

KS. PIOTR KOSMOL

PROBLEM „ETYCZNEGO MINIMUM”

1. Trudności z określeniem „etycznego minimum”. — 2. Czy pozaetyczne podstawy prawa? — 3. Współczesne propozycje rozwiązania problemu.

1. TRUDNOŚCI Z OKREŚLENIEM „ETYCZNEGO MINIMUM”

Problem etycznych podstaw prawa zaktualizował się mocno już pod koniec II wojny światowej i w pierwszych latach powojennych. Tragiczne nadużycia, jakich dopuszczono się w dziedzinie prawa państwowego dowiodły, jak zgubne mogą okazać się praktyczne skutki pozytywizmu prawnego. Uświadomiono sobie wówczas na nowo konieczność oparcia prawa pozytywnego na bardziej trwałych, ponadpozytywnych podstawach etycznych. Stąd też pytanie — „czy prawo potrzebuje moralności?” — nie budziło wtedy żadnych wątpliwości u teoretyków prawa. Na przykład Henryk Jankowski¹ stwierdza, że odwoływanie się w ustawodawstwie prawnym, zarówno w skali międzynarodowej, jak też poszczególnych państw, do moralności, jest faktem niezaprzeczalnym.

Obecnie jednak pytanie to znów stało się aktualnym, a to na skutek coraz powszechniej zaznaczających się dziś tendencji pluralistycznych. Struktura większości nowoczesnych społeczności państwowych nie jest jednolita. Składają się one najczęściej z wielu różnych ugrupowań światopoglądowych, nierzadko przeciwstawnych sobie (np. wierzący — niewierzący), w których istnieją też określone światopoglądowo rozbieżności etyczne. Minęły czasy jednolitych światopoglądowo i konfesyjnie, „zamkniętych” społeczności, a wraz z nimi też dawna jednomyślność poglądów w bardzo zasadniczych nawet kwestiach moralnych, jak choćby w kwestii regulacji poczęć, przerywania ciąży, rozwodów. Stąd właśnie biorą się aktualne pytania, które można by sprowadzić do następujących:

1. Na jakiej etycznej bazie ma oprzeć się w swojej działalności ustawodawczej prawodawca państwowy, działający w niejednolitej światopoglądowo i etycznie społeczności państwowej?

2. Czy pomimo istniejących różnic światopoglądowych i etycznych, dałoby się jednak ustalić jakiś minimalny choćby zbiór najbardziej podstawowych zasad etycznych, powszechnie akceptowanych, które mogłyby stanowić konieczną bazę dla prawodawcy państwowego?

¹ H. Jankowski, *Prawo i moralność*, Warszawa 1968, s. 38 n.

3. Jaki zakres miałby obejmować taki „minimalny zbiór” i co stanowiłoby nadrzędne kryterium, ideologicznie niezależne, usprawiedliwiające i uzasadniające takie „etyczne minimum”?

Brak jednoznacznych odpowiedzi na powyższe pytania. Wielu wydaje się, że w sytuacji współczesnego pluralizmu światopoglądowego i etycznego osiągnięcie choćby minimalnego konsensu etycznego jest niemożliwością. Oswald v. Nell-Breuning² pyta w związku z tym, czy lansowany dziś tak bardzo model państwa światopoglądowo pluralistycznego jest rzeczywiście tym najidealniejszym modelem państwa? Trzymanie się bowiem tego modelu uniemożliwia, jego zdaniem, już samo podjęcie pytania o etyczną bazę dla państwa i prawa, a tym bardziej udzielenie na nie odpowiedzi. Podejmowanie tego rodzaju prób równa się rezygnacji z zasady pluralizmu światopoglądowego i zajęciu określonej pozycji światopoglądowej. Jak długo więc będzie się upierać przy modelu państwa pluralistycznego, pytanie o wspólną etyczną bazę musi pozostać bez odpowiedzi ze strony państwa i jego przedstawicieli.

