

-Arctowej). Również inni autorzy prac zawartych w recenzowanym zbiorze korzystają, dla sformułowania hipotez i założeń teoretycznych swoich badań, z prac teoretyczno-prawnych (np. J. Kwaśniewski wykorzystuje w tym celu koncepcje zawarte w pracy H. L. A. Harta, *The Concept of Law*). Status teorii państwa i prawa jest analogiczny do statusu metaetyki jako dyscypliny naukowej⁵. Stosunek teorii państwa i prawa do tzw. dogmatyki prawa odpowiada stosunkowi metaetyki do etyki normatywnej, zaś stosunek teorii prawa do nauk empirycznych o prawie, w szczególności do socjologii prawa, jest taki sam jak stosunek metaetyki do etologii. Dlaczego więc Podgóreckiemu, zajmującemu się problematyką prawa i moralności, w uprawianiu badań empirycznych nad moralnością nie przeszkadza metaetyka, o której w swoich rozważaniach metodologicznych w ogóle nie wspomina? Nie wydaje się, aby „stopień spekulatywności” metaetyki był mniejszy od „stopnia spekulatywności” teorii państwa i prawa, którą autor tak namiętnie zwalcza. Idąc konsekwentnie po linii rozumowania Podgóreckiego, należałoby również wysunąć postulat likwidacji metaetyki jako odrębnej dyscypliny filozoficznej i włączenia jej problematyki do etologii.

Powyższe uwagi polemiczne dotyczą marginesowego w gruncie rzeczy nurtu rozważań recenzowanej książki i nie mają istotnego znaczenia dla globalnej oceny tej niezwykle wartościowej pozycji. Recenzowany zbiór prac stanowi cenne dzieło naukowe, wzbogacające teorię prawa i moralności szeregami odkrywczych i ważkich twierdzeń i hipotez naukowych, dotyczących mechanizmów kształtowania się świadomości moralnej i prawnej społeczeństwa.

Jest to również praca cenna z punktu widzenia metodologicznego, ukazuje bowiem bogaty i nowatorski metodycznie warsztat badawczy. Hipotezy i twierdzenia sformułowane przez autorów jako wnioski z przeprowadzonych badań odznaczają się wysoką wartością informacyjną i płodnością teoretyczną, niezależnie od wątpliwości merytorycznych, które mogą wzbudzać. Zostały one bowiem tak sformułowane, że płodna naukowo może okazać się zarówno ich weryfikacja, jak falsyfikacja.

Rzetelna i pogłębiona krytyka badań przeprowadzonych przez A. Podgóreckiego i jego zespół nie może ograniczyć się do analizy teoretycznej. Najbardziej właściwą formą krytyki tych prac może być jedynie ich twórcza kontynuacja.

Wiestaw Lang

MORALNOŚĆ I ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA

H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford 1968, ss. IX + 271.

1. Zagadnienia wspólne dla prawa i moralności należą do klasycznego repertuaru zarówno rozważań etycznych, jak teoretycznoprawnych. Faktyczna interferencja tych dwóch rodzajów reguł w skali społecznej i w motywacjach jednostek od daw-

⁵ Por. M. Fritzhand, *Główne zagadnienia i kierunki metaetyki*. Warszawa 1970.

na wywołuje refleksje. Szukanie uzasadnień prawa i jego instytucji poza przymusem skłania niejednokrotnie do sięgania do moralnego fundamentu obowiązywania prawa, który to prawo ma uświęcać, a krytyka prawa również niejednokrotnie opiera się na przekonaniach o tym, co dobre moralnie i moralnie zle.

Sz szczególnie ostrym terenem konfrontacji prawa i moralności jest prawo karne. Charakter przedmiotu nakazów i zakazów zagrożonych sankcjami karnymi, ich dolegliwość, ograniczenie wolności, a nawet śmierć — jako konsekwencje naruszenia prawa wywołują potrzebę uzasadnienia, szukania jakiegoś *rationale*. Jest ono podstawą refleksji krytycznej nad celem odpowiedzialności karnej oraz instrumentalnymi i zasadniczymi wartościami kary.

Te szerokie tematy mają ogromną literaturę, nagromadzoną od wieków. Przynależnym do niej jest omawiany zbiór prac profesora H. L. A. Harta.

2. H. L. A. Hart jest czołowym współczesnym przedstawicielem tzw. analitycznej jurysprudence, będącej wersją pozytywizmu prawniczego¹. Nawiązuje krytycznie do poglądów Austina i Benthama i prowadzi rozważania w stylu szkoły oxfordzkiej, kładąc nacisk na analizy językowe. Jest to cechą całej jego twórczości, a szczególnie wyraźnie przejawia się w pracy o przyczynowości w prawie² oraz w analizach jego monografii o pojęciu prawa³.

