wydania książki zwał publicznie do zmiany praw dotyczących homoseksualizmu.

⁵ Bibliografia książki Lorda Devlina odsyła do tych komentarzy. Zob. tamże, s. xiii.

⁶ Tamże.

przy uważnej lekturze. Argumentów Devlina, popularnych czy nie, nie można pominąć, póki nie znajdziemy na nie wystarczających kontrargumentów. Jeden z tych argumentów – drugi z dwóch, które zamierzam omówić – jest cenny o tyle, że skupia uwagę na związku między teorią demokracji a egzekwowaniem moralności. Zmusza on do znacznie dokładniejszego niż dotąd rozważenia zasadniczego pojęcia, na którym ten związek się opiera: pojęcia moralności publicznej.

Rozczarowanie Lorda Devlina

Przedmowa do nowego wydania książki Lorda Devlina zawiera interesujący opis tego, jak doszedł on do swoich kontrowersyjnych poglądów. Kiedy zaproponowano mu wygłoszenie wykładu w serii Maccabaeian Lectures, słynna Komisja Wolfendena opublikowała właśnie zalecenie mówiące, że dobrowolny stosunek homoseksualny między dorosłymi w miejscu prywatnym nie ma być uważany za przestępstwo. Lord Devlin zgadzał się całkowicie z interpretacją Komisji dotyczącą rozróżnienia między przestępstwem a grzechem:

„W tej dziedzinie funkcją prawa jest według nas zachowanie porządku publicznego i przyzwoitości, obrona obywateli przed aktami powodującymi szkody lub obrażenia oraz zapewnianie skutecznej ochrony przed wykorzystywaniem i deprawacją... Nie jest według nas funkcją prawa wkroczenie na obszar prywatnego życia obywateli, czy dążenie do narzucenia jakiegokolwiek konkretnej formy zachowań, jeśli nie jest to konieczne dla osiągnięcia celów wskazanych poprzednio...

Musi pozostać pewien obszar prywatnej moralności i niemoralności, w którym – ujmując rzecz krótko i dosadnie – prawo nie ma nic do roboty”⁷.

⁷ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 9 - 10, 24.

Lord Devlin był przekonany, że te ideały, wywiedzione, jak uważał, z nauk Jeremy'ego Benthama i Johna Stuarta Milla, są niepodważalne. Postanowił poświęcić swój wykład drobiazgowej analizie tego, jakie dalsze zmiany, oprócz zalecanej przez Komisję depenalizacji homoseksualizmu, byłyby konieczne, aby w pełni dostosować do tych ideałów angielskie prawo karne. Systematyczne badanie, jak sam mówi, „zamiast potwierdzić, zdruzgotało naiwną wiarę”⁸, z którą zaczął badania, i doprowadziło do przekonania, że ideały te są nie tylko podważalne, ale wręcz błędne.

Sam fakt rozczarowania Lorda Devlina jest oczywisty, ale już nie jego rozmiary. Czasem wydaje się, że jego argumentacja zmierza do czegoś wręcz przeciwnego niż stanowisko Komisji, a mianowicie do uznania, że społeczeństwo ma prawo do karania postępowania, którego jego członkowie wyraźnie nie akceptują, mimo że to postępowanie nie przynosi skutków, które dałoby się uznać za szkodliwe dla innych – na takiej podstawie, że państwo powinno występować w roli nauczyciela moralności, a prawo karne jest właściwym sposobem jej nauczania. Ci Czytelnicy, którzy tak rozumieją stanowisko Devlina, dziwią się zapewne, że tylu znakomitych filozofów i prawników podjęło z nim polemikę – stanowisko takie można przecież spokojnie uznać za ekscentryczne. W rzeczywistości, argumentacja Devlina nie broni tego stanowiska, lecz czegoś znacznie bardziej skomplikowanego, znacznie mniej ekscentrycznego i wcale nie tak bardzo niezgodnego z ideałami Komisji Wolfendena. Właściwe stanowisko Devlina nie zostało nigdzie wyrażone w zwartej formie (cytowane już zdanie na temat homoseksualizmu w istocie streszcza poglądy Devlina równie dobrze, jak wszystkie streszczenia przez niego podane), musimy więc sami je wydobywać z jego subtelnych argumentów.

⁸ P. Devlin, *The Enforcement...*, s. vii.

Główne argumenty są dwa. Pierwszy, w rozwiniętej postaci, zawarty jest w Maccabean Lecture. Wychodzi od prawa społeczeństwa do ochrony swojego własnego istnienia. Drugi, całkiem inny i dużo ważniejszy argument, przedstawiony jest po kawałku w różnych esejach Devlina. Wychodzi od prawa większości do wykorzystywania swoich przekonań moralnych w celu obrony środowiska społecznego przed zmianami, którym się owa większość przeciwstawia. Rozważę po kolei oba te argumenty, ale więcej miejsca poświęcę drugiemu.

*Pierwszy argument:
prawo społeczeństwa do obrony swojego istnienia*

Pierwszy argument – ten, któremu przeważająca większość krytyk poświęciła najwięcej uwagi – jest następujący⁹:

(1) W nowoczesnym społeczeństwie jest wiele zasad moralnych, którymi pewni ludzie się kierują, nie usiłując ich narzucać innym. Są również takie wzorce moralne, które większość umieszcza poza granicą tolerancji i narzuca tym, którzy się na nie zgadzają. Nakazy pewnej konkretnej religii są dla nas przykładem należącym do pierwszej grupy, natomiast praktyka monogamii – do drugiej. Społeczeństwo nie może przetrwać, jeśli w ogóle nie posiada wzorców należących do grupy drugiej, bowiem pewien stopień zgodności moralnej jest niezbędny, by istniało życie społeczne. Każde społeczeństwo ma prawo do obrony swojego własnego istnienia, a zatem ma prawo do wymuszania pewnej tego rodzaju zgodności.

(2) Jeśli społeczeństwo ma takie prawo, to ma także prawo używać instytucji i sankcji prawa karnego do egzekwowania

⁹ Zawarty jest on głównie tamże, s. 7 - 25.

tego prawa: „Społeczeństwo może używać prawa do ochrony moralności w taki sam sposób, jak używa go do ochrony cokolwiek innego, jeśli jest to istotne dla jego istnienia”¹⁰. Tak jak społeczeństwo może używać prawa w celu przeciwdziałania zdradzie, tak samo może go używać, by przeciwdziałać niszczeniu tej zgodności, której zawdzięcza wewnętrzną spójność.

(3) Ale prawo społeczeństwa do karania niemoralności niekoniecznie musi być stosowane w odniesieniu do każdego jej rodzaju i przypadku – należy uznać wpływ i znaczenie pewnych zasad ograniczających. Takich zasad jest wiele, ale najważniejsza jest ta, która głosi, że „należy tolerować największy możliwy zakres wolności indywidualnej, który nie narusza integralności społeczeństwa”¹¹. Zasady ograniczające, wzięte łącznie, wymagają, żeby bardzo starannie definiować te praktyki, które uznajemy za głęboko niemoralne. Prawo powinno powstrzymać swą karzącą rękę, jeśli tylko wykryje w społecznym potępieniu takiej praktyki jakąkolwiek niepewność, brak przekonania, czy ukrytą tolerancję. Żadna jednak z zasad ograniczających tutaj się nie stosuje, a zatem społeczeństwo może egzekwować swoje prawa, gdy powszechne przekonanie jest wyraźne, trwałe i silne, gdy, mówiąc słowami Lorda Devlina, wznosi się na poziom „nietolerancji, gniewu i obrzydzenia”¹². Stąd końcowy wniosek w kwestii homoseksualizmu: jeżeli rzeczywiście uważany jest on powszechnie za obrzydliwą wadę, nie można społeczeństwu odmówić prawa do wykorzenienia go.

