

*Anna Kalisz*

## Klauzula moralności (publicznej) w prawie polskim i europejskim jako przykład regulacyjnej, ochronnej oraz innowacyjnej funkcji prawa

### *1. Uwagi wprowadzające*

Kwestia ochrony moralności poprzez klauzulę „moralności publicznej” i klauzule o treści pokrewnej<sup>1</sup> ma tu charakter raczej opisowy, niż normatywny i połączona jest z próbą odpowiedzi na pytanie, jaką funkcję z punktu widzenia porządku prawnego i jego funkcjonowania w społeczeństwie oraz z punktu widzenia praw (i postaw) jednostki może ona pełnić.

Warto ustalić granice pojęciowe takich terminów, jak system i porządek prawny, które – choć bywają używane zamiennie – nie są jednak synonimami. Jako „porządek prawny” określić można „zbiór wszystkich reguł [norm i zasad – A. K.] funkcjonujących w obrocie prawnym i stanowiących potencjalne podstawy normatywne podejmowania decyzji”<sup>2</sup>. „System prawny” rozumiany jest natomiast bardziej pozytywistycznie jako „całość obowiązujących w danym państwie norm prawnych”<sup>3</sup>. Kluczową różnicę wprowadza tu zatem przymiotnik „obowiązujący”. Na system prawa składają się bowiem wiążące i obowiązujące *de lege lata* przepisy – czyli bezpośredni efekt działalności prawodawcy, porządek prawa jest natomiast pojęciem szerszym,

<sup>1</sup> Są to m.in.: „porządek publiczny”, „interes publiczny” czy „dobro wspólne”, jednak z uwagi na ograniczoną objętość niniejszego opracowania odnosi się ono wyłącznie do klauzuli moralności publicznej.

<sup>2</sup> Zob. Leszek Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze, Kraków 2001, s. 35.

<sup>3</sup> Zob. Grzegorz Seidler, Henryk Groszyk, Jan Malarczyk, Antoni Pieniążek, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Mopol, Lublin 2000, s. 172.

gdyż zawiera w sobie inne „reguły (...) stanowiące potencjalne podstawy normatywne podejmowania decyzji”<sup>4</sup>. A zatem w ramach porządku prawnego mogą znaleźć się, jako źródła podstawy decyzji, także normy i kryteria będące logicznym bądź interpretacyjnym następstwem działań prawodawcy i nie posiadające charakteru formalnie wiążącego (np. *soft law*, orzecznictwo, kryteria otwarte zarysowane w klauzulach generalnych – czyli odniesienia do innych systemów normatywnych), co jest zjawiskiem charakterystycznym zwłaszcza dla prawa europejskiego.

Należy przy tym zaznaczyć także, że pojęcie „prawo europejskie” może być również rozumiane niejednolicie – tj. w sensie szerszym lub węższym. W pierwszym znaczeniu obejmuje prawo tworzone w obrębie różnych europejskich organizacji międzynarodowych (takich jak np. Rada Europy), w drugim zaś aspekcie – prawo Unii Europejskiej. Opracowanie dotyczy rozumienia tego pojęcia *sensu largo*.

Europejski porządek prawny jest zatem rozumiany jako zbiór norm i zasad ustanowionych lub uznanych przez państwa uczestniczące albo prawodawcę regionalnego (Rada Europy) lub ponadnarodowego (Unia Europejska), zbiór zasad wspólnych porządkom prawnym państw europejskich oraz zbiór następstw logicznych i interpretacyjnych i wartości, do których odsyłają przepisy prawa.

Istotne znaczenie w kontekście zarówno pojęcia porządku prawnego, jak i w ramach niniejszego opracowania ma zwłaszcza *case-law*, czyli dorobek orzecniczy sądów i trybunałów, do którego „kamieni milowych” odwołuje się niniejszy tekst.

## 2. Funkcje prawa

### 2.1. Pojęcie funkcji prawa

Jeżeli chodzi o funkcje prawa, jako zjawiska społecznego znajdującego emanację w systemie i porządku prawnym, warto wyjść od przypomnienia faktu, iż prawo jest – jako element kontroli społecznej – z jednej strony warunkowane poprzez funkcjonującą w danym społeczeństwie aksjologię i obyczajowość, z drugiej zaś strony – samo ją zmienia i kształtuje.

Porządki i systemy prawne, gałęzie prawa, normy oraz instytucje prawne wywołują zatem poprzez swoje istnienie i działanie określone

<sup>4</sup> Por. L. Leszczyński, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 35.

skutki, a więc realizują pewne funkcje wobec swojego otoczenia, jakim jest społeczeństwo i jednostki, które je tworzą. W związku z tym mówi się o społecznych funkcjach prawa, a popularne współcześnie, postpozytywistyczne rozumienie prawa jako dyskursu dobrze wpisuje się w mechanizm wzajemnego oddziaływania prawa i społeczeństwa.

Najogólniej rzecz ujmując, funkcję można zdefiniować jako pewną zależność między dwoma wielkościami (zjawiskami), polegającą na tym, że zmiana jednego zjawiska pociąga za sobą zmianę drugiego. Można zatem powiedzieć, że pojęcie funkcji odnosi się do kategorii skutków. W naukach prawnych funkcję widzi się dodatkowo poprzez pryzmat celów<sup>5</sup>.

W związku z powyższym, prawoznawstwo rozróżnia dwie płaszczyzny związane z tym pojęciem. Po pierwsze – w ujęciu akcentującym aspekt teleologiczny – funkcje prawa mogą być rozumiane jako cele i oczekiwania leżące u podstaw regulacji prawnych i wyboru wartości, do których się w nich odsyła. Po drugie – w ujęciu kładącym nacisk na rezultat – jako faktyczne skutki społeczne wywołane daną regulacją prawną. Prawo skuteczne to prawo, w przypadku którego faktycznie osiągnięty rezultat pokrywa się z zamierzonym przez prawodawcę celem, przyświecającym jego tworzeniu.

## 2.2. Charakterystyka wybranych funkcji prawa

Swoistą metafunkcją prawa jest funkcja regulacyjna, czyli zapewnienie ładu drogą regulowania różnych dziedzin życia w skali ogólnospołecznej. Poprzez formułowanie wzorów zachowań (czyli przede wszystkim przez normy materialnoprawne) prawo tworzy strukturę powiązań zobowiązaniowo-uprawnieniowych (ale też skutkowo-przyczynowych) w społeczeństwie<sup>6</sup>.

W ramach tej metafunkcji wyróżnia się – z uwagi na różne kryteria – kilkanaście rozmaitych funkcji prawa, odnoszących się do różnych celów i skutków jego społecznego działania. Często są one powiązane są w dialektyczne zależności między sobą i dotyczą przeciwstawnych

<sup>5</sup> Por. Iwona Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 51 i nast.; Jerzy Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 99. Na ten temat zob. także: Maria Borucka-Arctowa, *Spoleczne poglądy na funkcje prawa*, Ossolineum, Wrocław 1981, passim.