Problemy prawa i moralności interesują go od dawna. Traktuje ich sposób rozwiązywania jak punkt węzłowy w określeniu „pozytywizmu prawniczego”, zdając sobie w pełni sprawę z wieloznaczności tego ostatniego terminu⁴. Jednocześnie jednak, reprezentując stanowisko pozytywistyczne oddzielenia prawa i moralności⁵, wysuwa sam koncepcję „minimum prawa natury”⁶.

Omawiany zbiór prac, publikowany w ciągu ostatnich dziesięciu lat, wiąże się z problematyką prawa karnego. Autor sam grupuje rozdziały swej pracy, wyróżniając cztery tematy (s. V). Po pierwsze, chodzi mu o zagadnienia „subiektywnych” przesłanek odpowiedzialności oraz o problematykę kary śmierci (rozd. I: „Prolegomena do zasad karania”; rozdz. II: „Odpowiedzialność prawna i jej wyłączenia (*excuses*)”; rozdz. III: „Zabójstwo i zasady karania: Anglia i USA”). Drugim tematem jest omówienie swoistych warunków odpowiedzialności karnej (rozd. IV: „Akty woli i odpowiedzialność”; rozdz. V: „Intencja i kara”; rozdz. VI: „Niedbalstwo, *mens rea* i odpowiedzialność karna”). Trzecia grupa zagadnień to polemika z poglądem, jakoby odpowiedzialność karna mogła się obyć bez uwzględnienia psychicznych warunków odpowiedzialności (rozd. VII: „Kara i eliminacja odpowiedzialności”; rozdz. VIII: „Zmieniające się pojęcia odpowiedzialności”). Wreszcie ostatni

¹ Por. np. H. L. Hart, *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, „University of Pennsylvania Law Review” 1957, t. 105 Czasem podkreśla się pośrednio stanowiska Harta między tradycjami poglądów Austina, kelsenizmem i realizmem; por. G. Fasso, *Storia della filosofia del diritto*, t. 3, Bologna 1970, s. 358—362.

² H. L. A. Hart, A. M. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford 1959, oraz recenzja tej pracy: J. Wróblewski, „Państwo i Prawo” 1962, nr 2.

³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, oraz recenzja tej pracy: J. Wróblewski, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, nr 1.

⁴ Por. np. H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, „Harvard Law Review” 1958, t. 71; tenże, *The Concept of Law*, rozdz. IX; tenże, *Legal and Moral Obligation*, w: A. I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Washington 1958.

⁵ Oddzielenie to stanowi w koncepcjach angloamerykańskich kryterium stanowiska pozytywistycznego; por. H. L. A. Hart, *Positivism...*, passim, zwłaszcza s. 594—601; S. I. Shufan, *Legal Positivism*, Detroit 1963, i recenzja: J. Wróblewski, „Państwo i Prawo” 1965, nr 12; M. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese*, Milano 1963, i recenzja: J. Wróblewski, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1966, nr 2.

⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, rozdz. IX, punkt 2.

temat to analiza różnych znaczeń terminów „odpowiedzialność” i „odpłata” (rozdz. IX: „*Post scriptum: Odpowiedzialność i odpłata*”).

Autor daje podtytuł swej książce: *Essays in Legal Philosophy*, który trafnie podkreśla, iż chodzi mu nie o tzw. zagadnienia dogmatycznoprawne, ale o zasadnicze kwestie teoretyczne. Jednak jego wywody są najściślej związane ze swoistymi właściwościami angielskiego prawa karnego i jego konstrukcjami (np. *mens rea*). Interesujące spory doktrynalne również obracają się w kręgu myśli angielskiej, a polemiki dotyczą również autorów tego kraju (np. polemika z Lady Wootton — rozdz. VIII i in.; z dr. Turnerem — rozdz. VI). Wyjątkiem są rozważania porównawcze związane z karaniem zabójstwa w Anglii i USA (rozdz. III). Byłoby interesujące zbadać, czy i jak ogólne rozważania autora mogą się ostać w odniesieniu do innego kręgu instytucjonalnego i doktrynalnego.

Zakres tematów poruszanych w pracy jest bardzo rozległy, nawet wówczas, gdy pominąć to, co jest związane z właściwościami prawa angielskiego i rozwijanej na jego gruncie doktryny. Tematy te bowiem dotyczą samych podstaw prawa karnego. W niniejszych rozważaniach zajmę się tylko jednym wątkiem rozważań, który przewija się przez poszczególne tematy, a jest interesujący nie tylko z prawniczego punktu widzenia; chodzi mianowicie o zagadnienia uwzględnienia moralności w kwestiach odpowiedzialności karnej. Jest to więc jeden z aspektów stosunków między prawem i moralnością w ujęciu wybitnego przedstawiciela jurysprudencki analitycznej.