Nieco inaczej, a w każdym razie nie tak radykalnie, zapatruje się na tę kwestię Helmut Feld³. Autorowi temu wydaje się, że w ustawicznym akcentowaniu dziś modelu pluralistycznego jest sporo przesady. Odwoływanie się do „wielorako uzależnionych światopoglądowo uzasadnień etycznych” nie ma większego sensu w naszym europejskim kręgu kulturowym. W dziedzinie podstawowych wartości humanistycznych trudno mówić o pluralizmie światopoglądowo-etycznym, skoro wartości te, historycznie biorąc, wywodzą się z jednego kręgu kultury chrześcijańskiej. Takie najbardziej podstawowe wartości, jak osobista wolność (liberté), równość wszystkich wobec prawa (égalité) i wiążące wszystkich braterstwo (fraternité), ludzka solidarność, stanowiące przecież idee przewodnie każdego prawdziwie demokratycznego państwa i jego prawodawstwa, nie są bynajmniej produktami współczesnego pluralizmu światopoglądowego, lecz zawdzięczają swoje powstanie zsekularyzowanemu chrześcijaństwu okresu Oświecenia. Wartości te, w sekularyzowanej już dziś formie, określają nasze współzycie i znajdują uznanie u wszystkich rozsądnie myślących ludzi. Co więcej, można odnaleźć je we wszystkich wielkich religiach świata, są bowiem w końcu wynikiem tysiącletnich przemyśleń nad tym, „co naprawdę jest najlepsze”, co jest absolutnie prawidłowe i dobre. Nasuwa się w tym miejscu pewna analogia z sytuacją etyki w Polsce. Otóż etyka niezależna w wydaniu Prof. Tadeusza Kotarbińskiego, autonomiczna pod względem epistemologicznym i metodologicznym w stosunku do objawienia religijnego, do filozofii i nauk szczegółowych, do wszelkich założeń ogólnoswiatopoglądowych, jest genetycznie (historycznie) zawisła od kontekstu kultury chrześcijańskiej Polski i Europy. Dziś sądzi się, że jej ideał spolegliwego opiekuna wyrósł z ewangelicznego ideału miłości bliźniego, wbrew temu, co twierdzi ateistyczna etyka świecka⁴.

² O. v. Nell-Breuning, *Grundwerte, Gesellschaft und Staat*, Stimmen der Zeit 103(1978), 162 n.

³ H. Feld, *Ethische Grundwerte im Staat*, Stimmen der Zeit 101(1976), 562 n.

⁴ Por. S. Olejnik, *Poglądy etyczne Prof. Tadeusza Kotarbińskiego*, Kraków 1962, s. 9 nn.

Odwołanie się do zachodnioeuropejskiej, czy nawet ogólnoludzkiej wspólnoty kulturowej jest jakimś wyjściem z powyższych trudności, choć nie rozwiązuje ono pytania o bardziej konkretny już zakres podstawowych norm i wartości etycznych, jaki winien obejmować pożądane i powszechnie akceptowane „etyczne minimum” I właśnie wokół zakresu „etycznego minimum” powstaje dziś wiele kontrowersji. Stwierdza się na ogół, że pod wpływem głębokich przeobrażeń moralnych, jakie dokonują się we współczesnych pluralistycznych, zlaicyzowanych i stechnicyzowanych społeczeństwach, poważnym zmianom ulega zakres faktycznie jeszcze zachowywanych norm moralnych⁵ Zakres ten zaczyna się dziś coraz bardziej kurczyć.

W Słowie pasterskim na temat podstawowych wartości społecznych⁵ biskupi niemieccy ubolewają, iż wielu wierzących nawet odnosi się dziś krytycznie, jeżeli już nie całkiem wrogo, do obowiązujących dotychczas nakazów prawa moralnego. Pod znakiem zapytania stawiane są nawet najbardziej podstawowe zasady etyczne, jak choćby elementarna zasada o nietykalności życia ludzkiego, i to zarówno w jego fazie prenatalnej, jak i w jego fazie starzenia się i umierania.

Zmienia się nie tylko zakres, lecz również treściowa zawartość norm i wartości etycznych. Obserwuje się poważne przesunięcia w świadomości moralnej współczesnych ludzi, zwłaszcza w dziedzinie norm i wartości etycznych⁶. Zmienia się samo rozumienie wartości jak i zrozumienie i uznanie dla nich. Zmianom podlegają nie tylko abstrakcyjnie wzięte wartości, jak np. sprawiedliwość (to co niegdyś uznawano za całkiem sprawiedliwe i słuszne, dziś uważane jest za niesprawiedliwe), lecz także wartości bardzo konkretne, jak np. zmienia się nawet u wiernych Kościoła katolickiego tradycyjne rozumienie małżeństwa, modelu rodziny⁷

Jesteśmy dziś świadkami dużej relatywizacji w dziedzinie moralności. Faktem jest etyczny pluralizm. Zauważa się ogólną nieufność wobec absolutnych rozstrzygnięć, przy równoczesnym akcentowaniu tego, co zmienne w człowieku i w otaczającym go świecie. Nawet teologowie rezygnują często z prób opracowania na nowo bardziej udoskonalonego obiektywnego systemu norm obowiązujących wszystkich ludzi⁸ W nowszych ujęciach teologii moralnej nastąpiło wyraźne przesunięcie akcentu z przedmiotowego charakteru moralności na podmiotowy⁹. Tendencje te nie sprzyjają tworzeniu jakiejś trwałej i wspólnej wszystkim bazy etycznej. Zatem coraz trudniej odwoływać się dziś do powszechnej i zgodnej świadomości moralnej społeczeństwa, bo takiej — zdaniem wielu — po prostu już nie ma.

