

MIĘDZY TRAFEM MORALNYM [*MORAL LUCK*] A TRAFEM PRAWNYM [*LEGAL LUCK*]

– Maciej Juzaszek –

Abstrakt. Artykuł ma za zadanie wprowadzenie do problematyki prawnego trafu i wyznaczenie ścieżki dalszych badań związanych z tym tematem. Zawiera on odpowiedź na pytanie dotyczące relacji pomiędzy moralnym trafem (*moral luck*), a prawnym trafem (*legal luck*). Analizowane są trzy stanowiska. Pierwsze, reprezentowane przez Arthura Ripsteina, głosi, że *moral luck* i *legal luck* to autonomiczne względem siebie problemy. Drugie, którego przedstawicielem jest David Enoch, stanowi, że prawny traf to wynik przeniesienia moralnego trafu na grunt prawa. Trzecie zaś, przeciwnie, odnosi się do koncepcji moralnego trafu jako wyniku przeniesienia prawnego trafu na grunt moralności. Autor omawia poszczególne koncepcje, wskazuje na ich mocne i słabe punkty, by ostatecznie opowiedzieć się za jedną z nich, co prowadzi do określonej wizji dalszych badań nad prawnym trafem.

Słowa kluczowe: David Enoch, Artur Ripstein, moralny traf, prawny traf, relacje prawa i moralności.

Określenie „moralny traf” (*moral luck*) pojawiło się w literaturze za sprawą Bernarda Williamsa¹ i Thomasa Nagela². Na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych ubiegłego wieku zapoczątkowali oni dyskusję, która pozostaje żywa do dzisiaj, a która dotyczy wpływu czynników pozostających poza kontrolą podmiotu na jego moralną odpowiedzialność. Problem wpływu trafu na moralność nie jest jednak nowy, gdyż już w starożytnej Grecji był on jednym z głównych tematów tragedii Ajschylosa³ i Sofoklesa⁴, a także największych systemów etycznych: Platona⁵, Arystotelesa⁶ i stoików⁷. Współczesna dyskusja nad moralnym trafem zainspirowana została jednak w pierwszej kolejności przez etykę Im-

¹ Zob. Williams [1993].

² Zob. Nagel [1993].

³ Zob. Nussbaum [2001] s. 23–50.

⁴ Zob. ibidem, s. 51–84.

⁵ Zob. Nussbaum [2001] s. 85–234.

⁶ Zob. ibidem, s. 235–394; Athanassoulis [2005] s. 26–81.

⁷ Zob. Athanassoulis [2005] s. 82–99.

manuela Kanta⁸, którego koncepcja moralności, podobnie jak stoicka, miała nie poddawać się wpływowi czynników zewnętrznych w stosunku do podmiotu⁹. Dopiero w późniejszej fazie dyskusji zwrócono się ponownie w kierunku etyki arystotelesowskiej¹⁰.

Definiując moralny traf, warto odwołać się wpierw do przeciwstawianej mu zasady kontroli (*control principle*)¹¹. Stanowi ona, że dany podmiot może być moralnie oceniany (pozytywnie lub negatywnie) tylko i wyłącznie za to, co podlega jego kontroli. Ponieważ filozoficzne pojęcie kontroli jest wysoce niejasne i kontrowersyjne, a jego intuicyjne rozumienie niewystarczające do dalszych rozważań, bardziej funkcjonalnym sformułowaniem powyższej zasady jest to, zaproponowane przez Davida Enocha¹², odwołujące się do kategorii superwencji¹³, brzmiące następująco:

[...] moralny status pewnego rodzaju (naganność (*blameworthiness*) i chwalebność (*praiseworthiness*), odpowiedzialność, wina [...] superwenuje na tym, co znajduje się pod kontrolą podmiotu, tak więc nie ma dwóch osób podobnych do siebie we wszystkich własnościach znajdujących się pod ich kontrolą, których moralny status (pewnego rodzaju) jednak by się różnił¹⁴.

Jeśli zatem dwie osoby, będące w takich samych sytuacjach, kontrolują te same okoliczności, ich moralny status będzie koniecznie identyczny. Różnica pomiędzy ich moralnymi statusami może pojawić się tylko w przypadku wystąpienia różnicy w okolicznościach pozostających pod ich kontrolą. Takie ujęcie sprawia, że jak-

⁸ Williams [1993] s. 36; Nagel [1993] s. 57.

⁹ Athanassoulis [2005] s. 100–134.

¹⁰ Zob. Nussbaum [1993]; Thomson [1993].

¹¹ Nelkin [2008].

¹² Enoch [2007] s. 27.

¹³ Pomimo mojej powściągliwości w używaniu słów będących kalką z języka angielskiego, wydaje się, że nie ma w języku polskim słów, które mogłyby być odpowiednikami angielskiego rzeczownika „supervenience” czy czasownika „to supervene on”. Są to terminy techniczne, odnoszące się do konkretnego pojęcia filozoficznego i próby ich tłumaczenia przy użyciu zwrotów „nadbudowywać się” czy „być ufundowanym” nie oddają ich znaczenia. W związku z powyższym w artykule tym będę stosował nieładne, ale precyzyjne słowa „superwencja” i „superwencjować na”. Przez superwencję rozumiem tu relację, którą można zdefiniować, w najbardziej podstawowym sensie, za Brianem McLaughlunem i Karen Bennet, w następujący sposób: „Zbiór własności A superwenuje na zbiorze własności B wtedy i tylko wtedy gdy żadne dwa przedmioty nie mogą różnić się własnościami ze zbioru A, nie różniąc się równocześnie własnościami ze zbioru B. W formie sloganu można ująć to tak: „nie może być różnicy co do A bez różnicy co do B”, McLaughlun, Bennet [2005].

¹⁴ Ibidem, s. 25 (tłum. aut.).

kolwiek nie określilibyśmy pojęcia i zakresu możliwej kontroli, będą one zawsze wspólne obu osobom. Zabieg ten pozwala ominąć problem poboczny, jakim jest precyzyjna odpowiedź na pytanie, czym jest kontrola, a skupić się na problemie głównym, mianowicie: na czym polega moralny traf.

Enoch dodaje: „Akceptując moralny traf, odrzucamy twierdzenie o superweniencji”¹⁵. Jeśli zatem aprobujemy moralny traf, przyznajemy, że można poprawnie różnicować moralną ocenę dwóch podmiotów, których sytuacja moralna jest odmienna jedynie z przyczyn pozostających poza ich kontrolą. Implikuje to jednocześnie przekonanie, że człowiek może moralnie odpowiadać za to, co pozostaje poza jego kontrolą, oczywiście przyjmując pewną koncepcję kontroli. Z drugiej strony, odrzucając moralny traf, przyznajemy zarazem, że człowiek może odpowiadać moralnie tylko za to, co pozostaje pod jego kontrolą, a więc, jeśli sytuacja moralna dwóch podmiotów różni się tylko i wyłącznie czynnikami pozostającymi poza ich kontrolą, ocena moralna tych podmiotów powinna być jednokowa.