3. Hart uważa, że tzw. teorie kary stanowią „moralne żądania [*claims*] dotyczące tego, co uzasadnia praktykę karania — żądania dotyczące wyjaśnienia: dlaczego kara moralnie powinna lub może być stosowana” (s. 72). Wskazuje to na moralny podtekst wszelkich teorii kary, niezależnie od tego, jak są one formułowane. Z pewnością dlatego autor, analizując zagadnienia kary, wielokrotnie podkreśla, że chodzi o danie koncepcji, która by była „moralnie do przyjęcia” (por. s. 1, 3, 152). Zdaje się więc żywić przekonanie, że wszelka teoria kary winna być teorią, która w jakimś ogólnym sensie może być zaakceptowana z moralnego punktu widzenia.

Powstaje pytanie, czy przez to nie przesądza się już koncepcji kary jako reakcji na moralne zło czy też jako wyrażenia moralnego potępienia? Jak wykazuje analiza poglądów omawianej pracy, takie stanowisko nie byłoby — zdaniem autora — uzasadnione (por. niżej, punkt 6). Chodzi mu tylko o to, by koncepcja kary nie naruszała przekonań moralnych, ale nie o to, by sama kara była uzasadniona, jakimiś celami moralnymi.

Nasunąć się może następne pytanie, do jakiej moralności autor odsyła. Jeżeli bowiem zdawać sobie sprawę z wielości moralności przyjmowanych przez różne grupy społeczne, to czy — zdaniem autora — należałoby się tutaj odwoływać do jakiejś moralności określonej grupy, czy też do tej moralności, jaką autor uważa za wiążącą. Na to odpowiedzi nie mamy. Hart widzi, rzecz prosta, wielość koncepcji moralnych, i jest to — według niego — jeden z zarzutów wobec moralnej retributywnej teorii kary (s. 171). Ale jednocześnie nie precyzuje, o jaką moralność mu chodzi; zwrot: „przekonania moralne, które żywi większość z nas” (s. 88) nie usuwa wątpliwości.

4. Zdaniem Harta, taka teoria kary, która jest moralnie do przyjęcia, musi uwzględniać wielość różnych „zasad” karania czy też złożony charakter samej kary (s. 1, 3) i nie powinna, stosując zabiegi definicyjne, upraszczać zagadnienia kary przez ograniczanie jej do przypadków standardowych (s. 3, 5). Teoria karania musi odpowiedzieć na pytanie, dlaczego pewne rodzaje zachowania są przez prawo zakazane i przez to nadaje im się charakter czynów zbrodniczych i występnych. Autor

daje odpowiedź na to pytanie przez wskazanie „bezpośrednich celów prawa” i cele te uzasadnia.

„Bezpośredni cel prawa” polega na wpływaniu na określone rodzaje zachowania (s. 7).⁷ Odpowiedź na pytanie nie jest więc prosta: po to zabrania się pewnych zachowań, by „obwieścić społeczeństwu, że nie powinno się działać w określony sposób i aby zapewnić, by mniej było takich działań” (s. 6). Ale ta odpowiedź nie daje jeszcze uzasadnienia kary, jak trafnie zauważa autor. Takiego uzasadnienia mają właśnie dostarczyć „teorie kary”.

Teorii uzasadniających karę jest wiele. Autor zajmuje się tymi, które mają największe znaczenie w aktualnych koncepcjach angielskich. Można by je uzupełniać rozmaitymi konstrukcjami występującymi poza terenem interesującym autora, lecz nie miejsce na to w niniejszym omówieniu. Ograniczam się tutaj do dwóch zasadniczych kwestii, mianowicie do odróżnienia za autorem „ogólnego celu uzasadniającego kary” od kwestii wymiaru kary oraz do omówienia roli czynnika moralnego w ich ustalaniu.

5. Hart trafnie podkreśla potrzebę odgraniczenia od siebie dwóch pytań. Pierwsze z nich dotyczy ogólnego celu karania jako uzasadnienia kary, drugie zaś odpowiedzi na pytanie, kogo należy karać. Odpowiedź na pytanie pierwsze wyznacza koncepcję „ogólnego uzasadniającego celu kary”. Cel ten formułują właśnie „teorie kary”. Między innymi celem takim może być „moralna odплата” (s. 9, por. niżej, punkt 6). Niezależnie jednak od określenia tego celu trzeba dać odpowiedź na drugie z postawionych pytań, które dotyczy już wymiaru (*distribution*) kary (s. 9, 127). Ta niezależność przejawia się w tym, że nawet odrzucając ogólne uzasadnienie kary jako moralnej odplaty, można kłaść nacisk na konieczność moralnego charakteru wymiaru tej kary. Dzieje się tak dlatego, że — jak podkreśla autor — trzeba zawsze badać, „czy istnieją i ewentualnie jakie istnieją zasady, które miarkują nieograniczone dążenie do realizacji celu lub wartości [wyznaczonych przez teorię karania — J. W.]” (s. 10). Mimo tego warunkowego sformułowania, można przyjąć za autorem, że takie ograniczenia zawsze są niezbędne, gdyż istnieje wiele konfliktowych zasad wyrażonych w teorii karania, która jest ich kompromisem. A przynajmniej tak ma się rzecz wówczas, gdy teoria ta może być tolerowana z moralnego punktu widzenia — o czym już wspomniałem.

