

22/2024

JURYSPRUDENCJA

Maciej Chmieleński

Kreacja prawa

Prawodawstwo
między społeczną
użytecznością
a rozsądną zgodą



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

JURYSPRUDENCJA

22/2024



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

22/2024

Maciej Chmieleński

Kreacja prawa

Prawodawstwo
między społeczną
użytecznością
a rozsądną zgodą



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Łódź 2024

Maciej Chmieleński (ORCID: 0000-0003-3664-0854) – Uniwersytet Łódzki
Wydział Prawa i Administracji, Katedra Doktryn Polityczno-Prawnych
90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), *Tomasz Bekrycht* (Uniwersytet Łódzki)
Bartosz Wojciechowski (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Robert Krason (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), *Luka Burazin* (Uniwersytet w Zagrzebiu), *Tomasz Gizbert-
-Studnicki* (Uniwersytet Jagielloński), *Mariusz Golecki* (Uniwersytet Łódzki), *Jack Hamlin*
(Uniwersytet w San Diego), *Małgorzata Król* (Uniwersytet Łódzki), *Grzegorz Leszczyński*
(Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Leszek Leszczyński* (Uniwersytet
Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), *José Aroso Manuel Linhares* (Uniwersytet w Coimbrze),
Anne-Liese Kjaer (Uniwersytet w Kopenhadze), *Tomasz Pietrzykowski* (Uniwersytet Śląski),
Radim Polčák (Uniwersytet Masaryka w Bernie), *Haroldas Šinkūnas* (Uniwersytet w Wilnie),
Marek Smolak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Tomasz Stawecki* (Uniwersytet
Warszawski), *Gülriiz Uygur* (Uniwersytet w Ankarze), *Anne Wagner* (Université
du Littoral Côte d'Opale), *Sylwia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Zajadło* (Uniwersytet
Gdański), *Wojciech Załuski* (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENCI

Jarosław Kostrubiec
Michał Urbańczyk

REDAKTOR INICJUJĄCA

Monika Borowczyk

REDAKCJA

Monika Poradecka

Publikacja jest udostępniona na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Użycie niekomercyjne-Bez
utworów zależnych 4.0 (CC BY-NC-ND)

Badania, których wyniki zawiera niniejsza praca są wynikiem projektu nr 2015/19/B/HS5/02522
finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

© Copyright by Maciej Chmieleński, Łódź 2024

© Copyright by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2024

<https://doi.org/10.18778/8331-530-0>

ISBN 978-83-8331-530-0

e-ISBN 978-83-8331-531-7

Spis treści

Podziękowania	7
Wstęp	9
1. Prawny kreacjonizm: istota współczesnego myślenia o prawie	21
2. Nominalizm i dwie koncepcje poznania. Epistemiczny punkt wyjścia aksjologii współczesnego prawodawstwa	33
2.1. Boska kreacja jako źródło bytu: supraracjonalność praw boskich	34
2.2. Poznawczy indywidualizm i subiektywizm	36
2.3. Wola jako źródło instytucji	37
2.4. Optymizm versus pesymizm poznawczy	40
2.4.1. Subiektywistyczna redukcja – Kartezjusz i Kant	43
2.4.2. Progres wiedzy i agregacja doświadczenia – Hobbes i Locke	51
2.5. Myślenie antydogmatyczne	61
2.5.1. Myślenie antydogmatyczne jako krytyka	61
2.5.2. Myślenie antydogmatyczne jako konsekwencja progresu wiedzy	64
3. Konstruktywizm i utilitaryzm: fundamenty współczesnego prawodawstwa	73
3.1. Konstruktywizm	75
3.1.1. Od-podmiotowa prawda: problematyzacja poznania	76
3.1.2. Od-podmiotowa wizja obiektywności – Nagel	79
3.1.3. Konstruktywizm moralny i prawny – Kant	85
3.1.4. Konstruktywizm polityczny – Rawls	88
3.1.5. Konstruktywistyczny fundament komunikacji – Habermas	97
3.1.6. Konstruktywizm jako źródło współczesnej legislacji – krytyka Hayeka	102
3.2. Utilitaryzm w szerokim rozumieniu	104
3.2.1. Oświecenie i utilitaryzm – maksymalizacja pożytku hedonistycznego	109
3.2.2. Inne dobra podlegające utilitarnej maksymalizacji	114
3.2.3. Wąskie versus szerokie rozumienie utilitaryzmu	117
3.3. Konstruktywizm i utilitaryzm jako dopełniające się dyrektywy legislacyjne	120
4. Etyczno-polityczne fundamenty współczesnego prawodawstwa: równa wolność, osoba, umowa społeczna	123
4.1. Filozoficzny anarchizm umowy społecznej jako konsekwencja odrzucenia dogmatyzmu	123
4.2. Władza prawodawcza – efekt ludzkiej kreacji	124

4.3. Wolność Wikinga a wolność w granicach wolności innych: dwie koncepcje wolności	125
4.4. Rozróżnienie racjonalności i rozumności jako fundament dwóch rodzajów wolności i dwóch koncepcji osoby	127
4.5. Kontraktarianizm a kontraktualizm: dwie wizje społecznego kontraktu.....	130
4.6. Kontrakt bazujący na wąskiej koncepcji osoby i utylitaryzmie w sensie szerokim – Hobbes, Gauthier	131
4.6.1. Antropologiczny pesymizm i idea moralnej próżni – Hobbes.....	132
4.6.2. Ograniczona maksymalizacja i problemy z naturalistycznym uzasadnieniem moralności – Gauthier.....	136
4.7. Kontrakt bazujący na szerokiej koncepcji osoby – Locke, Kant	149
4.7.1. Locke i uprawnienia naturalne	149
4.7.2. Umowa społeczna jako obowiązek wynikający z prawa rozumu – Kant	153
4.8. Teoretyczna racjonalność i praktyczna rozumność jako fundamenty społecznej kooperacji: prawo w świetle konstruktywistycznej syntezy Rawlsa	161
4.9. „Rachunek zgody”: teoria wyboru publicznego jako fundament syntezy konstruktywizmu i utylitaryzmu.....	173
4.10. Zgoda i użyteczność jako fundamenty tworzenia prawa.....	179
5. Polityczno-organizacyjne fundamenty kreacjonistycznego prawodawstwa: podział władzy, separacja prawa od moralności, demokracja.....	187
5.1. Separacja władzy prawodawczej: zabezpieczenie przed absolutyzmem władzy	188
5.2. Oddzielenie polityki od moralności oraz wyłączność legislacyjna suwerena: polityczny realizm (Machiavelli) i prawny etatyzm (Bodin).....	193
5.3. Oddzielenie prawa od moralności – Kant i twardy pozytywizm	197
5.3.1. Konstruktywizm jako podstawa oddzielenia prawa od moralności – Kant.....	198
5.3.2. Utylitaryzm jako podstawa oddzielenia prawa od moralności – Bentham i Austin.....	206
5.4. Demokracja między konstruktywistyczną deliberacją a utylitarystyczną agregacją	212
5.4.1. Konstruktywizm oraz demokracja deliberatywna i uczestnicząca – Rousseau ...	213
5.4.2. Utylitaryzm i demokratyczna agregacja – Bentham i Mill	220
5.4.3. Dochodzenie do porozumienia i negocjowanie interesów: istota demokratycznej legislacji – Habermas	222
5.5. Monizm, etatyzm i proceduralistyczny legalizm jako „baza organizacyjna” współczesnej legislacji	224
6. Indywidualistyczny nihilizm i państwo narodowe: radykalne dopełnienie oświecenia.....	229
6.1. Romantyczny indywidualizm i <i>creatio ex nihilo</i> : teologiczny paradygmat tworzenia prawa w ateistycznej i nihilistycznej odsłonie	230
6.2. Państwo narodowe: konstruktywistyczna synteza narodowej tożsamości i oświeceniowych wartości kosmopolitycznych.....	240
6.3. Romantyzm jako źródło prawnego kreacjonizmu.....	249
Konkluzje i postulaty. Wzmocnienie dyrektywy zachowawczej i tożsamościowej jako przywrócenie równowagi systemu opartego na jednostronnej swobodzie legislacyjnej kreacji.....	255
Bibliografia	263

Podziękowania

Na wstępie pragnę podziękować wszystkim osobom i instytucjom, które w rozmaity sposób wspierały mnie w przygotowaniu tej książki. Nie powstałaby ona bez wsparcia Narodowego Centrum Nauki, które kilka lat temu przyznało mi grant badawczy na badania nad zmianą prawa. Dzięki temu mogłem skorzystać z opinii wielu gremiów badawczych, bez których nie zdołałbym skomponować pracy bazującej na stosunkowo obszernym materiale. Szczególnie dziękuję uczestnikom naukowych warsztatów dotyczących zmiany prawa, które odbyły się kilka lat temu w Manchesterze w ramach konferencji MANCEPT i pozwoliły na przygotowanie pracy zbiorowej dotyczącej zmiany prawa, na którą wielokrotnie się tu powołuję. Spośród przyjaciół podziękowania należą się przede wszystkim współpracownikowi w projekcie – Michałowi Rupniewskiemu, na którego cenną wiedzę i wsparcie mogłem zawsze liczyć, przygotowując tę pracę. Tomaszowi Tulejskiemu dziękuję za dopingowanie mnie w pracach nad książką, natomiast Bartoszewi Wojciechowskiemu za wsparcie w końcowej fazie pracy nad nią. Podziękowania należą się wszystkim kolegom z Katedry Doktryn Polityczno-Prawnych Uniwersytetu Łódzkiego, którzy przez pół roku mojego naukowego urlopu zastępowali mnie podczas zajęć ze studentami, bym mógł ukończyć (zbyt) długo przeze mnie przygotowywaną pracę. Dziękuję też kolegom i przyjaciołom z Centrum Myśli Polityczno-Prawnej im. Alexisa de Tocqueville’a. Dzięki nim rozmaite wydarzenia organizowane przez Centrum stały się nie tylko merytorycznie bogatsze, ale też organizacyjnie łatwiejsze, co nie pozostało bez wpływu na prace nad książką. W końcu dziękuję mojej żonie Małgorzacie za to, że ze mną dzielnie wytrzymuje, mimo mojej izolacji od rodziny w trakcie przygotowywania tej książki. Książkę dedykuję moim ukochanym nieżyjącym już niestety Rodzicom – Zofii Chmielińskiej i Jerzemu Chmielińskiemu.

Wstęp

Prawo jest artefaktem, ważnym przejawem kultury. Jest ładem, dzięki któremu czujemy się bezpieczni, kosmosem będącym przeciwieństwem chaosu. Takie są nasze pierwotne, najdawniejsze wyobrażenia o prawie. Tym jest idea prawa, jaką możemy odczytać z najwcześniejszych pomników ludzkiej kultury, naszych wyobrażeń prawa boskiego, prawa naturalnego czy odwiecznych praw przyrody. Prawo cieszy się szczególnym autorytetem we współczesnych społeczeństwach demokratycznych. Jest bowiem dla nich źródłem prawowitej władzy, zastępując autorytet osoby autorytetem normy. Dzięki niemu możemy czuć się także obywatelami, a nie tylko poddanymi władzy. To już nie człowiek – monarcha, kapłan, urzędnik – jest dla nas punktem odniesienia, lecz bezosobowe prawo, któremu podlega też państwowy urzędnik. To ważne, doświadczenie podlegania prawu jest dziś bowiem bardziej powszechne niż niegdyś. W gęsto zaludnionym świecie, w którym niewiele jest już miejsc wolnych od ludzkiej władzy i ingerencji, prawo zyskuje coraz większe znaczenie.

Z tego wyłania się drugie oblicze tego kulturowego artefaktu: wszechobecność prawa. We współczesnych demokracjach prawo zaczyna bowiem towarzyszyć człowiekowi jeszcze przed jego narodzinami (przepisy dotyczące dziecka poczętego – tzw. *nasciturusa*) i towarzyszy mu nawet po śmierci (np. w postaci przepisów regulujących spadki). Prawo reguluje coraz więcej spraw naszego życia, które dotychczas pozostawały poza sferą jego zainteresowania. Za sprawą tego zjawiska staje się ono powszechne w dodatkowym, niezamierzonym sensie: rozrasta się nie tylko „jakościowo”, ale też ilościowo. Jest go coraz więcej, a dynamika jego zmian staje się coraz intensywniejsza. Kluczowego znaczenia dla demokratycznego prawa nabierają więc regulacja i legislacja, oznaczające celowe kreowanie prawa lub inkorporowanie do prawa obowiązujących wzorców normatywnych. W ten sposób demokratyczne prawo okazuje się przede wszystkim produktem regulacji i legislacji, i jest utożsamiane z efektami ich działania.

Nie dziwi więc, że we współczesnych państwach demokratycznych niezwykle często spotykamy się z konstatacją, że prawa tworzymy zbyt wiele. Zjawisko to, określane mianem inflacji, a czasem wręcz hiperinflacji prawa, sprawia bowiem, że fundamentalne wartości, takie jak pewność prawa czy jego trwałość, stają się w istocie tylko postulatami dawno nieżyjących teoretyków i filozofów. Innymi słowy, wyobrażenie prawa jako istoty ładu będącego źródłem poczucia egzystencjalnego bezpieczeństwa niepostrzeżenie przekształca się w swoje przeciwieństwo, stając się synonimem chaosu, zagrożenia, lęku przed nieznanym.

Jako wynik ekscesywnej legislacji staje się ono podobne „niezbadanym” boskim wyrokom, które jednak – wskutek nieodwracalnej utraty metafizycznej więzi z wyobrażeniem bytu absolutnie dobrego i szlachetnego – stały się źródłem egzystencjalnego lęku przed naruszeniem nieznanych przepisów stanowionych przez złą władzę po to, by naszym kosztem chronić jej tajemnicze interesy. Trudno mówić nie tylko o poczuciu bezpieczeństwa, ale i o praworządności, skoro prawo zmienia się tak dynamicznie, iż obywatele nie są w stanie choćby ogólnie zaznać się z jego treścią, nie mówiąc już o jego zrozumieniu. Zjawisko współczesnej jurydyzacji rozmaitych dziedzin życia społecznego¹ w połączeniu z inflacją prawa prowadzi do demokratycznego „łagodnego despotyzmu”², a nawet do „demokratycznego totalitaryzmu”³. Legislacja, dotycząca tak wielu sfer społecznego życia, staje się bowiem polem politycznej i ideologicznej walki, realizowania partykularnych interesów, eliminowania i osłabiania politycznych przeciwników, wprowadzania totalitarnych rozwiązań. Często staje się ona podobna polityce, która kieruje się logiką wyborczych kampanii i politycznej walki, emocjami i demagogią, nie zaś publicznym dobrem i sprawiedliwością. Demokratyczny prawny ład może stać się źródłem totalitarnej opresji także dlatego, że stoi za nim dążenie do skonstruowania idealnego społeczeństwa. Dążenie to ma w księdze historii wiele mrocznych kart.

Dlatego fundamentalnym pytaniem, jakie sobie stawiam w tej pracy i na które poszukuję w niej odpowiedzi, jest pytanie o to, co sprawiło, że legislacja stała się współcześnie tak istotna dla prawa i z czego wynika ta jej dynamika, która sprawia, że prawo z synonimu kosmosu mogło się współcześnie przekształcić w coś wręcz przeciwnego. Ciekawi mnie, dlaczego we współczesnych społeczeństwach demokratycznych, optymistycznie zakładających zastąpienie autorytetu osobowego autorytetem prawa, musimy się zastanawiać nad „prawem człowieka do pewności prawa”⁴ i z czego wynika ogromna, niepowstrzymana dynamika współczesnej legislacji, kolonizującej czy raczej „pożerającej” coraz to nowsze dziedziny naszego życia i produkującej coraz więcej nowych przepisów.

Odpowiedzi na te pytania są trudne, a być może w ogóle niemożliwe ze względu na szerokość badanej materii oraz brak instrumentów dla zadowalającego jej zbadania. Nie da się ich odnaleźć przez proste analizowanie trybu legislacyjnego i procedur prawodawczych w różnych krajach demokratycznych, porównywanie

¹ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. II, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 659.

² A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2005, s. 664.

³ J.L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Mercury Books, London 1919, s. I–III.

⁴ J. Tryzna, *Is the Principle of Legal Certainty a Human Right? The Legitimacy of the Retroactive Application of Laws*, [w:] M. Chmieleński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London–New York 2020, s. 234–249.

ich i wyciąganie wniosków. Oczywiście, otrzymamy wówczas odpowiedź o charakterze doraźnym, dotyczącą działania tych procedur, ale na pytanie o przyczyny dynamiki legislacyjnej w ogólności raczej sobie nie odpowiemy. Pogłębiając te pytania, możemy zastanawiać się nad historią zjawiska legislacji, związanego z ruchem kodyfikacyjnym, powstaniem państwa narodowego, któremu potrzebne było narodowe prawo, wykorzystaniem prawa rzymskiego bądź kodyfikacji justyniańskiej. Z historii tych instytucji dowiemy się, że wspomniany rozwój instytucjonalny sprawił, iż prawa było potrzeba coraz więcej, wobec czego legislacja stawała się coraz ważniejsza. To bez wątpienia prawda, ale historycznym zjawiskom będącym przejawem rozwoju legislacji i kolonizacji życia społecznego przez prawo towarzyszy przede wszystkim pewien charakterystyczny sposób myślenia, którego nie da się wytłumaczyć, odwołując się wyłącznie do analizy historyczno-prawnej czy badania trybu ustawodawczego. Ten sposób myślenia chciałbym przynajmniej spróbować zrekonstruować, sięgając do filozofii jako tej dziedziny kultury, która zajmuje się głównie myśleniem, nawet jeśli to karkołomne zadanie przerasta moje możliwości. W związku z tym rozprawie tej przyświecają trzy tezy, a zarazem hipotezy.

Po pierwsze teza, że współczesne prawotwórstwo, oparte na założeniu tworzenia prawa przez rozmaite autorytety prawodawcze, wyraża zasadniczo odmienny od prawno-naturalnego paradygmat, który określam mianem prawnego kreacjonizmu. W przeciwieństwie do sposobu myślenia kryjącego się za tradycyjnym modelem prawno-naturalnym w tym paradygmacie panuje przekonanie, że prawo jest tworzone od nowa bądź też twórczo inkorporowane przez ustawodawcę. Prawny kreacjonizm nie jest oczywiście jedynym sposobem myślenia o prawodawstwie, lecz wydaje mi się paradygmatem zdecydowanie dominującym, również w kulturze *common law*. Zakłada on aktywną postawę ustawodawcy czy sędziego, której sens polega nie tyle na opatrywaniu państwowym przymusem (słusznych, sprawiedliwych) wzorców normatywnych, które już utrwaliły się w zbiorowości, ile na wytwarzaniu nowych wzorców normatywnych w oparciu o założenie domniemanej lub rzeczywistej zgody (element konstruktywistyczny i demokratyczny) członków wspólnoty prawnej oraz społeczną użyteczność (element utylitarystyczny) inkorporowanych lub tworzonych praw. Zjawisko jurydyzacji oznacza, że prawodawca demokratyczny wciąż „ubiera” w przepisy nowe sfery życia i zjawiska, poczynając od przysłowiowych już dla obywatela UE uregulowań krzywizny banana, uznania marchwi za owoc czy przymusu zakładania kasku rowerowego podczas przejażdżki rowerem, kończąc na arbitralnym wypowiedaniu się o nierozstrzygalnych na gruncie demokratycznego pluralizmu *hard cases*, czyli kwestiach obyczajowych związanych z aborcją, eutanazją czy małżeństwami jedнопłciowymi. Efekt tego jest taki, że we współczesnych społeczeństwach zachodnich trudno już znaleźć dziedzinę życia pozbawioną legislacyjnej ingerencji, a reprezentanci suwerena w organach prawodawczych zachowują się tak, jakby wierzyli, że regulacja jest lekarstwem na

wszystko, że wystarczy wprowadzić nowe przepisy i wszystkie problemy znikną jak za dotknięciem czarodziejskiej różdżki. Z drugiej strony wszechobecna regulacja sprawia, że jeśli w gąszczu przepisów znajdziemy lukę, to stajemy wobec niej zagubieni, nie wiedząc, co czynić. Przeregulowanie przekształca bowiem klasycznie liberalną, zdroworozsądkową regułę wolnego społeczeństwa, mówiącą, że „to, co nie jest zabronione, jest dozwolone”, w biurokratyczną zasadę rodem z *Procesu* Franza Kafki, zgodnie z którą „to, co nie jest uregulowane, może być podejrzanę”.

Ten prawny kreacjonizm jest moim zdaniem (teza druga) wynikiem intelektualnej ewolucji, która rozpoczęła się u progu nowożytności, a zapoczątkowana została jeszcze późnośredniowiecznym nominalizmem. Pierwszą „ofiara” tej ewolucji stało się prawo naturalne, a współcześnie jest nią mozolnie wypracowywana przez oświecenie i prawniczy pozytywizm niedoskonała, a nawet może utopijna, ale niezbędna demokracji opartej na uznaniu wartości ludzkiej podmiotowości, idea pewności prawa.

Moim zdaniem wynika to właśnie z tego, że w toku wyżej wspomnianej ewolucji prawna regulacja oparta na konstruktywizmie i szeroko rozumianym utylitaryzmie przekształciła się w ideologiczny rdzeń współczesnego prawodawstwa i to one – jako główne dyrektywy dla legislatora – odpowiadają dzisiaj za fundamentalne decyzje legislacyjne. Taka jest trzecia teza niniejszej pracy. Właściwie wszystkie znane z historii idee wiążące się z legislacją, takie jak koncepcja umowy społecznej jako fundamentu władzy prawodawczej, idea suwerenności władzy wyrażająca się w wyłączności prawodawczej suwerena, a nawet idea podziału i hamowania się władz, pozytywistyczna idea oddzielenia prawa od innych porządków normatywnych czy zasada demokratycznego prawodawstwa, budujące zręby współczesnej legislacji, bazują bowiem w mniejszym lub większym zakresie właśnie na utylitaryzmie i konstruktywizmie, są z nimi związane lub stanowią dalszą bądź bliższą konsekwencję ich przyjęcia. Dodają one do nich własne istotne elementy, składające się na charakterystyczną dla współczesnych demokracji filozofię legislacji, której efektem jest potężna dynamika prawa, nakierowana (przynajmniej w sferze uzasadniania) na zaspokajanie potrzeb społecznych, odzwierciedlanie społecznych zmian, poprawianie i doskonalenie prawa oraz realizowanie rozumnej i racjonalnej woli społeczeństw demokratycznych. W żadnej z tych budujących współczesną legislację idei nie są zawarte hamulce przeciwko kreacji ekscesywnej. Wręcz przeciwnie – wyrażają one raczej zachętę do dalszej nowelizacji, coraz to doskonalszego zaspokajania społecznych potrzeb i odzwierciedlania społecznych zmian.

Oczywiście obok prawnego kreacjonizmu, który jest dzisiaj – moim zdaniem – dominującym sposobem myślenia o prawodawstwie, wciąż żywe jest stanowisko, wedle którego prawo nie jest wynikiem świadomej kreacji, lecz powstaje uprzednio, bez udziału naszej woli bądź świadomości. Jest to stanowisko

zakorzenione jeszcze w myśli antycznej i koncepcjach prawa naturalnego. W tym ujęciu ewentualną działalność prawodawcy można sprowadzić do uważnego inkorporowania zastanych wzorców normatywnych, wywodzących się z prawnych praktyk bądź wyższych porządków normatywnych. Jest to stanowisko, które określam mianem prawnego determinizmu, chcąc przez to podkreślić zdeterminowanie prawodawcy wzorcami normatywnymi i jego bierną rolę w ich odczytywaniu⁵. Rozumność prawodawstwa, jaka wiąże się z tym stanowiskiem, jest rozumnością silnie limitowaną, nie w tym sensie jednak, że naturalne prawa mogą być nierozumne (wręcz przeciwnie – rozum jest tu czynnikiem zdecydowanie dominującym nad wolą), lecz w tym, że rozum ludzkiego prawodawcy lub sędziego, poszukujących w swych decyzjach zgodności z kosmicznym logosem, jest uważany za niedoskonały, ograniczony, nigdy niedysponujący pełną informacją i omylny. Jak przekonuje Tomasz z Akwinu w swej rozbudowanej teorii partycypacji, prawa ludzkie są zawsze niedoskonałe, ponieważ jedynie partycypują w prawie naturalnym, ono zaś partycypuje dopiero w boskim logosie. Współcześnie stanowisko deterministyczne implikuje dyrektywę zachowawczą, tak jak stanowisko kreacjonistyczne zawiera w sobie dyrektywę zmienności i postępu prawa. W moim głębokim przekonaniu dominujący dzisiaj kreacjonizm prawny wymaga skorygowania (i w praktyce bywa korygowany) taką właśnie dyrektywą zachowawczą⁶.

Ponieważ celem tej pracy jest zbadanie pewnego sposobu myślenia i towarzyszących mu aksjologicznych uwarunkowań tworzenia prawa w kręgu społeczeństw demokratycznych zwanych zachodnimi, odwołuję się głównie do metody rekonstrukcji historycznej tych uwarunkowań i tego sposobu myślenia. Choć współczesna literatura poświęcona tej problematyce się rozrasta, zajmuję się przede wszystkim koncepcjami najsilniej oddziałującymi i najbardziej rozpoznawalnymi w kulturze. Dobór tych koncepcji zdeterminowany jest dwoma czynnikami. Po pierwsze, oczywiście moją wiedzą, która jest, że tak powiem, podmiotowo i przedmiotowo ograniczona. W badaniach specjalizuję się w myśli polityczno-prawnej i nie jestem np. konstytucjonalistą, cywilistą czy administratywistą. Po drugie jednak, cóż innego niż właśnie najlepiej znane i rozpoznawalne koncepcje filozofów zajmujących się polityką, prawem i legislacją miałyby stanowić źródło naszej wiedzy o tym, jak kształtowały się dzisiejsze wyobrażenia, dzisiejszy sposób myślenia o legislacji. Przyjąłem więc, że takie koncepcje odzwierciedlają główne i najistotniejsze wartości dla myślenia o tworzeniu prawa. Koncepcje te stanowią więc dla mnie miarodajny fundament, który – można

⁵ M. Chmieleński, *Legal Determinism or/and Legal Creationism. Conservative-Communitarian versus Contractarian Approaches to Legal Change*, [w:] M. Chmieleński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London–New York 2020.

⁶ Brak tu jednak miejsca na opis deterministycznego stanowiska, z którym ta dyrektywa jest związana i któremu należałoby poświęcić odrębną pracę.

powiedzieć – został już „solidnie przepracowany” i zaakceptowany. Jak bowiem pisał Georg Wilhelm Friedrich Hegel: „sowa Minerwy nie rozpoczyna lotu, dopóki nie zapadnie zmierzch”⁷.

Trafność takiego podejścia potwierdza moim zdaniem również fakt, że współczesna filozofia polityczna niezwykle często stanowi po prostu nowe ujęcie starego problemu albo wykorzystanie i rozwinięcie wątków czy konstrukcji już nam znanych, lecz w zmieniających się, nowych „warunkach brzegowych” demokracji. Nie chcę przez to powiedzieć, że „wszystko już było”, a współcześni myśliciele polityczni są tylko naśladowcami – wręcz przeciwnie. Chodzi mi natomiast o to, że w tak abstrakcyjnej materii, jaką stanowi myślenie o legislacji, w naturalny sposób sięgamy po prostu do koncepcji fundamentalnych. Świadczą o tym właściwie wszystkie prace poświęcone legislacji – czy to monumentalne wręcz prace Friedricha A. Hayeka, czy prace autorów z nurtu teorii publicznego wyboru, epistemicznej teorii legislacji, czy w końcu legisprudencji. Fundamenty te są w nich doskonale widoczne. Z drugiej strony, jak to podkreśla Luc Wintgens, najwybitniejsi filozofowie prawa legislacją niemalże się nie zajmowali, a myśliciele polityczni, może poza Jeremym Benthamem, też nie czynili jej zazwyczaj głównym przedmiotem zainteresowania. Koncepcje, które wybrałem jako fundamentalne, doбираłem więc tak, by z jednej strony wносиły one do myślenia o legislacji jakiś istotny element, z drugiej zaś, by można było o nich powiedzieć, że rzeczywiście oddziaływały na kulturę polityczną i prawną świata zachodniego albo ją względnie miarodajnie odzwierciedlały. Założyłem bowiem, że takie koncepcje będą też jednocześnie kluczowe dla filozofii legislacji, nawet jeśli ich autorzy myśleniem o tworzeniu prawa bezpośrednio nie zaprzęтали sobie głowy (np. William Ockham czy Kartezjusz). Innymi słowy, starałem się tak dobrać autorów, by ich koncepcje były tymi, o których możemy powiedzieć, że wywarły wpływ na myślenie o prawie i legislacji nawet mimo tego, że ich autorzy nie są postrzegani jako filozofowie prawa czy polityki, jak chociażby wspomniani Ockham i Kartezjusz. Z drugiej strony sięgałem oczywiście do koncepcji, których autorzy wprost zajmowali się legislacją, jak John Locke, Monteskiusz czy Jeremy Bentham. Trzecią kategorią koncepcji, które uznałem tu za przydatne, są koncepcje, w których obecne są elementy odzwierciedlające jakąś ważną tendencję czy element naszego myślenia o legislacji. Za przykład niech posłużą Fryderyk Nietzsche czy Max Stirner z ich wspólnym, radykalnym przekonaniem o tworzeniu własnych wartości w normatywnej próżni albo Wilhelm von Humboldt z jego metaforą dzieła sztuki jako estetycznym wzorcem twórczości. Ograniczyłem się do filozofii świata zachodniego, chodziło mi bowiem przede wszystkim o zdiagnozowanie i rozpoznanie zjawiska, które do tego właśnie kręgu kulturowego przynależy (innych zresztą, przyznaję się, nie znam). W końcu w trakcie poszukiwania tych najistotniejszych „kamieni milowych” ludzkiego myślenia o legislacji

⁷ G.W.F. Hegel, *Elementy filozofii prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1979, s. 178.

okazało się, że te, które znalazłem, to głównie koncepcje nowożytnie, oświeceniowe i XIX-wieczne. Wydaje się, że dalszy rozwój myślenia o legislacji opiera się niemal wyłącznie na nich, ewentualnie na sceptycyzmie wobec nich i wariacjach na ich temat, jednak bez zakwestionowania ich fundującego i fundamentalnego charakteru. To od nich wychodzą myśliciele XX- i XXI-wieczni i to do nich powracają. Dzieje się tak być może dlatego, że wieki XX i XXI (na razie) pozbawione są nie tylko wielkich narracji, ale i intelektualnego rozmachu oświecenia i XIX wieku. „Małe” XX- i XXI-wieczne narracje sprowadzają się więc głównie do komentowania dokonań nowożytności, oświecenia i XIX wieku. Nie chcę przez to powiedzieć, że brakuje nam wybitnych osobowości w tej dziedzinie (wydaje mi się, że nie). Jest raczej tak, że dorobek nowożytności, oświecenia i XIX wieku w tym zakresie jest jeszcze wciąż mocno „przepracowywany”, a fragmentaryzacja i dekonstrukcja tamtego zasobu zajmie nam jeszcze jakiś czas (o ile będziemy go mieli)⁸.

Wyciągając wnioski z lektury wielu inspirujących mnie filozoficznych prac (m.in. Immanuela Kanta, Jeremy’ego Benthama, Johna Rawlsa, Jürgena Habermasa, Harolda Bermana, Jeremy’ego Waldrona, Briana Tamanahy oraz – *last but not least* – Friedricha von Hayeka), odkryłem też, że legislacja stanowi przedmiot zainteresowania przede wszystkim filozofii politycznej, a tylko w mniejszym stopniu filozofii prawa. Zakładałem również intuicyjnie, że koncepcje najwybitniejszych myślicieli politycznych, które dobrałem, odzwierciedlają społeczne wzorce myślenia dotyczące legislacji i że mogą być źródłem naszego wyobrażenia o tym, jak legislacja w sensie najogólniejszym bywa najczęściej uzasadniania, postrzegana i wyjaśniana. Oczywiście nie twierdzę, że przedmiotem tej potocznej wiedzy są np. wysublimowane teorie poznania czy określone koncepcje metaetyczne, o których piszę. Co więcej, jest dla mnie jasne, że głęboka refleksja nad legislacją nie jest przedmiotem wiedzy potocznej, choć we współczesnym społeczeństwie demokratycznym, stosunkowo dobrze poinformowanym również w zakresie teoretycznym, pewne zasadnicze idee i pomysły filozofów, takie jak chociażby podział władzy, demokracja czy oddzielenie prawa od moralności, są bez wątpienia dobrze znane i stanowią przedmiot nieprzerwanego namysłu⁹. Jednak sama legislacja jest dziedziną na tyle

⁸ Dotyczy to w szczególnym stopniu oświecenia, które wydaje się mieć szczególny charakter jako punkt odniesienia dla współczesności. Współczesny stosunek do oświecenia oscyluje od przekonania, że żyjemy „wśród smętnych ruin” oświeceniowego projektu (J. Gray, *Ślad Oświecenia*, [w:] *idem, Po liberalizmie*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2001, s. 258–259), poprzez tezę o tym, że jesteśmy w nim „zagubieni” (Ch. Taylor, *Etyka autentyczności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Kraków 2002, s. 91–92), wskazanie, że jesteśmy nieufni wobec jego wielkich opowieści, gdyż utraciły one swą moc (J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna: raport o stanie wiedzy*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1997, s. 20), aż po optymistyczne założenie, że wszystko jeszcze przed nami, bo projekt oświeceniowy nie zdążył się jeszcze w pełni zrealizować (Habermas czy Rawls).

⁹ Patrz np. Z. Rau, K.M. Staszyńska, M. Chmieliński, K. Zagórski, *Doktryna Polaków. Kłasyfikacja filozofia polityczna w dyskursie potocznym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Wydawnictwo Scholar, Łódź–Warszawa 2018.

wysublimowaną, że koncepcje te dają, moim zdaniem, względnie miarodajny obraz sposobu myślenia na jej temat nie tylko filozoficznych „profesjonalistów”, ale także praktyków legislacji.

Odpowiedź na wyżej postawione pytania i dowody potwierdzające trafność postawionych przeze mnie tez przedstawiam, rozpoczynając od zdefiniowania dominującego moim zdaniem współcześnie paradygmatu myślenia o legislacji, czyli prawnego kreacjonizmu (rozdział pierwszy), który zakłada, że prawo jest przedmiotem świadomej kreacji legislatora. Na zjawisko prawnego kreacjonizmu zwraca współcześnie uwagę wielu autorów. Moim zdaniem ten sposób myślenia o prawie opisują m.in. Hayek, Berman, a ostatnio Wintgens i Tamanaha. Wszyscy oni czynią to w polemice z tym podejściem, podkreślając problematyczność i ograniczony charakter takiego myślenia o tworzeniu prawa. Najdalej posuwa się Hayek, który uważa to podejście po prostu za aberrację, jaka wkradła się do naszego myślenia o powstawaniu przepisów za sprawą kartezjańskiego konstrukttywizmu, który obarczony jest tzw. złudzeniem synoptycznym¹⁰. Berman uznaje to zjawisko za konsekwencję przewrotu nominalistycznego i adaptowania tego przewrotu w myśli protestanckiej, głęboko oddziałującej na współczesne systemy polityczne Zachodu. Wintgens również wywodzi to zjawisko z przewrotu nominalistycznego, postulując jego kontekstualistyczną korektę, Tamanaha pokazuje zaś, że konsekwencją przyjęcia takiego podejścia jest monizm prawa, który sprawia, że prawo tworzone przez legislatora bywa fałszywie prezentowane jako jedyny prawowity system normatywny. Autorzy ci podkreślają poszczególne cechy tego podejścia, którego wspólnym mianownikiem jest, moim zdaniem, właśnie przekonanie o kreacji (legislacji, regulacji) jako źródle pochodzenia prawa.

Współczesny, kreacjonistyczny sposób myślenia o tworzeniu prawa zakorzeniony jest w teorii poznania. Dlatego w rozdziale drugim skupiam się na kwestiach związanych z epistemologią, która w istotny sposób zdeterminowała filozofię polityczną nowożytności i współczesności, a tym samym miała wpływ na wizję legislacji, jaka jest integralną częścią tej filozofii. W efekcie nominalistycznego przewrotu problematyka poznania stała się bowiem problematyką fundamentalną, a kwestie ontyczne i ontologiczne, które do czasów nowożytnych stanowiły oczywisty punkt wyjścia, stały się pochodną kwestii związanych z teorią poznania. Nominalizm odrzucił dotychczasowy prymat rozumu wobec woli, na piedestale stawiając absolutną boską wolę, która – kreując świat – może być supraracjonalna, czyli niepoznawalna dla człowieka. W ten sposób podważył dotychczasową pewność poznania, opartą na założeniu przenikalności boskiego planu za pomocą rozumu, który łączy człowieka z Bogiem. Niedoskonały ludzki rozum staje się jedynym narzędziem poznania indywidualnych bytów. Z tego oba fundamentalne nowożytne stanowiska w filozoficznej teorii poznania wyciągają paradoksalny wniosek. Skoro dotychczasowe metafizyczne dogmaty (powszechniki)

¹⁰ F.A. Hayek, *Prawo, legislacja i wolność*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2020, s. 44.

nie istnieją obiektywnie, to pewności poznania należy poszukiwać w tym, co jako jedyne pozostaje nam dostępne. W racjonalizmie tym jedynym źródłem filozoficznej i naukowej pewności staje się samo myślenie podmiotu, dlatego twórca tego stanowiska – Kartezjusz – całkowicie odrzuca dane zmysłowe, koncentrując się na samym procesie myślenia, co twórczo rozwija i jednocześnie koryguje Immanuel Kant, zakładający, że dane zmysłowe wprawdzie inicjują poznanie, ale samo poznanie ma charakter od-podmiotowy. Natomiast empiryzm, chcąc zachować stanowisko od-przedmiotowe, poszukuje pewności w postępującym agregowaniu danych zmysłowych i wynikającym z tego postępie wiedzy. Okazuje się zatem, że obie te tradycje, wychodzące od nominalistycznego założenia o niedoskonałości ludzkiego poznania rzeczy, na nowo odnajdują w ten sposób zagubioną w nominalizmie pewność poznania, co prowadzi je ostatecznie do poznawczego optymizmu, czyli założenia, wedle którego naturalne ograniczenia poznawcze ludzkiego umysłu zasadniczo nie ograniczają poznania i rozpoznania społecznej przestrzeni normatywnej. Poznawczy optymizm i antydogmatyzm wytwarzają wspólnie paradygmat myślenia oparty na zakwestionowaniu epistemicznego ładunku filozoficznych tradycji i założeniu postępu, w ramach którego optymizmowi poznawczemu towarzyszy postulat stałego weryfikowania i aktualizowania wiedzy przeszłych pokoleń. Jest to paradygmat oświeceniowy, charakterystyczny dla zakorzenionego w nim modernizmu, o rewolucyjnych konsekwencjach nieograniczonych do sfery poznania, choć – jak widać – już w niej bardzo głęboko zakorzenionych.

Owocami tego nowego podejścia są konstruktywizm i utylitaryzm, dwie koncepcje metaetyczne i metaprawne, zakorzenione w dwóch najważniejszych sposobach podejścia do ludzkiego procesu poznania (rozdział trzeci). W obrazie przestrzeni normatywnej współczesnego zachodniego świata konstruktywizm i utylitaryzm stanowią dwie źródłowe i dopełniające się wersje myślenia antydogmatycznego w omówionym wyżej sensie. Konstruktywizm wprowadza do współczesnego sposobu myślenia o prawie paradygmat aktywnej konstrukcji przedmiotu poznania przez podmiot oraz będącą naturalnym jego następstwem od-podmiotową koncepcję prawdy. W ten sposób źródłowo problematyzuje on prawdę i dotychczasowy epistemiczny obiektywizm, którego źródłem było metafizyczne i teocentryczne myślenie o trwałym, ontologicznym i transcendentnym wobec ludzkiego świata fundamencie prawdy, dobra i piękna. Zasady będące przedmiotem filozofii praktycznej są więc normami kreowanymi, a nie zastanymi, a filozofia praktyczna, w przeciwieństwie do filozofii teoretycznej, zajmuje się ich wytwarzaniem, a nie tylko teoretycznym rozpoznawaniem i porządkowaniem. Jest to zatem nie tylko nowa koncepcja prawdy, ale też nowa wizja relacji między teorią a praktyką. Utylitaryzm natomiast sprowadza wartościowanie przedmiotu poznania do jego społecznej użyteczności. Nie rozdziela on filozofii teoretycznej od praktycznej w taki sposób, jak czynią to konstruktywiści. Bazując na mechanizmach poznania teoretycznego, wprowadza zasadę użyteczności jako

kryterium aktywnej oceny zagregowanych, normatywnych „danych” pochodzących z doświadczenia. Zasada maksymalizacji rozmaicie pojmowanej użyteczności jest więc decydującym kryterium oceny wszelkich normatywnych wzorców. Agregacja danych, na których zasada ta bazuje, wprowadza do myślenia o prawie bardzo ważny element progresji, polegającej na swoistym przechodzeniu ilości w jakość: coraz większa ilość informacji podnosi poziom (tzn. jakość) naszej wiedzy o społecznych instytucjach i normach. Obie te koncepcje funkcjonują jako fundamentalne „przed-założenia” współczesnej wizji moralności, władzy, prawa oraz współczesnej legislacji.

Na tych dwóch podejściach bazuje etyczno-polityczne uzasadnienie władzy (rozdział czwarty). Utylitaryzm i konstruktywizm wytwarzają dwie fundamentalne dla współczesnej kultury koncepcje osoby. Utylitaryzm odpowiada za koncepcję wąską, opartą na etycznym naturalizmie, teleologizmie i racjonalności teoretycznej, a konstruktywizm za koncepcję szeroką, wiążącą racjonalność teoretyczną z założeniem praktycznej rozumności wywodzonej z etyki deontologicznej. Na tych dwóch koncepcjach osoby ufundowane są dwie współczesne koncepcje wolności: inspirowana utylitarystycznym podejściem od-przedmiotowym wizja wolności ograniczonej tylko siłą, charakterystyczna dla wąskiej koncepcji osoby, zredukowanej do teoretycznej racjonalności (Thomas Hobbes i współcześni kontynuatorzy: James M. Buchanan i David Gauthier) oraz wizja wolności limitowanej wolnością innych i naturalnymi uprawnieniami jednostek, charakterystyczna dla szerszej koncepcji osoby, łączącej teoretyczną racjonalność i praktyczną rozumność, inspirowana konstruktywistycznym podejściem od-podmiotowym (Locke, Jean-Jacques Rousseau, Kant i współcześnie kontynuatorzy, m.in. Rawls). Bezpośrednim uzasadnieniem władzy staje się umowa społeczna, budująca dwa oparte na tych fundamentach modele: zdeterminowany racjonalnością ekonomiczną i utylitaryzmem model hobbesowski oraz łączący rozumność teoretyczną i praktyczną konstruktywisty model locke’owsko-rousseau’owsko-kantowski. W ten sposób koncepcja społecznej umowy łączy konstruktywizm i utylitaryzm, osadzając prawo w uniwersum rozumnej bądź/i racjonalnej ludzkiej woli, a władzę prawodawczą rozumiejąc jako jej pochodną. Wiążąc władzę z ekonomiczną konstrukcją umowy, teoria umowy społecznej zrywa ostatecznie z klasycznym oddzieleniem sfery *oikos* od sfery *polis*, uzasadniając kierowanie się kategoriami ekonomicznymi w polityce. Jednakże konstruktywistyczna, praktyczna rozumność okazuje się w świetle teorii umowy społecznej niezbędnym dopełnieniem teoretycznej racjonalności, której postacią jest racjonalność ekonomiczna. Koncepcje nieuwzględniające od-podmiotowego, konstruktywistycznego założenia uprzedniej zgody na reguły drugiego rzędu, czyli pierwotnej, konstruktywistycznej reguły dotrzymywania umów i szanowania zasad, oparte na wąskiej koncepcji osoby, nie są w stanie przekonująco uzasadnić samoistnej społecznej kooperacji. Ta zaś jest niezbędnym elementem moralnej i prawnej podmiotowości jednostek, leżącej u podstaw współczesnej

koncepcji obywatelstwa, pojmowanego jako możliwość wywierania wpływu na władzę prawodawczą. W opartym na wąskiej koncepcji osoby modelu hobbesowskim przestrzeganie reguł drugiego rzędu wymaga od jednostek przekazania pełni władzy i oddania wolności suwerenowi zewnętrznemu w stosunku do zbiorowości związanej umową. W ten sposób zbiorowość ta staje się zbiorowością biernych poddanych, niedysponujących już żadnym wpływem na podejmowane przez władzę decyzje i stanowione prawa. Próba obrony tego modelu na gruncie współczesnym, najlepiej widoczna w koncepcji Gauthiera, kończy się wprowadzeniem do jego koncepcji elementu zawołowanego konstruktywizmu, którym jest założenie ograniczonej maksymalizacji korzyści, co pokazuje, że nie da się stworzyć spójnej teorii społecznej kooperacji bez konstruktywizmu, jednocześnie unikając założenia ewolucyjnego.

Z powyższego wynika również, że władza oparta na szerokiej koncepcji osoby i społecznym porozumieniu nie może być władzą absolutną. Zabezpieczeniem przed jej absolutyzmem są koncepcje podziału i wewnętrznego hamowania się władz, które umożliwiają jednocześnie wyodrębnienie władzy prawodawczej spośród innych władz (rozdział piąty). Wyodrębnieniu władzy legislacyjnej, obecnemu we wszystkich klasycznych koncepcjach podziału władzy od Locke'a do Benjamina Constanta, musi jednocześnie towarzyszyć założenie wyodrębnienia się prawa spośród innych porządków normatywnych. Inaczej nie da się ostatecznie zdefiniować i sprecyzować właściwego przedmiotu aktywności legislacyjnej. Proces wyodrębniania się prawa z innych porządków normatywnych inicjuje separacja polityki od moralności w koncepcjach renesansowych (Niccolo Machiavelli), jest on kontynuowany w oświeceniu poprzez wyodrębnianie prawa naturalnego z moralności (m.in. Hugo Grocjusz, Samuel von Pufendorf, Kant). Pod koniec oświecenia prowadzi on do twardego pozytywizmu prawniczego (Hobbes, Bentham, John Austin), który „ucina” rozważania nad różnorodnymi katalogami prawa naturalnego, sprowadzając prawo do rozkazu powszechnie uznanego suwerena. Kwestionuje również przydatność koncepcji prawno-naturalnych oraz hipotezy umowy społecznej. Koncepcja prawa jako rozkazu suwerena prowadzi jednocześnie do prawnego etatyzmu, czyli do założenia wyłączności władzy prawodawczej państwa (Jean Bodin, Bentham, Austin) lub podobnych do niego instytucji i struktur. Paradygmat prawnego kreacjonizmu wiąże się ściśle z założeniem o prawodawczej wyłączności ludu lub narodu, a więc z założeniem przyświecającym demokracji. Ta prawodawcza wyłączność ostatecznie domyka prawny kreacjonizm, czyniąc prawo prawem demokratycznym. Konstruktywistyczna deliberacja i utylitarystyczna agregacja stanowią także fundament dwóch koncepcji demokratycznej legislacji, związanych z dwiema zasadniczymi wizjami demokracji: agregatywną wizją reprezentowaną przez Benthama i Johna Stuarta Milla oraz deliberatywną wizją mającą swe źródła przede wszystkim w koncepcji Rousseau. Wewnętrzna polemika w gronie utylitarystów, jak chociażby polemika Milla z czysto agregatywną koncepcją Benthama, pokazuje m.in., że demokratyczna agregacja powinna być uzupełniona o założenia deliberatywne,

związane z konstruktywizmem. Ani demokratyczna agregacja, ani deliberacja nie mogą funkcjonować jako samodzielne podstawy współczesnej demokracji i – siłą rzeczy – wzajemnie się dopełniają. Istotą demokratycznej legislacji jest bowiem nie tylko dochodzenie do porozumienia, ale i negocjowanie interesów (Habermas).

Niezwykle ważnym elementem wytwarzającym legislacyjną aksjologię jest koncepcja państwa narodowego, która jest jednocześnie polemiką i swoistą kontynuacją oświecenia. Pomiedzy oświeceniowym kosmopolityzmem i romantyczną koncepcją państwa narodowego z jednej strony funkcjonuje istotne ideowe napięcie, z drugiej zaś koncepcje te wzajemnie się dopełniają. Na prawotwórczą aksjologię, tak jak na całą kulturę, wpływa również estetyka i radykalnie zmieniająca się w wyniku romantycznej rewolucji koncepcja dzieła sztuki, która zaczyna też stanowić fundament dla myśli politycznej. Romantyczny indywidualizm staje się podstawą dla XIX-wiecznego nihilizmu, który powraca do Hobbesowskiego założenia próżni moralnej, ugruntowanej w tym nowym, estetyzującym obrazie jednostki ludzkiej, uzasadniając kreację przez jednostkę własnych wartości.

Współczesny, kreacjonistyczny sposób myślenia o prawie, którego fundamenty ukształtowały się w zasadzie do końca XIX wieku, by w XX wieku stać się powszechnym paradygmatem myślenia o powstawaniu prawa, pozostaje więc silnie eklektyczny w takim sensie, że łączy ze sobą rozmaite historyczne stanowiska, które – traktowane jako odrębne całości – nie zawsze muszą być w pełni ze sobą zgodne, spójne i jednorodne. Kształtowanie się tego podejścia to proces historyczny, głęboko osadzony w zachodniej kulturze polityczno-prawnej, w ramach którego pewne elementy znikają, inne zaś trwają, zmieniają się bądź ewoluują albo w toku tej ewolucji nabierają całkowicie nowego znaczenia. Sprawia to, że rozmaite historyczne składowe tego podejścia do tworzenia prawa mogą pozostawać ze sobą w konflikcie lub nawet być ze sobą niespójne. W niniejszej pracy nie chodzi mi jednak o teoretyczną spójność stanowiska, lecz o intuicyjne uchwycenie procesu kształtowania się współczesnego podejścia do tworzenia prawa, składającego się na pewną całość, którą zarówno jako prawnik akademicki, jak i prawnik-praktyk dostrzegam, mając na co dzień do czynienia z prawem jako pewnym identyfikowalnym faktem społecznym i jednocześnie efektem działalności demokratycznego legislatora. Mam też oczywiście świadomość, że uchwycenie tej różnorodności w postaci względnie spójnej jest niezwykle trudnym zadaniem. Syntezy takie nie cieszą się dzisiaj specjalnym wzięciem, bo nie jest łatwo ogarnąć tak szeroki obszar, poświęcając należytą uwagę każdemu z jego ważnych elementów, zgłębiając ogromną literaturę dotyczącą takiej eklektycznej całości, nie idąc „na skróty” i nie upraszczając pewnych elementów. Nikt jednak nie jest dziś w stanie uwzględnić wszystkiego, a podstawy dla tego typu badań także mogą być rozmaite. Niniejszą książkę proponuję więc traktować raczej jako wskazanie pewnych tropów oraz zachętę do ich przebadania i rozwinięcia niż jako wyczerpanie tematu.

1. Prawny kreacjonizm: istota współczesnego myślenia o prawie

Ogólna refleksja nad tworzeniem prawa jest domeną wielu dyscyplin prawnych, nie wyłączając dogmatyki, w której niezwykle często pojawiają się nawiązania do politycznych teorii i filozofii oraz do socjologii albo politologii. Rzecz jasna to właśnie te ostatnie dziedziny zajmują się tą refleksją bezpośrednio. Nie chcę koncentrować się na różnicach między nimi, pozostawiam to zadanie metodologom nauk, do których grona nie zamierzam się tą pracą „zapisywać”. Nie mam tu bowiem do powiedzenia niczego specjalnie interesującego. Osobiście nie jestem zresztą zwolennikiem ścisłego oddzielania tych dziedzin, szczególnie gdy chodzi o oddzielanie filozofii politycznej¹ od filozofii

¹ Wokół istoty filozofii politycznej toczą się spory i należy mówić raczej o wielości filozofii politycznych niż o filozofii politycznej jako takiej. Założono jednak, że rozumienie filozofii politycznej da się intuicyjnie i względnie jednolicie ustalić, przynajmniej na gruncie współczesnej publicznej kultury demokratycznej. Filozofia polityczna jest rozumiana – ujmując to najogólniej – jako dziedzina, w ramach której dokonuje się oceny państwa i innych organizacji społecznych z punktu widzenia etyki, oraz jako dziedzina zajmująca się badaniem faktów związanych z tymi organizacjami społecznymi. W literaturze tradycyjnie zwraca się uwagę właśnie na te dwa aspekty filozofii politycznej, tj. na jej aspekt normatywny (etyczny) i opisowy (by tak rzec – teoretyczny). Wskazuje się też na trudności w ich ścisłym rozgraniczeniu. Upraszczając, przyjmuje się, że filozofię polityczną od politycznej teorii odróżnia przede wszystkim obecny w tej pierwszej silny komponent normatywny (etyczny). Jako centralne kategorie tej filozofii wskazuje się na ogół wolność, równość, autonomię, sprawiedliwość, uprawnienia, polityczną powinność, wspólnotę, władzę czy wreszcie samą demokrację. Natomiast w niniejszej pracy skłaniam się ku pojmowaniu tej filozofii podobnie jak Rawls, tj. jako istotnego składnika kultury politycznej społeczeństwa. Zgadzam się również z jego tezą, że filozofia polityczna powinna odgrywać szczególnie ważną rolę we współczesnych społeczeństwach demokratycznych. Po pierwsze – sama demokracja jest jednym z głównych pojęć filozofii politycznej, po drugie – ze względu na będące fundamentami tych demokracji (mówiąc znowu językiem Rawlsa) założenia rozumnego pluralizmu i częściowego konsensu rozległych rozumnych doktryn. Odróżnieniu filozofii politycznej od teorii moralnej Rawls poświęcił wiele miejsca, ponieważ stanowi ono kluczowe zagadnienie *Liberalizmu politycznego*, którego myśl przewodnia sprowadza się do idei przesunięcia rozważań nad sprawiedliwością z obszaru teorii moralnej na płaszczyznę filozofii politycznej. Przesunięcie to ma w jego mniemaniu pomóc w wyłonieniu ograniczonego do filozofii politycznej pola (tj. kantowskich transcendentálnych warunków) możliwego konsensu co do zasad urzędzenia społeczeństwa, który nie jest możliwy na gruncie teorii moralnej. Innymi słowy, przyjęte w tej pracy rozumienie filozofii politycznej jest charakterystyczne dla konsensualnej wizji polityki demokratycznej. Ta konsensualna koncepcja polityki sama w sobie pozostaje założeniem normatywnym, ale znajduje też nieidealne (tj. częściowe i niewyłączne) odzwierciedlenie w praktykach i instytucjach

prawa², które moim zdaniem jest czysto akademickie. Jest jednak jasne, że z punktu widzenia legislacji, która jest publiczną aktywnością sprowadzającą się do tworzenia prawa, zadawane przez filozofię prawa pytanie o istotę prawa nie jest pytaniem zasadniczym. Oczywiście nie oznacza to, że pytanie o istotę prawa nie jest w ogóle ważne z punktu widzenia ogólnej refleksji nad legislacją. Kwestia ta jest z tej perspektywy istotna choćby o tyle, o ile umożliwia odróżnienie prawa od innych porządków normatywnych, „załudniających” naszą bogatą normatywną przestrzeń³. Mówiąc najprościej, z punktu widzenia ogólnej refleksji nad tworzeniem prawa niezbędne jest zidentyfikowanie efektu

współczesnych demokracji. Zadania, które Rawls przypisuje tej filozofii politycznej, zostały najlepiej wyjaśnione w § 1 jego pracy pt. *Justice as Fairness. A Restatement*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2001, tu szczególnie s. 2–3. Instruktywnie i kompaktowo ujmują je Krzysztof Kędziora – patrz: K. Kędziora, *John Rawls: uzasadnienie, sprawiedliwość i rozum publiczny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2019, s. 25–26. Na ten temat pisałem już w moim artykule pt. *Filozofia polityczna jako narzędzie badania prawa*, a powyższe uwagi opieram właśnie na tam wypracowanym rozumieniu filozofii politycznej – patrz: M. Chmieliński, *Filozofia polityczna jako narzędzie badania prawa*, „Przegląd Sejmowy” 2022, nr 3(17), s. 57–58. Z perspektywy związanej z legislacją na ten temat pisze też bardzo instruktywnie Tomasz Gizbert-Studnicki – patrz: T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 3791, t. CX, s. 15–19. O związkach pomiędzy tymi dziedzinami patrz też: M. Kramer, *The Concept of Law and Political Philosophy*, „Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge” 2014, no. 41, a o przedmiocie filozofii politycznej patrz hasło *Politycznej filozofii historia*, [w:] T. Honderich (red.), *Encyklopedia filozofii*, t. 2, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 1999, s. 696 i nast. W Polsce najciekawszą moim zdaniem pracą poświęconą koncepcji prawa Rawlsa pozostaje publikacja M. Rupniewskiego, *Prawo jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji w społeczeństwie demokratycznym. Filozofia polityczna Johna Rawlsa z perspektywy prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015.

² Oczywiście nie da się precyzyjnie wyznaczyć granicy pomiędzy filozofią prawa a filozofią polityczną we współczesnym państwie demokratycznym, gdzie prawo jest w swojej integralnej części efektem politycznych procesów legislacyjnych. Granica ta jest niemożliwa do wyznaczenia nie tylko w koncepcjach autorów uznawanych jednocześnie za przedstawicieli filozofii politycznej, lecz także filozofii prawa, takich jak np. Ronald Dworkin. Również najwybitniejsi przedstawiciele współczesnej filozofii politycznej, tacy jak chociażby James McGill Buchanan, John Rawls, Jürgen Habermas czy Alasdair MacIntyre, uprawiają filozofię prawa, tyle że na poziomie, który moglibyśmy określić mianem konstytucyjnego, podobnie jak najwybitniejsi przedstawiciele filozofii prawa, tacy jak np. Herbert Lionel Adolphus Hart czy John Finnis, którzy uprawiają filozofię polityczną w swych rozważaniach filozoficznoprawnych. Samo oddzielenie filozofii prawa od filozofii politycznej wydaje się zresztą mieć raczej czysto akademicki charakter. Na ten temat w bardzo podobnym kontekście pisałem już w M. Chmieliński, *Legal Change and Political Philosophy*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change*, Routledge, London–New York 2020, s. 5, a moje ujęcie tematu się nie zmieniło, w związku z czym nie będę tutaj rozwijał tej interesującej, ale bardzo obszernej tematyki.

³ T. Biernat, *Standards of Law-Making as the Parts of Normative Space in the Post-modern Democratic States. The Question of Justification and Legitimacy of Law*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change*, Routledge, London–New York 2020, s. 17–30.

tej aktywności, którym jest prawo; wystarcza jednakże zidentyfikowanie go w sposób najogólniejszy, czyli jako prawa *in genere*, odróżnionego od moralności, obyczajowości czy innych takich porządków.

Refleksja nad tworzeniem prawa, w ramach której odpowiedź na pytanie o istotę prawa ma charakter drugorzędny, jest więc raczej przedmiotem zainteresowania filozofii politycznej. Filozofia polityczna nie zajmuje się oczywiście wyłącznie legislacją, choć jest ona w państwie demokratycznym z pewnością jednym z najważniejszych przedmiotów jej zainteresowania. Filozoficzna refleksja nad legislacją obejmuje między innymi zagadnienia genezy władzy prawodawczej, jej suwerenności, podziału oraz warunków jej prawowitości. Zajmuje się ona wolnością w ogólności i poszczególnymi wolnościami jednostki w relacjach z władzą, a więc limitowaniem władzy prawodawczej oraz – będącego jej najpopularniejszym dzierżycielem – państwa. To ona definiuje dobro wspólne czy dobro ogółu oraz relacje między nim a dobrem jednostki, kwestie sposobu wyrażania woli przez suwerena oraz przekuwania tej woli w powszechnie obowiązujące prawo. Filozofia polityczna zajmuje się zagadnieniami wspólnoty politycznej i społeczeństwa obywatelskiego, które są punktem wyjścia dla zdefiniowania rodzaju i charakteru więzi łączących członków wspólnoty prawnej. Formułuje też najogólniejsze dyrektywy dla legislacji, która stanowi część aktywności władzy publicznej realizującej określoną politykę. Filozofia ta nie sprowadza się zatem tylko do dostarczania uzasadnienia prawodawstwa, ale pełni też funkcję heurystyczną. Dostarcza ona „pomysłów” na to, jak władza ta powinna być zorganizowana, po to, by np. nie przekształcała się we władzę absolutną albo realizowała najważniejsze cele politycznej wspólnoty czy społeczeństwa obywatelskiego.

Oddzielenie tworzenia prawa od jego wykonywania i orzekania na jego podstawie jest natomiast związane z podziałem władzy, który, jak wszyscy wiemy, pochodzi z oświeceniowych koncepcji Locke’a, Monteskiusza, a później Constanta, a zyskuje zupełnie nową jakość w połączeniu z jednej strony z pozytywizmem prawniczym i demokracją, a z drugiej z ostatecznym ukształtowaniem się na przełomie oświecenia i romantyzmu współczesnego państwa narodowego oraz obu kultur prawnych, czyli kultury prawa stanowionego i kultury *common law*.

Ogromna rola w tym zakresie przypada pozytywistycznej teorii prawa, która w sposób najbardziej spektakularny oddziela etap tworzenia prawa od etapów jego stosowania i wykładni. Tworzenie prawa w systemie prawa stanowionego związane jest przede wszystkim z jego zapisem w postaci ustawy. Wobec tego w popularyzatorskim uproszczeniu możemy powiedzieć, że w systemie tym zasadniczo to parlament tworzy prawo, a rząd, urzędnicy i sędziowie je stosują i na jego podstawie orzekają. W systemie *common law* sędziowie pełnią nieco bardziej aktywną funkcję. Jednakże w obu systemach mamy do czynienia jednocześnie z prawem ustawowym i prawem sędziowskim, ponieważ w granicach

dyskrecjonalności sędziowskiej oraz w przypadkach wprost przez ustawy nieuregulowanych sędziowie kontynentalni także tworzą prawo⁴. Jeśli dodamy do tego jeszcze prawo stanowione przez urzędników publicznych, to okazuje się, że w obu kulturach prawnych mamy do czynienia z prawem tworzoną przez parlamenty, urzędników państwowych i sędziów, a podziały władzy mają charakter raczej idealizacyjny niż rzeczywiście obowiązujący. Nie ma więc potrzeby zagłębiać się w różnice pomiędzy tymi dwiema kulturami prawnymi, ponieważ z punktu widzenia tak czy inaczej rozumianego tworzenia prawa rozważania teoretyków i filozofów na ten temat zasadniczo zachowują aktualność w odniesieniu do obu kultur prawnych.

Zagadnieniem tworzenia prawa zajmuje się oczywiście również teoria prawa, choć – jak podkreśla jeden ze współczesnych teoretyków prawa, Luc Wintgens – okazuje się, że nie poświęca ona temu zagadnieniu zbyt wiele miejsca⁵. Taka teoria potrzebna jest szczególnie tam, gdzie tworzenie prawa i prawna regulacja są zjawiskami powszechnymi, częstymi i codziennymi. Tak jest z pewnością w krajach podlegających transformacji (tzw. tranzycji) ustrojowej (Europa Środkowa i Wschodnia), ale również w Unii Europejskiej, która – szczególnie po przyjęciu nowych członków – niezwykle intensywnie pracuje nad ujednoliceniem różnych rozwiązań za pomocą chociażby dyrektyw, co sprawia, że również „starzy” członkowie UE muszą te nowe przepisy uwzględniać we własnych systemach prawnych. Na podkreślenie zasługuje również raczej smutny fakt, że teoria tworzenia prawa jest szczególnie ważna z punktu widzenia krajów, które z powodów historycznych zmuszone są stale przebudowywać swoje systemy. Niestety, jednym z bardzo charakterystycznych przykładów takich państw pozostaje bez wątpienia Polska, która – można rzec – jest od jakichś trzystu lat w stanie permanentnej transformacji ustrojowej. Najpierw zabory spowodowały wprowadzenie obcych praw i zwyczajów na tereny objęte pierwszą RP, następnie okres między dwiema wojnami światowymi, w którym miało miejsce przyspieszone ujednolicanie prawa i tworzenie z trzech systemów, następnie okres po drugiej wojnie światowej, w którym budowano prawo marksistowskie, po upadku komunizmu okres odbudowy prawa nieopartego na założeniach ideologii marksizmu-leninizmu, a po wstąpieniu do UE dalsza przebudowa i tego systemu,

⁴ Na temat dyskrecjonalności sędziowskiej patrz B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004. Patrz też np. D. Dąbek, *Prawo sędziowskie w polskim prawie administracyjnym*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2010. Porównanie elementów systemów *common law* i polskiego systemu prawnego patrz np. M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*, Warszawska Firma Wydawnicza, Warszawa 2009.

⁵ L.J. Wintgens, *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate, Farnham 2012, s. 1; *idem*, *Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence*, [w:] *idem* (red.), *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2002, s. 10.

związana z ujednolicaniem prawa europejskiego. To wszystko sprawia, że polskie prawo jest w znacznym stopniu wykorzenione i w przeciwieństwie do prawa większości państw Europy Zachodniej ciągle od nowa budowane. Można powiedzieć, że przez to mechanizmy tworzenia prawa są w Polsce historycznie „rozpędzone do zawrotnej prędkości”, z czego wynikają zjawiska inflacji, a nawet hiperinflacji prawa⁶.

Fakt, że polski system prawa jest w permanentnej „budowie”, a Polska z tej perspektywy jest państwem szczególnym, ma jednak pewną ważną zaletę – tworzenie prawa jest dla polskich teoretyków prawa ważne. W przeciwieństwie do wielu zachodnich teorii prawa polska teoria prawa zajmowała się i zajmuje zagadnieniem tworzenia prawa⁷. Na szczególne zainteresowanie zasługują prace łódzkiego teoretyka prawa – Jerzego Wróblewskiego. Powiązanie badań nad tworzeniem prawa z teorią poznania i aksjologią, interdyscyplinarne, otwarte podejście do badania tworzenia prawa czy założenie równowagi między homeostazą systemu i jego zmiennością to – według mnie – niezbędne punkty wyjścia do

⁶ Istnieje znacząca liczba publikacji na ten temat, a skalę zjawiska zawsze najlepiej oddają liczby. Z raportu przygotowanego przez LEX Wolters Kluwer wynika, że w samym 2020 roku w Polsce ogłoszono 125 890 nowych przepisów, 22 567 zostało przynajmniej raz znowelizowanych, a tzw. ustawa covidowa była nowelizowana 66 razy. Przy tym rok ten zdecydowanie nie był rokiem rekordowym w tym zakresie – patrz: J. Jasione, *Produkcja prawa w Polsce – raport inflacji prawa w 2020 r.*, 2021, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/produkcja-prawa-w-polsce-raport-inflacji-prawa-w-2020-r,505769.html> (dostęp: 30.04.2024).