Zmianom podlegają wreszcie nie tylko zakres i treść podstawowych

⁵ *Gesellschaftliche Grundwerte und menschliches Glück. Ein Wort der deutschen Bischöfe zu Orientierungsfragen unserer Gesellschaft*. Bonn 1976, s. 8.

⁶ Por. tamże biskupi niemieccy zwracają uwagę na charakterystyczne „Verschiebungen im Wert- und Normbewusstsein” w społeczeństwie niemieckim.

⁷ O. v. Nell-Breuning, art. cyt., s. 162. Na temat przemian w świadomości moralnej współczesnych ludzi piszą m. in. D. A. Seeber, *Was sind Grundwerte?*, Herder Korrespondenz 30 (1976), s. 381; S. Olejnik, *Kryzys moralny cywilizacji*, *Chrześcijanin w świecie* 12(1980), 25 nn.

⁸ A. Szostek, *Normy i wyjątki*, Lublin 1980, s. 39.

⁹ J. Pryszmont, *Wokół nowszych ujęć problematyki teologiczno-moralnej*, *Collectanea Theologica* 49(1979), fasc. IV, s. 10.

norm i wartości moralnych, lecz także ich uzasadnienie. Niemal od nowa trzeba by dziś postawić najbardziej elementarne pytania nie tylko o to, co jest moralnie dobre, lecz także dlaczego coś jest dobre i powinno, czyli pytania o kryterium i rację moralności. Można nawet sądzić, że istoty problemu upatruje się dziś już nie tyle w fakcie istnienia pluralizmu światopoglądowo etycznego, co w pytaniu o najgłębsze uzasadnienie tych podstawowych norm i wartości moralnych, które z kolei mają stanowić legitymację dla społeczno-prawnego porządku w państwie. Wskazywano tu najczęściej na trzy takie możliwości uzasadnień, nie wykluczając istnienia innych jeszcze możliwości. E. Feil mówi o trzech podstawowych typach lub modelach (Begründungs — und Legitimationsmodelle): teonomicznym, pozytywistycznym i naturalno-prawnym¹⁰.

Przez całe stulecia, przynajmniej w naszym kręgu kulturowo-historycznym, odwoływano się w uzasadnieniu i przy wylegitymowaniu porządku prawnego do teonomicznego modelu. To znaczy, że w Bogu widziano ostateczne źródło i fundament wszelkiego ludzkiego ustawodawstwa i legitymację dla sprawowania władzy świeckiej i związanej też z nią władzy duchownej. W odniesieniu zaś do pogan odwoływano się do zaszczeplonego przez Boga w ich sercu moralnego prawa naturalnego (Por. Rz 2., 15). Gdy jednak zrezygnowano z ściśle historycznego ujmowania relacji o nadaniu Dziesięciu Przykazań na Synaju, gdy zatem nie można było już wskazywać na „historycznie uchwytną czynność bezpośredniego stanowienia” przez Boga prawa, jawią się też kolejne problemy. Nie chodzi już nawet o Dziesięcioro Przykazań, lecz w ogóle o wszelkie wypowiedzi Pisma św. odnośnie do życia i współżycia z innymi ludźmi w świecie stworzonym przez Boga¹¹.

Skrajnie przeciwnym do modelu teonomicznego jest model pozytywistyczny, który rozwinął się z końcem XIX wieku i na początku XX. Wychodzi z założenia, że człowiek powinien ustanawiać sam reguły swego życia i współżycia społecznego i że sam nadaje ostateczny sens i wartość swemu życiu. Zatem nie Bóg lecz człowiek ostatecznie określa to, co jest dobre i wartościowe. Człowiek jest wolny w samookreślaniu siebie i swoich najgłębszych, podstawowych przekonań. Nie może więc być zewnątrz determinowany i przymuszany do przyjmowania podstawowych przekonań, wierzeń i poglądów. Nie można mu zatem narzucać też podstawowych wartości, reguł i norm etycznych.

