

Magdalena
Glanc-Żabiłowicz

DEBATA HART — DEVLIN

STUDIUM
Z FILOZOFII PRAWA



DEBATA

HART – DEVLIN

STUDIUM
Z FILOZOFII PRAWA

Magdalena
Glanc-Żabieliowicz

DEBATA HART – DEVLIN

STUDIUM
Z FILOZOFII PRAWA

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
Gdańsk 2021

Recenzenci

prof. dr hab. Tomasz Pietrzykowski
dr hab. Sebastian Sykuna, prof. UG

Redaktor Wydawnictwa
Agnieszka Kołwzan

Projekt okładki i stron tytułowych
Jan Rutka

Portrety Herberta L.A. Harta i Patricka Devlina na okładce
Jan Rutka

Skład i łamanie
Mariusz Szewczyk

Publikacja sfinansowana ze środków
Rektora Uniwersytetu Gdańskiego
Prorektora Uniwersytetu Gdańskiego ds. Badań Naukowych
Dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego

© Copyright by Uniwersytet Gdański
Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego

ISBN 978-83-8206-364-6

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel. +48 58 523 11 37, tel. kom. +48 725 991 206
e-mail: wydawnictwo@ug.edu.pl
wydawnictwo.ug.edu.pl

Księgarnia internetowa: wydawnictwo.ug.edu.pl/sklep/

Druk i oprawa
Zakład Poligrafii Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel. +48 58 523 14 49

■ SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	7
ROZDZIAŁ 1. TŁO DEBATY HART-DEVLIN	17
1.1. Okoliczności powołania Komisji Wolfendena	18
1.1.1. Sytuacja społeczno-polityczna w Wielkiej Brytanii w latach 50. XX w.	19
1.1.2. Prostytucja i karalność prostytucji	28
1.1.3. Karalność przestępstw homoseksualnych w Wielkiej Brytanii w latach 50. XX w.	32
1.2. Komisja ds. Przestępstw Homoseksualnych i Prostytucji (The Committee on Homosexual Offences and Prostitution)	40
1.3. Raport Wolfendena	45
1.3.1. Założenia metodologiczne	45
1.3.2. Rekomendacje Raportu.	52
1.3.3. Zdania odrębne zgłoszone przez członków Komisji Wolfendena	58
1.4. Nowelizacje prawa karnego w Wielkiej Brytanii i następstwa Raportu Wolfendena	64
1.5. Wnioski	66
ROZDZIAŁ 2. DEBATA HART-DEVLIN	71
2.1. Polemiki	77
2.1.1. Patrick Devlin	77
2.1.2. Herbert Lionel Adolphus Hart	84
2.2. Utylitarne tradycje w Raporcie Wolfendena	89
2.3. Przedmiot i zakres debaty Hart-Devlin	99
2.3.1. Stanowisko lorda Devlina	103
2.3.2. Krytyka	110

2.4. Ciąg dalszy debaty – spór o więcej niż o relację prawa i moralności	128
2.4.1. W obronie zasady krzywdy	133
2.4.2. W obronie moralizmu prawa	148
2.5. Wnioski	158
ROZDZIAŁ 3. SPÓR NIE TYLKO TEORETYCZNY.	
DEBATA HART–DEVLIN W ORZECZNICTWIE	167
3.1. Kulisy obecności odwołań do moralności w prawie amerykańskim	174
3.2. Sędziowie (<i>judicial review</i>) w sprawach moralności	181
3.3. Moralność poza uzasadnionym interesem państwa	184
3.4. Moralność jako uzasadniony interes państwa	200
3.5. <i>Judicial moral activism</i>	214
3.6. Wnioski	223
ZAKOŃCZENIE	237
ŹRÓDŁA	249

■ WPROWADZENIE

Fascynujące i zawite ścieżki nauki, a filozofii prawa¹ szczególnie, ustlane są wielkimi debatami, które od początku istnienia tej dyscypliny, a zatem również od zarania państwa i prawa, prowadzą ze sobą zarówno najwybitniejsi prawnicy i filozofowie, jak i zupełnie zwyczajni i przeciętni uczestnicy rzeczywistości społecznej. Ideał uprawnia filozofii poprzez dyskusję, dialog, realizowany w formie sporu argumentów i konfrontacji różnych punktów widzenia pozwala uwzględnić rozmaite cele, sformułować bardziej wszechstronne argumenty, dostrzec odmienne perspektywy podejmowanych zagadnień. Nic więc dziwnego, że największe zdobycze nauki, w tym również nauk prawnych, są rezultatem dyskursu², który jest obecny we wszystkich fenomenach prawa i daje się odnaleźć w odniesieniu do chyba każdego prawniczego zagadnienia. Co jednak powoduje, że jedne spory urastają do miana „debaty dekady”, a inne pozostają niezauważone? Niewątpliwie przyczynia się do tego interesujący podmiot rozważań, dotyczący kwestii istotnych dla każdego uczestnika rzeczywistości społecznej, oraz szczególnie kontekst społeczno-polityczny, który towarzyszy debacie. Trudno nie przyznać, że o tego rodzaju „sukcesie” decydują również fascynujący polemici oraz uniwersalny charakter argumentów podnoszonych przy okazji prowadzonych rozważań.