⁷ Jak wyżej wspomniałem, Luc Wintgens od lat zwraca uwagę na deficyt zainteresowania tworzeniem prawa w gronie teoretyków i filozofów prawa. Z pewnością nie da się tego jednak powiedzieć o polskiej teorii prawa, która od czasów co najmniej Leszka Nowaka zajmuje się tworzeniem prawa jako samodzielnym zagadnieniem (np. Jerzy Wróblewski, Jerzy Oniszczyk) albo przy okazji rozwijania koncepcji racjonalnego legislatora, czyli w kontekście wykładni prawa (Leszek Nowak, Jerzy Wróblewski, Sławomira Wronkowska, Zygmunt Ziemiński, Maciej Zieliński, Marek Zirk-Sadowski, Lech Morawski, Artur Kozak, Jerzy Kmita, Zbigniew Tobor). Tacy autorzy, jak np. Lech Morawski czy Piotr Kantor-Kozdrowicki zwracają uwagę na tę specyfikę polskiej teorii prawa. Poniżej wrócę jeszcze do tego zagadnienia. Jako samodzielnym zagadnieniem, tworzeniem prawa zajmują się np. wspomniany J. Wróblewski, ale też J. Oniszczyk. Boga ta polska legisprudenca wskazuje, że można się tym zagadnieniem zajmować w dwojaki sposób. Po pierwsze, jako zagadnieniem teoretycznym i filozoficznym, obejmującym kwestie rozmaitych zasad i przesłanek tworzenia prawa w ogólności oraz w sposób bardziej techniczny, czyli dotyczący prawideł legislacyjnych z zakresu aktu normatywnego jako takiego, lub w odniesieniu do poszczególnych dziedzin prawa. Najczęściej jednak oba te podejścia są ze sobą związane. Patrz: J. Oniszczyk, *Prawo i jego tworzenie. Wybrane zagadnienia*, Wydawnictwo WSHiP, Warszawa 1999; *idem*, *Tworzenie aktów normatywnych jako instrument polityki publicznej. Technika budowy tekstu*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 3(3); C. Kosikowski, *Wybrane zagadnienia tworzenia prawa finansowego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1995, s. 18–23; B. Brzeziński, *Zasady tworzenia prawa finansowego (próba sformułowania)*, „Państwo i Prawo” 1986, z. 5, s. 66–67; J. Barcz (oprac.), *Wytoczne polityki i techniki prawodawczej. Zapewnienie skuteczności prawa Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, Warszawa 2009.

badania tworzenia prawa w ogólności. Oprócz powyższych dwa spostrzeżenia Wróblewskiego są szczególnie inspirujące z punktu widzenia tej pracy. Po pierwsze spostrzeżenie, że aksjologiczne uwarunkowania prawa stanowią fakt *sui generis*. Oznacza to, że prawo musi być oceniane w relacji do przyjętego systemu aksjologicznego, a prawodawca porusza się w jego ramach, system ten kształtuje zaś jego podejście do tworzenia prawa⁸. Po drugie natomiast spostrzeżenie, że tworzenie prawa koniecznie wiązać należy z teorią poznania. Choć swoje prace poświęcone tworzeniu prawa Wróblewski przygotowywał w okresie, w którym aksjologia marksizmu stanowiła jeszcze główny punkt odniesienia polskiej legislacji, jego ustalenia są bardzo przydatne do badania aksjologicznych uwarunkowań również współczesnej legislacji. Nie oznacza to jednak, że książkę tę oparłem na teorii Wróblewskiego. Realny socjalizm, w którym opracowywał on swoją teorię, należy już (na szczęście) do historii. Jednocześnie, jeżeli marksizm uznać za pochodną oświeceniowego modernizmu i secentyzmu, to wypracowane przez Wróblewskiego narzędzia badawcze można z powodzeniem stosować do badania współczesnego, kreacjonistycznego podejścia do legislacji. To ostatnie opiera się bowiem na utylitaryzmie oraz konstruktywizmie i stanowi również rodzaj oświeceniowego modernizmu, choć oczywiście pozbawionego charakterystycznych dla marksizmu znamion społecznego holizmu i założeń klasowości⁹. Co więcej, polska koncepcja racjonalnego legislatora, zapoczątkowana przez Nowaka¹⁰, rozwijana właśnie przez Wróblewskiego¹¹, a następnie m.in. przez Wronkowską¹², Ziemińskiego¹³, Zielińskiego¹⁴, Zirka-Sadowskiego (krytycznie)¹⁵, Morawskiego

⁸ J. Wróblewski, *Epistemologiczne i aksjologiczne uwarunkowanie tworzenia prawa*, [w:] *idem, Pisma wybrane*, wybór i wstęp M. Zirk-Sadowski, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 445.

⁹ Napięcie między historycyzmem, woluntaryzmem a ekonomizmem marksistowskiego uzasadnienia prawodawstwa analizowałem już w rozdziale pt. *Economism, voluntarism, and materialist historicism: Three Faces of the Marxist Instrumental Approach to Legal Change*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London–New York 2020.

¹⁰ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973.

¹¹ J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 1984; *idem, Model racjonalnego tworzenia prawa*, „Państwo i Prawo” 1973, z. 11; *idem, Tworzenie prawa a wykładnia prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 6.

¹² S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 1990.

¹³ Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Wydawnictwo Ars boni et aequi, Poznań 2001.

¹⁴ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2002.

¹⁵ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 1990.

(„bardzo” krytycznie)¹⁶, Kozaka¹⁷, Kmitę¹⁸ czy Tobora¹⁹, może stanowić punkt odniesienia do badań nad tworzeniem prawa, nawet jeśli jest ona zasadniczo idealizacją stosowaną i wykorzystywaną przede wszystkim do celów wykładni²⁰. Rekonstrukcja racjonalności tworzącego przepis prawodawcy jest bowiem punktem odniesienia dla odwołującego się do niej prawnika, który dokonując wykładni prawa, musi sobie te intencje (racje) ustawodawcy w sposób uporządkowany przedstawić. W niniejszej pracy również odwołuję się do racjonalności prawodawcy, tyle że interesuje mnie ona na etapie tworzenia, a nie wykładni prawa. Takie rozważania mogą oczywiście również dostarczyć pewnych bardzo ogólnych wskazówek sędziemu czy urzędnikowi dokonującemu wykładni, ale biorąc pod uwagę przedmiot tej pracy, ich przydatność w procesie wykładni jest ograniczona. Cel tej pracy w każdym razie nie jest taki. Jest nim natomiast pokazanie źródeł pewnego sposobu myślenia o tworzeniu prawa w kulturze zachodniej, której bardzo istotną częścią jest filozofia.

Natomiast Wróblewski zwraca uwagę na kwestie istotne dla tworzenia prawa, rozumianego nie tylko jako jego racjonalizacja. Wyraża on bowiem bardzo trafne spostrzeżenie, że punktem wyjścia dla zrekonstruowania głębokich aksjologicznych fundamentów tworzenia prawa jest teoria poznania i rodzaj

¹⁶ L. Morawski, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 11(657).

¹⁷ A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997.

¹⁸ J. Kmita, *Etyczny aspekt koncepcji racjonalnego prawodawcy*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 1990.

¹⁹ Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

²⁰ Ogólnie rzecz biorąc, wśród polskich przedstawicieli filozofii i teorii prawa trudno znaleźć kogoś, kto by się na temat racjonalnego prawodawcy nie wypowiadał, afirmując tę koncepcję lub z nią polemizując w kontekście związanym głównie z wykładnią prawa. Na ten temat patrz m.in. P. Kantor-Kozdrowski, *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, t. 7, nr 1, s. 99; L. Morawski, *Teoria prawodawcy...*, s. 1; A. Bator, *Założenie racjonalnego prawodawcy w polskiej debacie toretycznoprawnej. Punkt wyjścia i jego krytyka*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. CXX/1, s. 21–22. Wśród polemistów są m.in. wyżej wymienieni L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, A. Bator, niewymienieni, m.in. Wiesław Lang, Tadeusz Gawrysiak – patrz: L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1988; W. Lang, L. Morawski, T. Gawrysiak, *Interpretacja prawnicza jako szczególnie rodzaj interpretacji humanistycznej*, „Studia Filozoficzne” 1975, nr 12(121); L. Morawski, *Koncepcja „prawodawcy doskonałego” i jej zastosowanie w prawoznawstwie. Próba krytycznej analizy książki Leszka Nowaka „Interpretacja prawnicza”*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 1–2, s. 127 i nast. Należy jednak pamiętać, że nie jest to tylko specyfika polska. Wśród nawiązujących do koncepcji racjonalnego prawodawcy są m.in. L. Wintgens, *Legisprudence...*; L.J. Wintgens, D. Oliver-Lalana (red.), *The Rationality and Justification of Legislation, Essays in Legisprudence*, Springer, Heidelberg 2012.

racjonalności. Jeśli nie ograniczamy się do kreacji czy korekty prawa, ale bierzemy też pod uwagę cele homeostatyczne systemu i konieczną równowagę pomiędzy kreowaniem a zachowaniem, to historycznie rodzajów tej racjonalności mamy bardzo wiele, łącznie nawet z zakładaną przez średniowieczny nominalizm supraracjonalnością boskiego kreatora praw. Ja dostrzegam przede wszystkim dwa dominujące sposoby podejścia do tworzenia prawa. Pierwszy bazuje na racjonalistycznym konstruktywizmie, drugi natomiast na empirystycznym utylitaryzmie. Oba wytwarzają podejście, które najlepiej wydaje się oddawać termin użyty już przeze mnie w poprzednich pracach, a mianowicie „prawny kreacjonizm”²¹.

W kreacjonistycznym paradygmacie legislacji prawodawca kreuje prawo przez pryzmat obu kryteriów – kryterium od-podmiotowego, konstruktywistycznego, którym jest domniemana, racjonalna i rozumna zgoda na prawo, oraz kryterium od-przedmiotowego, którym jest obiektywna, społeczna użyteczność normy. W akcie prawodawczym zawarty jest więc element wolitywnej kreacji, nawet jeśli prawodawca decyduje się inkorporować gotowy wzorzec normatywny bez żadnej w istocie modyfikacji. Model ten wywodzi się z obu największych i jednocześnie przeciwnych sobie filozoficznych teorii poznania: racjonalistycznej tradycji kontynentalnej i empirystycznej tradycji anglosaskiej, które jednak zgadzają się, że prawo nie może być wynikiem klasycznej *mimesis*, możliwie dokładnego naśladowania transcendentnego wzorca normatywnego, lecz ma być wyrazem woli demokratycznego suwerena. W koncepcji tej nie może być zatem mowy o dogmatycznej determinacji prawa przez jakieś odwieczne, niepodlegające dyskusji prawo boskie czy naturalne. Prawo nie jest w niej obiektywnym bytem, lecz pochodną i dopełnieniem ludzkiej wolności. W myśl tej koncepcji względnie swobodna kreacja ustawodawcy, będącego reprezentacją suwerena, staje się fundamentalnym wzorcem legislacji, a prawo – jako pochodna tej kreacji – oddzielone zostaje od wszelkich innych porządków normatywnych, zarówno praw zwyczajowych, jak i prawa naturalnego, norm moralnych czy zasad sprawiedliwości. Nie oznacza to oczywiście kwestionowania powszechnego obowiązywania tych innych porządków normatywnych, lecz wyizolowanie z szerokiej przestrzeni normatywnej zespołu czy systemu norm kreowanych przez państwo lub inny podmiot publiczny, które obowiązują jako prawo stanowione. Prawo stanowione postrzegane jest za sprawą tego wyizolowania jako prawo *sensu stricto* albo jedyne „rzeczywiście obowiązujące” prawo. Tym samym również legislacja, której jest ono produktem, zaczyna być postrzegana jako jedyne prawowite źródło prawa.

²¹ M. Chmieleński, *Legal Determinism or/and Legal Creationism. Conservative-Communitarian versus Contractarian Approaches to Legal Change*, [w:] M. Chmieleński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London–New York, s. 77–95.

Taka koncepcja legislacji jest przedmiotem rekonstrukcji i analiz dokonywanych przez wielu autorów, głównie zresztą socjologów prawa, jego historyków i ekonomistów, którzy rozmaicie określają takie podejście. Harold Berman, historyk i socjolog prawa, wpisuje tę koncepcję w swą wizję rewolucyjnej zmiany prawa jako istoty zachodniej kultury prawnej w ogólności²². Friedrich von Hayek, ekonomista, konstytucjonalista i myśliciel polityczny, uważa natomiast, że legislacja taka stanowi efekt historycznej ewolucji, prowadzącej do przerostu i zwyrodnienia prawodawstwa. Historycznym źródłem tej ewolucji są według niego akty XVI- i XVII-wiecznych władców i ich administracji, dotyczące nakładania i określania wysokości podatków oraz organizowania prac rządu i parlamentu, a jej punktem dojścia czy efektem jest, zdaniem Hayeka, błędny i fałszywy obraz prawa wykreowany przez pozytywizm prawniczy²³. Natomiast Luc Wintgens, współczesny przedstawiciel filozofii prawa i legisprudencji, wiąże tę koncepcję z powszechnym w kulturze prawnej świata zachodniego założeniem, które określa mianem legalizmu²⁴. Przekonuje on jednocześnie, że stanowisko takie zdominowało współczesną kulturę prawną. Socjolog prawa John Griffiths określa to podejście jako „prawny centralizm”²⁵, a inny socjolog prawa – Brian Tamanaha wiąże je z koncepcją „prawnego monizmu”²⁶, przy czym według obu jego istotą jest właśnie pozytywistyczne przekonanie, że istnieje tylko jedno prawo, które jest prawem tworzoną przez państwo i zależnym od rozkazu suwerena²⁷. Wszyscy wyżej wspomniani autorzy postrzegają to zjawisko polemicznie, jednocześnie zakładając, że jest ono współcześnie zjawiskiem dominującym. Wszyscy oni, moim zdaniem, opisują i rekonstruują rozmaite aspekty tego samego w istocie elementu współczesnej kultury prawnej, który wiąże się ze zjawiskiem kreacji norm prawnych przez władze legislacyjne zachodnich społeczeństw demokratycznych.

Wyżej wspomniani autorzy zwracają też uwagę, że historyczno-kulturowe źródła takiego podejścia wiążą się przede wszystkim z różnymi, często rewolucyjnymi przemianami społeczno-kulturowymi. Berman wiąże je przede wszystkim z protestantyzmem i związaną z nim indywidualizacją poznania religijnego, która pociąga za sobą przekonanie o doczesnych, ludzkich źródłach prawa²⁸. Hayek kojarzy je z rozrastaniem się organizacyjnych funkcji państwa i przekształcaniem tych początkowo ściśle limitowanych funkcji, wyrażających

²² H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1995.

²³ F.A. Hayek, *Prawo, legislacja i wolność*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2020, s. 207.

²⁴ L.J. Wintgens, *Legisprudence...*, s. 9.

²⁵ J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism” 1986, vol. 1, no. 3.

²⁶ B. Tamanaha, *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*, Oxford University Press, New York 2021, s. 5.

²⁷ B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review” 2008, vol. 30(375), s. 376.

²⁸ H.J. Berman, *Prawo i rewolucja...*, s. 43.

się np. w nakładaniu podatków, w dominującą, prawowitą formę prawa w ogólności. Ta dominująca forma prawa stanowionego przez legislaturę wyrasta zatem z konieczności stanowienia reguł organizacyjnych²⁹. Zarówno Hayek, jak i Wintgens zwracają uwagę, że filozoficzne źródła tego podejścia wiążą się z późnośredniowiecznym przewrotem nominalistycznym, kartezjańskim racjonalizmem i konstruktywizmem³⁰, a także z oświeceniowym myśleniem o władzy politycznej i prawie w kategoriach umowy społecznej. Wedle Tamanahy podejście to wymuszane jest przez narastającą kompleksowość relacji społecznych, które współczesne demokracje pragną wobec tego centralnie, jednolicie i „odgórnie” uregulować³¹.

Te rozmaite stanowiska, deskrypcje i określenia pokazują wyraźnie, że przemiana paradygmatu legislacyjnego w stosunku do historycznie wcześniejszej formuły „klasycznej”, tj. podejścia, które określam jako stanowisko deterministyczne, jest wieloaspektowa. Zarówno wspomniane przemiany w ramach ontologii i epistemologii, związane ze średniowiecznym przewrotem nominalistycznym, jak i konsekwencje tych przemian, czyli protestancka indywidualizacja poznania religijnego, a następnie kartezjański racjonalizm, indywidualizm i konstruktywizm to zmiany w sposobie myślenia o świecie, najdoskonalej odzwierciedlane przez filozofię jako domenę zajmującą się samym procesem myślenia, a tym samym dziedzinę odzwierciedlającą w pewnym sensie stan umysłów i dominujące idee każdej epoki. Stanowi ona głębokie intelektualne zaplecze kształtowania się współczesnej demokratycznej kultury politycznej i związanej z nią kultury prawnej. Jest bowiem refleksją nad istotnymi elementami tej kultury. Wszyscy wspomniani badacze źródeł legislacji zgadzają się, że niebagatelną rolę w tym procesie odgrywała oświeceniowa idea umowy społecznej. To właśnie te fundamenty intelektualne pozwoliły na – opisywane przez Hayeka – rozrastanie się funkcji organizacyjnych państwa, które wymagały stanowienia nowych norm organizacji³². Zwiększająca się kompleksowość relacji społecznych, o której pisze Tamanaha, wymuszała z jednej strony to właśnie rozrastanie się, z drugiej zaś jednocześnie centralizowała proces stanowienia norm prawnych wokół państwa i przenosiła go w coraz większym stopniu w jego domenę. Demokratyzacja prawa w naturalny sposób przyczyniła się do pogłębienia tych procesów. Doprowadziło to w efekcie do brzemienego w skutki przekonania, że demokratyczne państwo ma być wyłącznym lub prawie wyłącznym kreatorem wszelkich norm prawnych. Był to oczywiście proces stopniowy i długotrwały³³. Jego źródła są moim zdaniem zakorzenione

²⁹ F.A. Hayek, *Prawo...*, s. 86.

³⁰ *Ibidem*, s. 56; L. Wintgens, *Legisprudence...*, s. 10.

³¹ B. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism...*, s. 380; B. Tamanaha, *Legal Pluralism...*

³² F.A. Hayek, *Prawo...*, s. 191.

³³ Wspomniani autorzy podejmują próby zrekonstruowania poszczególnych etapów tej ewolucji myślenia o prawodawstwie. Ich koncepcje naświetlają poszczególne aspekty tego procesu,

w obu najważniejszych, postnominalistycznych teoriach poznania: od-podmiotowej, racjonalistycznej teorii kartezjańskiej i od-przedmiotowej teorii charakterystycznej dla empiryzmu. W kolejnych rozdziałach postaram się zrekonstruować te dwa fundamenty prawnego kreacjonizmu i przekonująco pokazać ich najważniejszą konsekwencję na tej metaetycznej i metaprawnej płaszczyźnie wywodzącej się właśnie z teorii poznania.

nie obejmując jednak wszystkich elementów potrzebnych do możliwie pełnego zrozumienia procesu ukształtowania się współczesnej kultury prawnej, której pochodną stanowi – moim zdaniem – zjawisko prawnego kreacjonizmu. Pamiętać też należy, że za koncepcjami takich autorów jak Hayek kryją się sympatie i antypatie polityczne, które czasem sprowadzają jego niezwykle trafne i wysublimowane rozważania na manowce zbyt daleko idących badawczych uproszczeń. Na temat metodologicznych stanowisk współczesnego marksizmu piszą m.in. Erik Olin Wright, Andrew Levine i Elliot Sober, wskazując, że współczesny marksizm analityczny, w przeciwieństwie do wczesnego marksizmu, właściwie rezygnuje z podejścia metodologicznego opartego na społecznym holizmie, a reprezentuje raczej stanowisko antyredukcyjistyczne. Na ten temat por. np. E.O. Wright, A. Levine, E. Sober, *Marxism and Methodological Individualism*, [w:] D. Martravers, J. Pike (red.), *Debates in Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, Routledge, New York 2003, s. 54.

2. Nominalizm i dwie koncepcje poznania. Epistemiczny punkt wyjścia aksjologii współczesnego prawodawstwa

Przewrót nominalistyczny powszechnie postrzegany jest jako punkt zwrotny w filozofii oraz źródło współczesnego indywidualizmu i tym samym całej współczesnej (przynajmniej zachodniej) kultury. Nominalizm jest jednym z filarów nowożytnego indywidualizmu¹. Najważniejszą konsekwencją nominalizmu i związanego z nim metodologicznego indywidualizmu nowożytnej filozofii i nowożytności w ogóle stało się skoncentrowanie zainteresowania na fundamentalnym pytaniu epistemologicznym, które odsunęło na drugie miejsce dotychczas pierwotne pytanie ontologiczne². Mówiąc najprościej, założenie, że poznajemy tylko byty indywidualne, a powszechniki są jedynie konstruktami naszego umysłu, sprawiło, iż pytanie o istotę poznania musiało stać się pytaniem wstępnym i pierwotnym wobec pytania o istotę bytu.

Jego początki wiążą się z XII-wiecznym sporem wśród średniowiecznych scholastyków. Myśliciele-nominaliści tworzyli w ramach scholastyki mniejszościową opozycję. Należący do tego grona Roscelin oraz jego uczeń Piotr Abelard opierali się w swoich rozważaniach na antyrealistycznej interpretacji Arystotelesa. Wychodząc od tej interpretacji Piotr Abelard zakwestionował pozaumysłowe istnienie uniwersaliów, co wyewoluowało w późniejszą tezę nominalizmu o tym, że uniwersalia, powszechniki nie są niczym więcej niż nazwami (łac. *nomina*)³. Obok Piotra Abelarda najznamienitszymi,

¹ Fundamentalnym założeniem indywidualizmu jest to, że w świecie społecznym jedynymi realnie istniejącymi bytami są jednostki, natomiast byty reprezentujące zbiorowości nie są jakimś odrębnymi bytami w sensie ontologicznym, tj. należy je traktować jako agregaty jednostek. Trudno sobie więc wyobrazić indywidualizm bez nominalizmu, choć oczywiście sam nominalizm nie musi wiązać się z indywidualizmem, a szczególnie z indywidualizmem społecznym we współczesnym tego słowa rozumieniu. Na ten temat istnieje potężna literatura przedmiotu (literatura na temat indywidualizmu została przeze mnie dość obszernie omówiona w konkluzjach do: M. Chmieliński, *Max Stirner. Jednostka, społeczeństwo, państwo*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2006). Pisze o tym dość zwięźle np. F. di Iorio, *Nominalism, Supervenience and Methodological Individualism*, 2020, s. 3, http://www.rivistapolitica.eu/wp-content/uploads/Politica_Pagine_Nuove_2020_Estratto_Di_Iorio-2.pdf (dostęp: 17.08.2024).

² L. Wintgens, *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate, Farnham 2012, s. 15.

³ Według Williama Courtenaya termin „nominalizm” po raz pierwszy użyty został w XII wieku właśnie do opisu takiego stanowiska wobec powszechników. Później to jego użycie

aczkolwiek już późniejszymi przedstawicielami nominalizmu byli Henryk z Gandawy, Jan Duns Szkot i oczywiście – najsłynniejszy z autorów tego nurtu – Wilhelm Ockham⁴.

2.1. Boska kreacja jako źródło bytu: supraracjonalność praw boskich

Punktem wyjścia dla stanowiska nominalistów był odmienny, a także niezwykle brzemienisty w skutki sposób pojmowania Boskiej omnipotencji. Podczas gdy św. Tomasz z Akwinu czy jego mistrz Albert Wielki, a za nimi większość scholastyków, uznawali Boga za istotę omnipotentną, ale jednocześnie absolutnie racjonalną i sprawiedliwą⁵, nominaliści postawili radykalną tezę, zgodnie z którą Boska omnipotencja zakłada absolutnie wolną Boską wolę, która wprawdzie nie jest irracjonalna, lecz bywa i przynajmniej dla człowieka jest supraracjonalna (Jan Duns Szkot)⁶. Innymi słowy, decyzje Boskie, a więc i Boska sprawiedliwość, mogą kreować inną, niedostępną dla ludzkiego zrozumienia i poznania postać racjonalności. Jan Duns Szkot oraz podążający za nim w tym względzie Ockham przyjmowali więc między innymi, że Bóg w swej omnipotencji nie jest związany naturalną przyczynowością, a jedynym ograniczeniem jego mocy jest niesprzeczność jego decyzji. Ockham wywodził w związku z tym, że Bóg nie stworzył świata dla człowieka i wobec tego nie oddziałuje na niego nic, cokolwiek człowiek czyni. Wizja ta jest radykalizowaniem koncepcji predestynacji, opartej odtąd wyłącznie na woli Bożej, ale oznacza też, że Bóg nie jest związany własną kreacją. Dla Ockhama założenie takie jest tożsame z zakwestionowaniem niezmienności boskich praw oraz przesunięciem akcentu z rozumności jako fundamentu dla tych praw w stronę prymatu woli jako ich podstawy. W ten sposób niczym nieuwarunkowana Boska wola staje się fundamentem boskiego procesu decyzyjnego i boskiej legislacji. Prawo boskie i prawo naturalne stają się wyłącznie wyrazem absolutnie wolnej Boskiej woli.

popadło w zapomnienie i dopiero w XV wieku zaczęło być ponownie używane na określenie nowoczesnej metody filozoficznej odróżnianej od metody klasycznej, która była charakterystyczna dla Arystotelesa, i opartej na nim scholastyki. W.J. Courtenay, *Nominalism and Late Medieval Religion*, [w:] Ch. Trinkaus, H. Oberman (red.), *The Pursuit of Holiness in Late Medieval and Renaissance Religion*, Brill, Leiden 1974, s. 52–53.

⁴ Na temat głównych założeń średniowiecznego nominalizmu Ockhama i jego zwolenników patrz: C. Panaccio, *Ockham's Nominalism. A Philosophical Introduction*, Oxford University Press, New York 2023, s. 2 i nast. Na ten temat patrz też: W.J. Courtenay, *Ockham and Ockhamism: Studies in the Dissemination and Impact of His Thought*, Brill, Leiden 2008, s. 155–207.

⁵ Albertus Magnus, *S. Th. I m II tr. 19 quo 77, Opera omnia*, A. Borgnet (red.), Paris 1890–1899; *III Sent. d. 20 b, a. 2*; Thomas, *S. Th. I qu o 25 a. 5 ad 1*.

⁶ J. Duns Scotus, *Opera omnia*, K. Balic (red.), Typis Polyglottis Vaticanis, 6: 3, Rome 1950, s. 64–68.

Na płaszczyźnie teologicznej niezwykle istotną konsekwencją założeń nominalizmu jest rewolucyjna przemiana paradygmatu myślenia o interpretacji Biblii⁷. Poznawczy indywidualizm Ockhama zakłada indywidualne badanie i interpretację przez wiernych Pisma Świętego, co jest flagowym założeniem społecznej rewolucji, jaka wiązała się z ruchem reformacji w Kościele. Luter, Kalwin czy Münzer zakładali za Ockhamem wizję Boskiej omnipotencji i podobnie jak nominaliści akcentowali doktrynę łaski oraz sprzeciwiali się tezie o konieczności istnienia papieskiego pośrednika w interpretacji Pisma Świętego⁸, a co za tym idzie – również aktywności Stolicy Piotrowej w legitymizowaniu władzy świeckiej. Najważniejszym z punktu widzenia epistemologii wkładem reformatatorów Kościoła było założenie indywidualnej interpretacji Pisma Świętego, które zakładało indywidualizację poznania.

W planie ontologicznym koncepcji Ockhama opisanemu wyżej założeniu o Boskiej omnipotencji towarzyszy założenie o głębokiej różnicy pomiędzy bytem boskim a wszystkimi innymi bytami, które stanowią efekt Boskiej kreacji. Takim bytem jest także człowiek. Bóg jest dla Ockhama bytem nieskończonym oraz jedynym bytem koniecznym i nieuwarunkowanym. Świat stanowiący efekt Boskiej kreacji jest natomiast skończony, niekonieczny i uwarunkowany oraz rządzony przez konieczność, jaką Boska wola nań nakłada. Dla Ockhama oznacza to, że nie mogą obiektywnie istnieć żadne uniwersalia, np. takie jak rodzaj czy gatunek. Proces kreacji świata, będący wyrazem wyłącznie Boskiej woli, ma charakter indywidualny. Jest stworzeniem czegoś z niczego, stworzeniem rzeczy indywidualnej bezpośrednio albo pośrednio, tj. poprzez procesy przypadkowego rozmnażania, namnażania czy powstawania jednej rzeczy z drugiej. Zdaniem tego myśliciela założenie koniecznego i obiektywnego występowania uniwersaliów byłoby sprzeczne z założeniem Boskiej omnipotencji, ponieważ oznaczałoby, że Bóg w swoim procesie kreacji jest jakoś skrzepowany takimi uniwersalnymi wzorcami myślenia. Tymczasem wszechmocny Bóg nie potrzebuje żadnych powszechników. Uniwersalia potrzebne są niedoskonałemu ludzkiemu rozumowi po to, by podjąć próbę zrozumienia i skategoryzowania przebogatej indywidualnej różnorodności, będącej efektem procesu tworzenia świata⁹. Mają one znaczenie czysto logiczne, nie zaś ontologiczne¹⁰. Przynajmniej dwa z tych fundamentalnych teologiczno-filozoficznych założeń Ockhama i nominalistów mają ogromne konsekwencje dla europejskiej kultury, oddziałując daleko poza sferę teologii.

⁷ R. Keele, *Ockham Explained. From Razor to Rebellion*, Open Court, Chicago 2010.

⁸ Teza ta w przypadku Ockhama, podobnie jak w przypadku Lutra, była zresztą również przejawem stanowiska politycznego, zdecydowanie broniącego niezależności władzy świeckiej od papieża.

⁹ J. Largeault, *Enquête sur le nominalisme*, Beatrice-Nauwelaerts, Paris–Louvain 1971, s. 54.

¹⁰ M.A. Gillespie, *Nihilism Before Nietzsche*, University of Chicago Press, Chicago–London 1995, s. 18.

Są nimi założenie o Boskiej wszechmocy oraz wywiedzione z niego założenie, że powszechniki są jedynie abstrakcyjnymi nazwami pomagającymi w zrozumieniu świata złożonego z bytów indywidualnych¹¹.

2.2. Poznawczy indywidualizm i subiektywizm

Zajmijmy się najpierw, pokrótce, założeniem o odrzuceniu realnego bytu powszechników. Skutkuje ono bowiem odmienną, nowatorską i brzemionną w skutki wizją ludzkiej wiedzy oraz źródeł poznania. W planie epistemologicznym odrzucenie założenia o realnym istnieniu powszechników – charakterystycznego dla dominującej dotychczas scholastyki średniowiecznej – oznacza indywidualizację poznania. Skoro uniwersalia nie istnieją realnie, poznanie dotyczy jedynie rzeczy indywidualnych. W warstwie teologicznej epistemologii skutkuje to osłabieniem wagi abstrakcyjnego poznania rozumowego, opartego właśnie na powszechnikach na rzecz poznania opartego na intuicji wynikającej z badania rzeczy indywidualnych, które dla Ockhama staje się najpewniejszym dostępnym człowiekowi rodzajem poznania. Oznacza ono ni mniej, ni więcej,

¹¹ Teza o potężnym znaczeniu nominalizmu dla współczesnej kultury jest dość rozpowszechniona w literaturze przedmiotu. Bardzo wyraźnie wybrzmiewa ona u Charlesa Sandersa Peirce'a, który charakteryzował ten wpływ następująco: „In short, there was a tidal wave of nominalism. Descartes was a nominalist. Locke and all his following, Berkeley, Hartley, Hume, and even Reid, were nominalists. Leibniz was an extreme nominalist, and Rémusat who has lately made an attempt to repair the edifice of Leibnizian monadology, does so by cutting away every part which leans at all toward realism. Kant was a nominalist; although his philosophy would have been rendered compacter, more consistent, and stronger if its author had taken up realism, as he certainly would have done if he had read Scotus. Hegel was a nominalist of realistic yearnings. I might continue the list much further. Thus, in one word, all modern philosophy of every sect has been nominalistic”. Patrz: Ch.S. Peirce, *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce. Electronic Edition*, vol. I: *Principles of Philosophy*, Book 1: *General Historical Orientation*, Chapter 1: *Lessons from the History of Philosophy*, § 1: *Nominalism*, wers 19, <https://colorysemiotica.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/08/peirce-collectedpapers.pdf> (dostęp: 20.01.2024). Na ten temat piszą też obszernie: A.S. McGrade, *The Political Thought of William of Ockham. Personal and Institutional Principles*, Cambridge University Press, Cambridge 1974, s. 1 i nast.; C. Panaccio, *Ockham's Nominalism...*, s. 3 i nast., M.A. Gillespie, *The Theological Origins of Modernity*, University of Chicago Press, Chicago–London 2008, s. 11, 14. Teza ta, co warto podkreślić, pojawia się często w kontekście deklarowania sceptycyzmu wobec rozwoju współczesnej kultury, np. w pracach konserwatystów. Tutaj fundamentalna jest prawdopodobnie praca Richarda Weavera z 1948 roku, pt. *Idee mają konsekwencje* (pierwsze wydanie polskie Wydawnictwo Profesjonalnej Szkoły Biznesu, Kraków 1996; drugie wydanie polskie, do którego się tu odwołuję, to wydanie: R. Weaver, *Idee mają konsekwencje*, Wydawnictwo Prohibita, Warszawa 2010, s. 11). Zdecydowanie krytycznie oceniają też nominalistyczny zwrot Ockhama realisci związani z tomizmem czy katolicyzmem. Jak pisze Paul Forster, nominalizm bywa często postrzegany wręcz jako „doktryna demoniczna” – P. Forster, *Peirce and the Threat of Nominalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, s. 1–12.

że najpewniejsza wiedza płynie z badania rzeczy indywidualnych, obserwacji i wyciągania wniosków na podstawie intuicji dotyczącej poszczególnych faktów oraz uznania pewności tych faktów za fundament prawdy¹². Oczywiście niedoskonały umysł ludzki, inaczej niż umysł Boski, potrzebuje uniwersaliów i generalizacji. Jednak wedle Ockhama powiększanie liczby powszechników i generalizacji skutkuje zawsze oddalaniem się od faktów jako najpewniejszego źródła naszej wiedzy, a więc oddalaniem się od prawdy. Takie właśnie uzasadnienie posiada słynna „brzytwa Ockhama”, wedle której w myśleniu o świecie należy poszukiwać jedynie tego, co konieczne i unikać tworzenia powszechników ponad potrzebę. Wiedza pewna nie polega bowiem na uchwyceniu esencji rzeczy, lecz na odczytywaniu warunkowych związków i podobieństw między indywidualnymi egzystencjami¹³.

2.3. Wola jako źródło instytucji

Założenie Boskiej omnipotencji nieskrępowanej ludzką logiką i racjonalnością wprowadza na filozoficzny i kulturowy piedestał Boską, a przez to także ludzką wolę. Wola jest elementem dynamizującym i relatywizującym byt, ponieważ jest zmienna i zasadniczo niepodporządkowana rozumowi. Następuje więc przełamanie dotychczasowego scholastycznego paradygmatu rozumu jako fundamentu Boskich decyzji, a co za tym idzie – także jako fundamentu instytucji politycznych czy prawa. Jeśli bowiem rozum nie stanowi już pierwotnej przesłanki powołania do życia oraz funkcjonowania tych instytucji, to są one zmienne i nie są oparte na obiektywnych, jednolitych wzorcach. Innymi słowy, nie da się już dłużej po platońsku zakładać, że jakaś abstrakcyjna refleksja nad uniwersaliami doprowadzi nas zawsze do jednej i tej samej prawdy. Prawda ta bowiem leży w badaniu różnorodności indywidualnych Boskich kreacji. Bóg nie jest już rozpoznawalny jedynie przez przejawy swego działania, on jest samym działaniem. Jest przyczynowością działającą w samym „sercu *creatio ex nihilo*”, jak trafnie ujmuje to Michael Allen Gillespie¹⁴. Wobec tego w planie doczesnym co najmniej pod znakiem zapytania stawać musi zarówno założenie naturalnego pochodzenia władzy, jak i teza o niezmienności naturalnych praw. Jednocześnie, jeśli w planie Boskim władza jest wyrazem woli omnipotentnego Boga, to w planie ludzkim może być ona wyrazem woli władcy. Jeśli Boskie decyzje mogą być zmienne,

¹² M.A. Gillespie, *Nihilism...*, s. 19.

¹³ *Ibidem*, s. 19–20, patrz też: Ch.K. Brampton, *Nominalism and the Law of Parsimony*, „The Modern Schoolman” 1964, vol. 41, s. 273–281; A.A. Maurer, *Method in Ockham's Nominalism*, „The Monist” 1978, vol. 61, s. 426–443; *idem*, *Ockham's Razor and Chatton's Anti-Razor*, „Mediaeval Studies” 1984, vol. 46, s. 463–475.

¹⁴ M.A. Gillespie, *Nihilism...*, s. 25.

to naturalne prawa także. Klasyczny – starożytny i średniowieczny paradygmat, w ramach którego o instytucjach politycznych należy myśleć przede wszystkim w kategoriach rozumu, staje się przede wszystkim paradygmatem woluntarystycznym. Zdaniem Gillespiego, z którym wypada się tutaj zgodzić, ta formuła jest punktem wyjścia dla późniejszych, woluntarystycznych koncepcji doby romantyzmu, takich jak koncepcja Johanna Gottlieba Fichtego, a nawet załączkiem dziewiętnastowiecznego nihilizmu, jeszcze przed rozwinięciem tej koncepcji przez Maxa Stirnera czy Fryderyka Nietzschego¹⁵. W dobie renesansu natomiast jest ona punktem wyjścia dla koncepcji jednoosobowej władzy i wczesnych wizji absolutystycznych.

Z punktu widzenia modelu, wedle którego prawo stanowi efekt mniej lub bardziej swobodnej kreacji ustawodawcy, nominalizm kreuje fundament dwóch najważniejszych założeń myśli nowożytnej i współczesnej – założenia o indywidualizacji oraz subiektywizacji poznania i założenia o prymacie woli nad rozumem. Pierwsze stanowi epistemiczny fundament drugiego, z założeń dotyczących poznania wyprowadza się tutaj bowiem wnioski dotyczące wzorców normatywnych ludzkiego postępowania. Założenie prymatu woli nad rozumem ma więc charakter etyczny i polityczny w sensie normatywnym. Innymi słowy, etyka i filozofia polityczna nominalizmu bazują na określonej koncepcji poznania prawdy o świecie i są przez nią determinowane. Skutkiem przyjęcia założenia Boskiej omnipotencji stało się zakwestionowanie poznania opartego na powszechnikach. Tym samym runęło dotychczasowe założenie poznania opartego na zasadach o charakterze transcendentnym, te bowiem są uniwersaliami. Jeśli Bóg kreuje wyłącznie byty indywidualne, a uniwersalia tracą swój charakter ontologiczny, to pojawia się konieczność wypracowania własnych ludzkich powszechników, które nie mają już jednak dotychczasowego transcendentnego charakteru. Człowiek jest skazany na powszechniki w swoim myśleniu, jego rozum, w przeciwieństwie do rozumu Boskiego jest bowiem niedoskonały. Ogranicza to istotnie pole poznawczej pewności, redukując je do pewności całkowicie zanurzonej w doczesności. Jednocześnie stawia to tych, którzy tej pewności poszukują, przed niezwykle trudnym zadaniem poszukiwania nowych, całkiem już immanentnych i ludzkich fundamentów poznania prawdy, piękna i dobra.

Sama ta konstatacja wydaje się na pierwszy rzut oka pesymistyczna: dotychczasowy świat wydawał się racjonalny i rozumny, ponieważ Bóg był racjonalny i rozumny w stopniu najwyższym. Racjonalność i rozumność były zatem immanentnymi cechami zarówno świata przyrody, jak i świata społecznego – były po prostu efektem racjonalnej i rozumnej Boskiej kreacji. Boska racjonalność i rozumność były tymi samymi, które cechowały człowieka i łączyły go z Bogiem. Nominalistyczne założenie o boskiej supraracjonalności burzy ten fundament. Okazuje się, że możemy nie rozumieć Boskiej kreacji bytów i wzorców

¹⁵ *Ibidem*, s. xi.

normatywnych w taki sam sposób, jak pojmuje je Bóg, którego wyroki są niezbadane, a rozum nieodgadniony. Człowiek jest więc pozostawiony z mnogością i różnorodnością bytów indywidualnych, które teraz sam, na własny użytek porządkuje, co stawia go w obliczu potężnej niepewności. Przykładowo, dotychczas przekonany o obiektywnej i niepodważalnej przynależności określonych istot do określonego gatunku, sam musi je teraz sklasyfikować i nie ma już dla tej klasyfikacji żadnego potwierdzenia w porządku transcendentnych uniwersaliów, bo okazują się one nie być obiektywnym dziełem Bożym, a zaledwie wytworami ludzkiej, niedoskonałej myśli. Tak więc to, co dotychczas wydawało się niepodważalnym i trwałym fundamentem bytu, staje się teraz jedynie tworem niedoskonałego umysłu. Niczym biblijni Adam i Ewa wrzuceni przez Boga w czas w następstwie grzechu pierworodnego, człowiek wrzucony jest ze swym niedoskonałym umysłem w świat indywidualnej różnorodności i wielości bytów, gdzie w odnalezieniu prawdy mogą mu pomóc tylko jego własna obserwacja i jego własna logika.

W tym sensie z przewrotem nominalistycznym wiąże się rodzaj egzystencjalnej traumy. Człowiek średniowiecza, przyzwyczajony do myśli, że świat jest uporządkowanym kosmosem, w wyniku tego przewrotu staje w obliczu chaosu indywidualnych bytów. Jednak ta trauma ma też swój wymiar twórczy. Filozof czy badacz natury, bo przecież nie przeciętny zjadacz chleba, otrzymuje w ten sposób zadanie zbadania, uporządkowania na nowo i odnalezienia się w tym świecie bytów indywidualnych. Jeśli dotychczasowe wzorce i schematy okazują się schematami i wzorcami związanym jedynie z ludzką logiką i ludzkimi możliwościami, a nie stworzonymi przez samego Boga uniwersaliami, to oznacza, że są one gotowymi do wykorzystania wzorcami, lecz już niesięgającymi do sfery transcendencji i nieuzasadnianymi Bożą wolą. Tak więc wolność woli, władza, a przede wszystkim prawo, które dotychczas zakorzenione były w Boskim rozumie, stają się wolnością człowieka, władzą ludzką i ludzkim prawem. Jeśli Boska omnipotencja oznacza nieskrępowanie Boga uprzednimi wzorcami, to ludzka moc także¹⁶. Kreacja instytucji społecznych jest więc efektem ludzkiej mocy.

¹⁶ W tym kontekście nie sposób nie nawiązać do słynnej „tezy o sekularyzacji” Karla Löwitha. Zakładał on, że zasadniczo pojęcia nowożytne są zsekularyzowanymi pojęciami teologicznymi. Przekonanie to podzielał z pewnością Carl Schmitt w swojej *Teologii politycznej*, a także Carl L. Becker w *Państwie bożym osiemnastowiecznych filozofów*. Natomiast Hans Blumenberg polemizował z tą tezą, twierdząc, że zakłada ona rodzaj platońskiego substancjalizmu, podczas gdy w różnych epokach pojawiają się te same istotne pytania i problemy, na które należy odpowiedzieć, a spuścizna teologicznej przeszłości jest jedynie swoistą „hipoteką tych problemów” i nie oznacza trwania jakiejś niezmiennej, historycznej, teologicznej substancji, lecz poszukiwanie nowych odpowiedzi na te pytania. Patrz H. Blumenberg, *Prawowitość epoki nowożytnej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2019, s. 12, 63; *idem*, „Sekularyzacja”. *Krytyka pewnej kategorii historycznej nieprawowitości*, „Kronos” 2013, nr 2, s. 60; K. Löwith, *Historia powszechna i dzieje zbawienia. Teologiczne przesłanki filozofii dziejów*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2002, s. 22; C. Schmitt, *Teologia polityczna. Cztery rozdziały poświęcone nauce o suwerenności*, [w:] *idem*,

Prawo naturalne traci swój bezpośredni związek z prawem Bożym. Jest w nim rzecz jasna zakorzenione, ale w sposób odległy i coraz mniej konkretny, bo świadomość, że Boski umysł jest nieodgadniony dla niedoskonałego umysłu ludzkiego, przenosi ciężar i odpowiedzialność za prawo wyłącznie na człowieka. Nie jest to oczywiście jeszcze dzieło nominalistów i Ockhama. Więcej nawet – ani nominaliści, ani Ockham, ani będący ich spadkobiercami reformatory Kościoła, z pewnością nie są nawet świadomi tych konsekwencji. Jednak autorzy nowożytni tak właśnie rozwijają myśl nominalistów, budując koncepcje oparte na indywidualnej wolności, indywidualizmie i ludzkiej woli jako fundamencie prawa¹⁷. Wobec tego wyjściowe założenie naturalnej niedoskonałości ludzkiego poznania przekształca się w swoje przeciwieństwo i staje podstawą dla optymizmu poznawczego projektu europejskiego oświecenia – epoki kluczowej dla współczesnego modernizmu, ale i współczesnego świata¹⁸.

2.4. Optymizm versus pesymizm poznawczy

Stanowisko, wedle którego naturalne ograniczenia poznawcze ludzkiego umysłu zasadniczo nie ograniczają poznania, a co za tym idzie – rozpoznania społecznej przestrzeni normatywnej, można określić mianem optymizmu poznawczego. Od razu pragnę zaznaczyć, że jestem w pełni świadomy potencjalnie

Teologia polityczna i inne pisma, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2012, s. 77. Na temat polemiki Blumenberga z Löwithem zwięźle pisze Tomasz Detlaf w artykule *Teza o sekularyzacji Karla Löwitha w świetle krytyki Hansa Blumenberga*, „Przegląd Humanistyczny” 2021, t. 65(2), s. 20–35. Z punktu widzenia procesów opisywanych w niniejszej pracy nie jest istotne, czy mamy do czynienia z platońskim trwaniem jakiejś substancji w historii, czy jedynie z „hipoteką problemów”. Ważne jest natomiast pokłosie założeń nominalizmu i ta – albo nowa, albo wzorowana (nieistotne) na Boskiej – ludzka omnipotencja czy wolność.

¹⁷ Tak np. M.A. Gillespie, *The Theological...*, s. 28.

¹⁸ Podobny „mechanizm”, jednak odwołujący się do psychologicznego wyparcia, opisuje np. Odo Marquard, komentując w następujący sposób centralną ideę Hansa Blumenberga: „[...] w Prawowitości chodzi o to, że ludzie nie są w stanie znieść nominalistycznej koncepcji Boga. Dlatego wynajdują – jako pierwsze przezwyciężenie gnozy – średniowiecze, oraz – jako drugie przezwyciężenie gnozy – nowożytność: chroniąc się przed »absolutyzmem teologicznym« zbyt wszechmocnego Boga, wynaleźli kulturę samozachowania i samopotwierdzenia oraz nowożytną kulturę ciekawości”. Nie polemizując z tym ujęciem, uważam, że niezależnie od tego, czy chodzi tu o psychologiczne wyparcie, czy też o – pozbawiony elementu psychologicznego wyparcia – mechanizm „ubóstwienia człowieka” polegający na „internalizacji” cech „boskich” (a w istocie ludzkich, ale wyidealizowanych w postaci idealnych predykatów bóstwa), opisywany wcześniej np. przez przedstawicieli lewicy heglowskiej (i programowych ateistów, takich jak Ludwig Feuerbach czy Max Stirner), jest to schemat zdecydowanie rzucający się w oczy. Dotyczy on moim zdaniem również wyobrażeń na temat poznania. Potrzeba pewności poznawanego świata współistnieje przecież z poznawczym sceptycyzmem – O. Marquard, *Odciążenie od absolutu*, „Teksty Drugie” 2013, nr 5, s. 155 i nast.

mylącego wydzwiku tego określenia wobec złożoności filozoficznych teorii poznania, natomiast w kontekście, w którym posługuję się tym określeniem, chodzi o zaakcentowanie kontrastu pomiędzy nim a ujęciem, które można określić mianem poznawczego pesymizmu, bazującym na epistemicznym ograniczeniu, a więc na akcentowaniu niedoskonałości poznania. Takie ujęcie prezentowane jest głównie przez myślicieli konserwatywnych, takich jak np. Edmund Burke czy Joseph de Maistre. W koncepcjach konserwatystów naturalne ograniczenia poznawcze są traktowane jako element zasadniczo ograniczający aktywność legislatora i uzasadniają postawę raczej pasywną, sprowadzającą się do odczytywania zmian z praktyk i tradycji społecznych. Pokazuje to, że z konstatacji występowania tego samego ograniczenia poznawczego możemy w istocie wysnuć dwa przeciwstawne wnioski, czyli taki, wedle którego ograniczenia są nieprzezwyciężalną przeszkodą dla naszego poznania, albo taki, że są one niezbywalnym elementem naszych zdolności poznawczych i wobec tego należy tylko wydzielić sferę, w której poznanie jest możliwe i w jej granicach da się już je względnie swobodnie rozwijać¹⁹. Należy też podkreślić, że chodzi tutaj o optymizm poznawczy w bardzo wąskim sensie, dotyczący bowiem poznania i rozpoznania przede wszystkim naszej przestrzeni normatywnej, czyli świata człowieka i społeczeństwa, nie zaś o optymizm dotyczący poznania obiektywnego wobec człowieka świata przyrodniczego. Tu bowiem sprawa może wyglądać zgoła inaczej, choć wzorce i mechanizmy poznawcze są oczywiście podobne w obu sferach, czyli w świecie przyrodniczym i w przestrzeni normatywnej. Taki optymizm poznawczy *sensu largo*, dotyczący też świata przyrody, wiąże się np. z heglowsko inspirowanym materializmem historycznym Karola Marksa i Fryderyka Engelsa. Marks i Engels, stawiający koncepcje Hegla „z głowy na nogi”, mentalistyczne założenie racjonalizmu rzutowali bowiem także na świat przyrodniczy. Taka projekcja poskutkowała naiwnym poznawczo stanowiskiem, bazującym na założeniu, że skoro człowiek jest częścią przyrody, a świadomość jedynie formułą „wyżej zorganizowaną materii”, to wszystko w świecie przyrody jest wytłumaczalne i poznawalne, tylko należy dobrać do tego odpowiednie środki. Ten utopijny „naukowy” optymizm poznawczy przyczynił się do ukształtowania formuły radykalnego konstruktywizmu, o którym pisze Hayek, i który w sferze ekonomicznej przekształcił się w założenia centralnego planowania, w sferze społecznej poskutkował inżynierią społeczną, a w końcu na znaczącą część świata sprowadził totalitarne zniewolenie. Pokazuje to doskonale, jak fatalne skutki społeczne mogą wywoływać naiwne, fałszywe założenia poznawcze, obecne w pozornie niewinnej i niezależnej od władzy sferze naszego życia, jaką jest sfera poznania.

¹⁹ Na temat konserwatywnego ograniczenia poznawczego istnieje olbrzymia literatura przedmiotu, której tu nawet nie będę próbował wymieniać. Dla mnie inspiracją do zainteresowania się tą kwestią stał się świetny artykuł X. Marqueza, *An Epistemic Argument for Conservatism*, „Res Publica” 2016, nr 22, s. 405–422, <https://doi.org/10.1007/s11158-015-9296-8>

Względnie wyważony optymizm poznawczy, który mam tutaj na myśli, nie oznacza zatem jednak naukowej utopijności rozważań na temat poznania. Doskonałym przykładem tej postawy jest Kantowskie założenie niepoznawalności rzeczy samej w sobie, które nie skłoniło Kanta do zakwestionowania możliwości poznania, lecz zainspirowało go do przewrotu kopernikańskiego. Przykładowo, te same wnioski, które zainspirowały kopernikański przewrót Immanuela Kanta, konserwatystę Davida Hume'a skłoniły do pesymistycznej konstatacji o niewystępowaniu związku przyczynowo-skutkowego. Innym przykładem poznawczego optymizmu jest koncepcja Jeremy'ego Benthama, bazująca zresztą na koncepcji poznania zbliżonej do koncepcji Hume'a. Nominalistyczna konstatacja Hume'a, że naszym niedoskonałym umysłem możemy poznawać jedynie indywidualne fakty, której Bentham jest w pełni świadomy, nie prowadzi go do wniosku, iż zdani jesteśmy jedynie na tradycję i zastane przez nas instytucje. Przeciwnie, skłania go do konstatacji, że możemy też budować odważne społeczne projekty. Doświadczenie agreguje się bowiem historycznie, dzięki czemu jesteśmy w istocie coraz mądrzejsi²⁰. Dlatego współczesne koncepcje, które uważam za optymistyczne w tym zakresie, zazwyczaj nie zakładają możliwości nieograniczonego poznania nawet naszej przestrzeni normatywnej, społecznej czy w końcu – ludzkiej kultury – tak zresztą jak koncepcje konserwatywne nie zakładają na ogół, że świat jest dla nas całkowicie niepoznawalny. Nie jest to więc zasadnicza odmienność, lecz raczej kwestia wyważenia i rozłożenia akcentów. Dobrym przykładem współczesnych koncepcji opartych na poznawczym optymizmie, a jednocześnie uwzględniających epistemiczne ograniczenia jest koncepcja Rawlsa, która zakłada tzw. ciężary sądu (ang. *burdens of judgment*). Ciężary te są ewidentnie formułą epistemicznego ograniczenia, ale jednocześnie nie przeszkadzają Johnowi Rawlsowi w formułowaniu dość daleko idących projektów reformowania społecznej organizacji i naczelnych reguł społecznej sprawiedliwości. Rawls-optymista zakłada bowiem, że istotną dla nas część normatywnej przestrzeni możemy rozpoznać na tyle, że możemy też sformułować powszechnie ważne propozycje i projekty jej zreformowania. Reasumując, poznawczy pesymizm konserwatystów akcentuje epistemiczny deficyt i na nim buduje swą wizję sfery normatywnej i instytucji społecznych, natomiast poznawczy optymizm akcentuje możliwość poznania, ale przy zastrzeżeniu określonych warunków i ograniczeń²¹.

Dotyczy to w szczególności legislacji, która jest aktywnością czysto intelektualną, stanowieniem lub inkorporowaniem adekwatnych wzorców postępowania. Mieści się więc w sferze, która z punktu widzenia ludzkich procesów poznawczych ma charakter wewnętrzny w tym sensie, że nie zakłada konieczności

²⁰ Niezwykle dla mnie inspirującą lekturą analityczną dotyczącą tej różnicy jest z kolei współczesna praca Adriana Vermeule'a pt. *Law and The Limits of Reason*. Vermeule wspiera Benthamowską polemikę z Edmundem Burke'em, odwołując się do prac markiza de Condorcet. Patrz: A. Vermeule, *Law and the Limits of Reason*, Oxford University Press, Oxford 2009.

²¹ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 97.

poznania zewnętrznego wobec człowieka świata przyrodniczego. Oczywiście prawo czy związane z nim nakazy i zakazy są człowiekowi narzucane z zewnątrz, ale ta zewnętrzność ma odmienny sens. Jest ona sferą zewnętrzną w stosunku do woli, oznacza jej heteronomię, jak określał to Kant. W ludzkiej perspektywie poznawczej natomiast zarówno sfera autonomii (moralność), jak i heteronomii (prawo) woli mieszczą się w sferze wewnętrznej, gdyż stanowią zasadniczo wytwory ludzkiego ducha, a nie twory przyrodnicze.

Z powyższego wynika przede wszystkim, że poznawczy optymizm wiąże się z obydwojoma najważniejszymi stanowiskami w teorii poznania: od-podmiotowym (subiektywistycznym w sensie subiektywizmu poznawczego) podejściem apriorycznym, czyli stanowiskiem reprezentowanym przez filozofię kontynentalną, które można przypisać przede wszystkim takim myślicielom oświeceniowym jak Kartezjusz i Kant, oraz od-przedmiotowym (tj. obiektywistycznym w sensie obiektywizmu poznawczego), aposteriorycznym stanowiskiem reprezentowanym przez przedstawicieli szkockiego i angielskiego oświecenia, czyli Hobbesa, Locke'a oraz ich spadkobiercę – Jeremy'ego Bentham'a. Pominę w tym miejscu kwestie szczegółowej filozoficznej klasyfikacji tych stanowisk, ponieważ nie jest ona istotna z punktu widzenia tematyki niniejszej pracy. Muszę jednak zaznaczyć, że pojęcia „od-przedmiotowy” i „od-podmiotowy”, których używam wymiennie z „subiektywistyczny” i „obiektywistyczny”, mają tutaj (jak i przeważnie w tej pracy) charakter epistemologiczny, czyli dotyczą wizji poznania, a nie etyki czy prawa. Oznacza to, że subiektywistyczna wizja epistemologiczna może być związana (i najczęściej jest) z obiektywistyczną koncepcją etyczną i prawną. Tak jest chociażby u Kanta, którego od-podmiotowa epistemologia wcale nie wyklucza obiektywności imperatywu kategorycznego jako zasady moralnej czy obiektywności poznania jakiejś części świata przyrody, oczywiście przy założeniu, że „rzecz sama w sobie” nie jest dla nas w pełni poznawalna, a obiektywizowalne jest tylko jej przedstawienie (niem. *Vorstellung*). Rozpocznę od zrekonstruowania podstawowych argumentów charakterystycznych dla tych dwóch podejść czy podstaw filozoficznych i opisu metody, następnie wskażę na ważne konsekwencje, jakie oba te najważniejsze podejścia wykazują, gdy chodzi o stosunek do tradycji jako źródła poznania, a mianowicie na kwestionowanie jej epistemicznej przydatności i programowy antydogmatyzm.

2.4.1. Subiektywistyczna redukcja – Kartezjusz i Kant

Logiczny schemat optymizmu poznawczego, związanego ze stanowiskiem od-podmiotowym można streścić w następującym rozumowaniu, bazującym w punkcie wyjścia na Ockhamowskim nominalizmie:

1. Jedynym przedmiotem poznania jest jednostkowy byt. Realnie istniejący człowiek także jest takim bytem. Co więcej, jest on jednocześnie przedmiotem i podmiotem poznania, lecz przedmiotem specyficznym,

bo tożsamym z podmiotem poznającym. Jako podmiot i jednocześnie przedmiot poznania ma bowiem do siebie bliższy i łatwiejszy dostęp niż do wszystkich rzeczy zewnętrznych. Jeśli tak, to po to, by proces poznania możliwie prostą drogą prowadził do prawdy, konieczne jest w pierwszym rzędzie poznanie siebie samego i rozpoznanie własnych władz poznawczych, czyli tych właściwości, które sprawiają, że poznajemy również otaczający nas świat innych bytów indywidualnych, znajdujących się poza nami.

2. Poznanie jest więc tożsame z poznaniem podmiotu myślącego i procesem rozpoznania jego władz oraz możliwości poznawczych, a dopiero później – po ustaleniu elementu podmiotowego i w związku z nim – z poznaniem przedmiotów zewnętrznych. W odniesieniu do tych przedmiotów zewnętrznych, w skład których wchodzi także człowiek jako przedmiot poznania, dane zmysłowe są zawsze niepewne. Tym, co poznajemy w sposób względnie pewny, jest więc tylko nasze myślenie. Innymi słowy, możliwość poznania jest ograniczona, jeśli chodzi o poznanie przyrody, ale nie jest jakoś znacząco ograniczona, jeśli chodzi o poznanie kategorii i pojęć zakorzenionych w samym tym myśleniu. Nie możemy zatem poznać w pełni praw rządzących światem przyrodniczym, natomiast możemy poznać prawa rządzące naszym umysłem, bo są one w pełni związane z nami i naszym myśleniem.
3. Płyne z tego wniosek, że świat refleksji, rozumu i intelektu – świat kultury oraz społecznych instytucji, jest zasadniczo poznawalny, choć jego poznanie wymaga od nas odpowiedniej dyscypliny myślenia. Innymi słowy, kultura, którą tworzy człowiek, rozumiana jako wytwory ludzkiego ducha, to ten fragment świata, nad którym możemy intelektualnie zapanować. Ponieważ częścią tej kultury są ludzkie instytucje społeczne, to jednocześnie możemy optymistycznie założyć, że poznanie tych instytucji także jest możliwe, a nasza wiedza o tych instytucjach jest wiedzą pozwalającą nam wyciągać intersubiektywnie zrozumiałe wnioski ich dotyczące.

Charakterystyczna dla tego stanowiska filozoficzna redukcja poznania do podmiotu poznającego, wyrażająca się w radykalnym porzuceniu dotychczasowej perspektywy ontologicznej i postawieniu w centrum zainteresowania właśnie subiektywności (w sensie od-podmiotowości) poznania, dokonuje się najpierw w myśli Kartezjusza. Kartezjusz kreuje stosunkowo prosty model epistemiczny, którego istotą jest odrzucenie w tym procesie danych zmysłowych jako niepewnych, tj. w gruncie rzeczy oddalających nas od prawdy. Ten czysty model epistemiczny koryguje na gruncie aprioryzmu Kant, tworząc – głównie pod wpływem Hume’a – model epistemologiczny, czyli model integrującej, podmiotowo-przedmiotowej perspektywy poznania. Zarówno model kantowski, pomimo iż jest modelem integrującym wnioski wyciągane przez empirystów (Hume’a), jak

i racjonalizm kartezjański opierają się jednak zasadniczo na aprioryzmie i tym samym na założeniu od-podmiotowości poznania.

Twórcą i jednocześnie najbardziej znanym przedstawicielem podejścia od-podmiotowego jest oczywiście René Descartes, zwany w Polsce Kartezjuszem, i to od niego należy rozpocząć. Jego zdaniem, jeśli tylko intuicja rzeczy indywidualnych jest źródłem poznania, a jednocześnie dane zmysłowe nas zawodzą, to poszukiwanie pewności i prawdy należy rozpocząć od systematycznego wątpienia. Jednakże nie jest to wątpienie dla samego wątpienia, lecz wątpienie, którego celem jest poszukiwanie prawd pewnych. W *Rozprawie o metodzie* Kartezjusz podkreśla różnicę, jaka zachodzi pomiędzy jego sposobem dochodzenia do prawdy a sceptycyzmem, pisząc, że: „nie naśladował sceptyków, którzy wątpią dla samego wątpienia i przybierają pozór ciągłego niezdecydowania”, a „cały jego plan zmierzał jedynie do zdobycia pewności i do odrzucenia ruchomej ziemi i piasku, aby wynaleźć skałę lub glinę”²².

Kartezjusz poszukuje zatem pierwszej podstawy, archimedesowego punktu oparcia, który sprawi, że z procesu wątpienia, spowodowanego niepewnością poznania indywidualnych danych zmysłowych, wyłoni się jednak jakaś filozoficzna i tym samym (dla Kartezjusza) naukowa pewność. Jak pisze w *Pierwszej medytacji*:

[...] wszystko, co dotychczas uważałem za najbardziej prawdziwe, otrzymywałem od zmysłów lub przez zmysły; przekonałem się jednak, że te mnie niekiedy zwodzą, a roztropność nakazuje nie ufać nigdy w zupełności tym, którzy nas chociaż raz zwiedli. Jednakowoż – choć nas zmysły niejednokrotnie zwodzą, gdy chodzi o jakieś przedmioty małe i bardziej oddalone, to może jest wiele innych rzeczy, o których wcale nie można wątpić, chociaż też je od zmysłów przyjmujemy²³.

Prowadzi go to do wniosku, że źródeł pewności w obszernym i różnorodnym materiale dostarczonym nam przez zmysły należy poszukiwać w „rzeczach najprostszych i najogólniejszych”. Dedukcyjnie „tropiąc” w ten sposób filozoficzną pewność, Kartezjusz dochodzi do wniosku, że te rzeczy najprostsze i najogólniejsze można odnaleźć w prawdach matematycznych:

Toteż na podstawie tego może nie będzie mylny wniosek, że choć fizyka, astronomia, medycyna i wszystkie inne nauki, które zależą od rozpatrywania rzeczy złożonych, są wprawdzie niepewne, to jednak arytmetyka, geometria i inne tego rodzaju nauki, które traktują jedynie o rzeczach najprostszych i najogólniejszych – nie troszcząc się wcale o to, czy istnieją one w rzeczywistości, czy nie – zawierają coś pewnego i niewątpliwego. Bo czy czuwać, czy śpić, to $2+3=5$, a kwadrat nie więcej ma boków niż cztery, i zdaje się niemożliwe, by tak oczywiste prawdy popadły w podejrzenie, jakoby były fałszywe²⁴.

²² R. Descartes, *Rozprawa o metodzie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1970, s. 34 i nast.

²³ *Ibidem*, s. 43.

²⁴ *Ibidem*, s. 45.

W ten oto sposób wyłaniają się, zdaniem Kartezjusza, te właściwości i kategorie, które umysłowi ludzkiemu potrzebne są do wyciągania względnie niezafałszowanego obrazu świata. Niedoskonały w sensie ockhamowskim ludzki rozum w drodze takiego systematycznego wątpienia natrafia w swoim działaniu na względnie twardy fundament filozoficznej pewności, którym są geometria i arytmetyka. Powszechniki nie istnieją obiektywnie, ale są właściwościami łączącymi rzeczy indywidualne. Nie ma jednej takiej samej rzeczy, ale każda rzecz w świecie doświadczanym zmysłami ma pewne właściwości, które można opisać za pomocą matematyki. Kartezjusz dochodzi zatem w tej sprawie do podobnych wniosków, do jakich od strony empiryzmu dochodzi współczesny mu Hobbes²⁵. Taka konstatacja kończy *Pierwszą medytację*, w której Kartezjusz znajduje się już wyraźnie „na tropie” źródeł pewności poznania.