Teza o wolności sumienia i wyznania oraz wyboru światopoglądu znalazła się niemal we wszystkich konstytucjach nowoczesnych państw i słusznie jest uznawana za wyraz postępu ludzkości. Problematiczne jest jednak twierdzenie, że człowiek i tylko człowiek określa ostatecznie to, jakie wartości i normy należy uznać za podstawowe. Tu pozytywizm dochodzi jednak do granic swoich możliwości teoretycznych. Absurdem byłoby np. poddawanie pod głosowanie takich podstawowych wartości i praw, jak godność osobowa i wolność człowieka. O tak podstawowych i zarazem najwyższych wartościach ogólnoludzkich nie może decydować jakaś „minimalna większość” drogą głosowania. Ta dziedzina jest wyjęta spod dyspozycji człowieka¹².

¹⁰ E. Feil, *Grundwerte und Naturrecht*, Stimmen der Zeit 102(1977), 660 n.

¹¹ Por. tamże, s. 661.

¹² Por. tamże, s. 657.

Stąd też pomiędzy modelem teonomicznym i pozytywistycznym znalazł się jeszcze trzeci model, zwany naturalno-prawnym, który w uzasadnieniu i usprawiedliwieniu zasad życia i współżycia międzyludzkiego nie odwołuje się bezpośrednio do Boga ani też do wyłącznej kompetencji człowieka, lecz do prawa naturalnego. W świetle tego poglądu z prawa naturalnego wynikają ostatecznie podstawowe wartości, reguły i normy moralne, które z kolei stanowią najgłębsze i nieodzowne podstawy dla społeczno-państwowego życia i jego porządku prawnego. Nie państwo je tworzy, gdyż istnieją one już uprzednio, wcześniej od państwa. Ono je tylko odnajduje, choć nie w społeczności, lecz jako „zakotwiczone” w samej naturze człowieka, jako uprzednio dane człowiekowi.

Model naturalno-prawny nie jest jednak całkiem jednolity. Dość wyraźnie zaznaczają się w nim dwa przeciwstawne sobie kierunki. Jeden uwzględnia wiarę w Boga i konsekwentnie też przyjmuje ostateczne „zakodowanie” prawa naturalnego przez Boga w człowieku. Drugi zaś wyklucza taką wiarę. Ale w ten sposób idea prawa naturalnego, z jednej strony uzależniona konfesyjnie, z drugiej zaś strony usiłująca odciąć się od wszelkich transcendentnych odniesień, w końcu nie stanowi jednolitej podstawy dla uzasadnienia i wylegitymowania „etycznego minimum” dla prawa i prawodawstwa w pluralistycznej społeczności państwowej.

W tym właśnie punkcie, w odniesieniu do zagadnienia legitymacji i usprawiedliwienia prawa i całego porządku prawnego w państwie, zaznaczyły się bardzo wyraźnie tendencje antyetyczne. Na pytanie, skąd prawodawstwo w światopoglądowo niejednocelnym i etycznie zróżnicowanym państwie ma czerpać swoje uzasadnienie, odpowiedź brzmiała, że nie może brać swego uzasadnienia z etyki. Przy czym podaje się rację, że funkcjonujące w społeczeństwie systemy etyczne są niejednocelne. Różne, a często także rozbieżne są poglądy etyczne nie tylko poszczególnych grup światopoglądowych, ale i pojedynczych ludzi. Wobec tego etyka nie jest w stanie dostarczyć wszystkim obywatelom jasnego, w miarę jednoznacznego uzasadnienia prawa. Nie może też stworzyć jakiejś szerokiej, powszechnie akceptowanej bazy dla uznania i usprawiedliwienia porządku prawnego i prawa w ogóle w państwie. Faktycznie brakuje powszechnej zgody na bardzo nawet ograniczone „etyczne minimum”. Skoro bowiem kwestionuje się już nawet jedną z najbardziej podstawowych wartości, jaką jest ludzkie życie, to trudno jest mówić dziś o powszechnie akceptowanej bazie fundamentalnych przekonań etycznych. Taka po prostu nie istnieje. Do tak skrajnego wniosku dochodziło się zwłaszcza w okresie trwania głośnej dyskusji nad nowelizacją § 218 kodeksu prawa karnego w Republice Federalnej Niemiec¹³.

