

Rozdział I. Aksjologia praw człowieka

Jerzy Zajadło¹

Związki idei praw człowieka z aksjologią wydają się tak oczywiste, że aż trywialne. Prawa człowieka same w sobie są bowiem jedną wielką aksjologią – za każdym prawem i za każdą wolnością jednostki kryje się jakaś wartość. Jedną rzeczą jest jednak przyjęcie tej oczywistej prawdy, inną natomiast odpowiedź na wiele wiążących się z nią pytań. Po pierwsze, jaka jest to aksjologia: uniwersalna czy zrelatywizowana? Po drugie, jeśli zrelatywizowana, to czy istnieje jednak jakieś nienaruszalne jądro, które tej relatywizacji nie podlega? Po trzecie, jeśli zrelatywizowana, to jakie czynniki decydują o tej relatywizacji: ekonomiczne, geograficzne, kulturowe, polityczne, światopoglądowe?

Z ideą praw człowieka związany jest jednak pewien problem, zdarzają się bowiem konserwatywni filozofowie polityki, którzy podają ją w wątpliwość². Sceptycyzm wobec idei praw człowieka wykazują też niektórzy przedstawiciele komunitaryzmu – w końcu nie kto inny, jak A. MacIntyre pisał w *Dziedziectwie cnoty*³, że wiara w prawa człowieka przypomina wiarę w jednorożce i czarownice. Można również spotkać powszechnie znane wypowiedzi poszczególnych polityków, jak np. posła PiS S. Pięty, według którego człowiek nie ma żadnych praw, ma wyłącznie obowiązki, jednak trudno traktować poważnie wypowiedzi tego typu.

W języku niemieckim są dwa czasowniki, które uznaje się za dwie różne postacie kognitywizmu w odniesieniu do praw człowieka. Można bowiem uznać, że jesteśmy w stanie w pełni poznać ich fenomen (*erkennen*), ale można też ująć sprawę inaczej – nawet jeśli nie jesteśmy w stanie go w pełni poznać (*er-*

¹ Prof. dr hab. J. Zajadło – Uniwersytet Gdański (niniejszy tekst w nieco innej wersji i pod nieco innym tytułem ukazał się pierwotnie w miesięczniku *Państwo i Prawo* 2019, Nr 11; autor uzyskał zgodę oficyny Wolters Kluwer Polska na jego przedruk w tym tomie). ORCID: 0000-0002-3113-9828.

² Zob. P. Bała, A. Wielomski, *Prawa człowieka i ich krytyka, passim*.

³ A. MacIntyre, *Dziedziectwo cnoty. Studium z teorii moralności, passim*.

kennen), to nie oznacza to jeszcze, że skazani jesteśmy na całkowity nihilizm aksjologiczny w tej kwestii i nie możemy się do nich przyznać (*sich bekennen*).

Kluczowe znaczenie w odpowiedzi na postawione wyżej pytania relatywizacyjne wydaje się mieć pojęcie standardów praw człowieka. Według słownika języka polskiego termin „standard” oznacza „przeciętną normę, przeciętny typ, model, wyrób odpowiadający określonym wymogom, wzorzec”⁴. Na gruncie dogmatyki prawa (np. konstytucyjnego, międzynarodowego) istota pojęcia standardów praw człowieka wydaje się więc *prima facie* dosyć oczywista – oznacza wzorce praw i wolności jednostki wynikające z formułujących je aktów normatywnych. W takim znaczeniu pojęcie standardów praw człowieka występuje w doktrynie obok pojęcia instytucji i procedur – typowym przykładem może być sztandarowe opracowanie przygotowane w ramach UNESCO: *A Guide to Human Rights. Institutions, Standards, Procedures*⁵. W praktyce na ostateczną rekonstrukcję tak pojętych standardów praw człowieka wpływa nie tylko literalne brzmienie przepisów materialno-prawnych oraz klauzul limitacyjnych i derogacyjnych, lecz także praktyka stosujących i dokonujących ich wykładni organów (np. trybunałów konstytucyjnych, sądów krajowych i międzynarodowych, organów *quasi*-sądowych i politycznych, struktur organizacji międzynarodowych, organów ochrony prawnej), a tę z kolei determinuje kontekst ekonomiczny, kulturowy, polityczny, religijny, społeczny *etc.* Wspomniana wyżej oczywistość i jednoznaczność pojęcia standardów praw człowieka jest więc tylko pozorna i poza granicą wniosków *prima facie* okazuje się bardzo problematyczna, zwłaszcza jeśli do analizy włączymy instrumentarium teoretyczno- i filozoficzno-prawne. Niektóre z pytań można by sformułować następująco:

- 1) jaki standard: maksymalistyczny, przeciętny czy minimalistyczny;
- 2) jaki standard: uniwersalny czy zrelatywizowany;
- 3) standard budowany na jakim poziomie: tylko na poziomie tworzenia, czy także w odniesieniu do stosowania (model sylogistyczny czy argumentacyjny) i wykładni (językowa, systemowa czy celowościowa), a nawet do obowiązywania (tylko *hard law* czy także *soft law*) i przestrzegania prawa (staranne działanie czy rezultat);

⁴ Uniwersalny słownik języka polskiego (red. S. Dubisz), s. 1373.

⁵ *A Guide to Human Rights* (eds. J. Symonides, V. Volodin), *passim*.

- 4) standard jednolity czy zróżnicowany dla różnych generacji prawa człowieka;
- 5) standard poszczególnych praw i wolności czy standard wysunięty przed nawias i powiązany z demokracją, podziałem władzy i rządami prawa.

Wprawdzie ogólna refleksja teoretyczna i filozoficzna nad prawami jednostki ma dosyć długą tradycję (przykładowo można wskazać na prace *G. Jellinka* czy *W.N. Hohfelda*), ale z drugiej strony tak naprawdę jest dziełem dopiero ostatnich kilkadziesiąt lat. Pod tym względem trudno przecenić wkład takich autorów, jak np. *R. Dworkin* czy *R. Alexy*⁶. Jednocześnie w ostatnich latach mamy do czynienia z prawdziwą eksplozją opracowań poświęconych istocie praw jednostki z bardzo różnych dziedzin wiedzy – filozofii prawa (np. *M.J. Perry*), filozofii polityki (np. *Ch.R. Beitz*), filozofii moralnej (*J. Griffin*) czy ekonomii politycznej (*A. Sen*)⁷. Współczesne kontrowersje wokół praw człowieka można w dużym uproszczeniu sprowadzić do czterech podstawowych problemów⁸:

- 1) prawa człowieka: wymiar moralny czy projekt polityczny;
- 2) uniwersalizm: minimalistyczny czy maksymalistyczny;
- 3) godność jednostki: aprioryczna czy potencjalna;
- 4) społeczność międzynarodowa: państwowo-centryczna czy kosmopolityczna.