Zabezpieczmy się od razu przed pewnym możliwym, a nawet kuszącym, nieporozumieniem związanym z tym argumentem. Nie zakłada on nigdzie, że gdy ogromna większość członków społeczeństwa sądzi, że coś jest niemoralne, to zapewne ma

¹⁰ Tamże, s. 11.

¹¹ Tamże, s. 16.

¹² Tamże, s. 17.

rację. Lord Devlin uważa natomiast, że gdy zagrożona jest społeczna moralność, to w grę wchodzi samo przetrwanie społeczeństwa, i sądzi, że społeczeństwo ma prawo bronić swego istnienia, niezależnie od tego, czy moralność, która je wewnętrznie wiąże, jest słuszna czy nie.

Czy ten argument da się utrzymać? Profesor H. L. A. Hart, komentując pojawienie się tego argumentu w centralnym punkcie Maccabaeian Lecture¹³, stwierdził, że opiera się on na błędnej koncepcji społeczeństwa. Jak twierdzi Hart, jeśli przyjmie się coś, co choćby przypomina standardowe pojęcie społeczeństwa, absurdem staje się twierdzenie, że każda praktyka uważana przez społeczeństwo za głęboko niemoralną i obrzydliwą zagraża jego istnieniu. Byłoby to równie niemądre, jak przekonywanie, że istnienie społeczeństwa jest zagrożone przez śmierć jednego z jego członków lub narodziny innego, a Lord Devlin, jak przypomina nam Hart, nie przedstawia przecież żadnego argumentu na rzecz takiego poglądu. Jeżeli jednak przyjąć sztuczną definicję społeczeństwa, według której na społeczeństwo składają się konkretne przekonania i postawy moralne, które w pewnym momencie wykazują jego członkowie, to nie do przyjęcia jest pogląd, że takie moralne *status quo* powinno mieć prawo do podtrzymywania swego efemerycznego istnienia siłą. Profesor Hart twierdzi więc, że argument Lorda Devlina jest niepoprawny niezależnie od tego, czy przyjmie się standardowe czy sztuczne znaczenie słowa „społeczeństwo”.

Odpowiedź Lorda Devlina zawarta jest w nowym, długim przypisie. Po streszczeniu krytyki Harta Devlin mówi: „Nie twierdzę, że każde odchylenie od powszechnej w społeczeństwie moralności zagraża istnieniu tego społeczeństwa, podobnie jak nie twierdzę, że jego istnieniu zagraża każda działalność

¹³ H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Lond 1963, s. 51.

wywrotowa. Twierdzą, że obie te rzeczy są ze swej natury zdolne do wywołania takiego zagrożenia i dlatego żadnej z nich nie można umieścić poza granicami prawa"¹⁴. Ta odpowiedź wskazuje na poważną usterkę w konstrukcji tego argumentu.

Mówi ona, że drugi krok argumentacji – zasadnicze twierdzenie, iż społeczeństwo ma prawo do narzucania moralności publicznej mocą ustaw – sprowadza się do zanegowania twierdzenia, że społeczeństwo takiego prawa nigdy nie posiada. Lord Devlin najwyraźniej zrozumiał stwierdzenie Raportu Wolfendena, że istnieje „obszar prywatnej moralności... w którym... prawo nie ma nic do roboty”, jako ustalenie pewnej bariery dla prawa stanowionego, bariery raz na zawsze wykluczającej sferę prywatnego życia seksualnego z obszaru dostępnego prawu. Jego argument, jak wyjaśnia w nowym przypisie, ma pokazać jedynie to, że takiej arbitralnej granicy nie powinno się wyznaczać, bo istnieje możliwość, że zagrożenie ustalonej moralności będzie tak poważne, iż zagrożone będzie samo istnienie zgodności w podstawowych kwestiach moralnych, a zatem istnienie społeczeństwa w ogóle¹⁵.

¹⁴ P. Devlin, *The Enforcement...*, s. 13.

¹⁵ Taka interpretacja znajduje poparcie w tekście nawet bez dodanego nowego przypisu: „Sądzę więc, że nie jest możliwe ustalenie teoretycznych granic, poza którymi władza ustawodawcza państwa nie może ustanawiać praw przeciwko niemoralności. Nie jest możliwe ustalenie z góry wyjątków od reguły, ani ostre odgraniczenie takich sfer moralności, do których pod żadnym warunkiem ustawa nie będzie miała dostępu” (tamże, s. 12 - 13).

Przedstawione argumenty dobrze pasują do tej interpretacji. Należą one do kategorii *reductio ad absurdum* i wykorzystują obserwację, że to, co niemoralne, może teoretycznie stać się społecznie wywrotowe. „Ale załóżmy, że jedna czwarta lub połowa członków społeczeństwa upija się każdego wieczora, cóż by to było za społeczeństwo? Nie da się ustalić teoretycznej granicy dla liczby ludzi, którzy muszą się upijać, żeby społeczeństwo nabyło prawo do wprowadzenia regulacji ustawowej wymierzonej przeciwko pijaństwu. To samo można powiedzieć o hazardzie” (tamże, s. 14).

Każdy z tych przykładów dowodzi tego, że niemożliwe jest wyznaczenie pewnej arbitralnej granicy ingerencji prawa, nie zaś tego, że każdy pijak czy

Nie musimy wcale czuć się przekonani, nawet co do tak ograniczonego twierdzenia. Można na przykład uważać, że niebezpieczeństwo, które może grozić istnieniu społeczeństwa ze strony jakiegokolwiek niepopularnej formy zachowań, jest tak nieznaczące, że mądrze byłoby – w interesie ochrony wolności indywidualnej przed chwilową histerią – ustanowić taką właśnie barierę i zabronić na zawsze oceniania tego ryzyka.

Jeśli jednak dalibyśmy się przekonać do nieustanawiania takiej bariery, to trzeci krok argumentacji powinien odpowiedzieć na pytanie, którego w tym momencie nie da się uniknąć: Założywszy nawet, że zagrożenie głęboko zakorzenionej moralności publicznej może rzeczywiście zagrażać również samemu istnieniu społeczeństwa, a więc musi pozostawać w zasięgu stanowionego prawa – skąd możemy wiedzieć, kiedy zagrożenie występuje dostatecznie wyraźnie, by uzasadnić nie tylko analizę, lecz i działanie? Czego, oprócz powszechnego odczucia silnej niechęci, potrzeba, by wykazać, że istnieje rzeczywiste zagrożenie?

Retoryka trzeciego kroku argumentacji sprawia, że wydaje się on wrażliwy na powyższe pytania – jest w nim wszak mowa o „wolności”, „tolerancji”, a nawet o „równoważeniu”. W rze-

każdy przypadek hazardu stanowi zagrożenie dla społeczeństwa. Nie sugeruje się tutaj, że społeczeństwo ma prawo uznać pijaństwo lub hazard za przestępstwa, jeżeli te zjawiska nie przekraczają pewnego progowego poziomu zagrożenia. Na poparcie swego przykładu dotyczącego hazardu Lord Devlin cytuje Royal Committee for Betting, Lottery and Hunting [Królewską Komisję do Spraw Zakładów, Loterii i Polowań]: „Gdybyśmy byli przekonani, że niezależnie od stopnia zaangażowania w hazard, jego skutki [dla charakteru indywidualnego hazardzisty jako członka społeczeństwa] muszą być szkodliwe, to sądziłibyśmy również, że obowiązkiem państwa jest ograniczanie hazardu w największym możliwym w praktyce zakresie”. (Nr. 8100, paragraf 159 (1951), cyt. za: P. Devlin. *The Enforcement...*, s. 14.). Wniosek z tego jest taki, że społeczeństwo może analizować sytuację i mieć na podorzędziu regulacje ustawowe, ale nie powinno ich wprowadzać, dopóki nie istnieje rzeczywiste zagrożenie.

czywistości jednak tak nie jest, bo względy wolności, tolerancji i równoważenia stosują się tylko wtedy, gdy społeczne oburzenie, stwierdzone w drugim kroku, okazuje się nie tak wielkie, jak sądzono, a więc gdy społeczna gorączka okazuje się udawana. Kiedy jednak gorączka jest autentyczna, kiedy nietolerancja, gniew i obrzydzenie są rzeczywiste, wtedy zasada powołująca się na „największy możliwy zakres wolności indywidualnej, który nie narusza integralności społeczeństwa”, nie ma już zastosowania. To jednak znaczy, że oprócz powszechnego odczucia silnej niechęci nic więcej już nie potrzeba.