2. CZY POZAETYCZNE PODSTAWY PRAWA?

Skoro więc w warunkach współczesnego pluralizmu światopoglądowego niemożliwością jest osiągnięcie nawet minimalnego konsensu etycz-

¹³ Dyskusja dotyczyła m. in. karalności czy też niekaralności za czyn przerywania ciąży. Por. D. A. Seeber, *Gesetz, Moral, Politik*, Herder Korrespondenz 28(1974), 227 n, tenże, *Ethisches Vakuum*, Herder Korrespondenz 31(1977), 599 n.

nego, pozostaje już tylko odwołać się w uzasadnieniu prawa do pozaetycznych kryteriów. Za takie zaś uchodzą dziś najczęściej kryteria społeczne, jak np. „kryterium społecznej szkodliwości”, czy też „kryterium zgody większości”, względnie „zgodnej woli obywateli”, „woli większości”, „woli ludu”¹⁴.

Powyższe kryteria budzą jednak cały szereg poważnych wątpliwości. Są one przede wszystkim mało precyzyjne i bardzo łatwo jest nimi manipulować. Patrząc na przykład z punktu widzenia szkodliwości społecznej na przerywanie ciąży lub też sztuczne skracanie życia ludziom ułomnym, wolno byłoby uznać abortus i eutanazję, przynajmniej w niektórych wypadkach, za bardzo wskazane¹⁵.

Opierając się wyłącznie na kryterium społecznej szkodliwości należałoby wykreślić z dotychczasowego kodeksu karnego szereg czynów karalnych, które wprawdzie z punktu widzenia określonej etyki (np. chrześcijańskiej) są nagannymi, jednak trudno byłoby jasno i niedwuznacznie udowodnić także ich społecznej szkodliwości¹⁶. Z drugiej znowu strony należałoby usankcjonować właśnie karą wiele takich czynów, które są bez wątpienia szkodliwe, a jednak w większości krajów (nawet katolickich) nie są już karane. Typowym przykładem są rozwody, których społeczna szkodliwość nie podlega dyskusji, a przecież ustawa o karalności rozwodów w wielu krajach upadła¹⁷.

Również kryterium „zgodnej woli obywateli” nie jest zasadą samowystarczającą. Przede wszystkim nie jest łatwo sprowadzić do jakiegoś wspólnego mianownika różnorodnych celów i interesów poszczególnych grup światopoglądowych, a także potrzeb pojedynczych obywateli. Są to bowiem „wielkości nieporównywalne”, brane z dużym przybliżeniem. Dlatego też sprowadzenie ich do wspólnego mianownika, podporządkowanie ich jakiemuś jednemu celowi nadrzędnemu (np. dobru ogólnemu), wymagać będzie zawsze kompromisów ze strony poszczególnych grup i pojedynczych obywateli, tak że w sumie prawo może być słusznym i sprawiedliwym tylko w bardzo ograniczonym zakresie. Prawdą jest, że państwo ze swoim porządkiem prawnym, chcąc zabezpieczyć i urzeczywistnić dobro ogółu, musi oprzeć się na powszechnej i zgodnej woli swoich obywateli. Trudno przecież wbrew woli narodu urzeczywistnić rzekome dobro ogółu. Rządzący muszą więc upewniać się o rzeczywistej woli swoich obywateli¹⁸. To jednak „kryterium zgody większości”, czy „woli większości”, nie może być jedynym i najwyższym kryterium usprawiedliwiającym porządek prawny w państwie. Jeżeli w wyniku przeprowadzenia w jakimś kraju referendum, na przykład w sprawie ustawy o rozwodach, okaże się, że większość opowiada się za rozwodami, to nie dowodzi to jeszcze, że nierozzerwalność i wierność małżeńska przestały być rzeczywistymi wartościami. Albo, gdy nawet 90% obywa-

¹⁴ D. A. Seeber, j.w., s. 228; por. także W. Moliński, *Staat und Moral*, *Stimmen der Zeit* 102(1977), 826 n.

¹⁵ D. A. Seeber, art. cyt., s. 228.

¹⁶ Tu najczęściej w dyskusjach odwoływano się do niektórych wykroczeń natury seksualnej, np. homoseksualizmu uprawianego między dorosłymi. Por. W. Moliński, *Ethik der Strafe*, w: *Hat Strafe Sinn?*, wyd. B. Gareis, E. Wiesnet, Freiburg 1974, s. 194 n.

¹⁷ W. Moliński, j.w., s. 195.

¹⁸ Zob. W. Moliński, *Staat und Moral*, s. 826 n.

teli danego kraju pod wpływem np. nasilających się akcji terrorystycznych zgodnie opowiedziało się za przywróceniem kary śmierci i stosowaniem tortur w czasie przesłuchań, to pomimo tego ustawodawca musiałby poważnie się zastanowić, czy za „taką wolą większości” wolno mu pójść i uczynić z niej ogólnie wiążące prawo¹⁹. To, że większość ludzi faktycznie tak oto postępuje, nie jest żadną racją, z której wynikałoby, że tak powinni postępować.