Wobec tego fundamentalne pytanie filozofii przestaje być dla Kartezjusza pytaniem ontologicznym, nie jest już dłużej pytaniem o rzecz i jej sposób istnienia: indywidualny czy uniwersalny. Zależy to bowiem od absolutnej Boskiej woli i leży całkiem poza zakresem naszego poznania, podobnie jak sam Boski zamysł w tym względzie. Fundamentalne pytanie jest natomiast pytaniem epistemologicznym: pytaniem o umysł. Nawet jeśli nasze doświadczenie zmysłowe jest tylko snem, a „zwodziciel jakiś przepotężny i – jeśli godzi się tak powiedzieć – złośliwy zadaje sobie trudu, aby mnie zwodzić we wszystkim”²⁶, mój umysł i moje myślenie nie są snem, lecz dla mnie jedyną realnością, powiada Kartezjusz. Poszukiwacz filozoficznej pewności może więc teraz entuzjastycznie ogłosić swoje fundamentalne odkrycie, co czyni w *Drugiej medytacji*, pisząc:

Teraz znalazłem! Tak: to myślenie! Ono jedno nie daje się ode mnie oddzielić. Ja jestem, ja istnieję; to jest pewne. Jak długo jednak? Oczywiście, jak długo myślę; bo może mogłoby się zdarzyć, że gdybym zaprzestał w ogóle myśleć, to natychmiast bym cały przestał istnieć. Teraz przyjmuję tylko to; co jest koniecznie prawdziwe; jestem więc dokładnie mówiąc tylko rzeczą myślącą, to znaczy umysłem (mens), bądź duchem (animus), bądź intelektem (intellectus), bądź rozumem (ratio), wszystko wyrazi o nie znanym mi dawniej znaczeniu. Jestem więc rzeczą prawdziwą i naprawdę istniejącą; lecz jaką rzeczą? Powiedziałem: myślącą²⁷.

Jest tak nawet, albo może przede wszystkim, wówczas, gdy wątpimy w wyżej wyrażoną prawdę. Kartezjusz powiada:

Bo to, że jestem tym, który wątpi, pojmuję, chce, jest tak oczywiste, że nie znajdzie się nic innego, co by w sposób bardziej oczywisty rzecz tę wyjaśniało. A przecież ten sam ja jestem,

²⁵ Warto tu też na marginesie wspomnieć, że Hobbes był jednym z pierwszych czytelników *Medytacji* Kartezjusza, jeszcze przed ich publikacją, a Kartezjusz ogłosił swe dzieło wraz z odpowiedziami na krytykę między innymi sformułowaną przez Hobbesa – patrz B. Russell, *Dzieje filozofii Zachodu*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2000, s. 630.

²⁶ R. Descartes, *Rozprawa...*, s. 50.

²⁷ *Ibidem*.

który sobie wyobraża, bo może wprawdzie – jak to założyłem – żadna zgoła rzecz wyobrażona nie jest prawdziwa, ale sama zdolność wyobrażania rzeczywiście istnieje i stanowi część mojego myślenia²⁸.

Poznanie prawdziwe, konkluduje Kartezjusz, jest więc poznaniem rozumowym, a nie zmysłowym:

Tak oto wreszcie sam zaszedłem tam, dokąd chciałem. Skoro bowiem już wiem, że samych ciał nie ujmuję właściwie za pomocą zmysłów albo za pomocą zdolności wyobrażania, lecz za pomocą samego intelektu, i że nie dzięki temu się je ujmuję, że się ich dotyka albo że się je widzi, lecz tylko dzięki temu, że się je rozumowo poznaje (intelligentur), to poznaję w sposób niewątpliwy, że niczego łatwiej lub oczywiściej ująć nie mogę, niż własny mój umysł²⁹.

Wychodząc od nominalistycznego założenia o poznawalności jedynie przedmiotów indywidualnych, Kartezjusz dochodzi do wniosku, że takim przedmiotem jest przede wszystkim jego własny, jednostkowy umysł. Poznanie prawdy staje się więc dla niego poznaniem umysłu. Jest więc poznaniem czysto spekulatywnym, które dokonuje się za pomocą najpewniejszych, zdaniem Kartezjusza, narzędzi ludzkiego intelektu, jakimi są narzędzia zaczerpnięte z nauk matematycznych. Podejście Kartezjusza cechują poznawczy radykalizm i optymizm, które są kluczowe z punktu widzenia legistacyjnego kreacjonizmu. Kartezjusz uzasadnia nim bowiem z jednej strony odrzucenie wszystkiego, co jest choćby trochę niepewne – tym zaś są wszelkie dane zmysłowe – a z drugiej strony uzasadnia nim też optymizm, wyrażający się w przekonaniu, że na tak oczyszczonym przez wątplenie gruncie można swobodnie konstruować nowe budowle, posługując się metodami zaczerpniętymi przede wszystkim z nauk matematycznych i ze związanej z nimi logiki³⁰. Prawdy matematyczne są bowiem zrozumiałe tak samo dla każdego, a intelekt jest wrodzony każdemu człowiekowi, choć nie u każdego w takim samym stopniu jest wykorzystywany. Doświadczenie zmysłowe i agregowana dotychczas wiedza empiryczna stają się więc w gruncie rzeczy balastem, który należy odrzucić na rzecz filozoficznej krytyki, nakazującej matematycznie zbudować na *ego cogito* całą sferę normatywną (czego zresztą Kartezjusz nie uczynił).

Kartezjusz stworzył stosunkowo prosty i niezwykle przekonujący – rzec można – czysto od-podmiotowy model epistemiczny. *Ego cogito* staje się jedyną daną pewną w tym procesie i jednocześnie rodzajem epistemicznej dźwigni czy archimedesowego punktu oparcia dla poznania, z punktu widzenia którego dane zmysłowe są zawsze traktowane jako poznawczo niepewne i „podejrzane”. Koncepcja Kartezjusza zapoznaje w ten sposób wartość zmysłowego doświadczenia przez wprowadzenie dualizmu, radykalnie przeciwstawiającego podmiot przedmiotowi

²⁸ *Ibidem*, s. 52.

²⁹ *Ibidem*, s. 56.

³⁰ Z. Drozdowicz, *Formy krytycyzmu w nowożytnej filozofii – Kartezjusz, Hume, Kant*, „Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria” 2018, R. 27, nr 1(105), s. 57.

poznania i zakładającego poznanie od-podmiotowe. Na gruncie tej koncepcji epistemicznej właściwie nie wiadomo, jaką rolę, poza myleniem, zaciemnianiem i sprowadzaniem na epistemiczne manowce miałyby pełnić nasze zmysłowe doświadczenie. Tego świadomi są najpierw Hobbes, Locke, a następnie Hume, którzy z perspektywy empiryzmu polemizują z Kartezjuszem. Najdalej w tej polemice idzie Hume, który jednocześnie posuwa się aż do zakwestionowania obiektywnego występowania związku przyczynowo-skutkowego. Między innymi ten brak możliwości uzasadnienia obiektywnego występowania związku przyczynowo-skutkowego na podstawie doświadczenia, na który zwrócił uwagę Hume, inspiruje Kanta do zakwestionowania przeciwstawienia podmiotu i przedmiotu poznania oraz do stworzenia własnej „metateorii” poznania, trafnie określanej przez Marka Siemka mianem koncepcji epistemologicznej³¹. Według Kanta oba bieguny dotychczasowej teorii poznania, czyli zarówno stanowisko Kartezjusza, jak i Hume’a, napotykały problemy niemożliwe do rozwiązania na gruncie tego przeciwstawienia. W polemice z nimi, ale też jednocześnie na bazie wniosków pochodzących z obu tych podejść, Kant konstruuje zatem własny model epistemologiczny, który syntetyzuje obie te perspektywy. Efektem staje się integrująca, podmiotowo-przedmiotowa perspektywa poznania – poznanie transcendentalnej prawdy, pojmowane jako poznanie przedmiotu zawsze zapośredniczone przez podmiotowe władze poznawcze. Program ten Kant określa następująco:

Transcendentalnym nazywam wszelkie poznanie, które zajmuje się w ogóle nie tyle przedmiotami, ile naszym sposobem poznawania przedmiotów, o ile sposób ten ma być *a priori* możliwy. System takich pojęć nazywałby się filozofią transcendentalną³².

Zakładając od-podmiotowość poznania, zwraca on uwagę, iż rzecz jawi się nam w naoczności zmysłowej nie obiektywnie, lecz tylko tak jak nam na to pozwalają nasze władze zmysłowe.

Chcieliśmy więc powiedzieć, że wszelkie nasze oglądanie nie jest niczym innym, jak przedstawianiem sobie pewnego zjawiska; że ani rzeczy, które oglądamy, nie są same w sobie tym, za co je bierzemy w naoczności, ani też stosunki między nimi nie są same w sobie takie, jak nam się przedstawiają; i że gdybyśmy w ogóle usunęli nasz podmiot, to znikłyby wszelkie te własności, wszelkie stosunki między przedmiotami w przestrzeni i czasie, a nawet sama przestrzeń i czas, gdyż jako zjawiska nie mogą istnieć same w sobie, lecz tylko w nas³³.

Nie oznacza to, że przedmiot – tj. „rzecz sama w sobie”, jak nazywa go Kant (niem. *Ding an sich*) – nie determinuje poznania. Wprost przeciwnie, „[ż]e wszelkie nasze poznanie” – pisze więc Kant – „zaczyna się wraz z doświadczeniem,

³¹ M. Siemek, *Idea transcendentalizmu u Fichtego i Kanta*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977, s. 17 i nast.

³² I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2001, s. 68.

³³ *Ibidem*, s. 89.

co do tego nie ma żadnej wątpliwości. Cóż by bowiem innego mogło władzę poznawania obudzić do działania [...]? Co do czasu więc żadne poznanie nie wyprzedza w nas doświadczenia”³⁴.

Jednocześnie z przytoczonego cytatu wynika wyraźnie, że poznanie rzeczy zdeterminowane jest przez podmiot i jego władze poznawcze. Dlatego Kant nie może się zgodzić z kolei z tezą Hume’a, że poznanie doświadczałne jest wyłącznym rodzajem poznania:

Choć jednak wszelkie nasze poznanie rozpoczyna się wraz z doświadczeniem, to przecież nie całe poznanie wypływa z doświadczenia. [...] Jest to więc co najmniej pytanie wymagające bliższego zbadania i nie dające się załatwić od razu na pierwszy rzut oka: czy istnieje tego rodzaju poznanie *a priori* i odróżniamy je od poznań empirycznych, które źródło swe mają *a posteriori*, mianowicie w doświadczeniu poznanie niezależne od doświadczenia, a nawet od wszelkich podniet zmysłów?³⁵

Poznanie jest zatem dla Kanta zintegrowanym poznaniem podmiotowo-przedmiotowym. Takie zintegrowane poznanie rzeczy jest dla niego tożsame z kategoryzowaniem naszego doświadczenia rzeczy w jej fizycznym (kategorie naoczności) bądź już intelligibilnym (kategorie intelektu) wymiarze. Takie kategoryzowanie umożliwia nam poznanie, które jest tożsame z ujmowaniem poznawanego przedmiotu w przestrzeni, czasie czy rozciągłości i relacji do innych przedmiotów. Te czysto intelligibilne kategorie pozwalają nam porządkować nasze doświadczenie świata przedstawianego przez władze poznawcze:

To, co sprawia, iż to, co różnorodne w zjawisku, może być uporządkowane wedle pewnych stosunków, nazywamy formą zjawiska. Ponieważ to, w czym się wrażenia jedynie porządkują i mogą być wstawione w pewne formy, samo nie może być znowu wrażeniem, więc materia wszelkiego zjawiska jest nam wprawdzie dana tylko *a posteriori*, ale forma jego, na ich przyjęcie gotowa, musi cała tkwić *a priori* w umyśle i dlatego musi być rzeczą możliwą rozważać ją całkowicie w oddzieleniu od wszelkiego wrażenia³⁶.

Transcendentalny idealizm Kanta oznacza zatem namysł nad sposobami poznawania przedmiotów, nie zaś nad samymi przedmiotami. Jest to więc swoiste metapodejście – jak pisze Siemek – teoria epistemologiczna, a nie prosta teoria epistemiczna, jak u Kartezjusza czy Hume’a³⁷. To nauka o poznaniu, a nie o poznawanym przedmiocie. Tylko w ten sposób da się, zdaniem Kanta, rozwiązać dotychczas nierozwiązane problemy kartezjańskiego racjonalizmu i hume’owskiego empiryzmu. Kopernikański przewrót Kanta polega więc nie na tym, jak to się często uważa, że odwraca on relacje między podmiotem poznającym a poznawanym

³⁴ *Ibidem*, s. 53.

³⁵ *Ibidem*, s. 54.

³⁶ *Ibidem*, s. 74.

³⁷ M. Siemek, *Idea transcendentalizmu...*, s. 17 i nast.

przedmiotem. To uczynił już Kartezjusz i nie rozwiązało to ostatecznie filozoficznego problemu poznania. Przewrót polega raczej na tym, że Kant zintegrował podmiot poznający z przedmiotem poznania, dowodząc filozoficznej tezy, że poznanie ma taki właśnie mieszany charakter i że kwestię tę daje się rozwiązać dopiero na metapoziomie filozoficznej epistemologii, bo tylko z tej metaperspektywy da się jednocześnie postrzegać oba bieguny poznania. Wedle Kanta wiedza nie pochodzi zatem w całości ani z ludzkiego doświadczenia, ani z ludzkiego rozumu, lecz z obu tych źródeł, które są ze sobą nierozzerwalnie związane. Doświadczenie jest pierwotne co do czasu, ale jednocześnie nie byłoby możliwe bez pewnych apriorycznych form, istniejących już uprzednio w ludzkim umyśle. Zaleta tego ujęcia – której zresztą Kant był w pełni świadomy – tkwi w tym właśnie połączeniu, które umożliwia objęcie jednolitą metateorią poznania wiedzy płynącej ze zmysłowego doświadczenia i wiedzy apriorycznej, zakorzenionej w ludzkim umyśle.

W poznaniu prawa element od-podmiotowy odgrywa kluczową rolę, ponieważ prawo jest wytworem ludzkiego ducha, elementem kultury. Mieści się ono zatem w innej sferze niż sfera przyrodniczego bytu, o jakiej dotychczas była mowa. Stanowi ono istotną część sfery powinności, czyli przestrzeni normatywnej. Sfera ta natomiast jest ostatecznie efektem ludzkiej rozumnej kreacji³⁸. Poznanie prawa jest więc w ujęciu Kanta nierozzerwalnie związane z jego kreowaniem przez pryzmat apriorycznych, rozumnych zasad. Nie jest to jednak czysta kreacja, rodzaj jakiejś *creatio ex nihilo*. Poznanie prawa następuje poprzez odnoszenie funkcjonujących już w przestrzeni normatywnej „empirycznie doświadczanych” przez człowieka, zastanych wzorców do apriorycznych rozumnych zasad, czyli do najbardziej ogólnych celów całego rodzaju ludzkiego, jakie podsuwa człowiekowi rozum w jego praktycznym użyciu. Doświadczenie, obserwacja i agregowanie danych mają tutaj znaczenie inicjujące w podobnym sensie jak rzecz sama w sobie w poznaniu teoretycznym i są konieczne do poznania prawa³⁹. W epistemologicznym ujęciu Kantowskim nie da się bez nich obyć, „dane” te inicjują bowiem ich intelektualną „obróbkę”, polegającą na korygowaniu już obowiązujących wzorców normatywnych płynących z obserwacji przez pryzmat rozumnych zasad, za którymi kryją się cele przyświecające rodzajowi ludzkiemu, które generuje praktyczny rozum.

³⁸ Zaslugą Kanta jest m.in. podjęcie i rozwinięcie tego problemu za Hume’em. Prawo różni się od przedmiotów naturalnych, jest bowiem bytem czysto conceptualnym i wobec tego nie ma odpowiednika w świecie faktów. We współczesnej dyskusji na temat obiektywności w prawie i etyce tematyka ta wciąż stanowi istotny punkt odniesienia – patrz np. N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 47 i nast.

³⁹ Doświadczenie i historyczna kumulacja wiedzy wpisane są tutaj w uniwersalny rozum ludzki, który jednak ma też wymiar historyczny. Choć Kant kwestionuje ideę obiektywnego postępu ludzkich zdolności moralnych, to jednak uważa, że idea ta ma charakter intelligibilny, czyli istnieje w ludzkim umyśle jako idea porządkująca, choć niekoniecznie jest elementem naszej ludzkiej faktyczności.

Proces poznania sfery normatywnej przebiega więc dwuetapowo. Syntetycznie rzecz ujmując, najpierw identyfikujemy empiryczną regułę, którą następnie w drugim etapie sprawdzamy, odnosząc ją do apriorycznej, rozumowej zasady (imperatywu kategorycznego w sferze moralnej lub po prostu kategorycznej zasady prawa w sferze prawnej). Jeśli przejdzie ona ten test uniwersalizacji, to może stać się normą powszechnie obowiązującą: moralną bądź jurydyczną. Odmienne są oczywiście te punkty odniesienia prawa i moralności. Naczelną zasadą moralną jest imperatyw kategoryczny, w prawie natomiast jest to liberalna zasada równej wolności, możliwej do pogodzenia z wolnością innych ludzi, która jest najwyższą zasadą prawa jurydycznego i również „kategoryczną zasadą prawa”, jak trafnie określa to Wolfgang Kersting⁴⁰. Dlatego prawo staje się w ujęciu Kanta prawem ludzkiego rozumu, poznawanym i jednocześnie kreowanym w procesie poznania za pomocą władz intelektualnych, jakimi człowiek dysponuje. Poznawcza trudność polega tu co najwyżej na pozbawionym błędów odniesieniu empirycznej reguły do naczelnej, kategorycznej, czyli rozumnej zasady. Optymizm poznawczy Kanta w odniesieniu do prawa wynika właśnie z tego założenia kreacjonistycznego. Jeśli prawo jest prawem rozumu, a rozum jest czymś, co jest wspólne całemu rodzajowi ludzkiemu, to prawo jest w pełni poznawalne za pomocą tego rozumu. Brak tu zatem miejsca na konserwatywne zwątpienie w doskonałość rozumu ludzkiego. Oczywiście również dla Kanta jednostkowy rozum może być i niezwykle często bywa niedoskonały, ale niedoskonałość ta wynika raczej z cechujących człowieka przyrodniczych instynktów i skłonności do złego, egoistycznego postępowania niż z rozumnych pobudek. Na poziomie rozpoznawania właściwych zasad postępowania, czy to w sferze moralnej, czy prawnej, rozum ma też nieco odmienny charakter niż w takim prywatnym użyciu. Jest bowiem rozumem praktycznym, który odpowiada nam, jak skonstruować moralność i prawa, by były one właściwe z punktu widzenia całego rodzaju ludzkiego. Schemat poznania prawa w tej zintegrowanej perspektywie to zatem poznanie aprioryczne, lecz inicjowane przez doświadczenie.

2.4.2. Progres wiedzy i agregacja doświadczenia – Hobbes i Locke

Konkurencyjny, aposterioryczny model poznania, charakterystyczny dla empiryzmu, oparty jest – podobnie jak apiryzm – na nominalistycznym założeniu o tym, że przedmiotem poznania są tylko rzeczy indywidualne. W przypadku modelu aposteriorycznego schemat poznania wychodzi od przedmiotu, a nie od podmiotu, a rozumowanie to opiera się na następujących fundamentalnych założeniach:

⁴⁰ W. Kersting, *Kategorische Rechtsprinzipien: ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990.

1. Poznanie jest poznaniem rzeczy indywidualnych. Człowiek jest podmiotem poznającym, ale pozostaje też przedmiotem poznania. Wobec tego z punktu widzenia poznania (bo już np. nie etyki czy polityki) jest takim samym przedmiotem zewnętrznym, jak inne otaczające go przedmioty, czyli pozostaje w sferze transcendentnej wobec poznania. Wiedzę o przedmiotach daje nam nie zagłębienie się w siebie, lecz obserwacja i doświadczenie, siebie samych obserwujemy i doświadczamy bowiem w sposób podobny do tego, w jaki obserwujemy rzeczy zewnętrzne i ich doświadczamy.
2. Obserwacja i doświadczenie nie generują od razu wiedzy pewnej, ponieważ nasze zmysły nie są doskonałe. Z doświadczenia jednak wiemy, że człowiek dysponuje pamięcią i zdolnością do łączenia i kojarzenia danych płynących z doświadczenia. Pamięć pozwala na agregowanie doświadczeń, umysł zaś na łączenie i kojarzenie nie tylko obserwacji bieżących, ale też i przeszłych. Jest umysłem osadzonym w czasie w tym sensie, że obejmuje swoim działaniem rzeczy przeszłe, teraźniejsze i wnioski płynące z obserwacji na przyszłość. Dotyczy to nie tylko pojedynczego człowieka, ale też i ludzkich zbiorowości dysponujących pamięcią historyczną i kulturą. Wiedza ludzka jest zatem agregowana w pamięci wielopokoleniowego doświadczenia, a my sami jako jednostki uczestniczymy i jesteśmy zanurzeni w tej pamięci w takim sensie, że każdy z nas jako jednostka może z tej pamięci w jakiejś części korzystać.
3. Najważniejszy wniosek płynący z tych założeń jest taki, że kolejne pokolenia ludzi dysponują wiedzą większą niż poprzednie, ponieważ człowiek jest istotą zdolną do uczenia się na bazie doświadczenia. Proces uczenia się to gromadzenie doświadczeń w pamięci i kojarzenie wniosków płynących z doświadczenia. Dzięki temu procesowi agregowane przez pokolenia doświadczenie daje nam coraz większą pewność poznania, ponieważ agregacja wytwarza postęp wiedzy. Postęp wiedzy jest w tym ujęciu obiektywnym faktem, sprawdzalnym za pomocą obserwacji. Optymizm poznawczy wynika tu zatem nie, jak w modelu subiektywistycznym, ze zredukowania poznania do badania władz podmiotu poznającego i dopiero przez ten pryzmat budowania czy konstruowania naszego poznania świata, lecz z wizji obiektywnego postępu ludzkiej wiedzy. Natomiast w tym ujęciu wiedza pokoleń przeszłych jest wiedzą „w powijakach”, „wiedzą kołyski”, jak określa to Bentham.

Aposterioryczny, obiektywistyczny (w sensie od-przedmiotowy) model poznania to przede wszystkim Anglia i Szkocja. Przedstawiają go najpierw Hobbes i Locke, następnie kontynuuje i dopracowuje Hume, którego rozważania prowadzą jednak do wniosków mało optymistycznych w kwestii ludzkich zdolności poznawczych oraz do zidentyfikowania nierozwiązywalnych aporii. Jak już wspomniałem, omawiając koncepcję Kanta, posuwa się on aż do

zakwestionowania obiektywnego występowania związku przyczynowo-skutkowego, co dla Hobbesa i Locke'a byłoby zbyt daleko posuniętym, mocno nieintuicyjnym i z pewnością nazbyt już „spekulatywnym” wnioskiem. Empirycyści bowiem, zarówno Hobbes, jak i Locke, budują swe rozważania na założeniu „zdrowego rozsądku”, tj. na opiniach, jakie narzucają się ludzkiemu umysłowi ze względu na jego naturę, ludzkie instynkty oraz emocje rządzące człowiekiem. Związek przyczynowo-skutkowy wydaje się zaś z pewnością należeć do takich właśnie zdroworozsądkowych pojęć.

Nie pierwszy, lecz z pewnością bardzo konsekwentny od-przedmiotowy model poznania znajdujemy w koncepcji Thomasa Hobbesa. Hobbes był jednym z pierwszych czytelników kartezyjskich *Medytacji* i jednocześnie jednym z pierwszych polemistów Kartezjusza, który wśród odpowiedzi na polemiki wchodzące w skład wydania *Medytacji* uwzględnił m.in. właśnie polemikę Hobbesa. Swe rozważania nad państwem Hobbes rozpoczyna od zarysowania rudymentów wizji sposobu poznawania świata. W pierwszym rozdziale *Lewiatana czyli materii, formy i władzy państwa kościelnego i świeckiego* deklaruje on swoje stanowisko w tej kwestii, pisząc:

Co się tyczy myśli człowieka, chcę je rozważać najpierw pojedynczo, a następnie w ciągach, czyli w zależności jednych od drugich. Pojedynczo każda z nich jest przedstawieniem lub obrazem jakiejś jakości czy też innej cechy ciała poza nami, które zazwyczaj nazywa się przedmiotem. Ten przedmiot działa na uszy, oczy i inne części ludzkiego ciała i działając różnorako, wywołuje różnorakie obrazy. Pierwowzorem ich wszystkich jest to, co nazywam WRAŻENIEM ZMYŚŁOWYM. (Nie ma bowiem w ludzkim umyśle pojęcia, które by pierwotnie, całkowicie lub częściowo, nie zrodziło się w organach zmysłowych.) Wszystko inne jest pochodne od tego pierwowzoru⁴¹.

Wedle Hobbesa zatem „przyczyną wrażenia zmysłowego jest ciało zewnętrzne, czyli przedmiot, który wywiera nacisk na organ właściwy dla danego zmysłu, bądź bezpośrednio, jak w smaku i dotyku, bądź pośrednio, jak w widzeniu, słyszeniu i wachaniu”⁴². Następnie nacisk ten przenosi się z zewnątrz do wewnątrz ludzkiego ciała i wywołuje tam reakcję przeciwną – „opór” – jak powiada Hobbes – „jakiś rodzaj odbicia, który jest skierowany na zewnątrz i wobec tego jest przez człowieka kojarzony jako coś zewnętrznego, a „[...] właśnie to coś, co się wydaje, ten zjawiający się obraz, jest tym, co ludzie nazywają wrażeniem zmysłowym”⁴³. Dalej w procesie naszego myślenia te obrazy stają się wyobrażeniami, które są przez nas zapamiętywane, a – jak pisze autor *Lewiatana* – „wiele obrazów pamięci czy też pamięć wielu rzeczy nazywa się doświadczeniem. Ale wyobrażamy sobie tylko rzeczy, które uprzednio zostały postrzeżone przez jakiś zmysł bądź

⁴¹ T. Hobbes, *Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2005, s. 87.

⁴² *Ibidem*, s. 88.

⁴³ *Ibidem*.

od razu w całości, bądź częściowo w różnych chwilach czasu”⁴⁴. Poznanie ma aposterioryczny charakter i ściśle uzależnione jest od naszych zmysłów, które są jedynym medium poznania. Ludzka mądrość, czyli wiedza, jest również pochodną doświadczenia, jest mianowicie pochodną doświadczenia zagregowanego i odpowiednio „obrobionego” w procesach intelektualnych:

[...] rozum nie jest jak zmysły i pamięć nam wrodzony, że się go nie zdobywa jedynie przez doświadczenie, jak przezorność, lecz że się go osiąga dzięki staraniu, po pierwsze, we właściwym nadawaniu nazw, a po drugie, przez zdobycie dobrej i porządnej metody przechodzenia od elementów, jakimi są nazwy, do twierdzeń tworzonych przez wiązanie jednej nazwy z inną i do sylogizmów, które są wiązaniem jednego twierdzenia z innym, póki nie dojdziemy do poznania wszelkich zestawień nazw, które dotyczą danego tematu; i to właśnie ludzie nazywają WIEDZĄ. I podczas, gdy wrażenie zmysłowe i pamięć są jedynie poznaniem faktu, który jest rzeczą przeszłą i nieodwołalną, wiedza jest poznaniem następstw i zależności jednego faktu od drugiego, dzięki czemu na podstawie tego, co możemy uczynić w chwili obecnej, wiemy, jak uczynić coś innego lub coś podobnego, gdy zechcemy w innym czasie⁴⁵.

W celu właściwego wyklarowania i doprecyzowania obszaru ludzkiej wiedzy Hobbes najpierw odróżnia dwa rodzaje poznania, czyli „poznanie faktów” i „poznanie powiązania jednego twierdzenia z innym”⁴⁶, a następnie odróżnia przezorność od mądrości.

Poznanie faktów, jak powiada Hobbes, „[...] nie jest niczym innym niż wrażeniem zmysłowym i pamięcią, i jest poznaniem absolutnym”⁴⁷. Absolutny charakter poznania jest tożsamy z jego naoczną, oczywistą pewnością. Jest to rodzaj poznania, którego – według Hobbesa – potrzebuje świadek, czyli prosta recepcja obserwowanego faktu lub zdarzenia oraz możliwie dokładne przypomnienie sobie takiego faktu lub zdarzenia w przyszłości. Drugi rodzaj poznania wiąże się ze zdolnością do wiązania ze sobą twierdzeń formułowanych na podstawie tych faktów lub zdarzeń. Dokonuje się on zatem w umyśle podmiotu poznającego i nie jest już poznaniem absolutnym, lecz warunkowym. Jest bowiem uzależniony od ludzkiej zdolności do wiązania tych twierdzeń. Powiada więc Hobbes: „Drugie nazywa się wiedzą i jest warunkowe”⁴⁸. „Rejestr poznania faktów nazywa się historią [...]. Rejestrami wiedzy są książki, które zawierają dowody zależności jednego twierdzenia od drugiego”⁴⁹. W koncepcji Hobbesa mamy zatem stosunkowo proste założenie, z którego wynika, że wiedza pochodząca z wiązania twierdzeń formułowanych na podstawie obserwowanych faktów, czyli – mówiąc obrazowo – „intelektualna obróbka” materiału zmysłowego, ma charakter warunkowy,

⁴⁴ *Ibidem*, s. 93.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 124–125.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 162.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 163.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 162–163.

a więc niepewny. Poznanie faktów jest zatem pewne, natomiast nasza wiedza o nich już nie, zależy ona bowiem od osobniczych zdolności i umiejętności poznającego, od jego naturalnego uposażenia w tym względzie i od jego zdolności do nauki i wiązania faktów.

W tym miejscu znaczenia nabiera drugie rozróżnienie Hobbesa. To, co określa on mianem przezorności, oznacza dlań właśnie zdolności i umiejętności wrodzone, które wiążą się z osobistym, intelektualnym uposażeniem. Są to zatem dane nam indywidualnie zdolności, różne u każdego z nas, pierwotne wobec procesu ich doskonalenia i rozwijania. Wynikiem takiego procesu doskonalenia i rozwijania zdolności, czyli procesu nauki, jest natomiast mądrość, którą Hobbes odróżnia od przezorności, ilustrując relację między nimi przykładem umiejętności władania orężem:

[...] jeden człowiek jest obdarzony doskonałą przyrodzoną umiejętnością i zręcznością we władaniu orężem i że inny człowiek dodał do tej zręczności nabytą wiedzę co do tego, gdzie może uderzyć przeciwnika lub być przez niego uderzony w różnych możliwych postawach i przy różnych sposobach obrony. Umiejętność pierwszego z nich będzie się miała do umiejętności drugiego jak przezorność do mądrości; obie są pożyteczne, lecz ostatnia jest nieomylna⁵⁰.

Doświadczenie powinno być zatem powiązane z procesem doskonalenia. Wedle Hobbesa mądrość nie jest nam dana w sposób naturalny, lecz oznacza uczenie się i postęp wiedzy, pochodzącej ze zagregowanego doświadczenia. Prowadzi ona do nieomylności albo przynajmniej ogranicza możliwość popełnienia błędu. Widać tu u Hobbesa polemikę z koncepcjami scholastyków, ale też i z samym Kartezjuszem. Mądrość nie jest bowiem ani wynikiem analizowania przedmiotów metafizycznych i nadprzyrodzonych, ani redukcji poznania do samego tylko podmiotu i kontemplowania jego władz poznawczych. Jest ona tożsama z wyjściem poza nie i intelektualną pracą nad materiałem pochodzącym z obserwacji. Zdaniem Hobbesa skupianie się na podmiocie i przedmiotach nadprzyrodzonych nie poszerza sfery naszego poznania. Wiedza ludzka pochodzi z obserwacji i łączenia obiektywnych, indywidualnych faktów, a jej obiektywny postęp – z umiejętnej, dokonywanej przez pokolenia obróbki intelektualnej poznawanych rzeczy i faktów. „Rozumowanie” – w sensie Kartezjańskiej filozoficznej spekulacji i krytyki władz poznawczych – jest zdaniem Hobbesa jedynie „krokiem, powiększanie wiedzy jest drogą, a korzyść rodzaju ludzkiego jest celem”⁵¹ naszych procesów poznawczych. Jak więc podkreśla autor *Lewiatana*: „[...] przenośnie i słowa bezsensowne i wieloznaczne są podobne do *ignes fatui*, błędnych ogników; i rozumowanie, które się na nich opiera, jest wędrówką pomiędzy niezliczonymi niedorzecznościami, ich zaś punktem końcowym jest spór

⁵⁰ *Ibidem*, s. 126.

⁵¹ *Ibidem*.

i bunt albo wzgarda”⁵². Gromadzenie materiału doświadczeń i analizowanie go przede wszystkim drogą indukcji, a nie dedukcji i sylogistycznych spekulacji, staje się podstawą wiedzy nieomyślnej, a nieomyślność i pewność są możliwe poprzez połączenie mądrości z wiedzą o faktach, m.in. zagregowaną w książkach, ale przede wszystkim doskonałą w procesie zbierania doświadczenia praktycznego, który to proces jest rodzajem indywidualistycznej formuły greckiej *paidei*.

Podejście to rozwija i modyfikuje John Locke. Podobnie jak koncepcja Hobbesa, koncepcja poznania stworzona przez Locke’a powstała z jednej strony pod wpływem Kartezjusza, a z drugiej w poważnej z nim polemice. Według Bertranda Russella rozum ma dla Locke’a dwie funkcje: pierwszą jest „dociekanie tego, co wiemy z pewnością”, natomiast drugą „poszukiwanie sądów, które mądrze jest uznawać w praktyce, mimo że przemawia za nimi jedynie prawdopodobieństwo, a nie pewność”⁵³. Fundamentem tego prawdopodobieństwa jest dla Locke’a doświadczenie własne lub cudze⁵⁴. W teorii poznania Locke odrzuca więc z całą mocą koncepcję idei wrodzonych Kartezjusza i opiera się na słynnym już założeniu o umyśle jako czystej karcie, zapisywanej w trakcie ludzkiego życia przez rozmaite doświadczenia:

Żałowałbym zatem, że umysł jest, jak to się mówi, czystą kartą, nie zapisaną żadnymi znakami, że nie ma on idei; jak się dochodzi do tego, że je zdobywa? Skąd ten ogromny zapas obrazów, niemal nieskończenie różnorodnych, którymi nieustannie czynna, nieograniczona wyobraźnia ludzka wypełnia umysł? Skąd bierze się w umyśle cały materiał dla rozumu i wiedzy? Odpowiadam na to jednym słowem: z doświadczenia; na nim oparta jest cała nasza wiedza i z niego ostatecznie się wyprowadza⁵⁵.

Obserwacja, będąca fundamentem doświadczenia, kieruje się albo ku „zmysłowym rzeczom zewnętrznym”, albo ku „wewnętrznym czynnościom duchowym, które postrzegamy i które są przedmiotem refleksji”⁵⁶. Z tego dwojakiego źródła poznania wywodzą się wszystkie nasze idee, które stanowią przedmiot naszego myślenia. Te pierwsze pochodzą bezpośrednio ze zmysłów „zewnętrznych”, natomiast te drugie z czegoś, co z braku lepszego określenia Locke nazywa „zmysłem wewnętrznym”. Ten zmysł nosi też w jego koncepcji miano refleksji i w ten sposób Locke pragnie podkreślić, że choć ma on charakter wewnętrzny, nie może być postrzegany jako tożsamy z Kartezjańskim podejściem od-podmiotowym:

⁵² *Ibidem*.

⁵³ B. Russell, *Dzieje filozofii...*, s. 697.

⁵⁴ J. Locke, *Rozważania dotyczące rozumu ludzkiego*, t. II, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1955, s. 392.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 119–120.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 120.

To źródło idei każdy ma całkowicie w sobie samym; a chociaż nie jest to zmysł, jako że nie ma do czynienia z rzeczami zewnętrznymi, to przecież do zmysłów jest bardzo podobne i mogłoby być słusznie nazwane „zmysłem wewnętrznym”. Ale ponieważ źródło pierwsze nazwałem wrażeniem zmysłowym, to nazywam refleksją, bo idee, jakie wywołuje, mogą być otrzymane tylko dzięki temu, że umysł zwraca się ku sobie samemu przez refleksję nad własnymi czynnościami⁵⁷.

Dalej jeszcze raz podkreśla Locke bezwzględne pierwszeństwo doświadczenia nad filozoficzną spekulacją, pisząc:

Rozum zdaje się nie posiadać najslabszego przebłyску jakiegokolwiek idei, której by nie otrzymywał z któregoś z tych dwu źródeł. Rzeczy zewnętrzne zaopatrują umysł w idee jakości zmysłowych, czyli w te wszystkie różnorodne percepcje, jakie w nas wywołują; umysł daje rozumowi idee własnych swych czynności⁵⁸.

Locke rozwija swą koncepcję idei, wyróżniając idee proste i złożone, następnie sposoby ich modyfikacji (modi) oraz wyróżniając substancje i stosunki. Rozważa szczegółowo sposób działania umysłu łączącego i konstruującego idee na podstawie doświadczenia i operacji logicznych, odpowiada na pytanie, jak powstają w umyśle idee wyraźne i idee mętne, idee fantastyczne czy idee prawdziwe i idee błędne. Te szczegółowe wywody Locke’a stanowią przesłanki nominalistycznego wniosku, że możemy tworzyć idee ogólne, lecz istnieją jedynie przedmioty indywidualne, konkretne. Idee ogólne są ogólne w tym sensie, że dają się zastosować do określania wielu rzeczy konkretnych, którym dzięki nim możemy nadawać nazwy i traktować je w toku dalszej naszej umysłowej aktywności jako takie konkrety. Na przykład idea człowieka ma dla nas istotne zastosowanie, kiedy chcemy sformułować twierdzenie czy sąd o charakterze ogólnym, ale człowiek istnieje tylko jako indywidualny Jan lub Piotr, nie zaś jako abstrakcyjny człowiek.

Zdaniem Locke’a podobny intelektualny mechanizm rządzi filozofią praktyczną. Nie mamy wrodzonych idei moralnych, a takie idee jak sprawiedliwość czy dotrzymywanie umów nie są takie same dla każdego człowieka, co więcej – ten sam człowiek może być sprawiedliwy w jednej, a niesprawiedliwy w innej sytuacji. Ilustruje to Locke przykładem herszta zbójców, który w gronie swych kompanów zachowuje się sprawiedliwie, rozdzielając zagrabione dobra, ale już nie da się powiedzieć, że zachował się sprawiedliwie wobec tych, których ograbił⁵⁹. Wiedzę zdaniem Locke’a nabywamy zatem przez intuicję rzeczy indywidualnych, wobec czego bezpośrednie poznanie intuicyjne jest jaśniejsze niż poznanie demonstratywne⁶⁰ czy poznanie „z drugiej ręki”, oparte na doświadczeniu innego człowieka. Bezpośrednia intuicja, jak pisze Locke,

⁵⁷ *Ibidem*, s. 121.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 121–122.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 59.

⁶⁰ *Ibidem*, t. II, s. 206.

daje poznanie, które jest pewne ponad wszelką wątpliwość i nie potrzebuje potwierdzenia przez dowód, a nawet dowodu nie dopuszcza. Następnie za pomocą rozumu, analitycznie badającego zgodność lub niezgodność dwu idei, jakie powstają pod wpływem bezpośredniej intuicji, dokonywana jest intelektualna „obróbka” materiału doświadczenia.

W procesach poznawczych wykraczających poza bezpośrednią intuicję rzeczy indywidualnych kluczową rolę odgrywa wedle Locke’a ludzka pamięć, „[...] która jest jak gdyby składnicą naszych idei”⁶¹:

Umysł ludzki jest bowiem zbyt ograniczony, aby był zdolny oglądać i rozważać wiele idei na raz, a wobec tego potrzebne było miejsce, gdzie odkładałoby się te idee, które mogłyby się okazać potrzebne umysłowi kiedy indziej. Ale ponieważ idee nasze nie są niczym innym niż doznanymi już postrzeżeniami czy doznaniem umysłu, które przestają być czymkolwiek, gdy się ich nie doznaje, owo więc odkładanie naszych idei do składu pamięci to tylko to, że umysł w wielu przypadkach posiada zdolność ożywiania na nowo postrzeżeń, jakie miał niegdyś, i że z nimi łączy się percepcja dodatkowa, iż miał je już kiedyś przedtem⁶².

Pamięć agreguje idee, natomiast umysł nimi operuje. Umysł potrafi wprowadzić je w nasze pole widzenia, „sprawić, by zjawiły się ponownie i stały się przedmiotem naszych myśli bez pomocy tych dostępnych zmysłom cech, które dały nam ich impresję po raz pierwszy”⁶³. W tym powtórny ich oglądaniu, powiada Locke, umysł zachowuje się już w sposób czynny, co oznacza, że w intelektualną pracę nad materiałem idei zaangażowana jest nasza wola⁶⁴. Wedle Locke’a pamięć jest jednym z naszych głównych, podstawowych i najistotniejszych narzędzi poznania. Jest ona:

[...] dla istot myślących po zdolności postrzegania najbardziej niezbędna. Ma ona tak wielkie znaczenie, że gdy jej brak, to wszystkie nasze pozostałe zdolności są w dużej mierze bezużyteczne; i w myśleniu swym, rozumowaniu i poznawaniu nie moglibyśmy wyjść poza rzeczy w danej chwili obecne, gdyby nie pomoc pamięci⁶⁵.

Możemy w tym miejscu pominąć rozważania Locke’a dotyczące rodzajów myślenia i samej istoty operacji intelektualnych, które w sposób analityczny omawia on w *Rozważaniach dotyczących rozumu ludzkiego*. Z punktu widzenia interesującego nas tematu są one bowiem mniej istotne. Natomiast warto skupić uwagę na rozdziale XII jego pracy, który mówi o postępie wiedzy i ukazuje istotę mechanizmów jej generowania. Locke, w odróżnieniu od Hobbesa, wprost formułuje ideę postępu wiedzy, opartego na agregacji doświadczenia.

⁶¹ *Ibidem*, t. I, s. 188.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*, s. 189.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 192.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 192–193.

Kluczowym fragmentem ilustrującym ten proces jest moim zdaniem fragment, w którym Locke zastanawia się nad tym, jak należy traktować wiedzę dotychczas zgromadzoną:

Jeżeli najprostszą drogą do poznania jest zaczynać od pewników ogólnych i budować na nich, to czy bezpiecznie jest przyjmować zasady, ustalone w innych naukach, jako niezachwiane prawdy, nie badając ich, i trzymać się ich nie pozwalając sobie na żadne co do nich wątpliwości, tylko dlatego, że matematycy byli tak szczęśliwi czy tak rzetelni, iż przyjmowali tylko zasady same przez się oczywiste i bezsprzeczne. Gdyby tak było, to nie wiem, co nie mogłoby uchodzić za prawdę w dziedzinie moralności i co nie mogłoby być wprowadzone i uznane w filozofii przyrody⁶⁶.

Zadając sobie takie pytanie, Locke klaruje jednocześnie charakterystyczny dla stanowiska od-przedmiotowego stosunek do zagregowanej międzypokoleniowo wiedzy. Wiedza ta jest fundamentem postępu, ale nie oznacza to, że należy do niej podchodzić bezkrytycznie. Istotą podejścia Locke'a jest więc nie tyle założenie, że agregacja wiedzy sama w sobie oznacza postęp w tym zakresie, ile raczej to, że świadomy, krytyczny stosunek do już zagregowanej wiedzy jest jego fundamentem. Podobnie jak Hobbes, lecz w bardziej wyraźny sposób, opisuje tu Locke nowożytny, empirystyczny mechanizm postępu wiedzy naukowej. Zagregowane w pamięci wyniki naszego bezpośredniego, intuicyjnego poznania oraz tego rodzaju poznania, które jest poznaniem niejako „z drugiej ręki”, pełnią w tym procesie podwójną funkcję. Z jednej strony są zgromadzonym zasobem rozmaitych mądrości i jako takie są fundamentem naukowego postępu. Z drugiej jednak strony są poddawane stałej rewindykacji przez pryzmat naszych bieżących, aktualnych ustaleń. W żadnym wypadku nie mogą zaś stanowić dogmatu, który ma być przyjmowany bezkrytycznie: „Nic bowiem” – pisze Locke – „nie może być równie niebezpieczne, jak zasady przyjmowane w ten sposób bez zbadania; zwłaszcza jeśli dotyczą moralności, a więc wpływają na życie ludzi i nadają kierunek ich poczynaniom”⁶⁷. Jest tak dlatego, że „[...] postępu wiedzy nie osiąga się, przyjmując i przyswajając zasady ze ślełą wiarą i zaufaniem; lecz sądzę, że osiąga się go, zdobywając i utrwalając w swym umyśle jasne, wyraźne i pełne idee, o ile je zdobyć można, i dając im odpowiednie i stałe nazwy”.

To zatem stałe rewindykowanie materiału pochodzącego z naszego doświadczenia i klarowanie w naszych umysłach coraz wyraźniejszych idei dotyczących poznawanych przedmiotów generuje postępy naszego poznania. Nie wszystko dane jest nam poznać w pełni oraz w sposób doskonały, ale punktem odniesienia dla rozwoju naszej wiedzy jest zawsze z jednej strony nagromadzony materiał doświadczenia, z drugiej zaś nasza jego ocena. Dotyczy to w szczególności, jak

⁶⁶ *Ibidem*, t. II, s. 370–371.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 371.

wynika z przedostatniego cytatu, elementów przestrzeni normatywnej, których nie powinniśmy przyjmować tylko dlatego, że przyjęte zostały przez naszych poprzedników i przodków. Jak pisze więc Locke:

Stąd wniosek oczywisty, że skoro nasze zdolności poznawcze nie pozwalają nam przenikać wewnętrzną strukturę i realną esencję ciał, jasno natomiast odkrywają przed nami istnienie Boga i pozwalają nam poznawać siebie samych w stopniu wystarczającym, iżbyśmy mogli całkowicie i jasno uprzytomnić sobie swe obowiązki i najważniejsze zadanie, jakie mamy do spełnienia, to dla nas, jako stworzeń rozumnych, najstosowniej będzie używać posiadanych zdolności do tego, do czego nadają się najbardziej, i iść za wskazaniem natury, gdzie ona zdaje nam się wskazywać drogę. Racjonalną bowiem rzeczą jest wnioskować, iż właściwym dla nas zadaniem są takie badania i taki rodzaj poznania, jaki najlepiej odpowiada naturalnym naszym uzdolnieniom i z jakim jest związana sprawa największego dla nas znaczenia: mianowicie poznanie tego, od czego zależy nasz stan wieczny. Myślę przeto, że wolno mi wysnuć wniosek, iż sprawy moralne stanowią właściwą wiedzę i zadanie rodu ludzkiego w ogóle (ludzie są zainteresowani tym, by szukać swego *summum bonum* i do tego uzdolnieni), podobnie jak rzeczą, wymagającą osobistych uzdolnień poszczególnych ludzi, są różne kunszty w rozmaitych dziedzinach przyrody, służące wspólnym potrzebom ludzkiego życia i podtrzymaniu własnej egzystencji tych ludzi na tym świecie⁶⁸.

Abstrahując od teologicznych wątków obecnych w tym cytacie, wynika z niego jasno i wyraźnie, że dla Locke’a poznanie naszej sfery normatywnej jest nie tylko dostępne, ale i samooczywiste. Jako przedstawiciele rodzaju ludzkiego jesteśmy bowiem – jak powiada autor *Badań dotyczących rozumu ludzkiego* – szczególnie uzdolnieni w tym kierunku i rozważanie oraz rozpoznawanie elementów tej sfery jest też naszym właściwym zadaniem i celem. Nie może tu być zatem mowy o nieprzezwyciężalnych przeszkodach dla ludzkiego poznania czy o jakichś ezoterycznych, nieprzenikalnych dla naszego rozumu instytucjach, regułach bądź zasadach. Oczywiście Locke nie uważa, że nie możemy się mylić w tym zakresie. Wręcz przeciwnie. Cały XX rozdział *Rozważań...* poświęcony jest błędom w rozumowaniu, a kwestia ta pojawia się wielokrotnie w treści jego pracy. Jednak możliwość popełnienia błędu nie wyklucza optymizmu, gdy chodzi o możliwość poznania świata, a szczególnie jego przestrzeni normatywnej. Przestrzeń ta jest bowiem najbliższa poznaniu samego siebie, czyli przedmiotowi poznania, który jest jednocześnie podmiotem poznającym. Oczywiście trzeba tu mieć na względzie to, że teza Locke’a dotyczy poznania filozoficznego, a nie psychologii, choć z punktu widzenia tej ostatniej Arystotelejska i Locke’owska idea receptywności ludzkiego umysłu jako „czystej karty” również bywa współcześnie operacjonalizowana⁶⁹.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 377–378.

⁶⁹ Dotyczy to przede wszystkim behawioryzmu, którego twórca – J.B. Watson – opierał swą intuicję na tej koncepcji Locke’a – patrz N. Hayes, *Psychology in Perspective*, Red Globe Press, London 1995, s. 19.

2.5. Myślenie antydogmatyczne

Naturalną konsekwencją wyżej omówionych koncepcji poznania, reprezentowanych przez czołowych przedstawicieli nowożytnej filozofii, jest zakwestionowanie dogmatyzmu w myśleniu, a tym samym również zakwestionowanie epistemicznej wartości tradycji. Tradycja z punktu widzenia epistemicznego to po prostu zagregowana wiedza (informacje) przeszłych pokoleń. W podejściu od-podmiotowym mieści się ona w sferze danych niepewnych, bo pochodzących z zewnętrznego doświadczenia, natomiast w modelu empirycznym przesłanką odrzucenia tradycji jest założenie postępu wiedzy (postęp informacyjny).

2.5.1. Myślenie antydogmatyczne jako krytyka

Zacznijmy ponownie od Kartezjusza. Zakwestionowanie pewności danych zmysłowych w koncepcji Kartezjusza jest tożsame z odrzuceniem tradycji jako źródła wiedzy, ponieważ tradycja mieści się właśnie na poziomie tych zmysłowych danych. Tradycja jest zawsze czymś zastanym i zewnętrznym. Często zawiera ona elementy, których w pełni zrationalizować się nie da, czyli przesady, które należy zdecydowanie pozostawić poza nawiasem filozoficznego – tj. dla Kartezjusza i jego współczesnych naukowego – badania. Kluczowym fragmentem ilustrującym kartezjańską postawę radykalnej filozoficznej rewolucji jest dla mnie następujący fragment zawarty w *Zasadach filozofii*:

Tak więc, aby później filozofować i badać prawdziwość wszystkich poznawalnych spraw, najpierw trzeba odrzucić wszystkie przesady, czyli dokładnie przestrzegać należy tego, aby nie dawać wiary żadnym ongiś przyjmowanym przez nas poglądom, zanim, po poddaniu ich nowemu zbadaniu, nie upewnimy się, że są prawdziwe⁷⁰.

Od-podmiotowy charakter poznania i redukcja do *ego cogito* tożsame są zatem z budowaniem gmachu wiedzy od samych jego fundamentów na bazie filozoficznej krytyki, a nie filozoficznej tradycji.

To krytyczne stanowisko rozwija Kant⁷¹. Inaczej niż Kartezjusz nie kwestionuje on jednak doświadczenia jako fundamentu poznania. Dla niego – jak już wyżej wskazałem – stanowi ono zawsze niezbędny element inicjujący poznanie, które „zaczyna się wraz z doświadczeniem”, ale nie całe z niego

⁷⁰ R. Descartes, *Zasady filozofii*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2001, s. 53.

⁷¹ Odmienne zdania jest np. Onora O’Neil, która uważa, że metoda Kantowska wychodzi od obiektywności i doświadczenia, a nie od introspekcji. Z punktu widzenia tej pracy integrująca intencja Kanta nie ma aż takiego znaczenia jak założenie, że to nasze poznawcze kategorie decydują w istocie o naszym obrazie świata. Patrz O. O’Neil, *Constructions of Reason*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s. 6.

wypływa⁷². Integrując podmiot z przedmiotem poznania, Kant nie ma jednak żadnych wątpliwości, że aby poznać przedmiot, najpierw należy zlokalizować i zdefiniować podmiotowe władze poznawcze i w tym zakresie, podobnie jak Kartezjusz, źródła naukowej pewności ostatecznie nie upatruje on w danych empirycznych, lecz jednak w podmiocie poznającym. Innymi słowy, nowy, podmiotowo-przedmiotowy fundament poznania oznacza dla Kanta poważną rewindykację dotychczasowego sposobu patrzenia na poznanie. Nie jest to przy tym zmiana o charakterze ewolucyjnym, lecz w przekonaniu samego autora krytyki czystego rozumu rodzaj „kopernikańskiego przewrotu”. Jak pisze Kant w drugiej przedmowie do pierwszej krytyki, wyjaśniając właśnie w ten sposób swoją metodę:

Rzecz ma się z tym tak samo, jak z pierwszą myślą Kopernika, który, gdy wyjaśnienie ruchów niebieskich nie chciało się udawać przy założeniu, że cała armia gwiazd obraca się dookoła widza, spróbował, czy nie uda się lepiej, jeśli każe się obracać widzowi, natomiast gwiazdy pozostawi w spokoju⁷³.

Kopernikański przewrót, niezależnie od tego, w jak mylący sposób interpretowane jest to określenie⁷⁴, nie oznacza dla Kanta odwrócenia perspektywy, lecz zintegrowanie obu dotychczasowych, skrajnych ujęć. Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że jest to budowanie na dotychczasowym fundamencie, a nie odrzucenie go. Nic bardziej mylnego. Jest to bowiem budowanie w sposób krytyczny. To zatem swoista synteza, która przede wszystkim wydobywa zupełnie nową, rewolucyjną z punktu widzenia teorii poznania jakość. Kant dobrze tę swoją postawę streszcza w końcowej części pierwszej krytyki, kiedy pisze:

Jeśli abstrahuję od wszelkiej treści poznania, rozważanego obiektywnie, to wszelkie poznanie jest albo historyczne, albo racjonalne. Poznanie historyczne jest *cognitio ex datis*, racjonalne natomiast *cognitio ex principiis*. Niezależnie od tego, z jakiego źródła poznanie pierwotnie by płynęło, jest ono jednak historyczne u tego, kto je posiada, o ile tylko on w tym stopniu i tyle poznaje, ile mu skądinąd zostało dostarczone, bez względu na to, czy zostało mu to dane przez bezpośrednie doświadczenie, opowiadanie, czy przez nauczanie (ogólnych poznań)⁷⁵.

Kant ma tu na myśli wiedzę historyczną dotyczącą poznania, która oznacza po prostu bierne wyuczenie się określonego sposobu myślenia, niezależnie od tego, czy sposób ten jest błędny, czy prawdziwy. Dla Kanta taka wiedza nie jest wiedzą w pełnym tego słowa znaczeniu, jest wiedzą jedynie operacyjną, odtwarzaniem, tworem sztucznym – jak pisze – „gipsowym odlewem żywego

⁷² I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, t. 1, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957, s. 60–61.

⁷³ *Ibidem*, s. 31.

⁷⁴ Zwraca na to uwagę M. Siemek, *Idea transcendentalizmu...*, s. 66–67.

⁷⁵ I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, t. II, s. 581.

człowieka”⁷⁶. Tego typu wiedzę dogmatyczną, obiektywną i pochodzącą z zewnątrz człowieka, czyli z edukacji, Kant kontrastuje z wiedzą płynącą z poznania rozumowego:

Poznania rozumowe, które są nimi obiektywnie (tzn. mogą powstać na początku tylko z własnego rozumu człowieka), mogą tylko wtedy nosić tę nazwę także w znaczeniu subiektywnym, jeśli są zaczerpnięte z powszechnych źródeł rozumu, z których może powstać także krytyka, a co więcej nawet odrzucenie tego, czego się nauczyliśmy⁷⁷.

Od-podmiotowość poznania rozumowego wyklucza zatem określanie mianem wiedzy w pełnym tego słowa znaczeniu nawet tej wiedzy, która wiąże się z procesem nauki o tyle, o ile jest ona jedynie przejawem biernego odtwarzania i zapamiętywania. Wiedza w pełnym tego słowa znaczeniu musi zawsze zakładać postawę krytyczną, możliwość rewindykacji jej źródeł, przedmiotu i zasad, które nam zostały podane w procesie edukacji. Kantowska krytyka nie dopuszcza żadnych przyjmowanych „na wiarę” założeń i fundamentów.

Ten charakterystyczny stosunek Kanta do tradycji jeszcze lepiej widoczny jest w jego programowej dla oświecenia rozprawce pod tytułem *Odpowiedź na pytanie: czym jest oświecenie?*. Pojawia się tam zwalczany przez oświecenie archetyp „niedojrzałości” podejścia opartego na dotychczasowej, dogmatycznie pojmowanej tradycji, zarówno w dziedzinie filozofii, jak i religii czy nauki. Według Kanta:

Oświecenie to wyjście człowieka z zawinionej przez niego niedojrzałości. Niedojrzałość jest nieumiejętnością w posługiwaniu się własnym rozumem bez przewodnictwa innych. Niedojrzałość ta jest zawiniona przez człowieka, jeśli jej powód tkwi nie w braku rozumu, ale zdecydowania i odwagi, by swym rozumem posługiwać się bez zwierzchnictwa innych. *Sapere aude!* – Odważ się posługiwać własnym rozumem – stanowi maksymę przewodnią Oświecenia⁷⁸.

Jeśli trzymanie się tradycji uznamy za wiarę w niekwestionowalne dogmaty, które biernie i bezrefleksyjnie przyjmujemy (co jest w gruncie rzeczy istotą tradycji), to tak pojmowany tradycjonalizm postrzegany będzie jako niedojrzałość i przez oświecenie odrzucany. Postawa oświeceniowa oznacza w przekonaniu Kanta swobodne użycie rozumu w celu samodzielnego dochodzenia do prawdy, natomiast: „Dogmaty i formuły – mechaniczne narzędzia [służące – przyp. M.Ch.] rozumowemu używaniu czy raczej nadużywaniu swych przyrodzonych zdolności – okazują się kajdanami utrzymującymi w ciągłej niedojrzałości”⁷⁹.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 381–382.

⁷⁸ I. Kant, *Odpowiedź na pytanie: czym jest oświecenie?*, [w:] *idem, Dzieła zebrane*, t. VI, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2012, s. 47.

⁷⁹ *Ibidem*.

Co więcej, wedle Kanta trzymanie się ustalonych dogmatów, uznawanych za niepodważalne, nie wynika na ogół z jakiegoś zewnętrznego dyktatu, lecz ze swego rodzaju umysłowego lenistwa: „Jakże wygodnie jest być niedojrzałym” – pisze Kant – „Jeżeli mam księgę, która myśli za mnie, duszpasterza, który ma za mnie sumienie, doktora, który decyduje za mnie o diecie itd., wówczas sam nie muszę się o nic starać”⁸⁰.

Ustalone tradycje i zwyczaje nie są dla Kantowskiej krytyki istotnym punktem odniesienia. Samodzielność myślenia jest zadaniem, które wymaga co najmniej wysiłku racjonalnej oceny ustalonej tradycji czy zwyczaju. Dogmaty taką samodzielność wykluczają. Tradycja może być punktem wyjścia, dostarczając *cognitio ex datis* – poznania na podstawie danych historycznych, ale poznanie w pełnym tego słowa znaczeniu jest zawsze *cognitio ex principiis* – poznaniem racjonalnym, zaczynającym od zasad i zakładającym postawę krytyczną oraz racjonalne rozważenie tych historycznych danych, a nawet możliwość ich całkowitego odrzucenia⁸¹. Takie ujęcie nie pozostawia więc miejsca na uznanie epistemicznej wartości tradycji za punkt odniesienia, nienaruszalny dogmat, który nie może być kwestionowany. Wręcz przeciwnie, to kwestionowanie dogmatu jest dla Kanta właśnie fundamentem dojrzałego myślenia.

2.5.2. Myślenie antydogmatyczne jako konsekwencja progresu wiedzy

W koncepcjach obiektywistycznych zakwestionowanie tradycji jako źródła poznania ma nieco odmienny, lecz nie mniej (a być może nawet bardziej) spektakularny charakter. Dla Hobbesa książki pokazujące człowiekowi, jak łączyć twierdzenia i rozumować, historia i pamięć współtworzą niezwykle cenny zasób, który pozwala nam na uczenie się na doświadczeniach wcześniejszych pokoleń. Uczenie się na tych doświadczeniach i agregowanie wiedzy nie jest jednak dla Hobbesa tożsame z bezkrytycznym powtarzaniem utrwalonych dogmatów. Już na samym początku *Lewiatana* przestrzega on przed częstym używaniem „słów bez znaczenia”⁸² oraz powtarzaniem niesprawdzonych opinii czy przekonań o prawdziwości czegoś, „co zostało powiedziane, choćby to było ujęte czasem w słowa niedorzeczne i bezsensowne, których niepodobna zrozumieć”⁸³. Dla niego wspólna wiedza o czymś, nawet jeśli jest to wiedza wsparta naukowym autorytetem, może być przecież, co oczywiste, dotknięta błędem. „Jest więc rzeczą oczywistą” – pisze Hobbes – „że to wszystko, w co wierzymy nie z innej racji, lecz tylko na podstawie autorytetu pewnych ludzi i ich pism, bez względu na to, czy są oni posłani przez Boga, czy nie,

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ H.-M. Baumgartner, *Rozum skończony*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1996, s. 11.

⁸² T. Hobbes, *Lewiatan*..., s. 90.

⁸³ *Ibidem*, s. 143.

jest tylko wiarą w ludzi”⁸⁴. Dlatego ludzka wiedza o rzeczach dostępnych naszemu poznaniu musi być stale na nowo sprawdzana i weryfikowana. W tym zakresie wszelki autorytet jest bowiem zawsze tylko ludzki, a wiedza – jedynie warunkowa.

Hobbes przedstawia tu zatem rudymen tarne i fundamentalne założenie, na którym opiera się od-przedmiotowa teoria poznania, a mianowicie założenie postępów, powiększania zasobów ludzkiej wiedzy o świecie. Na podkreślenie z epistemicznego punktu widzenia zasługuje właśnie ta charakterystyczna, podwójna funkcja zagregowanego ludzkiego doświadczenia. Z jednej strony agregowanie doświadczenia jest niewątpliwym fundamentem postępu ludzkiej wiedzy. Z drugiej jednak ta zagregowana wiedza nigdy nie jest jakąś zafiksowaną „świętością” i zawsze wymaga weryfikacji właśnie drogą doświadczalnego sprawdzenia. Można więc powiedzieć, że gromadzenie przez człowieka informacji z jednej strony jest cenne samo w sobie, ale z drugiej – ucząc się dzięki niemu i rozwijając – człowiek zyskuje też instrument, który umożliwia mu krytyczne podejście do tego, co już zostało zgromadzone. Samo agregowanie jeszcze nie przesądza bowiem o wartości zagregowanych informacji. Jak pisze Hobbes:

[...] ludzie w miarę jak zwiększa się zasób ich języka, stają się mądrzejsi albo też głępsi niż człowiek przeciętny... Słowa bowiem są liczmanami ludzi mądrych; i liczą oni tylko za ich pomocą; dla głupców natomiast słowa są gotówką, którą oceniają oni na podstawie Autorytetu Arystotelesa, Cyserona, Tomasza czy jakiegokolwiek innego doktora, byle człowieka⁸⁵.

Można powiedzieć, że stałe rewindykowanie zasobu wiedzy na podstawie instrumentów, których dostarcza jej rozwój, jest istotą stanowiska od-przedmiotowego. Takie stanowisko wyklucza przyjmowanie czegokolwiek wyłącznie „na wiarę” albo tylko dlatego, że tak nakazuje tradycja czy autorytet, nawet jeśli jest to autorytet kogoś, kogo uznajemy za „doktora”, jak pisze Hobbes, czyli osoby powszechnie uznawanej za specjalistę w interesującej nas dziedzinie, jak byśmy to prawdopodobnie określili dzisiaj. W całej koncepcji Hobbesa bardzo wyraźnie widać także, że oświeceniowy, antydogmatyczny sposób myślenia opiera się na schemacie zaczerpniętym z nauk ścisłych i przyrodniczych, gdzie autorytet poprzednika nie ma takiego znaczenia jak w przypadku nauk humanistycznych, a wręcz przeciwnie – ma być przewyżczony i obalony. Postęp naukowy opiera się właśnie na tym mechanizmie, czyli na obalaniu i przewyżczaniu dotychczasowych, błędnych i anachronicznych teorii i koncepcji⁸⁶.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 146.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 113.

⁸⁶ Diltheyowskie rozróżnienie nauk ścisłych od nauk humanistycznych i społecznych nie było zresztą w tym okresie w ogóle znane, co oczywiste ze względów chronologicznych – W. Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, [w:] *idem, Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Verlag von B.G. Teubner, Leipzig–Berlin 1922.

Analogicznie uzasadnia to Locke, dla którego oprócz tej charakterystycznej podwójnej roli zagregowanego doświadczenia, rolę kluczową odgrywa nominalistyczne założenie, wedle którego najpewniejsze – tj. najbliższe prawdy – poznanie jest efektem bezpośredniej intuicji płynącej z obserwacji faktów. Dla Locke’a, podobnie jak dla Ockhama, decydujące znaczenie ma coś, co w uproszczeniu możemy określić jako „odległość” od intuicyjnego poznania indywidualnej rzeczy, które jest jedynym pewnym źródłem poznania. Zasada jest następująca: im bliżej do intuicyjnego poznania indywidualnej rzeczy, tym bliżej do prawdy, a im dalej od tego poznania, tym dalej od prawdy. Wraz z oddalaniem się od bezpośredniej intuicji rzeczy indywidualnej rośnie możliwość popełnienia błędu. Z tego właśnie wynika wspomniane już wyżej przekonanie o największych „zdolnościach” człowieka w zakresie poznania prawd moralności i tych prawd, które przynależą do sfery normatywnej. Jak pisze Locke: „[...] jeśli idzie o prawdy przekazywane przez tradycję, to ich siła dowodowa słabnie przez każde następne oddalenie od źródła, a im więcej było rąk, przez które prawda taka kolejno przeszła, tym bardziej odbiło się to na jej mocy i pewności”⁸⁷.