Dalsza część rozważań koncentruje się przede wszystkim na sporze pomiędzy zwolennikami etycznego uniwersalizmu praw człowieka i kulturowego relatywizmu, ponieważ spór ten ma na tyle fundamentalny charakter, że sposób jego rozstrzygnięcia wpływa nie tylko na pojmowanie istoty praw człowieka, lecz także na ich praktyczną implementację. Trzeba też podkreślić, że światowa debata na ten temat ma już długą i burzliwą historię. Z punktu widzenia uniwersalizmu praw człowieka można ją, w pewnym skrócie, podzielić na trzy etapy:

- 1) etap uproszczonego aprioryzmu (od 1945 r. do końca lat 70. XX w.);
- 2) etap kontestacji uniwersalnych wartości pod hasłem relatywizmu kulturowego (od końca lat 70. do połowy lat 90. XX w.);

⁶ *R. Dworkin*, Biorąc prawa, *passim*; *R. Alexy*, Teoria praw, *passim*.

⁷ *M.J. Perry*, Toward a Theory of Human Rights, *passim*; *Ch.R. Beitz*, The Idea, *passim*; *J. Griffin*, On Human Rights, *passim*; *A. Sen*, The Idea of Justice, *passim*.

⁸ *C. Menke*, *A. Pollmann*, Philosophie der Menschenrechte, s. 68 i n., s. 125 i n., s. 164 i n., s. 208 i n.

- 3) etap weryfikacji stanowisk i poszukiwanie konsensusu pomiędzy uniwersalizmem i relatywizmem (od końca lat 90. XX w. do chwili obecnej)⁹.

W nauce światowej ożywiona dyskusja nad problemem uniwersalizmu/relatywizmu praw człowieka rozpoczęła się w latach 80. XX w. i swoje apogeum osiągnęła w połowie lat 90. XX w., zwłaszcza w trakcie Wiedeńskiej Konferencji Praw Człowieka w 1993 r., i głównie w związku z tzw. wartościami azjatyckimi¹⁰. W tych debatach brali i biorą udział prawie wszyscy wybitni współczesni ekonomiści, etycy, filozofowie, politolodzy, prawnicy czy socjologowie, jak np.: *R. Alexy, P. Alston, N. Chomsky, J. Donnelly, F. Fukuyama, J. Galtung, A. Gutman, J. Habermas, R. Howard, O. Höffe, S. Huntington, A. McIntyre, W. Kersting, M. Nussbaum, J. Rawls, R. Rorty, M. Sandel, A. Sen, Ch. Taylor* czy *M. Walzer*. Te nazwiska świadczą nie tylko formalnie, że problem jest poważny, a sposób jego rozwiązania może mieć daleko idące konsekwencje praktyczne. Jest pewna charakterystyczna cecha tego przykładowego wyliczenia – otóż wskazani myśliciele reprezentują szeroko pojętą kulturę zachodnią (lub przynajmniej są z nią powiązani), tymczasem spór o uniwersalizm praw człowieka ma charakter dyskusji międzycywilizacyjnej i biorą w nim udział także uczeni z krajów arabskich, Afryki Subsaharyjskiej czy Dalekiego Wschodu. To tylko potęguje stopień złożoności problemu, ponieważ zgody co do sposobu pojmowania lub wręcz akceptacji uniwersalizmu/relatywizmu praw człowieka nie ma nie tylko w wymiarze interkulturowym, lecz także w ramach pozornie homogenicznej formacji myślowej Zachodu. Jak pisze *J. Habermas*, ta intelektualna debata ma charakter nie tylko międzycywilizacyjny, ale jest także sporem „Zachodu z samym sobą”¹¹. Trzeba jednak podkreślić, że w deklaracji i programie działania przyjętymi w trakcie wspomnianej wyżej Konferencji Wiedeńskiej Praw Człowieka w 1993 r. uznano jednak, iż uniwersalny charakter praw człowieka powinien być bezsporny. Nie zdefiniowano jednak przy tym, co miałby oznaczać tak pojęty uniwersalizm – uniwersalne uzasadnienie? uniwersalną akceptację? uniwersalne obowiązywanie? uniwersalną implementację?

R. Cassin, jeden z twórców PDPCz i późniejszy laureat Pokojowej Nagrody Nobla, przedstawiał Deklarację w obrazowej formie frontonu klasycznej, grec-

⁹ W literaturze światowej panowała zresztą przez kilka lat moda na „ponowne przemyślenie” (*rethinking*) praw człowieka – por. np. *Rethinking Human Rights* (ed. *D. Chandler*), *passim*; *A. Belden Fields*, *Rethinking Human Rights*, *passim*.

¹⁰ W literaturze polskiej na ten temat por. zwłaszcza *R. Kuźniar*, *Prawa człowieka*, *passim*.

¹¹ *J. Habermas*, *Zur Legitimation*, s. 386.

kiej świątyni: podstawę budowli stanowią podstawowe zasady godności, wolności, równości i braterstwa (np. 1–2); schody tej budowli (Preambuła) prowadzą do wejścia opartego na czterech kolumnach – są to odpowiednio gwarancje życia, wolności, praw osobistych i bezpieczeństwa (np. 3–11), prawa w społeczeństwie obywatelskim (np. 12–17), prawa we wspólnocie politycznej (np. 18–21) oraz prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne (np. 22–27); całość zwieńczona jest normami symbolizującymi obowiązki, ograniczenia i porządek (np. 28–30)¹². Jeśli jednak przyjrzeć się bliżej współczesnym debatom, to można dojść do wniosku, że ta architektoniczna harmonia nie jest aż tak idealna, jak sądził francuski humanista. W praktyce, idea praw człowieka wykazuje bowiem tak wiele wewnętrznych napięć, sprzeczności i kontrowersji, że osiągnięcie nawet częściowego konsensusu (*overlapping consensus*) w rozumieniu *J. Rawlsa*¹³ wydaje się niezwykle trudne. Za najważniejsze kontrowersje można uznać w szczególności:

- 1) fakt, że prawa człowieka są fenomenem o charakterze niejednorodnym – mają nie tylko swój wymiar jurydyczny, lecz także moralny oraz polityczny i, co najważniejsze, w każdym z nich wykazują nieco odrębny charakter¹⁴;
- 2) brakuje wprawdzie zgody co do potrzeb i możliwości zbudowania uniwersalnego i filozoficznie jednoznacznego uzasadnienia praw człowieka¹⁵, ale jednocześnie ciągle trwają próby zbudowania ich teorii¹⁶;
- 3) nie wiadomo, czy tak pojęta teoria praw człowieka rozpięta pomiędzy moralnym uniwersalizmem i kulturowym relatywizmem ma być oparta na konsensusie o charakterze minimalnym, czy też wręcz przeciwnie – o charakterze maksymalnym¹⁷;
- 4) dylemat minimalizm – maksymalizm dotyczy nie tylko problemu uzasadnienia praw człowieka, lecz także, a może przede wszystkim, ich katalogu – rozwój coraz to nowych generacji praw człowieka prowadzić

¹² Za *M.A. Glendon*, *A World Made New*, s. 172.

¹³ *J. Rawls*, *Liberalizm*, s. 194 i n.

¹⁴ *T. Evans*, *The Politics of Human Rights*, s. 6 i n.; szeroko na ten temat por. także *C. Menke*, *A. Pollmann*, *Philosophie der Menschenrechte*, s. 25–41.

¹⁵ *A.J. Langlois*, *Normative and Theoretical Foundations*, s. 18 i n.; podkreślić też należy wieloznaczność samego terminu „uniwersalizm praw człowieka” – por. *E. Brems*, *Human Rights, passim*.

¹⁶ *D. Ingram*, *Between Political Liberalism*, s. 359–391; *D.A. Reidy*, *An International Conception*, s. 367–397; *A. Sen*, *Elements of a Theory*, s. 315–356.

¹⁷ *J. Cohen*, *Minimalism About Human Rights*, s. 190–213; *C. Menke*, *A. Pollmann*, *Philosophie der Menschenrechte*, s. 125–128.

może bowiem do ich swoistej hipertrofii, a w rezultacie do konfliktu różnych idei (np. wolności, równości i solidarności)¹⁸;

- 5) prawa człowieka są przedmiotem regulacji zarówno na poziomie prawa krajowego, jak i międzynarodowego oraz europejskiego – odmienny typ zobowiązań jurydycznych powstających na tych płaszczyznach rodzi z konieczności problem nie zawsze łatwej koherencji¹⁹.

Z powodu wojny z terroryzmem, po 2001 r. subtelne rozważania filozoficzne na temat uniwersalizmu i relatywizmu praw człowieka zeszły na parę lat na dalszy plan. Z drugiej strony trzeba jednak mocno podkreślić, że w ostatnim czasie coraz częściej powraca się do tej podstawowej debaty²⁰ i próbuje zbudować bardziej koncyliacyjną, uwzględniającą argumenty obu stron sporu koncepcję praw człowieka – w literaturze przedmiotu mówi się w tym kontekście o relatywnej uniwersalności praw człowieka (*relative universality of human rights*)²¹. Okazuje się, że tak naprawdę trudno oddzielić od siebie problemy z pozoru odległe – etyczny uniwersalizm, kulturowy relatywizm, globalną sprawiedliwość, humanitarną interwencję, wojnę sprawiedliwą, terroryzm, tortury, międzynarodowe prawo karne, uniwersalną jurysdykcję *etc.*²².

Po tym wstępie, powstaje pytanie, jak na tle tych fundamentalnych kontrowersji wygląda katalog praw i wolności jednostki zapisany w Rozdziale II Konstytucji RP, *ergo* – polskie standardy praw człowieka w podanym wyżej rozumieniu. Gdyby polski system społeczno-polityczny, ujęty w regulacjach konstytucyjnych, miał charakter autarkiczny oraz niezależny w sensie intelektualnym i normatywnym zarówno od podstawowych sporów epoki, jak i od otoczenia zewnętrznego, wówczas pytanie to byłoby w gruncie rzeczy bezprzedmiotowe. Z oczywistych względów tak jednak nie jest. W związku z tym, konstytucyjny katalog praw i wolności jednostki stanowi z jednej strony emanację pewnych idei i uwzględnia normatywne rozwiązania prawa międzynarodowego, z drugiej zaś strony trudno przy jego interpretacji abstrahować od fundamentalnych kontrowersji współczesnego świata. Biorąc pod uwagę te ideowe i normatywne uwarunkowania, można zaryzykować następującą tezę: konstytucyjny katalog praw człowieka powinien uwzględniać trzy wzajemnie ze sobą powiązane perspektywy – uniwersalną, regionalno-kulturową

¹⁸ T. Hoppe, *Menschenrechte im Spannungsfeld, passim*.

¹⁹ National Rights (eds. S. Caney, D. George, P. Jones), *passim*.

²⁰ Por. np. Universal Human Rights (eds. D.A. Reidy, M.N.S. Sellers), *passim*; W.J. Talbott, *Which Rights, passim*.

²¹ Tak zwłaszcza np. J. Donnelly, *The Relative Universality*, s. 281–306.

²² Por. np. *Intervention* (ed. S.P. Lee), *passim*.

i narodową. Jeśli popatrzeć z „lotu ptaka” na rozwiązania przyjęte w Rozdziale II Konstytucji RP i zestawić je z zapisami jej Preambuły, to *prima facie* wydaje się, że wymóg ten jest spełniony, zostają tu bowiem wskazane różne wartości: te ogólnoludzkie i te europejskie oraz chrześcijańskie, i wreszcie te specyficznie narodowe.