Krótko mówiąc, argumentacja wykorzystuje pewną intelektualną sztukę. W drugim kroku społeczne oburzenie przedstawione jest jako kryterium progowe, lokujące rozważany rodzaj zachowań w sferze, w której regulacje ustawowe nie są zakazane. Potem jednak, przy przejściu od drugiego do trzeciego kroku, gdzieś za plecami, zamienia się kryterium progowe na jedyny warunek podjęcia działań, tak że jeśli jest on spełniony, to ustawodawca może wkroczyć bez wahania. Siłę tego manewru widać na przykładzie wypowiedzi o homoseksualizmie. Lord Devlin stwierdza, że jeśli społeczeństwo wystarczająco nienawidzi homoseksualizmu, to ma uzasadnione prawo do inkryminowania homoseksualistów i zmuszania tych ludzi do wyboru między dwoma nieszczęściami – między frustracją a konfliktem z prawem – ponieważ homoseksualizm zagraża istnieniu społeczeństwa. Dochodzi do tego wniosku nie przedstawiając żadnych dowodów na to, że homoseksualizm stanowi jakiegokolwiek zagrożenie dla istnienia społeczeństwa, poza tym gołosłownym stwierdzeniem, że wszystkie „odchylenia od powszechnej w społeczeństwie moralności... są ze swej natury zdolne do wywołania zagrożenia dla istnienia społeczeństwa”, a więc „nie można ich umieścić poza granicami prawa”¹⁶.

¹⁶ Tamże, s. 13, przyp. 1.

*Drugi argument: prawo społeczeństwa
do postępowania zgodnie ze swoim rozeznaniami*

Teraz możemy już zostawić pierwszy argument i zająć się drugim. Moja rekonstrukcja tego argumentu wyraża wprost wiele rzeczy, które, jak sądzę, są w argumentacji zawarte *implicite*, a więc niesie z sobą pewne ryzyko zniekształceń. uważam jednak, że drugi argument Devlina jest następujący¹⁷:

(1) Gdyby osoby o skłonnościach homoseksualnych oddawały się im swobodnie, nasze środowisko społeczne uległoby zmianie. Jakie byłyby te zmiany, tego nie da się dokładnie ustalić, ale można by na przykład przypuszczać, że zostałaby podważona – co pociągnęłoby za sobą inne istotne konsekwencje – pozycja rodziny jako zwykłej i naturalnej instytucji, wokół której koncentrują się układy edukacyjne, ekonomiczne i wypoczynkowe. Układy społeczne są zbyt złożone, aby sądzić, że skutki zwiększenia się ilości praktyk homoseksualnych dotyczyłyby tylko tych, którzy są w nie bezpośrednio zaangażowani – dokładnie tak, jak nie można przypuszczać, że ceny i płace dotyczą wyłącznie tych, którzy je między sobą negocjują. Środowisko, w którym musimy żyć my i nasze dzieci, określają między innymi układy i zależności tworzone przez prywatne działania innych ludzi.

(2) Samo w sobie nie daje to jeszcze społeczeństwu prawa do zabronienia praktyk homoseksualnych. Nie można utrwalac każdego zwyczaju, który chcemy utrwalac, wsadzając do więzienia tych, którzy się mu przeciwstawiają. Oznacza to jednak, że ustawodawcy muszą nieuchronnie podejmowac pewne

¹⁷ Zasadniczy zrab argumentacji zawarty jest tamże, rozdz. 5, 6 i 7. Zob. też opublikowany później artykuł: *Law and Morality*, „Manitoba Law School Journal” 1964/1965, vol. 1.

decyzje w kwestiach moralności. Muszą decydować, czy instytucje, które wydają się zagrożone, są wystarczająco wartościowe, by chronić je za cenę ludzkiej wolności. Muszą decydować, czy praktyki, które tym instytucjom zagrażają, są niemoralne, bo jeśli tak, to indywidualna wolność do ich uprawiania jest mniej ważna. Nie potrzeba aż tak mocnego uzasadnienia odwołującego się do społecznej wagi chronionych instytucji, jeżeli jesteśmy przekonani, że nikt nie ma moralnego prawa czynić tego, czego zamierzamy zabronić. Nie potrzebujemy mocnych argumentów, żeby ograniczyć czyjąś wolność kłamania, oszukiwania czy nieostrożnej jazdy, ale potrzebujemy ich, by ograniczyć czyjąś wolność wyboru pracy, czy ustalania ceny jego własnych dóbr. Nie twierdzi się tu, że niemoralność pewnego postępowania wystarcza, żeby je inkryminować, twierdzi się jedynie, że niekiedy jest to konieczne.

(3) Jak jednak ustawodawca ma zdecydować, czy praktyki homoseksualne są niemoralne? Odpowiedzi na to pytanie nie jest w stanie udzielić nauka, a do instytucjonalnej religii ustawodawca nie może się już odwoływać. Jeśli jednak okaże się, że ogromna większość społeczności wyznaje w tym zakresie jednakowe poglądy, to choćby nawet sprzeciwiała się im niewielka mniejszość dobrze wykształconych ludzi, ustawodawca ma obowiązek działać w myśl opinii podzielanej przez większość. Ma taki obowiązek z dwóch, ściśle ze sobą powiązanych powodów: (a) w ostatecznym rozrachunku decyzja taka musi się opierać na pewnego rodzaju moralnym wyznaniu wiary, a w demokracji takie przede wszystkim kwestie powinno się rozstrzygać zgodnie z demokratycznymi zasadami. (b) To przecież właśnie społeczność działa poprzez ustawodawcę, gdy ten identyfikuje zagrożenia i ustala sankcje prawa karnego. Społeczność musi więc ponosić za to moralną odpowiedzial-

ność, musi zatem działać według własnego rozeznania, a więc według moralnych przekonań swoich członków.

Tak się przedstawia, w moim rozumieniu, drugi argument Lorda Devlina. Jest złożony, a prawie każdy jego składnik domaga się analizy i kontrargumentów. Niektórzy Czytelnicy nie zgodzą się pewnie z jego głównym założeniem, że zmiana dotycząca instytucji społecznych stanowi taki rodzaj zagrożenia, przed którym społeczeństwo ma prawo się bronić. Inni, nie przyjmujący tego dość skrajnego poglądu (być może dlatego, że zgadzają się na prawa ustanowione dla ochrony instytucji ekonomicznych), uważać będą, że społeczeństwo nie ma prawa podejmować działań – choćby wymierzonych przeciw najbardziej niemoralnym praktykom – jeśli zagrożenie jego instytucji jest tylko spekulatywne, a nie ewidentne i bezpośrednie. Jeszcze inni atakowaliby pewnie twierdzenie, że moralność lub niemoralność czynu powinna się w ogóle liczyć przy ustalaniu, czy go inkryminować czy nie (choć przyznaliby niewątpliwie, że liczy się ona w istniejącej praktyce legislacyjnej), a znów inni twierdziliby, że nawet w demokracji ustawodawcy mają obowiązek decydowania w kwestiach moralnych na własny rachunek, nie mogą więc odwoływać się do powszechnie panujących opinii. Nie zamierzam się tu wdawać w argumentację za czy przeciw którejkolwiek z tych tez. Chcę tylko rozważyć, czy wnioski Lorda Devlina wynikają z jego własnych przesłanek, a więc z założenia, że społeczeństwo ma prawo bronić swoich zasadniczych i wysoko cenionych instytucji przeciwko zachowaniom, których ogromna większość jego członków nie aprobuje z powodów moralnych.