Wskazana przez Harta niezależność ustalenia ogólnego celu uzasadniającego karę od wyznaczenia zasad wymierzenia kary jest, jak sądzę, dyskusyjna. Z jednej strony przynajmniej niektóre „ogólne cele” wyznaczają zasady wymiaru kary: gdy np. celem tym jest odплата za wyrządzone zło moralne, to wymiar kary jest dość jednoznacznie określony pod względem podmiotowym, natomiast gdy celem jest np. ochrona określonych wartości społecznych, to jeszcze nie przesądza się, czy wymiar kary ma być skierowany dla odstraszenia, czy dla odplaty, czy dla wychowania tego, kogo traktuje się jako przestępcę itd. Z drugiej zaś strony zasady wymiaru kary mogą być rozmaite przy przyjmowaniu danego ogólnego celu i tutaj wchodzi w grę w praktyce różnorodność zasad, łączenie ich w drodze kompromisów i istnienie rozmaitych sytuacji, w których wyłączona lub modyfikowana jest przestępczość czynu lub jego karalność. Są to już zagadnienia konkretnych przepisów prawa — autor zajmuje się szeroko tymi zagadnieniami (zwłaszcza rozdz. II, IV—VI).

W szczególności odróżnienie tych ogólnych celów kary od kwestii wymiaru kary występuje ostro ze względu na własne poglądy autora. Hart różni dwa typy koncepcji ogólnego celu kary — odplaty moralnej i utilitaryzmu, sam jest zaś

⁷ O bezpośrednich i pośrednich celach prawa por. np. K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 303.

zwolennikiem specjalnej formy utylitaryzmu (s. 88). Odrzucając teorię odpłaty moralnej, chce wykazać, że mimo jej odrzucenia przyjąć należy wagę moralną wymiaru kary (s. 11), moralną doniosłość wyłączeń w tym zakresie (s. 49) i wiąże ten wymiar z zasadami sprawiedliwości (s. 22, por. s. 201). Chce też wykazać, że odrzucenie teorii odpłaty moralnej nie oznacza wcale zrezygnowania z koncepcji odpowiedzialności i uznania karania za rodzaj „społecznej higieny” (s. 81 i n., 193 i n., por. też niżej, punkt 7).

Tak więc odróżnienie tych dwóch zagadnień, ważkich z teoretycznego punktu widzenia dla analizy różnych teorii kary, ma bezpośrednią doniosłość dla wprowadzenia elementu moralnego do tej teorii mimo odrzucenia „odpłaty moralnej” jako ogólnego celu uzasadniającego karę.

6. Teoria odpłaty moralnej jest przedstawiona w postaci modelu. Sprowadza się on do trzech twierdzeń: a) osoba może być ukarana tylko i wyłącznie wówczas, gdy z własnej woli uczyniła coś moralnie złego; b) kara ma w pewnym sensie być stosowna lub stanowić odpowiednik zła wyrządzonego; c) uzasadnieniem karania osoby w tych warunkach jest to, że sprawiedliwe lub moralnie dobre jest samo odpięcie cierpieniem za moralne zło dobrowolnie wyrządzone (s. 231).

Taka postać teorii odpłaty, zwanej też przez autora „starszą koncepcją kary” (s. 159), może ulegać różnym modyfikacjom. Chodzi tutaj o to, że odpowiedniość przestępstwa i kary dotyczy relacji między karami za różne przestępstwa, a nie między poszczególnymi przestępstwami i poszczególnymi karami (s. 234). W ten sposób można uwzględnić element wyrządzonej szkody i wytłumaczyć, dlaczego za usiłowanie karze się lżej niż za czyn (s. 129 i n.). Dalej modyfikacją jest stwierdzenie, że może chodzić nie tyle, ściśle rzecz biorąc, o odpłatę, co o wyrażenie potępienia moralnego i oburzenia moralnego (s. 169, 223, 235)⁸. Wreszcie możliwe jest pewne zbliżenie z teorią utylitarną wówczas, gdy rozróżnia się zakres, w jakim prawo karne pokrywa się z moralnością, od tego, w jakim dotyczy zachowań moralnie obojętnych; odpowiadać to ma staremu podziałowi na *mala in se* i *mala prohibita* (s. 236).