Te wszystkie cechy wykazuje debata Hart–Devlin³. Polemika pomiędzy wybitnym profesorem Herbertem L.A. Hartem a cenionym brytyjskim

¹ *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 18.

² Por. M.K. Tintur , *Concept and Purpose in Legal Theory: How to „Reclaim” Fuller*, „American Journal of Jurisprudence” 2013, vol. 58, no. 1, s. 75.

³ Być może bardziej trafne byłoby odwrócenie kolejności nazwisk uczestników debaty i choćby z uwagi na chronologię określenie jej mianem debaty Devlin–Hart.

sędzią lordem Patrickiem Devlinem rozpoczęła się w Wielkiej Brytanii na przełomie lat 50. i 60. XX w. i dotyczyła dekryminalizacji homoseksualizmu, a dokładniej rzecz ujmując – zasadności bardziej ogólnego sformułowania przez Komisję Wolfendena propozycji, aby wyłączyć pewne rodzaje zachowań ocenianych jako naganne moralnie spoza kognicji prawa karnego. Skutkiem powyższego na podstawie liberalnej zasady krzywdy przestępstwo zostało rozdzielone od grzechu, a prawu karnemu wytyczono granicę. Wydawać by się mogło, że po upływie 60 lat od rozpoczęcia tego dyskursu jego wszystkie wątki zostaną wyczerpane, lecz w tym wypadku tak się nie stało i „spór” trwa nieprzerwanie do dnia dzisiejszego. Niewątpliwie przyczyn takiego stanu rzeczy należy upatrywać w wyjątkowym przedmiocie rozważań – status prawny intymności seksualnej jest zagadnieniem dotyczącym najbardziej fundamentalnych aspektów życia każdego człowieka bez względu na jego wiek, płeć czy orientację seksualną, co już samo w sobie sprzyja wzmożonemu zainteresowaniu tym tematem. Ponadto debacie towarzyszył dość szczególny kontekst społeczno-polityczny, związany z jednej strony z faktem, iż utrzymywanie relacji z osobami tej samej płci, formalnie rzecz ujmując, było przestępstwem przeciwko porządkowi publicznemu, a z drugiej strony, ze specyficzną atmosferą roztaczaną wokół homoseksualistów, których w czasie zimnej wojny traktowano jako potencjalnych radzieckich szpiegów i w związku z tym dopuszczono wobec nich stosowanie nadzwyczajnych metod śledczych (m.in. prowokacji). Nad wyraz drobiazgowo i bezkompromisowo podejście służb do homoseksualistów oraz zestawienie tego zagadnienia z kwestią prostytucji, niezwykle wówczas powszechnej, spowodowały, że walka z „przejawami niemoralności” urosła do rangi niemal sprawy narodowej, bo rządzący Wielką Brytanią konserwatyści chcieli powrotu do przedwojennego *status quo*, opartego na tradycyjnej wizji rodziny i dotychczasowych wartościach. Tymczasem w powojennej rzeczywistości u progu rewolucji seksualnej i w obliczu istotnego przewartościowania tradycyjnych źródeł moralności nie było to już możliwe.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że argumenty formułowane przez obu adwersarzy w toku debaty mają charakter znacznie bardziej uniwersalny

Przeważająca większość autorów, w szczególności wywodzących się z krajów anglosaskich, na pierwszym miejscu wymienia jednak nazwisko bardziej znanego profesora – Harta, toteż konsekwentnie pozostanę w tej konwencji.

i zdecydowanie wykraczają poza pierwotny kontekst społeczno-polityczny. Dotyczą bowiem odpowiedzi na pytanie, czy społeczeństwo może narzucać członkom wspólnoty określone standardy moralne, a w konsekwencji – czy jest możliwe i dopuszczalne, aby inkorporować perfekcjonistyczne zasady moralne do prawa, w szczególności prawa karnego. Sformułowane w toku debaty Hart–Devlin przytoczone wyżej wnioski stały się więc przyczynkiem do dyskusji o granicy kompetencji władczych w obszarze prawa karnego. Jako pierwszy, w odpowiedzi na rekomendacje Raportu, głos zabrał sędzia lord Patrick Devlin, stojący w obronie twierdzenia, że społeczeństwo ma prawo chronić wartości, które uznaje za istotne, i ma prawo czynić to również przy pomocy narzędzi typowych dla prawa karnego. Brak podjęcia stosownych działań może bowiem prowadzić do dezintegracji całego społeczeństwa, dla którego powszechna moralność staje się naturalnym spoiwem. Herbert L.A. Hart z kolei opowiedział się za wnioskami Raportu i zaatakował stanowisko zaprezentowane przez Devlina, inicjując w ten sposób omawiany dyskurs. Hart zarzucił Devlinowi, że jego argumentów nie daje się obronić i że prawodawstwo oparte na uzasadnieniach moralnych może wyrządzić więcej szkody aniżeli pożytku, toteż powinno być wyeliminowane. Do argumentów obu adwersarzy w kolejnych latach dotaczyli dalsi autorzy, wśród których można odnaleźć najwybitniejszych współczesnych przedstawicieli przede wszystkim anglosaskiej filozofii prawa – Ronalda Dworkina, Joela Feinberga, Josepha Raza czy Michaela Moore’a i wielu innych. Należy jednak bardzo wyraźnie podkreślić, że oba stanowiska znalazły swoich zwolenników i przeciwników, zaś współczesna dyskusja dotyczy nie tyle karnoprawnego statusu aktywności seksualnej, ile poszukiwania nowych, lepszych, bardziej satysfakcjonujących wersji Devlinowskiego moralizmu prawnego, a także poszukiwania bardziej adekwatnej formuły utylitarystycznej zasady krzywdy lub wzbogacania jej o dodatkowe kryteria.