W literaturze bardzo często spotyka się stwierdzenia, że moralny traf „istnieje” bądź „nie istnieje”¹⁶. Nie należy ich traktować jako tez metafizycznych, nikt bowiem nie twierdzi, że traf w jakikolwiek sposób egzystuje, można je natomiast rozumieć na dwa sposoby¹⁷. Z jednej strony, mogą one stanowić tezy deskryptywne, to znaczy, jeśli mówimy, że traf istnieje na gruncie pozytywnej moralności, to dwa (lub więcej) podmioty są faktycznie moralnie oceniane w różny sposób, mimo że jedyne różnice w ich moralnej sytuacji wynikają z czynników pozostających poza ich kontrolą. Jestem przekonany, że trudno zaprzeczyć istnieniu takiej praktyki w społeczeństwie oraz w indywidualnych sądach moralnych, szczególnie w świetle ostatnich badań z zakresu psychologii moralności¹⁸. Z drugiej jednak strony, możemy powiedzieć, że *moral luck* istnieje w danej normatywnej teorii etycznej, np. w utylitarystyce. Stwierdzenie takie nie odnosi się do moralności jako zbioru norm podzielanych przez społeczeństwo, ale do filozoficznej koncepcji, stanowiącej jednocześnie teorię, z perspektywy której oceniać będziemy moral-

¹⁵ Ibidem (tłum. aut.).

¹⁶ Zob. Nelkin [2008]; Enoch [2007]; Statman [1993].

¹⁷ W niniejszym artykule posługiwał się będę rozróżnieniem Wibrena Van der Burga: „Można wyróżnić co najmniej trzy interpretacje moralności [...]: pozytywną moralność: moralność rzeczywiście akceptowaną i podzielaną przez pewną grupę społeczną; normatywną teorię etyczną: generalne standardy moralne służące krytyce pozytywnej moralności wraz z normatywną teorią moralności takiej jaka powinna ona być; normatywna teoria prawa: generalne standardy moralne służące krytyce prawa pozytywnego wraz z normatywną teorią prawa takiego jakie powinno ono być”, van der Burg [1999] s. 73 (tłum. aut.).

¹⁸ Zob. Cushman [2008].

ność pozytywną. Jeśli zatem powiemy, że w danej normatywnej teorii etycznej moralny traf nie istnieje, a chcielibyśmy, by zbiór norm moralności pozytywnej odpowiadał tej teorii, wtedy dojdziemy do wniosku, że moralny traf nie powinien istnieć na gruncie pozytywnej moralności, zatem powinien on zostać z niej usunięty poprzez zmianę naszych praktyk moralnych. Nie jest to jednak teza deskryptywna, a normatywna. Jestem przekonany, że jedyne interesujące filozoficzne rozważania dotyczące moralnego trafu prowadzić można na gruncie normatywnej teorii etycznej. Kwestia występowania moralnego trafu na gruncie pozytywnej moralności podlega bowiem empirycznym badaniom socjologii i psychologii moralności.

Przekonanie, że *moral luck* występuje na gruncie pozytywnej moralności bierze się przede wszystkim z licznych przykładów sądów moralnych niezgodnych z zasadą kontroli¹⁹. Za Thomasem Nagelem, wyróżnić można cztery rodzaje moralnego trafu²⁰:

- traf rezultatu (*resultant luck*) konsekwencji (*consequential luck*),
- traf okoliczności (*circumstantial luck*) lub sytuacyjny (*situational luck*),
- traf kształtujący (*constitutive luck*),
- traf kauzalny (*causal luck*)²¹.

Każdy z rodzajów *moral luck* wyróżnionych przez Nagela najłatwiej zobrazować za pomocą przykładów (na potrzeby tekstu posłużę się tymi najbardziej schematycznymi):

- Pelagiusz i Augustyn, kierowcy samochodów, znacznie przekraczają rozsądną w danych warunkach atmosferycznych prędkość. Pierwszemu z nich, całkowicie niespodziewanie, wyskakuje przed maskę auta dziecko, które ginie pod kołami. Nie było żadnych szans na uniknięcie wypadku. Drugi przejeżdża bez problemów, nie natrafiając na nikogo i nie powodując żadnego wypadku. Pomimo, że obaj zawinili w taki sam sposób, stwarzając zagrożenie dla bezpieczeństwa na drodze, ocena ich moralnej odpowiedzialności będzie najpewniej całkiem różna. To przykład moralnego trafu rezultatu.

¹⁹ Nagel [1993] s. 59.

²⁰ Nelkin [2008].

²¹ Zaznaczam, że w poniższym artykule nie będę zajmował się w ogóle problematyką trafu kauzalnego, gdyż jest on ściśle związany z obszerną dyskusją na temat determinizmu oraz istnienia wolnej woli. Przyjmuję zaś roboczo stanowisko, że posiadanie wolnej woli przez podmiot jest konieczne dla przypisywania mu jakiegokolwiek odpowiedzialności moralnej.

- Dr Jekyll i dr Hyde, lekarze, bardzo potrzebują pieniędzy i decydują się na to, że jeśli tylko ktoś zaproponuje im łapówkę, bez wahania ją przyjmą. Dr. Jekyllowi jedna z pacjentek oferuje kopertę z pieniędzmi, a on ochoczo korzysta z okazji. Pacjenci dr. Hyde'a są wyjątkowo uczciwi i nikt nie proponuje rozczarowanemu lekarzowi łapówki. W tej sytuacji dr Jekyll odpowiadał będzie moralnie za wzięcie łapówki, a dr Hyde nie i będzie to skutek zdarzenia, które pozostawało całkowicie poza ich kontrolą, to znaczy, że ktoś zaproponował łapówkę akurat pierwszemu lekarzowi, a nie drugiemu. To przykład trafu okoliczności.
- Lionel i Adolphus wychowali się w różnych środowiskach. Lionel miał szczęśliwe dzieciństwo, zamożnych rodziców, chodził do dobrej szkoły, wpojono mu w dzieciństwie trwałe zasady moralne. Adolphus dorastał w patologicznej rodzinie, jego rodzice utrzymywali się z działalności przestępczej i od dziecka wpajali synowi, że jedyny sposób na zarobienie pieniędzy to kradzież. Fatalna szkoła i rówieśnicy nie zmienili u niego tego obrazu świata. Adolphus w końcu włamał się do sklepu na swoim osiedlu i ukradł zawartość kasy, Lionel nigdy niczego nie ukradł. W dużej mierze spowodowały to czynniki niezależne od nich – sposób w jaki zostali wychowani. To przykład trafu kształtującego.

Oczywiście przykłady powyższe dotyczyć mogą również zachowań godnych moralnej pochwały. Na przykład, Wilhelm i Friedrich mogą być w głębi serca bardzo odważnymi młodymi mężczyznami, ale tylko Wilhelm był świadkiem pożaru, z którego wyniósł małą dziewczynkę i uratował jej życie. Został on bohaterem, w przeciwieństwie do Friedricha, który nigdy nie miał okazji pokazać światu swojej odwagi. To również przykład trafu okoliczności.

Dyskusja nad moralnym trafem dotyczy, w mojej opinii, konfliktu intuicji moralnych²². Nie dziwi fakt, że jednym z jej prekursorów był właśnie Thomas Nagel, który swoje podejście do filozofii ujął w następujący sposób: „Moje własne filozoficzne sympatie i antypatie są jasno określone. Wierzę, że powinniśmy bardziej wierzyć problemom niż rozwiązaniom, intuicji niż argumentom, plurali-

²² Intuicje te można rozumieć, z jednej strony, na gruncie pozytywnej moralności, jako intuicje podzielane przez społeczeństwo oraz z drugiej strony, jako intuicje poszczególnych jednostek. Relacje pomiędzy tymi dwiema perspektywami to jednak temat na inny artykuł.

stycznej niezgodzie niż systemowej harmonii”²³. Z jednej strony mamy intuicję, że zasada kontroli powinna być fundamentem naszych moralnych osądów, z drugiej strony, inna intuicja wskazuje nam, że istnieje *moral luck*, a więc poprawne jest różnicowanie moralnych ocen dwóch podmiotów, mimo że jedyne różnice w ich moralnej sytuacji wynikają z czynników pozostających poza ich kontrolą. Pomiedzy tymi dwiema intuicjami zachodzi sprzeczność i stąd pojawia się problem z moralnym trafem²⁴. Jeśli bowiem pragniemy, by nasza moralność czy nasza teoria etyczna były spójne i niesprzeczne, niezgodność intuicji dotyczących zasady kontroli i moralnego trafu powinna zostać wyeliminowana.