<sup>6</sup> Zob. Andrzej Korybski, Leszek Leszczyński, Antoni Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2003, s. 37-38.

zjawisk. Poniżej przedstawiono te, które wydają się mieć największy związek z zagadnieniem kryteriów otwartych w ogóle, a „moralnością publiczną” w szczególności. Są to funkcje:

– stabilizacyjna (utrwalanie określonego, opartego także na wartościach pozaprawnych, ładu społecznego i tym samym zapewnianie pewności prawa i bezpieczeństwa obrotu prawnego);

– innowacyjna (wprowadzanie zmian do ustroju politycznego, gospodarczego, bądź społecznego, zgodnie z potrzebami społecznymi w danym czasie i zmianami ich dotyczącymi – także zmianami w zakresie aksjologii społecznej);

– ochronna (wyznaczenie katalogu wartości, które zarówno społeczeństwo, jak i prawodawca preferuje i chroni);

– motywacyjna (zachęcanie tzw. adresatów pierwotnych norm prawnych do określonych zachowań i poszanowania określonych wartości, preferowanych przez prawodawcę oraz zniechęcanie do zachowań i wartości przez prawodawcę niepożądanych ze społecznego punktu widzenia – przy czym ten drugi aspekt można określić jako funkcję prewencyjną);

– wychowawcza, zwaną też edukacyjną (kształtowanie określonych postaw w społeczeństwie i wdrażanie poprzez normy prawne określonych wartości, a co za tym idzie, kształtowanie relatywnie trwałych – choć nie bezrefleksyjnych i bezkrytycznych – motywów pewnych zachowań oraz wpływanie na same zachowania)<sup>7</sup>.

W kontekście ostatniej z wymienionych funkcji niektórzy wspominają też o socjalizacyjnej funkcji prawa, tj. o wychowaniu poprzez prawo w duchu określonego zespołu wartości i ocen<sup>8</sup>.

Otwartą kwestią pozostaje oczywiście ocena konkretnych treści, jakie zawiera prawo, oddziałujące w jeden z wyżej wymienionych sposobów na życie społeczne. Cele prawodawcy mogą bowiem być w praktyce różnie rozumiane i mieć różne podłoże aksjologiczne (w tym także polityczne), a rezultaty osiągane za pomocą prawa są nie tylko różne, ale i rozmaicie uzasadniane i ocenianie.

<sup>7</sup> Zob. Sławomira Wronkowska, Zygmunt Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 1997, s. 233-239. Uproszczone ujęcie zależności pomiędzy różnymi funkcjami prawa w postaci schematów i tabel zob. Anna Kalisz, Eliza Prokop-Perzyńska, *Podstawy prawoznawstwa w schematach i tabelach*, Oficyna Wydawnicza Humanitas, Sosnowiec 2009, s. 15-16.

<sup>8</sup> Zob. A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *Wstęp...*, op. cit., s. 38.

Niewątpliwie przy tym w przypadku niektórych zagadnień łatwiej osiągnąć konsensus społeczny, niż w innych, zwłaszcza wzbudzających silne emocje w ramach debaty publicznej. Do takich właśnie kontrowersyjnych pojęć należy moralność publiczna.

### 3. Moralność (publiczna) – próby dookreślenia pojęcia i zakresu analizy

Ścisłe zdefiniowanie pojęcia moralności jest – w większym nawet stopniu, niż w przypadku pojęcia prawa – bardzo trudne, biorąc pod uwagę spory, jakie oba te wieloznaczne terminy budzą w naukach społecznych. Obie te kategorie – pomimo zupełnie odmiennego sposobu ich powstawania – mogą być postrzegane bądź jako normy, bądź jako fakty społeczne, a problem relacji między nimi i stopnia ich nieuniknioności stanowi od stuleci jeden z głównych problemów filozofii prawa<sup>9</sup>.

Idee dotyczące stosunków między prawem a moralnością stanowią istotne czynniki ideologii politycznych, a tym samym „przekładają” się na światopogląd, uznanie i przekonania życiowe osób sprawujących władzę, co z kolei – przynajmniej w określonym stopniu determinuje ich decyzje w zakresie zarówno tworzenia, jak i stosowania prawa<sup>10</sup>.

W ramach nauk prawnych moralność określana jest – nieco zawężająco – jako „zobiektywizowane, lecz niezinstytucjonalizowane reguły i zasady postępowania oraz standardy ocenne”<sup>11</sup>, których treść jest związana z pojęciami dobra i zła (*nota bene* jeszcze szerszymi niż prawo i moralność...). Normy moralne stanowią zatem zarówno motywety własnego postępowania ludzi, jak i kryteria oceny postępowania innych. Nie ma więc takiej gałęzi prawa, która w jakiś sposób nie łączyłaby się z moralnością – podobnie jak filozofia prawa i filozofia moralna nie mogą być od siebie oddzielone.

Zagadnienie zredukowano tu do problematyki ochrony określonego „wycinka” moralności poprzez klauzulę „moralności publicznej”. Pojęcie moralności uzupełnione zatem zostaje przymiotnikiem „pu-

<sup>9</sup> Por.: G. Seidler, H. Groszyk, J. Malarczyk, A. Pieniążek, *Wstęp...*, op. cit., s. 117 i nast. 120; Wiesław Lang, *Prawo i moralność*, PWN, Warszawa 1989, passim.

<sup>10</sup> Por. W. Lang, *Prawo i moralność*, op. cit., s. 7.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 8.

bliczny”, czyli „dotyczący całego społeczeństwa lub jakiejś zbiorowości, służący ogółowi dostępny lub przeznaczony dla wszystkich”<sup>12</sup>.

Warto zauważyć, że jeżeli chodzi o polską judykaturę, to przymiotnik ten próbowano zdefiniować w ramach pierwszej i ostatniej próby wyjaśnienia terminu „interes publiczny”, podjętej w latach trzydziestych XX w. („Publiczny’ [odnosi się do – A. K.] organizacji społecznej, państwa lub samorządu, albo w ogóle życia społecznego”)<sup>13</sup>. Istotne przy tym jest, że „moralności publicznej” nigdy nie zdefiniowano *in abstracto*.

W związku z tym, że również w tekstach prawnych brak jest definicji legalnej „moralności publicznej”, należy temu wyrażeniu przypisać znaczenie zaczerpnięte z języka potocznego<sup>14</sup>. Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej definicje słownikowe, „moralność publiczną” można zatem – nawet bez podejmowania prób jednoznacznego i precyzyjnego określenia tego pojęcia – uznać za klauzulę generalną służącą ochronie wartości „publicznych” – czyli na tyle utrwalonych i akceptowanych przez większość społeczeństwa, że można je uznać za charakterystyczne.

Warto jednak pamiętać, że obecność tej klauzuli z jednej strony pełni funkcję ochronną, z drugiej jednak – co należy podkreślić – stanowić może potencjalne zagrożenie dla różnych mniejszości, w szczególności tych niecieszących się powszechną sympatią w danym społeczeństwie, które wszak również (a może nawet w szczególności) powinny być chronione w ustroju demokratycznym. Klauzula ta zatem niesie w sobie pewne ryzyko manipulacji treścią w niej zawartą.

### *3.1. Klauzula moralności publicznej jako wyraz aksjologii społecznej w prawie*

W prawoznawstwie wartości definiowane są jako cechy przypisywane danym desygnatom w wyniku ich dodatniej lub ujemnej oceny, dokonanej na podstawie określonego kryterium<sup>15</sup>. Na tzw. aksjologię pra-

<sup>12</sup> <http://sjp.pwn.pl/slownik/2573013/publiczny>, dostęp 08.12.2011 r.

<sup>13</sup> Wyrok SN z dn. 31.05.1933, II K 285/33.

<sup>14</sup> Michał Potyrała, „Moralność publiczna jako przesłanka ograniczania wybranych wolności konstytucyjnych”, *Edukacja Prawnicza*, 6 stycznia 2009, na stronie: <http://www.edukacjaprawnicza.pl/aktualnosci/a/pokaz/c/aktualnosc/art/moralnosc-publiczna-jako-przeslanka-ograniczania-wybranych-wolnosci-konstytucyjnych.html>, dostęp: 16.12.2011.

wa składa się zatem zbiór wartości zrelatywizowanych do standardów ocennych zawartych w danym systemie prawa (wewnątrzsystemowych) oraz do zasad i ocen, do których prawo odsyła (pozaprawnych)<sup>16</sup>. Wartości te są inkorporowane do systemu prawnego pośrednio lub bezpośrednio i współtworzą porządek prawny.