Hart nie jest zwolennikiem teorii odpłaty. Charakteryzuje ją trafnie jako teorię „patrzącą wstecz” na karalny czyn zarówno wówczas, gdy chodzi o stwierdzenie odpowiedzialności (*conviction*) w odpowiedzi na pytanie, „czy można daną osobę skazać za dane przestępstwo” (s. 114 i n., 160), jak i stwierdzenie, jak ją ukarać (*sentencing*) (s. 115, 161 i n.). Odwołanie się tutaj do moralności nie jest, jak autor wywodzi, przekonującym argumentem z trzech względów.

Po pierwsze, ujęcie takie „zbyt łatwo ułatwia sprawę tak dla sędziów, jak i dla społeczeństwa” (s. 170) w tym sensie, że pozwala powoływać się na nieokreślone oceny zamiast skłaniać do myślenia nad następstwami decyzji. Ponadto takie ujęcie usuwa możliwość kontrolowanego wpływu na potocznie przyjmowaną moralność. Są to argumenty ważne; niebezpieczeństwa tego typu powstają i u nas w zakresie prawa cywilnego w związku z posługiwaniem się zasadami współżycia społecznego⁹. Tu sprawa jest ostrzejsza, gdyż chodzi o uzasadnienie kary.

Po drugie, odesłanie do moralności może być złudne, gdyż w społeczeństwie istnieje pluralizm moralności (s. 171). Argument jest trafny, choć, jak wskazałem w punkcie 3, autor nie uwzględnił go w formułowaniu swych własnych koncepcji.

⁸ O koncepcji kary jako wyrażenia oburzenia moralnego por. klasyczną pracę S. Ranulfa, *The Jealousy of Gods and Criminal Law of Athens. A Contribution to the Sociology of Moral Indignation*, London—Copenhagen 1934.

⁹ O niebezpieczeństwie związanym z nadużywaniem tej klauzuli generalnej por.: J. Wróblewski, *Ślusznosc w systemie prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, nr 1, s. 111 i n. i zamieszczona tam bibliografia.

zwolennikiem specjalnej formy utilitaryzmu (s. 88). Odrzucając teorię odpłaty moralnej, chce wykazać, że mimo jej odrzucenia przyjąć należy wagę moralną wymiaru kary (s. 11), moralną doniosłość wyłączeń w tym zakresie (s. 49) i wiąże ten wymiar z zasadami sprawiedliwości (s. 22, por. s. 201). Chce też wykazać, że odrzucenie teorii odpłaty moralnej nie oznacza wcale zrezygnowania z koncepcji odpowiedzialności i uznania karania za rodzaj „społecznej higieny” (s. 81 i n., 193 i n., por. też niżej, punkt 7).

Tak więc odróżnienie tych dwóch zagadnień, ważkich z teoretycznego punktu widzenia dla analizy różnych teorii kary, ma bezpośrednią doniosłość dla wprowadzenia elementu moralnego do tej teorii mimo odrzucenia „odpłaty moralnej” jako ogólnego celu uzasadniającego karę.

6. Teoria odpłaty moralnej jest przedstawiona w postaci modelu. Sprowadza się on do trzech twierdzeń: a) osoba może być ukarana tylko i wyłącznie wówczas, gdy z własnej woli uczyniła coś moralnie złego; b) kara ma w pewnym sensie być stosowna lub stanowić odpowiednik zła wyrządzonego; c) uzasadnieniem karania osoby w tych warunkach jest to, że sprawiedliwe lub moralnie dobre jest samo odplacenie cierpieniem za moralne zło dobrowolnie wyrządzone (s. 231).

Taka postać teorii odpłaty, zwanej też przez autora „starszą koncepcją kary” (s. 159), może ulegać różnym modyfikacjom. Chodzi tutaj o to, że odpowiedzialność przestępstwa i kary dotyczy relacji między karami za różne przestępstwa, a nie między poszczególnymi przestępstwami i poszczególnymi karami (s. 234). W ten sposób można uwzględnić element wyrządzonej szkody i wytłumaczyć, dlaczego za usiłowanie karze się lżej niż za czyn (s. 129 i n.). Dalej modyfikacją jest stwierdzenie, że może chodzić nie tyle, ściśle rzecz biorąc, o odpłatę, co o wyrażenie potępienia moralnego i oburzenia moralnego (s. 169, 223, 235)⁸. Wreszcie możliwe jest pewne zbliżenie z teorią utilitarną wówczas, gdy rozróżnia się zakres, w jakim prawo karne pokrywa się z moralnością, od tego, w jakim dotyczy zachowań moralnie obojętnych; odpowiadać to ma staremu podziałowi na *mala in se* i *mala prohibita* (s. 236).