W omawianej debacie rozważania na temat relacji prawa i moralności zyskują również wymiar praktyczny – podnoszone argumenty pomagają rozstrzygać konkretne sprawy, w których zderzają się interesy jednostki i interesy państwa, społeczeństwa, wspólnoty. Przeniesienie i zaaplikowanie teoretycznych rozważań do praktyki sprzyja uniwersalizacji tych argumentów i je rozwija. Dzięki temu argumenty Devlina, Harta i ich następców można odnaleźć w rozważaniach o legalizacji aborcji, eutanazji,

wspomaganej prokreacji, klonowaniu, prostytutce, pornografii, używaniu narkotyków czy o obowiązku poddania się terapii medycznej.

Mimo ogromnej popularności debaty i niezwykle licznych odwołań w światowej literaturze debata Hart–Devlin w kontynentalnej nauce prawa pozostaje niedoceniana i bardzo często w ogóle niedostrzegana. Dość wspomnieć, że w polskiej literaturze, w tym w polskich podręcznikach filozofii prawa pojawia się niezwykle rzadko⁴, najczęściej przy okazji przedstawiania życiorysu H.L.A. Harta⁵. W literaturze obcojęzycznej, zwłaszcza anglo-amerykańskiej, odwołania do debaty pojawiają się natomiast bardzo często, a nawet są obowiązkowym punktem studiów prawnych. Zagadnienia w niej poruszone dotyczą bowiem najbardziej fundamentalnych kwestii w naukach prawnych, a mianowicie rozważań na temat zakresu dopuszczalnej ingerencji państwa w sferę tradycyjnie zarezerwowaną dla autonomicznej, indywidualnej oceny przez jednostkę. Niemniej jednak, mając na względzie stan literatury światowej, trudno odnaleźć pozycje, w których podejmowano by te zagadnienia w sposób kompleksowy i uporządkowany. Autorzy dotychczas opublikowanych pozycji, w przeważającej mierze artykułów, koncentrują się bowiem na perspektywie historycznej i przebiegu pierwotnego dyskursu pomiędzy Hartem a Devlinem, ewentualnie na rozwinięciu tych stanowisk, albo na wybranych przejawach recepcji sformułowanych w debacie argumentów, czy to w ujęciu teoretyczno-prawnym, m.in. wówczas gdy poszukują nowych definicji paternalizmu czy moralizmu prawnego, czy w odniesieniu do orzecznictwa sądów, gdy próbują znaleźć adekwatne punkty odniesienia

⁴ Chronologicznie rzecz ujmując, odniesienia do debaty można znaleźć w następujących źródłach: W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, PWN, Warszawa 1986, s. 121–130; M. Klinowski, *Moralność, reprodukcja i homoseksualizm. Krytyczna analiza argumentów przeciwko związkom osób tej samej płci*, „Diametros” 2005, nr 5, s. 29–34; T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Naukowa Oficyna Wydawnicza, Katowice 2005, s. 109–134; P. Kamela, *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2008, s. 114–118; D. Bunikowski, *Podstawowe kontrowersje dotyczące ingerencji prawa w sferę moralności*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2010, s. 149–161; M. Glanc, *Hart v. Devlin [w:] Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, red. J. Zajadło, K. Zeidler, LexisNexis, Warszawa 2013.

⁵ Równie rzadko o dyskursie Harta i Devlina wspomina się w polskich podręcznikach historycznych czy literaturze socjologicznej podejmującej kwestię statusu prawnego osób homoseksualnych. W zasadzie można zaryzykować stwierdzenie, że debata, o ile w ogóle jest przytaczana, najczęściej pojawia się tytułem komentarza orzeczenia amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Lawrence v. Texas*.

dla aprobaty bądź krytyki analizowanych rozstrzygnięć. Można więc powiedzieć, że debata Hart–Devlin nie została dotąd całościowo zbadana.