Tak więc kodyfikowanie norm prawnych w oparciu tylko o aktualne przekonanie większości byłoby bardzo ryzykownym przedsięwzięciem. W końcu rola prawodawcy nie sprowadza się tylko do prawnego sformułowania „woli narodu” i to odpowiednio do jego aktualnego stanu i stopnia rozwoju. W praktyce równałoby się to kodyfikacji „zastanych faktów”²⁰. Do obowiązków prawodawcy należy też funkcja kierowania, prowadzenia, wskazywania drogi postępowania i to właściwej, słusznej drogi. Z tej funkcji dyrektywnej nie może on zrezygnować. Warto wreszcie zauważyć, iż „zgodna wola większości” wyrażona przez społeczeństwo moralnie skorumpowane nie jest żadnym kryterium dla słuszności prawa. Tak więc „wola większości narodu” nie może stanowić jedyne, miarodajnego kryterium dla prawodawcy. Może natomiast być jednym z elementów, obok którego znaleźć się muszą także zdrowy rozsądek i uczciwe sumienie prawodawcy. Te zaś cechy opierają się ostatecznie o jego najgłębsze przekonania moralne. W końcu „wola większości narodu” jest zawsze też wyrazem panującej w nim moralności, etosu. Etos, jako moralność poszczególnych grup społecznych wchodzących i tworzących społeczność państwową, nie może decydować o kształcie prawa państwowego. Gdyby państwo było zdane w swoim stanowieniu prawa wyłącznie na aktualnie panujący w danej społeczności etos, to wraz z jego zmianą musiałoby odpowiednio dostosować doń i swoje prawa. To, że pewne wartości etyczne zanikają w świadomości moralnej danej społeczności nie oznacza, że przestały być autentycznymi wartościami (np. wspomniana wierność małżeńska).

Jeżeli prawo w pewnym sensie dystansuje się od moralności przedmiotowej poszczególnych grup społeczno-światopoglądowych, to nie oznacza to wcale, że dystansuje się od moralności przedmiotowej (obiektywnej), od „dobra moralnego”²¹.

Trudno zatem uznać powyższe kryteria społeczne za fundamentalnie wiążące dla prawodawcy państwowego. Szczególnie zaś prawodawstwo karne domaga się solidnej podbudowy, którą dać mu może tylko etyka.

3. WSPÓŁCZESNE PROPOZYCJE ROZWIĄZANIA PROBLEMU

Na uwagę zasługują w związku z problemem „etycznego minimum” dla prawodawstwa, przemyślenia A. Hertza²². Autor ten proponuje wyróżnić w moralności jakby dwa piętra: wyższe i niższe. Moralność na wyższym poziomie (das hohe Ethos) i tak zwana „zwyczajna moral-

¹⁹ H. Feld, art. cyt., s. 562 n.

²⁰ D. A. Seeber, art. cyt., s. 228.

²¹ E. Feil, *Trennung von Ethos und Recht*, Herder Korrespondenz 30(1976), 420.

²² A. Hertz, *Das Verhältnis von Recht und Moral*, w: *Moral*, wyd. A. Hertz, Mainz 1972, s. 75 n.

ność" (einfache Sittlichkeit) różnią się między sobą motywacją. W pierwszym wypadku odwołujemy się do wyższej motywacji: religijnej, teologiczno-moralnej lub filozoficzno-humanistyczno-etycznej. Natomiast w wypadku „zwyczajnej moralności” odwołujemy się do najbardziej elementarnych reguł współżycia, jak na przykład do powszechnie znanej złotej reguły wzajemności. Autor ilustruje to na przykładzie zakazu zabijania. W religijno-moralnym uzasadnieniu tego zakazu odwołujemy się do prawdy o stworzeniu człowieka przez Boga: skoro Bóg daje życie, On jeden może je odebrać. W humanistyczno-etycznym uzasadnieniu odwołujemy się do idei godności osoby ludzkiej i wynikającej z niej zasady o nietykalności życia ludzkiego. Natomiast w uzasadnieniu „zwyczajnej moralności” wskazuje się raczej na społeczną konieczność, na społeczny interes. Gdyby bowiem nie było tego zakazu, społeczności groziłaby anarchia. Ostatecznie więc zakaz „Nie zabijaj” jest tak samo ważny, gdy motywowany jest racjami wyższej moralności (godnością osobową, prawdą o stworzeniu), jak i racjami tylko tej zwyczajnej moralności (społecznym interesem). Wyższą motywację deotyczną zastąpiono tu niższą motywacją teologiczną.