Istnieje kilka możliwych dróg rozwiązania powyższego dylematu. Możemy przyjąć, że nasza moralność lub nasza teoria etyczna dopuszczają sprzeczności, wtedy zarówno zasada kontroli jak i moralny traf mogłyby być w równej mierze podstawą naszych sądów moralnych. Można również przyjąć, że zasada kontroli nie jest aż tak fundamentalną zasadą lub też w ogóle nie występuje na gruncie naszej moralności bądź normatywnej teorii etycznej. Wtedy problem z *moral luck* znika, nie ma bowiem przeszkód, by podmiot mógł być oceniany za coś, co pozostaje poza jego kontrolą, przynajmniej w niektórych sytuacjach. Całkowicie odmiennym rozwiązaniem jest uznanie, że istotnie zasada kontroli jest fundamentalna dla moralności bądź teorii etycznej, a w związku z tym nasze sądy moralne, które presuponują istnienie moralnego trafu są niepoprawne i powinny zostać zrewidowane. To tylko najogólniejsze strategie radzenia sobie z problemem *moral luck*, większość koncepcji przedstawianych w literaturze jest o wiele bardziej wyrefinowana, a jednocześnie bardziej skomplikowana²⁵.

Czym natomiast miałby być prawny traf (*legal luck*)? Istotne jest, że podane wyżej przykłady różnych rodzajów moralnego trafu, to również sytuacje prawnie relewantne. Przykład Pelagiusza i Augustyna to kazus z zakresu prawa karnego, prawa wykroczeń i prawa deliktów, zaś przykład Jekylla i Hyde'a oraz przykład Lionela i Adolphusa to kazusy z zakresu prawa karnego. Jeśli w prawie, podobnie jak w moralności, możemy przypisywać podmiotom odpowiedzialność za pewne

²³ Nagel [1979] s. x (tłum. aut.).

²⁴ Problem ten traktowany może być jako problem całkowicie abstrakcyjny, obcy osobom bez profesjonalnego wykształcenia. Warto jednak przytoczyć w tym miejscu cytaty ze Stevena Sverdlika: „Moje własne wrażenie jest takie, że ludzie nie zaznajomieni z filozofią będą świadomie podtrzymywać, że działania są istotnie [sprawcy i niedoszłego sprawcy – M.J.] różne, ale zmodyfikują swoje zdanie, gdy zdadzą sobie sprawę z jego konsekwencji [...]. Jeśli przyznamy, że sprawca i niedoszły sprawca są nierówni w naganności moralnej, wtedy pozwolimy by na odpowiedzialność moralną jednostki mógł wpływać, na przykład, nieprzewidywalny i niekontrolowalny lot zabłąkanego ptaka”, Sverdlik [1993] s. 181–182 (tłum. aut.).

²⁵ Zob. Nelkin [2008]; Statman [1993].

zdarzenia, to możemy również zadawać te same pytania dotyczące wpływu trafu na tę odpowiedzialność. Jeśli chodzi o *legal luck*, jego występowanie na gruncie odpowiedzialności prawnej jest niezaprzeczone. Prawny traf istnieje (w sensie deskryptywnym), gdyż odpowiedzialność prawna podmiotów jest faktycznie różnicowana ze względu na odmienności między nimi wynikające z czynników pozostających poza ich kontrolą. Nie chodzi tu tylko o praktykę stosowania prawa, ale również o zawartość norm abstrakcyjnych. David Enoch pisze:

Bez względu na to, że pomiędzy mordercą, a niedoszłym mordercą istnieje moralna różnica, występuje między nimi prawna różnica, powodzenie lub niepowodzenie usiłowania decydują o tym, za jakie przestępstwo jest się odpowiedzialnym [...]. Wszystkie przejawy wymogu związku przyczynowo-skutkowego – w prawie karnym i gdzie indziej – inkorporują element trafu. Dlatego obecność prawnego trafu nie może być poważnie kwestionowana²⁶.

Pozostaje jednak pytanie z zakresu normatywnej teorii prawa²⁷ – czy *legal luck* powinien istnieć w prawie? To pytanie otwarte, na które nie będę teraz szukał odpowiedzi, chciałbym natomiast zbadać, gdzie należy szukać rozwiązania tego problemu – na gruncie samego prawa czy też na gruncie moralności?

Pierwszym krokiem w tym kierunku jest zadanie pytania, jaka relacja łączy prawny traf z trafem moralnym. W mojej opinii, odpowiedzieć na nie można na trzy sposoby, a każdy z nich prowadzić będzie do różnych wniosków – stąd, by móc poważnie zastanawiać się nad prawnym trafem, konieczne jest opowiedzenie się wprawdzie za jedną z odpowiedzi. Pierwsza z nich (1) stanowi, że prawny traf i moralny traf to dwa analogiczne, ale jednak odmienne od siebie problemy. Analiza jednego niewiele powie nam o drugim, rozwiązanie zaś jednego nie prowadzi wprost do rozwiązania drugiego. Są one niezależne od siebie, więc rozważania nad prawnym trafem ograniczać się będą wyłącznie do sfery prawa. Druga odpowiedź (2) brzmi: prawny traf jest przeniesieniem problemu trafu moralnego do sfery prawa. *Legal luck* jest więc zależny od *moral luck*, rozwiązanie problemu moralnego trafu pozwoli bowiem rozwiązać problem prawnego trafu. Konsekwencją tego stanowiska jest odwołanie się w badaniach nad prawnym trafem do dyskusji nad moralnym trafem na gruncie etyki, tam bowiem należy szukać ostatecznego rozwiązania. Wreszcie ostatnia odpowiedź (3) jest przeciwstawna drugiej. Zgodnie z nią moralny traf to problem przeniesiony do moralności z innego porządku normatywnego, mianowicie prawa. W prawie często dokonujemy różnicowania

²⁶ Enoch [2010] s. 48 (tłum. aut.).

²⁷ W rozumieniu Van der Burga.

odpowiedzialności podmiotów ze względu na czynniki pozostające poza ich kontrolą, mechanizm ten zostaje zatem przeniesiony na grunt praktyki moralnej²⁸. Moim zdaniem, pomimo istnienia szeregu argumentów za i przeciw wszystkim odpowiedziom, najlepiej uzasadniona i najbardziej przekonująca jest ta druga. W dalszej części artykułu przedstawię zatem sformułowania wyżej wskazanych możliwości, skupiając się na dwóch pierwszych, zaprezentuję ich mocne i słabe strony, by ostatecznie opowiedzieć się, jednak nie bez zastrzeżeń, za zależnością *legal luck* od *moral luck*²⁹.