Aksjologia danego systemu prawa wywodzi się więc – przynajmniej pośrednio – z aksjologii społecznej. Na tym polu ścierają się również postawy subiektywistyczne i obiektywistyczne oraz pluralistyczne i uniwersalistyczne<sup>17</sup>.

Prawo ma zatem służyć określonym wartościom, wyrażającym przede wszystkim interesy ludzi (jednostek), a wyjątkowo tylko inne interesy<sup>18</sup>.

Nauki społeczne określają współczesne postindustrialne społeczeństwa europejskie jako „multikulturowe”<sup>19</sup> i „komunikacyjne”, tj. uwzględniające pluralizm wartości i balansujące pomiędzy konfliktem a współpracą. Aksjologia społeczna stanowi zatem „wypadkową” wielu różnych, często przeciwstawnych koncepcji, doktryn czy interesów.

Z jednej strony nie jest więc łatwo ustalić punkty wspólne. Nie ma zgody co do zakresu pojęciowego większości kluczowych skądinąd terminów (sprawiedliwość, równość, *etc.*) znajdujących odbicie w zasadach prawa, jako „metanormach” i klauzulach generalnych, jako „nośnikach wartości” w ramach norm prawnych. Z drugiej – „każda

<sup>15</sup> W. Lang, „Aksjologia prawa”, w: Bronisław Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, IWS, Katowice 1992, s. 123-124; Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990, s. 58; Por. też: Aleksander Peczenik, „Weighting Values”, *International Journal for the Semiotics of Law*, 1992, No. 14, s. 138.

<sup>16</sup> W. Lang, „Aksjologia polskiego systemu prawa w okresie transformacji ustrojowej prawie” w: L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia. Konstytucja. Integracja europejska*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1999, s. 47 i nast.

<sup>17</sup> M.in.: Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii...*, op. cit., s. 60 i nast.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 97-98.

<sup>19</sup> Multikulturalizm jest obecnie przedmiotem dość szerokiej debaty społecznej, czego wyrazem jest obecność tej tematyki w mediach opiniotwórczych – zob. przykładowo: Marcin Kula, „Multi-problem. Czy idea wielokulturowych państw już upadła?”, *Polityka* z 14. 12. 2011 <http://www.polityka.pl/swiat/analizy/1522063,1,czy-idea-wielokulturowych-panstw-juz-upadla.read#ixzz1giBU5dN>, dostęp 16.12.2011.

koncepcja prawa musi zająć jakieś stanowisko wobec kwestii, jak rozwiązywać konflikty między prawami jednostki, a dobrem wspólnym”<sup>20</sup>.

W sytuacjach, gdzie nie można wypracować konsensusu co do pojęć i wartości – konflikty aksjologiczne należą bowiem do konfliktów nie-negocjowanych i często nierozwiązywalnych – możliwy jest kompromis na poziomie normatywnym. Normy zawarte w przepisach tekstów aktów normatywnych są bowiem znacznie łatwiejsze do ustalenia, niż z natury swej niekodyfikowalne wartości społeczne. Z kolei – o czym była mowa – wprowadzanie do tekstu prawnego klauzul generalnych powoduje obniżenie stopnia jego precyzji i niekiedy czyni cały proces „pozytywizacji” wartości właściwie pozornym.

### 3.2. Moralność publiczna jako zwrot nieostry i klauzula generalna

Wielokrotnie użyty już termin „klauzula generalna” oznacza część przepisu prawnego będącą zwrotem nieostrym (niedookreślonym)<sup>21</sup>, zawierającym kryterium otwarte, czyli takie, które „wpuszcza” do systemu prawa elementy pozaprawnej aksjologii społecznej, upoważniając tym samym podmiot stosujący prawo do oparcia decyzji prawnej na wskazanych kryteriach pozaprawnych i dając mu większą swobodę interpretacyjną, niż w przypadku precyzyjnych przepisów<sup>22</sup>. I choć sięganie po normy pozaprawne odbywa się „za zgodą” samego prawa (przepisów), nie zmienia to faktu, że decyzja podejmowana jest częściowo w oparciu o reguły, które nie należą do systemu prawa (ale współtworzą pojemniejszy od niego porządek prawny).

Prawodawca używa więc klauzul generalnych w celu uelastycznienia treści prawa, „uwrażliwienia” go na wartości społeczne. Ma to służyć przede wszystkim podejmowaniu nie tylko legalnych (odpowiada-

<sup>20</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1999, s. 125.

<sup>21</sup> Jeżeli chodzi o pojęcie zwrotów nieostrych i niedookreślonych to niektórzy (np. L. Leszczyński) używają ich zamiennie, inni natomiast (np. E. Łętowska) traktują jako odrębne pojęcia nie będące synonimami. Niniejszy tekst przyjmuje ich rozumienie za L. Leszczyńskim.

<sup>22</sup> Por. L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Skłodowskiej-Curie, Lublin 2000, s. 10 oraz 24-25; Józef Nowacki, „Problem blankietowości przepisów zawierających klauzule generalne”, w: G. Skapska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Kraków 1992, s. 127. Zob. też Ewa Łętowska, „Interpretacja a subsumcja zwrotów niedookreślonych i nieostrych”, *Państwo i Prawo* 2011, nr 7-8, s. 18.



jących prawu), ale i słusznych w kontekście „delikatnych” stanów faktycznych decyzji w jednostkowych sprawach.

Z jednej strony, treść takiego zwrotu jest zatem każdorazowo ustalana *in concreto* i zależy przede wszystkim od kontekstu normatywnego, w jakim zostało ono użyte oraz celu regulacji prawnej. Jednoznaczne jej określenie powodowałoby utratę elastyczności i w efekcie odebrałoby organom stosującym prawo możliwość podejmowania decyzji ze szczególnym uwzględnieniem warunków indywidualnych. Z drugiej jednak – zwroty nieostre funkcjonują w tzw. praktyce interpretacyjnej, co ma pomóc w dokonywaniu i ujednoczeniu ich treści.

Jeżeli chodzi o dokonywanie wykładni klauzuli generalnej powtarzającej się w przepisach krajowych (w tym wypadku polskich), ponadnarodowych (unijnych) i międzynarodowych (Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – EKPC) praktyka zna dwie możliwości – interpretować dane pojęcie w kontekście EKPC i prawa unijnego (tzw. pojęcia autonomiczne) lub w kontekście prawa krajowego. W większości wypadków mamy do czynienia z pierwszym wariantem. Od tej zasady istnieją jednak wyjątki, a autonomiczność wykładni tych zwrotów nie musi oznaczać tworzenia jednolitych pojęć wspólnych dla wszystkich państw członkowskich.

#### 4. Moralność publiczna jako klauzula ograniczająca wolność

##### 4.1. Pojęcie wolności w prawie

Warto podkreślić, że prawo wolności nie daje, może ją tylko chronić lub ograniczać poprzez określone normy. Tak rozumiana wolność to sfera możliwości działania (*facere*) lub zaniechania (*non facere*) jednostki wszędzie tam, gdzie prawo nie wprowadza zakazów (ani nakazów). Jest to odwrócenie sytuacji istniejącej w odniesieniu do państwa i jego organów w kontekście idei państwa prawa. Organ państwa działa bowiem tam i o tyle, gdzie i o ile został do tego przez prawo uprawniony. Działa zatem na podstawie i w granicach prawa. Obywatel zaś może działać wszędzie tam, gdzie ustawa nie wprowadziła zakazów (czyli nie zabroniła mu działania). Jednocześnie nie musi działać nigdzie, gdzie ustawa nie wprowadziła nakazów (czyli działania nie nakazała).