W ten sposób Locke polemizuje z epistemicznym konserwatyzmem z pozycji progresywistycznych. Dla niego długie trwanie instytucji nie przesądza wcale o tym, że to, co długo trwa i już się sprawdziło w społecznych praktykach, jest lepsze od tego, co nowe. Jak pisze:

Uważałem za konieczne zwrócić na to uwagę, widzę bowiem, że niektórzy ludzie kierują się w praktyce regułą wprost przeciwną, mniemając, że poglądy takie zdobywają tym większą moc, im są starsze; i co przed tysiącem lat rozumnemu człowiekowi, który żył współcześnie z tym, kto pierwszy wypowiedział dany pogląd, nie wydawałoby się może wcale prawdopodobne, głosi się obecnie jako rzecz pewną ponad wszelką wątpliwość, dlatego tylko, że od tego czasu wielu ludzi powtarzało to jeden po drugim. W taki oto sposób twierdzenia, początkowo jawnie błędne albo nader wątpliwe, przez odwrócenie prawa prawdopodobieństwa zaczynają uchodzić za autentyczne prawdy; i te twierdzenia, co mało budziły wiary i mało na nią zasługiwały w ustach swego autora, z czasem stają się, jak mniemają ludzie, szacownymi i bezspornymi prawdami⁸⁸.

Odrzucenie tradycji stanowi integralną część metody filozoficznej Locke’a, bazującej na wrażeniu zmysłowym i następującej w dalszej kolejności jego intelektualnej „obróbce”. Jeżeli wiedza demonstratywna jest mniej pewna od wiedzy będącej bezpośrednim efektem intuicji rzeczy indywidualnej, to dogmatycznie rozumiana tradycja nigdy nie jest pewna, nie może być bowiem nigdy tożsama z taką intuicją. Tradycja zawsze jest wiedzą z drugiej ręki, wiedzą od kogoś, a do tego jeszcze wiedzą opartą na powtarzaniu i przekazywaniu z pokolenia na pokolenie. Nie może zatem mieć tej samej epistemicznej mocy co wiedza aktualna. Co więcej, podkreślany często przez

⁸⁷ J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992, s. 405.

⁸⁸ *Ibidem*.

Burke’a czy Hayeka „ezoteryczny” charakter wiedzy składającej się na tradycję, tj. fakt, że często nie znamy już racji, które naszych przodków skłaniały do przyjęcia takiego rozwiązania, wcale nie przemawia dla Locke’a za przyznawaniem tradycji wyższej epistemicznej wartości. Nawet jeśli zakłada on, podobnie jak klasyczni liberalni ekonomiści – Adam Smith i Adam Ferguson, a za nimi Burke czy Hayek, że instytucje społeczne są dziełem człowieka, ale jednocześnie nie są dziełem ludzkiego projektu, to wcale nie sądzi, że nowe instytucje budować trzeba na założeniu o niewzruszalności starych. Istnieją według niego pewne rudymen tarne uprawnienia naturalne, takie jak uprawnienie do własności czy wynikające z niego uprawnienie do życia i wolności. Nie są one jednak prawami naturalnymi w sensie instytucjonalnym, czyli nie są one dla Locke’a jakimiś uświęconymi prawami Anglików, jak to będzie postrzegał Burke – realnymi historycznymi instytucjami, będącymi efektem wielopokoleniowych, spontanicznych ludzkich praktyk, agregujących generacyjne doświadczenia tego czy innego ludu. Naturalnych uprawnień czy praw Locke nie wywodzi z historii, długiego trwania czy społecznych praktyk, ale z metafizycznego i apriorycznego założenia o tym, iż przysługują one człowiekowi po prostu z samego faktu urodzenia się człowiekiem. Jego polemika z Robertem Filmerem, od której rozpoczynają się *Dwa traktaty o rządzie* i która w gruncie rzeczy odpowiada za konstrukcję tych traktatów, ma przede wszystkim za zadanie pokazać, że to człowiek, pojmowany jako jednostka ludzka, jest dla Locke’a pierwotnym i jedynym punktem wyjścia⁸⁹. Społeczny indywidualizm, będący rezultatem, ale i rozwinięciem poznawczego nominalizmu, sprawia, że dla Locke’a to jednostka ludzka tworzy wszelkie byty zbiorowe i instytucje, a nie odwrotnie. Jej osadzenie we wspólnotowych instytucjach, takich jak prawo naturalne, nie jest determinującym ją komunitariańskim „zakorzeniem” konserwatystów, wręcz przeciwnie – to właśnie te naturalne prawa są zależne od uprawnień przysługujących jej pierwotnie wobec wspólnoty i w tym sensie naturalnych.

Do Locke’owskiego indywidualizmu i koncepcji naturalnych uprawnień powróć jeszcze w tej pracy, ponieważ są one jednym z ważnych źródeł współczesnego podejścia do legislacji. Tymczasem przejdę do koncepcji Jeremy’ego Bentham’a, która jest syntezą psychologicznego utylitaryzmu, założenia czy koncepcji zawartej *implicite*, a czasem również *explicite* w koncepcjach empirystycznych i stanowiącej niezwykle istotny intelektualny fundament współczesnej filozoficznej wizji legislacji. Bentham jest myślicielem kluczowym dla współczesnej filozofii legislacji z dwóch względów. Po pierwsze dlatego, że utylitaryzm jest jednym z dwóch jej ideologicznych i kulturowych fundamentów. Po drugie dlatego, że to właśnie Benthamowi udało się w bardzo przekonujący

⁸⁹ Na ten temat patrz np. Z. Rau, *Wstęp*, [w:] J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992, s. XXIII.

sposób wprost zakwestionować nie tylko argument konserwatystów o agregacji ezoterycznej wiedzy przodków jako „tajemniczym” fundamencie prawa⁹⁰, lecz także podważyć samą dominującą wówczas wizję prawa naturalnego, przez wprowadzenie do dyskursu prawniczego bardzo twardej i bezkompromisowej wersji pozytywizmu prawniczego. W tym rozdziale wspomnę tylko polemikę Benthamu z założeniem „prawnego konserwatyzmu”. Rozdziały kolejne natomiast poświęcone będą m.in. omówieniu jego wizji utilitaryzmu i prawniczego pozytywizmu.

Bentham polemizował ze współczesnym mu Burke’em i jego konserwatyw-ną wizją prawa jako ezoterycznej instytucji czy społecznego artefaktu, kryjącego w sobie zagregowaną, tajemniczą mądrość przodków, niepoznawalną przez jednostkowy ludzki umysł. Jak zauważał w swoim *Podręczniku politycznych błędów*: „[...] pomiędzy jednostką i jednostką żyjącymi w tym samym czasie i w tej samej sytuacji, ten kto jest stary, posiada, jako taki, więcej doświadczenia niż ten, kto jest młody. Jednakże pomiędzy generacją a generacją prawdą jest coś zupełnie odwrotnego”⁹¹.

Według Benthamu fundamentalnym błędem konserwatystów jest antropomorfizowanie społecznych całości, takich jak naród czy społeczeństwo. Człowiek starszy jest na ogół o doświadczenie mądrzejszy od człowieka młodszego. Jednak w społeczeństwie, narodzie czy innej zbiorowości opierającej się na kulturowej – czyli informacyjnej – ciągłości jest dokładnie odwrotnie. Dzisiejsze pokolenia są mądrzejsze od pokoleń przeszłych, to one mają bowiem większą zagregowaną wiedzę i dysponują większą ilością historycznie zagregowanych informacji niż pokolenia wcześniejsze⁹². Historyczne instytucje nie są dla Benthamu artefaktem, jakimś – mówiąc językiem współczesnej informatyki – „twardym dyskiem”, na którym zapisana jest informacja; to doskonalące się ludzkie umysły operujące tymi informacjami stanowią rezerwuar doświadczenia. Podobnie jak w przypadku Locke’a to zdroworozsądkowe przekonanie jest kluczowe dla poznawczego optymizmu Benthamu. Tradycję postrzega on zatem zupełnie inaczej niż Burke: nie jako rezerwuar ezoterycznej wiedzy nagromadzonej przez pokolenia, której dzisiaj nie powinniśmy naruszać, lecz – jak pisze – jako „wiedzę kołyski”⁹³, czyli wiedzę w istocie mniej dojrzałą i mniej doskonałą niż aktualna. W tę koncepcję wpisana jest zatem myśl, że nasze poznanie, choć niedoskonałe, jest w stanie doskonalić się w procesie uczenia się, który nie oznacza tylko trzymania się dotychczasowych fundamentów, ale także obalanie anachronicznych teorii, przesądów i tradycji oraz budowanie nowych wzorców i nowych teorii. W ten sposób nominalistyczne założenia leżące

⁹⁰ Na podobnej tezie bazuje praca Adriana Vermeule’a, pt. *Law...*

⁹¹ J. Bentham, *The Handbook of Political Fallacies*, red. H. Larrabee, John Hopkins Press, Baltimore 1952, s. 44.

⁹² A. Vermeule, *Law...*, s. 70.

⁹³ „Wisdom of the cradle” – J. Bentham, *The Handbook...*, s. 45.

u podstaw podejścia empirystycznego przekształcają się w zdroworozsądkowe podejście, oparte na założeniu postępów ludzkiej wiedzy, które umożliwiają krytykę zgromadzonego doświadczalnie materiału. Według Benthama za sprawą tak pojmowanego postępu coraz lepiej rozumiemy otaczający nas świat i istotę instytucji społecznych.

Konkludując, podkreślić należy, że w świetle rudymen tarnej wersji tego nowego naukowego paradygmatu, który wyraźnie zdominował zachodnią kulturę, to, co niesprawdzone doświadczalnie lub matematycznie, nie może już dłużej być pojmowane jako prawdziwa i poważna wiedza naukowa. To właśnie to podejście utrwalił w kolejnych stuleciach pozytywizm i to ono stało się fundamentem współczesnej wizji nauki i naukowości. Max Weber, który zdiagnozował i jednocześnie rozwinął ten paradygmat na gruncie nauk społecznych, transcendencję i metafizykę prezentuje jako element zasłony dla prawdy, zasłony, którą określa jako formę metafizycznego „zaczarowania” świata. Wszelkie utrwalone zwyczaje i obyczaje, przyjęte normy i wzorce postępowania muszą być zatem naukowo sprawdzalne, tj. właśnie przy zastosowaniu instrumentów zaczerpniętych z nauk przyrodniczych. W związku z tym współczesna nauka pojmowana jest jako zdejmowanie tej zasłony oraz demaskowanie pozorów poprzez zastosowanie naukowych instrumentów. Nauka zmierza do coraz pełniejszego „odczarowania” współczesnego świata, w którym tradycja i obyczaje postrzegane są głównie jako przeszkody dla postępu, a w najlepszym razie jako magiczne rytuały, pozostałości nieracjonalnych obrzędów, które z naukowej perspektywy nie są warte brania pod uwagę w poważnym świecie racjonalnego prawa i zracjonalizowanych państwowych instytucji⁹⁴.

Podkreślić też należy, że Kartezjusz, Kant, a nawet rozwijający koncepcje Kanta Fichte nie mieszczą się w tym nowym paradygmacie nauki. Jak zauważa Hans-Michael Baumgartner, wspólnie z koncepcją rozwiniętą przez Fichtego w *Teorii wiedzy* na bazie Kantowskiej idei transcendentalizmu, przewrót kopernikański Kanta stał się bowiem zwieńczeniem jeszcze klasycznego paradygmatu naukowości⁹⁵. Paradygmat ten, rozwijany od czasów Arystotelesa, zakładał, że poznanie naukowe jest poznaniem zasad i na podstawie zasad. Poznanie naukowe i poznanie filozoficzne stanowią w tym paradygmacie ten sam rodzaj poznania, choć stosunek między nimi ma charakter gradualny. Stosunek Arystotelesowskiej idei nauki do – nadal mieszczącej się w paradygmacie klasycznym, a nawet stanowiącym jego uwieńczenie – idei nauki w ujęciu transcendentalnym Baumgartner charakteryzuje następująco:

Fakt, że sprzęgnięta z pojęciem *techné* idea systemu wchodzić zaczyna, mniej więcej w początkach epoki nowożytnej, w skład pojęcia nauki – proces, który swe teoretyczne zwieńczenie znajduje u Kanta i Fichtego – modyfikuje wprawdzie Arystotelesowską koncepcję, nie zmienia jednak

⁹⁴ M. Weber, *Etyka protestancka a duch kapitalizmu*, Wydawnictwo Test, Lublin 1994, s. 86.

⁹⁵ H.-M. Baumgartner, *Rozum...*, s. 11.

klasycznego schematu idei nauki. [...] Przedmiotem klasycznego typu nauki, orientującej się na to, co ogólne i konieczne, nie jest to, co – jako dane w spostrzeżeniu, doświadczeniu i wiedzy historycznej jest jednostkowe i przemijające: *singularium non est scientia*⁹⁶.

Wspomniany wyżej model kartezjańsko-kantowski, doprecyzowany przez transcendentalizm Fichtego, jest więc próbą uratowania klasycznej koncepcji nauki jako poznania zasad i na podstawie zasad w obliczu podważającego ją naukowego nominalizmu, opartego na empiryzmie⁹⁷. Próbą – dodajmy – która się raczej nie powiodła.

Na koniec warto jeszcze zwrócić uwagę na konsekwencje tego modelu nauki dla prawa i legislacji. „Naukowe” prawo zostaje w kolejnych stuleciach objęte procesem stale zawężających się naukowych specjalizacji, w ramach których powstają wciąż nowe dziedziny i gałęzie. Te domagają się z kolei wyspecjalizowanej, biurokratycznej obsługi. Dokonuje się dalsza specjalizacja w ramach istniejącej biurokracji, ponieważ potrzebni są wyspecjalizowani prawnicy, zajmujący się obsługą tych nowych dziedzin prawa. Jednocześnie wzmagają się formalizacja i legalizm prawodawstwa, gdyż zbiurokratyzowana, sformalizowana i podzielona na specjalizacje sfera prawa pozytywnego wymaga, by normy obowiązujące zawsze ustanowić w odpowiedni sposób i w odpowiedniej formie oraz poprzeć państwowym przymusem⁹⁸. W efekcie żadne normy prawne nie obowiązują już samoistnie przed ich formalnym, demokratycznym ustanowieniem przez właściwy organ ustawodawczy, czyli – mówiąc prościej – przed ich wolitywną kreacją przez właściwego suwerena lub (tym bardziej) bez niej. Ściśle sformalizowane prawo pozytywne staje się synonimem prawa w ogólności. Pozostałe porządki prawne nie są już właściwie z perspektywy nauki prawa postrzegane jako „legalne”, bo nie da się naukowo wykazać (tj. empirycznie sprawdzić) ich pochodzenia od suwerena, czyli formalnie wykazać, że

⁹⁶ *Ibidem*, s. 12.

⁹⁷ Alwin Diemer, na którego powołuje się Baumgartner, wskazuje na cztery klasyczne kryteria nauki, którymi są „teza o absolutnym charakterze nauki bądź wiara w jej absolutny charakter, założenie jej prawdziwości, postulat ogólności oraz logicznej oczywistości wywodu (den logischen Ableitungs-Evidenz-Charakter)” – patrz A. Diemer, *Die Begründung des Wissenschaftscharakters der Wissenschaft im 19. Jahrhundert. Die Wissenschaftstheorie zwischen klassischer und moderner Wissenschaftskonzeption*, [w:] *idem* (red.), *Beiträge zur Entwicklung der Wissenschaftstheorie im 19. Jahrhundert, Studien zur Wissenschaftstheorie*, Bd. 1, A. Hain, Messenheim 1968, s. 24 i nast.

⁹⁸ Na ten charakterystyczny legalizm zwraca uwagę wielu autorów. Judith Shklar określa go jako podejście etyczne, polegające na uznaniu społecznego i osobistego postępowania za właściwe jedynie wówczas, gdy wynika ono z przestrzegania zasady, która definiuje prawa i obowiązki. Zenon Bankowski podkreśla natomiast składające się na legalizm założenie oddzielenia prawa od polityki, preferencji itp. Patrz J.N. Shklar, *Legalism. Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge 1986; Z. Bankowski, *Legalism and Legality*, [w:] *idem*, *Living Lawfully: Love in Law and Law in Love*, „Law and Philosophy Library”, vol. 53, Springer, Dordrecht 2001, s. 44.

wszystkie etapy ściśle sformalizowanego, legalistycznego procesu ustawodawczego zostały w pełni zachowane. Samo prawo zaczyna „tkwić w szczegółach”, jak mawiają prawnicy, i stanowić hermetyczną wiedzę wąsko wyspecjalizowanej grupy biurokratów, czyli „nowych kapłanów świątyni sprawiedliwości”: profesorów prawa, sędziów, prokuratorów, publicznych urzędników, adwokatów, radców prawnych, komorników, notariuszy itp., itd. W ten naukowo-pozytywistyczny, modernistyczny krajobraz doskonale wpisuje się, jak widać, praktycznie nieograniczona prawna kreacja. Przywiązany do idei postępu wiedzy model naukowej legislacji współodpowiada za tę kreację w jeszcze większym stopniu niż opisany w dalszej części tej pracy nihilistyczny wzorzec twórczości artystycznej.

3. Konstruktywizm i utylitaryzm: fundamenty współczesnego prawodawstwa

Rewolucjonizujące nasze poznanie założenie antydogmatyzmu ma swą istotną wagę i konsekwencje. Jeśli bowiem filozofię potraktujemy jako ważny element kultury albo przynajmniej jako odzwierciedlenie dominującego sposobu myślenia, charakterystycznego dla tej kultury, okazuje się, że kultura nowożytna i współczesna kształtują się na bazie archetypu innowacyjności, kwestionowania tego, co stare, na rzecz tego, co nowe, przy założeniu, że to, co nowe zawsze jest mądrzejsze i lepsze bądź po prostu bardziej użyteczne z pragmatycznego i poznawczego punktu widzenia. Waga takiego „zerwania ciągłości” niewątpliwie doskonale widoczna jest u Kartezjusza, w jego koncepcji systematycznego wątplenia w to, co zastane i doświadczane zmysłami. Od-podmiotowa wizja poznania jest w tym względzie jednoznaczna. Mówiąc w dużym uproszczeniu, nie ma w niej miejsca na agregowanie doświadczenia zmysłowego, bo od tego doświadczenia, jako niepewnego, zarówno Kartezjusz, jak i Kant starają się wprost abstrahować.

Jednak – co dość zaskakujące, biorąc pod uwagę logiczny schemat empiryzmu oparty na agregacji doświadczenia – empiryści, tacy jak Hobbes, Locke czy Bentham, postrzegają tradycję (czyli to właśnie zagregowane doświadczenie) bardzo podobnie jak racjoniści, wyraźnie nie doceniając ładunku informacyjnego, który może w niej tkwić. Można oczywiście powiedzieć, że filozofia stanowi specyficzną dziedzinę życia, dla której podważanie oraz sprawdzanie twierdzeń i tez poprzedników na wszelkie sposoby jest kluczowe. Jednak historykowi idei to radykalne zerwanie z tradycją mimo wszystko musi rzucać się w oczy. Stanowi ono bowiem głęboki kontrast wobec postrzegania tradycji przez myślicieli starożytnych i średniowiecznych. Tę różnicę widać najlepiej, jeśli zestawimy filozoficzne postawy Augustyna z Hippony i Tomasza z Akwinu, dwóch bez wątpienia najwybitniejszych reprezentantów filozofii chrześcijańskiej, z postawami Kartezjusza, Locke’a, Kanta czy Benthama, nie mówiąc już o francuskich oświeceniowych *Philosophes*. Różnica jest taka, że wspomniani chrześcijańscy doktorzy, którzy świadomie budowali swe koncepcje na kontynuacji i modyfikacji – ten pierwszy Platona, natomiast ten drugi Arystotelesa – o swoich starożytnych mistrzach pisali „Filozof” przez duże „F”. Filozoficzny autorytet poprzedników budowany jest tu zatem na kontynuacji i nawet, jeśli ci mistrzowie są z punktu widzenia filozofów chrześcijańskich w istocie „poganami”, to w ich koncepcjach poszukuje się raczej podobieństw niż różnic, fundamentów dla nauki chrześcijańskiej, a nie odstępstw od niej.

Tymczasem filozofia nowożytna opiera się przede wszystkim na polemice i krytyce, schemacie bliższym rewolucyjnym przewrotom w dziedzinie nauk ścisłych i technicznych, niż na autorytecie poprzedników. Można dojść do wniosku, że nowożytna filozofia bazuje na nowym naukowym paradygmacie. Ten właśnie nowy paradygmat, zakorzeniony w naukach ścisłych i matematyce, leży u podstaw współczesnej wizji nauki i naukowości, co w literaturze niezwykle często się podkreśla. Jest to głęboko – od swych źródeł w średniowiecznym nominalizmie – zakorzeniony paradygmat, który na dobre rozprzestrzenił się w kulturze zachodniej, wpływając również na nowożytną i współczesną kulturę polityczną i prawną, a co za tym idzie – także na wizję legislacji. Wizja ta nie bazuje już na zdeterminowaniu legislatora przez zewnętrzne, ontyczne wzorce normatywne obecne w przestrzeni normatywnej, lecz na nowej, aktywnej jego roli, wyrażającej się w tworzeniu, bądź aktywnym inkorporowaniu prawa. Szczegółowo tę problematykę rozwinę w kolejnych rozdziałach niniejszej pracy, ponieważ do pełnego zrekonstruowania kulturowego zjawiska, jakim jest legislacyjny kreacjonizm, potrzeba jeszcze wielu ważnych elementów. Zakwestionowanie epistemicznej wartości tradycji jest natomiast, moim zdaniem, jednym z fundamentalnych założeń, na których te kolejne elementy bazują.

W żadnej ze sfer ludzkiego życia rewindykacja zastanych dogmatów nie odgrywa tak istotnej roli jak w sferze refleksji nad istotą, funkcjami i zadaniami społecznych instytucji, takich jak moralność, obyczajowość, prawo, władza, państwo czy społeczeństwo. W sferze wzorców normatywnych związanych z nauką czy technicznymi regułami wykonywania określonego rzemiosła lub sztuki antydogmatyzm oznacza bowiem po prostu nowe odkrycia, metody czy sposoby rozwiązywania dotychczasowych problemów. Natomiast w sferze społecznych praktyk i instytucji antydogmatyzm oznacza rewindykację obowiązywania dotychczasowych sposobów patrzenia na społeczną organizację, zwyczaje, moralne reguły i naturalne prawa, i pociąga za sobą ich modyfikację oraz zmianę. Podejście antydogmatyczne w zakresie instytucji społecznych oznacza, że dotychczasowe tradycyjne wzorce normatywne, np. normy moralne, normy obyczajowe, zwyczaje czy naturalne prawa, przestają być nienaruszalnymi dogmatami i mogą być zmienione, podważone, zweryfikowane na bazie racjonalnych kryteriów wynikających z „samego rozumu” bądź postępów naszej wiedzy. Świadoma aktywność podmiotów odgrywa w tym procesie fundamentalną rolę. Podmiot poznający przekształca się w podmiot twórczy, w podmiot konstruujący społeczną instytucję. W podejściu od-podmiotowym ten aktywny czynnik widoczny jest już w samym obrazie poznania, które jest jednocześnie konstruowaniem poznawanego obrazu rzeczy i tam przybiera postać poznawczego konstruktywizmu; w sferze moralności i prawa, czyli w sferze, którą zajmuje się filozofia praktyczna, ten poznawczy konstruktywizm przekształca się w konstruktywizm moralny i prawny, a następnie w konstruktywizm polityczny. Natomiast w podejściu od-przedmiotowym aktywność ta dotyczy

oceny zagregowanego materiału doświadczenia przez pryzmat empirycznej, czyli wywiedzionej również z doświadczenia, zasady społecznej użyteczności. Obie te zasady mają charakter konstruktywistyczny¹, choć konstruktywizm ten jest nieco odmienny.

W obrazie przestrzeni normatywnej współczesnego zachodniego świata konstruktywizm i utylitaryzm stanowią, moim zdaniem, dwie źródłowe i dopełniające się wersje myślenia antydogmatycznego w omówionym wyżej sensie. Konstruktywizm wprowadza do współczesnego sposobu myślenia o prawie wspomniany wyżej paradygmat aktywnej konstrukcji przedmiotu poznania oraz będącą naturalnym jego następstwem od-podmiotową, „humanocentryczną” koncepcję prawdy. W ten sposób źródłowo problematyzuje on prawdę i dotychczasowy obiektywizm, którego źródłem było metafizyczne i teocentryczne myślenie o trwałym, transcendentnym i ontologicznym wobec ludzkiego świata fundamencie prawdy, dobra i piękna. Utylitaryzm natomiast sprowadza wartościowanie przedmiotu poznania do jego społecznej użyteczności. Obie te koncepcje odgrywają kluczową rolę, gdyż pracują jako fundamentalne „przed-założenia” współczesnej wizji władzy, państwa oraz współczesnej legislacji. W istocie jednak stawiają one przed pomiotem poznającym zadanie stworzenia na nowo przestrzeni normatywnej bez komfortu autorytatywnego sięgania do naturalnych, boskich czy po prostu transcendentnych wzorców.

3.1. Konstruktywizm

Wyprowadzając konstruktywizm z od-podmiotowej teorii poznania, należy wskazać, że na tym fundamentalnym poziomie oznacza on po prostu założenie, że poznanie przedmiotu zapośredniczone jest i konstytuowane przez podmiot oraz uczestniczące w tym poznaniu władze poznawcze tego podmiotu. Zjawisko poznania rzeczy indywidualnej nie jest więc pasywną recepcją w pełni zewnętrznego „obrazu” obiektu, lecz jest też jego aktywnym współtworzeniem. Nie w tym sensie oczywiście, że poznając, współtworzymy to obiektywne zjawisko, lecz w takim, że obraz tego zjawiska dla nas – czyli jego przedstawienie (niem. *Vorstellung*) – jak określa to Kant, jest przez nas współkreowany. Znajduje się w nim podmiotowo istotna „domieszka” naszych władz poznawczych. Przedmiot dla nas – a poza przedstawieniem rzeczy nie mamy prawdopodobnie żadnego innego dostępu do przedmiotu, czyli „rzeczy samej w sobie” – jest zatem konstytuowany z pomocą i z udziałem naszych władz poznawczych. O tym, że nie jest to po prostu kolejna filozoficzna spekulacja, lecz sformułowanie na gruncie nowożytnej teorii poznania niezwykle ważnej intuicji, która od zawsze obecna

¹ Przekonuje o tym Hayek – patrz F.A. Hayek, *Prawo, legislacja i wolność*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2020, s. 65.

jest w teorii moralnej, dobitnie przekonuje chociażby słynny już cytat z Epikteta, jednego z kluczowych przedstawicieli stoicyzmu, żyjącego siedemnaście wieków przed Kantem. Jak powiadał Epiktet:

Źródłem naszych zmartwień nie są zdarzenia, lecz opinie na ich temat; śmierć nie jest na przykład niczym strasznym; gdyby bowiem zasługiwała na takie miano, byłaby tak postrzegana przez Sokratesa. Przerazenie wynika z opinii na temat śmierci – poglądu, zgodnie z którym jest ona czymś strasznym².

Lęk przed śmiercią jest, jak pisze Epiktet, naszym lękiem i naszym problemem. Nie oznacza on wcale, że śmierć jest czymś strasznym. Oczywiście stoicka wizja śmierci obok rozważań filozoficznych zawiera też swego rodzaju strategię terapeutyczną, ale ten trwały dystans do świata obecny jest już w starożytności, choć w nieco odmiennym – jak powiedziałem – przede wszystkim terapeutycznym wymiarze³.

3.1.1. Od-podmiotowa prawda: problematyzacja poznania

Założenie od-podmiotowości poznania, choć – jak widzimy – szczątkowo obecne już u starożytnego przedstawiciela stoicyzmu, rodzi niezwykle istotne – rzecz można rewolucyjne – implikacje dla nowożytnej i współczesnej koncepcji prawdy. Prawda musi być wedle konstruktywistów prawdą w jakiś sposób zależną od tych naszych zdolności i właściwości, które nam tę prawdę pozwalają poznać⁴. Prawda o świecie jest więc zawsze prawdą dla nas, nawet jeśli jest to prawda całego rodzaju ludzkiego czy całego gatunku rozumnych istot⁵.

² Epiktet, *Wybrane diatryby i Encheiridion*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2023, s. 200.

³ M. Schofield, *Stoic Ethics*, [w:] B. Inwood (red.), *The Cambridge Companion to the Stoics*, Cambridge University Press, Cambridge–New York 2003, s. 253; W. Johncock, *Stoic Philosophy and Stoic Social Theory*, Palgrave MacMillan, Cham 2020, s. 280.

⁴ Konstruktywizm odwołuje się zazwyczaj do pragmatyzmu i praktycznego ujęcia prawdy. Zob. np. Ch.J. Misak, *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation*, Routledge, London 2000; H.S. Richardson, *Truth and Ends in Dewey's Pragmatism*, „Canadian Journal of Philosophy” 1998, vol. 28(supp. 1), s. 109–147; *idem*, *Revising Moral Norms, Pragmatism and the Problem of Perspicuous Description*, [w:] C. Bagnoli (red.), *Constructivism in Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 221–242; P.-L. Dostie Proulx, *Early Forms of Metaethical Constructivism in John Dewey's Pragmatism*, „Journal for the History of Analytical Philosophy” 2016, vol. 4(9), <https://doi.org/10.15173/jhap.v4i9.2868>; C.Z. Elgin, *Between the Absolute and the Arbitrary*, Cornell University Press, Ithaca 1997.

⁵ Ilustruje to dobrze sproblematyzowanie prawd normatywnych, choćby przez to, że stają się one anachroniczne. Zwracają na to uwagę np. H.S. Richardson, *Revising Moral Norms...*; O. O'Neill, *Vindicating Reason*, [w:] P. Guyer (red.), *The Cambridge Companion to Kant*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 289–308; A. Laitinen, *Hegelian Constructivism in Ethical Theory?*, [w:] I. Testa, L. Ruggiu (red.), *I that is We and We that is I. Perspectives*

Jedną z ważnych konsekwencji nowożytnego stanowiska od-podmiotowego oraz wynikającego zeń poznawczego konstruktywizmu musiało zatem stać się sprobietowanie klasycznej definicji prawdy jako *adaequatio rei et intellectus*, przynajmniej w jej naiwnym, realistycznym wariacie, a zarazem także zakwestionowanie prostego, fizykalnego założenia „obiektywnego obserwatora”. Można powiedzieć, że już koncepcja Kartezjusza kwestionującego dane zmysłowe jako niepewny – „nieadekwatny” – fundament poznania zawiera w sobie potężny potencjał dla tej problematyzacji. Prawdą przestaje być bowiem obiektywna relacja między obiektem poznania a poznającym intelektem; to intelekt staje się źródłem prawdy. Ciężar „prawdziwości” przesuwają zatem wyraźnie z przedmiotu na podmiot, a prawdziwość staje się roszczeniem pod adresem podmiotu, a nie przedmiotu⁶. Ten konstruktywizm w teorii poznania potwierdza transcendentalne podejście Kantowskie, w którym to nasze władze poznawcze, działające w określony sposób, wraz z przedmiotem poznania, determinują prawdę i pewność poznania.

Konstruktywistyczne sprobietowanie poznania, ze względu na fundamentalne znaczenie sfery epistemicznej dla wszystkich właściwie obszarów naszego życia, znajduje swe odpowiedniki w różnych dziedzinach. Konstruktywizm jest zasadniczo pojęciem używanym w tak wielu kontekstach, że jemu samemu można by poświęcić odrębne, całkiem pokaźne dzieło (co zresztą nie raz już uczyniono). Na to rzecz jasna nie ma w tej pracy wystarczająco wiele miejsca. Jest on wywodzony najczęściej z Kantowskiej wizji arytmetyki jako nauki syntetycznej *a priori*, w ramach której istotna jest obiektywizująca procedura. Jak instruktywnie opisuje to Rawls, chcący zobrazować konstruktywistyczny model wywodzenia sprawiedliwości:

on Contemporary Hegel: Social Ontology, Recognition, Naturalism, and the Critique of Kantian Constructivism, Brill, Leiden 2016, s. 127–146. Konstruktywizm jest dzisiaj doskonale widoczny również w sferze postrzegania płci i tożsamości płciowych. Kate Millett definiuje płć społeczną jako „essentially cultural, rather than biological bases” (K. Millett, *Sexual Politics*, Granada Publishing Ltd., London 1971, s. 28–29), wynikającą po prostu z różnic w traktowaniu. Samą płć społeczną postrzega zatem jako „the sum total of the parents’, the peers’, and the culture’s notions of what is appropriate to each gender by way of temperament, character, interests, status, worth, gesture, and expression” (*ibidem*, s. 31). Sally Haslanger pisze, że płć społeczna, czyli nasze społeczne role nie są biologicznie zdeterminowane, lecz stanowią „intended or unintended product[s] of a social practice” (S. Haslanger, *Ontology and Social Construction*, „Philosophical Topics” 1995, vol. 23, s. 97).

⁶ Sprawia to, że krytycy konstruktywizmu bywają sceptyczni co do tego, czy w ogóle możliwe jest konstruktywistyczne ujęcie prawdy – patrz N.J.Z. Hussain, *A Problem for Ambitious Metanormative Constructivism*, [w:] J. Lenman, Y. Shemmer (red.), *Constructivism in Practical Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 180–194, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199609833.001.0001>; D. Dorsey, *A Puzzle for Constructivism and How to Solve It*, [w:] J. Lenman, Y. Shemmer (red.), *Constructivism in Practical Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 99–118, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199609833.001.0001>

[...] procedura wyraża to, jak liczby naturalne tworzy się z podstawowego pojęcia jednostki – każdą liczbę tworzy się z poprzedniej liczby. Różne liczby określa się przez ich miejsce w tak utworzonym szeregu. Ta procedura ukazuje podstawowe wartości, które konstytuują fakty dotyczące liczb, tak te twierdzenia dotyczące liczb, które są z niej poprawnie wyprowadzone, są poprawne⁷.

Konstruktywizm z fundamentalnej przestrzeni poznania, rozumienia i „rachowania” przesuwają się do przestrzeni normatywnej, determinując myślenie w kategoriach metaetycznych, moralnych, prawnych, wartości, a nawet estetycznych. Na płaszczyźnie metaetycznej oznacza on pogląd, że jeśli istnieją jakieś normatywne prawdy, to nie są one ustalone przez jakieś normatywne fakty, czyli fakty niezależne od tego, na co racjonalny agent zgodziłby się w określonych warunkach wyboru⁸. Moralny konstruktywizm zakłada natomiast, że zasady moralne, które powinniśmy zaakceptować, to takie, na które racjonalny agent zgodziłby się lub które by poparł, gdyby zaangażował się w hipotetyczny lub idealny proces racjonalnej deliberacji⁹. W sferze konstytucjonalizmu konstruktywizm z kolei zakłada, że konstytucja nie jest tylko emanacją jakiejś immanentnej i zastanej struktury politycznej (tak – konserwatywny „immanentyzm”), lecz jej racjonalnym konstruowaniem bądź akceptowaniem, ale w oparciu o racjonalną deliberację i hipotetyczną zgodę wyrażoną w efekcie tej deliberacji¹⁰. Analogicznie jest w przypadku konstruktywizmu prawnego, który zakłada, że prawo jest efektem deliberacji i niewymuszonej zgody dyktowanej taką deliberacją. W odniesieniu

⁷ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 157–158.

⁸ W metaetyce konstruktywizm stanowi formułę nie-naturalizmu – patrz S. Darwall, A. Gibbard, P. Railton, *Toward Fin de Siecle Ethics: Some Trends*, „The Philosophical Review” 1992, vol. 101, s. 115–189; R. Shafer-Landau, *Moral Realism: A Defense*, Oxford University Press, Oxford 2003, rozdział 4. Konstruktywizm stanowi również rodzaj antyrealizmu – patrz R.M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford 1952, <https://doi.org/10.1093/0198810776.001.0001>; A. Gibbard, *Wise Choices Apt Feelings*, Harvard University Press, Cambridge 1990; C. Wright, *Truth and Objectivity*, Harvard University Press, Cambridge 1992, s. 6 i nast.

⁹ W moralności konstruktywizm oznacza nawiązanie do idei umowy społecznej – patrz T.M. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge 1998; T.E. Hill Jr., *Kantian Constructivism in Ethics*, „Ethics” 1989, vol. 99(4), s. 752–770; *idem*, *Hypothetical Consent in Kantian Constructivism*, „Social Philosophy and Policy” 2001, vol. 18(2), s. 300–329; R. Milo, *Contractarian Constructivism*, „Journal of Philosophy” 1995, vol. 92(4), s. 181–204, <https://doi.org/10.2307/2940922>; Sh. Street, *What is Constructivism in Ethics and Metaethics?*, „Philosophy Compass” 2010, vol. 5(5), s. 365; S. Darwall, A. Gibbard, P. Railton, *Toward Fin de Siecle Ethics...*; O. O'Neill, *Constructivisms in Ethics, Presidential Address*, „Proceedings of the Aristotelian Society”, 1989, vol. 89(1), s. 10; *eadem*, *Constructing Authorities: Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

¹⁰ G. Tusseau, *Between Constructivism and Immanentism: Bentham's Unsettled Conception of Constitutional Law*, [w:] P. Schofield, X. Zhai (red.), *Bentham on Democracy, Courts and Codification*, Cambridge University Press, Cambridge 2022, s. 195–213. Jednak Tusseau rozumie konstruktywizm nieco inaczej, tj. w sposób bardziej dosłowny, czyli jako konstruowanie norm konstytucyjnych. O konstruktywistycznym błędzie utilitaryzmu przekonuje też Hayek – patrz F.A. Hayek, *Prawo...*, s. 232.

do estetyki pozwala on na odejście od tradycyjnej, jeszcze platońskiej koncepcji sztuki, pojmowanej jako *mimesis*, naśladownictwo, w kierunku wizji sztuki jako *creatio ex nihilo*, co dokonuje się przede wszystkim za sprawą romantycznego zwrotu w postrzeganiu sztuki, a następnie ewoluuje w kierunku współczesnego konceptualizmu, abstrakcji, sztuk niefiguratywnych¹¹. Na płaszczyźnie socjologicznej oznacza natomiast, że zjawiska społeczne nie są jedynie zastanymi przez nas faktami społecznymi, lecz że pozostają zawsze efektem naszego świadomego działania i przynajmniej domniemanej zgody, co kreuje odmienną od tradycyjnej wizję społecznych instytucji, takich jak np. własność czy wolność, i zawiera w sobie zawsze element od-podmiotowy¹². Można zatem stwierdzić, że epistemiczna geneza konstruktywizmu sprawia, iż jest on dzisiaj po prostu wszechobecny. Jest stałym składnikiem naszego abstrakcyjnego myślenia zarówno o świecie, jak i o wartościach.

3.1.2. Od-podmiotowa wizja obiektywności – Nagel

Powyższe wyliczenie kontekstów, w jakich pojawia się konstruktywizm, jest oczywiście tylko przykładowe i na pewno nie wyczerpuje wszystkich sfer ludzkiego życia i dziedzin kultury poddających się badaniu, w których konstruktywizm odgrywa ważną rolę. Pokazuje jednak dwie rzeczy – po pierwsze, powszechność konstruktywizmu we wszystkich właściwie najistotniejszych sferach, dziedzinach życia czy przestrzeniach kultury. Konstruktywizm z teorii poznania, która – jak pokazałem wyżej – jest sferą fundamentalną, swoistym punktem wyjścia dla współczesnej filozofii oraz kultury, „promieniuje” na wszystkie pozostałe

¹¹ M. Chmieleński, *Estetyczne fundamenty polityki w koncepcji Wilhelma von Humboldta*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 2023, t. 102, s. 15, <https://doi.org/10.18778/0208-6069.102.02>; podobnie I. Berlin, *Korzenie romantyzmu*, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2004, s. 173.

¹² Na temat konstruktywizmu społecznego ogólnie patrz T.A. Schwandt, *Constructivist, Interpretivist Approaches to Human Inquiry*, [w:] N.K. Denzin, Y.S. Lincoln (red.), *The Landscape of Qualitative Research: Theories and Issues*, Sage Publications, Thousand Oaks–London–New Delhi 1998. Patrz także bardzo znamienne zdanie Thomasa S. Kuhna: „what a man sees depends both upon what he looks at and also upon what his previous visual-conceptual experience has taught him to see” – T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago 1962/1970, s. 113. Silnie obecny jest społeczny konstruktywizm w tezie Johna Searle’a, mówiącej, że nasze podejście do społecznych faktów czy fenomenów częściowo je konstytuuje. Podaje on przykłady *cocktail party* i wojny jako takich fenomenów – patrz J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York 1995, s. 33–34. Michael Foucault i David M. Halperin rozwijają natomiast tezę, że takim fenomenem jest homoseksualizm, który nie istniał przed jego wyrażeniem w zachodniej kulturze w XIX wieku – patrz M. Foucault, *The History of Sexuality. Vol. I: An Introduction*, Pantheon, New York 1978; D.M. Halperin, *One Hundred Years of Homosexuality: And Other Essays on Greek Love*, Routledge, New York 1990. Jako fenomen konstruowany bywa wobec tego interpretowane także pojęcie rasy – patrz P.C. Taylor, *Race: A Philosophical Introduction*, Polity Press, Malden 2013; S. Haslanger, *Resisting Reality: Social Construction and Social Critique*, Oxford University Press, New York 2012.

sfery, które są od niej zależne. Po drugie natomiast (i ważniejsze) pokazuje, że konstruktywistyczna od-podmiotowość poznania nie tylko nie może i nie chce, ale i nie musi porzucać perspektywy obiektywnej. Zlokalizowanie pewności poznania we władzach poznawczych, zainicjowane przez Kartezjusza i rozwijane przez Kanta, oznacza przecież nadal poszukiwanie Platońskich jeszcze wartości prawdy, dobra i piękna. Wszystkie one są zaś formułami obiektywizującymi efekty poznania. Tyle że obiektywność ta jest – można powiedzieć – od-podmiotowo sproblematyzowana. Nie oznacza to zatem, że założenie od-podmiotowości poznania tożsame jest z rezygnacją z obiektywizacji poznania i zaakceptowaniem poznawczego solipsyzmu. Tak być nie może, ponieważ solipsyzm, niezainteresowany niczym poza sobą samym, poznanie świata uniemożliwia, a nie rozszerza¹³.

Nie oznacza to również tożsamości obiektywności i prawdy. Konstruktywizm już od czasów Kanta zakłada bowiem ściśle rozróżnienie pomiędzy nimi. Jak twierdzi Gerald J. Postema¹⁴:

Kant pojmuje obiektywność sądu jako intersubiektywną ważność demonstrowaną poprzez zgodę wszystkich wyposażonych w rozum. Odróżnia on obiektywność od prawdy. Obiektywność nie stanowi gwarancji prawdy, w jego perspektywie jest ona „kamieniem probierczym”, dzięki któremu upewniamy się, niezależnie od tego skąd jesteśmy, że nasze poczucie prawdziwości sądów, które akceptujemy, nie jest idiosynkratyczne, lecz posiada wartość niezależną od naszej ich akceptacji. Jesteśmy pewni, że powody, które uważamy za wystarczające podstawy do wydawania orzeczeń, są rzeczywiście wystarczające. Intersubiektywna ważność – „możność zakomunikowania [sądu – przyp. M.Ch.] i uznania go za ważny z punktu widzenia całego rodzaju ludzkiego” – jest [elementem – przyp. M.Ch.] dowodowym dla prawdy, ale konstytutywnym dla obiektywności¹⁵.

¹³ Warto też podkreślić, że subiektywizm poznawczy, będący fundamentem konstruktywizmu, nie jest tym samym co subiektywizm poznawczy w rozumieniu potocznym. Nie mówimy tu zatem o perspektywie zwanej potocznie „subiektywną”, oznaczającej, że każda jednostka poznaje rzecz indywidualną w inny sposób, który jest ugruntowany w odmienności jej osobniczej konstrukcji mentalnej, sposobie wychowania, poziomie wykształcenia czy charakterze, spostrzegawczości i unikalnej dla jednostki umiejętności dostrzegania wielu aspektów tej samej rzeczy. Taka perspektywa także jest oczywiście perspektywą uprawnioną. Jest ona zakorzeniona głównie w romantycznej koncepcji oryginalności i niepowtarzalności jednostki i wiąże się przede wszystkim, choć oczywiście nie tylko, z perspektywą estetyczną. Jest wywiedziona z subiektywizmu poznawczego, o którym mowa wyżej (w tradycji niemieckiej – właśnie Kantowskiego), ale jest zazwyczaj ograniczona do oceny przedmiotu poznania wybiegającej poza te jego właściwości, które przeciętny człowiek jest w stanie wspólnie z innymi, a więc „obiektywnie” dostrzec i rozpoznać. Subiektywizm poznawczy, o którym tutaj mowa, zakłada natomiast perspektywę szerszą niż indywidualna, czyli osobnicza, perspektywa poznawcza. Nie chodzi w nim o władze poznawcze konkretnej jednostki, lecz o wspólne, podzielane władze poznawcze „gatunku człowiek”, które oczywiście różnią się od siebie, ale też mają pewne wspólne cechy, pozwalające je traktować podobnie.

¹⁴ Którego koncepcja *objectivity as publicity* stanowi bardzo wyraźne nawiązanie do koncepcji Kantowskiej.

¹⁵ G.J. Postema, *Objectivity Fit for Law*, [w:] B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 110 (tłumaczenie – M.Ch.).

Konstruktywizm nie kwestionuje więc też w istocie klasycznej koncepcji prawdy (na pewno nie kwestionuje jej Kant). Od-podmiotowa prawda nie oznacza zatem poznawczego subiektywizmu, lecz „nieredukowalną subiektywność świadomości”. Jak pisze Thomas Nagel we wstępie swej znanej pracy pt. *Widok znikąd*: „Subiektywność świadomości jest nieredukowalną cechą rzeczywistości, bez której nie moglibyśmy uprawiać fizyki ani niczego innego, i musi zajmować równie podstawowe miejsce w każdym wiarygodnym obrazie świata, jak materia, energia, przestrzeń, czas i liczby”¹⁶.

Według Nagela na oparty na subiektywizmie konstruktywizm poznawczy jesteśmy skazani szczególnie wówczas, gdy chcemy podjąć rzetelne próby wyjaśniania świata w obiektywnych terminach, czyli uzasadnienia obiektywności efektów poznania. Innymi słowy, subiektywność musi być dzisiaj elementem składowym każdego obiektywnego wyjaśniania świata, ponieważ: „Próba całkowitego wyjaśnienia świata w obiektywnych terminach, w oderwaniu od tych perspektyw, prowadzi w nieunikniony sposób do fałszywych redukcji albo do odrzucania jakichś zjawisk, których istnienie nie budzi wątpliwości”¹⁷.

Nagel pokazuje też, w jaki sposób obronić potrzebną nam współcześnie filozoficzną i naukową obiektywność, uwzględniając konsekwencje wynikające z nieuchronnej, od-podmiotowej wizji poznania i będącego jej integralnym elementem poznawczego konstruktywizmu, po których nie da się już akceptować naiwnego, obiektywistycznego obrazu świata. Opisując naiwną, przedkartezyjską w istocie wizję obiektywności (choć obecną też po Kartezjuszu), określa ją mianem obiektywistycznej ślepoty:

Ten rodzaj obiektywistycznej ślepoty najbardziej rzuca się w oczy w filozofii umysłu, gdzie zewnętrzne teorie zjawisk mentalnych – od fizykalizmu do funkcjonalizmu – są bardzo popularne. Za tymi poglądami kryje się założenie, zgodnie z którym wszystko to, co naprawdę istnieje, musi dać się zrozumieć w pewien sposób – rzeczywistość jest obiektywna w wąskim sensie tego słowa. Zdaniem wielu filozofów, modelowym przykładem tego, co rzeczywiste, jest świat opisywany przez fizykę, naukę, w której odeszliśmy najdalej od specyficznie ludzkiego obrazu świata. Jednakże z tego właśnie powodu fizyka nie jest w stanie opisać nieredukowalnie subiektywnego charakteru świadomych procesów mentalnych, i to bez względu na to, w jaki sposób te procesy wiążą się z fizycznym funkcjonowaniem mózgu¹⁸.

Nagel pokazuje więc obiektywność nie w ten naiwny, fizykalny sposób, lecz jako zawierającą w sobie już to właśnie głębokie założenie o subiektywności poznania. Zwraca uwagę przede wszystkim na to, że obiektywność jest „owocną strategią”, której porzucenie nie leży w naszym dobrze pojętym epistemicznym interesie. Jest tak dlatego, że „[...] nasze rozumienie świata fizycznego rozszerzyło się znacznie dzięki teoriom i wyjaśnieniom, zbudowanym za pomocą

¹⁶ T. Nagel, *Widok znikąd*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1997, s. 12.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

pojęć niezwiązanych z typowo ludzkim, postrzeżeniowym punktem widzenia”¹⁹. Strategia obiektywizmu nie może więc oznaczać zapoznania elementu subiektywizmu i konstruktywizmu w poznaniu. Dla konstruktywistów uwzględnienie subiektywności poznania jest zatem koniecznością, tak jak koniecznością jest zdolność do wykraczania poza własny punkt widzenia. Obiektywny obserwator w sensie fizykalnym nie istnieje i nigdy nie istniał, bo nie ma niczego takiego jak Nagelowski tytułowy „widok znikąd”, lecz obiektywny obraz świata jest nam niezbędny, spoczywa u samych jego podstaw. Ten dylemat kartezjańsko-kantowskiego odkrycia nieuchronnej od-podmiotowości poznania sprawia, że nasze myślenie o przedmiocie poznania na rozmaitych płaszczyznach czy też w rozmaitych sferach naszego życia zmierza do osiągania obiektywności. Jej osiąganie oznacza odtąd jednak zawsze zadanie do wykonania, pewien wysiłek, który należy podjąć, albo – mówiąc inaczej – aktywność, która nie ma już nic wspólnego z pasywnym odczytywaniem, opieraniem się na zastanym, gotowym dogmacie. Jest to zatem nowa, zdecydowanie bardziej wymagająca formuła obiektywizacji, polegająca na dążeniu do przyjęcia perspektywy bezosobowej, dookreślonej m.in. przez Habermasa i Postemę²⁰ jako perspektywa intersubiektywności.

Pytanie, które nieuchronnie pojawia się w wyniku takiej konstatacji, to kwestia zidentyfikowania źródła tych wspólnych, ale jednocześnie od-podmiotowych warunków obiektywności związanej z bytem oraz obiektywności związanej z szeroko rozumianą powinnością i wartościowaniem. Innymi słowy, jest to kwestia egzemplifikacji od-podmiotowo pojmowanego, ale jednocześnie wspólnego środowiska czy medium, które łączy wykraczanie poza własny punkt widzenia w sferze poznania rzeczy i wykraczanie poza własny punkt widzenia w sferze związanej z powinnością, będącą istotą wszelkich wzorców normatywnych. Sfera epistemiczna jest bowiem punktem wyjścia i odniesienia także dla formuły obiektywności związanej z powinnością, ale taka obiektywność jest osiągnięta inaczej w sferze bytu i inaczej w sferze powinności²¹.

¹⁹ *Ibidem*, s. 20.

²⁰ G.J. Postema, *Objectivity...*, s. 111.

²¹ Tę różnicę pomiędzy sferą poznania rzeczy a sferą poznania praw i powinności w kontekście obiektywności poznania Nicos Stavropoulos charakteryzuje jako sprobematyzowanie występowania tzw. semantycznej głębi w przypadku prawa. Według niego: „legal properties are products of the human mind; consequently legal concepts cannot have semantic depth, since semantic depth requires that there be a difference between what we think the properties are, and what they in fact are. Such a difference could be only hold true on the supposition that there is a fact of the matter concerning legal properties, and this is an absurdum: only ready-made („mind-independent”) things possesses fact-of-the-matter natures” – N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 84. Stavropoulos wskazuje tu na jeden z najistotniejszych aspektów różnicy między poznaniem teoretycznym a poznaniem sfery powinności. Na poziomie sądów sąd normatywny od ontologicznego odróżnia też Postema, odróżniając obiektywność w prawie i sferze etycznej od innych rodzajów obiektywności – G. Postema, *Objectivity...*, s. 118. Natomiast określenie, które trafia do mnie najbardziej, jeśli chodzi o to odróżnienie, ukuła Sigrún Svavarsdóttir,

Rozpoczynając od takiego intuicyjnego obrazu, który jawi się nam na podstawie naszych codziennych doświadczeń, możemy powiedzieć, że w sferze bytu tę „nową” formułę obiektywności osiągamy poprzez porównywanie różnych od-podmiotowych wyników poznania i dochodzenie do wspólnych wniosków, czyli ich uzgadnianie. Zakładając zatem element od-podmiotowy w poznaniu jakiejś rzeczy, uzgadniamy jej właściwości, czy generalnie badane cechy i w ten sposób dochodzimy do jej – dla nas – obiektywnego obrazu. Uzgodniony obraz oznacza, że wszyscy albo przynajmniej zdecydowana większość z nas, dysponujących standardowymi, tj. podobnie ukonstytuowanymi władzami poznawczymi, widzimy rzecz bardzo podobnie. Tak więc, mimo psychologicznie skomplikowanej konstrukcji naszego procesu poznawczego, stosunkowo łatwo jest tu zatem osiągnąć taką obiektywność, odwołując się do gatunkowych władz poznawczych człowieka, które są ukształtowane na ogół podobnie. Wzrok, słuch, smak są zmysłami podobnymi u nas wszystkich, choć oczywiście występują indywidualne czy nawet kulturowo uwarunkowane różnice. Na podstawowym poziomie poznania, zakładającym identyfikację jakiejś rzeczy jako tej właśnie, a nie innej, nie powinniśmy mieć jednak z tym problemu. Jeśli nie jesteśmy niedowidzący, czyli nasz zmysł wzroku nie jest dotknięty jakimś mankamentem, to choć możemy się różnić co do szczegółów, widzimy podobnie. Innymi słowy, choć trawa, drzewo czy góra są przez nas postrzegane bardzo rozmaicie, to ta – często zróżnicowana w zależności od wrażliwości naszego zmysłu wzroku – perspektywa postrzeżenia nie sprawia raczej, że pomylimy górę z ptakiem, drzewo z okrętem, czy trawnik z okularami. Jeśli zaś pomylimy, to remedium na to są lepsze okulary, a nie rewindykacja naszego intersubiektywnego obrazu świata.

Nieco inaczej wygląda to w sferze powinności, obejmującej rozmaite wzorce zachowania, oceny, wartościowania, można powiedzieć równie dobre, słuszne i trafne, albo równie złe, niesłuszne i nietrafne – w zależności od przyjmowanego punktu widzenia. Nieuchronny pluralizm naszego wartościowania wzorców postępowania jest więc fundamentalnym znamieniem i efektem poznawczej subiektywności w tej sferze. Przykładowo, aborcja czy eutanazja są przez jednych postrzegane jako złe, przez innych jako dobre, zabójstwo człowieka na wojnie toczonej w obronie ojczyzny ocenimy jako bohaterstwo, a takie samo zabójstwo w wojnie napastniczej będziemy oceniać jako zbrodnię. Tutaj więc epistemiczna subiektywność nie zakłada wspólnego dochodzenia do obrazu jakiejś obiektywnie istniejącej, lecz za sprawą naszych władz poznawczych rozmaicie postrzeganej rzeczy czy stanu, lecz dochodzenie do porozumienia co do tego, jak

dla której sferę normatywną charakteryzuje „egzystencjalna zależność od umysłu” (ang. *existential mind-dependence*), którą definiuje ona następująco: „An entity is existentially mind-dependent if and only if it would not exist in the absence of minds or mental activity” – S. Svavarsdóttir, *Objective Values: Does Metaethics Rest on a Mistake?*, [w:] B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 162.

– obiektywnie – postępować właściwie²². A to jest sfera, która, w przeciwieństwie do sfery przyrodniczego zdeterminowania, zakłada wolę, wolność i od-podmiotową przyczynowość wolności oraz kreację. Jak za Kantem pisze Rawls, rozum praktyczny działa bowiem inaczej, zajmuje się „[...] wytwarzaniem przedmiotów [...]”, a nie „[...] poznaniem przedmiotów, które są dane”²³. Obiektywność zakłada tu zatem zintegrowanie wielu różnych indywidualnych perspektyw oceny postępowania w taką perspektywę, która pozwoli wolnym podmiotom poznającym zgodzić się co do tego, co jest dla nich obiektywnie ważne i czemu, tzn. jakiemu wzorcowi postępowania, przypiszą oni tę obiektywność. W przytoczonych wyżej przykładach – stanowiących tzw. *hard cases* – być może nigdy nie dojdziemy do takiego porozumienia, które pozwoli na rzeczywiście jednolite, czyli obiektywne stanowisko. Konstrukttywizm jednakże nie wyklucza, że nawet w tych trudnych przypadkach w warunkach współczesnego pluralizmu wartości możemy dojść do jakichś zobiektywizowanych, tj. ważnych dla nas wszystkich wniosków. Na przykład w odniesieniu do eutanazji czy zabójstwa intersubiektywnie podzielałmy zapewne intuicyjną opinię, że zabicie człowieka jest złe. Kierujemy się natomiast przekonaniem, że w niektórych z nich to zło jest mniejsze, a w niektórych większe. Nawet tutaj mamy zatem pewien obszar „częściowego konsensu”, jak pisze Rawls, czyli przestrzeń zgody co do pewnych rudymetów naszej oceny. Do ustalenia pozostaje więc, w jaki sposób to wiążąco uzgodnić. Musimy zatem jeszcze wskazać warunki, które mają nam pomóc uzgodnić i odkryć płaszczyznę wspólną, czyli płaszczyznę obiektywności²⁴.

²² Niezależnie od tego, który ze współcześnie analizowanych rodzajów czy typów obiektywności przyjmujemy, podmiotowy, transcendentálny element zgody zawsze jest już obecny. Matthew Kramer wyróżnia sześć głównych koncepcji „obiektywności w prawie”, z których trzy mają charakter „ontologiczny”: „niezależność od umysłu” (ang. *mind independence*) „ostateczna poprawność” (ang. *determinate correctness*), „jednolita zdolność do zastosowania” (ang. *uniform applicability*); dwie „epistemiczne”: „transindywidualna rozróżnialność” (ang. *transindividual discernibility*), „bezzstronność” (ang. *impartiality*) i jedna „semantyczny”: „zdolność do prawdy” (ang. *truth – ability*). Nawet najsilniejsza postać obiektywności – niezależność od umysłu w jej egzystencjalnej (ang. *existential*) i silnej (ang. *strong*) postaci – nie może po transcendentálnym odkryciu Kanta być po prostu tożsama z obiektywnym istnieniem wzorca normatywnego w jakimś „platońskim” świecie idei. Kramer definiuje ją jako koncepcję, zgodnie z którą „występowanie oraz dalsze istnienie czegoś jest niezależne od umysłowego funkcjonowania żadnego członka żadnej grupy indywidualnie lub kolektywnie”. To oczywiście nie oznacza wskazywanej przez Nagela naiwnej niezależności od fundamentalnych władz poznawczych czy moralnych człowieka. Patrz: M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 3 (tłumaczenia – M.Ch.).

²³ J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 141.

²⁴ W swej koncepcji „obiektywności jako publiczności” Postema wskazuje, że w odniesieniu do prawa deliberatywny konsensus powinien być „mocny” (ang. *strong deliberative consensus*). Istnieje obszerna literatura dotycząca problemu określanego mianem obiektywności w prawie. Podkreślić należy, że problem ten z punktu widzenia prawa jest przede wszystkim problemem praktycznym, a nie „jedynie” teoretycznym. Jak pisze Leiter: „Judges must decide cases”

3.1.3. Konstruktywizm moralny i prawny – Kant

Kantowskie rozwiązanie kwestii tej nowej formuły obiektywności – które pozostaje fundamentalne dla współczesnego konstruktywizmu i którego nie da się pominąć, choć da się z nim polemizować – to rozwiązanie odwołujące się do rozumnej zgody dyktowanej przez uniwersalistycznie pojmowany oświeceniowy rozum praktyczny. Wola, wolność i subiektywna przyczynowość łączą się w nim w sposób, który pozwala wyprowadzić z niego wzorzec, leżący u podstaw tej nowej formuły obiektywizmu. Szczegółowa i dokładna rekonstrukcja tego sposobu myślenia wymaga przyjrzenia się niektórym poruszonym już zagadnieniom, ale tym razem w kontekście przestrzeni normatywnej, a konkretnie dwóch jej zasadniczych elementów, czyli moralności i prawa. Te bowiem są głównym przedmiotem zainteresowania filozofii praktycznej Kanta, który uważa, że człowiek jest prawdopodobnie jedyną istotą na Ziemi, która stara się żyć wedle swego wyobrażenia praw.

W sferze filozofii teoretycznej metoda transcendentálna Kanta zmierza do wyłonienia warunków wszelkiego możliwego doświadczenia związanego ze sferą zmysłowości i przyrodniczej przyczynowości. Dlatego dla Kanta sfera filozofii teoretycznej (odpowiadającej na pytanie o to, jak jest) niejako „kończy się” tam, gdzie zaczyna się sfera filozofii praktycznej, której częścią jest etyka i filozofia prawa (odpowiadającej na pytanie o to, jak powinno być). Ludzka wolność, pojmowana jako przyczyna zjawisk obserwowalnych w świecie przyrodniczym, nie

(B. Leiter, *Introduction*, [w:] *idem* (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 3). Taka obiektywność jest prawu niezbędna co najmniej na kilku płaszczyznach. Po pierwsze – na płaszczyźnie oceny materiału dowodowego. Po drugie – obiektywność orzeczenia lub decyzji oznacza ich bezstronność: wydane na podstawie zobiektywizowanej oceny orzeczenie sędziego, choć kształtowane na podstawie pewnych właściwości osobistych (doświadczenia życiowego), nie może być subiektywne i dowolne. Po trzecie – norma prawna, na podstawie której orzeczenie czy decyzja są wydawane, powinna być obiektywnie uzasadniona. Podstawowa różnica pomiędzy wymiarem teoretycznym i praktycznym obiektywności to zatem nie kwestia różnicy między filozofią teoretyczną a praktyczną. Sędzia lub urzędnik, kształtujący faktyczną sferę praw i obowiązków obywateli, nie dysponuje „komfortem” poprzestania na konstatacji, że nie da się osiągnąć obiektywności orzeczenia lub decyzji, którym dysponuje filozof. Podobnie patrzy na to np. Brian Leiter, który wymienia przykładowo cztery wymiary obiektywności w prawie: 1) związany z oczekiwaniem równego traktowania przez prawo w jego treści, 2) związany z oczekiwaniem obiektywności i bezstronności sędziego, 3) związany z obiektywizmem decyzji sędziowskich oraz 4) związany z obiektywizmem standardów postępowania – B. Leiter, *Introduction*, s. 3. We wszystkich pracach poświęconych obiektywności w prawie dominuje ten wymiar praktyczny – patrz np. N. Stavropoulos, *Objectivity*...; M. Kramer, *Objectivity*...; K. Greenawalt, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, New York–Oxford 1992; B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001. Na temat praktyczności w prawie interesująco pisze też: M. Pichlak, *Obiektywność w prawie – podejście instytucjonalne jako alternatywa dla dominujących stanowisk teoretycznych*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 4.

mieści się w jej zakresie albo też, mówiąc inaczej, mieści się w niej w sposób negatywny: nie można nic powiedzieć o jej istocie poza tym, że stanowi przyczynę sprawczą. Filozofia teoretyczna nie ma zatem instrumentów pomocnych dla badania sfery ludzkiej wolności. Filozofia teoretyczna bada byt i sposoby jego poznawania, filozofia praktyczna natomiast wyznaczniki ludzkiego postępowania, które pochodzą spoza sfery bytu. Jej bezpośrednim przedmiotem jest bowiem powinność, która ugruntowana jest w ludzkiej wolności. Jeśli tak, to głównym przedmiotem naszego badania w tej sferze jest poszukiwanie warunków możliwości ludzkiego doświadczenia związanego z tą powinnością, a więc badanie instytucji moralnych i prawnych przez pryzmat celu, do jakiego one zmierzają. Nie chodzi przy tym o jakieś cele techniczne czy zależne (hipotetyczne), lecz o powinność „czystą”, tj. autoteliczną, czyli cele kategoryczne, ostateczne, ale nie zewnętrzne wobec nas. Powinność autoteliczna to powinność nieuwarunkowana żadnymi zewnętrznymi celami. Jej badanie oznacza poszukiwanie warunku, pod którym o jakiejś regule wyznaczającej sposób postępowania orzec możemy, że powinna być powszechnie wiążąca ze względu na jej wewnętrzną wartość czy słusność, a nie ze względu na jakieś inne cele, które możemy osiągnąć, kształtując swe postępowanie zgodnie z nią. Źródeł tej wewnętrznej słusności poszukiwać mamy – wedle Kanta – nie w doświadczeniu zmysłowym czy w świecie przyrodniczym, lecz w sferze intelligibilnej, która jego zdaniem wspólna jest u wszystkich przedstawicieli rodzaju ludzkiego. Kant nie odwołuje się tu do norm pochodzących z jakiegoś obiektywnego porządku transcendentnego, lecz zakłada wymóg powszechnej, rozumowej akceptacji zasady. Nie wymaga on także, aby poddawać ją jakiemuś testowi powszechnej zgody w sensie empirycznym (np. demokratycznemu głosowaniu większościowemu czy jednomyślniej decyzji empirycznych podmiotów), lecz odwołuje się wyłącznie do sfery intelligibilnej, transcendentalnej zgody podmiotu wyposażonego w rozum. Taka metoda wspólna jest w koncepcji Kantowskiej obu badanym przez Kanta rodzajom prawodawstwa, a więc dotyczy zarówno prawodawstwa „zewnętrznego” – jurydycznego, jak i prawodawstwa „wewnętrznego” – moralnego. Różnica między normami należącymi do tych dwóch porządków legislacyjnych polega natomiast na odmiennym sposobie determinacji woli podmiotu działającego. Wydobycie właściwego charakteru relacji zachodzących pomiędzy prawem i moralnością wymaga przede wszystkim określenia związków, jakie zachodzą pomiędzy wolnością w sferze prawnej i wolnością w sferze moralnej. Wolność, choć rozmaicie pojmowana, stanowi bowiem dla Kanta *ratio essendi* zarówno prawa moralnego, jak i prawowitego prawa pozytywnego²⁵. Wolność moralna to po prostu nieuwarunkowana

²⁵ Trzeba jednocześnie pamiętać, że relacje między prawem a moralnością w filozofii Kanta nie są interpretowane jednoznacznie. Oddzielenie prawa i moralności nie jest dla niego tożsame z odrzuceniem moralnych przesłanek obowiązywania prawa. Kant jest więc z jednej strony inspiratorem Hansa Kelsena i jego pozytywistyczno-prawnego stanowiska „czystej nauki prawa”, lecz z drugiej jest też zwolennikiem prawa naturalnego, definiowanego jako „prawo

i bezpośrednia zgodność indywidualnej maksymy postępowania z powszechnie akceptowalną zasadą moralną, tj. imperatywem kategorycznym, który nakazuje szanować podmiotowość i godność człowieka. Wolność jurydyczna to natomiast zgodność empirycznej normy prawnej (przepisu, jak pisze Kant), z kategorycznym pryncypium prawa, którym jest zasada równej wolności wszystkich, pojmowanej jako wolność w granicach wolności innych ludzi. Przechodząc taki „test uniwersalności”, zarówno moralne maksymy, jak i jurydyczne przepisy uchwalane czy tworzone przez prawodawcę mogą być uznawane za powszechnie ważne i stanowić prawowite podstawy ludzkiego postępowania. Są one wytwarzane przez odniesienie inicjujących ten proces empirycznych wzorców normatywnych do kategorycznych, czyli nieuwarunkowanych imperatywów konstruowanych przez ludzki rozum. Jak każda w gruncie rzeczy formuła testu – ma on charakter formalistyczny i proceduralny. Obiektywność zapewnia tu zastosowanie określonej procedury. Istotą testu kategorycznego imperatywu w moralności, a w przypadku ustawodawcy – testu polegającego na zastosowaniu kategorycznego pryncypium prawa (odwołaniu się do równej wolności) jest „odsianie” rozwiązań, które nie dadzą się powszechnie, uniwersalnie uzasadnić (pomińmy na tym etapie trudności z samą uniwersalnością). Test służy więc przede wszystkim selekcji i odrzuceniu konkretnych dyrektyw dla naszego postępowania (maksym indywidualnych), co najlepiej ilustruje podawany przez Onorę O’Neil przykład zasad, niedających się zuniwersalizować. Wedle O’Neil selektywne oszustwo nie jest dla Kanta nieprawdopodobne w pluralistycznym społeczeństwie (np. ukrycie prawdy przed nieuleczalnie chorym pacjentem). Natomiast zaakceptowanie oszustwa jako uniwersalnej zasady postępowania jest wykluczone. Jeśli zaakceptowalibyśmy je jako taką zasadę, podważylibyśmy zasadę wzajemnego zaufania jako istotę postępowania leżącą u podstaw podzielanej przez nas na ogół wizji społecznych relacji. Podobnie jest z przymusem i przemocą, które są dopuszczalne tylko na zasadzie błędu lub wyjątku od zasady²⁶.