Zamierzam wykazać, że wnioski Lorda Devlina nie są poprawne, nawet przy tych założeniach, ponieważ błędnie rozumie on to, czym jest nieaprobowanie czegoś z powodów moralnych. Mógłbym tu dodać pewne zastrzeżenie co do mojej argumentacji. Polegać ona będzie częściowo na wskazywaniu,

że pewne rodzaje wyrażen z języka moralności (takie na przykład terminy jak „przesąd” czy „postawa moralna”) mają swoje standardowe użycia w dyskursie moralnym. Nie zamierzam jednak rozstrzygać kwestii moralności politycznej za pomocą słownika, a tylko pokazać to, co uważam za błędy socjologii moralności Lorda Devlina. Spróbuję wykazać, że nasze standardowe praktyki moralne mają strukturę bardziej złożoną, niż on uważa, i że w konsekwencji prowadzi to do błędnego rozumienia tego, co znaczy stwierdzenie, że prawo karne powinno być wywiedzione z moralności publicznej. Teza ta jest popularna, atrakcyjna i kluczowa nie tylko dla teorii Lorda Devlina, lecz dla wielu innych teorii dotyczących prawa i moralności. Zrozumienie jej konsekwencji jest bardzo istotne.

Pojęcie postawy moralnej

Zacznijmy od tego, że terminy takie jak „postawa moralna” i „przeświadczenie moralne” funkcjonują w naszej tradycyjnej moralności nie tylko jako terminy opisowe, lecz także jako terminy służące do uzasadniania jednych przekonań i krytyki innych. Prawdą jest, że czasami mówi się o „moralności” pewnej grupy społecznej, jej „zasadach moralnych”, „poglądach moralnych”, czy „moralnych przekonaniach” w znaczeniu, które można by nazwać antropologicznym, odnosząc się w ten sposób do postaw wykazywanych przez tę grupę w stosunku do ludzkiego postępowania, cech lub celów. W tym sensie mówi się, że moralność nazistowskich Niemiec opierała się na przesądzie, lub że była irracjonalna. Ale niektórych z tych terminów, szczególnie terminów „postawa moralna” i „przeświadczenie moralne” używa się także w sensie różnicującym, w celu przeciwstawienia opisywanych przez nie postaw przesądom, racjonalizacjom, kwestiom osobistej niechęci lub gustu, poglą-

dom arbitralnym, itp. Jedno z takich użyć – być może najbardziej charakterystyczne – służy do wyrażenia pewnego rodzaju ograniczonego, lecz istotnego, uzasadnienia jakiegoś czynu, gdy związane z nim kwestie moralne są niejasne lub dyskusyjne.

Załóżmy, że mówię ci, że będę głosował przeciwko komuś ubiegającemu się o ważny urząd publiczny, bo wiadomo mi, że jest homoseksualistą, a uważam homoseksualizm za głęboko niemoralny. Jeśli nie zgadzasz się, że homoseksualizm jest niemoralny, to możesz mi zarzucić, że zamierzam głosować nieuczciwie, działając na podstawie przesądów lub osobistej niechęci nie mającej nic wspólnego z kwestiami moralnymi. Ja z kolei mogę usiłować cię przekonać do moich poglądów na temat homoseksualizmu, ale jeśli mi się to nie uda, to mogę przynajmniej próbować cię przekonać do tego, co obaj uważamy za problem innego rodzaju – że mój sposób głosowania jest wynikiem *jakiejś* postawy moralnej, w różnicującym sensie, choć różnej od tej, którą ty prezentujesz. Chciałbym cię do tego przekonać, bo jeśli mi się to uda, to mam prawo oczekiwać, że zmienisz swoją opinię o mnie i o tym, co zamierzam zrobić. Twoja ocena mojego charakteru się zmieni – możesz nadal uważać mnie za ekscentryka (lub purytanina, lub twarogłowego), ale są to rodzaje charakteru, a nie jego wady. Twoja ocena mojego postępowania w tej sprawie także się zmieni. Przyznasz, że jeśli rzeczywiście taka jest moja postawa, to mam moralne prawo do głosowania przeciwko homoseksualiście, bo mam moralne prawo (a nawet obowiązek) do głosowania zgodnego z moimi przekonaniem. Nie uznalbyś, że mam do tego prawo (czy obowiązek), gdybyś nadal uważał, że głosowałem na podstawie przesądów lub osobistych gustów.

Mam prawo się spodziewać, że twoja opinia zmieni się tak właśnie, bo wchodzące tu w grę rozróżnienia należą do sfery tej samej tradycyjnej moralności, którą obaj uznajemy i która stanowi zaplecze naszej dyskusji. Wymuszają one respektowa-

nie pewnych postaw, mimo że uważamy je za błędne, a nierepektowanie innych, bo naruszają pewne podstawowe reguły rozumowań dotyczących moralności. Ogromna większość dyskusji o kwestiach natury moralnej (w realnym życiu, nie w książkach filozoficznych) polega właśnie na dowodzeniu, że ta czy owa postawa należy do jednej z powyższych kategorii.

To właśnie tę cechę tradycyjnej moralności wykorzystuje Lord Devlin argumentując za tym, że społeczeństwo ma prawo kierować się swoim własnym rozeznanem. Musimy więc dokładniej przeanalizować pojęcie postawy moralnej w sensie różnicującym. Zrobimy to kontynuując naszą wyimaginowaną rozmowę. Co muszę zrobić, żeby cię przekonać, że moja postawa jest rzeczywiście postawą moralną?

(a) Muszę przedstawić jakieś tego uzasadnienie. Nie znaczy to, że muszę wyartykułować jakąś zasadę moralną, którą się kieruję, czy ogólną teorię moralną, którą wyznaję. Bardzo niewielu ludzi potrafiłoby to zrobić, a przecież zdolność zajmowania jakiejś postawy moralnej nie ogranicza się tylko do tych, którzy to potrafią. Moje uzasadnienie nie musi wcale być ogólną zasadą ani teorią. Musi tylko wskazywać pewien aspekt lub cechę homoseksualizmu, która zmusza mnie do uznawania go za niemoralny: na przykład to, że potępia go Biblia, lub to, że uprawiający praktyki homoseksualne są niezdolni do małżeństwa i rodzicielstwa. Każde takie uzasadnienie zakłada oczywiście, że wyznaję pewną ogólną zasadę lub teorię, ale ani nie muszę umieć jej wyrazić, ani nawet nie muszę zdawać sobie sprawy, że ją wyznaję.