Wolność oznacza zatem sferę, gdzie jednostka może dokonać wyboru co do swego postępowania. Tym samym prawne rozumienie wolności zbliża się do rozumienia filozoficznego, które podkreśla w pojęciu

wolność elementem możliwości podejmowania decyzji i wiąże je z pojęciem godności ludzkiej.

W zależności od porządku prawnego, w ramach którego kwestie te są regulowane, możemy mówić o prawach (i wolnościach) człowieka (prawo międzynarodowe publiczne, w tym regionalne, jak EKPC), prawach podstawowych (prawo Unii Europejskiej) oraz prawach obywatelskich i wolnościach konstytucyjnych (krajowe porządki prawne, w tym system prawa polskiego)<sup>23</sup>.

Niezależnie od przyjętej terminologii prawnej, ustanawiając rozumianą jak powyżej sferę wolności prawo wprowadza jednak jej ograniczenia z uwagi na konfliktujące z interesami jednostki interesy ogółu – np. właśnie „moralność publiczną”.

W tym miejscu przechodzimy zatem od teoretycznego wprowadzenia do części badawczo-analitycznej. W jej ramach warto zacząć od przedstawionej poniżej „mapy problemów” związanych z klauzulą moralności publicznej w prawie polskim i europejskim.

Po pierwsze, wskazano, w jakich aktach normatywnych zawarta jest omawiana klauzula generalna na poziomie krajowym, europejskim i międzynarodowym.

Po drugie – z braku definicji legalnej – sięgnięto także do najważniejszych orzeczeń w tym zakresie. Oprócz przepisów prawa materialnego istnieje bowiem w tej kwestii pewna praktyka interpretacyjna i linia orzecznicza. Analizie poddano wybrane orzecznictwo polskich sądów i trybunałów, a przede wszystkim Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) pod kątem „rozumienia” przez nie tytułowej klauzuli generalnej, a jednocześnie wpływu, jaki wywierają orzeczenia jednych podmiotów na decyzje drugich.

Po trzecie, w ramach wniosków końcowych spróbowano zastanowić się nad funkcjami, jakie pełni ona w społeczeństwie oraz ewentualnymi zagrożeniami, które niesie.

#### 4.2. Ograniczenie wolności konstytucyjnych

Obowiązująca konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej<sup>24</sup> daje ochronę prawną prawom i wolnościom człowieka i obywatela. *Expressis verbis*

<sup>23</sup> Por. A. Kalisz, B. Liżewski, „The European Convention and Human Rights in the Judgement of the EU Courts”, w: M. Zirk-Sadowski, M. Golecki, B. Wojciechowski (eds.), *Multicentrism as an Emerging Paradigm in Legal Theory*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009, s. 198.

chroni też ich podstawę, czyli „wolność człowieka” (art. 31 ust. 1) jako wartość wynikającą z „przyrodzonej i niezbywalnej godności” (art. 30), co stanowi nawiązanie do laickiej koncepcji prawa naturalnego i wywodzonej z niej europejskiej koncepcji praw człowieka.

Trybunału Konstytucyjny podkreśla, że wolności i prawa obywateli nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniu, jeżeli jest to w sposób wyraźny dopuszczone w przepisach Konstytucji, bądź gdy konieczne jest zharmonizowanie wolności z innymi normami, zasadami lub wartościami. Ograniczenia mogą być przy tym dokonywane jedynie wyjątkowo, po spełnieniu trzech warunków. Pierwszy z nich ma charakter proceduralny i polega na tym, że ograniczenia można ustanawiać jedynie w drodze ustawy, a nie aktu o niższej mocy prawnej. Pozostałe dwa mają charakter materialny. Wolność ograniczyć można tylko w zakresie niezbędnym, czyli z zachowaniem proporcji pomiędzy stopniem ograniczenia wolności jednostki a rangą chronionego interesu/dobra publicznego jako elementu zawartego w art. 1 dobra wspólnego (tzw. zasada proporcjonalności)<sup>25</sup>. Ostatnim warunkiem są wymienione enumeratywnie w art. 31 ust. 3 kryteria ograniczające, z których jednym jest ochrona moralności publicznej. Trybunał zauważył przy tym, że przyjęte przez Konstytucję klauzule limitujące wyraźnie korespondują z ujęciem zawartym w EKPC. Również Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie nawiązuje do Konwencji i do judykatury ETPC<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Dz. U. 97.78. 483 z późn. zm.

<sup>25</sup> Ibidem, s. 27. Zob. też uchwałę TK z 02.03.1994, W 3/93 oraz orzeczenia TK z 26.04.1995, K 11/94 i 05.11.1997, K 22/97.

<sup>26</sup> Dla ilustracji warto przytoczyć relatywnie nowe orzeczenie z dn. 14.01.2010, III SK 15/09, dotyczące oddalenia kasacji od decyzji KRRiTV nakładającej na TV Polsat karę pieniężną za naruszenie standardów etycznych w programie Kuby Wojewódzkiego: „Z orzecznictwa ETPC wynika, że argument ochrony moralności w kontekście religijnym pozwala na ograniczenie swobody wyrażania opinii w najwyższym stopniu, ponieważ nie istnieje w tym zakresie jednolity standard europejski, z uwagi na brak jednolitego europejskiego, a niekiedy nawet krajowego standardu w tym zakresie (wyrok z 20 września 1994 r. Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii, pkt 50). Nawet bowiem wypowiedź artystyczna nie może być ‘bez powodu obraźliwa dla innych’, bo wtedy ‘nie przyczynia się do jakiegokolwiek formy debaty publicznej’ (wyrok Otto-Preminger-Institut, pkt 49). Wypowiedzi poza debatą publiczną nakierowane tylko na obrażanie innych osób (np. wyrok z 28 września 2000 r. Lopez Gomes da Silva przeciwko Portugalii, pkt 34) mogą zatem podlegać surowszym sankcjom niż wypowiedzi związane z przekazywaniem informacji”.

Klauzula moralności publicznej występuje zatem w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz kilku aktach rangi ustawowej (m.in. w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, prawie własności przemysłowej, prawie o zgromadzeniach, prawie o stowarzyszeniach, ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, ustawie o organizacji i prowadzeniu działalności kulturalnej oraz postępowaniu w sprawach nieletnich). Za jej pomocą mogą być ograniczane zwłaszcza wolność sumienia i wyznania, wolność zrzeszania się i organizowania zgromadzeń, wolność wypowiedzi, swoboda działalności gospodarczej bądź kulturalnej, oraz zasada jawności rozprawy.

Próżno jednak w orzecznictwie polskich sądów i trybunałów szukać prób ogólnego definiowania moralności publicznej. Wszelkie próby wyjaśnienia tego pojęcia są zawsze mocno osadzone w konkretnym kontekście sytuacyjnym.

Przykładowo Trybunał Konstytucyjny<sup>27</sup> definiował elementy moralności publicznej w zależności od instytucji prawnych, których była tłem: „Moralność publiczna rozumiana jest tu jako pewne zaufanie obywateli do państwa [...] [i – A. K.] do stanowionego przezeń prawa”<sup>28</sup>, podobnie: „moralność publiczną można interpretować jako przejaw zaufania do państwa, które jest reprezentowane i działa przez swoich funkcjonariuszy, ale także jako element zaufania do prawa”<sup>29</sup> oraz

Wywodząca się jeszcze z prawa rzymskiego jedna z klasycznych zasad moralnych i prawnych: *nemo turpitudinem suam allegans audiat* (nikt nie jest słuchany przez sąd, gdy powołuje się na własny występki). Z własnego niegodziwego czy bezprawnego czynu nie można wyprowadzać dla siebie praw, ani przeciwstawiać takiego postępowania prawom innych. – A. K), zachowuje aktualność także współcześnie. Powoduje bowiem, że dopuszczalne są ograniczenia

<sup>27</sup> Na samą klauzulę moralności publicznej – bez prób definiowania – TK powołuje się nieco częściej – w XXI w. m.in. w orzeczeniach: K 17/05, P 3/06, SK 40/01, K 25/09, P 10/06, K 2/07, K 06/09.