Z perspektywy uniwersalistycznej nie ulega wątpliwości, że decydujące znaczenie przypada zasadzie przyrodzonej godności jednostki wyrażonej w art. 30 Konstytucji RP. Celem opracowania nie jest jednak ani wnikliwa analiza normatywnych funkcji tego przepisu, ani tym bardziej szczegółowa charakterystyka konstytucyjnego katalogu podstawowych praw i wolności jednostki. Daleko bardziej interesująca jest odpowiedź na pytanie, jak ten katalog wpisuje się w trwające w światowej nauce poszukiwanie wspomnianego wyżej częściowego konsensusu (*overlapping consensus*) i próby stworzenia, używając retoryki J. Donnelly’ego, koncepcji relatywnego uniwersalizmu (*relative universality*). Nie ulega bowiem wątpliwości, że fazę uproszczonego aprioryzmu już dawno mamy za sobą i że standardy praw człowieka mogą podlegać relatywizacji. Nie jest jednak bez znaczenia, o jakie relatywizacje chodzi, ponieważ wynikające z nich skutki prawne na linii jednostka – społeczeństwo – państwo – wspólnota międzynarodowa mogą być z jednej strony bardzo daleko idące, z drugiej zaś bardzo różnorodne.

Dla potrzeb tego opracowania w uproszczeniu zostało przyjęte, że te relatywizacje mogą mieć charakter konstytucyjny (normatywny) i pozakonstytucyjny (pozanormatywny). Pierwsze z nich pozostaną poza zakresem rozważań, ponieważ chodzi w tym wypadku o zapisy Konstytucji RP w postaci klauzul ograniczających (np. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) oraz klauzul derogacyjnych (art. 233 Konstytucji RP), a także o regulacje ustawowe wydane na podstawie i w ramach konstytucyjnych delegacji²³. W tym typie relatywizacji mieści się również, ale tylko do pewnego stopnia, koncepcja tzw. marginesu oceny (*margin of appreciation*)²⁴, wypracowana przede wszystkim w orzecznictwie ETPCz na gruncie klauzul ograniczających przewidzianych w EKPCz.

W dalszej części opracowanie koncentruje się na dwóch konkretnych przykładach relatywizacji pozanormatywnych, które znajdują swoje odzwierciedlenie we współczesnych sporach wokół uniwersalizmu praw człowieka i które mogą ze sobą nieść mniejsze lub większe kontrowersje i zagrożenia dla omawianej idei. Wbrew pozorom nie są to problemy aż tak odległe od Konstytucji

²³ Szeroko na temat por. K. Wojtyczek, Granice ingerencji ustawodawczej, *passim*.

²⁴ Szerzej na ten temat por. A. Wiśniewski, Koncepcja marginesu, *passim*.

tucji RP i bieżącego polskiego życia polityczno-prawnego, jak mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać. Pierwsza z tych relatywizacji określona została dla potrzeb niniejszego opracowania mianem relatywizacji kulturowej, druga natomiast, znacznie bardziej niebezpieczna, mianem relatywizacji instrumentalnej.

Kiedy w 1993 r. w trakcie wspomnianej już wyżej Wiedeńskiej Konferencji Praw Człowieka doszło do sporu pomiędzy zwolennikami uniwersalizmu i relatywizmu, dosyć szybko okazało się, że pod hasłem tzw. wartości azjatyckich (*asian values*) kryje się w gruncie rzeczy próba usprawiedliwienia przez reżimy autorytarne masowych naruszeń praw człowieka pod pozorem odrębności kulturowych. Równie szybko okazało się jednak, że jeśli oderwie się argumenty zwolenników kulturowego relatywizmu od bieżącej polityki, to trudno im odmówić słuszności i racjonalności. Rzeczywiście, nie sposób zaprzeczyć, że prawa i wolności jednostki muszą być rozumiane i postrzegane przez pryzmat kontekstu, w którym funkcjonują. A kontekst ten jest zdeterminowany różnymi elementami, np.: poziomem rozwoju społeczno-gospodarczego, ustrojem politycznym, historycznymi tradycjami, normami religijnymi i kulturowymi, narodową mentalnością. Ponieważ w tym opracowaniu nie ma miejsca na szerszą analizę tego problemu, warto się skupić na konkretnym przykładzie²⁵, który z pozoru odbiega od problemu konstytucyjnego katalogu praw i wolności człowieka, jednak w rzeczywistości ma z nim wiele wspólnego.

W anglosaskiej kulturze prawnej funkcjonuje pojęcie *cultural defence*, które na potrzeby niniejszego opracowania tłumaczone jest jako „obrona przez kulturę”²⁶. W wąskim znaczeniu oznacza ono pewien rodzaj prawnej (i prawniczej) strategii w postępowaniu sądowym w sprawach karnych, która polega na wykorzystywaniu argumentu przynależności sprawcy do specyficznej grupy kulturowej, w celu wyłączenia lub ograniczenia jego odpowiedzialności, bądź złagodzenia kary grożącej za dany czyn²⁷. O ile w literaturze amerykańskiej podkreśla się przede wszystkim procesowy charakter problemu, o tyle w Europie łączy się go raczej z prawem karnym materialnym. Próbuje się wyodrębnić specyficzną grupę zbrodni motywowanych kulturowo (*culturally motivated crimes*), albo nawet szerzej przestępstw kulturowych (*cultural offences*)²⁸, bądź jeszcze dalej deliktów kulturowych (*cultural delicts*)²⁹. W szerszym

²⁵ Ta część oparta jest przede wszystkim na opracowaniu J. Zajadły, S. Sykuny, *Kontrowersje wokół tzw. „obrony przez kulturę”*, s. 26–36.

²⁶ Szerzej na ten temat A. Dundes *Renteln*, *The Cultural*, *passim*.

²⁷ M. Wen Chu Wu, *Culture Is No Defence*, s. 981 i n.

²⁸ J. Van Broeck, *Cultural Defence*, s. 1–32.

znaczeniu można jednak to pojęcie rozciągnąć także na całe gałęzie prawa i inne rodzaje postępowań, np. na postępowania w sprawach cywilnych czy administracyjnych.