W koncepcji Kantowskiej „test uniwersalności” czy też powszechnej, rozumnej akceptowalności zapewnia więc tę właśnie od-podmiotową obiektywność moralności i prawa, o której pisze m.in. Nagel. Dotyczy to zarówno zasad

rozumu”. Dla Kanta założeniu autonomii tych dwóch dziedzin zawsze towarzyszy świadomość niebezpieczeństw, które wiążą się z odrzuceniem moralności w sferze prawa pozytywnego. W ramach jego koncepcji moralność i prawo są więc wprawdzie od siebie oddzielone, ale jednocześnie są też ze sobą nierozzerwalnie związane i to nie tylko w sensie genetycznym, lecz także legitymizacyjnym. Zasady moralności (imperatyw kategoryczny), choć należą do odrębnego porządku normatywnego, stanowią bowiem jednocześnie punkt odniesienia dla zasad prawa pozytywnego. Patrząc z perspektywy zewnętrznej wobec prawa, prawu jawnie niesprawiedliwemu nie może według Kanta przysługiwać walor prawowitości. Odrębną sprawą jest natomiast tzw. prawo oporu przeciwko niemu, którego Kant zdecydowanie nie dopuszcza (problem typowy dla pozytywistów prawniczych).

²⁶ O. O’Neil, *Constructions of Reason: Explorations of Kant’s Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, s. 215.

moralności, jak i zasad prawa, choć w nieco odmienny sposób, do czego powrócę jeszcze w dalszej części tej pracy. Medium tej obiektywności jest jednak dla obu porządków uniwersalistycznie pojmowany rozum, który w swym zastosowaniu praktycznym przenika całą sferę normatywną. Zarówno moralność, jak i prawo są konstruktami tego właśnie rozumu, będącymi efektem procedury zakładającej zgodę, która jednak nie musi być wyeksplikowana wprost, wynika bowiem z samego założenia uniwersalnej rozumności, w której wszyscy partycypujemy. Podobnie jak u Rousseau, to, co zgodne z tym uniwersalnym rozumem, jest też zgodne z naszym rozumnym chceniem, czyli jest przedmiotem naszej rozumnej zgody. Jest tu zatem obecne pewnego rodzaju domniemanie zgody, które nadaje moralności i prawu kategorię, czyli bezwarunkowo ważny charakter²⁷. Konstrukcje normatywne polegają właśnie na kreowaniu norm i zasad, na które taka domniemana rozumna zgoda mogłaby być wyrażona.

3.1.4. Konstruktywizm polityczny – Rawls

Kantowska wizja osiągnięcia obiektywności poprzez procedurę, która w sferze filozofii praktycznej zakłada konieczność istnienia domniemanej zgody rozumnych podmiotów na treść fundamentalnych zasad, stanowi główne źródło współczesnego, konstruktywistycznego wzorca dla rozważań dotyczących przestrzeni normatywnej. Pozwala ona wstępnie zidentyfikować zgodę jako źródło i jednocześnie medium nowej, od-podmiotowej formuły obiektywności w przestrzeni normatywnej. Pytanie, na które teraz pozostaje odpowiedzieć w kontekście złożoności naszej współczesnej, demokratycznej przestrzeni normatywnej, opartej na nieuchronnym, mniej lub bardziej rozbudowanym światopoglądowym pluralizmie, to pytanie o to, gdzie, na jakiej płaszczyźnie taka zgoda ma miejsce. Obiektywność zakłada bowiem, że zgoda musi być powszechna, bo obiektywnym możemy nazwać tylko taki element świata wartości i norm, na który wszyscy będziemy mogli się zgodzić lub go bez przymusu zaakceptować.

Dla Kanta problem pluralizmu właściwie nie istniał, był bowiem automatycznie rozwiązywany przez odwołanie się do uniwersalistycznie pojmowanego rozumu. Koncepcja uniwersalistycznie pojmowanego rozumu zakładała, jak wyżej wspomniałem, że właściwe, tj. niebłędne zastosowanie rozumu doprowadzi nas zawsze do jednej i tej samej w istocie zasady (tj. prawdy) moralnej, a ta stanowić

²⁷ W swej szeroko znanej i komentowanej pracy Onora O'Neill trafnie podkreśla, że Kantowska formuła uniwersalnego prawa stanowi kanoniczny przykład testu uniwersalności, który według niej zarówno broni się przed zarzutem trywialnego formalizmu, jak i nie wymaga uzupełniania za pomocą rozważań o charakterze heteronomicznym, by móc stanowić właściwą podstawę dla kierowania ludzkim postępowaniem – patrz O. O'Neill, *Constructions of Reason: Explorations...*, s. 82.

będzie punkt odniesienia dla innych elementów naszej przestrzeni normatywnej, takich jak np. prawo²⁸. Imperatyw kategoryczny dlatego właśnie jest kategoryczny, że jest uniwersalną zasadą moralną. Innymi słowy, w przekonaniu Kanta każdy „normalnie” myślący człowiek po zastanowieniu podzieli to przekonanie. Dlatego właśnie koncepcja Kantowska jest rozległą rozumną doktryną, jak określa ją Rawls. Mimo jej roszczenia do uniwersalności nie jest ona uniwersalna, obok niej istnieją bowiem też inne, równie dobre i wcale nieuznawane za błędne przekonania i koncepcje moralne, np. utylitarystyczny teleologizm. I są one również możliwe do przyjęcia i zaakceptowania. Mówiąc najprościej pluralizm, który jest po prostu faktem we współczesnych społeczeństwach demokratycznych, zakłada jako prawdziwe także inne uzasadnienia moralności, np. oparte na uczuciu, albo wręcz takie, które oświeceniową uniwersalność rozumu uznają za źródło opresji i nieakceptowalnego absolutyzmu moralnego. Zgoda dyktowana uniwersalistycznie pojmowanymi kategoriami rozumności to zatem wcale nie jest powszechna zgoda. Rozum jest skończony, jak trafnie określa to cytowany dalej w tej pracy Hans-Michael Baumgartener czy – jak pokazuje chociażby Herbert Schnädelbach²⁹ – jest historyczny.

Dla Rawlsa, w przeciwieństwie chociażby do Fryderyka Nietzschego, nie oznacza to jednak konieczności porzucenia rozumnej, od-podmiotowej obiektywności, lecz takie zastosowanie rozumu, które pozwoli na uwzględnienie tego

²⁸ Na gruncie koncepcji „prawa rozumu” Kant ściśle rozdziela prawo naturalne od pozytywnego. Najprościej rzecz ujmując, dla Kanta źródłem prawa naturalnego jest rozum, natomiast źródłem prawa pozytywnego empiryczna wola prawodawcy. Kant rozdziela te dwa porządki, ale jednocześnie prawo pozytywne interesuje go tylko w takim zakresie, w jakim spełnia ono wymogi stawiane przez uniwersalny praktyczny rozum, którego fundamentalną zasadą moralną jest imperatyw kategoryczny – patrz E. Wyłębska-Dermanović, *Filozofia prawa Immanuela Kanta*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2018, s. 62. Podobnie O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995. Jak wspominałem wyżej, to właśnie to rozwiązanie sprawia, że Kant jest zarówno patronem ius-naturalizmu, jak i pozytywizmu prawniczego. Jest więc źródłem inspiracji dla „czystej teorii prawa” pozytywisty Kelsena (w której idea aksjologicznie neutralnej, formalnej normy podstawowej jest „transcendentalno-logicznym warunkiem” interpretacji prawa – H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2014, s. 307–310; patrz też: T. Spaak, *Kelsen and Hart on the Normativity of Law*, [w:] P. Wahlgren, M. Zamboni (red.), *Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honour of Jes Bjarup*, Institute for Scandinavian Law, Stockholm 2005, s. 404–405), a jednocześnie może inspirować koncepcje prawnio-naturalne, ponieważ zakłada, że uniwersalna, praktyczna rozumność cechuje zarówno moralność, jak i prawo. Tyle że w przypadku tego ostatniego w grę wchodzi odmienne pobudki przestrzegania norm, a nierozumne prawo pozytywne ma być korygowane w ramach istniejącej praktyki prawodawczej, a nie poprzez „prawo oporu” wobec niego albo uznawanie go za prawo nieobowiązujące. W zależności od tego, czego poszukujemy, w koncepcji Kanta znajdziemy zatem uzasadnienie zarówno dla tzw. *Trennungsthese*, jak i dla *Verbindungsthese*. Postulat rozumnego tworzenia prawa przez legislatora sprawia jednocześnie, że koncepcja ta stanowi też jedną z istotnych formuł wspierających prawny kreacjonizm.

²⁹ H. Schnädelbach, *Rozum i historia*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2001, s. 5.

pluralizmu i jednocześnie zobiektywizowanie efektów jednoczącej, konstruktywistycznej procedury. Inaczej narażeni jesteśmy na arbitralność, a tego demokratyczna wizja współczesnego pluralizmu nie dopuszcza. W związku z tym z naszej przestrzeni normatywnej musimy „wykroić” ten ograniczony, minimalny obszar czy obszary, w których się zgodzimy. Idąc tym tropem, Rawls najpierw konstruuje swą koncepcję sprawiedliwości jako bezstronności, czyli intuicyjnej wizji sprawiedliwości uzasadnionej właśnie powszechną, rozsądną zgodą, wyrażoną w transcendentnej formule wykorzystującej ideę zasłony niewiedzy jako element obiektywizujący bezstronność dokonywanego wyboru. Sprawiedliwość jako bezstronność, jak tłumaczy się w Polsce termin *justice as fairness*, to według niego taka rozległa rozsądna doktryna, tyle że już nieco zawężona w stosunku do wizji Kantowskiej. Natomiast następnie – co ważniejsze – zawęży on jeszcze i doprecyzowuje płaszczyznę zastosowania konstruktywizmu obecną już w koncepcji sprawiedliwości jako bezstronności do płaszczyzny *stricte* politycznej, wiążąc ją z ideą minimalistycznie pojmowanego rozumu publicznego. Jest tak dlatego, że pluralizm zakłada możliwie szeroką światopoglądową różnorodność w sferze moralnej, a koncepcja polityczna ma jedynie tworzyć możliwie dogodne ramy i warunki dla samorealizacji tych rozmaitych koncepcji w jej ramach. Na tej wykrojonej politycznej płaszczyźnie, którą Rawls doprecyzowuje w swoim *Liberalizmie politycznym*, chodzi o to, by różne, często niezbieżne, ale zawsze rozsądne, rozległe doktryny mogły znaleźć swego rodzaju wspólną platformę porozumienia, ale bez wnikania w głębokie założenia moralne. Nie jest jednocześnie tak, że pluralizm ten jest całkowicie nieograniczony, bo poza tą wspólną ramą czy platformą znajdują się koncepcje nierozsądne, tj. takie, które relatywizują bądź kwestionują fundamentalne ludzkie wartości, takie jak życie, godność, równość czy wolność. Koncepcja Rawlsa jest w końcu koncepcją liberalną, czyli nie jest i nie może być neutralna światopoglądowo. Rozum nie jest jednak dla Rawlsa nieskończonym uniwersalizującym rozumem praktycznym, lecz ograniczonym rozumem publicznym, czyli rozumem zrelatywizowanym do wartości fundamentalnych, konstytuujących pluralistyczne społeczeństwa zachodnie. Z jednej strony koncepcja sprawiedliwości jest zatem przez Rawlsa rozumiana jako ograniczona zakresowo sprawiedliwość polityczna, z drugiej można powiedzieć, że ta ograniczona koncepcja ma też swoje konsekwencje w innych sferach, na które rzutuje, a jedną z nich jest właśnie prawo i związane z nim praktyki legislacyjne.

Ponieważ koncepcja Rawlsa jest kluczowa dla zidentyfikowania zakresu oddziaływania konstruktywizmu we współczesnych społeczeństwach zachodnich, rozpocznę od poglądowego zarysowania najważniejszych elementów zawartych w jego *Teorii sprawiedliwości*, w której konstruktywizm obecny jest, można powiedzieć, *implicite* (na jego wyraźną obecność zwrócił uwagę Rawlsowi Ronald Dworkin)³⁰, a następnie przedstawię w skrócie najważniej-

³⁰ R. Dworkin, *The Original Position*, [w:] N. Daniels, *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' Theory of Justice*, Stanford University Press, Stanford 1989 (artykuł Dworkina z 1975 r.).

sze wnioski, jakie zawarł Rawls w swoim *Politycznym liberalizmie* – pracy, w której konstruktywizm jako fundament myślenia o sferze publicznej jest już obecny niejako *explicite*, czyli jako „idea koncepcji konstruktywistycznej”. Jednocześnie na samym początku pragnę zaznaczyć, że koncepcję Rawlsa traktuję z jednej strony jako jedną ze współczesnych koncepcji, które powróciły do myślenia o polityce w kategoriach normatywnych, z drugiej strony natomiast jako jeden z – moim zdaniem – najbardziej trafnych, choć oczywiście niepełnych, opisów fundamentalnych zasad funkcjonowania współczesnych liberalnych demokracji. Siłą tego ujęcia jest dla mnie wyjście od intuicjonizmu, a następnie uzasadnienie tego intuicyjnego rozwiązania, które możemy podzielać wszyscy, kontraktualistyczną i konstruktywistyczną koncepcją sięgającą do testu zasłony niewiedzy. Najpierw więc zreferuję ideę zasłony niewiedzy jako fundamentalną dla konstruktywistycznego sposobu myślenia, następnie omówię konstruktywizm polityczny, a na końcu przyjrę się jeszcze konsekwencjom tego konstruktywizmu dla prawa.

Wstępną ilustracją konstruktywizmu Rawlsa, zawartą w jego fundamentalnej *Teorii sprawiedliwości*, jest idealizacyjna hipoteza tzw. sytuacji wyjściowej. Jest ona, jak wcześniej już wspomniałem, medium obiektywizacji zasad politycznych, czyli pełni funkcję obiektywnego uzasadnienia zasad fundamentalnych dla instytucji demokratycznych współczesnych społeczeństw zachodnich, wywiedzionych z domniemanej zgody. Jej celem jest zatem ustalenie, jakie zasady społeczne i polityczne wzajemnie niezainteresowane sobą jednostki zgodnie wybrałyby w sytuacji, która wyklucza kierowanie się wyłącznie ich własnym interesem. Warunki brzegowe tego wyboru określa Rawls w ten sposób, że sytuacja wyjściowa określona jest jako sytuacja równej wolności i bezstronności. Rawls zastanawia się zatem, jak można zagwarantować bezstronność takiego wyboru w warunkach sytuacji pierwotnej. Należy sobie wyobrazić, sugeruje Rawls, że wybierający, umieszczony w hipotetycznej sytuacji pierwotnej, nie zna swojej przyszłej pozycji w społeczeństwie, znając jednakże podstawowe uwarunkowania władające tym społeczeństwem. Tylko wybór dokonany w takich warunkach może być wyborem bezstronnym, wyborem zasad, które każdy potencjalny członek społeczeństwa skłonny będzie zaakceptować. Założenie takie określa on właśnie mianem zasłony niewiedzy. Zza tej zasłony wyłaniają się według Rawlsa dwie zasady sprawiedliwości, wstępnie zarysowane jako:

Pierwsza: każda osoba ma mieć równe prawo do jak najszerzej podstawowej wolności możliwej do pogodzenia z podobną wolnością dla innych. Druga: nierówności społeczne i ekonomiczne mają być tak ułożone, by (a) można się było rozsądnie spodziewać, że będzie to z korzyścią dla każdego, i (b) wiązały się z pozycjami i urzędami na równi dla wszystkich otwartymi³¹.

³¹ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 87.

Sprawiedliwość oparta na tych zasadach gwarantuje więc nie tylko wolność indywidualną. Nakazuje również rządowi, jako instytucji powołanej do realizowania tych dwóch reguł, taki rozdział podstawowych praw i obowiązków oraz społecznych i ekonomicznych korzyści, aby było to zgodne z interesem wszystkich członków społeczeństwa. Zgodnie z nimi:

[...] wszelkie społeczne wartości – wolność i możliwości, dochód i bogactwo oraz podstawy szacunku dla samego siebie – mają być równo rozdzielone, chyba że nierówna dystrybucja jakiegokolwiek (czy też wszystkich) spośród tych wartości jest korzystna dla każdego³².

Taka wizja sprawiedliwości nie ma na celu wyeliminowania społecznych nierówności pod warunkiem, że ich istnienie jest korzystne dla wszystkich. Inaczej mówiąc, niesprawiedliwe w tym znaczeniu będą tylko te nierówności, które nie są korzystne dla wszystkich. Odnosząc to do dystrybucji dochodu, otrzymujemy zasadę, według której ci, którzy są w społeczeństwie sytuowani lepiej, zgodzą się na taką nierówność w podziale dóbr, która część wypracowanych przez nich dochodów przekazywała będzie tym, którzy są biedniejsi. Taka redystrybucja leży w ich dobrze pojętym interesie. Zdaniem Rawlsa zgodzi się na nią każdy, kto nie zna swojego materialnego statusu w społeczeństwie. Za zasłoną niewiedzy musi on bowiem brać pod uwagę sytuację, w której to on jest potrzebującym pomocy. Zasłona niewiedzy pozwala więc wyłonić Rawlsowi zasady społecznie sprawiedliwe, tj. obiektywnie sprawiedliwe zgodnie z tą nową od-podmiotową formułą obiektywności, o której pisał Nagel.

Na tej idealizacyjnej konstrukcji bazuje zawarta w *Liberalizmie politycznym* idea konstruktywizmu politycznego. Swój wykład III Rawls rozpoczyna od odróżnienia konstruktywizmu politycznego od konstruktywizmu moralnego Kanta oraz od racjonalnego intuicjonizmu „jako pewnej formy moralnego realizmu”³³. Konstrukcja ta zmierza do dostarczenia liberalizmowi politycznemu – koncepcji, na której, zdaniem Rawlsa, ma się opierać uzasadnienie najważniejszych instytucji publicznych – „właściwej koncepcji obiektywności”³⁴. O konstruktywistycznej procedurze idealizacyjnej Rawls pisze następująco:

Polityczny konstruktywizm jest pewnym poglądem na strukturę i treść określonej koncepcji politycznej. Stwierdza on, że gdy tylko – jeśli w ogóle do tego dochodzi – osiągnięta zostaje refleksyjna równowaga, zasady politycznej sprawiedliwości (treść) można przedstawić jako wynik pewnej procedury konstrukcji (struktury). W tej procedurze, odwzorowanej przez sytuację pierwotną (wykład I, § 4), racjonalnie działający, jako przedstawiciele obywateli i osoby podlegające rozumnym warunkom, wybierają publiczne zasady sprawiedliwości, które mają regulować podstawową strukturę społeczeństwa³⁵.

³² *Ibidem*, s. 89.

³³ J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 141.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

Tę polityczną koncepcję sprawiedliwości rozumiem jako wydzielony z całej różnorodności rozległych doktryn obszar, który z punktu widzenia wyznających te rozległe doktryny stanowi bezpieczny, czyli możliwy do zaakceptowania przez nich, obszar potencjalnego konsensu. Tak więc zdaniem Rawlsa jego „konstruktywistyczna koncepcja politycznej sprawiedliwości” nie jest rozległą doktryną moralną³⁶. W ten sposób Rawls jednocześnie odróżnia polityczny konstruktywizm sprawiedliwości jako bezstronności od moralnego konstruktywizmu koncepcji Kanta oraz od racjonalnego intuicjonizmu³⁷. Wydobywając polityczny konstruktywizm, Rawls postępuje podobnie, jak Locke postępuje z koncepcją Filmera. Cechy konstruktywizmu opisuje on jako przeciwstawne cechom racjonalnego intuicjonizmu. O ile jednak Locke miał na celu zakwestionowanie paternalistycznego uzasadnienia władzy oferowanego przez Filmera, o tyle Rawlsowi chodzi raczej o uzasadnienie pewnych racjonalnych intuicji w nowy sposób, czyli właśnie o nowe, od-podmiotowe zobiektywizowanie sprawiedliwości poprzez odwołanie się do idei społecznego konsensu. Intuicjonizm opiera się więc na tradycyjnej – tj. fizykalnej – obiektywistycznej koncepcji prawdy, co w sferze politycznej pluralistycznych społeczeństw współczesnych jest problematyczne, bo oferuje niezależne od woli, czyli arbitralne ugruntowanie tej fundamentalnej instytucji, jaką jest sprawiedliwość polityczna.

By tę myśl Rawlsa należycie rozwinąć, konieczne jest zestawienie intuicjonizmu i konstruktywizmu, najlepiej w parach elementów odróżniających te dwie idee:

Po pierwsze, racjonalny intuicjonizm twierdzi, że pierwsze zasady i sądy moralne, jeśli są trafne, są twierdzeniami prawdziwymi na temat pewnego niezależnego porządku moralnych wartości; porządek ten nie zależy przy tym od aktywności żadnego faktycznego (ludzkiego) umysłu, w tym aktywności rozumu, ani nie może być przez nią wyjaśniony³⁸.

Mamy tu zatem założenie o zastanym charakterze zasad, które są obiektywne w sposób charakterystyczny dla naiwnego, fizykalnego podejścia od-przedmiotowego. Tej cesze charakterystycznej intuicjonizmu Rawls przeciwstawia cechę konstruktywizmu przedstawiającego treść zasad sprawiedliwości politycznej jako „wynik pewnej procedury konstrukcji (struktury)”³⁹. W ten sposób pierwsze zasady sprawiedliwości doprecyzowane zostają jako zasady regulujące podstawową strukturę społeczeństwa oraz nie są już oczywiście zastanymi moralnymi faktami, lecz zasadami wyłoniionymi w procesie racjonalnego wyboru przez aktorów podlegających w tym racjonalnym wyborze rozumnym warunkom, tj. kierującym się rozumem publicznym. Mamy tu zatem konieczny „ładunek” elementów od-podmiotowych.

³⁶ *Ibidem*, s. 142.

³⁷ *Ibidem*, s. 143.

³⁸ *Ibidem*, s. 144.

³⁹ *Ibidem*, s. 145.

Kolejną cechą racjonalnego intuicjonizmu jest – wynikające z naiwnej, fizykanej (teoretycznej) obiektywizacji – założenie, że „pierwsze zasady moralne zostają poznane przez rozum teoretyczny”⁴⁰. Jak pisze Rawls, opisując ten sposób myślenia o zasadach moralnych:

Tę cechę racjonalnego intuicjonizmu sugeruje myśl, że wiedzę moralną uzyskuje się przez pewnego rodzaju percepcję i intuicję i porządkuje się ją za pomocą pierwszych zasad, które uznaje się za godne akceptacji po należytym namyśle. Myśl ta ulega wzmocnieniu przez porównanie, które intuicjoniści czynią między wiedzą moralną i wiedzą matematyczną w arytmetyce i geometrii. Twierdzi się, że porządek wartości moralnych tkwi w rozumie Boga i kieruje Boską wolą⁴¹.

Z tym podejściem Rawls kontrastuje drugą cechę konstruktywizmu, zgodnie z którą:

[...] procedura konstrukcji opiera się zasadniczo na rozumie praktycznym, a nie na rozumie teoretycznym. Postępując w tym rozróżnieniu sposobem Kanta, powiadamy: rozum praktyczny zajmuje się wytwarzaniem przedmiotów zgodnie z pewną koncepcją sprawiedliwego reżimu konstytucyjnego rozumianego jako cel starań politycznych, podczas gdy rozum teoretyczny zajmuje się poznaniem przedmiotów, które są dane⁴².

Według Rawlsa w tym procesie udział rozumu teoretycznego, który stanowi narzędzie poznania zasad wedle intuicjonizmu, polega na kształtowaniu przekonania i wiedzy racjonalnych aktorów, którzy konstruują zasady, wykorzystując swe zdolności intelektualne, czyli zdolność rozumowania, wnioskowania i sądzenia⁴³. Rozum teoretyczny stanowi więc oczywisty poznawczy fundament tych ludzkich zdolności do konstruowania zasad.

Z tego wynika trzecie zestawienie w koncepcji Rawlsa, dotyczące pojęcia osoby. O ile więc trzecią cechą intuicjonizmu jest „wąska koncepcja osoby”, której istotą jest minimalna idea osoby jako podmiotu wiedzy, o tyle konstruktywizm wymaga szerszej – „złożonej” – koncepcji osoby wpisanej w również bardziej złożoną koncepcję społeczeństwa. Wedle Rawlsa zatem:

[...] konstruktywizm postrzega osobę jako należącą do społeczności politycznej rozumianej jako sprawiedliwy system kooperacji trwającej z pokolenia na pokolenie. Twierdzi się oto, że osoby posiadają dwie władze moralne związane z ideą społecznej kooperacji – zdolność posiadania poczucia sprawiedliwości i zdolność posiadania koncepcji dobra⁴⁴.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 144.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, s. 145–146.

⁴³ *Ibidem*, s. 146.

⁴⁴ *Ibidem*. Warto w tym miejscu podkreślić, że wprawdzie jest to szersza koncepcja osoby, ale nie w ten sposób, że przez to koncepcja ta staje się rozległą (ang. *comprehensive*) doktryną. Jest ona bowiem, przynajmniej w *Liberalizmie politycznym*, ograniczona do koncepcji politycznej – koncepcji osoby jako obywatela. Michał Rupniewski, któremu dziękuję za zwrócenie mi na to

Oznacza to, że osoby te są jednocześnie racjonalne i rozumne, czyli że są zdolne z jednej strony do racjonalnego dążenia do realizacji własnej koncepcji dobra, ale z drugiej zdają sobie sprawę z koniecznego dla funkcjonowania w społeczności trzymania się publicznie rozumnych zasad, które nie zawsze ich dobro wprost i bezpośrednio maksymalizują, a czasem są z tym dobrem sprzeczne (np. konieczność podporządkowania się karze za popełnione przestępstwo). Są też zdolne do wyobrażenia sobie koncepcji dobra ogółu i relacji podporządkowania dobra własnego dobru ogółu.

Będące tego konsekwencją trzecie zestawienie używane przez Rawlsa sprowadza się do skontrastowania tradycyjnej koncepcji prawdy, zakładanej przez intuicjonizm, czyli takiej koncepcji, wedle której sądy moralne uznawane są za prawdziwe jedynie wówczas, gdy opierają się na niezależnym od podmiotu porządku wartości moralnych z konstruktywistycznym ujęciem, które pojęciem prawdy się nie posługuje. Podkreślić jednocześnie należy, że nie chodzi tu o odrzucenie pojęcia moralnej prawdy czy o jego zakwestionowanie. Nie jest też celem Rawlsa utożsamienie moralnej prawdy z ideą rozumności czy budowanie jakiejś jej konsensualnej koncepcji. Natomiast konstruktywizm programowo nie posługuje się ideą prawdy, używając niejako w zamian idei rozumności jako fundamentu dla rozmaitych „przedmiotów – do koncepcji i zasad, sądów i racji, osób i instytucji”⁴⁵. Rozumność nie zastępuje więc w konstruktywizmie idei moralnej prawdy, lecz wynika z zaakceptowania społecznego faktu, że sama ta prawda jest, po odkryciu nieuchronnej od-podmiotowości poznania w sferze teoretycznej, po prostu sproblematyzowana, staje się zazwyczaj prawdą „dla nas”. Tym bardziej w sferze praktycznej, w której zasady moralne są wytwarzane, konstruowane, a nie jedynie teoretycznie poznawane, idea moralnej prawdy nie może stanowić punktu odniesienia. Różne prawdy prezentowane przez różne rozległe doktryny stają się często wręcz źródłem konfliktu albo źródłem arbitralności. Tymczasem w polityce współczesnych społeczeństw demokratycznych chodzi raczej o niezależny od tej prawdy fundament, który umożliwiałaby konsens co do tych minimalnych warunków ramowych, w których w takim społeczeństwie funkcjonujemy.

Konstruktywizm Rawlsa koncentruje się na politycznej koncepcji, która – jego zdaniem – we współczesnych społeczeństwach demokratycznych musi opierać się na jakiejś wizji politycznej sprawiedliwości, która uwzględnia fakt pluralizmu, postulując, by był on rozumnym pluralizmem. Jedną z kluczowych cech tych społeczeństw jest to, że instytucje, które umożliwiają względnie płynną kooperację między nimi, powinny być rozumne, czyli – zgodnie z istotą od-podmiotowej wizji obiektywności – odpowiednio przekonująco uzasadnione.

uwagi, trafnie wskazywał, że jest to doskonale widoczne w kontraście do tomizmu zastosowanego do polityki – patrz M. Rupniewski, *Human Dignity and the Law*, Routledge, London 2022.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 146.

Społeczeństwa te, oparte na założeniach wolności i równości, potrzebują uzasadnienia – nie wystarczają im, zdaniem Rawlsa, racjonalne intuicje, te racjonalne intuicje, ze względu na osadzenie w tradycyjnej koncepcji prawdy (którą również przyjmujemy intuicyjnie), mogą nas bowiem prowadzić do konfliktu. Konflikt jest nieunikniony w sytuacji, w której w demokratycznych społeczeństwach współczesnych różne społeczne grupy oraz różne jednostki opierają się na rozmaitych rozległych doktrynach, wyznających różniące się od siebie wizje prawdy. Rozległe doktryny mogą być generalnie rozumne w sensie Rawlsowskim bądź nierozumne. Rozumność jest najogólniej określana jako zgoda na powszechną równość i wolność oraz poszanowanie fundamentalnych praw. Doktryny, które tych dwóch fundamentalnych warunków nie respektują, nie mogą być określone jako rozumne, bo rozumność nie ma tu charakteru intuicyjnego, lecz właśnie związany z tymi między innymi wartościami respektowanymi powszechnie we współczesnych społeczeństwach demokratycznych. Mimo tego również rozległa rozumna doktryna może oczywiście mieć własną i niemożliwą do pogodzenia z innymi doktrynami koncepcję prawdy. Konstrukttywizm operuje tu zatem na ograniczonej płaszczyźnie politycznej, która nie wchodzi w konflikt z tymi rozległymi doktrynami i nie ma ambicji całościowego tłumaczenia świata społecznego. Liberalizm polityczny ma być zatem minimalną konieczną normatywną strukturą i jednocześnie platformą konsensu pomiędzy przedstawicielami różnych rozumnych doktryn. Jest to ta minimalna płaszczyzna wspólna, na której możliwa jest zgoda pomiędzy nimi. Konsens jest wyłącznie polityczny, bo nie wnika w sferę rozważań moralnych i nie dotyka sfery moralnych prawd tych rozmaitych rozległych doktryn.

Nawet jeśli źródłem tego konfliktu nie są już moralno-polityczne, „doktrynalne” spory o prawdę, bo ta leży poza sferą zainteresowania koncepcji sprawiedliwości ograniczonej do sfery politycznej, to nadal pozostaje cała grupa źródeł rozumnej niezgody, wynikająca z czynników teoretycznych, epistemicznych, różnicy doświadczeń, odmiennego wartościowania korzyści społecznych długookresowych, nieuchronnego braku ostrości naszych pojęć czy różniące się oceny przytaczanych dowodów w procesie argumentowania, a także oceny priorytetów i samego wartościowania tych priorytetów. Rawls określa je mianem ciężarów sądu i uznaje, że jednym z istotnych elementów rozbudowanej koncepcji osoby, zakładanej przez koncepcję konstruktywistyczną, jest gotowość do ich wzięcia pod uwagę.

Rawls w swoim konstruktywizmie opiera się zatem na schemacie stworzonym przez Kanta, który pojmuję jako istotę tej nowej, od-podmiotowej koncepcji obiektywności, jednak ogranicza ją wyłącznie do płaszczyzny politycznej. Koncepcja ta jest antymetafizyczna i pozwala uniknąć roszczeń do uniwersalnych i fundamentalnych prawd moralnych, które mają być niezależne od naszych racjonalnych osądów. Zakłada on, że nikt w pluralistycznym społeczeństwie demokratycznym nie ma uprzywilejowanego dostępu do moralnej prawdy, wszyscy

mają jednak tę samą (równą) pozycję w próbach dochodzenia do niej i działania na podstawie własnych wyobrażeń o niej. Kantowskie ujęcie, na którym bazuje Rawls, dostarcza jego koncepcji swoistej metaetycznej alternatywy zarówno dla moralnego realizmu, jak i dla moralnego sceptycyzmu w kwestii istnienia i natury prawd moralnych.

3.1.5. Konstruktywistyczny fundament komunikacji – Habermas

Tym, czego ewidentnie brakuje obrazowi konstruktywizmu przedstawionemu przez Rawlsa, jest przekonująca odpowiedź na pytanie o medium, które łączy sferę poznania (łac. *theoria*) ze sferą działania polegającego na wyborze zasad (łac. *praxis*). Rawls rozpatruje oczywiście obie te sfery, a jego szeroka koncepcja osoby uwzględnia zarówno racjonalność teoretyczną, jak i praktyczną. Jednak, podobnie jak Kant, Rawls nie pokazuje, w jaki sposób obie racjonalności współpracują ze sobą w wytwarzaniu sfery normatywnej. Czyni to moim zdaniem Habermas, odnajdując to połączenie w sferze językowej komunikacji i uwzględniając tym samym wnioski płynące ze zwrotu lingwistycznego (ang. *linguistic turn*) zainicjowanego m.in. przez Ludwiga Wittgensteina. W tej sferze – mówiąc najprościej – intersubiektywnie podzielane rozumienie, będące efektem poznania, staje się fundamentem porozumienia, będącego efektem wspólnego wyboru zasad⁴⁶. Dziedzina językowej komunikacji stanowi bowiem medium przejścia od poznania do zasad rządzących postępowaniem, czyli od sfery teorii, rozumianej jako teoria poznania i rozumienia, do sfery działań, które na tym rudymenarnym poziomie są społecznymi praktykami komunikacyjnymi, tj. praktykami zawsze zakorzenionymi w mowie i dyskursie, dodajmy też dla większej precyzji – w mowie potocznej.

Ilustrując przykładem ten pomysł Habermasa: nawet jednostronny rozkaz musi zawsze zakładać jego zrozumienie. Ktoś, kto nie rozumie języka rozkazu, nie pojmuje gestów mu towarzyszących oraz nie jest w stanie właściwie zinterpretować tonu głosu rozkazującego, nie jest w stanie rozkazu wypełnić, bo nie rozumie jego sensu na fundamentalnym poziomie mowy zwerbalizowanej i „mowy ciała”. Takie rozumienie wymaga więc najpierw uzgodnienia znaczenia mowy,

⁴⁶ Habermas, oprócz przynależności do szkoły frankfurckiej, jest też przedstawicielem teorii dyskursu, która – rzecz jasna – również formułuje ten argument, czy – mówiąc jeszcze inaczej – wykorzystuje językowy zwrot do zbudowania teorii społecznej. Należy do niej wielu autorów, a w polskiej literaturze przedmiotu teorią tą w zastosowaniu prawniczym zajmuje się np. Bartosz Wojciechowski. W jego pracy pt. *Interkulturowe prawo karne* znajdziemy moim zdaniem najbardziej adekwatny do rozważań prawniczych obraz kształtowania się tej teorii, który ja muszę tutaj pominąć, nie chcąc rozpraszać czytelnika różnorodnością tej koncepcji. Koncepcję Habermasa traktuję więc jako syntezę teorii dyskursu w zakresie związanym z rozwijaniem koncepcji konstruktywistycznej, a do prac Wojciechowskiego odsyłam jako do doskonałego źródła wiedzy na temat zastosowania tych koncepcji do prawa. Patrz: B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009, s. 152–217.

gestów i tonu głosu. Zawsze wymaga zatem przynajmniej semantycznego porozumienia co do tego znaczenia, mimo że jako wypowiedź illokucyjna nie wymaga wcale zgody odbiorcy na jego wykonanie, a tylko jednostronnego podporządkowania. Przykład ten pokazuje, że porozumienie stanowi składnik każdej relacji pomiędzy ludźmi, gdyż zachodzi już na fundamentalnym dla tej relacji poziomie językowym, komunikacyjnym. Analogicznie jest z relacją między podmiotami poznającymi, które konfrontują ze sobą efekty swojego subiektywnego poznania, chcąc je zobiektywizować, tj. przedstawić jako obiektywne w sensie podnoszonym przez Nagela, czyli jako takie wyniki, które dla Habermasa zaspokoją roszczenie do ich obiektywności i prawdziwości. Okazuje się więc, że osiąganie tej nowej formuły obiektywności (przez Habermasa chyba trafniej określanej mianem intersubiektywności), wymaga uzgodnienia warunków dla osiągnięcia najpierw wspólnego rozumienia (płaszczyzna językowa), a następnie porozumienia, czyli jakiejś formuły komunikacyjnej zgody (płaszczyzna działania komunikacyjnego). Habermas dotyka tego problemu już na etapie ustalania wstępnej definicji racjonalności, gdzie wychodzi od kategorii działań celowo-racjonalnych, czyli działań mających na celu rozwiązywanie obiektywnych problemów, a następnie pokazuje, że nawet to „realistyczne” rozwiązywanie problemów napotyka najpierw na warunek wspólnego intersubiektywnego rozumienia, czyli na warunek o charakterze epistemicznym i fenomenologicznym.

Dla zilustrowania tego problemu Habermas odróżnia postawę realisty, który operuje Weberowskim modelem celowej racjonalności i nie problematyzuje samego świata obiektywnego, od postawy fenomenologa, który w przeciwieństwie do „realisty”:

[...] nie idzie bez względu na okoliczności tropem działań celowych czy działań rozwiązujących problemy. Nie zaczyna on mianowicie od ontologicznego założenia jakiegoś świata obiektywnego, lecz problematyzuje je, pytając o warunki, pod jakimi jedność obiektywnego świata konstytuuje się dla uczestników wspólnoty komunikacyjnej. Obiektywność uzyskuje świat dopiero przez to, że dla wspólnoty podmiotów zdolnych do działania i mówienia uchodzi on za jeden i ten sam świat. Abstrakcyjna koncepcja świata stanowi konieczny warunek porozumiewania się podmiotów działających komunikacyjnie co do tego, co występuje w świecie, bądź co do tego, co powinno być w nim zdziałane (bewirkt). Przez tę praktykę komunikacyjną upewniają się one zarazem co do wspólnego układu życiowych powiązań, co do intersubiektywnie podzielanego świata życia. Granice temu światu wyznacza ogół interpretacji, jakie przez tych, co doń należą, zakładane są jako wiedza, która leży w tle i stanowi ukrytą podstawę (Hintergrundwissen). Celem rozjaśnienia pojęcia racjonalności musi więc fenomenolog badać warunki konsensu osiągniętego na drodze komunikowania się⁴⁷.

Konsens na tej płaszczyźnie to konsens potrzebny do wspólnego ustalenia znaczeń, jakie konstytuują nasze postępowanie jeszcze na etapie rozumienia i porozumienia się co do tego, co znaczą nasze komunikaty, niezależnie od tego,

⁴⁷ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. I, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999, s. 37–38.

czego dotyczą. Zakładają one zawsze wspólną wiedzę, pewien fundament, który trzeba najpierw zbudować, by następnie móc się w ogóle sensownie porozumiewać i w miarę możliwości nie mylić się co do faktów i relacji. Sama już sensowność ekspresji językowych zakłada taki fundament i jest to fundament wspólnej racjonalności, która jednak przybiera różne formy. Z punktu widzenia ingerencji w świat obiektywny dwie podstawowe formy racjonalności to racjonalność instrumentalno-kognitywna i racjonalność komunikacyjna. Ta pierwsza – wiązana z działaniami celowo-racjonalnymi – nakierowana jest na osiąganie czegoś w świecie, „powodzenie celowej ingerencji”⁴⁸ i ma charakter monologiczny. Ta druga natomiast zakłada dochodzenie do porozumienia i ma charakter dialogiczny, poszerzający pole komunikowania się i przez to, jak rozumiem, poszerzający jednocześnie pole możliwego konsensu i wspólnej, wolnej od przymusu koordynacji działań i zażegnania konfliktów⁴⁹. W rozdziale wstępnie definiującym racjonalność Habermas wskazuje fundamentalne sposoby rozumienia racjonalności komunikacyjnej:

Uzasadnione stwierdzenia i skuteczne działania są niewątpliwie oznaką racjonalności. Z pewnością racjonalnymi nazywamy zdolne do mówienia i działania podmioty, które w miarę możności nie myślą się co do faktów i relacji między celami i środkami. Jednakże istnieją, jak wiadomo, inne typy ekspresji, za którymi mogą stać trafne argumenty (gute Gründe), chociaż nie wiąże się z nimi roszczenie do prawdziwości bądź osiągnięcia założonego rezultatu. W kontekstach komunikacyjnych nazywamy racjonalnym nie tylko tego, kto wysuwa stwierdzenie i może je przed krytykami uzasadnić, wskazując na odpowiednie dane oczywiste (Evidenzen). Racjonalnym nazywamy również kogoś, kto postępuje zgodnie z istniejącą normą i przed krytykami może usprawiedliwić (rechtfertigen) swe działanie, objaśniając daną sytuację w świetle uprawnionych (legitimer) oczekiwań pod adresem zachowań. Racjonalnym nazywamy nawet tego, kto szczerze manifestuje swe życzenie, uczucie, czy nastrój, wyjawia tajemnicę, przyznaje się do czynu itp., a następnie potrafi upewnić krytyka co do odsłanianego w ten sposób przeżycia, wyciągając z tego praktyczne konsekwencje oraz w następstwie zachowującego się w sposób spójny⁵⁰.

Racjonalność komunikacyjna obejmuje szeroką klasę zachowań, które zasadniczo łączy to, że są intersubiektywnie sensowne. Nie tylko zatem można wobec formułowanych na ich poparcie zdań deskryptywnych wysuwać fundamentalne roszczenia do prawdziwości i skuteczności, ale wobec formułowanych w ich kontekście zdań normatywnych można wysuwać roszczenia do subiektywnej szczerości i normatywnej słuszności oraz oczywiście adekwatności i zrozumiałości⁵¹. Dotyczy to zdaniem Habermasa również ekspresji wyrażających oceny, czyli ekspresji ewaluatywnych. Wytwarzają one wspólną praktykę komunikacyjną, która, po pierwsze, jest nastawiona na osiąganie konsensu, a po drugie, w tym osiąganiu konsensu bazuje na krytyce roszczeń ważnościowych wysuwanych

⁴⁸ *Ibidem*, s. 41.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 42.

⁵¹ *Ibidem*, s. 82.

racji i formułowanych ekspresji. Jeśli dobrze rozumiem Habermasa, krytyka roszczeń ważnościowych pełni funkcję bieżącej, dynamicznej autokorekty sfery rozumienia, stanowiącej podstawę osiągania konsensu⁵². Dotyczy ona całej sfery ważności, a nie tylko ważności prawdziwościowej. W dyskursie wszelkie racje przybierają postać argumentów, które mogą być przekonujące bądź nie. Trafność tych racji – jeśli zgadzamy się na nieprzemocowe z istoty osiąganie konsensu – jest kluczowa. Racje przekonujące, czyli trafne, budują bowiem wspólne pole konsensu.

Krytyka racji czy argumentów w dyskursie przebiega analogicznie do semantycznej analizy rozmaitych formuł zdaniowych. Jak pisze Habermas:

Zdania deskryptywne, służące w najszerszym tego znaczeniu stwierdzaniu faktów, mogą być potwierdzane bądź negowane z punktu widzenia prawdziwości tych treści zdania; zdania normatywne (czy zdania powinnościowe), służące uprawomocnieniu działań, mogą być potwierdzane lub negowane z punktu widzenia słuszności (bądź „sprawiedliwości”) sposobu działania; zdania ewaluatywne (bądź sądy wartościujące), służące ocenieniu czegoś, mogą być potwierdzane bądź negowane z punktu widzenia adekwatności standardów wartościowania (bądź „dobra”); eksplikacje, służące wyjaśnieniu operacji takich, jak mówienie, klasyfikowanie, rachowanie, dedukowanie wydawanie osądu itp. Mogą być potwierdzane bądź negowane z punktu widzenia zrozumiałości bądź poprawności sformułowania wyrażen symbolicznych⁵³.

Nawiązujący do semantycznej analizy rozmaitych formuł zdaniowych komunikacyjny model działania musi uwzględniać jednakowo wszystkie funkcje języka. Jednocześnie – jak pisze Habermas – „[...] jednakowe dochodzenie do porozumienia jest tylko mechanizmem koordynacji działań, który plany działania oraz celowe aktywności uczestników zespała ze sobą, czyniąc z nich interakcję”⁵⁴. Habermas podkreśla więc zarazem, że pomimo językowych analogii „[...] aktów dochodzenia do porozumienia, konstytutywnych dla działania komunikacyjnego, nie możemy analizować w sposób podobny do tego, w jaki analizujemy zdania gramatyczne, z których pomocą działania te wykonujemy”⁵⁵. Jest tak dlatego, że: „Język jest dla komunikacyjnego modelu działania relewantny w aspekcie pragmatycznym”⁵⁶, a nie strukturalnym czy gramatycznym. Język – pisze Habermas – „jest medium komunikacyjnym służącym dochodzeniu do porozumienia, gdy tymczasem aktorzy – kiedy porozumiewają się ze sobą w celu koordynowania swych działań – zmierzają właśnie do realizacji określonych celów”⁵⁷.

Konstruktywistyczny rdzeń koncepcji działań komunikacyjnych obejmuje więc założenie sytuacji spełniającej pewne wzorcowe, minimalne warunki, jakie są konieczne do tego, by możliwa była komunikacja. Na poziomie sądów są nimi

⁵² *Ibidem*, s. 69.

⁵³ *Ibidem*, s. 83.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 180.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 186.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 189.

warunki prawdziwości, słuszności i szczerości sądu⁵⁸. Na poziomie świata życia te warunki odnoszą się odpowiednio do świata obiektywnego, świata społecznego i świata subiektywnego. Ten pierwszy jest „ogółem wszystkich bytów, co do których możliwe są zdania prawdziwe”, ten drugi to „ogół wszystkich prawowicie regulowanych relacji interpersonalnych”, natomiast ten trzeci jest „ogółem przeżyć mówiącego, do których ma on uprzywilejowany dostęp”⁵⁹. Jest to konstrukcja wzorcowego, czyli idealnego dyskursu, która w rzeczywistej komunikacji społecznej oczywiście nie zawsze zachodzi. Fundamentalne roszczenia do spełniania tych warunków zawiera jednak każda sensowna komunikacja, nawet ta, która tych warunków nie wypełnia. W istocie bardziej „realistyczny” model, powiada Habermas, z którym spotykamy się w codziennym życiu, to model „komunikacji rozmytej (diffusen), kruchej, stale rewidowanej, tylko chwilowo zwięźzonej powodzeniem, w toku której uczestnicy opierają się na problematycznych i niewyjaśnionych presupozycjach i po omacku zmierzają od jednego okazjonalnego momentu wspólnego do drugiego”⁶⁰. Jednakże ten bardziej „realistyczny” model komunikacji rozmytej jest dla Habermasa po prostu modelem komunikacji niedoskonałej. Jest tak dlatego, że język i dyskurs są pewnymi typami interakcji, koordynowanej przez akty mowy, ale działania komunikacyjne, które zawsze mają charakter teleologiczny, nie pokrywają się z aktami mowy. Działanie jest zawsze nakierowane na cel i to w stosunku do celowo ukierunkowanych działań ma miejsce ich koordynacja na poziomie dyskursu i ta koordynacja może być bardziej lub mniej skuteczna. Działający aktorzy różnią się w stosunku do siebie celowo ukierunkowanymi działaniami. Poza nieszczerością intencji, niesłusznością reguł i nieprawdziwością przedstawianych deskrypcji, zamierzoną czy niezamierzoną, narażeni są oni po prostu na błędy poznawcze, nie zawsze mają jasno sprecyzowane cele i nie zawsze są w pełni zrozumiali. Nie zmienia to jednak fundamentalnych warunków dyskursu będącego medium koordynacji działań za sprawą działań komunikacyjnych, które mają wobec tego charakter konstruktywistyczny. Pozwalają bowiem na konstruowanie zasad i norm w przestrzeni komunikacyjnej w taki sposób, żeby spełniały one fundamentalne warunki, na które możemy się zgodzić. Nawet w sytuacji komunikacji rozmytej, w której zazwyczaj się znajdujemy, roszczenia do ważności poszczególnych elementów tej komunikacji, przede wszystkim zaś zasad, są prawowite. Dla Habermasa idealna sytuacja komunikacyjna jest zatem punktem odniesienia dla formułowania zasad. Innymi słowy, świadome uzgadnianie projektów zasad rządzących społeczeństwem jest – podobnie jak dla Kanta czy Rawlsa – fundamentem sfery normatywnej. Założenie idealnej sytuacji komunikacyjnej, nawet jeśli zazwyczaj mamy do czynienia z sytuacją komunikacji rozmytej, zakłada

⁵⁸ *Ibidem*, s. 187.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 189.

świadomą racjonalizację sfery normatywnej i projektowanie zasad przez pryzmat rozmaitych racjonalności. Pełni ona analogiczną funkcję jak kategorię pryncypia, choć znacznie głębiej lokuje sferę porozumienia i zgody. Te bowiem lokuje już na fundamentalnym poziomie komunikacyjnym.

3.1.6. Konstruktywizm jako źródło współczesnej legislacji – krytyka Hayeka

Na ewidentnie konstruktywistyczny fundament współczesnej legislacji wskazuje natomiast Friedrich August von Hayek, m.in. w swoim monumentalnym dziele *Prawo, legislacja i wolność*. Hayek przyjmuje w tej pracy metodę genetyczną i rekonstrukcyjną. Wskazuje, że współczesne prawo, będące wynikiem demokratycznej legislacji, wywodzi się z reguł, określanych przez niego mianem reguł organizacyjnych, które u swoich źródeł nie były prawem, lecz regułami proceduralnie zabezpieczającymi przestrzeganie prawa. Prawo bowiem pojmuje Hayek jako efekt ludzkich praktyk, a nie ludzkiego projektu, jako wywodzącą się ze spontanicznego porządku instytucję, będącą efektem długiego trwania. Prawo było i jest według niego przestrzegane jako pewnego rodzaju rezerwuuar wzorców postępowania, który nie został świadomie skonstruowany, lecz wyewoluował w długotrwałych praktykach społecznych. Dla Hayeka społeczny podział pracy, polegający na tym, że zdajemy się na pracę innych, a sami obejmujemy swoim działaniem jedynie drobną część ostatecznego dzieła, stanowi też wzorzec powstawania i rozwijania się sfery prawnej. Prawa, których przestrzegamy, są wynikiem procesów ewolucyjnych, które koordynują współpracę wielu pokoleń i środowisk. Natomiast legislacja polegająca na tworzeniu prawa jest jego zdaniem przygodnym historycznym zjawiskiem, które pojawiło się dopiero niedawno i stanowi pewnego rodzaju aberrację opartą na tzw. złudzeniu synoptycznym, czyli złudzeniu, że jesteśmy w stanie świadomie kreować obowiązujące normy, podczas gdy to te normy w istocie kreują nas. Hayek wywodzi to złudzenie leżące u podstaw współczesnej legislacji z „konstruktywizmu Kartezjańskiego”⁶¹.

Konstruktywizm kartezjański, czyli założenie o prawie jako wyniku świadomej, celowej aktywności, Hayek utożsamia z rodzajem centralnego sterowania. Wedle niego jest on pochodną specyficznego sposobu myślenia „życzeniowego”, które głosi, że:

[...] ludzkie instytucje będą służyły ludzkim celom tylko wtedy, gdy zostaną świadomie zaprojektowane z myślą o nich, a często również, że sam fakt istnienia jakiejś instytucji dowodzi, że została ona stworzona w pewnym celu, a zawsze, że powinniśmy przeprojektować społeczeństwo, aby wszystkie nasze działania były w pełni ukierunkowane przez znane cele⁶².

⁶¹ F.A. Hayek, *Prawo...*, s. 232.

⁶² *Ibidem*, s. 36.

Pierwotnym źródłem tego sposobu myślenia jest Kartezjańskie radykalne wątplenie, które sprowadzało się do tego, że nie da się uznać za prawdziwe niczego, czego nie da się wywieść z jawnie sformułowanych, jasnych i wyraźnych założeń, a więc założeń niepodlegających wątpliwościom. Innymi słowy, samo poszukiwanie ostatecznej podstawy pewności poznania, a właściwie jej odnalezienie w *ego cogito*, leżące u podstaw kartezjanizmu, dla Hayeka stanowi symbol fałszywej drogi, którą obrała inspirowana przez Kartezjusza część filozofii oświeceniowej. Abstrahując w tym miejscu od niezwykle interesujących i przekonujących (przynajmniej dla mnie) rozważań Hayeka na temat spontanicznego porządku i roli ewolucji w kształtowaniu się zasad, Hayek podkreśla, że to poszukiwanie pewności poznania w samym podmiocie, pojmowanym jako Kartezjańskie *ego cogito*, zmierza do uznania wszystkiego, co powstaje spontanicznie, za niepewny, a tym samym nieodpowiedni fundament dla ludzkich instytucji⁶³. Istotą konstruktywizmu jest antydogmatyczne konstruowanie zasad i praw wyłącznie na podstawie świadomych, jasnych i wyraźnych przesłanek rozumowych. Żadne zasady, które nie zostaną skonstruowane w ten sposób, nie są w stanie zaspokoić roszczeń ważnościowych formułowanych przez konstruktywistyczny racjonalizm. Innymi słowy, nie mogą one zostać uznane za powszechnie ważne, obiektywne czy intersubiektywnie zrozumiałe. Dążenie do objęcia sferą świadomego, celowego postępowania całej naszej przestrzeni normatywnej poprzez odnoszenie się do jakichś idealizacji czy stosowanie testów uniwersalności to dla Hayeka wspomniany „błąd synoptyczny”. Nie dziwi więc to, że według niego taki sposób myślenia o przestrzeni normatywnej zawsze prowadzi jednocześnie do kolektywizmu, socjalizmu i centralnego sterowania ekonomicznego, które są dla Hayeka nie tylko kwintesencją tego błędnego myślenia, lecz po prostu „drogą do zniewolenia”⁶⁴.

Reasumując, zakorzeniony w od-podmiotowej teorii poznania konstruktywizm zakłada deliberatywną aktywność podmiotu w wyłanianiu reguł, zasad czy norm będących efektem racjonalnego i rozumnego wyboru. Zakłada on, że

⁶³ Jako miłośnik jednocześnie Hayeka i Kanta muszę tu z całą mocą zaznaczyć, że ten element koncepcji Hayeka jest dla mnie trudny do zaakceptowania i bardzo niepokojący.

⁶⁴ Hayek nie dostrzega w istocie większych różnic pomiędzy postoświeceniowym, konstruktywistycznym indywidualizmem a marksistowskim kolektywizmem. Z takim założeniem trudno się zgodzić, różnice te są bowiem kluczowe. Charakterystyczne dla postoświeceniowego indywidualizmu założenie ochrony praw jednostki nie znika nawet mimo obecnego w nim założenia konstruktywistycznego, podczas gdy w marksistowskim konstruktywizmie powiązany z kolektywizmem (przynajmniej w wersji wyjściowej – XIX-wiecznej) założenie to po prostu nie istnieje, ponieważ marksistowska koncepcja, bazując na kolektywizmie, w ogóle nie bierze pod uwagę indywidualnych praw. Opresywność opartego na marksizmie-leninizmie systemu wobec jednostki nie wynika więc w istocie z myślenia w kategoriach konstruktywizmu, lecz z myślenia w kategoriach holizmu społecznego i kolektywizmu. To zatem nie myślenie abstrakcyjne i filozoficzna spekulacja albo nawet myślenie oderwane od konkretności są tu „winowajcami”, lecz po prostu lekceważenie dobra i praw jednostki, wynikające z jej postrzegania wyłącznie jako części większej zbiorowości.

normy, reguły i zasady są zawsze efektem, przynajmniej hipotetycznego, lecz świadomego wyboru, dokonywanego w warunkach, w których dokonujący wyboru racjonalny aktor ma swobodę dokonania tego wyboru. Konstruowanie norm czy wzorców normatywnych nie jest po prostu arbitralnym ich stanowieniem, lecz wynikiem hipotetycznej zgody popartej deliberacją podejmowaną z możliwie najbardziej bezosobowego punktu widzenia. Na takim założeniu opierają się zarówno nowożytny, jak i współczesne koncepcje konstruktywistyczne, które przybierają rozmaitą postać i najczęściej, szczególnie we wczesnych wersjach, silnie wiążą się z utilitaryzmem. Są nimi przede wszystkim koncepcje umowy społecznej, którymi zajmę się bardziej szczegółowo w kolejnym rozdziale, zawierające też elementy wykraczające poza tak rozumiany konstruktywizm, związane przede wszystkim z utilitaryzmem i koncepcją indywidualnych uprawnień.

3.2. Utilitaryzm w szerokim rozumieniu

Jak wyżej wspomniałem, konstruktywizm zakłada racjonalną i rozsądną zgodę podmiotów na zasadę czy normę postępowania. Norma moralna to dla konstruktywistów moralnych norma, na którą zgodę mogliby wyrazić wszyscy. Jest słuszna, sprawiedliwa bądź moralna, tylko jeśli jest powszechnie akceptowalna. Z punktu widzenia konstruktywizmu znaczenie ma nie treść tej normy, lecz jej „forma”, czyli procedura jej powoływania – to, że kierując się racjonalnością i rozsądnością, wszyscy wyraziliby na nią zgodę. Powszechna akceptowalność nie jest oczywiście jedynym możliwym kryterium obiektywizacyjnym normy. Dla niektórych wręcz akceptowalność nie jest w ogóle żadnym kryterium oceny słuszności normy, bo wywodzą ją z zewnętrznego porządku legitymizacyjnego, np. z zewnętrznego autorytetu Boskiego. Na gruncie obiektywistycznych koncepcji poznania wykształciło się podejście, które tę słuszność czy obiektywność normy postrzega nie jako pochodną od-podmiotowej zgody na normę, lecz jako pochodną właściwości czy własności samego przedmiotu poznania, czyli jego użyteczności. Utilitaryzm, przynajmniej w jego wczesnej, „kanonicznej” postaci (Jeremy Bentham, James Mill, Henry Sigwick), jest więc naturalną konsekwencją przyjęcia stanowiska obiektywistycznego, ponieważ zakłada, że niezależny od naszych władz poznawczych materiał, dostarczany nam przez zmysły, przetworzony przez te właśnie władze, podlega ocenie przez pryzmat jego społecznej użyteczności, która jest zobiektywizowaną pochodną naszych użyteczności indywidualnych⁶⁵.

⁶⁵ Obiektywizm na płaszczyźnie etycznej, prawnej czy – szerzej – normatywnej sięga do teorii poznania, która jest jego punktem odniesienia. Perspektywę obiektywistyczną w teorii poznania cechuje od-przedmiotowy charakter, który oznacza zapoznanie lub (współcześnie) zawieszenie transcendentalnej, fenomenologicznej i antropocentrycznej perspektywy podmiotowej

Jak syntetycznie opisuje to Will Kymlicka, utilitaryzm składa się z dwóch elementów: opisu indywidualnej użyteczności oraz nakazu maksymalizacji tak zdefiniowanej użyteczności przy założeniu troski o dobro każdego. Przy tym to właśnie ten drugi element – podkreśla Kymlicka – stanowi właściwą istotę czy wyróżnik utilitaryzmu⁶⁶. Bazuje on zatem na rozróżnieniu pomiędzy użytecznością na poziomie indywidualnym a użytecznością zbiorową, społeczną. W utilitaryzmie chodzi o tę drugą, dlatego kwestią kluczową jest to, jak ją pojmujemy. Możemy ją bowiem rozumieć na dwa główne sposoby, z których pierwszy od razu należy wykluczyć jako niezgodny z indywidualistycznym założeniem równej troski o dobro każdego.

W tym pierwszym rozumieniu *utility* jest bowiem pojmowana jako obiektywne, substancjalnie ujęte dobro wspólne, co oznacza dobro zdefiniowane nie przez agregację indywidualnych preferencji członków zbiorowości, lecz jako wartość, która się od tych preferencji odrywa, jest od nich niezależna, stanowi samoistny cel wspólnoty pojmowanej jako całość i jest wynikiem filozoficzno-politycznej spekulacji, a nie agregacji preferencji. W taki sposób wykorzystuje ideę maksymalizacji chociażby Rousseau. Najprościej to zilustrować przez nawiązanie do metody platońskiego idealizmu, w którym idee i ideały są wyprowadzone do świata idealnego, a do ich istoty możemy się zbliżyć jedynie poprzez intensywną refleksję i filozoficzną spekulację. Oczywiście Rousseau nie jest idealistą w sensie platońskim, ale dobro wspólne pojmuje właśnie na sposób platoński, chociażby podając w wątpliwość trafność decyzji powziętych w głosowaniu obejmującym nawet wszystkich członków wspólnoty. Jak wskazuje Rousseau, skądinąd przecież radykalny zwolennik idei suwerenności ludu:

w poznaniu. Polega on na traktowaniu poznawanego materiału normatywnego w sposób czysto przedmiotowy, tj. jako faktów moralnych, niezależnych od poznającego podmiotu oraz jego władz poznawczych, emocji itp. O zapoznaniu możemy mówić w koncepcjach klasyków empiryzmu, w których mamy do czynienia z „naiwnym” obiektywizmem. O zawieszeniu można mówić we współczesnych koncepcjach obiektywistycznych, takich jak wcześniej już omówiona koncepcja Thomasa Nagela czy koncepcje Bernarda Williamsa albo Philipa Pettita. Jak pisze Pettit: „I characterise ethical objectivism by three claims. First, semantic objectivism: the claim that ethical evaluations posit values – including, of course disvalues – and do not serve just to express feelings or anything of that kind. Second, ontological objectivism: the claim that there really are ethical values available for evaluations to posit, so that evaluations are not undercut by massive error. And third, justificatory objectivism: the claim that, though ethical justification may not dictate a unique verdict in every case, the verdicts it delivers are equally relevant for every person; they are based on neutral values that have the same significance for all” – Ph. Pettit, *Embracing Objectivity in Ethics*, [w:] B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 234; B. Williams, *Descartes: The Project of Pure Enquiry*, Penguin Books, New York 1978, s. 237–245. Według mnie utilitaryzm buduje formułę takiego obiektywizmu, mimo że – przynajmniej w swej pierwotnej wersji – bazuje na hedonizmie. Jest tak dlatego, że użyteczność bazująca na maksymalizacji przyjemności i minimalizacji bólu jest zobiektywizowana w formułę użyteczności społecznej.

⁶⁶ W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2009, s. 28.

Lud sam przez się zawsze pragnie dobra, ale nie zawsze sam przez się je dostrzega. Wola powszechna jest zawsze właściwa, ale kierujący nią rozsądek nie zawsze jest oświecony. Należy pokazać jej rzeczy takimi, jakie są w rzeczywistości, niekiedy takimi, jakie powinny się jej wydawać, wskazać jej dobrą drogę, której szuka, zabezpieczyć przed zakusami woli partykularnych, zbliżyć do niej miejsca i czasy, zrównoważyć przynęty korzyści obecnych i namacalnych niebezpieczeństwem szkód odległych i ukrytych. Jednostki widzą dobro, które odrzucają; ogół chce dobra, którego nie dostrzega⁶⁷.