<sup>28</sup> Wyrok TK 06.07.1999, P 2/99, dotyczący przepisów określających bieg terminu przedawnienia od dnia 1 stycznia 1990 roku wobec przestępstw popełnionych przez funkcjonariuszy państwowych w latach 1944-1989.

<sup>29</sup> Wyrok TK z dn. 24.02.2010, K 06/09, dotyczący przepisów ustawy o zmianie ustawy o zmianie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych oraz ich rodzin oraz ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin.

jego konstytucyjnych praw i wolności podyktowane właśnie wymogami moralności publicznej<sup>30</sup>.

Klauzula ta znacznie częściej występuje w mających moc równą ustawie – bilateralnych lub multilateralnych – ratyfikowanych umowach międzynarodowych.

#### 4. 3. Ograniczenie praw (wolności) człowieka

EKPC nie wspomina o godności ludzkiej, odwołuje się jednak w swej preambule do wolności i wyraźnie koresponduje aksjologicznie z polską Konstytucją<sup>31</sup> poprzez nawiązanie do laickiej koncepcji prawa naturalnego.

Omawiana klauzula – jako „ochrona moralności” – występuje w art. 8 (wolność życia prywatnego i rodzinnego), art. 9 (wolność sumienia), art. 10 (wolność wypowiedzi), oraz art. 11 (wolność zgromadzeń i stowarzyszania się) Konwencji Europejskiej. Jest jedną z kilku klauzul limitacyjnych, wprowadzających kryteria otwarte do treści Konwencji<sup>32</sup>.

Pomimo semantycznej różnicy w sformułowaniu i braku opatrzenia przymiotnikiem „publiczna” przepis ten można utożsamiać z klauzulą „moralności publicznej”, jako że klauzule ograniczające z natury swej powołują się na wartości i interesy zbiorowe, które tłumaczą owo ograniczanie. Moralność ma tu zatem charakter publiczny.

Enigmatyczne sformułowania Konwencji wręcz „wymuszają” posiłkowanie się orzecznictwem strasburskim podczas jej stosowania. Natomiast obecność generalnych klauzul wiąże się z powstaniem doktryny „marginesu oceny”<sup>33</sup>. Jest to ukształtowana przez praktykę

<sup>30</sup> Wyrok TK 11.04.2006, P 2/99, dotyczący przepisów obciążających małżonka wyłącznie winnego rozkładu pożycia obowiązkiem alimentacyjnym nieograniczonym w czasie.

<sup>31</sup> A właściwie to polska Konstytucja koresponduje z EKPC.

<sup>32</sup> A. Kalisz, L. Leszczyński, B. Liżewski, *Wykładnia prawa. Model ogólny a perspektywa Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2011, s. 140-141.

<sup>33</sup> Szerzej: Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer, Dordrecht 1996, passim; Adam Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Wydawnictwo Fundacji Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2008, passim; Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen 2001, passim.

orzeczniczą koncepcja rozumienia klauzul ograniczających wolność jednostki w ten sposób, że ostateczną odpowiedzialność za ich treść pozostawia się stronom Konwencji. Margines oceny dotyczy zatem implementacji i interpretacji EKPC. Jest to więc „bardziej reguła uzasadniania, niż interpretacji, która umożliwia Trybunałowi okazanie [...] poszanowania dla celów, które państwo chce osiągnąć”<sup>34</sup>. Uwzględnianie marginesu oceny nie znajduje podstawy w żadnym przepisie EKPC (chyba, że za taką podstawę uzna się sam fakt użycia sformułowań nieostrych, w stosowanie których wpisany jest luz decyzyjny), jest jednak praktykowane już od pierwszych lat obowiązywania Konwencji.

Na straży wolności w kontekście jej uzasadnionego ograniczania stoi – znowu – zasada proporcjonalności. Ograniczenie praw i wolności musi być nie tylko przewidziane przez prawo, ale także „konieczne w społeczeństwie demokratycznym”. Każde państwo ma przy tym swobodę w określeniu katalogu przesłanek tej konieczności. Dopiero następnie sposób, w jaki to uczyniło podlega to ocenie Trybunału.

Sama koncepcja marginesu oceny związana jest natomiast z korespondującymi z powyższymi założeniami zasadami subsydiarności i sytuacyjności. Pierwsza z nich oznacza, że ochrona międzynarodowa w zakresie praw człowieka ma na celu jedynie wspomaganie ochrony krajowej, a nie jej zastępowanie. Zasada ta wiąże się z kwestią „balansowania wartości” – w tym przypadku uniwersalne wartości, za jakie przyjęto wolność i godność ludzką, a respektowaniem różnorodności kulturowej w państwach-stronach EKPC. W tym kontekście mówi się o doktrynie powściągliwości organów europejskich<sup>35</sup>. Zasada sytuacyjności oznacza z kolei uwzględnianie warunków danego państwa oraz konkretnych okoliczności faktycznych. Najszerszy margines przyznawany jest przez Trybunał właśnie sprawom dotyczącym moralności, ponieważ nie istnieje ani uniwersalna, ani nawet jednolita dla Europy koncepcja czy definicja tego pojęcia.

<sup>34</sup> R. S. J. MacDonald, „The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, w: A. Casse, Joseph H. H. Weiler (eds.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Florence 1990, s. 160, za: Julia Kapełańska-Pręgowska, „Koncepcja tzw. marginesu oceny w orzecznictwie ETPC”, *Państwo i Prawo*, 2007, nr 12, s. 88.

<sup>35</sup> Cezary Mik, *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Wydawnictwo UMK, Toruń 1994, s. 236.

Zagadnienie interpretacji klauzuli „ochrony moralności” pojawiło się w dość licznych orzeczeniach ETPC<sup>36</sup>. Najwyraźniejszą ilustrację stanowi jednak wyrok ETPC w sprawie *Handyside*:

na podstawie prawa wewnętrznego różnych państw [...] nie sposób znaleźć jednolitej europejskiej koncepcji moralności. Poglądy prawne w tej dziedzinie różnią się w zależności od czasu i miejsca, w szczególności dziś, w dobie charakteryzującej się szybkimi zmianami opinii o moralności. Władze krajowe, ze względu na stały kontakt z tymi problemami na miejscu, potrafią lepiej od międzynarodowego sędziego ocenić wymagania dotyczące „ochrony moralności” i konieczność stosowania ograniczeń lub kar<sup>37</sup>.

W tym orzeczeniu ETPC podkreślił, że margines oceny przyznany jest władzom krajowym, będącym w bezpośrednim i ciągłym kontakcie z własnym społeczeństwem i mającym lepsze rozeznanie w przedmiocie różnorodnych, konkurujących w nim interesów. Dotyczy to zarówno krajowego ustawodawcy, jak i sądów, dokonujących wykładni i stosowania obowiązującego prawa – w tym współstosowania prawa krajowego z EKPC.

Na podstawie orzecznictwa ETPC można wysnuć wniosek, że gdy istnieje konsensus dotyczący interpretacji konwencyjnych pojęć, wtedy nie można mówić o żadnym marginesie oceny. Trybunał powołuje się na niego tylko gdy istnieje różnorodność rozumienia danego pojęcia (jak w przypadku „ochrony moralności”). Wiadomo też, sięganie po ten argument oznacza zazwyczaj, że sprawa kończy się orzeczeniem sprzyjającym państwu, które zostało pozwane<sup>38</sup>.