Nie każde jednak uzasadnienie, jakie mi przyjdzie do głowy, jest dobre. Niektóre są wykluczone przez ogólne kryteria wyznaczające zakres tych uzasadnień, które mogą wchodzić w grę. Wymieńmy cztery najważniejsze z tych kryteriów:

(i) Jeśli powiem, że homoseksualiści są gorsi moralnie, bo nie mają heteroseksualnych pożądań, a więc nie są „prawdziwymi mężczyznami”, odrzucisz to uzasadnienie jako wynikające z uprzedzenia. Uprzedzenie, ogólnie biorąc, to rodzaj przekonania opierającego się na takich przesłankach, których branie pod uwagę wykluczają nasze konwencje. W kontekście bardziej formalnym, jak sprawa sądowa czy konkurs, podstawowe reguły dopuszczają tylko niektóre sposoby uzasadniania, a powoływanie się na uprzedzenia gwałci te reguły. Konwencje wyznaczają także takie podstawowe reguły osądów moralnych, które obowiązują niezależnie od jakichkolwiek okoliczności formalnych. Najważniejsza z nich głosi, że nie można nikogo uważać za moralnie gorszego na podstawie takich cech fizycznych, rasowych, czy innych, na których posiadanie nie ma on żadnego wpływu. O kimś, czyje osądy moralne dotyczące Żydów, Murzynów, południowców, kobiet, czy zniewieściałych mężczyzn opierają się na przekonaniu, że jakkolwiek przedstawiciel jednej z tych grup automatycznie zasługuje na mniejszy szacunek, bez względu na to, co by czynił, mówi się, że jest uprzedzony do tej grupy.

(ii) Jeśli opierałbym mój pogląd dotyczący homoseksualistów na osobistej reakcji emocjonalnej („rzygać mi się chce, jak takiego widzę”), to też odrzuciłbyś takie uzasadnienie. Postawy moralne odróżniamy od reakcji emocjonalnych nie dlatego, że mają być chłodne i wyważone – w rzeczywistości jest wręcz przeciwnie – a dlatego, że to postawy mają uzasadniać reakcje emocjonalne, a nie *vice versa*. Jeśli ktoś nie potrafi podać uzasadnienia, nie przeczymy, że jest silnie emocjonalnie zaangażowany – co może mieć poważne konsekwencje społeczne i polityczne – lecz nie uważamy, że to zaangażowanie wynika z przekonań moralnych. Takie właśnie podejście do pewnej praktyki czy sytuacji – silną reakcją emocjonalną,

której nie potrafi się wyjaśnić – potocznie nazywamy fobią lub obsesją.

(iii) Jeśli opierałbym swoją postawę na twierdzeniu dotyczącym faktów („akty homoseksualne powodują ogólne osłabienie organizmu”), które jest nie tylko fałszywe, ale także na tyle nie do przyjęcia, że sprzeciwia się to zasadzie minimum poprawnej argumentacji, której zwykle sam przestrzegam i wymagam od innych, to uznałbyś mój pogląd za szczery, ale wynikający z racjonalizacji, i na tej podstawie odrzuciłbyś go. (Racjonalizacja to pojęcie złożone – obejmuje także, jak zobaczymy, wygłaszanie twierdzeń wynikających z ogólnych teorii, których sam twierdzący nie przyjmuje.)

(iv) Jeśli umiem uzasadnić moją postawę tylko powołując się na przekonania innych („wszyscy wiedzą, że homoseksualizm jest grzechem”), to stwierdzisz, że tylko bezmyślnie powtarzam, a nie opieram się na swoim własnym przekonaniu moralnym. Nie istnieje taki autorytet moralny – z wyjątkiem autorytetu bóstwa (choć jest to sprawa dość skomplikowana) – na który mógłbym się powołać, aby automatycznie zagwarantować, że moja postawa jest postawą moralną. Muszę mieć swoje własne powody, chociaż oczywiście mogły mi one zostać wskazane przez innych.

Wielu Czytelników niewątpliwie nie zgodzi się z tymi nakreślonymi pospiesznie zarysami uprzedzenia, reakcji czysto emocjonalnej, racjonalizacji i bezmyślnego naśladowania innych. Niektórzy mają pewnie własne teorie na ich temat. Nie wchodząc w rzecz głębiej, chciałbym jedynie podkreślić, że są to różne pojęcia i że odgrywają pewną rolę w tym, czy traktujemy czyjąś postawę jako wynik przeświadczeń moralnych. Nie są one jedynie inwektywami służącymi do obrzucania nimi tych poglądów, które się nam nie podobają.

(b) Załóżmy, że przedstawiam jakieś uzasadnienie mojej postawy, którego nie da się odrzucić ze względu na wymienione wyżej (lub jakieś podobne) kryteria. Uzasadnienie takie zawsze zakłada pewną ogólną zasadę lub teorię – choćbym nawet nie umiał jej sformułować, czy w ogóle o niej nie myślał podając moje uzasadnienie. Jeśli uzasadniam mój pogląd tym, że Biblia potępia homoseksualizm, lub tym, że uprawiający praktyki homoseksualne raczej się nie żenią i nie mają dzieci, to tym samym wskazuję, że przyjmuję teorię, którą zakłada podane uzasadnienie. Nie uznałbyś mojej postawy za postawę moralną, gdybyś uważał, że nie przyjmuję tej teorii. Może to być kwestia uczciwości – czy naprawdę uważam, że biblijne nakazy są moralnie wiążące jako takie, czy naprawdę uważam, że prokreacja jest obowiązkiem każdego mężczyzny? Nie tylko uczciwość wchodzi tu w grę, spójność też ma pewne znaczenie. Mogę bowiem sądzić, że przyjmuję pewną ogólną zasadę, i mylić się co do tego, bo inne moje przekonania lub zachowania mogą być z nią sprzeczne. Mogę odrzucać pewne biblijne nakazy, lub uważać, że mężczyzna, jeśli chce, ma prawo pozostać kawalerem, albo używać całe życie środków antykoncepcyjnych.

Ogólne zasady moralne mogą oczywiście podlegać pewnym zastrzeżeniom i możliwe są od nich wyjątki. Różnica między wyjątkiem a sprzecznością polega na tym, że wyjątek może wynikać z innych poglądów moralnych, które rzeczywiście wyznają. Załóżmy, że potępiam, zgodnie z Biblią, wszystkich homoseksualistów, ale nie wszystkich uprawiających seks bez małżeństwa. W jaki sposób mogę uzasadnić to rozróżnienie? Jeśli nie mogę podać żadnego uzasadnienia, to nie mogę też twierdzić, że przyjmuję ogólną zasadę autorytetu Biblii. Jeśli natomiast podaję takie, które rzeczywiście jakoś uzasadniają moje przekonanie, to można zadać to samo pytanie, które dotyczyło mojej pierwszej odpowiedzi. Jaka ogólna zasada zakłada

podane przeze mnie uzasadnienie? Czy mogę szczerze twierdzić, że przyjmuję tę ogólną zasadę? Załóżmy, że moje uzasadnienie brzmi, iż uprawianie seksu bez małżeństwa jest obecnie powszechnym i akceptowanym zwyczajem. Czy rzeczywiście uważam, że niemoralne staje się moralne, gdy się upowszechnia? Jeśli tak nie uważam, a nie umiem podać żadnych innych uzasadnień, to nie mogę twierdzić, że przyjmuję ogólną zasadę głoszącą, że to, co potępia Biblia, jest niemoralne. Oczywiście, gdybyś mi postawił taki zarzut, mógłbym zawsze odpowiedzieć, że wobec tego zmieniam zdanie w sprawie seksu. Mógłbyś jednak odnieść się do tego sceptycznie, powątpiewając, czy jest to rzeczywista zmiana poglądów, czy tylko taktyczne posunięcie w dyskusji.

Zasadniczo nie ma żadnego ograniczenia w drażeniu takich konsekwencji mojego pierwotnego poglądu, w praktyce jednak rzadko która dyskusja do nich dociera.