Hart nie jest zwolennikiem teorii odpłaty. Charakteryzuje ją trafnie jako teorię „patrzącą wstecz” na karalny czyn zarówno wówczas, gdy chodzi o stwierdzenie odpowiedzialności (*conviction*) w odpowiedzi na pytanie, „czy można daną osobę skazać za dane przestępstwo” (s. 114 i n., 160), jak i stwierdzenie, jak ją ukarać (*sentencing*) (s. 115, 161 i n.). Odwołanie się tutaj do moralności nie jest, jak autor wywodzi, przekonującym argumentem z trzech względów.

Po pierwsze, ujęcie takie „zbyttnio ułatwia sprawę tak dla sędziów, jak i dla społeczeństwa” (s. 170) w tym sensie, że pozwala powoływać się na nieokreślone oceny zamiast skłaniać do myślenia nad następstwami decyzji. Ponadto takie ujęcie usuwa możliwość kontrolowanego wpływu na potocznie przyjmowaną moralność. Są to argumenty ważne; niebezpieczeństwa tego typu powstają i u nas w zakresie prawa cywilnego w związku z posługiwaniem się zasadami współżycia społecznego⁹. Tu sprawa jest ostrzejsza, gdyż chodzi o uzasadnienie kary.

Po drugie, odesłanie do moralności może być złudne, gdyż w społeczeństwie istnieje pluralizm moralności (s. 171). Argument jest trafny, choć, jak wskazałem w punkcie 3, autor nie uwzględnił go w formułowaniu swych własnych koncepcji.

⁸ O koncepcji kary jako wyrażenia oburzenia moralnego por. klasyczną pracę S. Ranulfa, *The Jealousy of Gods and Criminal Law of Athens. A Contribution to the Sociology of Moral Indignation*, London—Copenhagen 1934.

⁹ O niebezpieczeństwie związanym z nadużywaniem tej klauzuli generalnej por.: J. Wróblewski, *Stuszność w systemie prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, nr 1, s. 111 i n. i zamieszczona tam bibliografia.

Z naszego punktu widzenia trzeba by podkreślić, że prawo obowiązujące jako całość wiąże się z częścią poglądów moralnych tych grup społecznych (w społeczeństwie klasowym — przede wszystkim klas), które ideologicznie decydują o treści prawa. Hart trafnie zauważa, że odwoływanie się do poglądów „rozsądnego człowieka [...] bardzo często jest odbiciem rzuconym przez poglądy moralne sędziego lub jego własnej klasy społecznej” (s. 171).

Po trzecie wreszcie nacisk, jaki kładzie omawiana koncepcja na to, by skale kary nie odbiegały arbitralnie od „powszechnych rozróżnień moralnych”, nie jest związany z teorią odpłaty, lecz z uznaniem zasady sprawiedliwości: „podobne przypadki powinny być traktowane podobnie” (s. 172, por. s. 22—24 i n.). Zasada sprawiedliwości jest jednak instrumentalna w stosunku do ogólnych celów kary i, jak wskazuje praktyka, ustępuje im (np. karanie szczególnie surowe dla uniknięcia jakiegoś większego zła).

Teoria odpłaty jako teoria jedynego celu karania trudna byłaby do obrony i na gruncie naszej ideologii prawniczej. Trzeba tu podkreślić jednak, że wiele czynów zabronionych pod groźbą kary wywołuje „oburzenie moralne”. Zakres nazwy „czyn społecznie niebezpieczny” pozostaje w stosunku krzyżowania się z zakresem nazwy „czyn wywołujący potępienie moralne” w odniesieniu do tej moralności, jaką da się przypisać prawu i podmiotom stosującym prawo. Jednocześnie trzeba pamiętać o możliwościach konfliktu, który między prawem i taką moralnością w konkretnych sytuacjach może powstawać¹⁰. Dlatego też niezależnie od paralelizmu, jaki występuje w zagadnieniach „odpowiedzialności” (w różnych znaczeniach tego słowa) między prawem i moralnością (por. rozdz. IX, zwłaszcza s. 225), prawo karne nie może być traktowane jako jakieś „minimum moralności”. Szkoda, że autor nie nawiązał do tych koncepcji, tak szeroko rozpowszechnionych w nauce kontynentalnej.

7. Odrzucenie teorii odpłaty moralnej nie przeszkadza autorowi w ostrej polemice z koncepcjami radykalnie przeciwstawnymi, a mianowicie z traktowaniem prawa karnego jako środka „higieny społecznej”, zbrodni jako choroby, i w związku z tym eliminacji pojęcia „odpowiedzialności” jako elementu „patrzącego wstecz” na popełnienie czynu przestępczego (s. 81 i n., 180 i n., 194 i n.). Tezą autora jest, że o odpowiedzialności można i należy mówić nie tylko w tym sensie, jaki nadają temu terminowi teorie odpłaty (s. 177).