Rousseau maksymalizuje więc efekt działania woli powszechnej i związanej z nią tzw. cywilizowanej bądź społecznej wolności, odróżnianej od nieograniczonej wolności naturalnej. Cywilizowana wolność to dla Rousseau wyłącznie wolność zgodna z wolą powszechną, pojmowaną jako wyraz dążenia do substancjalnie rozumianego dobra wspólnego. Jest ona jego zdaniem naszą „prawdziwą” wolnością, z której korzystamy jako członkowie wspólnoty obywatelskiej. Efektem takiej konstrukcji jest słynny Rousseau’owski „paradoks zmuszania do wolności”. Ponieważ nasza „prawdziwa wolność” to wolność służąca realizacji woli powszechnej, to scenariusze jej osiągnięcia są dwa. Jeden, zapewne brany pod uwagę przez Rousseau przy konstruowaniu tej koncepcji, to scenariusz, w którym w cywilizowany sposób, czyli za pomocą prawa, które w demokracji cieszy się najwyższym autorytetem, limituje się nasze społeczne bądź niespołeczne zachowania. To scenariusz akceptowalny z punktu widzenia współczesnych demokracji. Problem w tym, że założenie maksymalizacji użyteczności pojmowanej jako substancjalne dobro wspólne wykazuje tendencję do przekształcania się w scenariusz drugi, już niemożliwy do zaakceptowania z punktu widzenia współczesnych demokracji. Ten drugi scenariusz, związany z maksymalizacją dobra wspólnego, zrealizował się najpierw w formie dyktatury jakobinów podczas francuskiej rewolucji, a następnie w formie dyktatury proletariatu w krajach realnego socjalizmu i komunizmu w XX wieku, obecnie zaś bywa niekiedy realizowany przez nazbyt rozbudowane państwowe biurokracje. Mamy tu dyktaturę przywódców rewolucji, którzy są jedynymi dysponentami i interpretatorami wizji dobra wspólnego i mają monopol na wykładanie treści tej woli oraz określanie tego, co stoi z nią w sprzeczności. Do tego zaś w przypadkach skrajnych dysponują oni gilotyną lub gułagami, za pomocą których ten dyktat woli powszechnej utrzymują. Utylitaryzm pojmowany jako maksymalizacja obiektywnego, substancjalnego dobra wspólnego może być więc bardzo niebezpieczny. Jego podstawowym mankamentem jest to, że odrywa on użyteczność indywidualną od użyteczności społecznej. Użyteczność społeczna, pojmowana jako substancjalne dobro wspólne, jest po prostu niezależna od użyteczności indywidualnej, która w ogóle nie jest brana pod uwagę w procesie maksymalizacji.

⁶⁷ J.-J. Rousseau, *Umowa społeczna*, [w:] *idem, Umowa społeczna oraz Uwagi o rządzie polskim*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966, s. 56.

Druga, można powiedzieć właściwa (w takim sensie, że proponowana przez przedstawicieli utilitaryzmu), wizja społecznej użyteczności bazuje na założeniu, że *utility* jest po prostu sumą użyteczności indywidualnych, pochodną zagregowanej użyteczności indywidualnej. Wynika to z założenia troski o indywidualne dobro każdego, które jest naturalnym dopełnieniem utilitarного założenia o maksymalizacji. Jest to zatem koncepcja „ilościowa” czy „agregatywna”. Mimo bardzo poważnych problemów z taką agregacją to właśnie na takim sposobie pojmowania użyteczności bazuje właściwa wizja utilitaryzmu.

Użyteczność społeczna pojmowana w ten ostatni sposób jest z punktu widzenia utilitaryzmu kryterium oceny zasad naszego postępowania. Warto już w tym miejscu zwrócić uwagę, że takie założenie nie kłóci się z konstruktywizmem przynajmniej w wersji utilitaryzmu określanej mianem utilitaryzmu reguł. Za społecznie użyteczne mogą np. zostać uznane tylko te reguły, na które wszyscy mogliby wyrazić zgodę. To pokazuje przede wszystkim, że utilitaryzm nie jest jakimś samodzielnym stanowiskiem moralnym i politycznym w sensie odrębnej doktryny, jak liberalizm, konserwatyzm, anarchizm czy socjalizm. Oczywiście w koncepcjach Hobbesa, Locke’a, Smitha, Ricardo, Fergusona, Bentham’a czy Milla wiąże się z takimi doktrynami, ale ich nie „monopolizuje”. Nawet więc jeśli Bentham czy Mill stworzyli go jako formułę angielskiej doktryny radykalnej, mającej uzasadniać swobodę obyczajową, demokrację i liberalizm, związanej z kontestacją anachronicznych ich zdaniem założeń moralnych i politycznych obowiązujących w ich czasach, to jest on w pierwszym rzędzie koncepcją dostarczającą kryterium oceny, przebiegającą w poprzek wielu takich moralnych i politycznych doktryn⁶⁸. Nie ma przy tym znaczenia, czy bazuje on na „obiektywistycznym”, od-przedmiotowym stanowisku opisanym w poprzednich rozdziałach, czy na „nowym”, od-podmiotowo zapośredniczonym obiektywizmie, zgodnym np. z ujęciem Nagela. To właśnie sprawia, że – przynajmniej w kulturze anglosaskiej – może on być uznawany za swoiste „zaplecze intelektualne” polityki, niezależne od „politycznych barw”⁶⁹. W ten właśnie bardzo szeroki sposób postrzegam utilitaryzm w tej pracy; uważam też, że ograniczanie go do kultury anglosaskiej jest nieuzasadnione oraz że założenie dążenia do możliwie największej korzyści, które jest jego istotą, faktycznie stanowi motor i motyw wielu naszych działań.

⁶⁸ Nie jest już takim stanowiskiem, bo wydaje się, że w chwili powstania szkoły utilitaryzmu pod wodzą Milla i Bentham’a utilitaryści byli radykałami, zasadniczo promującym zupełnie nowe ujęcie moralności.

⁶⁹ Tak m.in. postrzega go Kymlicka – patrz W. Kymlicka, *Współczesna filozofia...*, s. 26. Nigdzie hedonistyczny utilitaryzm nie osiągnął większej popularności niż w świecie anglosaskim, co zostało zauważone już przez Nietzschego, który w *Zmierzchu bożyszczy* ironizował nawet, że „człowiek nie dąży do szczęścia, czyni to tylko Anglik” – F. Nietzsche, *Zmierzch bożyszczy czyli jak filozofuje się młotem*, J. Mortkowicz, W.L. Anczyc, Warszawa–Kraków 1905–1906, s. 28.

Jednocześnie muszę zaznaczyć, że nie jest celem tego rozdziału przedstawianie jakiegś teorii utilitaryzmu ani tym bardziej jego krytyki czy polemik, których jest wiele. Jest on podejściem, które we współczesnej etyce i filozofii politycznej zostało już tak dokładnie przenalizowane, że nic nowego nie zdołałbym wnieść do tych analiz⁷⁰. Uważam natomiast, że – niezależnie od wyżej wspomnianych problemów z agregacją czy licznymi, trafnymi polemikami (np. Rawlsa) – utilitaryzm stanowi bardzo istotny punkt wyjścia dla współczesnego intelektualnego zaplecza legislacji, stanowiącej istotną część demokratycznej polityki. Moim zdaniem nie jest to tylko polityka i legislacja zakorzeniona w kulturze anglosaskiej. Mimo ogromnej płynności treści tego, co określić możemy jako społecznie użyteczne, tworzy on bowiem bardzo wyraźną i trudną do zastąpienia dyrektywę dla legislatora kreującego lub aktywnie pozytywizującego pożądaną wzorzec postępowania. Trudno wyobrazić sobie proces legislacyjny we współczesnym państwie demokratycznym, w którym „produkt” czy efekt tej legislacji, obok konstruktywistycznej, rozumnej akceptowalności i oparcia na pochodnych wobec niej prawach, nie byłby oceniany w kategoriach społecznej użyteczności. Jeśli spojrzymy na obowiązek formułowania w różnych państwach systemu kontynentalnego chociażby tzw. ocen skutków regulacji albo na popularność, jaką cieszy się współcześnie ekonomia prawa, sprawa staje się oczywista i nie wymaga dalszego uzasadniania: utilitaryzm po prostu jest zapleczem intelektualnym każdego prawodawstwa. Jednocześnie jest też jasne, że nie jest on i nie może być jego wyłącznym zapleczem, ponieważ, mimo że wychodzi od metodologicznego indywidualizmu, dochodzi do wniosków, które zbyt łatwo i często niepostrzeżenie dopuszczają instrumentalizowanie jednostki ludzkiej, a nawet całych społecznych grup i mniejszości. Dlatego najbardziej spektakularne debaty, jakie toczą się współcześnie wokół legislacji, dotyczą przede wszystkim praw człowieka, praw mniejszości czy kwestii praworządności. Nad użytecznością społeczną legislacji debatuje się rzadziej, lecz nie dlatego, że jej założenia są nieaktualne, ale właśnie dlatego, że jest ona oczywistym wymogiem stawianym każdej legislacji, zarówno jako całości, jak i w jej pojedynczych przejawach.

⁷⁰ Literatura na temat utilitaryzmu jest tak obszerna, że nawet nie śmiem podejmować prób wymieniania jej w tej książce. Wspomnę tylko, że dzisiaj najbardziej bodaj znanym autorem, którego zalicza się do grona utilitarystów i który sam siebie do tego grona zalicza, jest Australijczyk Peter Singer. Jak pisze we wprowadzeniu do wydanej w 2023 roku nowej edycji zbioru esejów pt. *Ethics in the Real World*, utilitaryzm to „najlepiej się broniący pogląd etyczny” – patrz P. Singer, *Introduction*, [w:] *idem, Ethics in the Real World. 90 Essays on Things That Matter*, Publishing Melbourne, Melbourne 2023, s. xvii. Co do tego nie podzielam pewności Singera. Jednak moim zdaniem nasze myślenie w kategoriach etyczno-moralnych w „realnym świecie” jest mocno zdominowane właśnie przez utilitaryzm, podobnie jak uzasadnienie legislacji. Obszerna literatura przedmiotu dotycząca utilitaryzmu znajduje się np. w dwóch książkach napisanych przez Petera Singera wspólnie z Katarzyną de Lazari-Radek: P. Singer, K. de Lazari-Radek, *The Point of View of the Universe: Sidgwick and Contemporary Ethics*, Oxford University Press, Oxford 2014; *idem, Utilitarianism. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2017.

3.2.1. Oświecenie i utilitaryzm – maksymalizacja pożytku hedonistycznego

Sformułowanie założeń utilitaryzmu związane jest z myślą przede wszystkim dwóch myślicieli angielskich: Jeremy'ego Benthama i jego ucznia – Johna Stuarta Milla. Myśliciele ci stworzyli odrębną szkołę filozoficzną, odrębną doktrynę, oferując „kanoniczną” wersję utilitaryzmu. Wersja ta, jako że utilitaryzm jest doktryną przyjmowaną intuicyjnie (w tym sensie, że najczęściej kierujemy się w życiu maksymalizacją korzystnych konsekwencji), opartą na stosunkowo prostych i łatwo zrozumiałych zasadach, wciąż stanowi bardzo istotny punkt odniesienia dla wersji współczesnych. Mill przypisuje sobie też zasługę zastosowania po raz pierwszy terminu „utilitaryzm” na określenie filozofii Benthama i jego uczniów⁷¹. Tę prostotę i intuicyjny (w wyżej wymienionym sensie) charakter utilitaryzmu potwierdza chociażby to, że najistotniejsze elementy utilitarnej wizji jednostki znajdują się już w starożytnej myśli Epikura. Ten sposób myślenia jest zatem bardzo naturalny i rozpowszechniony przynajmniej w kręgu kultury europejskiej i jej „pochodnych”. Nowożytna tradycja odwołująca się do tej wizji została wprowadzona w XVII wieku w koncepcjach Thomasa Hobbesa i Johna Locke'a. W dobie oświecenia odwoływali się do niej m.in. tacy francuscy myśliciele, jak Bernard de Mandeville, Claude Helvetius i Paul-Henri Holbach, w Anglii m.in. Josiah Tucker, Adam Smith, Adam Ferguson czy w końcu również David Hume. W Niemczech tradycja utilitarystyczna reprezentowana była przez przedstawicieli oświeceniowej filozofii „popularnej”⁷², takich jak Johann Georg Sulzer czy Johann Nikolaus Tetens⁷³.

⁷¹ J.S. Mill, *Utilitaryzm, O wolności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 12.

⁷² M.J. Siemek, *Racjonalizm i naturalizm w filozofii niemieckiego oświecenia*, [w:] T. Namowicz, K. Sauerland, M.J. Siemek (wybór i wstęp), *Filozofia niemieckiego oświecenia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973, s. 25.

⁷³ Patrz J.G. Sulzer, *Psychologische Betrachtungen über den sittlichen Menschen*, [w:] *Sulzers Vermischte philosophische Schriften*, vol. I, Weidmanns Erben und Reich, Leipzig 1800; J.N. Tetens, *Philosophische Versuche über die menschliche Natur und ihre Entwicklung*, Reuter & Reichard, Leipzig 1777. W XX wieku do utilitaryzmu nawiązywał np. Vilfredo Pareto, rozwijając nowoczesną teorię użyteczności. Teoria użyteczności znajduje też zastosowanie we współczesnej teorii gier zapoczątkowanej przez Johna von Neumanna i Oskara von Morgensterna (pierwsze uwagi na temat nowoczesnej teorii użyteczności zawiera ich dzieło pt. *Theory of Games and Economic Behaviour* z 1944 r., wydane po raz kolejny w 1947 roku), „ekonomiczne zachowań nierynkowych” (ang. *economics of nonmarket behaviour*) przedstawicieli ekonomii prawa, takich jak Ronald H. Coase, Richard A. Posner czy noblista Gary S. Becker (zaznaczyć jednak należy, że sam Posner zdecydowanie protestuje przeciwko przypisywaniu ekonomicznym analizom prawa pokrewieństwa z utilitaryzmem – patrz R. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge–London 1981, s. 60) czy teorii publicznego wyboru (James M. Buchanan). Patrz: V. Pareto, *Wykłady z ekonomii politycznej*, [w:] *idem, Uczucia i działania. Fragmenty socjologiczne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994; J. von Neumann, O. von Morgenstern,

Z punktu widzenia „kanonicznej” wersji utylitaryzmu uniwersalną zasadą wszelkich ludzkich działań jest tzw. zasada użyteczności, zgodnie z którą człowiek jest przede wszystkim istotą dążącą do maksymalizacji korzyści⁷⁴. Oddajmy głos Benthamowi, wedle którego: „Nie ma [...] i nigdy nie było istoty ludzkiej, nawet nie wiedzieć jak tępej lub zwyrodniałej, która by się nie kierowała zasadą użyteczności w wielu, a może w większości przypadków swego życia”⁷⁵.

Istotą ludzkich działań jest więc zasada użyteczności, pojmowana jako fundamentalne dążenie każdego człowieka do samozachowania i pomnażania własnej korzyści. Jak przekonuje Hobbes: „pierwszym spośród dóbr, zawdzięczamy to naturze, jest zachowanie własnej osoby [...]”⁷⁶. Natomiast wedle rozwijającego tę koncepcję Benthama założenie, że człowiek dąży do maksymalizacji korzyści własnej, „wystarcza dla realizacji każdego praktycznie celu i jako podstawa dla wszystkich politycznych przedsięwzięć”⁷⁷. Dążenie do maksymalizacji korzyści własnej stanowi więc wedle oświeceniowych utylitarystów uniwersalny motyw ludzkiego postępowania. W swoim *Systemie przyrody* Holbach podkreśla zatem:

Theory of Games and Economic Behaviour, Princeton University Press, Princeton 1944 (wydanie drugie poszerzone 1947 r.). Na temat historii teorii gier w języku polskim patrz np. P.D. Straffin, *Teoria gier*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2004, s. 64; M. Malawski, A. Wiecezorek, H. Sosnowska, *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 12. Klasyczne już pozycje nurtu „ekonomiki zachowań nierynkowych” to m.in.: R. Posner, *The Economics...*; *idem*, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, New York 1992; R.H. Coase, *The Firm, The Market and The Law*, University of Chicago Press, Chicago–London 1988; G.S. Becker, *The Economic Approach to Human Behaviour*, University of Chicago Press, Chicago 1976. Patrz też: R.O. Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar, Washington 2004. Na temat teorii publicznego wyboru patrz m.in.: J.M. Buchanan, R.D. Tollison, *The Theory of Public Choice*, University of Michigan, Ann Arbor 1984; J.M. Buchanan, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, The University of Michigan Press, Ann Arbor 1991; *idem*, *Explorations into Constitutional Economics*, A&M University Press, Texas 1989.

⁷⁴ Patrz np. J. Bentham, *Scotch Reform*, [w:] *idem*, *Works*, vol. V, William Tait, Edinburgh 1843, s. 15; *idem*, *Rationale of Judicial Evidence*, [w:] *idem*, *Works*, vol. VI, William Tait, Edinburgh 1838–1843, s. 457–558; *idem*, *Chrestomathia*, [w:] *idem*, *Works*, vol. VIII, William Tait, Edinburgh 1838–1843, s. 217; B. Mandeville, *Bajka o pszczołach, czyli publiczne korzyści prywatnych wad*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957, s. 30–31. Na temat egoizmu jako pobudki wszelkich ludzkich działań oraz etyki utylitarnej, szczególnie w obszarze anglosaskim, patrz też: D. Boorstin, *The Mysterious Science of the Law*, Beacon Press, Cambridge 1941, s. 51–61; R.B. Brandt, *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej i metaetyki*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996, s. 624 i nast.; H. Rashdall, *Theory of Good and Evil*, Clarendon Press, Oxford 1924, s. 44–63; J.R. Dinwiddy, *Bentham on Private Ethics and the Principle of Utility*, „Revue Internationale de Philosophie” 1982, no. 141, s. 278–300.

⁷⁵ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1958, s. 22.

⁷⁶ T. Hobbes, *Elementy filozofii*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1956, s. 128–131.

⁷⁷ J. Bentham, *Constitutional Code*, [w:] J. Bentham, *Works*, vol. IX, William Tait, Edinburgh 1838–1843, s. 6.

Tak więc, gdy mówimy, że interes jest jedynym motorem czynów ludzkich, rozumiemy przez to, że każdy człowiek na swój sposób pracuje, by zdobyć szczęście, które widzi w jakimś przedmiocie widzialnym albo ukrytym, rzeczywistym albo urojonym i że całe jego postępowanie zmierza do osiągnięcia tego przedmiotu. Wychodząc z tego założenia, żadnego człowieka nie można nazwać bezinteresownym; miano to daje się tylko ludziom, których pobudki działania są nam nieznane lub których interes pochwalamy⁷⁸.

Maksymalizacja korzyści własnej jest więc przez oświeceniowych utylitarystów uznawana za obiektywną i uniwersalną własność „natury ludzkiej”⁷⁹. Oznacza ona hedonistyczne dążenie do zwiększenia poziomu przyjemności przy jednoczesnym zminimalizowaniu przykrości⁸⁰. Według wpisującego się w tę tradycję Locke’a „rzeczy są dobre albo złe tylko ze względu na przyjemność lub przykrość. Dobrym lub złym nazywamy to, co jest zdolne wywołać lub wzmocnić w nas przyjemność albo zmniejszyć przykrość”⁸¹. Bentham wiąże więc jednoznacznie dobro jednostki z hedonizmem. Ażeby pojąć, czym jest motyw, należy według niego zawsze „spojrzeć na przykrość i przyjemność”⁸².

Jeżeli motywy są dobre lub złe, to tylko ze względu na swe skutki: są dobre ze względu na swą tendencję do dostarczania przyjemności lub zapobiegania przykrości; złe ze względu na swą tendencję do sprawiania przykrości lub przeciwdziałania przyjemności⁸³.

Tak więc wszystko, co zbliża człowieka do przyjemności, ma dodatnią wartość moralną. Złem natomiast są po prostu rzeczy przykre. Wszystkie ludzkie działania są kwalifikowane albo jako przysparzające przyjemności, czyli moralne,

⁷⁸ Patrz też P.-H. Holbach, *System przyrody*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1958, s. 22.

⁷⁹ Patrz C.-A. Helvetius, *O umyśle*, t. 1, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 39. Patrz też J. Locke, *Rozważania dotyczące rozumu ludzkiego*, t. I, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1955, s. 311 i nast.; T. Hobbes, *Elementy...*, s. 326; J. Bentham, *Scotch...*, s. 15; *idem*, *Rationale of Judicial...*, s. 457–558; *idem*, *Chrestomathia*, s. 217. Na ten temat patrz też: N.L. Rosenblum, *Bentham's Theory of Modern State*, Harvard University Press, Cambridge 1978, s. 27 i nast.; T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremy Benthama*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004, s. 21–22.

⁸⁰ Na temat dwóch odmian hedonizmu: psychologicznego i etycznego, patrz m.in. R.B. Brandt, *Etyka...*, s. 522 i nast. Analiza hedonizmu psychologicznego – patrz m.in. J.G. Beebe-Center, *The Psychology of Pleasures and Unpleasantness*, D. Van Nostrand Company Inc., New York 1932, s. 394–417. Na temat hedonizmu etycznego patrz m.in. K. Duncker, *Pleasure, Emotion and Striving*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1940, vol. I, s. 391 i nast.; T. Penelhum, *The Logic of Pleasure*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1957, vol. XVII, s. 135 i nast.; R. Blake, *Why Not Hedonism?*, „Ethics” 1926, vol. XXXVII, s. 1 i nast. Na temat hedonizmu u J. Benthama patrz T. Tulejski, *Od zasady użyteczności...*, s. 22 i nast.

⁸¹ Patrz J. Locke, *Rozważania dotyczące rozumu...*, t. I, s. 311.

⁸² Patrz J. Bentham, *Rationale of Judicial...*, s. 35, 257.

⁸³ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad...*, s. 147.

albo jako jej nieprzysparzające, czyli niemoralne. Te pierwsze określane są jako użyteczne, te drugie natomiast jako nieużyteczne.

Bentham wyprowadza z tego matematyczny rachunek szczęścia. Szczęście, ostateczny cel każdego człowieka, oznacza po prostu przewagę przyjemności nad przykrością. Człowiek jest szczęśliwy wówczas, gdy w tym prostym rachunku, określanym jako rachunek użyteczności, występuje przewaga doznań dobrych, czyli przyjemnych⁸⁴. Dla Benthama zatem: „przy takiej samej ilości szczęścia gra w pluskiewki jest tak samo dobra, jak poezja”⁸⁵.

Tę niezwykle prostą i intuicyjną wizję Benthama zmodyfikował jego uczeń – John Stuart Mill, który połączył założenia utilitaryzmu głównie z zaczerpniętą z myśli niemieckiej (od Kanta i Wilhelma von Humboldta) koncepcją moralnej autonomii i z perfekcjonizmem. Do wywiedzionej z koncepcji Benthama zasady użyteczności Mill dodał przede wszystkim założenie, że naczelnym celem ludzkich działań powinny być, a często są, samodoskonalenie, rozwój własnej osobowości i kształtowanie charakteru. Te zaś wykluczają najczęściej prostą, bieżącą maksymalizację korzyści, zakładają bowiem, że po to, by osiągnąć dalekosiężne cele i ostatecznie zrealizować zadanie maksymalizacji szczęścia, najpierw należy włożyć w to działanie pewien wysiłek, który sam w sobie przyjemny nie jest. Doskonalenie, rozwój osobowości czy kształtowanie charakteru wymagają więc bieżących poświęceń, na które w koncepcji Benthama, dla którego – jak wyżej wskazałem – gra w pluskiewki i poezja mają zasadniczo tę samą wartość w zakresie dostarczania szczęścia, po prostu nie ma miejsca. W swej „intelektualistycznej” wersji psychologicznego utilitaryzmu Mill kładzie nacisk na autonomię jednostki, która polega dla niego przede wszystkim na zdolności do kierowania się własnymi przekonaniem, wartościami i zasadami, które umożliwiają głoszenie własnych poglądów i niezależność od opinii większości. Dla Milla, wyrażającego w ten sposób jeden z fundamentalnych postulatów współczesnego liberalizmu, autonomia oznacza niezależność od zdania i woli innych ludzi, od woli społeczeństwa. Podobnie jak Kant czy Wilhelm von Humboldt, Mill formułuje zatem postulat nieingerowania w autonomiczny rozwój jednostki przez społeczeństwo czy państwo. Szczególnie istotne jest nieingerowanie w wolność podejmowania decyzji przez dorosłą, racjonalną jednostkę w sprawach, które dotyczą tylko jej samej i wkraczanie w sferę jej osobistej wolności, która obejmuje przede wszystkim wolność sumienia, wyznania i swobodę zrzeszania się. W koncepcji Milla utilitaryzm staje się fundamentem liberalizmu, ale powiązanie go przez tego autora z perfekcjonizmem,

⁸⁴ J. Bentham, *A Fragment of Government*, Basil Blackwell, Oxford 1948, s. 3. Podobnie: C.-A. Helvetius, *O umyśle*, t. 1, s. 43–44; P.H. Holbach, *La Morale Devoirs de l’homme fondés sur la nature*, [w:] B. Baczek (red.), *Filozofia francuskiego Oświecenia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1961, s. 268.

⁸⁵ J. Bentham, *The Rationale of Reward*, [w:] *idem, Works*, vol. II, William Tait, Edinburgh 1838–1843, s. 253.

autonomią, ideą samodoskonalenia i elementami zaczerpniętymi z etyki motywu wskazuje, że Mill pojmuje go raczej jako intelektualne zaplecze moralności i polityki, a nie tylko jako polityczną doktrynę.

Wiążąc utilitarne założenia z zasadą autonomii, Mill wzbogacił wprawdzie utilitarystyczną etykę skutku o pewne elementy pochodzące z etyki motywu⁸⁶, jednak nie zmienił samej zasady utilitaryzmu. Wprowadzając elementy autonomii i samodoskonalenia, wyraźnie starał się on także uwiarygodnić psychologicznie nazbyt uproszczoną wizję Bentham'a. Założenie, że człowiek maksymalizuje korzyść własną, pozostało zatem w jego koncepcji aktualne, ale pod warunkiem, że uwzględnimy także mechanizm, w którym działająca jednostka nie dąży bezpośrednio do maksymalizacji korzyści własnej, lecz podejmowane przez siebie czynności traktuje również tak, jakby były one ważne same w sobie. Podejmując działania, człowiek wykonuje je nie tylko ze względu na siebie i własną bieżącą przyjemność, lecz także ze względu na samo to zadanie, nawet jeśli wymaga to od niego poświęceń. Nie oznacza to rezygnacji z maksymalizacji szczęścia, pojmowanego jako przyjemność, a tylko przesunięcie tego doznania w czasie⁸⁷. Oznacza to również zwrócenie uwagi na to, że poczucie satysfakcji z dobrze wykonanego zadania czy dzieła, dla którego poświęciliśmy wiele godzin ciężkiej i często nawet nieprzyjemnej pracy, bywa subiektywnie odczuwane jako ostatecznie przynoszące więcej przyjemności niż bieżąca maksymalizacja. Za Epikurem zwraca też Mill uwagę na to, że istnieją przyjemności wyższe, których osiągnięcie może wymagać np. poświęcenia przyjemności niższego stopnia.

Hedonistyczne założenie Bentham'a i Milla ma niezwykle istotną konsekwencję na płaszczyźnie koncepcji podmiotu moralności i prawa. Wiąże się ona mianowicie z poszerzeniem sfery moralnej i prawnej podmiotowości. We wczesnej benthamowsko-millowskiej wersji utilitaryzm umożliwia ufundowanie moralnej, prawnej i politycznej podmiotowości na założeniu w istocie niezależnym od świadomości i świadomej decyzji. Użyteczność, pojmowana jako dążenie do maksymalizowania przyjemności i minimalizowania przykrości, lokuje się bowiem na poziomie psychologicznych odczuć, a nie świadomej rozumnej

⁸⁶ J.S. Mill, *Utilitaryzm*, [w:] *idem, Utilitaryzm, O wolności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 15; J.S. Mill, *J. Bentham*, [w:] *idem, Utilitarianism, On Liberty, Essay on Bentham*, Collins Sons & Co., London 1962, s. 123. Podobnie postrzegał problematykę przyjemności i przykrości David Hume, który także rozróżniał różne rodzaje przyjemności – patrz D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1963, s. 263. Na temat różnic między Benthamem a Millem patrz też A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996, s. 129–132; E. Klimowicz, *Utilitaryzm w etyce. Współczesne kontrowersje wokół etyki Johna Stuarta Milla*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1974, s. 140–142. Podobna polemika z zasadą użyteczności Bentham'a patrz A.J. Ayer, *The Principle of Utility*, [w:] G.W. Keeton, G. Schwarzenberger (red.), *Jeremy Bentham and the Law. A Symposium*, Stevens and Sons Limited, London 1948, s. 255–256.

⁸⁷ J.S. Mill, *Utilitaryzm...*, s. 11–13. Na temat angielskich koncepcji utilitarnych patrz też J. Plamenatz, *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford 1949.

działalności, na poziomie naturalistycznie pojmowanego dobra, którym jest uczucie przyjemności, a nie, wiązana przez konstruktywizm ze świadomością, rozumna zgoda na treść zasady, reguły bądź normy. Ludzkie dążenie do maksymalizowania przyjemności jest oczywiście dążeniem świadomym, ale samo jej odczuwanie już nie musi wiązać się ze specyficznymi ludzkimi władzami intelektu. Uczucie bólu i przyjemności jest przecież właściwe nie tylko dla istot świadomych w takim znaczeniu jak dojrzałe istoty ludzkie, ale również np. dla niedysponujących pełnymi właściwościami intelektualnymi osób niedojrzałych (np. niemowlaków czy ogólnie dzieci), osób intelektualnie niesprawnych (np. człowieka pozbawionego świadomości chwilowo lub trwale) czy w końcu również dla świata zwierzęcego, a być może nawet roślinnego. W przeciwieństwie do konstruktywizmu czy ufundowanej na nim koncepcji umowy społecznej, zakładających podmiotowość opartą na zdolności rozumienia i podejmowania decyzji, ufundowany na psychologicznych doznaniach utylitaryzm umożliwia więc samoistne i bezpośrednie (tj. niezapośredniczone przez akt powszechnej zgody, czyli umowę społeczną) ugruntowanie podmiotowości również takich nieświadomych istot (np. dobro zwierząt czy ogólnie – dobro przyrody) bądź ludzi pozbawionych pełnych intelektualnych właściwości. Dobro tych podmiotów nie jest przy tym pojmowane jako dobro pochodne w stosunku do dobra w pełni dojrzałych osób mających taką zdolność (nakaz skierowany pod adresem świadomych i rozumnych podmiotów, by chronić nieświadome i nierozumne), ale jako dobro samoistne, czyli dobro bezpośrednio brane pod uwagę przez zasadę użyteczności. Na tym fundamentalnym założeniu utylitaryzmu opiera swą koncepcję m.in. jeden z najsłynniejszych współczesnych przedstawicieli utylitaryzmu, Peter Singer, który uzasadnia tym argumentem ochronę dobra zwierząt, relatywizując zresztą różnicę między ludźmi i zwierzętami, a odmienne wartościowanie ludzi i zwierząt określając jako formę dyskryminacji, czyli tzw. gatunkowizm, albo szowinizm gatunkowy⁸⁸. Niezależnie od licznych polemik z utylitaryzmem utylitarystyczną koncepcję poszerzonego humanizmu⁸⁹ również należy uznać za jedną z istotnych dyrektyw dla współczesnego legislatora, konstruującego chociażby akty normatywne chroniące zwierzęta przed okrutnym traktowaniem – czy to w ramach rytualnego uboju, czy niehumanitarnego transportu.

3.2.2. Inne dobra podlegające utylitarnej maksymalizacji

W kontekście postawionej wyżej tezy o przekrojowym, szerokim oddziaływaniu utylitaryzmu we współczesnej kulturze należy też podkreślić, że doznawanie przyjemności nie musi być dla utylitarystów wyłącznym dobrem

⁸⁸ P. Singer, *Etyka praktyczna*, Wydawnictwo Książka i Widza, Warszawa 2007, s. 65, 67.

⁸⁹ Singer podkreśla, że koncepcja ta została po raz pierwszy wyrażona właśnie przez Bentham – *ibidem*, s. 67.

podlegającym maksymalizacji, a (dość prymitywny jako założenie) hedonizm, charakterystyczny przede wszystkim dla oświeceniowej wersji tego nurtu, wcale nie musi być jedynym fundamentem utylitaryzmu. Założenie takie jest psychologicznie niewiarygodne, a nawet kontrintuicyjne, co jest poważnym zarzutem. Polemizując z tym ujęciem, wskazuje się, że człowiek (a być może także inne istoty żywe) nie jest tylko istotą kierującą się maksymalizacją przyjemności i minimalizacją bólu. Ciekawy argument przeciwko takiemu założeniu przedstawił Robert Nozick, odwołując się do równie intuicyjnej jak zasada użyteczności hipotezy tzw. maszyny przeżyć. Gdyby człowiek – powiada Nozick – był istotą, dla której doznawanie przyjemności i ograniczanie przykrości jest jedynym sensem życia, to zamknięcie na całe życie w maszynie, która dostarcza mu wyłącznie przyjemnych doznań, byłoby oczywistym wyborem każdego z nas. Tymczasem taki wybór, jeśli zapytalibyśmy o to przeciętnego człowieka, jest bardzo mało prawdopodobny. Oczywiście znaleźliby się i tacy, którzy w takiej maszynie pragnęliby spędzić resztę życia, ale prawdopodobnie byłiby oni nieliczni, tak jak nieliczni są narkomani, którzy sprowadzają sens swego życia do pewnych sztucznie wytwarzanych, przyjemnych doznań. Z tego płynie jasny wniosek, że maksymalizacja przyjemności nie wyczerpuje sensu naszego życia. Każdy z nas wyznacza sobie różne cele i dąży do osiągania różnych dóbr, jednym z nich jest przyjemność, ale z pewnością niejedynym. Satysfakcję można czerpać także z innych źródeł, niezwiązanych z przyjemnością⁹⁰. Nie wydaje mi się zresztą, żeby kanoniczni zwolennicy utylitaryzmu nie zdawali sobie z tego sprawy (szczególnie J.S. Mill). Chodziło im raczej o to, by odnaleźć jakiś główny, najważniejszy, ale niewyłączny motyw kierujący naszym postępowaniem.

Dlatego przez indywidualną użyteczność, która podlega utylitarnej maksymalizacji, utylitaryści rozumieją również, jak określa to Kymlicka, „niehedonistyczną użyteczność psychiczną”. Wówczas przedmiotem maksymalizacji stają się wszelkie wartościowe przeżycia psychiczne, a nie tylko same przyjemności⁹¹. W tym przypadku jednak argument Nozicka z „maszyny przeżyć” wydaje się nadal aktualny, a stanowisko to ma w gruncie rzeczy podobne mankamenty jak stanowisko hedonistyczne. Innym takim przedmiotem maksymalizacji, wymienianym przez Kymlickę, jest „zaspokojenie pragnień”. Taka maksymalizacja oznacza maksymalizację wszystkiego, czego się pragnie. Mogą to być zarówno pragnienia rozumne i zdroworozsądkowe, jak i pragnienia irracjonalne, niemożliwe do pogodzenia z wolnością innych ludzi oraz z ich pragnieniami. Pragnienia irracjonalne i nierozumne, szczególnie zaś pragnienia nieetyczne, które ma każdy z nas, to jednak tylko jeden, dość oczywisty problem takiego kryterium. Innym jest to, że brakuje nam zazwyczaj pełnej informacji o przedmiotach naszych pragnień oraz możliwości dokonania ich słusznego osądu. Nie wiadomo więc,

⁹⁰ R. Nozick, *Anarchia, państwo, utopia*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1999, s. 61–63.

⁹¹ W. Kymlicka, *Współczesna filozofia...*, s. 29.

czy maksymalizacja pragnień, nawet wyłącznie tych etycznych i rozumnych, rzeczywiście doprowadzi nas do szczęścia. Możemy wprowadzić przewidywać przyszły obrót spraw na podstawie naszych dotychczasowych doświadczeń, ale nie posiadamy dalej idących zdolności predykcyjnych, a na pewno nie możemy mieć w tym względzie pewności. Pragnienia są też zmienne, tak jak zmienne i subiektywne są nasze preferencje. Co więcej, istnieje dość dobrze zbadany fenomen tzw. preferencji adaptacyjnych, czyli takich, które umożliwiają nam dostosowanie się do okoliczności (paradoks szczęśliwego niewolnika, inżynieria społeczna), oraz preferencji przechodnich i zamiennych, czyli takich, które w zależności od tego, z czym są zestawiane, są przez nas inaczej wartościowane. Brak jest więc możliwości ostatecznego określenia ich treści i miejsca w hierarchii ważności nawet przez pojedynczego człowieka, a co dopiero przez jakąś publiczną instytucję, która miałaby powszechnie wspomagać ich maksymalizację.

Wobec tego jako przedmiot utylitarnej maksymalizacji Kymlicka wymienia także uniwersalne dobra. W takim ujęciu zamiast maksymalizacji indywidualnych, zawsze problematycznych preferencji maksymalizuje się środki używane do zaspokajania tych preferencji i pragnień, takie jak chociażby wolności, zasoby, dostępność do urzędów, edukacji, ochrony zdrowia. W tym przypadku maksymalizacja ma charakter niejako pośredni, maksymalizuje się dostępność środków umożliwiających indywidualne zaspokajanie preferencji, a nie samą realizację tych preferencji. Takie szerokie podejście, które reprezentuje Kymlicka, jest jednak problematyczne przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, zbyt mocno przypomina omówione wcześniej substancjalne dobro wspólne i może rodzić podobne skutki. Po drugie jednak, nawet jeśli dobra uniwersalne będziemy postrzegać inaczej, niż dobro wspólne postrzega Rousseau, tj. jako takie, których maksymalizacja leży w rzeczywistym interesie każdej jednostki, to nadal zasadniczym problemem jest ustalenie jakiegoś ich uznanego przez wszystkich katalogu, a w ramach tego katalogu – względnie jednoznacznej hierarchii ich ważności.

Jak widać, utylitaryzm rodzi co najmniej tyle samo problemów, ile rozwiązuje. Jednakże w niniejszej prezentacji utylitaryzmu nie chodzi o to, by zdyskredytować czy wesprzeć tę koncepcję, bronić jej albo ją zwalczać. Chodzi w niej o to, że utylitaryzm – jak już wyżej powiedziałem – niezależnie od tych wszystkich problemów stanowi jeden z bardzo istotnych punktów odniesienia dla współczesnej demokratycznej legislacji. Akademickie dywagacje na temat zalet i wad nie mają więc tutaj większego znaczenia. W przypadku interesującego mnie w tej pracy ujęcia utylitaryzmu jako dyrektywy dla legislatora, na pierwszy rzut oka najbardziej przydatne wydaje się ujęcie ostatnie, które za przedmiot maksymalizacji uznaje dobra uniwersalne. Nawet jeśli nie mamy uniwersalnego katalogu takich dóbr, a w ich hierarchii znajdują się dobra, które mogą się wzajemnie wykluczać, albo w zależności od sytuacji hierarchie te mogą się zmieniać, legislacja jest tą sferą, w której aktywność legislatora polega często na trudnej sztuce poszukiwania kompromisu między nimi, utrzymywaniu dynamicznej równowagi,

a czasem przyjmowaniu ograniczonej przydatności jednych kosztem drugich. By nie przeradzało się to we wspomniane wyżej bezwzględne podporządkowanie dobra jednostki dobru wspólnemu (jak u Rousseau), konieczny jest przy tym zawsze indywidualistyczny komponent równej troski o dobro każdego, nawet jeśli ma on być jedynie niezbędną fikcją. Z tego właśnie powodu założenie równej troski o dobro każdego nakazuje – również w procesie legislacyjnym – kierować się, jeśli to możliwe, maksymalizowaniem wszystkich wartości i dóbr, o jakich była mowa powyżej.

3.2.3. Wąskie versus szerokie rozumienie utilitaryzmu

Jedną z niezwykle istotnych formuł przejawiania się szeroko pojmowanego utilitarnego założenia maksymalizacji korzyści indywidualnej jako drogi do maksymalizacji korzyści społecznej na gruncie doktryny współcześnie bazującej wręcz na krytyce utilitaryzmu są koncepcje oświeceniowych liberalnych ekonomistów – Adama Smitha, Davida Ricardo czy Adama Fergusona – i rozwijająca je koncepcja neoliberalna Hayeka. Najlepszą ilustracją takiego ujęcia jest zaś fundamentalna dla nich idea „niewidzialnej ręki rynku”, propagowana m.in. przez Smitha, który zwraca uwagę, że:

[...] gdy kieruje się wytwórczością tak, aby jej produkt posiadał możliwie największą wartość, myśli tylko o swym własnym zarobku, a jednak w tym, jak i w wielu innych przypadkach jakaś niewidzialna ręka kieruje nim tak, aby zdązał do celu, którego wcale nie zamierzał osiągnąć. Społeczeństwo zaś, które wcale w tym nie bierze udziału, nie zawsze na tym źle wychodzi. Mając więc na celu swój własny interes, człowiek często popiera interesy społeczeństwa skuteczniej niż wtedy, gdy zamierza służyć im rzeczywiście⁹².

Dla Smitha, maksymalizując korzyść własną, człowiek przyczynia się do zwiększenia społecznego dobrobytu. Realizacja egoistycznych interesów służy więc jednocześnie dobru wspólnemu. Koncepcje te pokazują, w jaki sposób – samoistnie – takie założenie maksymalizacyjne przekształca się w maksymalizację korzyści społecznej. U ich fundamentów leży więc ta sama ekonomiczna racjonalność, która leży u podstaw utilitaryzmu i to samo intuicyjne założenie, że indywidualna korzyść ostatecznie przekłada się na korzyść czy dobrobyt całości. Nie dzieje się to jednak – jak u Benthamu czy Milla – za sprawą agregacji indywidualnych użyteczności, ale w drodze samoregulującego się mechanizmu rynkowego. O ile więc dla Benthamu agregacja ma charakter ilościowy, o tyle w koncepcjach ekonomistów korzyść jest efektem rynkowej gry.

⁹² A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1954, t. 2, s. 46; patrz też *idem*, *Teoria uczuć moralnych*, cz. IV, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1989, s. 272; R.L. Schuyler (red.), *J. Tucker: A Selection from His Economic and Political Writings*, Columbia University Press, New York 1931, s. 31.

Dla wielu współczesnych ekonomistów ta różnica jest kluczowa i decyduje nie tylko o odróżnieniu utylitaryzmu od koncepcji liberalnych ekonomistów, ale o odrzuceniu utylitaryzmu jako doktryny opartej na fałszywych założeniach. Na różnice między utylitaryzmem a podejściem ekonomicznym wskazują współcześnie chociażby Richard Posner⁹³, współtwórca ekonomii prawa, czy wspomniany już niejednokrotnie w tej pracy Hayek, jeden z najbardziej znanych twórców neoliberalizmu. Autorzy ci podkreślają, że utylitaryzm, przynajmniej w swej kanonicznej, doktrynalnej wersji propagowanej przez Jamesa Milla czy Jeremy'ego Bentham'a (bo już nie Johna Stuarta Milla), w przeciwieństwie do koncepcji głoszonej przez liberalnych, oświeceniowych ekonomistów, ogranicza się do maksymalizowania zobiektywizowanej formuły szczęścia, zamiast maksymalizowania wolności osiągania tego szczęścia. Sprawia to, że dla Hayeka nie ma różnicy pomiędzy utylitaryzmem Bentham'a czy Milla a wyżej już wspomnianą koncepcją Rousseau, który pojmuje szczęście jako substancjalnie rozumiane dobro wspólne, wolę powszechną, która ma być maksymalizowana w oderwaniu od dobra każdej jednostki. Efektem utylitaryzmu jest więc dla Hayeka kolektywizm i zniewolenie, o czym wyżej już wspominałem, a sam Hayek koncepcje Bentham'a czy Milla traktuje jako część kartezjańskiego konstruktywizmu.

Pamiętać jednak należy, że w koncepcjach oświeceniowych utylitarystów dobro pojmowane jest agregatywnie, a nie substancjalnie jak u Rousseau. Nie stanowi ono wartości samoistnej, substancjalnej, obiektywnej i tym samym oderwanej od dobra jednostek. Jest zawsze pochodną ich indywidualnego dobra i może być rozmaicie pojmowane. Jeśli więc uznamy, że istotą utylitaryzmu jest zasada maksymalizacji szczęścia oraz że szczęście polega na wolności osiągania go w indywidualny, dowolny sposób, to otrzymamy liberalną formułę utylitarnego schematu, zbliżoną do utylitaryzmu dóbr uniwersalnych, o którym pisze Kymlicka, który za najwyższe dobro podlegające maksymalizacji uznaje wolność dążenia do subiektywnie zdefiniowanego szczęścia. Okazuje się zatem, że polemika Hayeka jest raczej polemiką z republikańskim – jak już wyżej wspominałem – niewłaściwie rozumianym utylitaryzmem Rousseau albo z opacznie zinterpretowaną dyktaturą większości Bentham'a niż z utylitaryzmem jako takim. Ten ostatni bowiem – rozumiany jako maksymalizacja indywidualnie pojmowanego szczęścia przy założeniu równej troski o dobro każdego – jest rodzajem intelektualnego zaplecza bądź pewnej intelektualnej dyspozycji, która przekracza ramy poszczególnych doktryn i stanowi charakterystyczny sposób myślenia, który leży u podstaw wielu koncepcji. Tym wspólnym fundamentem jest założenie o maksymalizacji indywidualnej korzyści, które zakłada, że przy budowaniu uzasadnienia dla instytucji moralnych, politycznych i prawnych odwołujemy się do racjonalności ekonomicznej, będącej formułą naturalistycznie pojmowanej racjonalności teoretycznej.

⁹³ R. Posner, *The Economics...*, s. 42 i nast.

Nie zmienia to faktu, że sama ta ekonomiczna racjonalność, obecna zarówno w koncepcji utylitarystów w wąskim rozumieniu, czyli Bentham'a i Jamesa Milla, jak i utylitarystów w rozumieniu szerokim, włączając m.in. oświeceniowych ekonomistów i Hayeka, wytwarza istotne zagrożenie dla podmiotowości jednostek. Nie zakłada ona bowiem konstruktywistycznej, rozumnej zgody na instytucje, obyczaje bądź normy, lecz ich swobodne kształtowanie się w toku swobodnych społecznych praktyk. Problem nie polega oczywiście na tym, że utylitaryzm nie jest konstruktywizmem, lecz na tym, że kierujące się ekonomiczną racjonalnością jednostki maksymalizują korzyść własną, a w toku tych praktyk ich korzyści są ograniczane nie przez zgodę, lecz przez będące poza nimi obiektywne czynniki ekonomiczne: niekonkurencyjność ich ofert lub konieczność dostosowania się do poziomu standardów ekonomicznych zapewniających przetrwanie. Nie zmienia tego fakt, że gospodarka zakłada umowy między kontrahentami, są one bowiem zawierane nie dlatego, że ich zawarcie realizować ma cele powszechnie ważne, lecz dlatego, że maksymalizacja korzyści w danych okolicznościach wymusza np. obniżenie ceny albo umożliwia jej podwyższenie. Ekonomiczna racjonalność ostatecznie pozostaje jedynym kryterium ich zawarcia. Innymi słowy, motywem dotrzymywania tych umów nie jest to, że gdzieś tam „w ekonomicznym eterze” obowiązuje jakaś naturalna zasada dotrzymywania umów (co nie jest wykluczone, a jak przekonuje Hayek, w istocie ma miejsce), lecz to, że niedotrzymywanie umów wykluczy niedotrzymującego z przyszłej gospodarczej gry czy kooperacji, a więc wyłącznie hobbesjański lęk (ang. *threat*) przed konsekwencjami. Problem z taką maksymalizacją polega, najprościej mówiąc, na tym, że w sytuacji, w której niedotrzymanie umowy będzie poparte odpowiednio dobrym ekonomicznym rozpoznaniem, jeśli – mówiąc najprościej – będzie się „opłacało”, to nic nie stoi na przeszkodzie niewywiązaniu się z umowy. Zachowanie takie traktowane jest jako naturalny element gry ekonomicznej, prowadzącej ostatecznie do maksymalizacji użyteczności społecznej, pojmowanej jako wzrost smithowskiego „bogactwa narodów”. Konkurencja, będąca ekonomiczną formułą konfliktu, jest bowiem w tym ujęciu postrzegana jako dobroczynne zjawisko, sprzyjające ekonomicznemu rozwojowi i eliminowaniu słabszych uczestników rynkowej gry. Nie chodzi przy tym o brak wsparcia dla słabszych uczestników rynkowej gry i wykluczenie jakiegokolwiek koncepcji o charakterze socjalnym. Chodzi raczej o to, że dopuszczając „opłacalność” nieuczciwego niedotrzymania umowy, ekonomiczna racjonalność, będąca istotą utylitaryzmu, instrumentalizuje człowieka, sprowadza go wyłącznie do pozycji uczestnika ekonomicznej gry i pozbawia w ten sposób szerokich podstaw jego współczesnej podmiotowości. Jak zresztą przekonują ekonomiczne sukcesy takich państw jak współczesne Chiny, *homo oeconomicus* może być równie dobrze biernym poddanym absolutnej, autorytarnej czy nawet totalitarnej władzy, pozbawionym politycznych praw, a w zamian maksymalizującym własne, indywidualne preferencje.

3.3. Konstruktywizm i utilitaryzm jako dopełniające się dyrektywy legislacyjne

Choć utilitaryzm bazuje na założeniu teoretycznej racjonalności przybierającej postać racjonalności instrumentalnej, ekonomicznej, nie jest on oczywiście *sensu stricto* elementem teorii poznania, ale częścią teorii moralnej i politycznej, których leżący u jego podstaw naturalizm etyczny nie pozwala rozdzielić. Innymi słowy, nie wiąże się ona bezpośrednio z teoretycznym poznaniem, ale z wartościowaniem. Jednak w przypadku poznania prawa nie da się ściśle oddzielić działania naszych instrumentów poznawczych od sfery wzorców normatywnych, czyli powinności. W symplifikującym ujęciu Benthamowskim oznacza to założenie, że wszystko to, co służy maksymalizacji przyjemności i minimalizacji bólu, jest dla człowieka użyteczne, to zaś, co przyczynia się do powstawania bólu lub doznań, ogólnie rzecz biorąc, nieprzyjemnych, jest dla człowieka nieużyteczne. Człowiek jest istotą naturalnie dążącą do maksymalizowania przyjemności i minimalizowania bólu, i doskonale wie, co się do tego przyczynia. Odnosi się to zarówno do sfery reguł moralnych, jak i do sfery instytucji polityczno-prawnych. Założenie utilitaryzmu pozwala zatem człowiekowi w stosunkowo prosty sposób (przynajmniej w teorii) oceniać i segregować moralne reguły i polityczno-prawne instytucje przez pryzmat ich społecznej użyteczności. W interesującym nas kontekście szeroko rozumiany utilitaryzm staje się jednocześnie ważnym kryterium epistemicznym w odniesieniu do prawa, pozwala bowiem wybierać i korygować obowiązujące rozwiązania prawne i prawne instytucje przez pryzmat ich zgodności z tak czy inaczej pojmowaną zasadą użyteczności oraz tworzyć zgodnie z tą zasadą nowe rozwiązania i instytucje. Dostarcza zatem ważnego kryterium oceny, które jest wywiedzione z doświadczenia, ale jednocześnie się od niego odrywa w tym sensie, że zaczyna stanowić niezależny punkt odniesienia dla oceniania samego doświadczenia oraz wynikających z niego wniosków. Ten punkt odniesienia ma charakter naturalistyczny, ponieważ wiąże się z biologistyczną wizją natury każdej istoty żywej, w tym także człowieka, ujmowanego jako dążenie każdej istoty do maksymalizacji korzyści. Jest natomiast aprioryczny, ponieważ stanowi z góry zakładane i narzucane kryterium oceny. Sens aprioryzmu, obecny w tym założeniu, jest więc oczywiście odmienny od Kartezjańskiego czy Kantowskiego rozumienia tego pojęcia. Niemniej jednak ocena wniosków płynących z doświadczenia, czyli w przypadku przestrzeni normatywnej, obowiązujących w niej wzorców, jest w nim – podobnie jak w stanowisku chociażby Kantowskim – dokonywana z góry.

Sprawia to, że tak jak w podejściu kartezjańsko-kantowskim (a inaczej niż u Burke'a czy Hayeka) poznanie prawa dla Benthama nie jest li tylko jego możliwym odkrywaniem. Oznacza ono celową aktywność, polegającą w decydującej mierze na jego konstruowaniu przez pryzmat zasady użyteczności. Jako że zasada ta jest – jak wskazałem – stosunkowo prosta w zastosowaniu, nie ma

tu miejsca na konserwatywną refleksję nad ezoterycznymi elementami społecznych czy polityczno-prawnych instytucji. Agregowane w czasie doświadczenie pozwala, wedle Benthama, na skuteczną ocenę przydatności czy użyteczności tych instytucji i decydowanie o tym, czy staną się one prawem powszechnie obowiązującym, czy też nie. Prawo jest więc dla utilitarystów spod znaku Benthama wynikiem ludzkiego projektu, opartego na kryterium użyteczności i rosnącej pewności poznania wynikającej z nagromadzonego zasobu wiedzy, a nie na zgodzie, nawet jeśli służy maksymalizowaniu wolności⁹⁴. Utilitaryzm może więc kreować także formułę czegoś, co możemy określić mianem „utilitarnego konstrukttywizmu”, ale jest to konstrukttywizm zupełnie inny niż konstrukttywizm kartezjańsko-kantowski, bo nie bazuje na rozumnej zgodzie, lecz na założeniu, że norma jest efektem projektu zmierzającego do maksymalizacji szczęścia bądź swobody wyboru i osiągania szczęścia. W tym właśnie elemencie od-podmiotowej aktywności kryje się istota optymizmu poznawczego tych dwóch stanowisk. Choć poznanie aposterioryczne ma zasadniczo charakter pasywny i receptywny, a nie aktywny i kreatywny, jak w przypadku poznania apriorycznego, charakterystycznego dla modelu kartezjańsko-kantowskiego, to – również empirycznie wyprowadzona – zasada użyteczności, przyjmowana przez utilitarystów, zakłada, że możemy za jej pomocą intelektualnie względnie swobodnie „obrabiać” poznawany przedmiot, którym są wzorce normatywne, w tym prawo.

W refleksji twórców kanonicznej wersji utilitaryzmu, podobnie jak w koncepcjach oświeceniowych ekonomistów, zasadniczo zakłada się zatem, że utilitarne uzasadnienie instytucji jest całkowicie wystarczające i nie wymaga sięgania do deliberatywnie pojmowanej powszechnej zgody jako czynnika dodatkowo legitymizującego te instytucje i uzasadniającego słuszność postępowania. Zarówno Bentham, jak i John Stuart Mill uważają wręcz dodatkowe odwoływanie się do prawa naturalnego, deliberatywnego konsensu czy koncepcji umowy społecznej za kreowanie niepotrzebnych, a wręcz szkodliwych, metafizycznych fikcji. Bentham i John Stuart Mill odrzucają więc zarówno całą dotychczasową tradycję prawno-naturalną, jak i Locke’owską teorię naturalnych uprawnień, kreując zupełnie nowy fundament dla liberalizmu. Oparte na prymacie rozumu nad wolą rozważania oświeceniowych przedstawicieli koncepcji prawno-naturalnych, takich jak Hugo Grocjusz, Kant czy William Blackstone, zmierzające do poszukiwania najsprawiedliwszych, najbardziej rozumnych i najbardziej logicznie przekonujących naturalnych wzorców ludzkiego postępowania, Bentham po prostu „ucina” poprzez przyjęcie założenia, że człowiek, jak każda istota czująca, poszukuje w życiu przyjemności, a unika przykrości.

⁹⁴ Patrz też Guillaume Tusseau, który trafnie zauważa, że na gruncie konstytucjonalizmu koncepcja Benthama jest czymś pomiędzy immanentyzmem, charakterystycznym dla Burke’a czy Paine’a, a konstrukttywizmem, charakterystycznym dla kontynentalnej tradycji rewolucji francuskiej, której Bentham przeciwstawia się równie mocno, jak Burke’owi – G. Tusseau, *Between Constructivism...*, s. 195–213.

Jednak ani sam konstruktywizm, ani sam utilitaryzm nie tworzą wystarczającego, a przynajmniej zadowalającego uzasadnienia z punktu widzenia współczesnych demokratycznych instytucji, polityki, legislacji i prawa. Z punktu widzenia tych instytucji bowiem zarówno ich zobiektywizowana, a co najmniej intersubiektywna użyteczność jest tak samo ważna jak zobiektywizowana, intersubiektywna i przynajmniej domniemana zgoda na ich obowiązywanie. Tę fundamentalną intuicję dotyczącą przestrzeni normatywnej najwcześniej i w najbardziej znanej formie wyrażają koncepcje umowy społecznej, w których utilitaryzm i konstruktywizm się łączą. Jak wspomniałem, utilitaryzm bazuje na intuicji maksymalizacji korzyści i dobra, którą bardzo trudno zakwestionować, a konstruktywizm na założeniu rozumnej podmiotowości, tj. także empirycznie stwierdzalnej i potwierdzalnej zdolności człowieka do działania kierowanego rozumnymi pobudkami. Słabość jednego bez drugiego rzuca się w oczy. Sama etyka deontologiczna, na której bazuje konstruktywizm, jest empirycznie niewiarygodna w swoim założeniu, że człowiek ma się kierować tylko rozumnym obowiązkiem, podobnie jak sama charakterystyczna dla utilitaryzmu etyka teleologiczna, która ogranicza się do wzorca racjonalności ekonomicznej jako jedynego punktu odniesienia. Pojmowane odrębnie nie uwzględniają one w istocie złożoności ludzkiej natury, bo realnie egzystujący człowiek jest zapewne istotą nie tylko dążącą do samozachowania i pomnażania korzyści, ale dysponującą też zdolnościami interpersonalnymi, wynikającymi z nakazu uwzględniania dóbr innych ludzi, a także wartości ogólnospołecznych. Innymi słowy, odrębnie, tj. ani na gruncie samej etyki deontologicznej, ani samego teleologicznego utilitaryzmu, nie da się wiarygodnie wyjaśnić tak wielu ludzkich zachowań i sposobów postępowania, że jakaś, choćby pragmatyczna, synteza jest konieczna. W pluralistycznych społeczeństwach współczesnego świata nie da się po prostu nie uwzględniać ich obu. Ich syntezę doskonale tłumaczy Rawls, który w swoim politycznym konstruktywizmie wychodzi od polemiki z utilitaryzmem, dlatego że zdaje sobie sprawę z fundamentalnego znaczenia takiego sposobu myślenia nie tylko wśród filozofów moralności, prawa czy polityki, ale przede wszystkim wśród przeciętnych zjadaczy chleba. Jego założenie szerokiej koncepcji osoby wiąże zaś utilitarystyczną racjonalność z konstruktywistyczną rozumnością. Jego opinię dotyczącą powszechności utilitaryzmu jako podstawy dla naszego myślenia podziela na pewno wspominany często Kymlicka. Nie brakuje też autorów wskazujących na zagrożenia płynące stale ze strony utilitaryzmu. Oprócz specyficznej – neoliberalnej – polemiki Hayeka na poważne zagrożenia praktyczne płynące z ograniczenia się do utilitaryzmu i niebrania pod uwagę czynników od-podmiotowych zwraca uwagę np. Eduard Picker⁹⁵. To wszystko sprawia, że ta naturalna ludzka dyspozycja zawsze musi być limitowana przez konstruktywizm z jego założeniem rozumnej zgody i praw. Jako pierwsi taki wiosek wyciągnęli przedstawiciele koncepcji umowy społecznej, o której mowa w kolejnym rozdziale.

⁹⁵ E. Picker, *Godność człowieka a życie ludzkie*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2007, s. 71.

4. Etyczno-polityczne fundamenty współczesnego prawodawstwa: równa wolność, osoba, umowa społeczna

Nie jest oczywiście tak, że wszyscy przedstawiciele teorii umowy społecznej polemizują z utylitaryzmem, natomiast kanoniczni utylitaryści – Bentham i Mill – odrzucają umowę społeczną. Szeroko rozumiany utylitaryzm ma jednak długą tradycję, obejmującą m.in. najważniejszych przedstawicieli umowy społecznej – Hobbesa i Locke’a. Ich wizje, a za nimi wizje kolejnych pokoleń twórców teorii umowy społecznej łączą element, który właśnie utylitaryści uważają za niepożądany, a więc konstruktywistyczną wizję powszechnej zgody z szeroko pojmowanym postulatem użyteczności społecznej jako dopełniającymi się i związanymi ze sobą elementami uzasadnienia dla władzy prawodawczej. Koncepcje umowy społecznej są więc w istocie wypadkową sposobu myślenia w kategoriach właściwych dla empiryzmu i utylitaryzmu z jednej strony i sposobu myślenia w kategoriach kartezjanizmu i konstruktywizmu z drugiej. Nie zadowolają się one, jak Bentham i Mill, wizją nawyku posłuszeństwa jako fundamentu przestrzegania prawa, zakładając, że musi ono być efektem politycznego zobowiązania i porozumienia, czyli efektem powszechnej, domniemanej bądź nawet hipotetycznej zgody. Zgoda ta – mówiąc kolokwialnie – musi się ludziom opłacać, bo jest zgodą na ograniczenia ich wolności. Umowa społeczna, zakładająca tę zgodę, jest zawierana w oparciu o przesłanki utylitarne i myślenie ekonomiczne.

4.1. Filozoficzny anarchizm umowy społecznej jako konsekwencja odrzucenia dogmatyzmu

Mimo że koncepcja umowy społecznej pierwotnie wiąże się przeważnie z empirystycznym podejściem opartym na utylitaryzmie i hedonizmie, to cechuje ją – podobnie jak koncepcję Kartezjusza – analogiczne założenie metodologiczne: jej celem jest rewizja dotychczas przyjmowanych za pewnik i powszechnie uznawanych przekonań dotyczących społecznej organizacji. Autorzy rozmaitych koncepcji umowy społecznej nie przyjmują bowiem niczego jako pewne. Cała dotychczasowa tradycja scholastyczna, teologiczna i filozoficzna za przez nich rewidowana i ponownie sprawdzana, tak jak Kartezjusz, wątpiąc, rewidował dane płynące z doświadczenia. Dotychczas zasadniczo niekwestionowane założenia metafizyczne twórcy tych koncepcji traktują już nie jako uniwersalne prawa

natury, lecz jako poznawcze wyzwania wymagające weryfikacji. Punktem wyjścia dla tych koncepcji jest więc antydogmatyczny, metodologiczny anarchizm, zakładający poszukiwanie uzasadnienia instytucji w metodycznym wychodzeniu od stanu możliwie bezzakołoniowego, zwanego stanem natury, stanem przedpaństwowym czy – już współcześnie – „sytuacją pierwotną”. Co więcej, znacząca część dotychczasowych założeń nie przechodzi pozytywnie weryfikacji dokonywanej z perspektywy tak rozumianego filozoficznego anarchizmu. Władza, która dotychczas postrzegana była jako twór natury i transcendentny boski wzorzec, w procesie antymetafizycznej weryfikacji okazuje się pochodną ludzkiej woli. Wspólnota, która w dotychczasowej tradycji arystotelejskiej i tomistycznej jawiła się jako naturalna, okazuje się agregatem jednostek powiązanych słabszymi bądź silniejszymi więzami wzajemnych zależności. Prawo naturalne, które dotąd uzyskiwało swą legitymację poprzez partycypację w prawie boskim i wiecznym, okazuje się niczym więcej niż historycznym wytworem zdrowego rozsądku oraz kolektywnej woli trzymania się jego zasad. W końcu państwo, dotychczas także powszechnie postrzegane na wzór mrowiska, naturalnego habitatu człowieka, bez którego właściwie traci on swą cechę człowieczeństwa, zaczyna być postrzegane jako efekt kontraktu, umowy w swej istocie podobnej do zawieranych na miejskich rynkach i wiejskich targach. Pojęcia natury i naturalności są tym samym odzierane ze swego metafizycznego znaczenia przez przedstawicieli umowy społecznej i przestają być podniosłym synonimem Boskiego stworzenia. Stają się natomiast wzorcami zaczerpniętymi z obserwacji życia codziennego i codziennych praktyk społecznych, a sama naturalność tych wzorców zaczyna być postrzegana nominalistycznie, czyli jako synonim zgeneralizowanych cech charakterystycznych dla obserwowanego fenomenu. Stają się więc znaczeniowo synonimem czysto ludzkiej samo-oczywistości (w rozumieniu Hume’a), zgodności ze zdrowym rozsądkiem.

4.2. Władza prawodawcza – efekt ludzkiej kreacji

W ten sposób władza prawodawcza zaczyna być postrzegana jako efekt ludzkiej kreacji, opartej na ludzkiej, a nie Boskiej woli. Należy też dodać, że nie jest to już kreacja, której autorem byłby władca, jak to sobie wyobrażano w koncepcjach renesansowych, stanowiących niejako etap poprzedzający te wyobrażenia. Jest to kreacja zależna od woli wszystkich, a więc odwołująca się wyjściowo do założenia egalitarnego – czyli do świadomego wyboru, zgody i porozumienia wszystkich członków zbiorowości. Ten element, obecny w koncepcjach umowy społecznej najsilniej oddziałujących na kulturę polityczno-prawną XVII i XVIII wieku (Hobbes, Locke, Rousseau czy Kant), w sposób zasadniczy odróżnia wizję kontraktualistycznej kreacji władzy już nie tylko od starożytnego i średniowiecznego założenia sięgającego do naturalnej wspólnotowości, ale także od renesansowego

elitaryzmu, w myśl którego to wola politycznego geniusza kreującego instytucje polityczne na wzór dzieła sztuki jest źródłem jego powstania. Z punktu widzenia kształtowania się koncepcji legislacyjnego kreacjonizmu koncepcja umowy społecznej jest więc koncepcją o kluczowym znaczeniu. W wiekach XVII i XVIII stała się ona fundamentem dla sposobu myślenia, w którym prawo mogło być postrzegane – w analogii do państwa, rządu i władzy – jako efekt kreacji nie pojedynczego absolutnego władcy, ale zbiorowego legislatora, tj. całej zbiorowości.