(c) Czy jednak rzeczywiście muszę umieć uzasadnić moją postawę, aby można było powiedzieć, iż jest ona wynikiem moralnego przeświadczenia? Większość ludzi uważa, że powodowanie niepotrzebnych cierpień lub łamanie ważnych obietnic bez przyczyny jest niemoralne, choć nie potrafiliby podać żadnego powodu tego przekonania. Czują oni, że żaden taki powód nie jest potrzebny, bo przyjmują na zasadzie aksjomatu, jako rzecz oczywistą, że takie czyny są niemoralne. Utrzymywanie, że postawa przyjęta w taki sposób nie może być uznana za postawę moralną, wydaje się sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem.

Jest jednak ważna różnica między przekonaniem, że pewna postawa jest oczywista, a brakiem jakiegokolwiek uzasadnienia. To pierwsze zakłada pozytywne przekonanie, że nie potrzeba żadnych dalszych uzasadnień, że niemoralność pewnego czynu nie wynika z jego skutków społecznych, skutków dla charak-

teru działającego, z boskiego zakazu, czy czegokolwiek innego, lecz z natury samego czynu. Inaczej mówiąc, twierdzenie, że pogląd jest przyjmowany aksjomatycznie, jest jednak pewnym uzasadnieniem, głoszącym mianowicie, że pewien czyn jest niemoralny sam w sobie. Takie uzasadnienie, jak każde inne, może być sprzeczne z przyjmowanymi przeze mnie ogólnymi teoriami.

Argumentacja moralna zakłada nie tylko pewne zasady moralne, lecz także pewne ogólne przekonania na temat rozumowań dotyczących moralności. W szczególności zakłada pewne poglądy na to, jakie czyny mogą być niemoralne same w sobie. Krytykując twoje poglądy moralne, lub próbując uzasadnić moje odrzucenie tradycyjnych reguł, które uważam za głupie, będę prawdopodobnie dowodził, że rozważany czyn nie ma żadnej z tych cech, które mogą mu nadać niemoralny charakter – że nie wiąże się ze złamaniem podjętego zobowiązania, czy niedopełnieniem obowiązku, nie szkodzi nikomu, w tym samemu sprawcy, nie jest zabroniony przez żadną religię, i wreszcie, że nie jest nielegalny. Będę tak argumentował, bo zakładam, że ostateczne podstawy niemoralności czynu ograniczają się do pewnego niewielkiego zbioru takich bardzo ogólnych zasad. Mogę to założenie wypowiedzieć wprost, a może ono się ujawnić dopiero w sposobie argumentacji. W każdym przypadku wyrazi się ono w tym, że poglądy, których nie można uzasadnić przez powołanie się na którąś z tych ogólnych zasad, nazwę *arbitralnymi*, właśnie tak jak zrobiłbym, gdybyś twierdził, że fotografowanie lub pływanie jest niemoralne. Nawet gdybym nie potrafił wyrazić tego podstawowego założenia, to i tak będę je stosował, a ponieważ takie ostateczne kryteria są najbardziej abstrakcyjne z moich zasad moralnych, to nie będą się bardzo różnić od kryteriów uznawanych i stosowanych przez innych. Choć wielu pogardzających homoseksualistami nie umie powiedzieć, dlaczego tak czyni, to niewielu twierdziłoby

stanowczo, że żaden powód nie jest potrzebny – bo to oznaczałoby, w myśl ich własnych zasad, że wyznają arbitralne poglądy.

(d) Można by te analizy ciągnąć dalej, ale wydaje się, że powiedzieliśmy już dość, by pokusić się o pewne wnioski. Jeżeli problem dotyczy tego, czy moje poglądy na homoseksualizm zasługują na miano postawy moralnej, a więc czy mam prawo ze względu na nią głosować przeciwko homoseksualiście, to nie rozstrzygnę tej kwestii zdając po prostu sprawę z moich odczuć. Na pewno zapytasz mnie, jak mogę uzasadnić swoje poglądy, i będziesz dociekał, czy inne moje poglądy i zachowania nie przeczą temu, co zakłada podane przeze mnie uzasadnienie. Użyjesz w tym celu oczywiście swojego rozumienia tego, co to jest uprzedzenie, czy racjonalizacja, lub tego, kiedy jeden pogląd przeczy drugiemu. Ponieważ twoje rozumienie tych rzeczy może się w szczegółach różnić od mojego, a także dlatego, że trudniej jest dostrzec braki we własnych uzasadnieniach niż w cudzych, to może się zdarzyć, że nie zgodzimy się co do tego, czy moja postawa jest czy nie jest postawą moralną.

Musimy się jednak strzec przed sceptycznym błędem, polegającym na przejściu od tych faktów do twierdzenia, że nie istnieje w ogóle coś takiego, jak uprzedzenie, racjonalizacja czy sprzeczność, czy też, że terminy te oznaczają, iż używający ich zdecydowanie nie lubi poglądu, który określa jednym z tych terminów. Byłby to błąd taki sam, jak gdyby twierdzić, że ponieważ różni ludzie różnie rozumieją znaczenie słowa „zazdrość”, i mogą się w dobrej wierze różnić w opiniach na temat tego, czy ktoś jest zazdrosny, to nie istnieje nic takiego jak zazdrość, a jeśli ktoś mówi o kimś innym, że jest zazdrosny, to znaczy to tylko, że bardzo go nie lubi.

Moralność Lorda Devlina

Możemy teraz wrócić do drugiego argumentu Lorda Devlina. Twierdzi on, że gdy ustawodawcy muszą podjąć decyzję w kwestii moralnej (jak, według jego założenia, muszą czynić wtedy, gdy coś zagraża pewnemu cenionemu układowi społecznemu), to muszą podążać za tymi poglądami moralnymi, które stanowią treść moralnego konsensu osiągniętego przez ogół społeczności, ponieważ tego wymagają zasady demokracji, a także dlatego, że społeczność ma prawo kierować się własnym rozeznaniem. Taka argumentacja mogłaby być przekonująca wtedy, gdyby moralny konsens, o którym mówi Lord Devlin, oznaczał zespół postaw moralnych w tym różniącym sensie, który poprzednio analizowaliśmy.

Wcale jednak tego nie oznacza. Definicja postawy moralnej, którą podaje Devlin, pokazuje, że używa on tego pojęcia w sensie, który nazwaliśmy antropologicznym. Zwykły człowiek, którego poglądy mamy czynić prawem – powiada on – „... nie musi wcale nad niczym deliberować, a jego poglądy mogą się opierać głównie na odczuciach”¹⁸. „Jeśli zwykły rozsądny człowiek uważa” – dodaje dalej – „że jakieś postępowanie jest niemoralne, i uważa również – nieważne, czy przekonanie to jest słuszne czy nie, wystarczy, że będzie szczere i bezinteresowne – że żaden zdrowy na umyśle członek społeczeństwa nie może myśleć inaczej, to z punktu widzenia prawa jest ono niemoralne”¹⁹. W innym miejscu Devlin przytacza z aprobatą słowa dziekana Rostowa przypisujące mu pogląd, że „powszechna moralność społeczna jest zawsze mieszaniną zwyczajów i przekonań, rozumu i uczucia, doświadczenia i przesądu”²⁰. Pojęcie przeko-

¹⁸ P. Devlin, *The Enforcement...*, s. 15.

¹⁹ Tamże ss. 22 - 23.

²⁰ E. V. Rostow, *The Enforcement of Morals*. „Cambridge Law Journal”

niania moralnego, którym posługuje się Lord Devlin, wyłania się najwyraźniej z jego znanych słów na temat homoseksualizmu. Jeśli zwykły człowiek uważa homoseksualizm „za wadę tak obrzydliwą, że samo jej występowanie jest szkodliwe”²¹, dowodzi to, według Devlina, że odczucia zwykłego człowieka dotyczące homoseksualizmu są kwestią przekonań moralnych²².