Autor wysuwa szereg argumentów przeciw skrajnym koncepcjom „higieny społecznej”, reprezentowanym przez Lady Wootton. Są to argumenty, które można zaliczyć do argumentacji moralnej. Chodzi mu o „bardzo powszechny moralny punkt widzenia na karę”, według którego „...z rozważań nad słusnością [fairness] lub sprawiedliwością względem jednostek wynika, że powinniśmy nawet karę oznaczoną jako «prewencja» ograniczyć do tych, którzy posiadają normalną zdolność i odpowiedzialność [fair] okazję do posłuszeństwa [prawu — J. W.]” (s. 201). Dlatego autor jest zwolennikiem „umiarkowanej formy” tej nowej doktryny uwzględniającej odpowiedzialność *mens rea*, jako koniecznego warunku odpowiedzialności (s. 205). Przeciw alternatywnemu stosowaniu kary lub środków medycznych jako reakcji na zbrodnie wysuwa autor argument moralny, iż nie powinno się karać tego, kto nie mógł zachować się inaczej, niż się zachował (s. 207 i n.). Hart wywodzi, że nie chodzi tutaj o teorię odpłaty, lecz o to, że kara, jeżeli ma być prewencją (nie odpłatą), ma do-

¹⁰ Por. *ibid.* — o ujęciu zasad współzycia społecznego, a także o „słusności samoistnej” jako korekтуры prawa obowiązującego. H. Jankowski (Prawo i moralność, Warszawa 1968, s. 251) przez zasadę współzycia społecznego rozumie „określoną normę moralności socjalistycznej, która jest aktualnie w konflikcie z określoną normą prawną”.

tyczyć tego, kto mógł się zachować inaczej, który miał odpowiednią „zdolność” (por. s. 227 i n.).

Wreszcie argumentacja biegnie torami politycznymi. Mianowicie eliminacja elementu subiektywnego (*mens rea*) jako warunku karania w „nowej koncepcji” ograniczałaby wolność jednostki i dawała szerokie pole dyskrekcji organom państwa (s. 206). Wówczas mielibyśmy do czynienia z „bezwzględną odpowiedzialnością” (*strict liability*), co zmieniałoby w sposób zasadniczy rolę prawa. Obecnie, argumentuje autor, prawo wymaga od jednostki samokontroli. Człowiek ma podejmować decyzje co do swego działania. Tak traktujemy osobę i taka koncepcja „nie tylko tkwi u podstaw moralności, ale przenika całość naszego życia społecznego” (s. 183). Z tego punktu widzenia autor traktuje owe „wyłączające warunki” odpowiedzialności jako „coś, co chroni jednostkę przed roszczeniami reszty społeczeństwa”. Dlatego też koncepcja prawa jako systemu bodźców kierujących zachowaniem adresatów nie jest właściwa; na prawo powinno się patrzeć jako na „system wyborów” (*choosing system*), który ma kierować decyzjami jednostki (s. 44, por. s. 49).

Trudno byłoby w tym miejscu rozważać podstawowe zagadnienie kary jako środka „społecznej higieny”. Warto jednak podkreślić, że i część reguł moralności może być traktowana właśnie jako reguły higieny współzycia społecznego¹¹. Chodzi więc tutaj głównie o to, czy zasady wymiaru (*distribution*) kary wobec osób, które nie mogły zachować się inaczej niż się zachowały, mogą abstrahować od tego faktu, nie wywołując sprzeciwu moralnego¹². Na to pytanie *in abstracto* trudno odpowiedzieć, choć Hart zdaje się wyrażać bardzo szeroko rozpowszechnione intuicje moralne. Natomiast budzi moje zastrzeżenia koncepcja warunków wyłączających karalność jako gwarantów wolności indywidualnej. Można na prawo patrzeć jako na reguły, które wskazują pewne alternatywy wyboru. Na tym polega wpływ prawa na podejmowanie decyzji przez adresata¹³. Ale to wcale nie znaczy, iż prawo, dając możliwość wyboru, nie stara się wpłynąć na zachowanie adresata albo przez eliminację pewnych możliwości zachowania, albo przez wskazanie możliwości preferowanych. W szczególności odnosi się to do prawa karnego. I myślę, że interesujące paralele, jakiej Hart podaje między niektórymi instytucjami prawa karnego i prawa cywilnego (s. 29; 35) nie dotyczą właśnie zagadnień wyboru. Prawo karne daje, jakby można powiedzieć, „motywację treściową” (wskazanie, co ma adresat czynić), a nie „motywację proceduralną” (wskazanie, jakie zachowanie ma wybrać, aby osiągnąć określony cel). Dlatego prawo karne trudno charakteryzować jako „system wyborów” bez bliższego omówienia, a wyłączenie odpowiedzialności karnej to nie tyle gwarancja wolności indywidualnej, co dyktowana względami moralnymi lub użytecznymi koncepcja oddziaływania przez karę na adresata i inne osoby.