Powyższe dowodzi, że o potrzebie dokładniejszego zanalizowania debaty Hart–Devlin nie trzeba przekonywać. Zasadniczym celem mojej pracy jest więc dokonanie filozoficznoprawnej rekonstrukcji debaty Hart–Devlin i jej recepcji. Poza odtworzeniem przebiegu dyskursu na podstawie opublikowanych przez Harta i Devlina artykułów i monografii do tak wytyczonego przedmiotu mojej pracy będą należeć także przedstawienie genezy i okoliczności tego sporu, w tym jego społecznych i politycznych uwarunkowań, oraz ich filozoficznoprawna ocena. W dalszej kolejności pragnę zbadać, dlaczego mimo upływu przeszło 60 lat od opublikowania Raportu Wolfendena dyskurs nie słabnie i do dziś pozostaje jednym z najżywiej dyskutowanych współcześnie zagadnień, w szczególności skupiając się na wpływie, jaki wywiera na współczesne rozważania na temat funkcji prawa karnego. Nadto, choć przyjętym punktem odniesienia jest przede wszystkim środowisko *common law*, pragnę odpowiedzieć na pytanie o przydatność prowadzonych rozważań także dla kręgu prawa kontynentalnego.

Niniejsza praca zawiera w przeważającej mierze rozważania teoretyczne. W miarę potrzeby posługuję się opisem historycznym, metodami właściwymi dla komparatystyki prawniczej czy nauk dogmatycznych. Przede wszystkim jednak korzystam z metody charakterystycznej dla filozofii prawa – metody hermeneutycznej pozwalającej odczytywać teksty źródłowe we właściwym kontekście społeczno-historycznym, metody analitycznej i logiki prawnej.

Struktura niniejszej pracy ma pomóc w odkryciu i zrozumieniu fenomenu debaty Hart–Devlin i odpowiada przyjętej metodologii. Pierwszy rozdział, zatytułowany *Tło debaty Hart–Devlin*, ma za zadanie pokazać, jakie były kulisy rozpoczęcia dyskursu. W tej części pracy koncentruję się więc na przedstawieniu powojennej rzeczywistości społeczno-politycznej ze szczególnym zwróceniem uwagi na działania konserwatywnego rządu Winstona Churchilla wobec zjawisk homoseksualizmu i prostytucji. Następnie dokonuję uporządkowania stanu prawnego odnośnie do rozważanych kwestii. W dalszej części tego rozdziału skupiam się na przedstawieniu bezpośrednich okoliczności powołania Komisji ds. Przestępstw Homoseksualnych i Prostytucji, a także dokonuję analizy opublikowanego w 1957 r. raportu końcowego, tzw. Raportu Wolfendena. W ostatniej części rozdziału

opisują konsekwencje wprowadzenia proponowanych przez autorów Raportu nowelizacji.

W drugim, najobszerniejszym rozdziale pracy, dokonuję analizy debaty Hart-Devlin. Wypada wyjaśnić, że pod pojęciem tym będę rozumieć argumenty zaprezentowane zarówno przez polemistów, jak i ich krytyków i zwolenników. W tej części monografii zamierzam zatem całościowo przedstawić dyskurs teoretyczny. Zanim jednak przejdę do właściwych rozważań polemistów oraz podejmę próbę zidentyfikowania zasadniczych występujących w debacie problemów, w niezbędnym zakresie przedstawiam sylwetki obu adwersarzy. Jest to podyktowane faktem, że lord Devlin, który w przeciwieństwie do H.L.A. Harta nie był filozofem prawa, jest w polskiej literaturze niemal w ogóle nieznany⁶. Dodatkowo, dla przejrzystości wywodu przywołuję te elementy tradycji liberalnej, które pozwolą zrozumieć istotę krytyki Devlina i obrony Harta sformułowanej pod adresem Komisji Wolfendena. Uzupełnienie kontekstu historycznego i społecznego (przedstawione w poprzednim rozdziale pracy) o okoliczności towarzyszące bezpośrednio samej debacie i jej uczestnikom służy nie tylko wytyczeniu zakresu debaty, ale i prawidłowej rekonstrukcji argumentów formułowanych przez spierających się prawników i ich filozoficznoprawnej oceny. Analizy tych argumentów dokonuję w ujęciu problemowym, koncentrując się na trzech zasadniczych tezach postawionych przez Devlina w *The Enforcement of Morals* z 1965 r.

W dalszej części tego rozdziału dokonuję omówienia kontynuacji debaty, skupiając się na jej teoretyczno-prawnych aspektach. Recepcja argumentów polemistów przebiega co do zasady dwutorowo. Po pierwsze, zwolennicy stanowiska reprezentowanego przez lorda Devlina skoncentrowali się na poszukiwaniu mechanizmów i kategorii, które umożliwiłyby porzucenie stosowanej przez Devlina metody uzasadniającej moralizm