Sądzić można na pierwszy rzut oka, że problem *legal luck* to autonomiczny problem prawny, prawo bowiem jest porządkiem normatywnym różnym od moralności. Pogląd taki zgodny byłby ze wskazaną powyżej odpowiedzią (1) – że problemy moralnego i prawnego trafu to dwa różne problemy, a rozwiązanie jednego, nie implikuje wcale rozwiązania drugiego. Tak właśnie stawia sprawę Artur Ripstein w swym artykule „Closing the Gap”. Rozpoczyna on swoje rozważania od przedstawienia problemu prawnego trafu jako problemu sceptycyzmu, analogicznego do sceptycyzmu epistemicznego. W obu przypadkach punktem spornym jest przekonanie, że „wewnętrzne aspekty naszego życia są samoistne i mogą być zrozumiane oraz oceniane bez żadnego odniesienia do czegokolwiek zewnętrznego”³⁰. Poznając świat, jesteśmy w stanie odwołać się tylko i wyłącznie do przedstawień zawartych wewnątrz naszego umysłu, nie mamy jednak żadnej pewności, że faktycznie i poprawnie odzwierciedlają one zewnętrzną rzeczywistość. To, co pozostaje pomiędzy wewnętrznym a zewnętrznym aspektem podmiotu, stanowi lukę (*gap*). Pomędzy przypadkami pomysłnej percepcji i błędnej percepcji występują różnice, ale i podobieństwa. „Mówienie o tym, w jaki sposób rzeczy jawią się podmiotowi, może być przedstawione jako bardziej podstawowe niż mówienie o tym, jakie rzeczy są”³¹. Widzenie przeze mnie wieży i moje myślenie, że widzę wieżę, łączy to, że w obu przypadkach myślę, że widzę wieżę. To, co je odróżnia, jest czymś radykalnie zewnętrznym w stosunku do mojej myśli, a mianowicie rzeczywistym istnieniem wieży. Zewnętrzność obiektu myśli jest podstawą wątpliwości sceptyka.

Analogicznie jest z zagadkami dotyczącymi trafu (*luck puzzles*) w prawie (Ripstein zajmuje się tylko problemem trafu rezultatu). Sytuacje Pelagiusza i Au-

²⁸ Nelkin [2008].

²⁹ Odpowiedź (3), choć intrygująca, podzielana jest przez nielicznych jedynie autorów, co sprawia, że znajduje się ona na marginesie debaty. Niewątpliwie warta jest ona większej uwagi, jednak na potrzeby spójności tegoż artykułu, powstrzymam się na razie od jej analizy.

³⁰ Ripstein [2008] s. 62 (tłum. aut.).

³¹ Ibidem, s. 67 (tłum. aut.).

gustyna niewątpliwie różnią się skutkami ich działań, ale mają również coś wspólnego – wewnętrzny wybór prowadzenia samochodu ze zbyt dużą, ryzykowną prędkością. Podobnie, choć skutek odróżnia dokonane przestępstwo od usiłowania³², oba czyny mają również coś wspólnego – wewnętrzny wybór dokonania czynu przez sprawcę. Żeby świadomie podjąć jakieś działanie, muszę wprawdzie dokonać wyboru zachowania się w taki sposób, to jednak, czy mi się powiedzie, zależy często od czynników zewnętrznych, niezależnych ode mnie. Jak pisze Ripstein: „Problem *moral luck* powstaje z myśli, że jedyną podstawą oceny działania danej osoby jest jej wybór dokonania tego działania”³³. Wybór będzie zatem kategorią pierwotną, decydującą dla odpowiedzialności sprawcy, konsekwencje tego wyboru zaś kategorią wtórną. Ponieważ wybór występuje w równej mierze zarówno w przypadku usiłowania, jak i dokonania, odpowiedzialność prawna sprawcy powinna być w tych przypadkach jednakowa.

Według Ripsteina, argumentów sceptycznych nie można odrzucić poprzez przedstawianie kontrargumentów, lecz poprzez pokazanie, że filozoficzne podstawy, na których opiera się sceptyk, są błędne.

Ci, którzy próbowali rozwijać postsceptyczne koncepcje poznania – szczególnie kantowscy i postkantowscy idealisci oraz ich sellarowscy spadkobiercy – nie próbowali odpowiadać sceptykowi na jego własnych warunkach albo pokazywać, że jego założenia są nie do przyjęcia. Zamiast tego zadowolili się odrzuceniem punktu wyjścia, który sceptyk uważa za coś oczywistego, oraz pokazaniem, że jego założenia nie są potrzebne³⁴.

Ripstein stara się stosować powyższą taktykę również w stosunku do sceptycyzmu związanego z *legal luck*. Odrzuca on zatem powyżej opisaną, naturalną z punktu widzenia Nagela, intuicję będącą jednocześnie założeniem leżącym u podstaw *luck puzzles*, że to wybór sprawcy jest kategorią pierwotną. Kanadyjski filozof deklaruje:

Zadowolę się pokazaniem, że pozorna naturalność punktu wyjścia jest mylącą osłoną tego, co ostatecznie okazuje się być sztuczną, barokową konstrukcją. Jest bardziej bezpośredni i wiarygodny sposób myślenia o pytaniach, które dają począ-

³² Rozważany jest tu tylko i wyłącznie przypadek usiłowania ukończonego, które jednak nie zakończyło się zamierzonym skutkiem z racji czynników leżących poza kontrolą sprawcy – np. przestępca oddaje strzał w kierunku ofiary, jednak wiatr zmienia tor lotu pocisku.

³³ Ibidem, s. 62 (tłum. aut.).

³⁴ Ibidem, s. 66 (tłum. aut.).

tek światopoglądowi sceptyka i jeśli myślimy w taki sposób, sceptyczne wątpliwości po prostu nie powstają³⁵.

Będzie on starał się pokazać, że to „pojęcie kompletnej szkody jest podstawowe, a aspekt ludzkich interakcji na którym skupia się sceptyk – naganność i szkodliwość – są wtórne”³⁶.

Kolejnym założeniem filozoficznym, które Ripstein uważa za przyczyniające się do powstania wątpliwości sceptycznych, a więc błędne, jest instrumentalne traktowanie myśli w epistemologii, a norm prawa deliktów i prawa karnego na gruncie prawa:

Sceptycyzm epistemologiczny bierze swoją siłę z idei, że myśl jest instrumentem do reprezentowania świata poza nią, ale niczego mu nie zawdzięcza, chyba że przypadkowo. Prawne wątpliwości dotyczące trafu biorą swoją siłę z podobnej idei, że odpowiedzialność za czyn niedozwolony i kara są sankcjami, to znaczy, że są instrumentami osiągnięcia celów moralnych, które mogą być osiągnięte w pełni niezależnie od tychże instrumentów³⁷.

Nie będę odnosił się do sposobu, w jaki postkantyści starali się ostatecznie z problemem sceptycyzmu epistemicznego, lecz tylko do przyjętej przez Ripsteina nieinstrumentalnej koncepcji prawa. Zakłada ona, że prawo nie jest narzędziem do realizacji moralnych celów, jest natomiast „systemową realizacją równej wolności gwarantowanej przez wzajemne (i przymusowe) ograniczenia”³⁸. Nie ma sensu pytać o zewnętrzne moralne granice prawa, gdyż samą jego istotę konstituuje wewnętrzna moralna granica, którą można chyba najtrafniej określić jako zasadę moralności politycznej, jaką jest takie ograniczenie wolności jednostki, by pozostawiała ona miejsce dla realizacji wolności innych jednostek. Ripstein zauważa, że nie każdy system prawny w sposób idealny realizuje równą wolność, jednak bez tego warunku stosowanie przymusu przez państwo byłoby arbitralne. Realizacja równej wolności jest zatem konieczna, by pogodzić wolność jednostki i możliwość ingerowania w nią przez państwo w sposób legitymizowany.

³⁵ Ibidem (tłum. aut.).

³⁶ Ibidem, s. 64 (tłum. aut.).

³⁷ Ibidem, s. 68 (tłum. aut.).

³⁸ Ibidem, s. 69 (tłum. aut.).

Świat ludzkich działań jest niezależny od jego regulacji prawnej [...]. Prawo nie odnosi się do myśli leżącej u podstaw działania lub do jego konsekwencji, ale raczej do jego specyficznie prawnej charakterystyki³⁹.