8. Odrębnym zagadnieniem jest kwestia odesłania przez prawo obowiązujące do moralności w ten sposób, że daje ono sankcję karną za działania w jakimś szerokim sensie sprzeczne z moralnością czy też wywołujące ujemne skutki moralne. Wprawdzie w omawianej pracy Hart to zagadnienie pomija, jednak jego stanowisko jest jasne. Jest on przeciwnikiem tego, by prawo karne sankcjonowało jakąś moralność, i wypowiada się przeciwko takim wersjom „moralizmu legalnego” w ogóle, a w szczególności przeciw przyjmowaniu go w praktyce angielskiej¹⁴.

¹¹ Por. M. Ossowska, *Podstawy nauki o moralności*, Warszawa 1963, s. 353 i n.; por. także autorki, *Normy moralne*, Warszawa 1970, rozdz. IX.

¹² Por. M. Ossowska, *Podstawy nauki o moralności*, s. 225—240.

¹³ Por. np. F. Studnicki, *Przeptyw wiadomości o normach prawa*, Kraków, 1965, s. 21—28.

¹⁴ Por. H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford 1963. Tamże polemika z autorem *The Enforcement of Morals* (Oxford 1965), P. Devlinem, na tle szeroko dyskutowanego wyroku w sprawie *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (1961). Por. analizę stanowisk w:

Stanowisko to stanowi *pendent* do odrzucenia teorii odpłaty. Jednak sprawa odsyłania przez prawo obowiązujące do moralności nasuwa skomplikowane zagadnienie teoretyczne i praktyczne¹⁵. I w systemie, w którym *de lege lata* takie odesłanie istnieje, trzeba zagadnienia te rozwiązać.

9. Poglądy Harta na temat moralności i odpowiedzialności karnej nie wyczerpują problemów omawianej pracy. Ograniczyłem się do nich dlatego, iż stanowią one przykład pogłębianej refleksji teoretycznej nad tymi aspektami stosunku prawa i moralności, które zazwyczaj są pomijane w rozważaniach teoretycznych¹⁶. A chodzi przecież o zagadnienia doniosłe i wykraczające poza sferę zainteresowań prawa karnego. Sądzę, że na gruncie analizy tych właśnie zagadnień istnieje wdzięczne pole dla współpracy interdyscyplinarnej etyki i prawoznawstwa oraz teorii prawa i prawa karnego.

Jerzy Wróblewski

CZY ISTNIEJE WYJŚCIE Z „SEKSUALNEGO BEZDROŻA”?

Vance Packard, *The Sexual Wilderness*, Longmans, London 1968, ss. 553.

Książka Vance'a Packarda *The Sexual Wilderness* to bogata panorama zjawisk i procesów zachodzących w świecie współczesnym w dziedzinie wzajemnych relacji między płciami. Autor, gromadząc materiały do swej pracy, przeprowadził rozmowy lub wymienił korespondencje z około czterystu autorytetami od spraw seksu w USA, odbył w poszukiwaniu informacji podróże do dziesięciu krajów, korespondował ze znawcami tego problemu z innych czternastu krajów, przeprowadził rozmowy ze studentami i uczestniczył w dyskusjach na temat seksu i miłości w 130 miasteczkach uniwersyteckich, brał udział w spotkaniach komun hippisów, uczestniczył w siedmiu specjalistycznych konferencjach naukowych poświęconych współżyciu przedstawicieli obu płci, przysłuchiwał się obradom ogólnonarodowego seminarium związków kobiecych, przeprowadzał też własne badania ankietowe wśród młodzieży studenckiej. Zgromadzony tą drogą imponujący materiał rzeczowy stanowi podstawę do rozstrzygnięcia postawionych przez Packarda problemów.

Znaczenie rzecz upraszczając, można powiedzieć, że książka *The Sexual Wilderness* przynosi odpowiedź na następujące pytania: Na czym polegają zasadnicze zmiany, jakie dokonały się współcześnie we wzajemnych relacjach między płciami? W czym można szukać głównych źródeł tych zmian? I wreszcie — jaki typ relacji

M. Falchi, *The Conspiracy to Corrupt Public Morals*, „Università degli studi di Genova, Annali della facoltà di giurisprudenza” 1970, nr 1. Por. też H. L. A. Hart, *Social Solidarity and the Enforcement of Morals*, „The University of Chicago Law Review” 1967, t. 35.

¹⁵ Por. np. analizę teoretyczną: J. Wróblewski, *Stosunki między systemami norm*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1971, nr 6.

¹⁶ Por. ostatnio z polskiej literatury: W. Lang, *Struktura odpowiedzialności prawnej*, „Zeszyty Naukowe UMK” 1969, Nauki Humanistyczno-Społeczne, nr 31, Prawo, VIII. Tamże biografia teoretycznoprawna związana z odpowiedzialnością (s. 4, przypis 2).