⁶ O ile w literaturze wspomina się o samej debacie, o tyle brakuje bliższej prezentacji osoby i dorobku lorda Devlina, wynika to przede wszystkim z faktu, że jego dorobek naukowy, zwłaszcza w porównaniu ze spuścizną Harta czy innych przedstawicieli dyscypliny, choć niezwykle ciekawy, jest raczej skromny i w przeważającej większości ma charakter publicystyczny, a nie naukowy – filozoficznoprawny. Ponadto Devlin był przede wszystkim wyróżniającym się sędzią, zdaniem wielu – najwybitniejszym sędzią Sądu Najwyższego w swoim czasie. Jego wpływ na rozwój brytyjskiego prawa okazał się nie do przecenienia, jednak z racji ograniczonego zasięgu *common law* na kontynencie pozostał niezauważony.

prawny i stanowiłyby alternatywę dla odwoływania się do moralności konwencjonalnej i tezy o dezintegracji. Koncentrują się one na poszukiwaniach adekwatnej definicji samego moralizmu i zidentyfikowaniu jej niezbędnych elementów. Po drugie, w odpowiedzi na wymienione wyżej neo-Devlinowskie poglądy swoistej rewizji dotychczasowych stanowisk musieli dokonać również liberałowie, a przynajmniej musieli uczynić to w sposób o wiele bardziej rzetelny i przemyślany, aniżeli próbował uczynić to Hart, cytując i modyfikując zasadę krzywdy Milla. Za sprawą zwolenników koncepcji liberalnych ciężar dyskusji przesunął się w kierunku poszukiwania satysfakcjonującej definicji szkody (*harm*) oraz prób sformułowania nowych stanowisk dotyczących tego, czy da się jednostki ochronić przed szkodą płynącą z wymuszania moralności przez prawo i możliwości wykorzystania zasady krzywdy do określenia granic prawa karnego.

Trzeci rozdział pracy, zatytułowany *Spór nie tylko teoretyczny. Debata Hart-Devlin w orzecznictwie*, ma na celu ukazanie praktycznego wymiaru debaty. W ciągu ostatnich dziesięcioleci sędziowie niezwykle często sięgali do argumentów podnoszonych w debacie Hart-Devlin przy rozpatrywaniu rozmaitych spraw. Przede wszystkim czynił to amerykański Sąd Najwyższy w sprawach związanych z rozszerzaniem prawa do prywatności w ramach klauzul *due process of law* i *equal protection clause*. Z jednej strony obecność takich odwołań w kulturze amerykańskiej nie dziwi, bo ukształtowała się ona w specyficznych okolicznościach i ma z brytyjską nauką prawa wspólną tradycję, a z drugiej strony sędziowie wykorzystywali niemal wszystkie argumenty sformułowane w toku debaty, choć co do zasady nie cytowali Harta czy Devlina wprost⁷. Zaprezentowany w tej części pracy katalog przypadków nie jest w żadnej mierze wyczerpujący. Ukazują bowiem jedynie najważniejsze i najbardziej przełomowe orzeczenia, a to dlatego, aby zaprezentować *spectrum* możliwych rozwiązań. W tej części dokonuję również wyjaśnienia obecności odwołań do moralności w amerykańskim systemie prawa, zaś wybrane sprawy analizuję na podstawie kryterium dopuszczalności ingerowania przez prawo w moralność, tj. tego, czy mieści się w granicach *state interest*, czy też nie. W moim przekonaniu konceptualizacja ogólnie rozumianej wolności i identyfikacja jej ograniczeń, osadzonych w Karcie Praw (Bill of Rights) i XIV Poprawce do

⁷ W zasadzie jedynym wyjątkiem jest sprawa *Lawrence v. Texas*, gdzie to odniesienie jest bezpośrednie.

Konstytucji USA wzbogaca filozoficznoprawną dyskusję o granicach wolności jednostki znacznie lepiej aniżeli jakiegokolwiek teoretyczne rozważania o Millowskiej zasadzie krzywdy, zasadzie autonomii czy moralizmie prawa

W zakończeniu pracy dokonuję jej podsumowania, wyciągam ogólne wnioski i przedstawiam własną ocenę znaczenia tego dyskursu, stając jednocześnie w obronie lorda Devlina, którego propozycja choć pod wieloma względami niedoskonała ostatecznie okazuje się niebywale praktyczna i w gruncie rzeczy łatwiejsza do zaakceptowania. Z pewnością, ze względu na naturę regulacji prawnej w sprawach intymności czy wszędzie tam, gdzie chodzi o *harmless immoralities*, konieczność odwołań do powszechnych ocen moralnych, również wówczas, gdy chodzi o tworzenie prawa karnego, jest po prostu nieunikniona. Jednocześnie pragnę zaznaczyć, że moją intencją nie jest rozstrzyganie sporu, lecz sformułowanie uniwersalnych wniosków z niego płynących. Moim zasadniczym celem jest bowiem uporządkowanie dyskusji, a także podnoszonych w niej problemów oraz wskazanie przewidywanych kierunków rozwoju refleksji filozoficznoprawnej na temat możliwości wykorzystania zarówno zasady krzywdy i jej współczesnych wersji, jak i argumentacji odwołującej się do publicznej moralności w dyskusji o tworzeniu prawa. Słowami Richarda J. Arnesona można bowiem podsumować: „the jury is still out”⁸.