Oznacza to, że prawo jest tylko pewną klasyfikacją nakładaną na ludzkie zachowania. System prawa jest obojętny wobec czynów moralnie złych lub nagannych, ponieważ odnosi się wyłącznie do tych, które naruszają równą wolność obywateli. Te dwa zakresy mogą się pokrywać, ale wyłącznie przypadkowo, gdyż nie ma pomiędzy nimi żadnego związku.

Ripstein szczegółowo omawia dwie dziedziny prawa niezwykle istotne w dyskusji nad trafem prawnym, które dotyczą przypisywania podmiotom odpowiedzialności za pewne działania – prawo deliktów oraz prawo karne materialne. Odmawia on im funkcji instrumentu realizacji jakichkolwiek zewnętrznych celów moralnych, mają one jedynie wspierać system równej wolności. Obie dziedziny prawa regulują korzystanie ze środków, za pomocą których jednostki realizują swoje cele w ramach własnej wolności. Jak chodzi o odpowiedzialność za czyn niedozwolony to według Ripsteina:

Prawo [...] reguluje uprawnienia każdej osoby do wykorzystania swojego władztwa w taki sposób, jaki uzna ona za stosowny, zgodnie z uprawnieniem innych do czynienia tego samego. Uprawnienie każdego człowieka do korzystania ze swoich środków generuje całkowity zakaz używania innej osoby lub obcej własności bez zgody jednostki [...]. Każdy człowiek jest zobowiązany do odstąpienia od korzystania ze swoich środków w sposób, który szkodzi środkom innych⁴⁰.

Odpowiedzialność deliktowa ma za zadanie chronić prawa podmiotowe jednostek – na przykład prawo własności czy nietykalność cielesną – które składają się na sferę wolności człowieka, a inne osoby, realizując swoją wolność, nie mogą tej sfery naruszać. Jak wskazuje Ripstein:

Prawo prywatne skupia się po prostu na bezpieczeństwie środków danej osoby – zwłaszcza sił ciała oraz własności – do ustanawiania i realizacji takich celów jakie jej pasują, zgodnych z uprawnieniem innych do czynienia tego samego⁴¹.

Nie wszystkie jednak zachowania naruszające sferę wolności jednostki mogą być uznane za czyny niedozwolone. Za takie można jedynie uznać te, będące „wyni-

³⁹ Ibidem, s. 70 (tłum. aut.).

⁴⁰ Ibidem, s. 77 (tłum. aut.).

⁴¹ Ibidem, s. 75 (tłum. aut.).

kiem niebezpiecznego zachowania, które przekracza poziom ryzyka nieuchronnie podejmowanego we wzajemnych stosunkach”⁴². Życie w społeczeństwie wymaga wzajemnych interakcji podmiotów, a to nierozłącznie wiąże się ze zderzeniami sfer wolności jednostek oraz podejmowaniem zachowań nieprzekraczających pewnego poziomu ryzyka. Ripstein przytacza w tym miejscu słynne stwierdzenie Lorda Reida mówiące o „zatłoczonych warunkach współczesnego życia” (*crowded conditions of modern life*)⁴³. Ripstein tłumaczy, że

[...] samo wystąpienie szkody nie jest, jako takie, sprzeczne z równą wolnością. Standard staranności jest obiektywny, gdyż pozwala on każdej osobie podejmować w stosunkach z innymi ten sam poziom ryzyka, jaki inni podejmują w stosunku do nich⁴⁴.

Do popełnienia czynu niedozwolonego jest zatem konieczne przekroczenie obiektywnej granicy ryzyka, umyślnie bądź nieumyślnie – poprzez lekkomyślność bądź niedbalstwo. Zachowania mieszczące się w ramach tej granicy są tylko normalnymi sposobami korzystania przez człowieka z jego wolności.

Przekraczanie dozwolonej granicy ryzyka nie jest jednak według Ripsteina jedynym warunkiem zaistnienia czynu niedozwolonego. Konieczne jest jeszcze naruszenie prawa podmiotowego jednostki i nie wystarczy sama groźba jego naruszenia. Wracając do wyżej wspomnianego przykładu z Pelagiuszem i Augustynem, należy zauważyć, że jakkolwiek zachowania obu są identyczne, to jedynie zachowanie pierwszego, a więc potrącenie dziecka, narusza czyjeś prawo podmiotowe, w tym przypadku prawo do życia. Podejmowanie nadmiernego ryzyka przez Augustyna, choć wychodzi ponad miarę ryzyka „dnia codziennego” i jest jednocześnie moralnie złe, nie narusza niczyjego prawa podmiotowego, zatem nie jest istotne dla odpowiedzialności za czyn niedozwolony. Jak zauważa Ripstein:

Niestaranność bez szkody nie angażuje twojego prawa, gdyż system równej wolności chroni twoje prawo do dalszego posiadania tego co twoje i nie nakłada żadnego ograniczenia na zachowanie innych oprócz twoich korzyści w równej wolności⁴⁵.

⁴² Ibidem, s. 76 (tłum. aut.).

⁴³ Ibidem (tłum. aut.).

⁴⁴ Ibidem (tłum. aut.).

⁴⁵ Ibidem (tłum. aut.).

Podsumowując, czyn niedozwolony, według Ripsteina, to zachowanie, które spełniać musi dwa warunki. Po pierwsze, podmiot, realizujący swoją wolność w stosunku do wolności innych podmiotów, musi podejmować ryzyko wyższe niż obiektywnie akceptowane, oraz po drugie, zachowanie musi naruszać prawo podmiotu, nie może jedynie zagrażać prawu podmiotu. Nie ma tu miejsca na prawny traf, gdyż

[...] człowiek jedynie nieostrożny nie narusza żadnego prawa i chociaż osoba jedynie nieostrożna i osoba nieostrożna, która wyrządziła szkodę są do siebie podobne pod pewnymi względami, to jednak nie prawnie relewantnymi. Charakterystyczne dla nieostrożnej osoby, która wyrządziła szkodę jest to, że naruszyła ona prawa powoda⁴⁶.

Całkowicie inną funkcję w ripsteinowskim systemie prawa realizującym zasadę równej wolności pełnią normy prawa karnego. Nie dotyczą one praw i swobód jednostki, to jest bowiem dziedzina zainteresowania prawa deliktów. Wciąż jednak nie realizują one żadnych moralnie zewnętrznych celów, to znaczy nie karzemy sprawcy za to, że popełnił naganny moralnie czyn albo że jest złym człowiekiem. Wskazuje na to chociażby fakt, że nie wszystkie zachowania moralnie potępiane są również karane przez prawo. Jakie jest zatem *ratio* prawa karnego? Państwo, korzystając ze swojego autorytetu, zakazuje korzystania z pewnych narzędzi (pojęcie to jest tu bardzo szeroko rozumiane, oznacza środki mające pomóc w osiągnięciu danego celu), które mogą służyć do naruszania wolności jednych podmiotów przez inne. Sprawca, który używa narzędzia zakazanego przez prawo karne, np. usiłuje włamać się do mieszkania, prowadzi samochód po spożyciu alkoholu lub strzela do swojej ofiary, pokazuje, że można lekceważyć prawo, a więc jednocześnie autorytet państwa. Ripstein pisze:

Państwo jest zainteresowane przestępstwem, gdyż przestępca nie tylko wyrządza szkodę ofierze, ale także, przez świadome podjęcie zakazanego czynu, działa on w sposób sprzeczny z bardziej generalnym roszczeniem prawa do kierowania postępowaniem. Czyniąc to, przestępca działa w sposób sprzeczny z uprawnieniem państwa do ustanawiania ograniczeń na używanie siły [realizowanego – M.J.] przez zakazywanie pewnych działań⁴⁷.

⁴⁶ Ibidem, s. 79–80 (tłum. aut.).