Generalnie można określić *cultural defence* jako sytuację, w której organ stosujący prawo bierze (lub nie) pod uwagę obowiązywanie w jakiejś grupie społecznej specyficznych norm kulturowych, odbiegających w istotny sposób od przyjętych standardów ogólnospołecznych³⁰. W praktyce strategia obrony przez kulturę (ang. *cultural defence*, franc. *la défense par la culture*)³¹ może być wykorzystywana w dobrej wierze, ale może też być nadużywana³². Na tym m.in. polega stopień skomplikowania spraw, w których pojawia się *cultural defence*. W sprawach karnych w grę wchodzi problem, czy przy ocenie motywów sprawcy, świadomości bezprawności oraz charakteru czynu, należy wziąć (czy też nie wziąć) pod uwagę kontekst kulturowy i z jakim skutkiem prawnym. Pojawia się także skomplikowane zagadnienie interpretacji specyficznych norm kulturowych z pozycji zewnętrznej w stosunku do środowiska, w którym one funkcjonują. Trzeba też niekiedy przeprowadzić dowód, jaki rzeczywisty wpływ na zachowanie stron procesu miały te normy kulturowe. Wreszcie, *last but not least*, trzeba wskazać, czy te kulturowe odrębności dotykają negatywnie reszty społeczeństwa i jak są przez nią odbierane. Nawet jeśli przyjąć za R. Dworkinem rozróżnienie „traktowania wszystkich jak równych” (*treating everybody as an equal*) i „traktowania wszystkich równo” (*treating everybody equally*), to i tak powstaje pytanie o racjonalność strategii *cultural defence* w warunkach demokratycznego państwa prawa³³.

W sensie dogmatyczno-prawnym, strategia *cultural defence* może rodzić przede wszystkim cztery podstawowe problemy. Po pierwsze, błąd w zakresie nieświadomości bezprawności czynu w sytuacji, gdy sprawca działa zgodnie z normami kulturowymi, nie mając świadomości, że są one sprzeczne z obowiązującym prawem. Po drugie, błąd co do faktu w sytuacji, gdy sprawca działa w przekonaniu, że jego działanie mieści się w granicach odrębności kulturowej, podczas gdy w rzeczywistości jest inaczej. Po trzecie, okoliczność łagodząca wymiar kary w sytuacji, gdy sprawca jest zdeterminowany poczuciem działania na podstawie imperatywu kulturowego, mimo że zdaje sobie sprawę z przestępnego charakteru czynu. Po czwarte, nadużycie prawa do obrony, gdy

²⁹ M.C. Foblets, *Cultural Delicts*, s. 187–207.

³⁰ J. Van Broeck, *Cultural Defence*, s. 5.

³¹ A. Dundes *Renteln*, *The Cultural, passim*; S. Song, *La défense*, s. 61–85.

³² A. Dundes *Renteln*, *The Use and Abuse*, s. 47–67.

³³ J.C. Merle, *Cultural Defence*, s. 7–19.

sprawca przywołuje argumenty kulturowe wyłącznie w celu wyłączenia bądź ograniczenia swojej odpowiedzialności.

W dalszych wywodach opierać się będę na anglosaskiej literaturze prawniczej, ale z założeniem, że występujące problemy mają do pewnego stopnia charakter uniwersalny. Zjawisko *cultural defence* należy bowiem widzieć na tle szerszych debat, jakie od kilkudziesięciu lat toczą się w światowej nauce. Po pierwsze, problem wpisuje się we wspomnianą już wyżej dyskusję nad charakterem praw człowieka – chodzi o odpowiedź na fundamentalne pytanie, czy prawa człowieka mają charakter uniwersalny, czy też należy je postrzegać przez pryzmat kulturowej relatywizacji oraz różnorodności społeczeństw współczesnego świata³⁴. Po drugie, kontrowersje wokół *cultural defence* w znaczeniu prawnej (i prawniczej) strategii są pochodną sporu toczonego we współczesnej filozofii politycznej na temat tzw. multikulturalizmu³⁵ oraz w filozofii prawa na temat tzw. prawa międzykulturowego³⁶. Po trzecie, w debacie nad omawianym problemem pojawia się niekiedy dodatkowy argument polegający na odwołaniu się do historycznych niesprawiedliwości – chodzi tutaj o uznanie, że strategia *cultural defence* ma być swoistą rekompensatą za krzywdy, jakich doznały w przeszłości określone mniejszości ze strony większości (np. Aborygeni w Australii, Indianie w USA i Kanadzie *etc.*)³⁷.

W tym miejscu należy podkreślić dwie rzeczy. Po pierwsze, w amerykańskiej jurysprudencji argument *cultural defence* pojawił się po raz pierwszy na przełomie lat 80. i 90. XX w.³⁸, a więc mniej więcej w tym samym czasie, gdy trwały już debaty nad problemami uniwersalizmu – relatywizmu praw człowieka, multikulturalizmu oraz historycznych niesprawiedliwości. Już wówczas w literaturze zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska – z jednej strony „kulturowa neutralność”³⁹, z drugiej zaś „kulturowe zaangażowanie” prawa⁴⁰. Po drugie, strategia *cultural defence* wiąże się w sposób immanentny z prawami człowieka. W tym sensie jej szeroko pojętą normatywną podstawą może być art. 27 MPPGŚiK, gdzie wprost jest mowa o prawie do własnego życia kulturalnego. Zwraca się przy tym uwagę na podobieństwo sformułowania

³⁴ Zob. S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, *passim*.

³⁵ W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, *passim*; B. Barry, *Culture and Equality*, *passim*; B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism*, *passim*.

³⁶ G. Drosterij, M. Hildebrandt, E.A. Huppel-Cluysenaer, *The Possibility*, s. 215–221.

³⁷ E.L. Muller, *Fixing a Hole*, s. 659–704; E. Barkan, *The Guilt of Nations*, *passim*.

³⁸ A. Phillips, *When Culture Means Gender*, s. 510.

³⁹ D. Coleman Lambelet, *Individualizing Justice*, s. 1093–1167.

⁴⁰ L. Volpp, *Talking “Culture”*, s. 1572–1617.

art. 35 ust. 1 Konstytucji RP. Sprawa ma również inny wymiar, którego istnienie podkreślają zwłaszcza ruchy feministyczne. Przyjmowanie strategii *cultural defence* bardzo często godzi w prawa człowieka, ponieważ ofiarami przestępstw kulturowych są z reguły kobiety i dzieci, narażone na traktowanie niemieszczące się w powszechnie przyjętych standardach. Bezkrytyczna akceptacja argumentu obrony przez kulturę mogłaby zatem prowadzić w gruncie rzeczy do faktycznej legalizacji, a w rezultacie także społecznej eskalacji tych praktyk⁴¹. Powstaje bowiem pytanie, kogo i co mamy w tym przypadku chronić i preferować – sprawcę i jego imperatyw kulturowy; ofiary i ich określone prawa oraz przyrodzoną godność; standardy większości społeczeństwa; ogólnoludzkie standardy cywilizacyjne; zasadę równości wobec prawa? Te wątpliwości powodują, że nie wszyscy zwolennicy relatywizmu praw człowieka czy multikulturalizmu akceptują bezkrytycznie strategię *cultural defence*. Czym innym jest bowiem racjonalna polityka wobec mniejszości, a czym innym kontrowersyjny i niekiedy nadużywany argument obrony przez kulturę wywołujący konkretne skutki procesowe⁴².