Korzystając z przywileju autora do wyrażenia słów wdzięczności wobec tych, bez których wsparcia, słów zachęty oraz pomocy niniejsza praca by nie powstała, pragnę przede wszystkim podziękować mojemu Promotorowi, Panu Profesorowi Jerzemu Zajadło – za inspirację, stworzenie przestrzeni do rozwoju pod jego kierunkiem i przede wszystkim możliwość poznawania fascynujących ścieżek filozofii prawa. Dziękuję także Szanownym Recenzentom – Panu Profesorowi Tomaszowi Pietrzykowskiemu oraz Panu Profesorowi Sebastianowi Sykunie za czas i trud włożony w sporządzenie recenzji oraz życzliwe i trafne uwagi, które z najwyższą dokładnością starałam się uwzględnić w niniejszej książce. Dziękuję również Panu Profesorowi Kamilowi Zeidlerowi, kierownikowi Katedry Teorii i Filozofii

⁸ R.J. Arneson, *The Enforcement of Morals Revisited*, „Criminal Law and Philosophy” 2013, vol. 7, issue. 3, s. 435.

Państwa i Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego oraz moim Kolegom i Koleżance z tej Katedry za gotowość do rozmowy, rady i nieocenioną pomoc w przygotowaniu do obrony pracy doktorskiej, którą niniejszym w nieznacznie zmienionym i uzupełnionym kształcie mam przyjemność oddać w ręce Czytelnika.

Wydanie tej książki nie byłoby możliwe, gdyby nie pomoc ze strony Władz Rektorskich Uniwersytetu Gdańskiego oraz Władz Dziekańskich Wydziału Prawa i Administracji UG, a także zaangażowanie zespołu Wydawnictwa UG, za co również ogromnie dziękuję.

Wreszcie pragnę podziękować moim Bliskim, zwłaszcza Rodzicom, za kibicowanie mi podczas każdego etapu pracy, motywację w chwilach zwątpienia i nieustającą wiarę w powodzenie moich rozmaitych przedsięwzięć.

Na początku lat 50. XX w. po serii wyroków skazujących członków brytyjskiej socjety za akty homoseksualne powołana została Komisja ds. Przestępstw Homoseksualnych i Prostytucji, której zadaniem było opracowanie kierunków zmian prawa karnego w zakresie karania niektórych przestępstw przeciwko obyczajności. W Raporcie z 1957 r. zalecano dekryminalizację dobrowolnych czynności seksualnych pomiędzy dorosłymi płci męskiej oraz jednocześnie zaostrzenie polityki karnej wobec prostytucji. W czasie prac nad nowym brzmieniem odpowiednich przepisów autorzy Raportu musieli jednak odpowiedzieć na szereg fundamentalnych pytań odnośnie do istoty i funkcji prawa, które później stały się przyczynkiem do ożywionej dyskusji pomiędzy Herbertem L.A. Hartem a lordem Patrickiem Devlinem. Dyskutowano m.in. o możliwości wymuszania moralności przez prawo oraz podjęto próbę wyznaczenia granic pomiędzy sferą wyłącznie prywatną i publiczną, co w praktyce oznaczało oddzielenie przestępstwa od grzechu.

W niniejszym rozdziale poza analizą treści wspomnianego Raportu zaprezentuję powojenną historię tworzenia angielskiej regulacji karnej dotyczącej czynności seksualnych pomiędzy osobami tej samej płci, a także historię kształtowania się na przestrzeni lat reguł ingerowania prawa karnego w sferę seksualności, ich źródeł i tradycyjnych wartości, które przyświecały angielskiemu ustawodawcy. Obok skupienia się na zagadnieniach prawnych, w tym również na znowelizowanych w 1967 r. przepisach, w tej części publikacji przedstawię kulisy powołania Komisji Wolfendena, dzięki czemu ukaze szerszy obraz formowania się nowoczesnego podejścia do prawa karnego, uwzględniający specyficzny kontekst społeczny i polityczny. Aby bowiem w pełni zrozumieć założenia Raportu Wolfendena, należy wziąć pod uwagę atmosferę, w jakiej powstawał,

i potencjalne punkty odniesienia. Bez wątpienia, gdyby nie szczególny klimat obyczajowy powojennej Anglii, uwikłanej w zimną wojnę i rządzonej przez konserwatystów pragnących powrotu do tradycyjnej wizji społeczeństwa i rodziny, i związana z nim specyficzna aura roztaczana wokół homoseksualistów w prasie popularnej i telewizji, refleksje na temat określonych przejawów seksualności i wymuszania konkretnych postaw w tej dziedzinie jeszcze długo nie byłyby możliwe.