⁴⁷ Ibidem, s. 85 (tłum. aut.).

Chcąc przywrócić swój nadszarpnięty autorytet, państwo stosuje przymus i karze obywateli sięgających po zakazane narzędzia. „Odszkodowania podtrzymują prywatne prawa poprzez przywracanie ich; kara podtrzymuje uprawnienie państwa do zakazywania przez przywracanie go”⁴⁸.

Przestępca karany jest więc dlatego, że złamał normę prawa. Często jest tak, że korzystanie z narzędzi zakazanych przez prawo jest również naganne moralnie, jednak nie musi tak być, skoro odpowiedzialność moralna nie przekłada się na odpowiedzialność prawną. Jeśli istniałyby takie środki do osiągnięcia pewnych celów, z których korzystanie które jest moralnie neutralne, a nawet pozytywnie oceniane, a zagrażają one systemowi równej wolności i pozwalają jednym podmiotom naruszać sferę wolności innych podmiotów, państwo może zakazać korzystania z nich. Jeśli dokonanie czynu będącego naruszeniem prawnego zakazu korzystania z jakiegoś narzędzia jest kategorią podstawową, to usiłowanie tego czynu będzie kategorią wtórną. Oba są karane, bo oba są użyciami zakazanego przez prawo środka, usiłowanie będzie natomiast karane lżej, gdyż wywołuje mniejsze skutki niż dokonanie. Problem prawnego trafu w tym miejscu również się nie pojawia.

Izraelski filozof, Daniel Statman, zarzucił powyższej koncepcji trzy istotne błędy. Dwa z nich odnoszą się do niewłaściwego i prowadzącego do paradoksów rozumienia przez Ripsteina pojęć czynu niedozwolonego i przestępstwa, a co za tym idzie celów prawa deliktów i prawa karnego⁴⁹. W tym miejscu jednak zajmę się wyłącznie argumentem trzecim. Najpierw przedstawię jednak inną wizję relacji pomiędzy prawnym a trafem moralnym, która realizuje odpowiedź (2), a więc utrzymującą, że *legal luck* to w istocie problem *moral luck* przeniesiony na grunt prawa. Jej autorem jest inny, wspomniany wyżej, David Enoch, który wskazuje, że na gruncie filozofii prawa karnego wyodrębnić można stanowisko silnego retributywizmu, zakładające, że stopień odpowiedzialności karnej odpowiada wyłącznie naganności moralnej (*blameworthiness*) czynu. Jak twierdzi Enoch:

Po pierwsze, oznacza to, że nikt nie powinien być karnie odpowiedzialny za coś, za co również nie jest odpowiedzialny moralnie, oraz po drugie, odpowiednia kara powinna być proporcjonalna wyłącznie do stopnia naganności moralnej⁵⁰.

Skrajny retributywizm wydaje się jednak zbyt radykalny, dlatego Enoch odrzuca go i zastępuje miękkiem stanowiskiem retributywistycznym, które głosi,

⁴⁸ Ibidem, s. 83 (tłum. aut.).

⁴⁹ Zob. Statman [2008] s. 13–16.

⁵⁰ Enoch [2008] s. 32 (tłum. aut.).

że odpowiedzialność karna powinna odzwierciedlać między innymi naganność moralną, jednak nie wyłącznie. Jak pisze izraelski filozof, teza taka jest do przyjęcia nawet przez konsekwencjonalistów⁵¹. Naganność moralna nie jest jednak tylko jednym z wielu aspektów branych pod uwagę przy przypisywaniu odpowiedzialności karnej, jest czynnikiem zasadniczym.

Enoch, posługując się obrazową analogią, stara się pokazać, że moralna naganność jest zawsze czynnikiem pozytywnie relewantnym, który brany jest pod uwagę przy przypisywaniu odpowiedzialności karnej⁵². Analogia dotyczy oceniając prac pisemnych przez nauczyciela. Podstawowym aspektem takiej oceny jest wartość intelektualna pracy. Jest ona pozytywnie relewantnym czynnikiem wpływającym na ocenę, to znaczy, że jeśli nauczyciel otrzyma dwie jednakowe pod względem poziomu intelektualnego prace, to powinien ocenić je jednakowo. Jest to jednak racja *pro tanto*, to znaczy, że może znaleźć się dostatecznie silny inny powód, który przeważy i spowoduje zróżnicowanie oceny. U podstawy jednak zawsze znajduje się powód *pro tanto* uzasadniający identyczną ocenę⁵³. Zgodnie z tezą umiarkowanych retributywistów moralna naganność jest pozytywnie relewantna dla odpowiedzialności karnej i znajduje się ona u jej podstawy. Gdy sędzia ocenia dwa czyny, których moralna naganność jest identyczna, ma on silną rację ku temu, by przypisać obu sprawcom jednakową odpowiedzialność karną, ale jest to jednak tylko racja *pro tanto*. Może się bowiem okazać, że znajdą się dostatecznie silne argumenty, by zróżnicować odpowiedzialność obu sprawców. Według Enocha jednak zawsze na początku tożsamość moralnej naganności będzie implikowała tożsamość odpowiedzialności karnej⁵⁴, a różnicowanie odpowiedzialności osób w podobny sposób odpowiedzialnych moralnie jest z góry wątpliwe i wymaga dobrego uzasadnienia⁵⁵.

Brian Rosebury podaje w swym artykule przykładowe czynniki decydujące o zróżnicowaniu odpowiedzialności karnej w przypadku tożsamej odpowiedzialności moralnej. Może to być prewencja generalna, zabezpieczenie praw obywatelskich czy efektywności egzekwowania prawa⁵⁶. Czynniki te mogą wpływać na zróżnicowanie odpowiedzialności karnej tylko do pewnego stopnia, nie mogą zaś występować samoistnie przy braku jakiegokolwiek naganności moralnej. Gdyby

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, s. 34.

⁵³ Ibidem, s. 35.

⁵⁴ Ibidem, s. 36.

⁵⁵ Ibidem, s. 38.

⁵⁶ Rosebury [1995] s. 5211.

ktoś został uznany odpowiedzialnym karnie za czyn, za który nie ponosi żadnej moralnej odpowiedzialności, uznalibyśmy zapewne, że prawo karne zostało tu zastosowane niesprawiedliwie. Co jednak z gałęziami prawa innymi niż prawo karne, gdzie mógłby występować traf moralny? Enoch wskazuje, że istnieją silne argumenty za tym, by przyjąć, że zależność odpowiedzialności prawnej od odpowiedzialności moralnej nie występuje tylko na gruncie prawa karnego, ale także na gruncie prawa kontraktów⁵⁷ czy prawa czynów niedozwolonych⁵⁸. Pozwala mu to uogólnić rozumienie moralności jako racji *pro tanto* na grunt prawa jako takiego.

Wciąż jednak wielu filozofów i prawników nie uznaje nawet słabego retributywizmu Enocha za słuszną teorię kary⁵⁹. Stopień kontrowersji niewątpliwie wzrasta przy próbie zastosowania powyższej koncepcji do prawa deliktów, a szczególnie dobitnie uwidacznia się przy zastosowaniu jej do prawa kontraktów oraz przy rozszerzaniu jej na prawo w ogólności. Nie jest jednak moim celem ani obrona twierdzeń Enocha, ani szukanie słuszniejszej koncepcji winy i kary. Chciałbym ograniczyć się do postawienia o wiele skromniejszej tezy, zakładanej przez Enocha, tzn. że odpowiedzialność prawna powinna, z punktu widzenia moralności, odzwierciedlać odpowiedzialność moralną. Jeśli przyjmiemy pozytywi-styczną tezę o rozdziale, głoszącą, że nie istnieje konieczny związek pomiędzy prawem a moralnością, a nawet jeśli przyjmiemy twardą wersję pozytywizmu w stylu Josepha Raza, która głosi, że „względy moralne nie są jednymi z warunków istnienia lub obowiązywania prawa”⁶⁰, nie sposób zaprzeczyć, że prawo może być oceniane z moralnego punktu widzenia⁶¹.