Zdaniem A. Dundes *Renteln* odrębności kulturowe, które są podstawą przyjęcia strategii *cultural defence*, mogą dotyczyć różnych zdarzeń i sfer życia – zabójstw, postępowania z dziećmi, zażywania narkotyków, stosunku do zwierząt, instytucji małżeństwa, specyficznych ubiorów, postępowania ze zmarłymi *etc.*⁴³. Zdaniem autorki, amerykańskie sądy rzadko uznają argument odrębności kulturowej i dopuszczają dowód z opinii biegłego w tego typu sprawach, co niekiedy prowadzi do pomyłki sądowej (*miscarriage of justice*). Ta postawa jest o tyle niezrozumiała, że przecież w ramach indywidualizacji odpowiedzialności bierze się pod uwagę takie czynniki, jak wiek, płeć czy stan psychiczny sprawcy. Dlaczego więc odrzucać *a priori* determinanty kulturowe? Strategia *cultural defence* jest wprawdzie w praktyce używana zarówno w dobrej wierze, jak i nadużywana, ale według A. Dundes *Renteln* powinna być uznana „za oficjalną politykę publiczną, jeśli tylko istnieją gwarancje chroniące przed jej naużywaniem”⁴⁴. Można bowiem określić pewne obiektywne kryteria oceny tworzące swoistego rodzaju minimalny test poprawności zastosowania obrony przez kulturę. Składają się na niego trzy podstawowe pytania:

- 1) czy zainteresowany jest członkiem określonej mniejszości;

⁴¹ D. Coleman *Lambelet*, *Individualizing Justice*, *passim*.

⁴² B. Barry, *Culture and Equality*, *passim*.

⁴³ A. Dundes *Renteln*, *The Cultural*, s. 23–182.

⁴⁴ A. Dundes *Renteln*, *The Use and Abuse*, s. 47.

- 2) czy w ramach tej mniejszości obowiązują normy wyznaczające specyficzne zachowania uzasadniające *cultural defence*;
- 3) czy normy te wpłynęły w istotny sposób na zachowanie zainteresowanego w sprawie będącej przedmiotem oceny organu stosującego prawo⁴⁵.

Pozytywny wynik takiego testu nie musi oczywiście automatycznie oznaczać uwzględnienia argumentu *cultural defence*, np. w zakresie wyłączenia (ograniczenia) odpowiedzialności, czy też wymiaru kary, ale przynajmniej powinien skłonić organ stosujący prawo do głębszego zastanowienia się nad problemem. Niezależnie od tego, że akceptacja bądź odrzucenie obrony przez kulturę może być przedmiotem określonej decyzji z zakresu polityki prawa, rodzi też liczne problemy z zakresu dogmatyki, zwłaszcza dogmatyki prawa karnego. Jednym z nich jest kwestia uznania *cultural defence* za instytucję podobną do błędu co do prawa, czy błędu co do faktów. W amerykańskiej nauce prawa karnego stanowiska są podzielone – niektórzy uznają istnienie takiego podobieństwa (np. *G.P. Fletcher*), inni je zdecydowanie odrzucają, uznając za naruszenie zasady obiektywizmu prawa karnego (np. *J. Hall*). Tak czy inaczej, wkracza się tutaj z jednej strony w sferę zakresu zastosowania zasady *ignorantia legis neminem excusat* (przynajmniej jeśli idzie o błąd co do prawa), z drugiej zaś – w obszar uzasadnionych (nieuzasadnionych) i bezpiecznych (niebezpiecznych) relatywizacji praw i wolności człowieka⁴⁶.

Jeszcze bardziej skomplikowany i groźny wydaje się drugi z wyodrębnionych wyżej typów relatywizacji – relatywizacja instrumentalna. Chodzi tutaj o takie sytuacje, w których uniwersalizm praw człowieka podawany jest w wątpliwość z uwagi na potrzeby bieżącej polityki, i to w sposób godzący w samą ideę przyrodzonej godności jednostki. Jako przykład przywołać można niezwykle szokującą współczesną dyskusję na temat tortur, ponieważ w tym przypadku relatywizacja instrumentalna wkracza dosyć brutalnie wręcz w podstawowe imponderabilia etyczno-prawne. Jeśli przyjąć, że prawa człowieka mogą być przedmiotem sporów etyczno-prawnych, to można zaproponować pewną ich typologię. Do pierwszej grupy zaliczyć można takie dylematy, które są stosunkowo nowe i w związku z tym jeszcze nierozwiązane – przynosi je z jednej strony rozwój nauki i techniki (np. problem inżynierii genetycznej), z drugiej zaś zmiana obyczajowości (np. problem legalizacji związków partnerskich osób tej samej płci). Druga grupa obejmuje z kolei spory znane i tradycyjne,

⁴⁵ *Ibidem*, s. 49 i n.

⁴⁶ *M.P. Golding*, *The Cultural*, s. 147.

w których powiedziano już właściwie wszystko, co było do powiedzenia, i które są do pewnego stopnia nierozwiązywalne z uwagi na odmienne punkty wyjścia adwersarzy – np. problemy aborcji, eutanazji czy kary śmierci. Wreszcie trzecia grupa sporów etyczno-prawnych dotyczy takich zagadnień, które zostały już dawno rozwiązane zarówno w sensie moralnym, jak i jurydycznym i do których w związku z tym nie chce się w ogóle powracać (np. problem zakazu niewolnictwa i poddaństwa czy właśnie zakazu tortur oraz okrutnego, nieludzkiego i poniżającego traktowania).