Zwolennicy tej doktryny podkreślają, że stosowanie „marginesu oceny” ma na uwadze nie tylko różnorodność społeczeństw europejskich, ale również uwzględnia dynamikę zmian aksjologicznych w nich zachodzących. Tym samym stanowi efektywne narzędzie „precyzowania działań i zachowań wyraźnie chronionych oraz poszerzania [...] zakresu praw”<sup>39</sup>. Ich zdaniem koncepcja marginesu oceny potwierdza

<sup>36</sup> M. in.: sprawy: *Dudgeon v. Zjednoczone Królestwo* w. z dn. 22. 10. 198.; skarga 7525/76, *Johnson v. Irlandia*, w. z dn. 18.12. 1986, skarga nr 8697/82, § 52; *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, w. z dn. 20. 09. 1994, skarga 13470/87.

<sup>37</sup> *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok z dn. 07.12.1976, skarga nr 5493/72, § 48.

<sup>38</sup> Wojciech Sadurski, „Krzyż jak szkolny mebel?”, *Kultura Liberalna*, 21-07-2011, dostępne na stronie: <http://kulturaliberalna.pl/2011/07/21/bodnar-sadurski-wiersuszewski-kowalski-kaminski-czy-krzyz-to-szkolny-mebel/>.

<sup>39</sup> J. Kapelańska-Pręgowska, „Koncepcja tzw. marginesu oceny...”, op. cit., s. 93.

zatem dyskursywny charakter współczesnego prawa, który to dyskurs staje się jeszcze bardziej widoczny, gdy w grę wchodzi tak delikatna materia, jak akceptacja społeczna i równowaga pomiędzy integracją europejską a zachowaniem suwerenności i autonomii kulturowej.

Krytycy tego mechanizmu interpretacyjnego wysuwają jednak argumenty podważające jego zasadność. W praktyce dochodzi do wręcz do odmowy ochrony w szczególnie drażliwych sprawach, a margines oceny używany jest jako swoista wymówka służąca odsuwaniu przez Trybunał konieczności zajęcia stanowiska. Przeciwnicy widzą w nim też zagrożenie dla podstawowego konwencyjnego celu ochrony praw człowieka, jakim jest ujednoczenie tej ochrony – „margines oceny” w praktyce doprowadza do subiektywnego i relatywistycznego stosowania Konwencji i zaprzecza zasadzie *in paribus causis paria iura*. Jest on z reguły wykorzystywany podczas konfrontacji mniejszości z większością, a ETPC powinien być szczególnie wrażliwy i wyczulony na ochronę mniejszości i nie ugiąć się pod presją preferencji większościowych<sup>40</sup>.

#### 4.4. Ograniczenie swobód (wolności) unijnych oraz praw podstawowych

*Acquis de'l Union* to wspólnota nie tylko prawa, ale i wartości. Miały one z początku charakter głównie ekonomiczny i wolnorynkowy, stopniowo jednak pojawiało się coraz więcej aksjologii politycznej i społecznej. Obecnie zagadnienie wolności jednostki i jej praw jest uregulowane przede wszystkim w Karcie Praw Podstawowych, która jednak nie będzie poddana analizie z uwagi na wyłączenie przez tzw. protokół brytyjski jej obowiązywania w polskim systemie prawnym.

UE jest też symbolem „jednoczącej się różnorodności”. Ponadnarodowy porządek bazuje bowiem nie tylko na podobieństwach, ale i różnicach między państwami członkowskimi, balansując nieustannie między integracją i wypracowywaniem wspólnej tożsamości, a zachowywaniem różnorodności. Podobieństwo aksjologiczne wynika – w myśl preambuły do skonsolidowanej wersji TUE, rozszerzonej Traktatem Lizbońskim –

[z] kulturowego, religijnego i humanistycznego dziedzictwa Europy, z którego wynikają powszechne wartości, stanowiące nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka, jak również wolność, demokracja, równość oraz państwo prawne.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 89 i 92 i podana tam literatura.



Jedną z kluczowych wartości zjednoczonej Europy zatem była i jest wolność. Również i tu klauzula moralności publicznej jest elementem ograniczającym, w stosunku do którego aplikowalna jest szeroko rozumiana na gruncie doktryny europejskiej<sup>41</sup> zasada proporcjonalności<sup>42</sup>.

„Moralność publiczna” umieszczona została na pierwszym miejscu w katalogu wartości chronionych, z uwagi na które można ograniczyć unijną swobodę (wolność) przepływu towarów. Trybunał nie od razu przyjął konsekwentne stanowisko w kwestii możliwości powoływania się na tę klauzulę. Przykładowo, dopuszczono zablokowanie importu czasopism pornograficznych do Wielkiej Brytanii, mimo że posiadanie i sprzedaż tego rodzaju towarów były na terenie tego państwa członkowskiego dopuszczone<sup>43</sup>. Jednak kolejne orzeczenia<sup>44</sup> dotyczące bezpośrednio ochrony moralności silnie podkreślają konieczność respektowania nie tylko zasady proporcjonalności, ale i zakazu dyskryminacji, rozumianego w tym kontekście jako niedopuszczalne powoływanie się na ochronę moralności w sytuacji, gdy obrót danym towarem nie jest zakazany na terytorium samego państwa importu.

Choć stanowisko Trybunału co do zasad niedyskryminacji i proporcjonalności jest obecnie ugruntowane i jednolite, to nie można tego powiedzieć o samej koncepcji tytułowego pojęcia. Jest to jednak – podobnie jak w przypadku ETPC – zamierzona „luka orzecznicza”, bowiem każde państwo członkowskie może samodzielnie określać, jakiego rodzaju zachowania są sprzeczne z moralnością publiczną, w zależności od aksjologii dominującej w danym społeczeństwie.

Nie ma zatem jednolitego standardu ani jednolitego pojęcia moralności na poziomie unijnym<sup>45</sup>. Trybunał podkreślił, że „każde państwo

<sup>41</sup> Por. Takis Tridimas, *The General principles of EC Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, s. 89 i nast. Z literatury polskiej: Andrzej Wróbel (red.), *Stosowanie prawa wspólnotowego przez sądy*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 202 i n.

<sup>42</sup> Jan Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne polityk*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006, s. 322. Zob. też w. z dn. 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Zb. Orz. 1970, s. 1125.

<sup>43</sup> W. z dn. 14.12.1979, *Regina v. Maurice Donald Henn i John Frederick Ernest Darby*, 34/79, ECR 1979, s. 3795.

<sup>44</sup> W. z dn. 11.03.1986, *Conegate Limited v HM Customs & Excise*, 121/85, Zb. Orz. 1986, s. 1007.

<sup>45</sup> *Regina*, op. cit. oraz w. z dn. 24.03.1994, *Her Majesty's Customs and Excise v. G. Schindler and J. Schindler*, C – 275/92, Zb. Orz. 1994, s. I-1039. Zob. też: C. Mik, „Moralny Import”, *Rzeczpospolita* z dn. 28. 10. 1999 (archiwum).

członkowskie samodzielnie określa wymogi moralności publicznej na swym terytorium, *według własnej skali wartości* i w formie, jaką samo wybierze<sup>46</sup>. Zatem nie używając samego sformułowania „margines oceny” *de facto* recypował tę koncepcję z judykatury ETPC.