Nie trudno zauważyć, że bliższą prawu i prawodawstwu jest właśnie ta druga, „zwyczajna moralność”, oparta na podstawowych regułach współżycia. Reguły te są powszechnie znane i spotkać je można niemal we wszystkich kręgach kulturowych. Często były przyswojone przez wielkie systemy etyczne. Słynną „złotą regułę” odnaleźć można zarówno w etyce Platona jak i w nauczaniu moralnym Jezusa Chrystusa (Por. Mt 7, 12; Łk 6, 31). Reguły te są szczególnie przydatne, poręczne i nade wszystko skuteczne w dziedzinie codziennego, powszedniego działania. Tak więc porządek prawny winien zadowolić się podstawowymi wartościami i regułami, normami wziętymi z zakresu tej „zwyczajnej moralności”. To właśnie, zdaniem autora, stanowi owo „etyczne minimum”, bez którego nie może obejść się żadne prawodawstwo i na którym ono ostatecznie bazuje²³.

Nie brak jednak też głosów krytycznych w odniesieniu do tego stanowiska. Zarzuca się jemu między innymi to, że takie reguły „zwyczajnej moralności”, jak np. „nie czyn drugiemu co tobie niemiłe” lub „umowy należy dotrzymywać”, wsparte na zasadzie wzajemności, nie wiele mają wspólnego z prawdziwą moralnością. To prawda, że także Chrystus głosi „złotą regułę”, ale jego myśl jest dostatecznie jasna w tej kwestii, gdy powiada: „Jeśli pozdrawiacie tych tylko, którzy was pozdrawiają, jeśli pożyczacie tylko tym, którzy wam pożyczają, jeśli miłujecie tylko tych, którzy was miłują... cóż szczególnego czynicie? Czyż i poganie tego nie czynią? Bądźcież wy tedy doskonali...” (Por. Mt 5, 46—48; Łk 6, 27—36). Znaczyłoby to, że „wzajemność” nie jest jeszcze moralnością we właściwym tego słowa znaczeniu.

Pomimo tych zastrzeżeń autor broni swego stanowiska. Przyznaje oczywiście, że wymagania „zwyczajnej moralności”, na której bazuje prawo, są mniejsze niż wymagania „wyższej moralności”, wyrastającej i idei doskonałości, bezinteresowności, miłości lub godności osobowej. To jednak i te pierwsze wymagania są rzeczywistymi wymaganiami moralnymi i to nieodzownymi dla zachowania społecznego porządku iładu.

²³ Tamże, s. 76.

Dlatego też tą dziedziną „zwyyczajnej moralności” opiekuje się państwo, natomiast troskę o pielęgnowanie „wyższej moralności” pozostawia się Kościołom oraz innym grupom światopoglądowym. Błędem zaś niektórych moralistów było, zdaniem Hertza to, że chcieli również zasady „wyższej moralności” zabezpieczyć, przynajmniej formalnie, przy pomocy prawodawstwa państwowego, co oczywiście musiało trafić w próżnię²⁴. Nie należy bowiem do zadań państwa i jego prawodawstwa wymuszanie, drogą świeckiego prawa, czysto etycznych zasad, pochodzących czy to z ogólnej świadomości moralnej, czy też wywodzących się z przekonań poszczególnych grup społeczno-swiatopoglądowych i wyznaniowych.

Bardzo interesującą propozycję etycznej legitymacji prawa państwowego przedstawił O. Höffe²⁵, wprowadzając do dziedziny prawa i prawodawstwa pojęcie (kryterium) obiektywnej moralności. Pojęcie moralności zostaje w tym wypadku utożsamione z pojęciem bezwzględnego dobra, dobra jako takiego, czyli z kryterium moralności. W tym znaczeniu widzi w moralności jakby koncentryczny wyraz wszystkich zasad ludzkiego działania, które w stosunku do tego działania legitymują się absolutną ważnością, powszechną obowiązawalnością w ocenianiu tego, co jest dobre jako takie.