Jeśli przyrzeć się bliżej współczesnym sporom na temat tortur, można dojść do wniosku, że przytoczona typologia obciążona jest pewnym błędem merytorycznym, przynajmniej jeżeli chodzi o trzeci z wyróżnionych typów sporów etyczno-prawnych. Nie przewidziano bowiem takich zjawisk jak np. współczesny terroryzm międzynarodowy czy porwania dla okupu. Innymi słowy, okazało się, że nie tyle poradzono sobie etycznie i prawnie z problemem tortur, co raczej wydawało się, że został on już dawno rozwiązany, a tymczasem rzeczywistość okazała się zupełnie inna. Zresztą owe wspomniane wyżej zjawiska (tj. terroryzm międzynarodowy oraz porwania dla okupu) wyznaczają dwa współczesne światowe centra dyskusji filozoficzno-prawnej na temat tortur – USA i Niemcy.

W tym pierwszym przypadku chodzi o pewien szerszy problem, o szok, jaki nie tylko w amerykańskiej opinii publicznej wywołały wieści nadchodzące z bazy Guantanamo, gdzie przetrzymywano afgańskich Talibów i członków Al-Quaidy, oraz publikacja wstrząsających zdjęć dokumentujących sposób traktowania więźniów w Abu Ghraib w Iraku. Początkowo problem miał wymiar głównie polityczny, ale obecnie coraz częściej staje się przedmiotem dyskursu *par excellence* filozoficzno-prawnego. Świadczy o tym chociażby liczba publikacji na ten temat, ukazujących się w naukowych czasopismach o wyraźnym profilu prawniczym bądź filozoficznym⁴⁷, a niekiedy będących wynikiem specjalnych monotematycznych konferencji naukowych⁴⁸.

⁴⁷ Por. np. *A.J. Bellamy*, No pain, no gain?, s. 121–148; *V. Bufacchi*, Torture, s. 355–373; *H.J. Cuzner*, Admirable Morality, s. 31–56; *J. Kleinig*, Ticking Bombs, s. 614–627; *D. Luban*, Liberalism, s. 1425–1461; *J.T. Parry*, The Shape of Modern Torture, s. 516–533; *E.A. Posner*, *A. Vermeule*, Should Coercive, s. 671–707; *U. Steinhoff*, Torture, s. 337–353; *D. Sussman*, What's Wrong, s. 1–33; *J. Waldron*, Torture and Positive Law, s. 1681–1750; *W.B. Wendel*, Legal Ethics, s. 67–128; *J. Wolfendale*, Training Torturers, s. 269–287.

⁴⁸ Por. np. specjalne edycje poświęcone tej problematyce w: CWR J. Int'l L. 2006, vol. 37, No. 2–3; Int'l J. A.P. 2005, vol. 19, No. 2; SAJP 2006, vol. 25, No. 1.

W przypadku Niemiec chodzi natomiast o debatę wywołaną przez konkretny stan faktyczny. We wrześniu 2002 r. *M. Gäfgen*, student prawa z Frankfurtu, porwał dla okupu 11-letniego *J. von Metzlera*, syna znanego bankiera. Bojąc się o życie i zdrowie ofiary, wiceszef frankfurckiej policji *W. Daschner* wydał swoim podwładnym polecenie wymuszenia od sprawcy siłą zeznania pozwalającego na ustalenie miejsca pobytu dziecka. Zastosowane metody okazały się skuteczne, jednak niestety, kiedy policja przybyła na miejsce, chłopiec już nie żył⁴⁹. Te wydarzenia poruszyły wprawdzie do głębi niemiecką opinię publiczną, ale jeszcze bardziej zbulwersowało ją to, co stało się później. Policjant *W. Daschner* stanął bowiem przed sądem pod zarzutem podżegania do tortur, a porywacz *M. Gäfgen* był świadkiem w jego sprawie. Niemiecy prawnicy różnie oceniali ten stan rzeczy – od uznania istnienia kontratypu stanu wyższej konieczności, przez postulaty ułaskawienia, aż po konieczność skazania za popełnione przestępstwo⁵⁰. Wyrokiem Sądu Krajowego we Frankfurcie z 20.12.2004 r. *W. Daschner* został wprawdzie uznany za winnego, ale został ukarany symbolicznie, karą pieniężną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Ten wyrok również był odebrany różnorodnie – od aprobaty ze strony środowiska policjantów, po ostrą krytykę ze strony pozarządowych organizacji praw człowieka⁵¹. Ciekawe są badania niemieckiej opinii publicznej przeprowadzone na tle tego przypadku. Na pytanie o dopuszczalność stosowania przez policję przemocy w trakcie przesłuchania celem ratowania życia innego człowieka, aż 68% respondentów odpowiedziało pozytywnie, tylko 19% negatywnie, a 13% nie miało jednoznacznego zdania⁵². Podobnie jak w USA, dyskusja dosyć szybko przeniosła się jednak z płaszczyzny wyłącznie polityczno- czy dogmatyczno-prawnej, także na płaszczyznę filozoficzno-prawną⁵³ – w obu wypadkach koncentrując się jednak wokół problemu przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka⁵⁴. Przypadek *W. Daschnera* jest o tyle interesujący z punktu widzenia uniwersalizmu polskiego katalogu praw i wolności jednostki, że to właśnie art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec był

⁴⁹ W publicystycznej formie opisuje te wydarzenia *A. Lochte*, *Sie werden, passim*.

⁵⁰ W niemieckiej nauce prawa przypadek *W. Daschnera* jest przedmiotem dosyć zasadniczych kontrowersji, por. np. *V. Erb*, *Notwehr*, s. 593–656 i cytowane tam pozycje; na temat międzynarodowo-prawnych implikacji *S. Schmal*, *D. Steiger*, *Völkerrechtliche*, s. 358–374.

⁵¹ *D. Esslinger*, *Mildes Urteil, passim*.

⁵² Institut für Demoskopie Allensbach, *passim*.

⁵³ Szerzej zob. *Rettungsfolter* (Hrsg. *P. Nitschke*), *passim*; *Rückkehr der Folter* (Hrsg. *G. Beestermöller*, *H. Brunkhorst*), *passim*; *Ist Folter erlaubt* (Hrsg. *W. Lenzen*), *passim*; *R. Trapp*, *Folter oder selbstverschuldete, passim*.