Co istotne dla dalszych rozważań – dotyczą one Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, a więc przede wszystkim Anglii, Walii, Szkocji i Irlandii Północnej. Celem pracy nie jest bowiem historyczne opracowanie całości brytyjskiego prawa karnego, a więc przeanalizowanie przepisów obowiązujących we wszystkich terytoriach przynależnych na przestrzeni stuleci do Wielkiej Brytanii. Ze względu na liczne zbieżności pomiędzy ustawodawstwem angielskim i kolonialnym te ostatnie informacje zostały pominięte, gdyż ich analiza nie wniosłaby znacznych zmian interpretacyjnych zarówno w zakresie prawa, jak i polityki karnej i społecznej.

Należy również wyraźnie podkreślić, że brytyjski system prawny, przynależny do kręgu kultury *common law*, kształtował się zupełnie inaczej aniżeli system prawa kontynentalnego, co powoduje trudności w przetłumaczeniu nazw niektórych spośród omawianych instytucji. Co więcej, prawo anglosaskie w bardzo ograniczonym zakresie oddziaływało na prawo Europy kontynentalnej, w tym na polski porządek prawny, toteż nie zawsze jest możliwe proste powiązanie podobnych instytucji prawa polskiego i angielskiego. Zaproponowane w monografii tłumaczenia należy więc traktować z pewną dozą ostrożności. Chodzi bowiem o oddanie istoty i ogólnego kształtu komentowanych instytucji prawa angielskiego, nie zaś poszukiwanie tych samych regulacji prawnych w obcych systemach prawa.

1.1. OKOLICZNOŚCI POWOŁANIA KOMISJI WOLFENDENA

Podobnie jak niemal wszystkie państwa świata Wielka Brytania tuż po zakończeniu II wojny światowej stanęła przed koniecznością ustalenia nowego *status quo* i to nie tylko w sferze polityki wewnętrznej i zagranicznej, co związane było ze śmiercią króla Jerzego VI w 1952 r., koronacją Elżbiety II

rok później oraz przetasowaniami w rządzie⁹, ale również ze zmianami w sferze obyczajowej. Rządzący konserwatyści dążyli do przywrócenia tradycyjnej, uporządkowanej wizji społeczeństwa i rodziny, czego wyrazem było m.in. zaostrzenie polityki karnej wobec osób o odmiennej orientacji seksualnej, które tym wartościom miały rzekomo zagrażać. Sięgnięciu po nadzwyczajne środki sprzyjała atmosfera zimnej wojny – wyścig zbrojeń, szpiegostwo i związane z nimi poszukiwanie wrogów nie tylko na zewnątrz, ale przede wszystkim w kraju. Niespodziewanie homoseksualiści stali się łatwym celem tych „ataków” – rozmaite czyny homoseksualne wciąż były przestępstwami, zaś organy państwa miały do dyspozycji wszelkie metody śledcze, nie wyłączając prowokacji, podsłuchów, a nawet fabrykowania dowodów. Sprzyjała im także prasa popularna, która o wszelkich incydentach dotyczących osób o odmiennej orientacji seksualnej donosiła w niemal sensacyjnym tonie, przedstawiając homoseksualistów jako wrogów publicznych, a co najmniej degeneratów i osoby głęboko nieszczęśliwe. Jednocześnie jednak dzięki kilkunastu niezwykle „medialnym” procesom o czyny homoseksualne o źródłach i rozmaitych aspektach seksualności zaczęto w przestrzeni publicznej coraz bardziej otwarcie rozmawiać. Dyskusja o prawnych aspektach seksualności była więc nie do uniknięcia.

1.1.1. Sytuacja społeczno-polityczna w Wielkiej Brytanii w latach 50. XX w.

7 czerwca 1954 r. Alan Turing, jeden z najwybitniejszych matematyków XX w., pionier kryptologii i twórca informatyki, popełnił samobójstwo, do którego popchnął go osobisty dramat. Kilka lat wcześniej, w grudniu 1951 r., Turing poznał w Manchesterze dziewiętnastoletniego Arnolda Murraya, któremu opowiedział o swoich badaniach nad konstrukcją komputera¹⁰. Ta znajomość szybko przerodziła się w romans, wkrótce zakończony próbą

⁹ W czasie II wojny światowej Wielką Brytanią zarządzili konserwatyści pod wodzą Winstona Churchilla (1940–1945), ale w wyborach, które odbyły się już po zakończeniu wojny musieli uznać wyższość laburzystów (premierem został Clement Attlee, rządził w latach 1945–1951). Churchill ponownie objął urząd premiera w 1951 r. i pełnił tę funkcję aż do przejścia na emeryturę w 1955 r.

¹⁰ A. Hodges, *Alan Turing: Enigma*, tłum. W. Bartol, Wydawnictwo Albatros, Warszawa 2014, s. 600 i nn.

szantażu ze strony niezbyt dyskretnego – jak się później okazało – kochanka. Niedługo potem nieznany sprawca włamał się do domu Turinga i go ograbił. Turing zgłosił ten fakt policji, która podjęła niezbędne czynności i przy okazji prowadzonego śledztwa ujawniła, że naukowiec dopuścił się „przestępstwa przeciwko naturze”. W dniu ogłoszenia Elżbiety II następcą tronu Wielkiej Brytanii Alan Turing został zatrzymany i usłyszał zarzuty.