4.3. Wolność Wikinga a wolność w granicach wolności innych: dwie koncepcje wolności

Jeśli wola ludzka zaczyna być postrzegana jako właściwy fundament dla prawodawstwa, to oczywistą kwestią, która się z tym założeniem wiąże, jest pytanie o to, czy ma to być po prostu wola arbitralna, pojmowana jako możliwość podjęcia dowolnego działania z dowolnych pobudek i w dowolny sposób, limitowana tylko naszymi możliwościami, zdolnościami i obiektywnymi prawami przyrody. Czy może jednak naszą wolność mamy pojmować w jakiś inny sposób, biorący pod uwagę nie tylko nas samych, ale też wolność i interesy innych ludzi? Kwestia najistotniejsza, biorąc pod uwagę, że nasza indywidualna wolność realizuje się w zbiorowości innych ludzi, to kwestia, czy przez taką możliwość mamy rozumieć również działanie, które godzi w dobra innych. Innymi słowy, czy oznacza ona również wolność Wikinga do umieszczenia noża w brzuchu angielskiego wieśniaka, mieszkającego w rabowanej właśnie przez tego pierwszego wiosce. Z punktu widzenia braku naturalnych ograniczeń, pełnej swobody operowania mieczem Wiking bez wątpienia realizuje jakąś formę swobodnego działania. Jego zdolność do wbicia miecza w brzuch wieśniaka jest ograniczona tylko jego siłą i zdolnością wieśniaka do obrony. Można poprzestać na takim naturalistycznym rozumieniu wolności. Wówczas zakładamy, że nasza wolność działania jest zasadniczo nieograniczona dopóty, dopóki nasze działanie nie napotyka na opór ze strony innych ludzi i wówczas to siła obu stron decyduje, kto swoją wolność zrealizuje w sposób pełny, a kto ją utraci. Wolność oznacza siłę, która w sytuacji konfliktu jest ograniczana siłą drugiej strony takiej relacji. Prawo jest po prostu prawem silniejszego. Takie ujęcie wolności ma ogromną tradycję, rozpoczynającą się od starożytnego Trazymacha, poprzez utylitarystów i szczególnie Hobbesa, a następnie Nietzschego i Stirnera, kończąc na współczesnych próbach naturalistycznego ugruntowania wolności przez takich myślicieli jak np. Matthew Kramer¹. Jeśli teraz pod wspomnianego Wikinga podstawimy władcę-suwerena,

¹ Kramer bazuje na wolności rozumianej „socjopolitycznie” i jako „fakt fizyczny”, odróżniając to swoje rozumienie wolności – dodajmy: negatywnej – od wolności pojmowanej jako „normatywny warunek”, co z grubsza odzwierciedla moją intencję zawartą w tym rozdziale – patrz M. Kramer, *The Quality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 4.

to mamy wzorzec w istocie odpowiadający władzy absolutnej. Taki suweren może wszystko, niezależnie od tego, czy jest suwerenem jednoosobowym, czy zbiorowym. Jego władza, której jednym z aspektów jest władza legislacyjna, jest nieograniczona. Całkowicie swobodnie stanowi on prawa, których treść może być w istocie dowolna. Tylko od niego zależy, czy będzie je stanowił sensownie, czy nie. Niezależnie od tego, czy jesteśmy zwolennikami idei władzy absolutnej, czy nie, w rozpatrywanym przez nas przypadku niewiele osób prawdopodobnie poparłoby wizję stanowienia prawa, w której stanowienie to jest całkowicie dowolne i niedeterminowane chociażby podstawowymi wymogami racjonalności.

By ten problem należycie zrozumieć, warto najpierw sięgnąć do długiej tradycji pochodzącej jeszcze z teologicznego ujęcia świętego Augustyna. Rozważa on bowiem kwestię fundamentalną z punktu widzenia wolności, którą – jako ojciec Kościoła – ubiera w teologiczne formuły. W dużym uproszczeniu: Augustyn mówi o woli arbitralnej jako o woli kierowanej wyłącznie cielesnymi pobudkami i klasyfikuje ją jako przeciwieństwo wolności, czyli jako zdeterminowanie, które niezgodne jest z naszą prawdziwą wolnością. Nasza prawdziwa wolność wedle Augustyna zakorzeniona jest w pierwiastku racjonalnym, a on zgodny jest zawsze z wolą Bożą. Prawdziwa wolność, którą ma kierować się nasza wola, przybliżając nas do zbawienia, to zatem dla Augustyna wolność działania zgodnego z Boskimi zaleceniami. Wolność wynikająca z woli arbitralnej jest zaś dla niego jedynie wolnością formalną, pozorem wolności, w istocie niewolą, gdyż nie jest ona zakorzeniona w sferze rozumu, który łączy człowieka z Bogiem i sferą boskiego zbawienia. Jeśli wrócimy do wyżej wskazanego pytania Nozicka, to – z punktu widzenia naszej intuicji wolności – na pierwszy rzut oka kontrfaktyczne twierdzenie przestaje być jednak tak kontrowersyjne. Nawet nasza intuicja podpowiada nam, że pewne działania są raczej nadużyciem wolności niż korzystaniem z niej. Gdzie zaś poszukiwać odpowiedzi na pytanie o źródła tej intuicji, jak nie w sferze rozumowych racji?

W pewnym sensie kontynuatorem takiego postrzegania woli arbitralnej jest Kant, który pojęcie *Willkür*, czyli woli arbitralnej, zestawiał z pojęciem *Freiheit*, czyli wolności jako fundamentu moralności i praw. *Willkür* – podobnie jak w koncepcji św. Augustyna, jednak już bez fundamentu teologicznego – staje się synonimem arbitralnej woli, która może (choć nie musi) być kierowana także pobudkami zmysłowymi, nierozumnymi. Nie jest więc ona dyrektywą postępowania zgodnego ze zwierzęcym instynktem, ale figurą fundamentalnego wyboru: postępowania wedle powszechnie rozumnych zasad albo wedle własnego, zmysłowo zdeterminowanego „widzimisię”. Natomiast wolność rozumiana jako *Freiheit* jest już wolnością postępowania zgodnego z moralną zasadą – czyli kategorycznym imperatywem². Człowiek dysponuje tak jedną, jak i drugą, ponieważ

² Ilustrację tego warto podać w oryginale: „Die Freiheit im praktischen Verstande ist die Unabhängigkeit der Willkür von der Nötigung durch Antriebe der Sinnlichkeit. Denn eine Willkür

jest zarówno istotą zmysłową, jak i intelligibilną. W sferze zmysłowej nie jest ograniczany niczym poza prawami natury. Jednocześnie jednak, kierując się wyłącznie pobudkami zmysłowymi, nie jest „prawdziwie” wolny, bo jego działanie ma charakter bezrozumnego (w sensie powszechnej rozumności) poddawania się zachciankom lub realizacji celów wobec niego zewnętrznych, dyktowanych np. instynktami. Nie jest on wówczas autonomiczny w swoim postępowaniu, bo autonomia, jak już wyżej wskazałem, polega na działaniu zgodnym z własnymi prawami, czyli po prostu na działaniu zgodnym z kategorycznym imperatywem moralnym. W zbiorowości natomiast człowiek dysponuje nieco odmiennym rodzajem wolności, rozumianej jako *Freiheit*, czyli wolnością, która musi być możliwa do pogodzenia z wolnością innych ludzi. Oznacza to, że także w tej sferze jego wolność nie jest wolą „arbitralną”, bo powinien ją godzić z wolnością innych ludzi. Takie zaś ujęcie wolności człowieka jako wolności ograniczanej wolnością innych ludzi jest nie tylko istotą całego bardzo szerokiego nurtu liberalizmu, ale wydaje się też spoczywać u podstaw naszych intuicji (być może zdeterminowanych liberalną ideologią?), dotyczących korzystania z wolności w ludzkiej zbiorowości. Na podstawie takiego ujęcia wolności domagamy się jako jego członkowie poszanowania naszych praw i interesów, ochrony mniejszości przed tyranią większości oraz protestujemy przeciwko niepraworządności. W ten sposób jednocześnie sami godzimy się na podporządkowanie tym ograniczeniom, uznając, że wolność w zbiorowości nie powinna być rodzajem „wolności Wikinga”. Tak ujmowana wolność jest dla nas paradygmatem wolności rozumnej w sensie zawartym w intuicji konstruktywistów i jako taka zasługuje na powszechną ochronę, wyznacza bowiem rudymენტarną granicę korzystania z wolności, jaką jest wolność drugiego człowieka. Zakłada ona zawsze, mówiąc językiem Fichtego, „Nie-Ja” pojmowane jako przeciwstawienie i jednocześnie dopełnienie „Ja”.

4.4. Rozróżnienie racjonalności i rozumności jako fundament dwóch rodzajów wolności i dwóch koncepcji osoby

Z tego ujęcia wolności jasno wynika, że wola jako fundament dla instytucji społecznych nie może być po prostu wolą arbitralną. Wola arbitralna, gdy chodzi o tę sferę, jest – w myśl długiej tradycji wywodzącej się jeszcze ze starożytności

ist sinnlich, sofern sie pathologisch (durch Bewegursachen der Sinnlichkeit) affiziert ist; sie heißt tierisch (arbitrium brutum), wenn sie pathologisch necessitiert werden kann. Die menschliche Willkür ist zwar ein arbitrium sensitivum, aber nicht brutum, sondern liberum, weil Sinnlichkeit ihre Handlung nicht notwendig macht, sondern dem Menschen ein Vermögen beiwohnt, sich, unabhängig von der Nötigung durch sinnliche Antriebe, von selbst zu bestimmen” – I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 2-te Auflage, [w:] *Immanuel Kant Gesammelte Schriften*, A. De Gruyter, Berlin 1968, s. 363 i nast. Na ten temat patrz np. G. Geismann, *Kant über die Freiheit in spekulativer und in praktischer Hinsicht*, „Kant-Studien” 2007, vol. 98, s. 283.

– wolą tyrana. To wola, która w swoim radykalnym wydaniu cechuje koszmarnie i irracjonalne poczynania Heliogabala czy Nerona i (prawdopodobnie) nie taka wola ma być podstawą instytucji społecznych, w ramach których chcielibyśmy żyć. Wolność woli w rozumieniu wolności moralnej czy też po kantowsku pojmowanej *Freiheit* jest więc rozwiązaniem postnominalistycznego dylematu woli i rozumu jako fundamentów dla prawa. Dylemat ten jest wpisana w kulturę zachodnią od późnego średniowiecza pochodną wobec leżącego u podstaw nominalizmu założenia o supraracjonalności Boskich decyzji, o czym pisałem już w drugim rozdziale tej pracy.

Na gruncie dwóch omówionych w poprzednich rozdziałach stanowisk dotyczących poznania, a szczególnie na gruncie stanowiących ich konsekwencje konstruktywizmu i utylitaryzmu, stwierdzić należy, że spośród czynników w jakiś sposób determinujących tę „instytucjotwórczą” wolę dwa mają znaczenie kluczowe. Są nimi racjonalność teoretyczna i praktyczna rozumność. Mówiąc nieco jaśniej, z tych wzorców wypływa wniosek, że czynnikiem determinującym wolę, pojmowaną jako podstawa instytucji społecznych, są racjonalność i rozumność. W najbardziej klarowny sposób odróżnia te dwa czynniki Rawls, odwołując się w tym zakresie zresztą do Kanta i jednocześnie odróżniając swoją koncepcję od jego koncepcji w *Liberalizmie politycznym*.

Najprościej rzecz ujmując, wedle Rawlsa (i Kanta) rozumność wiąże się ze sferą celów i wartości, podczas gdy racjonalność ma charakter niejako techniczny, związany ze sferą środków służących osiągnięciu tych celów. Jak pisze Rawls w *Liberalizmie politycznym*:

[...] rozróżnienie między racjonalnością i rozumnością, jak sądzę, sięga Kanta, wyraża się w jego rozróżnieniu między imperatywem kategorycznym i hipotetycznym w *Uzasadnieniu metafizyki moralności* i w innych pismach. Ten pierwszy jest wyrazem czystego rozumu praktycznego, ten drugi zaś empirycznego rozumu praktycznego. Do celów politycznej koncepcji sprawiedliwości nadają rozumności sens bardziej ograniczony i wiążę ją, po pierwsze z wolą proponowania i honorowania sprawiedliwych warunków kooperacji i po drugie, z wolą uznawania ciężarów sądu i akceptowania ich konsekwencji³.

Pomijając w tym miejscu Rawlowskie głębsze znaczenie pojęcia rozumności oraz wyróżnienie rozumności publicznej i niepublicznej, można więc najprościej stwierdzić, że z punktu widzenia racjonalności cele są obojętne, a liczą się tylko skuteczne środki ich osiągnięcia. Natomiast w interesującym nas aspekcie moralnym rozumność wiąże cele z powszechnie akceptowanymi wartościami i uznaje, że nie wszystkie cele przez nas realizowane – nawet te racjonalne – są powszechnie, publicznie bądź społecznie rozumne. Mogą się zdarzyć i w istocie często zdarzają się takie, które są nierozumne, gdyż są

³ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 89–90 w przypisach.

czysto egoistyczne, realizujące tylko prywatny, partykularny interes⁴. Związek rozumności z wartościami oznacza zatem zasadniczo albo jej związek z moralnością, jak w imperatywie kategoriycznym Kanta, albo związek z podstawową sprawiedliwością i agregatywnie pojmowanym dobrem ogółu, jak u Rawlsa. Rozumność jest cechą szerokiego ujęcia osoby i zakłada, że osoba ta jest zarówno racjonalna, jak i rozumna, że kieruje się ona zarówno własną korzyścią i teleologicznie pojmowanym dążeniem do dobra, jak i akceptuje w swoim postępowaniu pewne powszechnie uznane cele całego społeczeństwa.

W interesującym nas kontekście rawlsowsko-kantowskie odróżnienie racjonalności od rozumności ma natomiast to znaczenie, że pozwala wyodrębnić dwie grupy koncepcji odwołujących się do wzorca umowy społecznej i jednocześnie dwa fundamentalne sposoby myślenia o woli jako źródle społecznych instytucji i urzędów, a więc również źródle prawodawstwa. Są to, po pierwsze, koncepcje bazujące jedynie na tym, co Rawls określa mianem racjonalności, charakteryzującej zasadniczo wizje opierające się na założeniu naturalizmu etycznego i prawnego – koncepcje kontraktariańskie – i, po drugie, koncepcje kontraktualistyczne,

⁴ Należy pamiętać, że Rawls podkreśla też niezwykle istotny, kognitywny aspekt rozumności. Oznacza on uznanie i zaakceptowanie tzw. ciężarów sądu oraz płynących z nich konsekwencji. Ciężary sądu oznaczają poznawcze przeszkody, na które napotykamy nawet wówczas, gdy pragniemy formułować nasze sądy w dobrej wierze, tj. w sposób bezstronny i niezdeterminowany własnym interesem czy egoizmem oraz z intencją osiągnięcia porozumienia (jak pisze Rawls, chodzi o sądy formułowane przez „osoby sumienne, w pełni władz rozumu, po swobodnej dyskusji”). Rawls wychodzi tu od fundamentalnego pytania o to, jak może dochodzić do „rozumnej niezgody” pomiędzy rozumnymi osobami, które w sposób wyżej opisany formułują swe sądy o świecie. Chodzi oczywiście o sądy formułowane w sferze moralnej, społecznej i politycznej, a nie o sądy formułowane przez nauki ścisłe, które rządzą się własną specyfiką w tym zakresie. Dla Rawlsa źródłem tych ciężarów są m.in. trudności w oszacowaniu empirycznych i naukowych dowodów, stanowiących podstawę sądu (te bowiem często bywają ze sobą np. sprzeczne), brak zgody co do wagi tych dowodów, nieostrość pojęć i ich wieloznaczność, co prowadzi do wzajemnego niezrozumienia; różnice w ludzkim doświadczeniu, które często po prostu jest „nieprzekładalne” na doświadczenie innego człowieka, odmienności perspektyw patrzenia na różne sprawy oraz trudności w ustalaniu priorytetów w sferze wartości (*ibidem*, s. 99–101). Uznanie tych ciężarów i zaakceptowanie ich konsekwencji oznacza dla Rawlsa przede wszystkim konieczność przyznania pierwszorzędного znaczenia demokratycznej idei tolerancji wynikającej z rozumnego pluralizmu. Rawls pokazuje tutaj zatem, że, oprócz istotnego sensu epistemicznego, kognitywny wymiar rozumności ma fundamentalny sens moralny. Rawls uzasadnia nim bowiem rozumny pluralizm i demokratyczny wymóg tolerancji. Choć brak tu miejsca na rozwijanie tego niezwykle interesującego wątku, w kontekście problematyki objętej tym artykułem warto wspomnieć, że podobne spostrzeżenia leżą m.in. u podstaw epistemicznej teorii prawa, nawiązującej do założenia błędów poznawczych (ang. *cognitive biases*) i epistemicznej niedoskonałości naszych sądów, uprawianej przez takich autorów, jak chociażby Cass Sunstein czy Adrian Vermeule. Por. np. C. Sunstein, *Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge*, Oxford University Press, Oxford 2006; A. Vermeule, *Law and the Limits of Reason*, Oxford University Press, Oxford 2009. Na ten temat por. też K. Schweers Cook, M. Levi (red.), *The Limits of Rationality*, University of Chicago Press, Chicago–London 2009.

czyli (znowu sięgając do Rawlsa) takie, w których jako fundament zakłada się zarówno teoretyczną racjonalność, jak i praktyczną rozumność⁵.

To rozróżnienie Rawlsa jest o tyle trafne, że pokrywa się z dwoma sposobami myślenia o czynnikach determinujących wolę pojmowaną jako źródło instytucji społecznych, reprezentowanymi przez konstruktywizm i utylitaryzm. W konstruktywizmie mamy bowiem do czynienia z założeniem, że wolę tę determinuje racjonalność sprzężona z rozumnością, a więc z oparciem idei społecznego kontraktu na szerokiej (choć politycznej, a nie metafizycznej) koncepcji osoby, która wyposażona jest w dwie władze – władzę teoretycznego poznania i władzę praktycznej rozumności. W utylitaryzmie mamy natomiast do czynienia z fundamentalnie naturalistycznym założeniem, że jedyną władzą, jaką mamy brać pod uwagę, jest władza maksymalizowania społecznej użyteczności, która jest po prostu zagregowaną użytecznością indywidualną i opiera się ostatecznie na ekonomicznej, teoretycznej racjonalności. Inicjatorem tego pierwszego stanowiska jest Locke ze swą koncepcją naturalnych uprawnień, „pomysłodawcą” tej drugiej jest natomiast Hobbes. Z uwagi na chronologiczne pierwszeństwo oraz intencję głębokiego osadzenia tych stanowisk nie tylko w porządku argumentacji czysto filozoficznej, ale też w porządku historycznym, najpierw omówię koncepcję Hobbesa i kontraktarianizm, a następnie kontraktualistyczną wizję Locke’a. Obie one, moim zdaniem, fundują dwie głębokie struktury intelektualne, na których opiera się współczesny kreacjonizm legislacyjny, tworząc ważne elementy jego aksjologicznego spektrum.

4.5. Kontraktarianizm a kontraktualizm: dwie wizje społecznego kontraktu

Kontraktarianizm stara się pokazać, jak w realnym świecie jednostek pozbawionych głębszego poczucia wspólnotowości, opierających swe plany, cele i sposoby działania jedynie na rudymen tarnej racjonalności ekonomicznej, da się jednak zachować pewien moralny, polityczny i prawny ład. Kontraktarianizm poszukuje zatem sposobów utrzymania względnie stabilnej kooperacji pomiędzy tylko racjonalnymi podmiotami, a więc w warunkach zakładających minimalizm w zakresie koncepcji osoby. Poszukuje zatem odpowiedzi na pytanie o to, jak, w warunkach pesymistycznego, ale jednocześnie realistycznego, antropologicznego założenia Hobbesa, powołać do życia, utrzymać i ochronić porządek społeczny i prawny, będący efektem społecznego porozumienia. Formułuje on więc przetargowy i oparty wyłącznie na konkurencji model polityki i legislacji. Umowa społeczna jest tutaj modelem, w którym zakontraktowanie zgody osiągniętej w wyniku zastosowania jedynie prostej, ekonomicznej racjonalności ma trwale zabezpieczać ekonomiczny rachunek strat i zysków.

⁵ J. Narveson, *The Libertarian Idea*, Temple University Press, Philadelphia 1988, s. 148.

Kontraktualizm natomiast przyjmuje nieco inną strategię i zakłada szerszą koncepcję osoby, obejmującą naturalną zdolność do rozpatrywania celów wykraczających poza własną korzyść jednostki oraz związaną z tym naturalną skłonność człowieka do pewnego rodzaju kooperacji. Wywodzi ją zatem z nieco odmiennych i nieco bardziej optymistycznych założeń antropologicznych, ale założenia te są rezultatem konstatacji, że bez pewnych pierwotnie przyjętych założeń i norm, które uosabia w kontraktualizmie fundamentalna zasada dotrzymywania umów, żaden społeczny kontrakt nie da się obronić. Używając prostej analogii zaczerpniętej z teorii gier, dla kontraktualistów sama iteracja gry w warunkach deficytu informacyjnego i zagrożenia pogorszeniem się naszej sytuacji w przyszłości nie wystarczy do tego, by uzasadnić założenie, że umowa zostanie dotrzymana, a ustanowione w jej wyniku reguły czy normy będą przestrzegane. Dla nich ten czynnik musi wiązać się już z uwarunkowaniami „antropologicznymi”. Człowiek, choćby w minimalnym stopniu, musi być istotą zdolną do kooperacji, istotą społeczną, tj. związaną prawami. Nie musi to zresztą być założenie umieszczone w porządku ontycznym, czyli etyczno-naturalistycznym, wystarczy założenie o charakterze transcendentalnym, czyli uwzględniające od-podmiotowość poznania i całej filozofii praktycznej. Założenie kontraktariańskie jest więc dla kontraktualistów nierealistyczne w tym sensie, że jeśli człowiek jest wyłącznie istotą kierującą się korzyścią własną, to społeczny kontrakt niewiele tu zmienia, skazuje nas bowiem ostatecznie na hobbesjański scenariusz podporządkowania się absolutnej władzy i rolę poddanych władcy niezależnie od tego, czy jest to władca jednoosobowy, czy demokratycznie wybrany parlament. Kontraktualizm zakłada zatem konsensualny model polityki i tym samym także konsensualny model legislacji. Społeczna zgoda nie jest tutaj wyłącznie efektem racjonalnej kalkulacji strat i zysków, ale także apriorycznych, rozumnych zasad, związanych z prospołecznymi skłonnościami człowieka.

4.6. Kontrakt bazujący na wąskiej koncepcji osoby i utylitaryzmie w sensie szerokim – Hobbes, Gauthier

Koncepcja Hobbesa i nawiązujące do niej koncepcje kontraktariańskie wychodzą więc od racjonalności teoretycznej. W tych koncepcjach – przypomnijmy – teoria stanowi nie tylko intelektualny grunt dla praktyki społecznej, ale to z niej wyprowadzana jest filozofia praktyczna, obejmująca moralność i prawo. Są to więc koncepcje oparte na fundamencie naturalistycznym (w sensie naturalizmu etycznego). W najbardziej ogólnym ujęciu etyczny i prawny naturalizm wyraża się w poszukiwaniu w sferze teoretycznie pojmowanej racjonalności fundamentów dla społecznej kooperacji, której, w koncepcjach opartych na wizji społecznego kontraktu, formułą inicjującą jest umowa społeczna. Społeczna kooperacja i jej reguły są więc tutaj efektem naturalnego dążenia człowieka do

samozachowania oraz do maksymalizacji korzyści i szczęścia. Rola koncepcji Hobbesa w tym nurcie teorii umowy społecznej polega przede wszystkim na stworzeniu generalnego wzorca kontraktarianizmu. Patrząc z perspektywy historycznej, Hobbes uzasadnia bowiem kontraktem absolutną władzę, co jest nie do przyjęcia na gruncie koncepcji uwzględniających realia współczesnych demokratycznych społeczeństw zachodnich. Mimo świadomości istnienia rozumnych reguł, które są pierwotne wobec porozumienia będącego efektem społecznego kontraktu, Hobbes postrzega je jako jednoznacznie nieobowiązujące. Nie jest więc tak, że Hobbes całkowicie zrywa z tradycją prawną-naturalną, w jakiej kształtuje się jego koncepcja. Podobnie jednak, jak późniejsi pozytywiści prawniczy, tacy jak np. Gauthier – sięgają jeszcze głębiej w sferę normatywną i konstruuja wizję kontraktowej moralności. W tych współczesnych koncepcjach teoretycznie pojmowana racjonalność ostatecznie przekształca się w racjonalność ekonomiczną, opartą na rozmaiście pojmowanej maksymalizacji korzyści.

4.6.1. Antropologiczny pesymizm i idea moralnej próżni – Hobbes

Element utylitaryzmu u Hobbesa jest obecny *explicite*. Z indywidualistycznie pojmowanej ludzkiej zbiorowości wywodzi on społecznie użyteczną regułę bezwzględego podporządkowania poddanych suwerenowi, który tylko pod warunkiem takiego bezwzględnego podporządkowania gwarantować może ogólne dobro, którym jest bezpieczeństwo. W inspirowanych Hobbesem koncepcjach kontraktariańskich natomiast maksymalizowanie szczęścia, pojmowanego jako korzyść indywidualna, również zmierza do wytworzenia pewnej formuły dobra ogółu, ale element indywidualnej korzyści zawsze pozostaje głównym punktem odniesienia. Element powszechnej zgody na zasady i prawa rządzące ludzką społecznością jest tu więc zasadniczo przeniesiony z poziomu koncepcji osoby na poziom społecznej kooperacji, dyktowanej korzyścią. Innymi słowy, zgoda, która w konstruktywizmie jest związana z rozsądną procedurą obiektywizującą i upodmiotawiającą, w kontraktarianizmie jest wyłączną pochodną zagregowanej korzyści, płynącej z kooperacji opartej na jakiejś formule teorii gier. Wystarczy jej, jak już wskazałem, wąska koncepcja osoby jako maksymalizatora korzyści własnej.

Hobbes swoje rozważania społeczno-polityczne rozpoczyna od określenia pierwotnej kondycji ludzkiej. Podobnie jak przed nim św. Augustyn z Hippony czy Niccolo Machiavelli uważa on, że człowiek jest istotą z natury złą i zorientowaną na walkę. Nie odwołuje się przy tym jednak, jak Augustyn, do teologicznej

koncepcji grzechu biblijnego Adama, lecz wzorem Machiavellego – do teoretycznej, niewartościującej psychologii. Według niego „pragnienia człowieka i inne jego uczucia same przez się nie są grzechem”, nie są więc również grzechem „działania, jakie wypływają z tych uczuć”⁶. Człowiek ma jednak przyrodzoną skłonność do rywalizacji i zagarniania możliwie znacznej ilości dóbr, „posługuje się gwałtem, ażeby uczynić się panem mężczyzn, kobiet, dzieci i trzody”⁷. Następnie musi tej własności bronić i w tym celu też używa przemocy; w końcu jest też próżny i żądny sławy, co także skłania go do walki. Te głębokie antropologiczne założenia determinują Hobbesowską wizję stanu natury, który jest przez niego przedstawiany w postaci sławnej formuły wojny wszystkich ze wszystkimi. Jak powiada Hobbes:

Jest więc oczywiste, że gdy ludzie żyją, nie mając nad sobą mocy, która by ich wszystkich trzymała w strachu, to znajdują się w stanie, który zwie się wojną; i to w stanie takiej wojny, jak gdyby każdy był w wojnie z każdym⁸.

Istotą stanu wojny jest stałe zagrożenie walką, które czyni każdego człowieka niepewnym jutra. Jeśli wojna polega na ogół na zmaganiach co najmniej dwóch państw, to stan natury wyobraża sobie Hobbes jako wojnę totalną w tym sensie, że każdy walczy przeciwko każdemu. Stan natury dla Hobbesa to zatem stan, w którym nie istnieją społeczne instytucje, w szczególności nie istnieje żadna siła, która zdolna byłaby powstrzymać ludzi od wzajemnego krzywdzenia się.

Pesymistyczna wizja natury ludzkiej i stanu natury pojmowanego jako stan wojny determinuje Hobbesowską wizję ludzkiej wolności. Postrzega ją Hobbes jako niczym nieograniczoną wolność jednostki, wyżej już wspomnianą „wolność Wikinga”, czyli:

[...] wolność, jaką ma każdy człowiek, używania swej własnej mocy wedle swej własnej woli dla zachowania własnej istoty, to znaczy: swego własnego życia: i co za tym idzie, wolność czynienia wszystkiego, co w swoim własnym sądzie i rozumieniu będzie on uważał za najstosowniejszy środek do tego zachowania⁹.

Istotą tej wolności jest zatem używanie wszystkich dostępnych środków w celu własnej ochrony i w celu zawłaszczania dóbr potrzebnych do przetrwania. Tak pojmowana niczym nieograniczona wolność jednego człowieka musi kolidować z wolnością innego. Nie ma tu mowy o respektowaniu praw innych, nienaruszaniu ich wolności i własności, liczeniu się z tym, co istotne dla drugiego człowieka, czy o charakterystycznym dla liberalizmu realizowaniu

⁶ T. Hobbes, *Lewiatan*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1954, s. 236.

⁷ *Ibidem*, s. 235.

⁸ *Ibidem*, s. 236.

⁹ *Ibidem*, s. 113.

wolności w granicach wolności innych ludzi. Jest to zatem wolność nieograniczana niczym poza własną siłą i własnymi możliwościami, wolność nieposzanowania praw innych, „wolność do umieszczenia noża w czyimś brzuchu”. Wobec tego prawem naturalnym jest po prostu „prawo silniejszego”, wyraz siły i instynktu samozachowawczego, który dzięki ludzkiej rozumności może być co najwyżej ujęty w abstrakcyjną regułę.

Prawem natury (*lex naturalis*) jest przepis lub reguła ogólna, którą znajduje rozum i która człowiekowi zabrania czynić to, co jest niszczące dla jego życia lub to, co odbiera mu środki zachowania życia; i która nakazuje mu dbać o to, co w jego rozumieniu najlepiej może jego życie zachować [...] ¹⁰

Oczywiście rozum pozwala jednostce na zgeneralizowanie tych reguł, pochodnych w stosunku do instynktu samozachowawczego, i odniesienie ich do wszystkich, a nie tylko do siebie. Jednak zupełnie inną kwestią jest już ich przestrzeganie. Instynkt samozachowawczy uniemożliwia nam niewymuszone zewnętrznie przestrzeganie tych reguł w sytuacjach, w których są one dla nas niekorzystne lub ich przestrzeganie jest niezgodne z tym instynktem. Ponieważ instynkt ten nakazuje zawsze chronić samego siebie i sobie przysparzać dóbr, to w stanie natury wyklucza on np. poddanie się karze czy ograniczenie zawłaszczania dóbr należących do kogoś innego albo dotrzymywanie danych innym przyrzeczeń. Tak więc choć rozumny człowiek doskonale wie, czego nie powinien czynić, to w sytuacji, w której, przestrzegając limitującej reguły postępowania, może narazić się na krzywdę, stratę lub utracić spodziewaną korzyść, ten sam instynkt, który inspiruje go do stworzenia ogólnej reguły pokojowej koegzystencji, nakazuje mu bezwzględnie tę regułę złamać. Stan natury, w którym nie istnieje żadna siła limitująca człowieka, sprawia, że prawa naturalne pozostają jedynie potencjalne i niezaktualizowane, tzn. są tylko rozumnym przedstawieniem praw, bez żadnego pokrycia w społecznej praktyce: „Gdzie nie ma nad ludźmi jednej wspólnej mocy, tam nie ma prawa; a gdzie nie ma prawa, tam nie ma i sprawiedliwości”¹¹, powiada więc Hobbes. Sprawiedliwość oraz prawa są dopiero pochodną ludzkiego życia zbiorowego, powstają być może wcześniej w ludzkich umysłach, ale jako prawa możemy je traktować dopiero wtedy, gdy zaczną być chronione władzą i siłą państwa. Kooperacja i przestrzeganie zasad nie są dla człowieka czymś naturalnym. Przeciwnie szerokiej koncepcji osoby świadczy najlepiej to, że „[s]prawiedliwość i niesprawiedliwość nie są w ogóle władzami ani ciała, ani umysłu” – przekonuje autor *Lewiatana* – „Gdyby nimi były, to mogłyby być w człowieku, podobnie jak mogą być w nim wtedy zmysły i uczucia. Są to cechy, które przysługują ludziom w społeczeństwie, nie zaś w samotności”¹². Innymi słowy, drapieżny i egoistyczny człowiek nie ma żadnych

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, s. 237.

¹² *Ibidem*.

naturalnych skłonności do tego, żeby przestrzegać zasad sprawiedliwości czy naturalnych praw. Potrzeba jakiejś zewnętrznej siły, która człowieka do tego przymusi. Jak pisze Hobbes: „Ugody bez miecza są tylko słowami i nie mają mocy, by dać człowiekowi bezpieczeństwo”¹³.

Dlatego życie w tym stanie bezprawia jest dla człowieka koszmarem. Wojna nie pozostawia miejsca na aktywność, która zapewniałaby społeczny i indywidualny rozwój. Pozostaje tylko troska o przetrwanie. Wedle Hobbesa:

W takim stanie nie masz miejsca na pracowitość, albowiem niepewny jest owoc pracy; i co za tym idzie, nie masz miejsca na obrabianie ziemi ani na żeglowanie, nie ma bowiem żadnego pożytku z dóbr, które mogą być przywiezione morzem; nie ma wygodnego budownictwa; nie ma narzędzi do poruszania i przesuwania rzeczy, co wymaga wiele siły; nie ma wiedzy o powierzchni ziemi ani obliczania czasu, ani sztuki, ani umiejętności, ani sztuki słowa, ani społeczności. A co najgorsze, jest bezustanny strach i niebezpieczeństwo gwałtownej śmierci. I życie człowieka jest samotne, biedne, bez słońca, zwierzęce i krótkie¹⁴.

W stanie tym człowiek żyje niczym drapieżne zwierzę, które samo atakuje i zarazem wciąż obawia się ataku ze strony innych podobnych mu drapieżników. Człowiek w stanie natury nie tylko nie może się rozwijać, ale też z pewnością nie jest szczęśliwy. Tymczasem Hobbes, podobnie jak większość autorów wywodzących się z kręgu filozofii anglosaskiej, uważa przecież, że szczęście jest tak samo naturalnym celem człowieka, jak naturalny jest jego instynkt samozachowawczy.

Ten właśnie instynkt, sprzęgnięty z rozumem i pragnieniem szczęścia oraz naturalnym lękiem przed śmiercią, umożliwia człowiekowi wydobyć się ze stanu natury. Ta sama natura, która obdarzyła człowieka instynktem drapieżnika, dała mu też instrument służący do przezwyciężenia tego instynktu, a tym samym umożliwiła wydobyć się „z tego położenia; ta możność tkwi w części w jego uczuciach, w części zaś w jego rozumie”¹⁵. Przemożny lęk przed śmiercią zmusza człowieka do poszukiwania warunków, w jakich wszyscy przestrzegaliby rozumnych i racjonalnych reguł, zarzucili ciągłą walkę i zaczęli żyć w pokoju. Warunkiem pokojowej koegzystencji jest, zdaniem Hobbesa, wymuszenie powszechnej rezygnacji z naturalnej wolności człowieka do zawłaszczania wszystkiego, co pozostaje w zasięgu jego możliwości. Warunkiem tym jest więc ustanowienie nad człowiekiem jakiegoś zewnętrznego suwerena, który stanowiłby prawa i za pomocą miecza wymuszał ich przestrzeganie. Innymi słowy, ekonomiczna racjonalność skłania człowieka do porozumienia z innymi. Umowa społeczna prowadzi w koncepcji Hobbesa do powstania państwa porównywanego przez niego do biblijnego potwora Lewiatana, który musi dopiero pochłoniąć naturalną wolność

¹³ *Ibidem*, s. 148.

¹⁴ *Ibidem*, s. 236.

¹⁵ *Ibidem*, s. 237.

swoich obywateli, by zagwarantować im bezpieczeństwo. Państwo przejmuje od wszystkich „sygnatariuszy” społecznej umowy uprawnienia do władania ich osobami. Na mocy umowy każdy bezwzględnie podporządkowuje się woli suwerena, który staje się „realną jednością wszystkich w jednej i tej samej osobie, powstałą na mocy ugody każdego człowieka z każdym innym [...]”¹⁶. Konsekwencją tego ostatniego założenia jest uzyskanie nad poddanymi absolutnej i niczym nieograniczonej władzy¹⁷. Władza ta nie jest ograniczona naturalnymi uprawnieniami jednostek, nie jest bowiem efektem umowy, lecz przekazania władzy suwerenowi. W państwie wedle Hobbesa – podobnie jak w koncepcji Bodina – to jedynie suweren stanowić ma prawa. Władza ta musi być nie tylko silna, ale i absolutna, bo jeśli nią nie jest, to – w określonych przez Hobbesa warunkach antropologicznych – zawsze znajdzie się ktoś zdolny do jej kwestionowania. Na tym zaś tracą wszyscy. Suweren stanowi więc prawa, które gwarantują przestrzeganie fundamentalnych norm, zapewniających poszanowanie dla własności, karanie przestępców i bezpieczeństwo podróżujących kupców.

4.6.2. Ograniczona maksymalizacja i problemy z naturalistycznym uzasadnieniem moralności – Gauthier

Tropem Hobbesa idzie David Gauthier, który wobec tego z ekonomicznej racjonalności stara się wywodzić samą moralność. Gauthier nie rozpatruje umowy społecznej ani w kategoriach historycznego faktu, ani też w kategoriach hipotetycznego porozumienia. Jest ona dla niego częścią „ideologii” charakterystycznej dla zachodniego kręgu kulturowego. Myślenie w kategoriach umowy społecznej stanowi jego zdaniem składnik głębokiej, osobowościowej struktury współczesnego człowieka Zachodu, a więc struktury leżącej u podstaw myślenia człowieka Zachodu o samym sobie, społeczeństwie, państwie, moralności i prawie. Podstawowym problemem, z jakim boryka się on w swojej koncepcji, jest dowiedzenie – wyłącznie na podstawie instrumentarium teoretycznego – że *homo oeconomicus*, do którego się odwołuje, zdolny jest do niewymuszanej kooperacji z innymi *hominibus oeconomicis*. Ponieważ zdolność do kooperacji stanowi podstawowe założenie antropologiczne spójnej teorii umowy społecznej, to pytanie Gauthiera staje się fundamentalnym pytaniem o warunki możliwości wiążącego społecznego porozumienia opartego na ekonomicznej racjonalności. Polemizując z Rawlsem i tradycją kontraktualistyczną wywodzoną od Locke’a, patronem własnej wizji umowy społecznej czyni jednego z głównych krytyków kontraktualizmu – Davida Hume’a. Uważa bowiem, że zarówno Hume’owska teoria własności, jak i jego

¹⁶ *Ibidem*, s. 152.

¹⁷ Kwestię władzy i stanu natury w ciekawy sposób przedstawia Tomasz Tulejski – patrz T. Tulejski, *Behemot przeciwko lewiatanowi – Thomas Hobbes o naturze rebelii*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2019, nr 1(64), s. 27–28.

teoria rządu oraz posłuszeństwa (ang. *obedience*) wobec władzy mają zdecydowanie kontraktualny charakter¹⁸.

Punktem wyjścia dla koncepcji umowy społecznej czyni więc Gauthier rozważania Hume'a na temat relacji między konwencją (ang. *convention*) a umową (ang. *covenant*). Powołuje on *passus* Hume'a o dwóch wioślarzach¹⁹, by wykazać, że oparta na takiej wizji koncepcja Hume'a zawiera istotny element o charakterze głęboko kontraktowym. Jest nim zdaniem Gauthiera nacisk na wzajemną, a co ważniejsze – indywidualną – korzyść i współpracę wymuszaną przez dążenie do tej korzyści. Teza ta stanowi dla niego podstawę rozróżnienia dwóch rodzajów konwencji i jednocześnie dwóch intelektualnych tradycji konwencjonalistycznych: kontraktualnej i utylitarystycznej. Gauthier pokazuje różnicę między utylitaryzmem a kontraktarianizmem w postrzeganiu charakteru społecznej konwencji. Zdaniem Gauthiera społeczno-polityczny projekt utylitaryzmu odwołuje się przede wszystkim do wizji konwencji nieuświadomionych i tzw. stabilnych²⁰. W koncepcjach utylitarystów przestrzeganie konwencji jest instynktowne, nawykowe. Świadome kierowanie wolą jest w tym procesie ograniczone²¹. Upraszczając, powiedzieć można, że według utylitarysty człowiek jest przyrodniczo zdeterminowany: instynktownie wyczuwa, co sprawi mu przyjemność i do tego zmierza. Unika natomiast wszelkich przykrych doznań. Konwencja stanowi po prostu zinternalizowany i wpojony w procesie społecznym nawyk, który dzięki swemu nieuświadomionemu charakterowi ostatecznie może służyć społeczeństwu i być podstawą posłuszeństwa władzy. Inaczej jest z konwencją, która jest też jednocześnie pewnym układem, umową (w znaczeniu *covenant*), a więc konwencją charakterystyczną dla kontraktualizmu. Zawiera ona bowiem element świadomościowy²². „Konwencja” kontraktualna²³ (czyli umowa – *covenant*) wymaga dokonania świadomej selekcji spośród alternatyw, czyli świadomego rozpoznania tego, co leży we własnym interesie wybierającego (ang. *interested recognition*)²⁴. Dlatego też stosowanie się do niej nie jest nawykowe, lecz wynika

¹⁸ Kontraktualnego charakteru nie ma natomiast, zdaniem Gauthiera, teoria uczuć moralnych – patrz D. Gauthier, *David Hume, Contractarian*, [w:] *idem, Moral Dealing: Contract, Ethics, and Reason*, Cornell University Press, Ithaca–London 1990, s. 45.

¹⁹ „Dwaj wioślarze, którzy siedząc obok siebie w jednej łodzi, nie potrzebują kontraktu, by zacząć wiosłować. Skłania ich do tego wyłącznie ich własny interes: jeśli nie będą wiosłować wspólnie – nie dopłyną do brzegu” – patrz D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2005, s. 357.

²⁰ O tym D. Gauthier, *David Hume...*, s. 48–50.

²¹ *Ibidem*, s. 50.

²² *Ibidem*.

²³ Godną polecenia analizę relacji pomiędzy konwencją (ang. *convention*) a umową (ang. *contract*) przez pryzmat problematyki koordynacji znajdujemy w znakomitej pracy czołowego przedstawiciela amerykańskiej filozofii analitycznej Davida Lewisa pt. *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, s. 88–96.

²⁴ D. Gauthier, *David Hume...*, s. 50.

z powziętego zobowiązania ugruntowanego w tym właśnie rozpoznaniu – a więc ze zobowiązania leżącego w uświadomionym interesie wybierającego (ang. *interested obligation*)²⁵.

Takie rozumienie umowy decyduje o specyfice koncepcji stanu wyjściowego u Gauthiera. Wśród bezpośrednich filozoficznych inspiracji autor *Morals by Agreement* umieszcza z jednej strony kontraktualistyczną doktrynę Johna Rawlsa, z drugiej natomiast koncepcję jednego z najwybitniejszych współczesnych spadkobierców tradycji utylitarystycznej – ekonomisty Johna Harsanyiego. Gauthier odrzuca jednak proponowaną zarówno przez Rawlsa, jak i Harsanyiego konstruktywistyczną ideę zasłony niewiedzy, włącza natomiast do idei stanu wyjściowego utylitarystycznie ugruntowaną koncepcję wyjściowej pozycji negocjacyjnej (ang. *initial bargaining position*). Odwołując się do utylitarystów, Gauthier nie zakłada rzecz jasna z góry jakiejś uprzedniej moralnej koncepcji osoby, ponieważ jego intencją jest właśnie zaprojektowanie i stworzenie podstaw pod kontraktualistyczną teorię moralną. Wyjściową sytuację negocjacyjną charakteryzować ma wedle Gauthiera wyjściowa równość proceduralna, pełna informacja oraz swobodna i niezakłócona komunikacja między jej uczestnikami, oznaczająca brak przymusu (ang. *coercion*).

Jest to – podobnie jak w koncepcji Rawlsa, a w przeciwieństwie np. do koncepcji Jamesa M. Buchanana – konstrukcja idealizacyjna, zakładająca określoną racjonalność uczestników. Odmiennie natomiast niż w doktrynie Rawlsa, w koncepcji Gauthiera podmioty mają być zindywidualizowane i posiadać wiedzę na temat treści ich indywidualnych preferencji²⁶. Gauthier wątpi bowiem w przydatność koncepcji zasłony niewiedzy, zarzucając jej, że jest zabiegiem pozorów nie tylko wspierającym wyłonienie rzeczywiście sprawiedliwych zasad²⁷. Jego zdaniem zasłona niewiedzy i Rawlowski konstruktywizm w istocie zaciemniają tylko możliwy obraz takich zasad. Jak pisze autor *Morals by Agreement*, wiadomo, że jeśli wszyscy są w tym samym stopniu pozbawieni wiedzy, to rozumowanie przekonujące jednego, przekonuje wszystkich²⁸. Według niego właśnie istotą wartościowego wyboru jest wiedza o tym, jaki ma się status społeczny. Tylko zasady, instytucje i struktury wyłonione w drodze negocjacji podejmowanych przy możliwie pełnej wiedzy mają realną wartość.

Dlatego właśnie Gauthier nie formułuje treści zasad sprawiedliwości, jak czyni to Rawls. Jego celem jest natomiast wyłonienie sprawiedliwych procedur,

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Widoczna tu idealizacja racjonalności przy jednoczesnej konkretyzacji podmiotu dokonującego wyboru stanowi pragmatyczne rozwiązanie, które przy życzliwej interpretacji można uznać za swoistą próbę syntezy przeciwieństw, natomiast przy nieżyczliwej – po prostu za wykazujące się wewnętrzną niespójnością. Pogodzenie tych dwóch założeń wydaje się bowiem niezwykle trudne.

²⁷ D. Gauthier, *David Hume...*, s. 171 i nast.

²⁸ *Ibidem*, s. 172.

których zastosowanie w konkretnej sytuacji pomoże takie zasady ustalić. Tylko ta procedura jest uniwersalna, natomiast zasady, jakie się z niej wyłaniają, mają być dostosowane do konkretnych okoliczności. Dla Gauthiera niezwykle istotny jest bowiem czynnik zmienności w czasie i przestrzeni zarówno indywidualnych, jak i społecznych potrzeb oraz preferencji, a przede wszystkim – wartości (ang. *values*)²⁹. Z powodu tej zmienności nie da się wygenerować reguł odpowiednich i sprawiedliwych zawsze i w każdych warunkach. Toteż myśliciel odwołujący się do społecznego kontraktu powinien, zdaniem Gauthiera, ograniczyć się do zaprojektowania warunków, w jakich wyłonienie zasad sprawiedliwego współżycia stanie się możliwe, i opracowania instytucjonalnych zabezpieczeń mających wspomagać taki wybór. W koncepcji Gauthiera taką instytucją są właśnie zasady racjonalnej procedury negocjacyjnej. Podobnie zatem jak w koncepcji innego współczesnego teoretyka umowy społecznej, Jamesa M. Buchanana, w doktrynie Gauthiera podmiotem dokonującym wyboru zasad dobrze urządzonego społeczeństwa ma być człowiek z jego konkretnymi potrzebami i preferencjami. Nie oznacza to, że wyborowi takiemu musi brakować bezstronności. Gwarantuje ją właśnie procedura targowania się, charakteryzująca początkową sytuację negocjacyjną. Fundamentalną cechą wyjściowej sytuacji negocjacyjnej okazuje się tutaj brak przymusu. Gauthier wychodzi bowiem z założenia, że istnienie przymusu wyklucza możliwość powszechnej akceptacji wyboru nim dotkniętego. Polemizuje w ten sposób z formułowaną przez Buchanana koncepcją *status quo* jako charakterystyki sytuacji wyjściowej społecznego kontraktu. Brak przymusu wedle autora *Morals by Agreement* gwarantowany jest przez przyjęcie dla wyjściowej sytuacji targu zasady, że żaden jego uczestnik nie powinien polepszać swojej sytuacji przez pogorszenie sytuacji innego uczestnika targu. Jest to zmodyfikowana przez Gauthiera wersja Locke’owskiego *proviso*, które stanowi warunek ograniczający wybór będący przedmiotem targu³⁰. Intencją Gauthiera jest zatem – jak sam pisze, powołując się na Rawlsa – znalezienie formuły społecznej kooperacji w sytuacji wzajemnego braku zainteresowania członków społeczeństwa dla realizacji interesów innych członków społeczeństwa. Początkowa sytuacja targu oznacza więc dla niego wyjściowy brak nastawienia na kooperację (tj. wzajemne niezainteresowanie) wybierających³¹. O ugodzie zawartej w takiej sytuacji można powiedzieć, że jest racjonalna tylko wówczas, gdy w jej wyniku wszyscy uczestnicy układu zyskują w stosunku do sytuacji, w jakiej byli przed jego zawarciem.

²⁹ *Ibidem*, s. 67.

³⁰ Rozbudowaną polemikę J.M. Buchanana z tą koncepcją Gauthiera zawiera: J.M. Buchanan, *The Gauthier’s Enterprise*, „Social Philosophy and Policy” 1988, vol. 5, no. 2, Spring, przedruk w: J.M. Buchanan, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, The University of Michigan Press, Ann Arbor 1991.

³¹ O tym szerzej w P. Vallentyne, *Contractarianism and the Assumption of Mutual Unconcern*, [w:] *idem* (red.), *Contractarianism and Rational Choice: Essays on David Gauthier’s Morals by Agreement*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 71 i nast.

Wynika to z przyjęcia przez niego za główny wzorzec relacji społecznych gry kooperacyjnej zwanej w teorii gier *stag hunt*, którą ilustruje właśnie Hume'owski passus dwóch wioślarzy. To założenie Gauthiera oznacza przede wszystkim odrzucenie idei łagodzenia nierówności społecznych Rawlsa. Założenie Gauthiera, że każdy uczestnik musi zyskać na umowie, oznacza też, że przedmiotem targowania się w wyjściowej sytuacji targu są tylko nadwyżki zysków nad zyskami, jakie zostałyby osiągnięte bez umowy. Zysk, jaki zostałby osiągnięty bez umowy, wyznacza tu zatem poziom bezpieczeństwa, poniżej którego lokuje się strata. Natomiast minimum, z jakim każdy z uczestników targu przystępuje do negocjacji, zawsze musi być wyższe od poziomu bezpieczeństwa i jest względne, tzn. wyznaczone subiektywnie przez każdego uczestnika targu. Jest to zgodne z Gauthierowską wersją Locke'owskiego *proviso*. Powyżej dolnej granicy wyznaczonej przez wspomniane minimum, czyli w odniesieniu do spodziewanych korzyści, Gauthier proponuje przyjąć zasadę maksymalizacji minimalnego zysku. Jest to rozwiązanie przetargowe znane w teorii decyzji jako „rozwiązanie Kalaia-Smorodinskiego”³². Z perspektywy zawartego w *Morals by Agreement* projektu kontraktowej moralności ważniejsze jest jednakże spojrzenie na problem targowania się nie od strony możliwych zysków, lecz możliwych ustępstw. Sformułowana przez Gauthiera koncepcja moralności kładzie bowiem nacisk na samoograniczenie, a więc ustępstwo. Patrząc od strony koniecznych ustępstw, zasada maksymalizacji minimalnego zysku oznacza minimalizację maksymalnego relatywnego ustępstwa (ang. *minimax relative concession*). Warto ten element przedstawić bardziej szczegółowo, gdyż stanowi on bez wątpienia rdzeń koncepcji targowania się. Pierwszą zmienną równania Gauthiera, umożliwiającą określenie wartości zminimalizowanego maksymalnego relatywnego ustępstwa, jest opcja wyboru zakładająca maksymalną indywidualną użyteczność, tj. spodziewany przez wybierającego najkorzystniejszy wynik. Drugą zmienną jest wartość użyteczności dla opcji zakładającej ustępstwo. Trzecią zmienną stanowi wartość użyteczności wiążącej się ze stanem istniejącym w momencie targowania się. Całkowite subiektywne ustępstwo wybierającego to różnica pomiędzy użytecznością wyniku najkorzystniejszego a użytecznością wyniku zakładającego ustępstwo. Całkowite obiektywne ustępstwo natomiast to różnica między użytecznością wyniku najkorzystniejszego a użytecznością stanu istniejącego w momencie targowania się. Zminimalizowane maksymalne relatywne ustępstwo równe jest, według Gauthiera, iloczynowi ustępstwa subiektywnego i obiektywnego, czyli wypadkowej tych dwóch wartości. Oznacza to postulat optymalizacji indywidualnego ustępstwa, tj. odnoszenia go z jednej strony do własnych wyobrażeń o tym, co pragnęlibyśmy uzyskać w wyniku procedury negocjacyjnej, z drugiej

³² Patrz np. D. Karos, N. Muto, Sh. Rachmilewich, *A Generalization of the Egalitarian and the Kalai-Smorodinsky Bargaining Solution*, „International Journal of Game Theory” 2018, vol. 47, s. 1169–1182.

strony zaś do obiektywnych warunków towarzyszących targowi, takich jak ilość dóbr, liczba osób biorących udział w targu oraz poziom ich możliwych ustępstw. Oznacza to również akceptację Hobbesowskiego warunku przyszłej zgody, w myśl którego gotowość do ustępstw w procesie negocjacji musi być wzajemna. Zgoda wymaga ustępstw, które powinny być, wedle Gauthiera, wypadkową z jednej strony uzasadnionych oczekiwań maksymalnych, a z drugiej istniejących możliwości, wśród których uwzględniamy indywidualne sytuacje uczestników targu. Gauthier, inaczej niż Rawls, nie czyni więc żadnych koncesji na rzecz najgorzej sytuowanych uczestników targu; w jego koncepcji nie ma założeń egalitarnych, intencji wyrównywania pierwotnych nierówności sytuacji. Efekt negocjacji – minimalizowane maksymalne relatywne ustępstwo – uzależniony jest bowiem w punkcie wyjścia od panującej sytuacji, czyli od wstępnej siły i pozycji przetargowej uczestnika. W koncepcji Gauthiera minimalizowane maksymalne relatywne ustępstwo tworzy wraz z *proviso* Locke’a tzw. punkt archimedesowy. Punkt ten to integralny składnik procedury pozwalającej na dokonywanie oceny moralnych reguł i instytucji istniejącego społeczeństwa i projektowanie aktualnych zasad moralnych. Jest to procedura pozwalająca na wyłonienie treści aktualnej umowy społecznej. Należy jednak pamiętać, że sama treść umowy nie jest przedmiotem zainteresowania Gauthiera. Jest on przekonany, że treść ta będzie zrelatywizowana do konkretnych warunków panujących w momencie jej zawierania. Gauthier nie chce zatem o niej przesądzać, gdyż wówczas jego rozwiązanie rościłoby sobie pretensję do uniwersalności i powszechności, i zakładałoby konstruktywizm na wzór koncepcji Kanta i Rawlsa. Tymczasem od takiego oświeceniowego uniwersalizmu autor *Morals by Agreement* pragnie być możliwie daleki.

Efektem umowy nie jest więc dla Gauthiera ani wyłonienie jakiegoś substancjalnego dobra, ani też uniwersalnej zasady (nawet o charakterze formalnym), jak to się dzieje w koncepcji Rawlsa. Jest nim raczej zinstytucjonalizowanie racjonalnych procedur negocjacyjnych, czyli stworzenie narzędzi wyłaniania takich zasad dla różnych społeczności i sytuacji. Gauthier stara się „zoperacjonalizować” umowę społeczną; ma ona stanowić narzędzie, które posłuży rozwiązywaniu aktualnych problemów moralnych, a nie jednorazowy, abstrakcyjny czy też „transcendentalny” akt wyboru raz na zawsze ustalonych reguł. Jej siła polegać ma na roli dogodnego narzędzia bieżącej oceny instytucji moralnych. Sama też jest zrelatywizowana, gdyż Gauthierowi chodzi o instytucje charakterystyczne przede wszystkim dla współczesnego świata demoliberalnego, bo to właśnie w nim teoria kontraktowa stanowi istotny nurt myślenia o moralności, społeczeństwie i państwie. Istotą moralności wyłaniającej się z procedury negocjacyjnej jest natomiast dla Gauthiera konieczne – gdyż racjonalne, czy też raczej intuicyjnie zdroworozsądkowe (ang. *prudential*) – samoograniczenie. Procedury oparte na minimalizacji maksymalnego relatywnego ustępstwa i Locke’owskim *proviso* powinny, zdaniem Gauthiera, posłużyć wyłonieniu treści norm moralnych

właściwych dla konkretnej sytuacji, a więc odnoszących się do konkretnych osób, czasu i okoliczności. Gauthier odróżnia w ten sposób swój projekt moralny od projektów Kanta czy Rawlsa. Pragnie też przekonać czytelnika, że przyjęcie uniwersalnej procedury nie musi oznaczać przyjęcia założenia o identycznej, uniwersalnej racjonalności podmiotów.

Wzorem wielu autorów³³ Gauthier ściśle oddziela problematykę wyłonienia sprawiedliwych procedur służących wytwarzaniu reguł moralnych od samego problemu przestrzegania zasad będących efektem zastosowania tych procedur. Kwestionuje tym samym utopijne przekonanie o uniwersalności ludzkiego rozumu oraz wynikający z tego przekonania optymizm w przedmiocie natury człowieka. Uważa, że nawet powszechna wiedza o tym, co słuszne, dobre, sprawiedliwe, nie wystarczy do kształtowania ludzkiego postępowania wedle właściwych wzorców. Do tego konieczna jest inna jeszcze motywacja. Jeśli problem możliwości umowy społecznej sprowadzimy za Gauthierem do problemu możliwości kooperacji³⁴, to otrzymamy dwa modele rozwiązania tego problemu: model odwołujący się do konieczności istnienia zewnętrznego czynnika gwarantującego przestrzeganie reguły (kooperację), który można by określić mianem heteronomicznego, oraz model, zgodnie z którym taki czynnik zewnętrzny nie jest potrzebny, czyli model autonomiczny³⁵.

³³ Poczynając od Hobbesa, a kończąc na współczesnych konstytucjonalistach, takich jak chociażby Robert Cooter – por. T. Hobbes, *Lewiatan*, s. 229 i nast.; R. Cooter, *Strategic Constitution*, Princeton University Press, Cambridge 1990, s. 12. Zwraca na to uwagę także Załuski w polemice z koncepcją sprawiedliwości jako sprawiedliwości wzajemnej – W. Załuski, *The Limits of Naturalism: A Game-Theoretic Critique of Justice as Mutual Advantage*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 25 i nast.

³⁴ Por. o tym przede wszystkim: J. Narveson, *The Libertarian Idea*, Temple University Press, Philadelphia 1988, s. 139.

³⁵ Elinor Ostrom podkreśla, że teoria gier i współczesne nauki społeczno-ekonomiczne powszechnie odwołują się do trzech modeli uzasadniających konieczność istnienia „Lewiatana”, czyli do modelu opisanego w postaci „tragedii wspólnych dóbr” Garreta Hardina, dylematu więźnia oraz „logiki działania kolektywnego” Mancura Olsona. Modele te służą, jej zdaniem, ugruntowaniu pesymistycznego przekonania, że człowiek jest istotą niezdolną do kooperacji, potrzebującą silnej władzy, by współpracować. Tymczasem zdaniem Ostrom w wielu sytuacjach „Lewiatan” jako gwarant kooperacji jest po prostu nazbyt kosztowny. Dlatego poszukuje ona rozwiązań autonomicznych, odwołując się do przykładów rozmaitych sytuacji społecznych ilustrujących fakt niewymuszonej kooperacji. W swoich rozważaniach Ostrom, podobnie jak Robert Axelrod czy Brian Skyrms, przyjmuje stanowisko ewolucyjne. Specyficzny model Ostrom zakłada swoje „piętrowe” porozumienie zawierane przede wszystkim ze świadomością istnienia kosztów egzekwowania wszelkich porozumień. Obejmuje ono na pierwszym poziomie porozumienie co do meritum, czyli np. reguł korzystania z pewnej puli wspólnych zasobów, a na drugim – co do sposobów egzekwowania (ang. *enforcement*) porozumienia i jego kosztów. Ostrom podaje też wiele inspirujących przykładów rzeczywistego funkcjonowania samoorganizujących się i samoegzekwujących kooperatyw. Najbliższy modelowi jest chyba model kooperatywy zorganizowanej przez rybaków eksploatujących łowiska w tureckiej Alanyi. Ostrom buduje model alternatywny przede wszystkim do modelu Hardina z jego znanego artykułu pt. *Tragedy of Commons*

Klasycznym przykładem modelu heteronomicznego jest koncepcja Hobbesa wyrażona w *Lewiatanie*. W koncepcji tej do samego zawarcia umowy społecznej skłaniać ma człowieka czynnik wewnętrzny, tj. dominująca w stanie naturalnym obawa przed nagłą śmiercią. Jednakże niezakłócona kooperacja po zawarciu umowy możliwa jest dopiero przy założeniu istnienia zewnętrznego czynnika ograniczającego, tj. suwerena wyposażonego w autorytet władzy i siłę³⁶. Hobbes jest bowiem przekonany, że gdy znika obawa przed nagłą śmiercią, żaden wewnętrzny czynnik (ani moralność, ani religia czy ideologia, ani rozumność) nie jest w stanie powstrzymać człowieka przed naruszaniem dóbr innych ludzi³⁷. Ponieważ to właśnie lęk przed śmiercią jest jedynym czynnikiem, który pozwala trzymać ludzi w ryzach, to absolutny suweren porównywany jest do budzącego lęk biblijnego potwora Lewiatana. Zewnętrzny suweren jest więc niezbędny. Co więcej, w tym modelu ze wzajemnej umowy pochodzi jedynie zobowiązanie do nienaruszania dóbr innych ludzi. Pozostałe reguły są wtórne i powinny być z nim zgodne, ale nie mają charakteru kontraktualnego. Pochodzą od suwerena, który w koncepcji Hobbesa nie jest związany umową. Z perspektywy omawianej koncepcji ważne jest przede wszystkim to, że model taki ma ograniczony zasięg, jeśli chodzi o rodzaj reguł podlegających egzekwowaniu. Zewnętrzny suweren może wymuszać przestrzeganie jedynie tych reguł, które można ująć w ramy zewnętrznego prawa pozytywnego. Reguły porządku moralnego pozostają zasadniczo poza jego zasięgiem, ponieważ moralność mieści się w sferze wewnętrznej, tj. w sferze moralnej autonomii podmiotu. Innymi słowy, schematu Hobbesa nie da się zastosować do moralności. Tymczasem to właśnie jest celem Gauthiera.

W prezentowanym przez Gauthiera modelu autonomicznym zarówno samo zawarcie umowy, jak i późniejsze przestrzeganie porządku powstającego na jej podstawie dyktować ma ekonomiczna racjonalność. Do przestrzegania reguł skłaniać ma człowieka czynnik wewnętrzny, którym jest „opłacalność” wzajemnej kooperacji³⁸. Gauthier dokonuje w ten sposób zabiegu, który można by określić mianem internalizacji czynnika skłaniającego do przestrzegania reguł.

i z niego przede wszystkim korzysta. Por. E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, s. 8 i nast.

³⁶ Por. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York 1984, s. 4.

³⁷ „I ugody, bez miecza, są tylko słowami, i nie mają mocy, by dać człowiekowi bezpieczeństwo” – T. Hobbes, *Lewiatan*, s. 253. O tym por. też J.M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1975, s. 117.

³⁸ Mogłoby się tak dzieć również dzięki instynktowi społecznemu, ale taki naturalizm wyklucza maksymalizację korzyści indywidualnej jako czynnik dominujący. Naturalną przewagę instynktu społecznego nad instynktem egoistycznym zakłada w swojej koncepcji np. Piotr Kropotkin. Odwołując się do teorii Charlesa Darwina, odczytuje ją w oryginalny sposób. Podstawę sukcesu gatunkowego stanowi dla niego rozwinięcie instynktu współpracy. Oznacza to, że szanse na przetrwanie mają tylko gatunki zdolne do altruizmu i współpracy; to samo dotyczy społeczności ludzkich i jednostek, gdyż człowiek jako jednostka nie jest dla Kropotkina samowystarczalny. Dzięki temu instynktowi przestrzeganie wyznaczonych przez społeczność reguł zbiorowego

Internalizacja ta umożliwia szersze zastosowanie metodologii kontraktowej i odniesienie jej do wszelkich reguł, w tym również do zasad moralności. Podstawowym pytaniem, na które musi udzielić odpowiedzi zwolennik stanowiska autonomicznego, jest następująca kwestia: jak bez udziału zewnętrznego czynnika przymuszającego zagwarantować przestrzeganie reguły, która z natury jest regułą ograniczającą w sytuacji, gdy jej nieprzestrzeganie byłoby dla jednostki bezpośrednio korzystniejsze niż jej przestrzeganie³⁹. Jest to problem, który przenosi rozważania Gauthiera na płaszczyznę teorii racjonalnego wyboru i teorii gier. W kategoriach teorii gier oznacza pytanie, jak osiągnąć równowagę kooperacyjną w grze o zasadniczo niekooperacyjnym rozwiązaniu, a bardziej precyzyjnie: jak osiągnąć wynik optymalny (interpersonalnie, społecznie) w sytuacji, gdy gracze zmierzać będą zawsze w kierunku wyniku maksymalnego dla każdego z nich (indywidualnie). W swojej próbie udzielenia odpowiedzi na to pytanie, fundamentalne z perspektywy każdej teorii społecznej, Gauthier sięga do najczęściej wykorzystywanego w naukach społecznych modelu konfliktowej sytuacji, do tzw. dylematu więźnia⁴⁰.

Zgodnie z przyjmowanym przez teoretyków gier założeniem antropologicznym dylemat więźnia jest niekooperacyjną grą o sumie niezerowej. Oznacza to,

współzycia nie stanowi dla niego problemu. Por. P. Kropotkin, *Etyka. Pochodzenie i rozwój moralności*, Spółdzielnia Wydawnicza „Słowo”, Łódź 1949, s. 39 i nast.

³⁹ Odpowiadając na to pytanie, Gauthier pragnie uzupełnić o rozważania nad możliwością umowy społecznej niekompletną jego zdaniem Rawlowską ideę społeczeństwa, które jest kooperatywnym przedsięwzięciem podejmowanym dla wzajemnej korzyści przez osoby, które zasadniczo nie odnoszą korzyści z korzyści innych. Patrz D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford 1986, s. 10.