⁵⁴ Szeroko na ten temat *H. Bielefeldt*, *Menschenwürde und Folterverbot, passim*.

głównym źródłem inspiracji dla rozwiązania przyjętego w art. 30 Konstytucji RP.

Mimo wszystkich różnic pomiędzy przypadkami tortur stosowanych podczas międzynarodowej wojny z terroryzmem w Guantanamo i Abu Ghraib a kazusem *W. Daschnera*, w sensie filozoficzno-prawnym istota problemu jest w gruncie rzeczy taka sama. Z punktu widzenia etyki deontologicznej, nie ma bowiem znaczenia, czy chodzi o torturowanie terrorysty w celu uzyskania informacji o miejscu podłożenia bomby, by uratować setki (tysiące?) istnień ludzkich, czy też o wymuszanie zeznań od porywacza dla ustalenia miejsca pobytu uprowadzonej osoby. Nie ulega wątpliwości, że w obu wypadkach mamy do czynienia z sytuacją ekstremalną, a ewentualna różnica sprowadza się wyłącznie do skali zagrożenia ocenianej w kategoriach ilościowych, a nie jakościowych. W obu przypadkach chodzi o stosowanie tortur w imieniu państwa celem uzyskania informacji pozwalających na oddalenie jakiegoś niebezpieczeństwa zagrażającego ludzkiemu życiu – albo w wersji tykającej bomby (*ticking-bomb scenario*), albo w wersji niewinnego zakładnika (*Rettungsfolter*). Biorąc pod uwagę współczesne standardy ochrony praw człowieka, problem sprowadza się do pytania, w jaki sposób rozwiązać powyższy dylemat – czy ograniczać się wyłącznie do oceny etycznej (abstrahujemy na razie od wyboru pomiędzy etyką deontologiczną a etyką konsekwencjalistyczną), czy też może angażować w to także instrumentarium prawne?

Nie można tutaj niestety szerzej rozwinąć wszystkich problemów łączących się z tymi pytaniami – wymagałoby to bowiem bardzo szczegółowych i pogłębionych badań. Dotyczy to np. dosyć skomplikowanego prawnie i filozoficznie zagadnienia wytyczenia precyzyjnej granicy pomiędzy torturami a okrutnym, nieludzkim i poniżającym traktowaniem⁵⁵. Przed takim problemem stanęły swego czasu organy EKPCz. W 1978 r. przedmiotem postępowania przed ETPCz w Strasburgu w sprawie *Irlandia v. Wielka Brytania* była kwestia tzw. pięciu technik stosowanych przez brytyjskie służby specjalne w przesłuchaniach członków Irlandzkiej Armii Republikańskiej. Uznano je bezspornie za sprzeczne z art. 3 EKPCz. Pomiędzy Europejską Komisją Praw Człowieka i ETPCz zarysowała się jednak różnica w ocenie i kwalifikacji prawnej – o ile pierwszy z tych organów uznał owe techniki za tortury, o tyle drugi stanął na stanowisku, iż nie osiągnęły poziomu tortur, lecz najwyżej nieludz-

⁵⁵ Szerzej na ten temat *D. Sussman*, *What's Wrong*, s. 1–33 oraz *M. Davis*, *The Moral Justification*, s. 161–178.

kiego i poniżającego traktowania⁵⁶. W dalszej części opracowanie skoncentrowane jest więc na kilku wybranych zagadnieniach, istotnych z punktu widzenia jego głównego tematu.

Zdaniem *J. Slatera*⁵⁷ we współczesnej literaturze filozoficzno-prawnej zaznaczyły się trzy podstawowe stanowiska. W świetle pierwszego z nich, tortury są niedopuszczalne zarówno z etycznego, jak i z prawnego punktu widzenia. Ta zasada ma charakter kategorycznego imperatywu i bez względu na okoliczności nie powinna podlegać żadnym wyjątkom. Według drugiego stanowiska, tortury są wprawdzie moralnym złem i jako takie powinny być także prawnie zakazane, nie możemy jednak wykluczyć zaistnienia ekstremalnych sytuacji, w których wymuszanie zeznań przemocą staje się mimo wszystko konieczne. Według niektórych, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia we wspomnianych wyżej przykładach *ticking-bomb scenario* oraz *Rettungsfolter*. Nie oznacza to jednak możliwości pełnej legalizacji tortur, lecz jedynie stworzenie szansy na odwołanie się w pewnych okolicznościach do przesłanki stanu wyższej konieczności. Wreszcie trzeci, najdalej idący pogląd to propozycja legalizacji i instytucjonalizacji tortur. Przedstawiciele tego stanowiska zastrzegają się wprawdzie, że chodzi im o sytuacje absolutnie wyjątkowe i ekstremalne, np. gdy w rękach terrorystów znajduje się broń masowego rażenia lub gdy mamy do czynienia z takimi metodami i taką skalą terroryzmu, jak ataki z 11.9.2001 r. na World Trade Center oraz budynek Pentagonu. Tortury mają być więc dozwolone i kontrolowane tylko w ramach precyzyjnie, prawnie określonych wyjątkowych procedur. *Nota bene*, unika się przy tym raczej terminu „tortury” i zastępuje go eufemistycznym zwrotem „alternatywne metody przesłuchania”.

Widać więc wyraźnie, że występuje stopniowa eskalacja stanowisk, przynajmniej jeśli chodzi o wykorzystanie instrumentarium prawnego. Dotyczyć to może w mniejszym stopniu *Rettungsfolter*, a w daleko większym *ticking-bomb scenario*. Rzeczywiście, o ile w Niemczech dyskusja na bazie przypadku *W. Daschnera* dotyczyła przede wszystkim przesłanek ewentualnie usprawiedliwiających czy nawet ekskulpujących (co nie oznacza legalizujących) działania frankfurckiego policjanta, o tyle w USA pod wpływem publikacji kontrowersyjnego adwokata i profesora Uniwersytetu Harvarda, *A. Dershowitza*, debata poszła nieco dalej, ponieważ chodziło w niej wręcz o legalizację tortur w określonych ekstremalnych okolicznościach. Te opracowania ukazały się najpierw w for-

⁵⁶ Por. *D. Gomien*, *Vademecum*, s. 14 i n.

⁵⁷ *J. Slater*, *Tragic Choices*, s. 191–215, zwłaszcza s. 192 i n.; podobnie *S. Miller*, *Torture, passim*.