Wnioski Devlina zawodzą, ponieważ opierają się na użyciu terminu „postawa moralna” w tym antropologicznym sensie. Jeśli nawet jest prawdą, że większość ludzi uważa homoseksualizm za obrzydliwą wadę i nie może znieść jego występowania, to jest wciąż możliwe, że ten powszechny pogląd zawiera elementy uprzedzenia (opierające się na założeniu, że homoseksualiści są istotami moralnie gorszymi, bo są zniewieściali), racjonalizacji (opartej na założeniach tak nieuzasadnionych, że sprzeciwiają się społecznie przyjętym zasadom racjonalności) oraz osobistej niechęci (nie wyrażającej żadnego przekonania, lecz po prostu ślepą nienawiść wyrastającą z nieuświadomionego samopodejrzenia). Jest zarazem możliwe, że zwykły czło-

1960, s. 174, 197; przedruk w: tenże, *The Sovereign Prerogative*, 1962, s. 45, 78. Cyt. za: Devlin, *The Enforcement...*, s. 95.

²¹ Tamże s. 17.

²² W przedmowie (tamże, s. viii) Lord Devlin przyznaje, że język oryginalnego wykładu kładł być może „zbyt duży nacisk na odczucia, a zbyt mały na rozumowanie”, i stwierdza, że ustawodawca ma prawo odrzucić przekonania „irracjonalne”. Jako przykład takich przekonań podaje pogląd, że homoseksualizm wywołuje trzęsienia ziemi, i stwierdza, że wykluczenie takich irracjonalności „jest zwykle procesem prostym i względnie nieistotnym”. Sądzę, że można uczciwie przyjąć, że jest to wszystko, co Lord Devlin pozwoliłby ustawodawcy wykluczyć. Jeśli się mylą, a Lord Devlin chciałby też, by ustawodawca wykluczył uprzedzenia, osobiste niechęci, poglądy arbitralne i wszystko inne, to powinien był to wyraźnie powiedzieć i spróbować jakoś określić niektóre z nich. Gdyby to zrobił, jego wnioski byłyby inne i niewątpliwie spotkałyby się z inną reakcją.

wiek nie potrafi w żaden sposób uzasadnić swojego poglądu, a po prostu naśladuje sąsiada, który z kolei naśladuje jego; jest możliwe, że przedstawiłby uzasadnienie zakładające ogólną zasadę, której nie mógłby szczerze, lub bez sprzeczności, uznać. Lecz jeśli tak, to zasady demokracji nie wymagają czynienia prawem takiego konsensu społecznego, bo przekonanie, że uprzedzenia, osobiste niechęci i racjonalizacje nie uzasadniają ograniczania wolności innych, samo zajmuje ważne, wręcz podstawowe miejsce w zbiorze zasad powszechnie przyjmowanej moralności. Nie jest też wtedy tak, że olbrzymia większość społeczności ma prawo kierować się własnym osądem, bo przecież społeczność nie obejmuje tym przywilejem tych, którzy kierują się uprzedzeniami, racjonalizacjami czy osobistymi niechęciami. Samo rozróżnienie między nimi a przekonaniem moralnym istnieje głównie po to, by wskazać, że te pierwsze nie są przekonaniem, którymi ludzie mają prawo się kierować.

Sumienny ustawodawca poinformowany o istnieniu moralnego konsensu musi zbadać zasadność tego konsensu. Nie może oczywiście badać przekonań czy zachowań poszczególnych obywateli, nie może prowadzić przesłuchań w miejskim autobusie. Nie o to przecież chodzi.

Przekonanie, że istnieje moralny konsens, samo także nie wynika z sondażu opinii publicznej. Wynika z poczucia ustawodawcy, że społeczność reaguje nieprzychylnie na pewien rodzaj postępowania. Poczucie to obejmuje jednak także świadomość tego, na jakiej podstawie takie nieprzychylnie reakcje się upowszechniają. Jeśli odbywa się na ten temat społeczna debata, a więc pojawiają się artykuły prasowe, przemówienia w parlamencie, świadectwa zainteresowanych grup czy listy od wyborców, zwiększy to jeszcze wrażliwość ustawodawcy na różnorakie argumenty i poglądy. Musi on przeanalizować te argumenty i poglądy, starając się ustalić, które z nich są uprze-

dzeniami lub racjonalizacjami, które zakładają ogólne zasady tego rodzaju, iż nie można przyjąć, że olbrzymia większość społeczeństwa je wyznaje, i tak dalej. Może się zdarzyć, że ustawodawca, przeprowadziwszy takie rozważania, uzna, że twierdzenie o moralnym konsensie nie da się utrzymać. W przypadku homoseksualizmu, jak sądzę, tak właśnie by się stało i dlatego hipotetyczne rozważania Lorda Devlina, wobec braku odpowiednich rozróżnień, są tak poważnym błędem. Wstrząsająca i błędna jest w nich nie jego myśl, że moralność społeczeństwa się liczy, ale jego rozumienie tego, co się liczy w poczet „moralności społeczeństwa”.

Oczywiście ustawodawca musi przeprowadzać te badania na własny rachunek. Jeżeli sam podziela analizowane powszechne przekonanie, to jest mało prawdopodobne, że je zakwestionuje – choć jeśli jest samokrytyczny, to może się tak stać. W każdym przypadku, ostateczna opinia ustawodawcy zależeć będzie od jego rozumienia wymagań powszechnej moralności. To jest jednak nieuchronne, bo jakichkolwiek kryteriów żądalibyśmy od niego, mógłby je zastosować tylko tak, jak sam je rozumie.

Ustawodawca postępujący w ten sposób, odmawiający uznania powszechnego gniewu, nietolerancji i obrzydzenia za moralne przekonania społeczeństwa, nie jest winny moralnego elitaryzmu. Nie przeciwstawia on wszakże swoich wyrafinowanych poglądów poglądom przeważającej większości społeczeństwa, która tamte odrzuca. Przeciwnie, czyni, co w jego mocy, by nadawać postać prawa pewnym dobrze określonym i mającym fundamentalne znaczenie elementom moralności społeczeństwa – ważniejszym dla istnienia tego społeczeństwa niż poglądy, którymi powinien się kierować według Lorda Devlina.

Żaden ustawodawca nie może sobie pozwolić na niedostrzeżenie społecznego oburzenia. Jest to fakt, z którym musi się on liczyć. Wyznacza on granice tego, co w polityce da się prze-

prowadzić, i określa w obrębie tych granic strategie egzekwowania. Nie można jednak mylić strategii ze sprawiedliwością ani faktów życia politycznego z zasadami politycznej moralności. Lord Devlin rozumie te rozróżnienia, ale obawiam się, że jego argumentacja przemawia najsilniej do tych, którzy ich nie rozumieją.

Postscriptum o pornografii

Mówiłem o homoseksualizmie, ponieważ tym przykładem postęgiwał się Lord Devlin. Powiniennem teraz powiedzieć parę słów o pornografii, choćby tylko dlatego, że wtedy, gdy w Wielkiej Brytanii dyskutowano o teoriach Lorda Devlina, w Ameryce pierwsze strony gazet zajmowała raczej pornografia niż homoseksualizm. Niedługo przedtem Sąd Najwyższy wydał orzeczenia w trzech ważnych sprawach: *Ginzburg*, *Mishkin* i *Fanny Hill*²³. W dwu pierwszych Sąd Najwyższy podtrzymał werdykty sądów niższej instancji i kary więzienia za rozpowszechnianie pornografii, w trzeciej Sąd zniósł stanowy zakaz rozpowszechniania powieści uznanej za pornograficzną, ale trzech sędziów złożyło *votum separatum*.