Linia orzecznicza Trybunału w tej sprawie stanowi więc wyjątek od zasady autonomiczności wykładni pojęć w nim zawartych. Zasada ta oznacza, iż podczas interpretacji przepisów nie można sugerować się znaczeniem poszczególnych terminów na gruncie prawa i tradycji doktrynalnych państw członkowskich. Natomiast w przypadku klauzuli ochrony moralności prawodawca unijny świadomie pozostawił jej interpretację państwu członkowskiemu – i to nie tylko władzy sądowniczej, ale także ustawodawczej a nawet wykonawczej.

#### 4.5. Podsumowanie krajowej i europejskiej praktyki interpretacyjnej w zakresie „moralności publicznej”

Z analizy prawa materialnego tudzież orzecznictwa na poziomie krajowym oraz ponad- i międzynarodowym wynika, że wolność można ograniczyć z uwagi na enumeratywnie wyliczone wartości, ale możliwość ta podlega z kolei dalszym ograniczeniom. W praktyce sądy powinny „kierować się zasadą proporcjonalności, co oznacza zachowanie słusznej równowagi pomiędzy potrzebami interesu publicznego a wymogami ochrony podstawowych praw jednostki. Musi zostać zachowana także rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy stosowanymi środkami a celem, który ma zostać przy ich pomocy osiągnięty<sup>47</sup>. Warto podkreślić, że zasada proporcjonalności jest zatem wspólna regulacjom na płaszczyźnie krajowej i europejskiej.

W rodzimym orzecznictwie widoczna jest tendencja do ujednoclenia treści klauzul generalnych w ogóle (a co za tym idzie także pojęcia moralności publicznej) poprzez powoływanie wcześniejszych orzeczeń oraz zgodne podkreślanie konieczności *interpretatio restrictiva*<sup>48</sup> w tym zakresie<sup>49</sup>. Jest to spowodowane charakterem i celem klauzuli, ograniczającym prawa i wolności jednostki<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Regina, op. cit.

<sup>47</sup> Zob.: wyrok ETPC z dn. 21.02.2002, *Ghidotti v. Italy*, no. 28272/95, powołujący się na wyrok z dn. 28.07.99, *Immobiliare Saffi v. Italy*, nr 22774/93 oraz wyrok z dn. 29.04.1999 *Chassagnou and Others v. France*, nr 25088/94.

<sup>48</sup> Zob. wyrok SN z dn. 12.09.2008, I PK 27/08, OSNP 2010/3-4/34.

<sup>49</sup> Czynniami to także TSUE i ETPC.

Analiza orzecznictwa europejskiego prowadzi z kolei do nieco zaskakującej konkluzji. W przypadku „trybunałów europejskich” pierwsze intuicje również wiodą ku tezie o ujednocającym wpływie judykatury na treść prawa, jako że ich orzecznictwo ze swej natury służy kreowaniu wspólnych standardów w zakresie stosowania i interpretowania prawa. Intuicje te potęguje również fakt, że na styku z prawem krajowym występują w prawie europejskim różne instrumenty prawne<sup>51</sup> służące ujednoceniu sposobu interpretacji. Integracja europejska opiera się bowiem w znacznej mierze na tzw. konwergencji funkcjonalnej – tj. upodabnianiu na poziomie nie tyle norm, czy instytucji, co rezultatów, jakie wywierają one w systemach prawnych. Tymczasem ani ETPC, ani TSUE nie tylko nie wykreowały żadnej ogólnej definicji moralności publicznej, ale wręcz podkreślają jej immanentny związek z lokalną aksjologią krajową i wartością elastyczności stosowania prawa. Orzecznictwo obu Trybunałów podkreśla, iż klauzule kolidujące z interesem jednostki są tzw. *issue of delicate nature*<sup>52</sup>. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest fakt, iż to aksjologiczny aspekt konwergencji budzi największe kontrowersje społeczne i dlatego „okoliczności te powinny zostać zbadane przez sąd krajowy”<sup>53</sup>.

Zarówno więc TSUE, jak i ETPC zostawiają ustawodawcom i sądom krajowym „margines oceny” i unikają poszerzania swej jurysdykcji na owe „delikatne materie”, skupiając się na kontroli zgodności z zasadą proporcjonalności. Sądy krajowe natomiast, choć powołują się na orzecznictwo europejskie także w sprawach dotyczących moralności publicznej, mają zatem nie tylko swobodę, ale wręcz przymus zajmowania własnego stanowiska w tej kwestii.

Warto też zauważyć, że obecność klauzul generalnych, w których prawodawca świadomie wprowadza luz decyzyjny i interpretacyjny wpisuje się w koncepcję „prawa jako rozmowy”, kiedy to państwo (lub

<sup>50</sup> Postanowienie SN z 29.09.1999, I CKN 134/98, LEX nr 142535. Podobnie – decyzja Komisji Praw Człowieka z dn. 14.09.2002 (nr 33583/96) i orzeczenie ETPC (*inter alia*) z dn. *Zwierzyński v. Poland*, nr 34049/96.

<sup>51</sup> Np. obecna w obu systemach prawnych koncepcja *act éclairé*, umacniająca wpływ orzecznictwa europejskiego na judykaturę krajową.

<sup>52</sup> Zob. wyrok TSUE z 01.02.2007, *Sison v. Council*, C-266/05 P, ECR 2007, s. I-1233.

<sup>53</sup> Zob. wyrok TSUE z 27.10.2005, *Contse and others*, C-234/03, ECR 2005, s. I-9315. Podobnie: wyrok ETPC z 15.03.2007, *Velikovi and Others v. Bulgaria*, nr 43278/98.

organizacja międzynarodowa) zmienia swą rolę ze sterującego społeczeństwem za pomocą prawa „zwierzchnika” na jeden – nawet jeśli dominujący – z podmiotów biorących udział w dialogu społecznym<sup>54</sup>. Mówi się nawet o „demokracji opartej na dialogu”<sup>55</sup>, jako że pogodzenie wszystkich rozbieżnych interesów i preferencji możliwe jest jedynie w wyniku komunikacji pomiędzy różnymi „aktorami społecznymi”<sup>56</sup>.

### 5. Funkcje i możliwe rezultaty stosowania klauzuli moralności publicznej

Jeżeli chodzi o problematykę funkcji, jakie pełnić może klauzula „moralności publicznej”, to są to funkcje:

- gwarancyjna (ochrona wolności indywidualnej w granicach wyznaczanych przez aksjologię społeczną, „uznanych” przez prawodawcę i konkretnie zakreślonych przez sąd);
- stabilizacyjna (utrwalanie określonego ładu społecznego i tym samym zapewnianie pewności prawa);
- innowacyjna (wprowadzanie modyfikacji prawnych zgodnie z potrzebami społecznymi w danym czasie i zmianami ich dotyczącymi – także zmianami w zakresie aksjologii społecznej, w tym moralności);
- ochronna (wyznaczenie katalogu wartości, które zarówno społeczeństwo, jak i prawodawca preferuje i chroni);
- motywacyjna (zachęcanie adresatów norm prawnych do określonych zachowań i poszanowania określonych wartości, preferowanych przez prawodawcę oraz zniechęcanie do zachowań i wartości przez prawodawcę niepożądanych);
- wychowawcza (kształtowanie określonych postaw w społeczeństwie i wdrażanie określonych wartości, a co za tym idzie kształtowa-

<sup>54</sup> Robert Alexy, *Theorie der juristischen argumentation*, Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1978, passim oraz Günther Teubner, „Industrial Democracy through Law”, w: Terence Daintith, Günther Teubner (eds.), *Contract and Organisation*, Walter de Gruyter, Berlin 1986, passim; Håkan Hydén, „Reflexive Law, Post-regulatory Model or a Step to a New Substantive Law”, *JRP (Jahresschrift für Rechtspolitik)*, s. 1987, s. 242; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, op. cit., s. 125. Zob. Też: M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków, Zakamycze 2000, s. 118-119 i 126.