Powrócić można w tym miejscu do ostatniego argumentu krytycznego Statmana wobec koncepcji Ripsteina. Zarzuca on kanadyjskiemu filozofowi, że traf jest niepokojący dla prawa, dlatego, iż patrzymy na prawo przez pryzmat naszych moralnych pojęć, na które mocny wpływ wywarła kantowska, wolna od trafu, tradycja moralna⁶². Przede wszystkim różnicowanie odpowiedzialności dwóch podmiotów, których sytuacja różni się jedynie czynnikami pozostającymi poza ich kontrolą, wydaje nam się często po prostu niesprawiedliwe, bez względu na to czy mówimy o odpowiedzialności karnej za czyn niedozwolony, czy nawet

⁵⁷ Enoch [2008] s. 37.

⁵⁸ Zob. Waldron [1997].

⁵⁹ Zob. Duff [2008].

⁶⁰ Giudice [2009] (tłum. aut.).

⁶¹ Lyons [1984] s. 65–67.

⁶² Statman [2008] s. 13

moralnej. Jak zauważył Daniel Statman, zasada kontroli stanowi jeden z fundamentów naszej moralności. Biorąc pod uwagę, że w naszym życiu czujemy powinność przestrzegania zarówno prawa jak i moralności, nie chcielibyśmy stawać w sytuacji konfliktu, gdy będziemy zmuszeni wybierać pomiędzy obowiązującą nas normą moralną a normą prawną. Jest to zresztą zjawisko szersze, czujemy również powinność przestrzegania norm innych systemów normatywnych – religii czy etyk zawodowych. Zdarzające się pomiędzy nimi sytuacje konfliktu, wywołują u nas dyskomfort i poczucie rozdarcia, którego chcielibyśmy uniknąć. Mam wrażenie, że charakter norm prawnych, przejawiający się przede wszystkim w dokładnie określonej procedurze zmiany, która w systemach demokratycznych zapewnia realny wpływ społeczeństwa na kształt prawa, sprawia, że jesteśmy raczej skłonni dostosowywać normy prawne do norm moralnych, religijnych czy innych niż odwrotnie. Dobrym przykładem takiej praktyki są klauzule sumienia w prawie. Normy prawne zmienia się o wiele prościej niż konwencjonalne normy społeczne, których zmiana nie dokonuje się za pomocą decyzji legitymowanego ciała, lecz za pomocą ewolucyjnych i często długotrwałych zmian zachodzących w kulturze i w społeczeństwie.

Wizja nieinstrumentalnego prawa przedstawiona przez Ripsteina jest w mojej ocenie całkowicie nieprzekonująca. Przede wszystkim, choć autor nie pisze tego wprost, jego tekst stanowi próbę pokazania pewnego rodzaju koniecznego związku prawa i moralności. Uznaje on bowiem zasadę równej wolności za moralne ograniczenie prawa, choć tylko wewnętrzne.

Zamiast pytać „jakie moralne ograniczenia limitują używanie prawa w osiągnięcia społecznie przydatnych celów?”, podejście kantowskie uznaje ograniczenia prawa jako takie za już moralne, w formie warunków wolności każdej osoby dla tworzenia przestrzeni dla innych cieszenia się taką samą wolnością⁶³.

Pisząc, że „To, że prawo to [tj. realizuje zasadę wolności – M.J.] robi, nie znaczy wcale, że każdy (a właściwie żaden) system prawny robi to doskonale”⁶⁴, Ripstein wydaje się świadomy, że nie każdy system prawny realizuje zasadę równej wolności. Jeśli mogą istnieć normy prawne, które nie wypełniają w pełni zasady równej wolności, oznaczać to powinno, że zasada równej wolności nie jest elementem konstytuującym normę prawną. Czy jednak system, który składałby się w większości z norm niesłużących zasadzie równej wolności, wciąż byłby w rozumieniu Ripsteina systemem prawnym? Chyba nie, gdyż wskazuje on jednocześnie, że

⁶³ Ripstein [2008] s. 69 (tłum. aut.).

⁶⁴ Ibidem (tłum. aut.).

[...] podstawowym warunkiem zrozumienia uzasadnienia użycia siły przez państwo jest to, by siła ta była gwarancją systemowej równej wolności, gdyż to jest stan, w którym użycie siły jest zgodne z wolnością, każde inne użycie jest arbitralne z punktu widzenia tych, przeciw którym została użyta⁶⁵.

System taki byłby systemem, który nie respektowałby zasady równej wolności, byłby instrumentem do osiągnięcia jakiegoś innego celu, a wtedy nie posiadałby własności bycia nieinstrumentalnym, która jest przecież podstawowa dla rozumienia prawa przez Ripsteina.

Co więcej, bardzo łatwo wyobrazić sobie system prawny, który nie realizuje zasady równej wolności, a jedynie interesy pewnej silnej grupy społecznej, dyktatora czy partii. Prawo w takim systemie jest wykorzystywane instrumentalnie, a do realizacji określonych celów stosuje się przymus państwowy⁶⁶. Ripstein stwierdziłby po prostu, że przymus taki jest arbitralny. Czy jednak jest to przymus bezprawny? Czy system taki nie byłby już systemem prawnym? Twierdzenie takie prowadziłoby do konieczności zmierzenia się po raz kolejny z kontrargumentami, które napotkali Radbruch czy Fuller. Bardziej przekonujące byłoby przyjęcie, że prawo jest po prostu instrumentem do realizacji zasady równej wolności. W takim jednak wypadku traci ono swój nieinstrumentalny charakter. Zasada równej wolności nie jest żadnym wewnętrznym, lecz po prostu zewnętrznym moralnym celem prawa. To powoduje, że problem luki między prawem a moralnością, który Ripstein tak mocno próbuje zwalczać wciąż pozostaje nierozwiązany. Instrumentalność bądź nieinstrumentalność jest jednak ostatecznie najistotniejszą własnością prawa rozstrzygającą o problemie trafu prawnego.

Jeśli dana norma prawna nie jest zgodna z moralnymi oczekiwaniami wobec niej, nie mówimy, że traci ona swój prawny charakter, lecz wyrażamy wobec niej negatywną ocenę moralną *de lege ferenda*, która doprowadzić może do zmiany tej normy. W przypadku prawa karnego norma nakazująca przypisywanie odpowiedzialności karnej osobom, które nie ponoszą odpowiedzialności moralnej, albo przypisująca odpowiedzialność karną całkowicie nieproporcjonalnie do odpowiedzialności moralnej, prawdopodobnie zostałaby uznana za niesprawiedliwą i niedopuszczalną we współczesnym państwie prawa. W zależności od systemu prawa, postulat taki może mieć różne skutki, między innymi może być racją dla ustawodawcy do zmiany stanu prawnego. Na pierwszy rzut oka wydaje się to tezą dość trywialną, niemal nikt nigdy nie negował bowiem tego, że prawo może

⁶⁵ Ripstein [2008] s. 69–70 (tłum. aut.).