W dwu pierwszych sprawach chodziło o zgodność przepisów stanowych z Konstytucją, w trzeciej – o interpretację i zastosowanie ustawodawstwa federalnego. Sąd musiał więc rozstrzygnąć konstytucyjną kwestię dotyczącą tego, w jakim zakresie państwo czy naród może prawnie ograniczać możliwości publikowania literatury erotycznej, oraz kwestie interpretacji ustawowej. Każde z tych rozstrzygnięć wiązało się z pewnymi problemami dotyczącymi zasad polityki, tego rodzaju, jakie rozważaliśmy poprzednio.

²³ Zob. powyżej, przyp. 2.

Większość sędziów Sądu Najwyższego kierowała się w tych sprawach precedensowym kryterium zgodności z Konstytucją ustalonym kilka lat wcześniej w sprawie *Roth*²⁴. Według tego kryterium, książka jest pornograficzna i jako taka nie podlega ochronie I Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, jeżeli: „(a) główny wątek tekstu jako całości odwołuje się do pożądlivosti seksualnej; (b) tekst w oczywisty sposób narusza przyjęte we współczesnym społeczeństwie standardy opisu czy innego sposobu przedstawiania spraw dotyczących seksu; oraz (c) tekst nie niesie żadnych społecznie istotnych wartości”²⁵. Można by tu postawić takie oto pytanie dotyczące zasad polityki: Skąd rząd federalny czy stanowy czerpie moralne prawo do zabrania publikacji książek uznanych za pornograficzne według powyższego kryterium?

Jednej z możliwych odpowiedzi udziela uzasadnienie orzeczenia sędziego Brennana w sprawie *Mishkin*. Literatura erotyczna, twierdzi on, skłania niektórych czytelników do przestępstwa. Jeśli tak jest, o ile znaczna część czytelników nie zostałaby nakłoniona do tego samego typu przestępstwa przez inne czynniki, i jeżeli nie można sobie skutecznie poradzić z tym problemem innymi środkami, to być może społeczeństwo ma prawo zabronić publikowania takiej literatury. Wszystko to jednak są spekulatywne hipotezy, a poza tym nie stosują się w przypadku spraw takich jak *Ginzburg*, w której sąd oparł orzeczenie nie na pornograficznym charakterze samej literatury, lecz na tym, że była czytelnikom przedstawiana otwarcie jako wyzwalająca pożądanie. Czy da się jakoś inaczej uzasadnić zakaz publikacji książek pornograficznych?

²⁴ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957). Zob. przyp. 2.

²⁵ *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 413, 418 (1966). Zob. tenże przyp. 2.

Można by skonstruować argument na wzór drugiego argumentu Lorda Devlina. Wielu z tych, którzy sądzą, że społeczeństwo ma prawo zabraniać publikacji pornografii, rzeczywiście czuje się przekonanych podobnymi argumentami. Argument mógłby wyglądać tak:

(1) Jeżeli dopuścimy do swobodnej sprzedaży i rozpowszechniania książek pornograficznych, tak jakby to były świeże bułeczki, to gusta społeczne powoli się zmienią. To, co dziś uważa się za obsceniczne i wulgarne w mowie, ubiorze i zachowaniu w miejscach publicznych, stanie się dopuszczalne. Społeczeństwo mające swobodny i legalny dostęp do pornografii wkrótce nie zadowolony się niczym lżejszym i wszystkie formy popularnej kultury nieuchronnie zaczną oscylować wyłącznie wokół pożądania seksualnego. Takie rzeczy już się działy – rozluźnienie przepisów prawa, które pozwoliło na publikację książek w rodzaju *Zwrotnika Raka*, wywarło niewątpliwie wpływ na to, co widzimy w filmach, magazynach ilustrowanych, na plażach i na ulicach. Musimy zapewne płacić tę cenę za publikację rzeczy uznanych przez wielu krytyków za dzieła sztuki, ale nie musimy płacić ceny znacznie wyższej za publikację zwykłego śmiecia – produkowanego masowo wyłącznie dla zysku.

(2) Nie wystarczy na to odpowiedzieć, że praktyki społeczne nie zmieniają się, jeżeli większość społeczeństwa nie uczestniczy chętnie w tej zmianie. Zepsucie może wnikać w tkankę społeczną poprzez media i inne siły pozostające poza kontrolą szerokich mas społeczeństwa, ba, poza jakąkolwiek świadomą kontrolą. Oczywiście pornografia pociąga, chociaż zarazem jest odpychająca, a więc gdy społeczne normy zejną poniżej pewnego poziomu, większość nie będzie się już przeciwstawiać dalszemu ich obniżaniu, ale świadczy to tylko o rozmiarze

zepsucia, a nie o tym, że żadnego zepsucia nie ma. To właśnie ta możliwość powoduje, że musimy narzucać mocą ustaw nasze normy, póki jeszcze je mamy. Jest to tylko przykład – jeden z wielu – sytuacji, w której chcemy, żeby prawo broniło nas przez nami samymi.

(3) Zakaz publikowania pornografii ogranicza wolność autorów, wydawców i przyszłych czytelników. Jeśli jednak to, co zamierzaliby robić, jest niemoralne, to – nawet takim kosztem – mamy prawo do ochrony. W ten sposób stajemy przed problemem moralnym, czy ma się moralne prawo publikować lub czytać „twardą” pornografię nie przedstawiającą żadnej wartości oprócz efektu erotycznego. Taki problem nie może zostać rozwiązany ani arbitralnie, ani przez samozwańcze autorytety moralne, lecz wyłącznie poprzez odwołanie się do opinii społeczeństwa. Społeczeństwo uważa obecnie, że „twarda” pornografia jest niemoralna, że jej producenci są stręczycielami, a ochrona społecznej moralności dotyczącej seksu i spraw z nim związanych jest tak ważna, że uzasadnia ograniczenie ich wolności.

Niezależnie od poprawności lub niepoprawności tego argumentu, jest dla niego istotne, żeby konsens opisany w ostatnim zdaniu dotyczył przekonań moralnych. Jeśli okazałoby się, że niechęć zwykłego człowieka do producentów pornografii jest jedynie kwestią gustu czy poglądem arbitralnym, to argument zawodziłby, bo nie są to wystarczające powody do ograniczania wolności.

Wielu Czytelnikom samo pytanie, czy opinie zwykłego człowieka na temat pornografii są przekonaniem moralnym, wyda się pewnie paradoksalne. Dla większości ludzi kodeks seksualny stanowi centralny punkt moralności, jeśli więc poglądy zwykłego człowieka na seks bez małżeństwa, cudzołóstwo, sadyzm, ekshibicjonizm i inne rodzaje towaru dostarczanego

przez pornografię nie są poglądami moralnymi, to trudno sobie wyobrazić, jakie inne poglądy zwykłego człowieka mogłyby nimi być. Jednak pisanie i czytanie o takich praktykach to nie to samo, co branie w nich udziału i można by zapewne podać dobre uzasadnienia potępienia samych tych praktyk (powodują ból, naruszają godność osobistą, są obraźliwe, zakłócają porządek publiczny) nie rozciągające się jednak na fantazjowanie o nich i delectowanie się wytworami tych fantazji.

Ci, którzy twierdzą, że w zakresie przekonań moralnych dotyczących pornografii istnieje społeczny konsens, muszą dowieść, że tak jest rzeczywiście. Muszą przedstawić takie racje czy argumenty moralne, które przeciętny członek społeczeństwa mógłby szczerze i bez sprzeczności uznać i kierować się nimi tak, jak to opisaliśmy. Być może da się to zrobić, ale nie można takiej analizy po prostu zastąpić stwierdzeniem, że zwykły człowiek – czy to na ławie przysięgłych, czy w miejskim autobusie – opowiada się przeciwko pornografii.