<sup>55</sup> Anthony Giddens, „Living in A Post-traditional Society” w: Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash, *Reflexive Modernization*, Polity Press, Oxford–Cambridge, 1994, s. 106.

<sup>56</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, op. cit. 127.

nie trwałych – choć nie bezrefleksyjnych i bezkrytycznych – motywów pewnych zachowań).

*De facto* wyboru treści klauzuli dokonują więc: prawodawca w ramach przede wszystkim funkcji regulacyjnej, ochronnej i wychowawczej; adresat pierwotny – motywacyjnej i prewencyjnej; adresat wtórny (sąd) – gwarancyjnej i innowacyjnej zarazem. Warto jednak zastanowić się, czy w pojęciu „moralności publicznej” dominuje bardziej „moralność prawodawcy”, czy „moralność sędziego”.

Zgodnie z powyższym, podmiotami, którym przypisuje się ocenę aksjologiczną prawa są: prawodawca, organy stosujące prawo (adresaci wtórni) i jednostki (adresaci pierwotni), na których normy prawne nakładają obowiązki i którzy są jednocześnie beneficjentami obowiązków nałożonych na innych<sup>57</sup>. Prawodawca poprzez klauzule generalne świadomie „zdejmuje” z siebie część odpowiedzialności. Adresaci pierwotni natomiast mają wpływ na swoje zachowania (przestrzeganie bądź naruszanie norm), ale nie na decyzje stosowania prawa. Zostają zatem podmioty decyzyjne, czyli

ludzie tworzący substrat osobowy organów stosujących prawo [...] którzy dokonując egzekucji przepisów prawnych [...] nadają im dokładny sens, między innymi kierując się przyjmowanymi ocenami<sup>58</sup>.

Z jednej więc strony ciężar przesuwają na podmiot stosujący prawo, uwzględniając konkretne uwarunkowania decyzji jednostkowego stosowania prawa. Z drugiej jednak strony pamiętać należy o silnym elemencie obiektywnym, sprawiającym, że nie mamy jednak do czynienia z „moralnością sędziego” jako jednostki, ale z sięganiem przez niego do większościowej aksjologii społecznej.

Balansowanie wartości i zasad ma w kontekście wielopłaszczyznowych regulacji prawnych charakter również wielopoziomowy, a każdy z poziomów wymaga dość dużego stopnia elastyczności.

Po pierwsze, chodzi o rozstrzygnięcie kolizji między wolnością jednostki a dobrem wspólnym. Ich „ważenie” dotyczy przy tym zarówno wartości publicznych i jednostkowych, jak i kolizji moralności publicznej z innymi wartościami czy klauzulami generalnymi. Po drugie, istota prawa unijnego i EKPC powoduje konieczność „ważenia” zasad jednolitości i subsydiarności. Chodzi o zachowanie równowagi między obowiązkami wynikającymi z regionalnego prawa międzynarodowego

<sup>57</sup> Z. Ziemiński, *Wstęp...*, op. cit., s. 85.

<sup>58</sup> *Ibidem*, s. 86.

a suwerennością, także kulturową i prawną, państwa-strony. Pomimo obecnej w multcentrycznej rzeczywistości prawnej „podzielonej suwerenności”, aksjologiczna różnorodność nie może bowiem być (i nie jest) ignorowana. Po trzeciej w końcu, chodzi o elastyczne balansowanie w ramach charakterystycznej dla współczesnej kultury europejskiej antynomii uniwersalizm – pluralizm. Sędzia jest tu zatem nie arbitralnym decydentem, ale raczej kimś w rodzaju moderatora dialogu między powszechnie akceptowaną aksjologią społeczną, przepisami prawa a konkretną sytuacją i prawami jednostki, w sprawie której wydawana jest decyzja.

Jest to o tyle istotne, że w myśl komunikacyjnej teorii społeczeństwa<sup>59</sup> – dyskursywnie uzasadnione są te normy, które nie naruszają zasady uniwersalizacji, czyli są zaakceptowane przez wszystkich uczestników komunikacji. Jako takich rozumie się tu prawodawcę oraz adresatów pierwotnych prawa występujących zbiorowo jako społeczeństwo i indywidualnie jako zbiór jednostek. Ci ostatni biorą udział w dyskursie na etapie tworzenia prawa, a raczej wyboru właściwych w swym przekonaniu reprezentantów społeczeństwa do organów legislacyjnych.

W praktyce nie jest to jednak możliwe, tak jak i zaakceptowanie przez wszystkich tych samych standardów i wartości. Powraca zatem zasugerowana wcześniej obawa, że jednostki należące do mniejszości nie lubianych w danym społeczeństwie objęte są *de facto* mniejszą ochroną, a „moralność publiczna” może stanowić wygodny pretekst do ich dyskryminacji. Warto przytoczyć tu słowa Marka Safjana, iż

... sam fakt istnienia zachowań, które nie są powszechnie uznawaną normą społeczną, nie jest jeszcze naruszeniem moralności publicznej. Nie jest nim także samo domaganie się tolerowania w społeczeństwie inności, choćby nawet ta inność sprzeciwiała się naszym poglądom, przekonaniom i preferencjom. Niebezpieczne byłoby też dla demokracji przyjęcie tezy, że demonstrowanie poglądów nieznajdujących wyraźnego oparcia w obowiązującym prawie jest z tego właśnie powodu nielegalne, a więc i niedopuszczalne. W ten sposób bowiem unicestwilibyśmy wszelką debatę publiczną na temat roli prawa, jego celów i przyszłej ewolucji<sup>60</sup>.

Anna Kalisz

<sup>59</sup> Jürgen Habermas, *Communication and The Evolution of Society*, Beacon Press, Boston 1976, passim oraz inne dzieła tegoż autora.

<sup>60</sup> Marek Safjan, <http://serwisy.gazeta.pl/kraj/1,34314,3028174.html>, (tekst 23.11.2004).

**Abstract.** Being a part of culture, law derives from it and at the same time has influence on it. In other words, law is both a product and a source of social axiology. Such liaisons are identified as “social functions” of law.

The paper starts with some terminological remarks on “legal system”, “legal order” as well as on functions of law themselves. After dealing with characteristics of various functions of law the article turns into an attempt of describing the connection between “(public) morality and “law” as such.

A clause of public morality (morals) in the legal texts “invites” the social axiology into the legal order, which means both – its protection, as a part of a legal system and risk of misinterpretation or even manipulation as an “open texture” term (a blurred phrase) with no legal definition attached. The aforementioned risk is even more significant since such clause serves the limitation of individual freedom – named, depending on legal system as “human rights and freedoms”, “fundamental rights” or “constitutional freedoms”.

The conclusion that derives from the paper is that the lack of the legal definition for “(public) morality” leads to making use of the established *case-law* that shows the alternative tendencies: one to unification – or at least “europeanisation” – of the legal standards and another one to being interpreted in context of domestic social axiology that vary from state to state. Especially the European Court of Human Rights – ECHR (but also the Court of Justice of the European Union – CJEU) avoids increasing its jurisdiction and focuses on proportionality principle issue and giving to the national bodies “margin of appreciation” in this area.

Thus, the substance of “(public) morality” results from the social dialogue between various subjects within democratic state of law and its legal protection fulfills simultaneously guarantee, stabilizing, innovative, protective, motivational and educational function.

**Keywords:** morality, public morals, legal protection, legal order, social axiology, functions of law

**Słowa kluczowe:** moralność publiczna, ochrona prawna, porządek prawny, aksjologia społeczna, funkcje prawa