Obok tak rozumianej moralności, określa terminem „moralność” także subiektywną moralność, czyli moralność osoby, względnie personalną moralność. W tym znaczeniu chodzi o moralność sprowadzoną do ściśle osobistego działania, w odróżnieniu od wszelkiego innego działania, to jest, instytucjonalnego, publicznego, zwłaszcza zaś prawnopaństwowego działania. Faktycznie można w ludzkim działaniu wyróżnić dwa aspekty: personalny i instytucjonalny. Normatywna idea dobra bezwzględnego rozciąga się na oba aspekty ludzkiego działania. Nie tylko więc w odniesieniu do osobistego działania, lecz także instytucjonalnego, zwłaszcza zaś w odniesieniu do państwowych ustaw, (także Ustawy zasadniczej, Konstytucji), zarządzeń lub wyroków sądowych można postawić zasadnicze pytanie: „czy są one dobre i słuszne” Pytania tego nie stawia się tylko w sensie „dobra uwarunkowanego”, lecz radykalnie, w sensie bezwzględnego, absolutnego dobra. Chodzi zatem nie o to, co tylko „technicznie” lub „pragmatycznie” dobre, a więc nie o polityczną zręczność, spryt lub strategię, ale o to, co bezwzględnie i bezwarunkowo dobre i prawidłowe. W dziedzinie publicznego działania istnieją więc nie tylko nakazy i zakazy pozytywnego porządku prawnego, ale znaleźć się musi samo „kryterium bezwzględnego dobra”, którym kierować się winny wszelkie działania „prawotwórcze” i ustawodawcze, administracyjne i sędownicze.

Tak jak istnieją dwie podstawowe formy ludzkiego działania, działanie personalne i instytucjonalne, tak istnieją też dwie odpowiadające im „formy moralności”: moralność personalna i instytucjonalna. Ta druga (instytucjonalna moralność) odnosi się w szczególności do państwa i jego prawa. Mamy zatem także „moralność prawa”, (której nie należy mylić z legalnością), „polityczną moralność”, czyli „kryterium dobra,

²⁴ Tamże.

²⁵ O. Höffe, *Recht und Moral. Eine philosophische Perspektive*, Stimmen der Zeit 105(1980), 114 n.

prawidłowości i słuszności” w odniesieniu do dziedziny prawa. Ta „moralna idea prawa” opiera się na obiektywnym pojęciu moralności nie zaś na pojęciu subiektywnym moralności. Z tego względu należy wyraźnie odróżnić te dwie dziedziny moralności (personalnej i instytucjonalnej) od siebie, by nie popełnić błędu „subiektywizacji i prywatyzacji moralności”, jak miało to miejsce w pozytywizmie prawnym²⁶. „Moralną ideą prawa” nazwano „polityczną sprawiedliwością”. A zatem kryterium dobra (bezwzględnego dobra), prawidłowości i słuszności w dziedzinie prawa państwowego (i wszelkiego instytucjonalnego działania) stanowi „polityczna sprawiedliwość”

Istnieją więc również dwie różne formy sprawiedliwości: 1° sprawiedliwość polityczna, która określa moralność porządku prawnego. Stanowi ona ostateczne kryterium słuszności prawa, z którą liczyć się musi władza publiczna przy wydawaniu swoich ustaw; 2° sprawiedliwość personalna, która oznacza osobistą postawę życiową człowieka, skłaniającą i uzdalniającą go do oddawania każdemu tego, co mu się słusznie należy, czyli sprawiedliwość jako subiektywna sprawność, cnota. Jako przymiot personalny, czyli jako „trwała dyspozycja i postawa osoby”, cnota ta nie tylko „każe” czynić to, co słuszne, ale ponadto czynić to z wewnętrznego przekonania, właśnie dlatego, że to słuszne, nie zaś dlatego, że np. w przeciwnym razie można zostać ukaranym.

Wprowadzenie do dziedziny prawa „moralnej idei bezwzględnego dobra”, jak się wydaje, jest najbardziej udaną próbą stworzenia etycznej bazy dla prawodawstwa państwowego. Na idei tej oprzeć się może prawodawca działający także w niejednolitej światopoglądowo i zróżnicowanej etycznie społeczności państwowej. Idea ta stanowi też ideologicznie neutralną legitymację dla porządku prawnego w państwie.

²⁶ Wynikiem „subiektywizacji moralności prawa” byłoby podporządkowanie prawa także nakazów lub zakazów personalnej moralności. Personalna moralność, jako ściśle związana z wolnością osoby i z autonomią podmiotu, nie może być „pod kuratelą” pozytywnego prawa państwowego. Podobnie, jak nie do przyjęcia jest pozytywizm prawny (Rechtspositivismus), tak też należy odrzucić błędny „etycznym prawniczy” (Rechtsmoralismus). Por. tamże, s. 119.