⁶⁶ Zob. Kramer [2005] s. 184–186.

być oceniane pod kątem moralnym. W przypadku trafu prawnego zależność taka nie jest jednak trywialna. Jej istnienie sprawia bowiem, że rozwiązanie problemu *legal luck* zależy od rozwiązania problemu trafu moralnego. Jeśli bowiem rozważamy kwestię odpowiedzialności prawnej dwóch podmiotów, których sytuacja prawna różni się tylko czynnikami od nich niezależnymi, i uznajemy, że *moral luck* nie jest moralnym problemem, nie mamy powodu, by krytykować zróżnicowanie odpowiedzialności prawnej, a więc *legal luck*, z punktu widzenia moralności. Jeśli jednak *moral luck* jest istotnym moralnym problemem, a więc nie akceptujemy różnego traktowania podmiotów ze względu na czynniki pozostające poza ich kontrolą, wydaje się, że mamy dobrą rację negatywnie oceniać normę prawną, która pozwala na podobne różnicowanie odpowiedzialności prawnej. Może okazać się, że jest to, jak u Enocha, tylko racja *pro tanto*, a jednocześnie znajdziemy inne, ważniejsze, pozamoralne racje, które pozwolą nam akceptować prawny traf. W takim wypadku jednak niezgodność *legal luck* z moralnością nie zniknie, a jedynie zejdzie na dalszy plan i stanie się nieistotna.

Rozważania powyższe rozpocząłem od przedstawienia problemu trafu moralnego jako konfliktu pomiędzy dwiema intuicjami, które odnaleźć możemy w codziennych praktykach moralnych. Z jednej strony podstawą naszych sądów moralnych jest zasada kontroli, stanowiąca, że jednostka nie może być moralnie odpowiedzialna za coś, co nie podlega jej kontroli. Z drugiej strony często jednak różnicujemy odpowiedzialność jednostek ze względu na różnice w ich moralnej sytuacji, które pozostają poza ich kontrolą. Sprzeczność ta na gruncie etyki uznającej niesprzeczność za wartość naszych przekonań moralnych jest problematyczna i wymaga wyeliminowania. Podobną sytuację widzimy na gruncie prawa. Często stykamy się z przykładami różnicowania odpowiedzialności prawnej podmiotów ze względu na różnice w ich sytuacji moralnej pozostające poza ich kontrolą. Czy zatem problem *legal luck* jest tylko analogiczny w stosunku do problemu *moral luck*? Czy jego korzeni należy szukać na gruncie autonomicznego porządku normatywnego, jakim jest prawo? Czy wreszcie w ogóle możemy mówić o trafie prawnym jako o problemie, czy może jest to zjawisko, w przeciwieństwie do *moral luck*, całkowicie niekontrowersyjne?

Przedstawiłem różne możliwe propozycje dotyczące tego zagadnienia. Pierwsza, reprezentowana przez Arthura Ripsteina, głosi że prawo jest systemem całkowicie oddzielnym od moralności, a więc rozwiązania problemu *legal luck* nie należy szukać w moralności. Stanowisko to jest nie do przyjęcia. O wiele bardziej przekonująca jest druga koncepcja, autorstwa Davida Enocha, który głosi, wychodząc ze stanowiska słabego retributywizmu, że prawny traf to przeniesiony do prawa *moral luck*, a więc to w moralności należy szukać rozwiązania pro-

blemu tego pierwszego. Wedle mnie, *legal luck* to problem moralnej oceny prawa. Nie uważam, by prawo w jakikolwiek sposób było koniecznie związane z moralnością, twierdzą zaś tylko, że prawo może być oceniane z punktu widzenia moralności, jakiegokolwiek jego koncepcji byśmy nie przyjęli. A zatem, jeśli uznamy, że nie akceptujemy trafu na gruncie moralności, będziemy mieli silny moralny powód, by postulować *de lege ferenda* wyeliminowanie trafu z prawa, które nie spełnia naszych moralnych oczekiwań, chyba że znajdziemy inne, pozamoralne, argumenty przeważające racje moralne. Jeśli zaś stwierdzimy, że akceptujemy traf moralny, traf prawny będzie z punktu widzenia moralności bez zarzutu. Kierunek badań nad trafem prawnym został zatem powyżej określony.

Bibliografia

- Athanassoulis [2005] – Nafsika Athanassoulis, *Morality, Moral Luck and Responsibility*. *Fortune's Web*, Palgrave Macmillan, Hampshire 2005.
- Burg van der [1999] – Wibren van der Burg, *Two Models of Law nad Morality*, „Associations” 3 (1) 1999, s. 61–82.
- Cushman [2008] – Fiery Cushman, *Crime and punishment: Distinguishing the roles of causal and intentional analyses in moral judgment*, „Cognition” (108.2) 2008, s. 353–380.
- Duff [2008] – Anthony Duff, *Legal Punishment*, „Stanford Encyclopedia of Philosophy”, 2008, URL = <http://plato.stanford.edu/entries/moral-luck>.
- Enoch [2008] – David Enoch, *Luck Between Morality, Law and Justice*, „Theoretical Inquiries in Law” 9 (1) 2008, s. 23–60.
- Enoch [2010] – David Enoch, *Moral Luck and the Law*, „Philosophical Compass” 5 (1) 2010, s. 42–45.
- Giudice [2009] – Michael Giudice, *Joseph Raz's Legal Philosophy*, “IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law”, 2009, URL = http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy [10.01.2012].
- Kramer [2005] – Matthew Kramer, *Moral and Legal Obligation*, [w:] *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, red. Martin Golding, William, Edmundson, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, s. 179–190.
- McLaughlin, Bennet [2005] – Brian McLaughlin, Karen Bennet, *Supervenience*, „Stanford Encyclopedia of Philosophy”, 2005, URL = <http://plato.stanford.edu/entries/supervenience/> [18.04.2013].
- Nagel [1993] – Thomas Nagel, *Moral luck*, [w:] *Moral Luck*, red. Daniel Statman, State University of New York Press, Albany 1993, s. 57–71.
- Nelkin [2008] – Dana Nelkin, *Moral Luck*, „Stanford Encyclopedia of Philosophy”, 2008, URL = <http://plato.stanford.edu/entries/moral-luck> [10.01.2012].
- Nussbaum [1993] – Martha Nussbaum, *Luck and ethics* [w:] *Moral Luck*, red. Daniel Statman, State University of New York Press, Albany 1993, s. 73–108.

- Nussbaum [2001] – Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Ripstein [2008] – Arthur Ripstein, *Closing the Gap*, „Theoretical Inquiries in Law” 9 (1) 2008, s. 61–95.
- Rosebury [1995] – Brian Rosebury, *Moral Responsibility and „Moral Luck”*, „The Philosophical Review” 104 (4) 1995, s. 499–524.
- Statman [2008] – Daniel Statman, *Mind The Gap: A Reply to Ripstein*, „Theoretical Inquiries in Law” 9 (1) 2008, s. 12–16, URL = <http://philo.haifa.ac.il/staff/statman/pdf/Closing%20the%20Gap.pdf> [21.01.2012].
- Statman [1993] – Daniel Statman, *Introduction*, [w:] *Moral luck*, Daniel Statman (red.), State University of New York Press, Albany 1993, s. 1–34.
- Sverdlik [1993] – Steven Sverdlik, *Crime and Moral Luck*, [w:] *Moral luck*, Daniel Statman (red.), State University of New York Press, Albany 1993, s. 181–194.
- Thomson [1993] – Judith Jarvis Thomson, *Morality and Bad Luck*, [w:] *Moral luck*, Daniel Statman (red.), State University of New York Press, Albany 1993, s. 195–216.
- Waldron [1997] – Jeremy Waldron, *Moments of Carelessness and Massive Loss*, [w:] *Philosophical Foundations of Tort Law*, Owen (red.), Oxford University Press, USA 1997.
- Williams [1993] – Bernard Williams, *Moral Luck*, [w:] *Moral luck*, Daniel Statman (red.), State University of New York Press, Albany 1993, s. 35–55.