Jeszcze przed rozpoczęciem procesu Turing złożył obszernie zeznanie niepozostawiające żadnych wątpliwości co do faktu popełnienia przez niego zarzucanych mu czynów zabronionych¹¹. Przed obliczem sądu także przyznał się do ich popełnienia, jednak żaden z tych czynów nie wzbudzał w nim poczucia winy. Turing nie okazywał skruchy czy wstydu, choć w latach 50. XX w. nie istniało jeszcze pojęcie prawa do seksualnej ekspresji. Przestępstwo, które mu zarzucono, zagrożone było karą do 2 lat pozbawienia wolności i polegało na rażącej nieobyczajności (*gross indecency*), przy czym w tamtym czasie dotyczyło wyłącznie kategorii męskiego ciała. Uznając go winnym, sąd magistracki obradujący na sesji w mieście Knutsford w Cheshire w dniu 31 marca 1952 r.¹² dał mu jednak wybór – rok pozbawienia wolności albo zawieszenie wykonania tej kary pod warunkiem poddania się leczeniu w Manchester Royal Infirmary. Poza terapią psychiatryczną miało ono polegać na wstrzyknięciu Turingowi estrogenu, który miał zneutralizować jego „nienaturalne” skłonności¹³. Pozostając w przekonaniu, że będzie mógł kontynuować swoje badania nad konstrukcją „elektronicznego mózgu”, naukowiec wybrał tzw. chemiczną kastrację¹⁴. Jednak w związku z tym, że Turinga skazano za przestępstwo obrazy publicznej moralności, uznano go za osobę zagrażającą bezpieczeństwu publicznemu, w konsekwencji czego utracił niezbędne certyfikaty i został odsunięty od prac kryptograficznych prowadzonych dla Government Communications Headquarters. Mógł wprawdzie podróżować i wciąż często wyjeżdżał zagranicę, ale w kraju w okresie próby pozostawał pod stałą obserwacją policji.

¹¹ *Ibidem*, s. 611–613.

¹² *Regina v. Turing and Murray* (1952), <http://www.turing.org.uk/sources/sentence.html> [dostęp: 1.06.2016].

¹³ A. Hodges, *Turing*, tłum. J. Nowotniak, Wydawnictwo Amber, Warszawa 1997, s. 90.

¹⁴ Co ciekawe, Turinga nie pozbawiono Orderu Imperium Brytyjskiego, który otrzymał w 1946 r.

Magdalena Glanc-Żabiłowicz – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, adwokat, mediator. Jej zainteresowania naukowe obejmują zagadnienia z zakresu filozofii prawa, praw człowieka i etyki, w szczególności koncentrują się wokół relacji prawa i moralności, paternalizmu i moralizmu prawa oraz prawa do prywatności. Autorka i współautorka kilkudziesięciu publikacji i podręczników akademickich.

Książka poświęcona została dyskusji zainicjowanej w latach 60. XX wieku przez dwóch wybitnych brytyjskich prawników – sędziego Patricka Devlina oraz filozofa prawa Herberta L.A. Harta. (...) Autorka dokonała oryginalnej i owocnej analizy zarówno podłoża sporu Devlin – Hart, jak i rozwoju prezentowanych w jego toku stanowisk dotyczących dopuszczalnej ingerencji prawa karnego w wolność jednostek ze względu na moralną dezaprobatę określonych zachowań. (...) Autorka nie tylko prezentuje poruszane w publikacji zagadnienia w sposób pogłębiony i osadzony w szerokim kontekście historycznym, filozoficznym i prawniczym. Wykazuje ponadto w sposób niebudzący wątpliwości, jak dalece spór pomiędzy dwoma wybitnymi przedstawicielami prawoznawstwa XX wieku ukształtował debatę filozoficznoprawną na temat relacji moralności i prawa na wiele kolejnych dekad, znajdując odbicie w kluczowych dylematach praktyki sądowej i ewolucji prawodawstwa ostatnich dziesięcioleci.

Z recenzji prof. dr. hab. Tomasza Pietrzykowskiego

Chociaż filozofia prawa Herberta L.A. Harta jest dość dobrze opracowana w literaturze przedmiotu, to problematyka debaty, którą Hart toczył z sędzią Patrickiem Devlinem, nie doczekała się dotychczas szczegółowego opracowania. (...) Tylko osoba o wszechstronnych i interdyscyplinarnych zainteresowaniach – z pogranicza m.in. filozofii prawa, teorii prawa oraz różnych dogmatyk prawniczych, w tym szczególnie prawa karnego – mogła podjąć trud opracowania tego tematu. (...) Książka w znaczący sposób wzbogaca wiedzę polskiego czytelnika. Autorka faktycznie zajęła się debatą Hart – Devlin, a następnie opisała udział innych autorów dyskusji nad działaniem prawa w sferze moralności oraz przedstawiła powyższe kwestie na tle orzecznictwa amerykańskich i brytyjskich sądów.

Z recenzji dr. hab. Sebastiana Sykuny, prof. UG