⁴⁰ Grę zwaną dzisiaj dylematem więźnia opracowali w 1950 roku Melvin Dresher i Merrill Flood z RAND Corporation, następnie Albert W. Tucker uzupełnił ją historyjką, dzięki której zyskała nazwę. Historyjka jest następująca: graczami są dwaj współsprawcy przestępstwa, którzy są oddzielnie przesłuchiвани. Prokurator każdemu z nich przedstawił następujące możliwości: a) jeśli jeden będzie współpracował z prokuratorem, a drugi nie, współpracujący otrzyma nagrodę (wypłata +5), a niewspółpracujący wysoką karę (wypłata -10), b) jeśli obaj będą współpracowali, dostaną łagodne wyroki (wypłata -5). Obaj więźniowie wiedzą, że c) jeśli nie będą współpracowali, nie dostarczą prokuratorowi dowodów i wyjdą na wolność (wypłata 0). Tabela wyników dylematu więźnia przedstawia się więc następująco: wynik maksymalny dla A, wynik maksymalny dla B, wynik optymalny dla obu (równowaga kooperacyjna), wynik minimalny dla obu (równowaga niekooperacyjna): AB +5, -10 -10, +5, 0, 0, -5, -5. Dylemat wyraża się w tym, że jeśli założymy, iż obaj są maksymalizatorami korzyści własnej – *hominii oeconomici* – to musimy też założyć, że obaj kierować się będą chęcią otrzymania maksymalnej wypłaty (czyli +5). Tymczasem przy takim założeniu wynik zawsze będzie niekooperacyjny – tj. niekorzystny zarówno z perspektywy indywidualnej, jak i grupowej (-5, -5). Jest to gra ilustrująca nieusuwalność konfliktu pomiędzy racjonalnością indywidualną i grupową. Kierowanie się maksymalizacją korzyści indywidualnej oznacza więc stratę zarówno z perspektywy indywidualnej, jak i grupowej. Patrz P.D. Straffin, *Teoria gier*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2004, s. 94. Warunki tzw. fundamentalnej formy dylematu więźnia (ang. *fundamental form of Prisoner's Dilemma*) zebrał i uporządkował m.in. R. Axelrod – por. R. Axelrod, *The Evolution...*, s. 11–12.

że strategią dominującą w dylemacie więźnia jest zasadniczo strategia niekooperacyjna. Nie jest to zatem Hume'owski *passus* dwóch wioślarzy, który w teorii gier nosi nazwę *stag hunt*, od podawanego przez Rousseau przykładu polowania na jelenia w stanie natury jako ilustrującego naturalną kooperację. Przy założeniu, że gracze są maksymalizatorami korzyści własnej, punktem równowagi jest zawsze wynik niekorzystny dla obu graczy (naturalna równowaga niekooperacyjna). W sytuacji powtarzania gry prawdopodobieństwo osiągnięcia równowagi kooperacyjnej i dokonania wyboru korzystnego z punktu widzenia obu graczy (optymalnego) wprowadzie się zwiększa, lecz nadal pozostaje stosunkowo niewielkie⁴¹. Jest ono znacznie większe w dylemacie powtarzanym w nieskończoność, tj. takim, w którym liczba gier nie jest z góry określona. Wynika to z niewystępowania tu tzw. efektu domina⁴². W tej sytuacji graczom nie opłaca się bezpośrednio maksymalizować korzyści własnej w obawie przed odwetowym działaniem drugiej strony w następnej grze, co – zgodnie z założeniami ekonomicznej racjonalności (oraz w sytuacji, w której istnieje przekonanie o nieuchronności ponownej interakcji między graczami) – prowadzi w efekcie do wyboru rozwiązania korzystnego dla obu graczy, tj. do równowagi kooperacyjnej. Można powiedzieć, że w takiej sytuacji obawa przed odwzajemnioną nielojalnością w przyszłości wymusza lojalność w momencie bieżącym. W perspektywie nieskończonej liczby iteracji lojalność może być znacznie korzystniejsza (przynosić długoterminowe zyski) niż nielojalność doraźnie maksymalizująca korzyść własną⁴³.

Wydaje się, że ostatecznie Gauthier odwołuje się w swojej koncepcji do takiego właśnie modelu gry powtarzanej w nieskończoność. Z założenia tego wyciąga jednak wnioski, które stanowią przedmiot kontrowersji. Wydaje się bowiem kwestionować wyjściowe założenie ekonomicznej racjonalności⁴⁴, zakładając, że już w jednorazowym dylemacie więźnia możliwe jest czysto teoretyczne rozwiązanie kooperacyjne. Jeśli – rozumuje Gauthier – ekonomiczna racjonalność zakłada dążenie do osiągnięcia maksymalnej korzyści przez każdego uczestnika gry, to w sytuacji opisanej w dylemacie więźnia tą maksymalną korzyścią nie będzie wcale wypłata maksymalizowana indywidualnie. Racjonalny *homo economicus* zna potencjalny wynik gry i wie, że jeśli wybierze maksymalną wypłatę, to

⁴¹ Por. *ibidem*, s. 10.

⁴² O tym przede wszystkim: R.D. Luce, H. Raiffa, *Games and Decisions*, Wiley, New York 1957, s. 97–102; R. Axelrod, *The Evolution...*, s. 10–11.

⁴³ Z podobnymi wynikami możemy mieć do czynienia na gruncie ewolucyjnej teorii gier, gdzie przy założeniu wielości interakcji społecznych strategią, która przetrwa ewolucję, może być – przy określonych relacjach między różnymi strategiami – właśnie strategia kooperacyjna. Przykłady teoretyczne takich ewolucji podaje Brian Skyrms – por. B. Skyrms, *Evolution of the Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, s. 28 i nast. Przykłady empiryczne sytuacji kooperacji przy braku wzajemnego zainteresowania, a nawet wręcz wrogości stron (strategia „żyj i pozwól żyć” stosowana wzajemnie w czasie I wojny światowej przez żołnierzy frontowych pierwszej linii przy wojnie pozycyjnej) podaje R. Axelrod, *The Evolution...*, s. 73 i nast.

⁴⁴ Czy też raczej tego, co w teorii decyzji określa się jako *modular rationality*.

osiągnięciu najwyższy wynik minimalny. Kierując się takim założeniem, racjonalnie jest wybierać zawsze wynik korzystny kooperacyjnie, bo tu realna korzyść zawsze się zwiększy. Dla Gauthiera to właśnie jest rozwiązanie „najbardziej racjonalne” ekonomicznie⁴⁵. Taka „ekonomiczna racjonalność” wymaga od podmiotu przyjęcia postawy (ang. *disposition*) tzw. maksymalizacji ograniczonej (ang. *constrained maximisation*). Nie oznacza ona bezinteresownego uwzględniania dobra innych jednostek, lecz raczej analizowanie długookresowych skutków własnych wyborów. Te długodystansowe skutki są takie, że na ogół opłaca się kooperować w przekonaniu, iż jeśli złamiemy umowę, to potencjalny przyszły partner będzie nas traktował jako niewiarygodnych i w efekcie nie podejmie kooperacji korzystnej dla obu stron. Współpraca ma bowiem wartość pod warunkiem, że obu stronom przynosi maksymalną możliwą (optymalną) w danej sytuacji korzyść. Warunki możliwości kooperacji to warunki jej skuteczności w zaspokajaniu interesów stron. Myślenie ograniczonego maksymalizatora o własnych działaniach ma więc – jak podkreśla Gauthier – charakter strategiczny, a nie parametryczny⁴⁶.

Taka kooperacja implikuje wzajemność. Założenie to przyjmuje Gauthier za Hobbesem, który w swojej wizji umowy społecznej szczególny nacisk kładł na wzajemne zobowiązanie jednostek do przestrzegania warunków układu⁴⁷. Jest to założenie psychologiczne, które w języku teorii gier oznacza przyjęcie taktyki „wet za wet” (ang. *tit for tat*)⁴⁸, czyli takiej, że każdy z graczy podczas gry powinien spodziewać się ze strony drugiego gracza symetrycznego zachowania. Jeśli jednak – jak już wspomniałem – przyjęcie tego założenia prowadzi teore-

⁴⁵ W związku z tym Skyrms pisze tu o ewolucji racjonalności w koncepcji Gauthiera i odrzuceniu przez niego koncepcji *modular rationality* maksymalizatora korzyści własnej. Wedle Skyrmsa Gauthier zakłada po prostu, że jeśli zobowiązanie jest w konflikcie z tą racjonalnością maksymalizatora korzyści indywidualnej, to nie oznacza to braku racjonalności tego zobowiązania, lecz przemianę paradygmatu – „reformowanie” – samej racjonalności. To działanie po prostu zakłada się zatem jako racjonalne – patrz B. Skyrms, *Evolution...*, s. 38–39.

⁴⁶ D. Gauthier, *Morals...*, s. 21. Patrz też: J. Miklaszewska, *Libertariańskie koncepcje wolności i własności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1996, s. 89.

⁴⁷ Warunek wzajemności wynika już z samej Hobbesowskiej definicji umowy: „Wzajemne przenoszenie uprawnień ludzie nazywają umową” (T. Hobbes, *Lewiatan*, s. 215). Dobitniej jeszcze Hobbes formułuje ten wymóg w passusie z *Lewiatana*, mówiącym, że umowa społeczna oznacza zobowiązanie o następującej treści: „[...] daję upoważnienie i przekazuję moje uprawnienia do rządzenia moją osobą temu oto człowiekowi albo temu oto zgromadzeniu pod tym warunkiem, że i ty przekażesz mu swoje uprawnienia i upoważnisz go do wszystkich jego działań w sposób podobny” (*ibidem*, s. 258).

⁴⁸ Taktyka ta niezwykle skutecznie sprawdza się w praktyce iterowanego dylematu więźnia. Potwierdzają to już eksperymenty R. Axelroda z lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku – R. Axelrod, *The Evolution...*, s. 173–174. Z tej perspektywy wprowadzenie przez Gauthiera zasady wzajemności jako warunku granicznego bardzo uprawdopodobnia wybór rozwiązania suboptymalnego, opartego na kooperacji. Należy jednak pamiętać, że go nie gwarantuje. W sytuacjach społecznych istnieje po prostu nazbyt wiele czynników zaburzających potencjalny wybór kooperacji, by można było mówić tu o wysokim prawdopodobieństwie, a tym bardziej o pewności.

tyków gier do wniosku, że kooperacja w dylemacie więźnia jest wykluczona, to Gauthier, paradoksalnie, dochodzi do całkowicie przeciwstawnej konkluzji, że to właśnie założenie wzajemności wymusza na graczach przyjęcie strategii ograniczonej maksymalizacji korzyści własnej.

Rozumowanie Gauthiera jest więc swoistym ekonomicznym „metarozumowaniem”. Ograniczony *homo economicus* (tzw. *constrained maximiser*) kieruje się maksymalizowaniem własnej korzyści, a to prowadzi go do wniosku, że współpraca jest zasadniczo najkorzystniejsza i tę wzajemność traktuje jako jedno z głównych założeń i integralny element własnej postawy⁴⁹. Jego postawa (ang. *disposition*) jest więc w istocie nastawieniem na współpracę, a co więcej – ponieważ może on narazić się na stratę, jeśli druga strona nie będzie się kierowała zasadą ograniczonej maksymalizacji – jest również nastawiona na wstępną możliwość poniesienia straty, choć ze świadomością, że w perspektywie strategicznej taka postawa się opłaca. Tak więc wynikiem maksymalizacji ograniczonej jest też przygotowanie się na ograniczoną korzyść. Wedle Gauthiera człowiek kierujący się ekonomiczną racjonalnością musi być gotów do ustępstw i ponoszenia strat w perspektywie bieżącej (parametrycznej) po to, by w perspektywie długoterminowej (strategicznej) odnosić korzyść. Dlatego twierdzi on, że maksymalizator ograniczony musi traktować założenie współpracy jako punkt wyjścia, jako założenie istotne niejako „samo dla siebie”. Ostatecznie nigdy nie oznacza to jednak samoistnej wartości kooperacji, lecz raczej przekonanie, że powinno się ją na tyle zinternalizować, by także w bieżącej „grze” jednostka nie była nastawiona na bezpośrednią maksymalizację korzyści własnej, lecz na maksymalizację korzyści wzajemnej, czyli na optymalizację. Jest to zatem podejście klasycznie liberalne, odwołujące się do logiki „niewidzialnej ręki rynku”. Wzorem Adama Smitha Gauthier zakłada, że przejście od cechującej *homini economici* racjonalności opartej na maksymalizacji korzyści własnej do intersubiektywnej, grupowej racjonalności opartej na optymalizacji nie jest problematyczne⁵⁰. Wspomnieć również należy, że w koncepcji Gauthiera internalizacja ograniczonej maksymalizacji korzyści nie oznacza, iż dyspozycja do takiego działania jest dyspozycją stałą. Ograniczony *homo oeconomicus* nie jest przecież istotą kierującą się instynktem, lecz istotą samoświadomą. Dlatego właśnie może wybierać między postawami czy też raczej strategiami działania. Postawy mają więc tylko względnie stabilny charakter. Gauthier przekonuje, że ograniczony maksymalizator w grze z innym ograniczonym maksymalizatorem zawsze będzie przyjmować strategię ograniczonej maksymalizacji, a w grze z maksymalizatorem bezpośrednim

⁴⁹ B. Skyrms zwraca uwagę, że do swej „reformy” racjonalności Gauthier używa przewrotnie argumentu „ze spójności” – „This movement to ‘reform’ rationality is supported by a consistency argument and an ulterior motive”. Patrz: B. Skyrms, *Evolution...*, s. 38–39.

⁵⁰ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 40.

(ang. *straightforward maximiser*) będzie grał jak ten ostatni⁵¹. To również mieści się w założeniu ekonomicznej racjonalności, gdyż w ten sposób gracz zawsze maksymalizuje możliwy do osiągnięcia wynik. Jeśli więc wie, że naprzeciw niego staje maksymalizator bezpośredni, to maksymalizacją będzie wybór minimalny, po to, ażeby nie stracić wszystkiego⁵². Założenie wzajemności nakazuje mu bowiem wybierać zawsze tę samą opcję, którą wybiera drugi gracz. Jest to również w pełni spójne z ideą umowy społecznej jako uświadomionej konwencji⁵³.

Podstawowy problem Gauthiera z naturalistycznym uzasadnieniem moralności wiąże się właśnie z ową ograniczoną maksymalizacją. Problem polega na tym, że wyjście poza bezpośrednią maksymalizację musi zakładać coś więcej niż jedynie racjonalność ekonomiczną i wąską koncepcję osoby. Musi zatem zakładać koncepcję szerszą, co stoi w wyraźnej sprzeczności z wyjściowym założeniem Gauthiera. Musi bowiem zakładać, że coś poza chęcią korzyści skłania człowieka do ograniczenia swej maksymalizacji, a więc do optymalizowania korzyści. W gronie autorów opierających się na założeniach maksymalizacyjnych na ten problem zwraca uwagę przede wszystkim Ken Binmore, odwołujący się wobec tego wprost do konstruktywistycznego założenia Rawlsa. Oczywiście odpowiedzi możemy szukać już wcześniej – chociażby w XIX-wiecznych koncepcjach pozytywistycznych, a tu w koncepcji rosyjskiego księcia anarchizmu, Piotra Kropotkina, który – odwołując się do Darwinowskiej wizji ewolucji – wskazuje na gatunkowy i grupowy altruizm jako na czynnik konieczny do przetrwania gatunku i sukcesu ewolucyjnego⁵⁴.

Jednak do tego, by móc konsekwentnie oprzeć się na takim założeniu, konieczna jest rezygnacja z ortodoksyjnego, metodologicznego indywidualizmu albo wprowadzenie za Robertem Axelrodem założenia nieskończonej iteracji gry jako fundamentalnego dla społecznych relacji, czego jednak nie da się z kolei nigdy dowieść z całkowitą pewnością teoretyczną. Transcendentalne założenie konstruktywizmu, odwołującego się do apriorycznej, domniemanej, rozumnej zgody na naczelne zasady społecznej kooperacji, w istocie znacznie prościej pozwala wytłumaczyć ograniczenie maksymalizacji korzyści własnej niż skomplikowana i zmatematyzowana wizja Gauthiera czy nawet badania Axelroda. To zaś może prowadzić do wniosku,

⁵¹ Interesująca polemika z takim stanowiskiem por. J.S. Kraus, J.L. Coleman, *Morality and the Theory of Rational Choice*, [w:] P. Vallentyne (red.), *Contractarianism and Rational Choice: Essays on David Gauthier's Morals by Agreement*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 285 i nast.; por. też J. Miklaszewska, *Libertariańskie koncepcje...*, s. 100–101.

⁵² Por. J.S. Kraus, J.L. Coleman, *Morality...*, s. 289.

⁵³ Relację między *straightforward* i *constrained maximiser* Gauthier bez wątpienia wzoruje na relacji między *rule* a *act utilitarian* z koncepcji utilitaryzmu reguł J.C. Harsanyiego. Od Harsanyiego Gauthier zaczerpnął zresztą także samo pojęcie *constrained maximisation* – patrz J.C. Harsanyi, *Rule Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior*, „Theory and Decision” 1980, no. 12, s. 115–133; por. też B. Skyrms, *Evolution...*, s. 40.

⁵⁴ P. Kropotkin, *Etyka...*, s. 43.

że konstruktywizm wraz z szeroką koncepcją osoby stanowią fundament mimo wszystko znacznie bardziej wiarygodnie tłumaczący podstawy społecznej kooperacji niż etyczny naturalizm. Z punktu widzenia autorów odwołujących się do wąskiej koncepcji osoby, opartej na racjonalności ekonomicznej, jest to z pewnością paradoks. Odrzucając konstruktywizm i opierając się na racjonalności teoretycznej, zmierzają oni bowiem do zbudowania bardziej ich zdaniem realistycznych uzasadnień. Tymczasem, jak Gauthier, zmuszeni są albo poszerzać wyjściowo przyjętą koncepcję osoby, przez co dochodzą w istocie do jakiejś zawołowanej i ukrytej formuły konstruktywizmu, albo opierać się na heteronomicznej wizji Hobbesa, co w przypadku moralności nie ma po prostu sensu.

4.7. Kontrakt bazujący na szerokiej koncepcji osoby – Locke, Kant

Jak już wyżej wspomniałem, w koncepcjach kontraktualistycznych zawarcie umowy społecznej opiera się na odmiennej koncepcji osoby niż w koncepcjach kontraktariańskich. Sprowadzając to zagadnienie do najprostszych, czysto kontraktowych kategorii, przedstawiciele kontraktualizmu wychodzą z założenia, że po to, by umowa społeczna mogła być w ogóle skutecznie zawarta, potrzebna jest poprzedzająca ją zasada dotrzymywania umów. Inaczej nie ma sensu zawieranie umów, bo nie mamy żadnej gwarancji, że ktoś jej w ogóle dotrzyma. Czyli już w przyjmowaną koncepcję osoby wpisane być muszą zabezpieczenia czy warunki, które pozwolą w ogóle na utrzymanie stanu określonego umową, stanu społecznego. Z punktu widzenia współczesnej recepcji kontraktualizmu najbardziej miarodajne ilustracje stanowią tu bez wątpienia koncepcje Locke'a i Kanta.

4.7.1. Locke i uprawnienia naturalne

Podobnie jak dla Hobbesa, dla Locke'a stan natury cechują wolność i naturalna równość znajdujących się w nim jednostek. Jest to więc sytuacja faktycznej swobody dysponowania własnym majątkiem i osobą, sytuacja, w której brak jest ograniczeń ze strony innych jednostek lub ich grup. Tę wolność jednostki w stanie natury Locke opisuje jako: „stan zupełnej wolności w działaniu oraz rozporządzaniu swymi majątkami i osobami, tak jak oni uznają za właściwe, w granicach prawa natury nie pytając nikogo o zezwolenie, bez zależności od woli innego człowieka”⁵⁵.

Fundamentalna różnica pomiędzy Hobbesem i Lockiem tkwi w tym, że dla tego ostatniego ludzie w stanie natury działają jednak „w granicach prawa natury”. „Zupełna wolność” jednostki w stanie natury nie oznacza więc dla Locke'a,

⁵⁵ J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992, s. 165.

że każdemu wolno „czynić, co mu się podoba”⁵⁶. Jednostki są tu związane regułami prawa natury, zgodnego z nakazami rozumu. Zakazują one przede wszystkim wzajemnego zabijania się i wyrządzania sobie szkód na zdrowiu i w mieniu. Wynika to wprost z dwóch fundamentalnych i – według Locke’a – współistniejących reguł prawa natury. Reguła pierwsza to nakaz samozachowania, a więc nakaz troski o własne życie, zdrowie i mienie. Reguła druga oznacza nakaz dążenia do zachowania „reszty rodzaju ludzkiego”, jeśli tylko pozwalają na to okoliczności i nie wymaga to poświęcenia najwyższego dobra jednostki⁵⁷. Z takiego ujęcia wynika przede wszystkim, że reguła druga jest podporządkowana regule pierwszej. Locke, podobnie jak Hobbes, odwołuje się tu do instynktu, który nakazuje chronić najpierw siebie samego, a dopiero później resztę rodzaju ludzkiego. Nie jest on jednakże jak Hobbes zwolennikiem bezwzględnego podporządkowania dobra jednostki dobru ogółu. To bowiem przede wszystkim naturalne uprawnienia jednostki chronić ma społeczna umowa. Inaczej niż Hobbes, Locke jest więc względnym antropologicznym optymistą, uznającym, że obie te wartości – tj. dobro rodzaju ludzkiego i dobro jednostki – przeważnie nie kolidują ze sobą, a często wręcz wzajemnie się uzupełniają. Dwa uprawnienia naturalne są dla Locke’a szczególnie ważne: uprawnienie do karania przestępców i uprawnienie do domagania się naprawienia wyrządzonej szkody.

Zgodnie z pierwszym z nich każdy ma uprawnienie do karania przestępcy, a więc kogoś, kto w sposób niedopuszczalny przez prawo natury narusza takie dobra jak zdrowie czy życie innego człowieka. Uprawnienie do ukarania przestępcy przysługuje zatem w stanie natury nie tylko temu, kto został bezpośrednio dotknięty przestępstwem, ale też wszystkim innym członkom jego społeczności. Przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu jest bowiem na tyle poważnym naruszeniem prawa natury, że stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa całej społeczności. Każdy może ukarać wyjątego spod prawa, gdyż wykonanie tego uprawnienia wiąże się z wykonaniem obowiązku zachowania całego rodzaju ludzkiego. Karanie takie nie powinno jednak być tożsame z zemstą i ma mieć na celu jedynie powetowanie krzywdy, ewentualnie powstrzymanie przestępcy⁵⁸. Wykonanie tego prawa oznacza uzyskanie władzy nad przestępcą. Fakt ten jest uzasadniony tym, że popełniając czyn podlegający karze, przestępca sam stawia się poza społeczeństwem kierującym się racjonalnymi zasadami prawa natury. Wypowiada on zatem wojnę całemu społeczeństwu⁵⁹. W ten sposób z własnej woli naraża się na niebezpieczeństwo, gdyż reguły te dłużej nie mogą go chronić. Przestępca narusza bowiem „więzi, które mają go zabezpieczać przed krzywdą i gwałtem”⁶⁰.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 166.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 168.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 169–170.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 168.

Drugi rodzaj uprawnienia naturalnego – uprawnienie do domagania się naprawienia wyrządzonej szkody – ma natomiast charakter osobisty i jest ściśle związane z prawem do samozachowania. Jego wykonanie należy tylko do strony skrzywdzonej. Jeśli więc w przypadku pierwszego uprawnienia społeczność może przestępcy darować jego czyn, gdy dobro publiczne nie będzie wymagać bezwzględnego egzekwowania kary, to w przypadku uprawnienia drugiego tylko pokrzywdzony może tego dokonać. Innymi słowy, wykonanie tego uprawnienia lub nieskorzystanie z niego leży całkowicie w gestii pokrzywdzonego, stanowi jego sferę prywatną, wolną od ingerencji społeczności. Wykonując to uprawnienie, osoba poszkodowana ma prawo zajęcia dóbr sprawcy lub też „dokonania wszelkich rozsądnych rzeczy, za pomocą których może ten cel osiągnąć”⁶¹.

Koncepcja naturalnych uprawnień, którymi każda jednostka dysponuje w stanie natury, powoduje, że stan ten postrzegany jest przez Locke’a jako stan względnej harmonii i spokoju. U podstaw tej optymistycznej wizji leży założenie dotyczące charakteru ludzkiej natury. Według Locke’a, zainspirowanego być może przez Arystotelesa, człowiek jest istotą społeczną, w odmiennym jednak sensie, niż to ujmował Arystoteles. Według Locke’a jest on istotą raczej skłonną do współpracy z innymi niż im wrogą. Stan natury nie jest więc dla niego hobbesowskim stanem wojny wszystkich przeciwko wszystkim, stanem bezprawia.

Mankamentem tego stanu jest dla Locke’a niepewność korzystania z naturalnych uprawnień. Brak politycznego zwierzchnika powoduje, że człowiek jest nieustannie narażony na napady ze strony innych, a bronić się może jedynie sam, podczas gdy często nie dysponuje odpowiednimi do tego środkami. Są trzy podstawowe braki, jakie da się zaobserwować w stanie natury, a które wzmagają „dyskomfort” tej sytuacji. Jest to po pierwsze brak „ustanowionego, znormalizowanego, znanego prawa, powstałego i akceptowanego przez powszechną zgodę”⁶². Chociaż bowiem samo prawo natury jest według Locke’a zrozumiałe i proste, to zajęci własnymi sprawami ludzie nie mają czasu na odkrywanie jego zasad i rzadko się nim rzeczywiście kierują⁶³. Po drugie, w stanie natury brak jest bezstronnego sędziego, który mógłby na podstawie tego prawa rozstrzygać spory. Każdy jest zatem sędzią we własnych sprawach, co niejednokrotnie powoduje narastanie konfliktów zamiast ich łagodzenia⁶⁴. W końcu po trzecie, w stanie tym brakuje władzy, która mogłaby wspierać realizację wyroków bezstronnego sędziego i tym samym gwarantować, że będą one rzeczywiście egzekwowane.

Aby tym niedogodnościom zaradzić, konieczne staje się zawarcie przez jednostki społecznego kontraktu. Przedmiotem takiego kontraktu jest przekazanie władz, którymi jednostka dysponuje w stanie natury, na rzecz jakiegoś

⁶¹ *Ibidem*, s. 169–170.

⁶² *Ibidem*, s. 251–252.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 252.

ponadindywidualnego ciała, które będzie w stanie zagwarantować ich pełną realizację. Naturalne uprawnienia jednostki są bowiem również jej naturalnymi władzami. Jeśli Locke pisze o uprawnieniu do karania przestępców, to rozumie przez to również władzę tego ciała nad przestępcą, gdy pisze o uprawnieniu do samozachowania, to pojmuję przez to władzę samozachowania. Nie wszystkie jednak władze naturalne człowiek może i powinien przekazać na rzecz takiego ciała w równym zakresie. Ze wspomnianych dwóch rodzajów władz w całości przekazuje on jedynie władzę karania przestępców. Oznacza to zrzeczenie się przez niego naturalnego prawa do wywierania kary wobec tego, kto narusza jego prawa oraz zobowiązanie do wspierania władzy w wymierzaniu sprawiedliwości, nawet jeśli nie byłby w pełni zadowolony z jej wyroków. Władzę samozachowania oraz władzę zachowania reszty rodzaju ludzkiego przekazuje on tylko częściowo, po to, aby ciało, na rzecz którego władza jest przekazywana, uregulowało ją w postaci zgodnych z prawem natury praw stanowionych. Innymi słowy, chodzi tu o ujęcie jej w reguły powszechnie znanego i akceptowanego prawa. Przekazując tę władzę, godzi się on wprawdzie na ograniczenie jego wolności, tylko jednak o tyle, o ile będzie tego wymagało dobro jego samego i społeczności, do której przynależy⁶⁵.

W koncepcji Locke'a umowa społeczna jest dwuetapowa. Etap pierwszy oznacza przekazanie władzy na rzecz społeczeństwa obywatelskiego. Locke określa go mianem „pierwotnej umowy społecznej”. Etap drugi to wyłonienie z tego społeczeństwa rządu, który będzie tę władzę bezpośrednio sprawował. Dzięki temu zabiegowi w koncepcji Locke'a nie może być mowy o jakiejś społecznej próżni czy powrocie do stanu natury w przypadku obalenia władzy państwowej. Zawsze bowiem pozostaje społeczeństwo, które jest dysponentem określonych władz. Dwuetapowa konstrukcja umowy społecznej wskazuje, że rząd – państwo – stanowi tylko instrument służący do ochrony społeczeństwa. Ten instrumentalny charakter rządu umożliwia jego odwołanie, gdy przestanie on w sposób odpowiedni spełniać powierzone mu zadania. Państwo jest tylko narzędziem w rękach społeczeństwa, które zresztą również nie stanowi samostanowiącej wartości, lecz pozostaje jedynie emanacją woli składających się na nie jednostek. Takie społeczeństwo określa Locke mianem społeczeństwa obywatelskiego lub politycznego. Fundamentem przynależności do tego społeczeństwa jest dobrowolna zgoda składających się na nie jednostek⁶⁶. Może to być zgoda milcząca i w większości przypadków tak właśnie jest⁶⁷. Trudno bowiem – jak pisze Locke – wyobrazić sobie sytuację, w której każdy członek społeczeństwa miałby osobiście wyrazić zgodę na taką przynależność. Byłoby to oczywiście niemożliwe do zrealizowania. Istotę społeczeństwa obywatelskiego stanowi fakt

⁶⁵ *Ibidem*, s. 253–255.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 222–224.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 248–250.

podlegania wszystkich jego członków temu samemu prawu. Nikt, kto należy do społeczeństwa obywatelskiego, nie może stać ponad prawem. W szczególności dotyczy to króla. Monarcha nie stoi zatem ponad prawem i podlega mu tak samo jak inni obywatele⁶⁸.

Za sprawą koncepcji Locke’a nową, indywidualistyczną wersją prawa naturalnego, które dotychczas wiązało się z substancjalnie pojmowanym dobrem wspólnym, czyli dobrem społecznej całości, stają się uprawnienia naturalne, które odmiennie niż w klasycznej i chrześcijańskiej tradycji prawno-naturalnej (Arystoteles, św. Tomasz z Akwinu) wiążą się z podmiotem – jednostką ludzką⁶⁹. Konsekwencje tej zmiany paradygmatów są bardzo poważne. Wynika z nich założenie instrumentalnej istoty państwa, które – będąc wynikiem świadomego ludzkiego porozumienia – kreowane jest po to, by służyć człowiekowi i zabezpieczać jego naturalne uprawnienia. Związanie to symbolizuje też nowożytnie zmieszanie kategorii politycznych i kategorii ekonomicznych. Wprowadzając ekonomiczną metaforę umowy społecznej, wiąże ono dwie dotychczas od siebie oddzielone sfery, tj. sferę *polis* i sferę *oikos*. Logicznym następstwem tego założenia jest uznawanie prawa stanowionego, zabezpieczającego te naturalne uprawnienia, za instrument kontraktualistycznie wywodzonej władzy państwa, w którym ekonomiczna racjonalność rozwiązań prawnych jest dopełniana i ograniczana przez założenie naturalnych uprawnień. Władza prawodawcza, przynajmniej w koncepcji Locke’a, staje się uprawnionym źródłem prawa obowiązującego, przy zastrzeżeniu, że ograniczana jest ona przez uprawnienia naturalne jednostek i wywodzi się z naturalnych władz, które pierwotnie i naturalnie przynależą właśnie jednostkom.

4.7.2. Umowa społeczna jako obowiązek wynikający z prawa rozumu – Kant

Oryginalność koncepcji Kanta na tle tradycji umowy społecznej polega natomiast na tym, że przesłankę jej zawarcia nie wiąże on z żadną formułą utilitaryzmu czy eudajmonizmu, bazując wyłącznie na etyce deontologicznej. Umowę społeczną przedstawia Kant jako konsekwentne dopełnienie konstruktywistycznego modelu polityki, ujmując ją jako praktycznie rozumny obowiązek wpisany w szeroko pojmowany obowiązek poszanowania i urzeczywistniania warunków pokojowego współistnienia, zarówno między ludźmi, jak i między narodami. Podobnie jak dla Rawlsa, wzorującego się w tym zakresie właśnie na modelu kantowskim, konstruktywizm stanowi w koncepcji Kanta wyłączny fundament

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Więcej na ten temat: K. Aksiuto, *Natural Law against Natural Rights in the Thought of Alasdair MacIntyre*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change*, Routledge, London–New York 2020.

kontraktualizmu. Koncepcja Kanta jest z punktu widzenia tezy tej pracy niezwykle istotna. Zarówno jego idea „państwa celów”, uznawana często za symboliczne sformułowanie doskonale oddające pożądaną charakter współczesnego państwa demokratycznego⁷⁰, jak i jego idea międzynarodowej federacji, która również oparta jest na konstrukcji społecznego kontraktu, stanowią wciąż przedmiot ożywionego zainteresowania najwybitniejszych filozofów politycznych⁷¹.

Kant zakłada, że do zawarcia umowy społecznej nieodzowne są wolność, równość i pełna poczytalność podmiotów⁷². Wolność jest dla niego naczelną ideą regulatywną, czyli ideą mającą wyłącznie realność praktyczną⁷³. W sferze normatywnej, tj. moralnej i prawnej, przybiera ona postać autonomii, jednak w sferze prawnej autonomia ta ma charakter pośredni i warunkowy: Kant odwołuje się tu do zaczerpniętego od Rousseau republikańskiego postulatu, by prawo jurydyczne było na etapie jego tworzenia efektem przynajmniej domniemanej powszechnej zgody, czyli *de facto*, by było zgodne z wolą powszechną, ugruntowaną w uniwersalnym, praktycznym rozumie zastosowanym w sferze publicznej. Ustrój republikański jest więc dla Kanta koniecznym warunkiem zachowania przez obywateli tej pośredniej autonomii w sferze prawnej⁷⁴. Wiąże się ona bowiem z centralnym założeniem Kantowskiego konstruktywizmu moralnego i prawnego, i oznacza, że wolność ma z punktu widzenia prawa charakter czysto postulatyczny. W stanie natury pozostaje ona, jak pisze Kant, uprawnieniem jedynie „provizorycznym”.

Podobnie postrzega Kant równość. Warunkami możliwości autonomii prawnej, a więc również podmiotowymi wymogami umowy społecznej, są „zdolność prawna” i równość wobec prawa, a dodać należy, że – podobnie jak wolność – również równość wobec prawa ma charakter postulatyczny, stanowi postulat praktycznego rozumu, pozostający w stanie natury uprawnieniem jedynie „provizorycznym”. Jako takie provizoryczne prawo podmiotowe stanowi ona niezbędny warunek społecznej umowy, w której biorą udział wyłącznie podmioty dysponujące równą, choć potencjalną „mocą kontraktową”. Zagwarantowana administracyjnie równość stanowi natomiast konstytutywny element przyszłego stanu prawnego. Każdy bowiem w stanie natury jeszcze potencjalny obywatel musi

⁷⁰ Por. np. O. Höffe, *Immanuel Kant*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, s. 194.

⁷¹ Nie tylko Rawlsa, ale i Habermasa, którego teoria działań komunikacyjnych jest inspirowana filozofią praktyczną Kanta.

⁷² Por. O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990, s. 128.

⁷³ Na temat noumenalnego, teoretycznie niedowodliwego, lecz praktycznie koniecznego charakteru wolności ludzkiej por. A. Kojève, *Kant*, Gallimard, Paris 1973, s. 14; M. Heidegger, *Vom Wesen der menschlichen Freiheit*, [w:] V. Klostermann (red.), *Gesamtausgabe*, vol. 31, Klostermann, Frankfurt am Main 1982, s. 190.

⁷⁴ Na ten temat patrz np. E. Wyrębska-Dermanović, *Filozofia prawa Immanuela Kanta*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2018, s. 106.

dysponować równym innym obywatelom głosem zarówno w samym akcie konstytuowania stanu prawnego, jak i w późniejszym obywatelskim prawodawstwie.

Stan natury to wobec tego stan „prowizoryczny”. Jest on ideą, którą – podobnie jak ideę wolności oraz ideę umowy społecznej – cechuje praktyczna przydatność. Służy ona bowiem Kantowi jako negatywny punkt odniesienia, którego znamiona pozwalają wydobyć cechy przeciwstawionego mu, obiektywnie pożądanego stanu prawnego. Kant nie stara się zatem zaprezentować czytelnikowi całościowego opisu warunków i relacji, jakie w tym stanie mogłyby wystąpić, jak czynią to Hobbes, Rousseau czy Locke. Nie stara się przemówić czytelnikowi do wyobraźni, a przynajmniej nie stara się tego czynić w stopniu większym, niż wymaga tego zrozumienie praktycznych postulatów wolności, prawa i stanu prawnego. W swojej koncepcji stanu natury, konstruowanej już po Hume’owskiej krytyce idei kontraktowej, unika także opisów, które mogłyby zostać odebrane jako sugestie, że stan natury jest hipotezą historyczną lub empiryczną⁷⁵. Jest to zatem konstrukcja czysto normatywna.

Kant często określa stan natury jako „stan nieprawny” (niem. *der nicht-rechtliche Zustand*)⁷⁶. Jest to określenie mylące, stanu natury nie traktuje on bowiem jako stanu normatywnej próżni, jak czyni to Hobbes. Jest to stan „prowizorycznego” funkcjonowania instytucji moralnych i prawnych. Taka prowizoryczna obecność obejmuje ich występowanie w sposób niepewny, tymczasowy, ostatecznie nieustalony i niezabezpieczony. Zdaniem Kanta ta właśnie prowizoryczność i niedoskonałość obowiązywania prawa stanowią źródło praktycznego obowiązku, jakim jest wyjście z tego stanu i przejście do stanu prawnego. Każda istota praktycznie rozumna powinna racjonalnie i rozumnie pragnąć takiego przejścia. Niedoskonałość występowania prawa w stanie natury dotyczy zarówno prawa moralnego, jak i jurydycznego. Kant odróżnia bowiem etyczny stan natury od jurydycznego stanu natury.

Ze względu na wewnętrzny charakter moralności rozważanie etycznego stanu natury z perspektywy Kantowskiej konstrukcji umowy społecznej nie ma większego sensu. Niejawny charakter pobudek i motywów moralnych przesądza o tym, że w filozofii praktycznej Kanta umowa społeczna nie wchodzi w grę w odniesieniu do moralności. Etyczny stan prawny, tj. stan, w którym wszyscy przestrzegają praw moralnych, mógłby być możliwy na drodze postępu moralnego ludzkości. Jest to jednak wyłącznie „praktyczna wiara”, a taki stan postrzegany jest raczej jako utopijny „złoty wiek” ludzkości niż jako teoretyczna hipoteza. Zmierzanie do niego jest wprawdzie praktycznym obowiązkiem każdej rozumnej

⁷⁵ Na przykład w koncepcji Hobbesa znajdujemy opis sytuacji, gdy wybierający się w daleką podróż zbroi się i organizuje drużynę, która miałaby pomóc mu w razie napadu; mogłoby to sugerować, że Hobbes traktuje stan natury jako hipotezę empiryczną, tj. nie w czysto normatywny sposób. Tak interpretuje Hobbesa np. E. Nowak-Juchacz, *Autonomia jako zasada etyczności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2002, s. 100–101.

⁷⁶ I. Kant, *Metafizyka moralności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005, s. 148.

istoty, lecz nie wiąże się z żadnym znaczniejszym prawdopodobieństwem jego wystąpienia w przyszłości. „Prowizoryczność” stanowi dla Kanta trwałą cechę aktualnych relacji etycznych, a elementy etycznego stanu natury dynamicznie współwystępują obok elementów etycznego stanu prawnego. W człowieku bowiem, pojmowanym jako istota „społecznie towarzyska”, elementy jednego stanu wciąż walczą z elementami stanu drugiego. Jest to więc w gruncie rzeczy opis ludzkiej kondycji, a nie idea stanu natury.

Dla Kanta zatem stan natury to przede wszystkim stan niedoskonałego istnienia zewnętrznych, tj. jurydycznych relacji między podmiotami. Niedoskonałość tego stanu wyraża się po pierwsze w tym, że w stanie natury występuje tylko prawo prywatne, a nie pojawiają się normy prawa publicznego, po drugie zaś w tym, że normy prawa prywatnego mogą tu – podobnie jako normy etyczne w etycznym stanie natury – obowiązywać jedynie w sposób „prowizoryczny”. „Prowizoryczność” ich obowiązywania jest więc ściśle powiązana z niewystępowaniem prawa publicznego. Dla Kanta istota prawa publicznego wyczerpuje się bowiem w jego funkcji ochronnej. Normy prawa publicznego służą uregulowaniu uprawnień do stosowania legalnego przymusu, który zabezpiecza sprawiedliwy porządek społeczny (prywatnoprawny). Jest to więc konstrukcja, której sens zbliża się do Locke’owskiej koncepcji zabezpieczania przez rząd naturalnych uprawnień i wolności.

W przekonaniu Kanta prawo publiczne stanowić ma przede wszystkim instrument egzekwowania norm prywatnoprawnych. Te bowiem regulują najbardziej źródłowe z punktu widzenia prawa relacje między ludźmi, tj. relacje dotyczące rzeczy oraz sposobów ich prawidłowego nabycia i posiadania („tego, co Moje i Twoje” – powiada Kant)⁷⁷. W tym sensie prawo prywatne jest dla Kanta koncepcyjnie pierwotne wobec wszelkich innych rodzajów praw (świadczy o tym również i to, że *Metafizykę moralności* Kant rozpoczyna od omówienia prawa prywatnego i w jego ramach omawia też umowę społeczną). Można powiedzieć, że w tych relacjach międzyludzkich, w których w ogóle istnieje potrzeba tworzenia jakichś reguł, prawo prywatne jest tym prawem, które (koncepcyjnie, a być może również historycznie) musi pojawić się jako pierwsze. W jego skład wchodzi bowiem idea dotrzymywania umów. Prawo publiczne jest więc wtórne wobec prawa prywatnego, tak jak państwo pozostaje wtórne wobec rynku i relacji o charakterze gospodarczym, a sfera polityczna wobec sfery społeczno-ekonomicznej. Za pomocą prawa publicznego państwo tworzy ramy, w których mieszczą się uregulowane już stosunki społeczno-ekonomiczne. Prawo prywatne stanowi dla Kanta prawo stanu natury. W stanie tym istnieją bowiem relacje międzyludzkie dotyczące rzeczy (tj. obrót gospodarczy), istnieje własność w sensie ekonomicznym – rozumiana jako faktyczne władztwo nad rzeczą, nie istnieją natomiast gwarancje ich sprawiedliwego uregulowania i zabezpieczenia. W stanie natury brakuje bowiem „trybunału sprawiedliwości, który – niezależnie od

⁷⁷ *Ibidem*, s. 59 i nast.

tego, czy słowa te znajdują pokrycie w rzeczywistości – stanowi najważniejszą instancję, gdy idzie o wszelkie spory prawne⁷⁸. Brak trybunału sprawiedliwości określa Kant jako brak sprawiedliwości rozjemczej (łac. *iustitia distributiva*): „[...] stan nieprawny [niem. der nicht rechtliche Zustand], czyli taki, w którym nie występuje żadna sprawiedliwość rozjemcza, zwie się stanem naturalnym (status naturalis)”⁷⁹. „Prowizoryczność” obowiązywania prawa prywatnego w stanie natury oznacza więc dla Kanta, że istniejąca w nim zbiorowość nie spełnia wszystkich wymogów, jakie stawia się sprawiedliwej zbiorowości. Stan natury jest zatem niesprawiedliwy lub też – wyrażając wierniej intencję Kanta – „mniej sprawiedliwy” niż stan prawny.

Prawo publiczne jest więc elementem gwarantującym pełną realizację zasad sprawiedliwości, a jego idea sprawiedliwości rozjemczej stanowi dopełnienie sprawiedliwości, bez którego ta ostatnia pozostaje tylko „prowizoryczna” (prawo to dla Kanta sprawiedliwe prawo – tj. prawo naturalne, łac. *ius*). Dla Kanta oznacza to, że postulat przyszłego prawa publicznego ma również w stanie natury stanowić praktyczny i obowiązujący powszechnie ideał, a więc że już „z prawa prywatnego w stanie naturalnym wypływa postulat prawa publicznego”⁸⁰. Również zatem „prowizoryczne” obowiązywanie wszelkich czynności prywatnoprawnych dokonywanych w stanie natury wymaga ich zgodności z imperatywem jurydycznym. Tylko ona gwarantować może tym czynnościom potencjalną akceptację „ze strony” przyszłego „trybunału sprawiedliwości”. Innymi słowy, czynności tych powinno się tam dokonywać zawsze niejako „z myślą” o przyszłym stanie obywatelskim. Pozwala to doprecyzować istotę „prowizorycznie” obowiązujących norm prawnych w Kantowskim stanie natury: prowizorycznych czynności w odniesieniu do rzeczy występujących w stanie natury nie można dokonywać arbitralnie i niezgodnie z praktycznymi regułami, gdyż wówczas będą też niesprawiedliwe w znaczeniu sprawiedliwości zabezpieczającej lub wyrównującej. Takie czynności nie zostałyby uznane za sprawiedliwe w rozumieniu sprawiedliwości rozjemczej, a tym samym nie mogłyby liczyć na ochronę „trybunału sprawiedliwości” występującego w stanie prawnym. Stan natury jest w koncepcji Kanta po prostu logicznym przeciwieństwem stanu prawnego⁸¹. Kantowska wizja stanu natury to podobnie jak w koncepcji Locke’a wizja stanu pozbawionego sprawiedliwego prawodawcy i bezstronnego rozjemcy sporów.

Podobnie jak stan natury umowa społeczna w filozofii praktycznej Kanta jest znacznie silniej niż w któregośkolwiek z wcześniejszych myślicieli-kontraktualistów związana z prawem⁸². Umowa społeczna w sensie ścisłym jest zawierana

⁷⁸ *Ibidem*, s. 148.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 149.

⁸¹ *Ibidem*, s. 88.

⁸² Por. E.J. Weinrib, *Law as a Kantian Idea of Reason*, [w:] B.S. Byrd, J. Hruschka (red.), *Kant and Law*, Routledge, London–New York 2006, s. 3 i nast.

wyłącznie w sferze jurydycznej, a ściślej rzecz ujmując – w sferze publiczno-prawnej. Oznacza ona zgodę na podporządkowanie się prawu i sprawia, że obowiązujące przed jej zawarciem w sposób „prowizoryczny” prawo prywatne zaczyna obowiązywać w sposób „peremptoryjny”, czyli pewny. Zgoda ta ma charakter wyłącznie deliberatywny. W myśl czysto konstruktywistycznego ujęcia Kanta do przyjęcia, że zgoda taka została wyrażona, wystarczy, aby jej przedmiot – norma prawna – był zgodny z prawidłami praktycznego rozumu. Kant nie odwołuje się do żadnych zewnętrznych procedur prawodawczych, legitymizujących normę, lecz do rozumnej woli społeczeństwa. Jak pisze: „O czym naród nie może rozstrzygnąć w odniesieniu do samego siebie, o tym i prawodawca nie może rozstrzygnąć w odniesieniu do narodu”⁸³. Stanowione normy mogą obowiązywać powszechnie tylko wtedy, gdy są zgodne z wolą praktycznie rozumnego podmiotu. Umowa społeczna – określana przez Kanta jako *contractus originarius*, tj. „umowa pierwotna” – ma więc wyłącznie status idei praktycznej. Jest wymogiem praktycznego rozumu i przy tym jest całkowicie niedowodliwa z perspektywy teoretycznej (a więc również historycznej). Polega ona na przejściu ze stanu naturalnego bezprawia (we wskazanym wyżej sensie) do stanu prawnego. Przeciwnieństwem stanu natury nie jest bowiem dla Kanta „stan społeczny, zwany też niekiedy sztucznym (*status artificialis*), lecz stan obywatelski (*status civilis*), ukonstytuowany przez społeczność poddającą się panowaniu sprawiedliwości rozjemczej”⁸⁴, czyli prawu publicznemu. Wobec tego Kant odrzuca ideę Locke’a, zgodnie z którą społeczeństwo obywatelskie miałoby koncepcyjnie poprzedzać państwo. Dla Kanta bowiem istotną zmianą dokonującą się w wyniku umowy społecznej ma być zmiana sposobu obowiązywania prawa. Stan społeczny nie gwarantuje „peremptoryjności” obowiązywania prawa, gdyż społeczeństwo jako całość jest podobnie niedoskonałym egzekutorem praw jak wchodzące w jego skład jednostki. Tym samym Locke’owska fikcja umowy pierwotnej, tworzącej „społeczeństwo obywatelskie”, jest według niego całkowicie zbędna, gdyż nie zmienia stanu bezprawia w stan prawny.

Idea umowy społecznej ugruntowana jest zatem całkowicie w konstruktywistycznej, deliberatywnej zgodzie na treść praw, wypływającej z ich zgodności z wolą powszechną⁸⁵. Wola partykularna czy też, jak określa ją Kant, wola jednostronna, nie może być źródłem zobowiązania prawnego. Wola jednostronna

⁸³ I. Kant, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale Nic nie jest warte w praktyce; Do wiecznego pokoju*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995, s. 35.

⁸⁴ I. Kant, *Metafizyka...*, 2005, s. 148.

⁸⁵ Niezwykle trafnie określa to J. Kloc-Konkołowicz, kiedy zauważa, że „Kantowska wola powszechna ma wiele cech wspólnych z wolą powszechną Rousseau. Kant umieszcza jednak wolę powszechną w kontekście namysłu moralnego oraz pozbawia ją substancjalnego charakteru, jaki nadał jej Rousseau, i przekształca ją raczej w rodzaj procedury” – patrz J. Kloc-Konkołowicz, *Rozum praktyczny w filozofii Kanta i Fichtego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2007, s. 67.

może najwyżej rodzić przemoc; można zmusić kogoś do podporządkowania się indywidualnej woli, ale nie można uznać takiego stosunku za umowny. Z perspektywy czystego rozumu praktycznego przymus jest dopuszczalny tylko jako środek gwarantujący wolność, a nigdy jako źródło zobowiązania. Dlatego właśnie dla Kanta nawet w wyjątkowej sytuacji, tj. gdy głowa państwa – zasadniczo jedynie wykonawca i gwarant obowiązywania praw – jednocześnie je stanowi, musi to czynić w zgodzie z domniemaną rozsądną wolą obywateli. Kant jest bowiem zwolennikiem ustroju, w którym władza ustawodawcza i wykonawcza są ściśle od siebie oddzielone. Za formę rządów najdoskonalej gwarantującą takie rozdzielenie uznaje on, podobnie jak Locke, ustrój, w którym wykonawcza władza monarchy współistnieje z formami reprezentacji woli obywateli kreującej obowiązujące prawa. Kant wchodzi tu jednocześnie w polemikę z Rousseau, wskazując, że jego idea suwerenności ludu zakłada niebezpieczną jedność władzy wykonawczej i ustawodawczej⁸⁶.

„Źródłowy” poziom kontraktualizmu to w koncepcji Kanta czysty poziom praktycznej idei. Jej treścią jest bowiem praktyczna konieczność wyrażenia powszechnej zgody na obowiązywanie określonych norm postępowania po to, by można było założyć, że w świecie zasadniczo rządzonego przez prawa przyrody w ogóle możliwa jest wolność woli. Poziom źródłowy nie jest tożsamy z moralnym, lecz zakłada postępowanie zgodne z prawami, które się samemu skonstruowało lub które nie są wprowadzane naszym tworem, lecz na które mimo to wyrazilibyśmy zgodę, traktując je jako nasze właśnie dlatego, że są zgodne z naszym przedstawieniem reguł, jakie powinny obowiązywać powszechnie. Mowa tu zatem o autonomii rozumu zakorzenionej w uniwersalnym i obiektywnym charakterze imperatywu kategorycznego, działającego zarówno w sferze moralnej, jak i prawnej. Wymóg zgody na treść praw (moralnych i jurydycznych) wyraża formuła imperatywu, która powiada: „postępuj zawsze według takich maksym, co do których pragnąłbyś [zgodziłbyś się na to, kierując się rozumem praktycznym – przyp. M.Ch.], by stały się powszechnym prawem przyrody”⁸⁷. Zgoda pozostaje dla Kanta istotą praktycznej rozumności⁸⁸ i – podobnie jak dla Habermasa – stanowi efekt nieinstrumentalizującej i wolnej od manipulacji wewnętrznej debaty między rozmaitymi wizjami zrealizowania uniwersalnej powinności⁸⁹. Treść zarówno moralnej maksymy, jak i empirycznej oraz pragmatycznej reguły

⁸⁶ Por. J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, [w:] *idem, Umowa społeczna oraz Uwagi o rządzie polskim*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966, s. 32–37, 48–53. Por. o tym także J. Kloc-Konkołowicz, *Rozum praktyczny...*, s. 66. O konstruktywizmie Rousseau por. m.in. F. Hayek, *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*, Wydawnictwo Aletheia, Kraków 1998, s. 10–11.

⁸⁷ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1953, s. 51.

⁸⁸ P. Łuków, *Wolność i autorytet rozumu*, Wydział Filozofii i Socjologii Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1997, s. 74.

⁸⁹ *Ibidem*.

jurydycznej staje się więc przedmiotem oceny przez pryzmat domniemanej zgodności z najwyższą zasadą praktyczną uosabianą przez imperatyw kategoryczny. Ta powszechna, obiektywna wola nie jest bezpośrednim źródłem prawa, lecz ze względu na swój czysto formalny charakter stanowi punkt odniesienia i źródło wskazówek dla przeprowadzanej korekty.

Dla Hobbesa, odwołującego się do przesłanek empirycznych i hedonistycznych, do zawarcia umowy społecznej skłaniał człowieka przede wszystkim obecny w stanie natury lęk przed bólem i utratą życia oraz przyszła korzyść własna, która staje się udziałem obywatela państwa powołanego na drodze społecznego kontraktu. Kant daleki jest od pewności co do tego, że lęk i chęć zaspokojenia własnych interesów mogą człowieka skłonić do wstąpienia w stan obywatelski i prawny. Sfera emocjonalna, do której odwołuje się Hobbes, jest dla Kanta sferą ciemną, nieprzejrzystą. Z doświadczenia nie da się wywieść pewnych zasad. Być może znaleźliby się tacy, którzy w takich okolicznościach skłonni byłiby zawrzeć umowę, ale znajdują się pewnie i tacy, dla których umowa i wiążące się z nią samoograniczenie wcale nie muszą być korzystne. Dostrzegając słabość takiego rozumowania, zawarcie umowy społecznej czyni Kant wyłącznie obowiązkiem czystego, praktycznego rozumu⁹⁰. Usuwa je zatem ze sfery nawet hipotetycznego bytu, całkowicie przesuwając w sferę powinności. Każdy praktycznie rozumny podmiot powinien według niego pragnąć zawarcia umowy. Dla człowieka, którego wolność tożsama jest z autonomią, przejście ze stanu, w którym prawo nie obowiązuje powszechnie, do stanu jego bezwyjątkowego obowiązywania jest więc praktyczną, tj. obiektywną koniecznością. Nie wiąże się z zaspokojeniem empirycznie pojmowanej korzyści własnej, czyli skłonności powiązanej z substancjalnie i przygodnie pojmowaną naturą ludzką, lecz pozostaje wyłącznie formalną powinnością nieinstrumentalnego, tj. właśnie praktycznego rozumu. W ten sposób Kant oczyszcza koncepcję umowy społecznej z obecnych we wcześniejszej tradycji kontraktualistycznej „naleciałości” naturalistycznych i może twierdzić, że zarówno umowa społeczna, jak i będący jej efektem stan obywatelski byłyby logicznie możliwe również w społeczności racjonalnych diabłów. Nie wikła się więc w trudności substancjalnej wizji instrumentalnej racjonalności, na które współcześnie wskazują np. teoretycy gier⁹¹. Tworzy natomiast model praktycz-

⁹⁰ O tej różnicy między Kantem a Hobbesem pisze J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, s. 125–126.

⁹¹ W tej kwestii polecam opracowania poświęcone teorii gier, np. D. Fudenberg, J. Tirole, *Game Theory*, MIT Press, Cambridge 1991; P.C. Ordeshook, *Game Theory and Political Theory. An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge 1999; J.D. Morrow, *Game Theory for Political Scientists*, Princeton University Press, Princeton 1994; H. Gintis, *Game Theory Evolving*, Princeton University Press, Princeton 2000; z dostępnych w języku polskim: M. Malawski, A. Wiecek, H. Sosnowska, *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004; P.D. Straffin, *Teoria...*

nie rozumnego, wzorcowego podmiotu i odwołuje się do niego dla powszechnego uprawnienia normy. Tę właśnie metodę Kanta analogicznie wykorzysta Rawls, nieznacznie modyfikując ją w swojej koncepcji „zasłony niewiedzy”. Oczywiście idea „rozumnego” kontraktu wyraża się w nałożeniu na ustawodawcę obowiązku stanowienia wyłącznie praw odpowiadających określonym – modelowym – kryteriom. Oznacza to, że nie każda reguła pragmatyczna – tzn. reguła służąca wspólnemu dobru określonej społeczności i nawet zewnętrznie przez nią akceptowana – może być prawem powszechnie obowiązującym. Konieczna jest jeszcze zgodność tej reguły z przyjętym modelem obiektywnych kryteriów praktycznej racjonalności.

4.8. Teoretyczna racjonalność i praktyczna racjonalność jako fundamenty społecznej kooperacji: prawo w świetle konstruktywistycznej syntezy Rawlsa

Zarówno czysto utylitarystyczna wizja Hobbesa czy Gauthiera, jak i czysto konstruktywistyczna koncepcja Kanta rodzą problemy. O problemie kontraktarianizmu wspominałem już wcześniej, natomiast problemem Kantowskiego konstruktywizmu jest całkowite oderwanie rozważań nad źródłami władzy prawodawczej od doświadczenia i społecznej użyteczności. Osadzenie umowy społecznej wyłącznie w praktycznym obowiązku usuwa z pola widzenia rolę teoretycznej racjonalności w jej rozumieniu ekonomicznym i związanego z nią maksymalizowania korzyści, co – rzecz jasna – jest nieintuicyjne i raczej kontrfaktyczne. Tak jak nie da się z ludzkiego świata usunąć dążenia do dobra, tak nie da się ze sfery polityczno-prawnej usunąć dobra społeczności, opierając się jedynie na sprawiedliwości. To właśnie dostrzega Rawls, który próbuje połączyć (formalnie pojmowane) dobro ze sprawiedliwością, teoretyczną i teleologiczną racjonalność z praktyczną racjonalnością oraz poniekąd również utylitaryzm (nawet jeśli ostro z nim polemizuje) z konstruktywizmem. W uniwersum kluczowej dla zachodniej kultury politycznej umowy społecznej buduje on zatem spektakularną syntezę, której zadaniem jest odzwierciedlenie pluralistycznej różnorodności współczesnych zachodnich demokracji. Punktem odniesienia dla Rawlowskiej syntezy jest nieco wyidealizowana koncepcja liberalno-demokratyczna, która opiera się na koncyliacyjnej, konsensualnej wizji polityki zmierzającej do wypracowania takiej formuły postępowania z nieuniknionym społecznym konfliktem, by możliwa była względnie niezakłócona i stabilna kooperacja społeczna⁹². Jest to zatem wizja alternatywna wobec polityki

⁹² To wizja nawiązująca do liberalnej i republikańskiej idei umowy społecznej, zgody czy porozumienia jako fundamentu polityki. Na temat umowy społecznej patrz m.in. J.W. Gough, *The Social Contract: A Critical Study of its Development*, Clarendon Press, Oxford 1957; M. Lesnoff,

postrzeganej antagonistycznie (C. Schmitt⁹³, marksizm, nacjonalizm) lub agonistycznie (Ch. Mouffe⁹⁴). Zakładam, że koncepcja ta jest obecnie, tj. w trzecim dziesięcioleciu XXI wieku, wciąż jeszcze aktualna w świecie zachodnim, nawet jeśli aktualność ta właśnie przemija⁹⁵.

Nie przesądzając ontycznej prawdziwości założeń leżących u podstaw tej koncepcji, zakładam również, że intuicje Rawlsa zawarte w *Liberalizmie politycznym* najtrafniej ją wyrażają⁹⁶. Jego koncepcja ma dla mnie szczególne znaczenie. Traktuję go bowiem nie tylko jako filozofa polityki, który odnowił zainteresowanie normatywną teorią polityczną, lecz jednocześnie jako teoretyka liberalnej formuły demokracji, tj. kogoś, komu – mimo normatywnego charakteru jego koncepcji – udało się względnie trafnie uchwycić istotę współczesnych społeczeństw demokratycznych świata zachodniego.

Obiektywna istota takiej koncepcji polityki wyraża się, zdaniem Rawlsa, m.in. w tym, że polityczne decyzje powinny być podejmowane nie tylko w oparciu o techniczną racjonalność (np. ekonomiczną), odróżnienie wroga od przyjaciela czy klasowy konflikt, lecz muszą być możliwe do uzasadnienia rozumnymi względami⁹⁷, albo inaczej – że „dobre zarządzanie” społeczeństwa demokratycznego to poszukiwanie rozwiązań nie tylko racjonalnych technicznie, popieranych polityczną i ekonomiczną siłą, ale „po prostu” rozumnych⁹⁸. W największym uproszczeniu rozumność ta oznacza zgodność tych rozwiązań z celami i wartościami (czyli względami), które są wyznaczane przez powszechnie przyjęte koncepcje podstawowej (tj. ograniczonej do stosunkowo wąskiej sfery politycznej) sprawiedliwości oraz dobro ogółu, które w społeczeństwach liberalno-demokratycznych stanowi wypadkową dobra zrzeszonych w nim jednostek, tj. ma charakter agregatywny, a nie substancjalny (jak np. klasycznie republikańskie lub komunitariańskie dobro wspólne)⁹⁹. Niezbędnym elementem tej rozumności

Social Contract, Macmillan, London 1986; D. Boucher, P. Kelly (red.), *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, Routledge, London 1994; W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1994; A. Peretiatkowicz, *Idea umowy społecznej w rozwoju historycznym*, Niemierkiewicz–Wende, Poznań–Warszawa 1920; Cz. Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Wydawnictwo Znak, Kraków 1999; Z. Rau, M. Chmieliński (red.), *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010.

⁹³ C. Schmitt, *Pojęcie polityczności*, [w:] *idem, Teologia polityczna i inne pisma*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2000, s. 191–250.

⁹⁴ Ch. Mouffe, *Polityczność*, Wydawnictwo Krytyka Polityczna, Warszawa 2008, s. 23 i nast.

⁹⁵ Na ten temat patrz np. A. Toplišek, *Liberal Democracy in Crisis. Rethinking Resistance under Neoliberal Governmentality*, Palgrave Macmillan, Cham 2019.

⁹⁶ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.

⁹⁷ Odróżnienie racjonalności od rozumności u Rawlsa: *ibidem*, s. 89–90 w przypisach.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 73 i nast.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 45.

jest zasada ochrony usprawiedliwionych interesów, podstawowych wolności i praw członków społeczeństwa. Społeczeństwa demokratyczno-liberalne to bowiem społeczeństwa, w których na równi z ochroną dobra ogółu ma być też chronione dobro jednostki albo – inaczej mówiąc – w których dobro ogółu jest z jednej strony pojmowane jako agregacja dobra zrzeszonych w nim jednostek, z drugiej zaś, przy świadomości, że agregacja ta jest zawsze niedoskonała, brane są również pod uwagę prawa i wolności jednostek oraz rozmaitych mniejszości¹⁰⁰. Upraszczając, powiedzieć można, że to właśnie ta podwójna ochrona konstytuuje tę historycznie unikalną formę społeczeństwa jako liberalno-demokratyczną¹⁰¹, stanowiąc niezbywalny składnik jej publicznej rozumności.

Jako jedna z najważniejszych instytucji współczesnych społeczeństw demokratycznych prawo stanowi manifestację określonej publicznej rozumności. Dlatego również pozornie światopoglądowo neutralne cele i wartości o charakterze wewnętrznym, manifestowane przez prawo obowiązujące we współczesnych społeczeństwach demokratycznych, stanowią pochodną głębszych, filozoficzno-politycznych założeń. Powszechnie akceptowane cele i wartości, związane z jednej strony z racjonalnością prawa, zarówno tą „techniczno-logiczną” (jak np. spójność czy niesprzeczność), jak i ekonomiczną (jak np. efektywność jego norm czy zasada tzw. ekonomiki procesowej), z drugiej zaś z etyką prawa (jak zasada pewności prawa, jego zrozumiałości dla podmiotów mu podporządkowanych, zasada niedziałania prawa wstecz czy zasada bezstronności organów stosujących prawo), są pochodną filozoficzno-politycznych założeń związanych z liberalizmem i rozwojem współczesnego państwa demokratycznego. Muszę w tym miejscu podkreślić, że przedstawiona w tym podrozdziale koncepcja jest koncepcją Rawlsowską w tym znaczeniu, że stanowi także rozwinięcie i zastosowanie kontraktualistycznej koncepcji Rawlsa do sfery prawnej.

Możemy przyjąć, że jakaś część wspomnianych wyżej liberalno-demokratycznych zasad, celów i wartości (rozumnych względów) jest powszechnie akceptowalna (tj. ma wymiar „idealny”). Akceptowalność dotyczy na pewno naczelnych zasad konstytuujących współczesne demokracje, tj. takich reguł, jak zasada demokracji, rozdzielenie i wzajemne hamowanie się władz, ochrona praw i wolności człowieka, zasada bezstronnego procesu i bezstronnego traktowania przez organy administracji publicznej itp. Może ona dotyczyć także najważniejszych i najbardziej oczywistych pryncypiów o charakterze tożsamościowym, tj. zasad związanych z kulturową i historyczną odmiennością współczesnych społeczeństw demokratycznych. Te pierwsze, a z tych drugich te, które w sposób

¹⁰⁰ N. Wolterstorff, *Essays in Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 126.

¹⁰¹ P. Dunleavy, B. O’Leary, *Theories of The State. The Politics of Liberal Democracy*, Houndmills, Basingstoke–London 1987, s. 5; J. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, New York 2000, s. 9; R. Hardin, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford University Press, New York 1999, s. 165 i nast.

najbardziej oczywisty wiążą się z lokalną specyfiką, łączącą wszystkich członków konkretnego społeczeństwa, mogą być – moim zdaniem – podobnie jak pryncypia naczelne, uznane za „idealnie akceptowalne”, co oznacza, że nie trzeba empirycznie „sprawdzać” ich powszechnej akceptacji, lecz można ją po prostu z góry – tj. apriorycznie i po kantowsku – założyć. Są to bowiem zasady, które intuicyjnie i często niejako „z dobrodziejstwem inwentarza” popierane są przez demokratyczne społeczeństwa. Nie wyklucza to oczywiście istnienia środowisk czy grup, które je kwestionują (np. fundamentalizm islamski, różne formy lewicowego i prawicowego radykalizmu itp.), lecz te grupy czy środowiska mają na ogół charakter marginalny.

Ich „idealnej” akceptowalności dowodzi nie tylko formalne, ale i faktyczne obowiązywanie we współczesnych demokracjach instytucjonalno-organizacyjnych rozwiązań chroniących te naczelne cele i wartości. Są nimi chociażby parlamenty, które w rozmaitych – kulturowo zdeterminowanych – formach działają we wszystkich współczesnych demokracjach. Taką instytucją jest kontrola konstytucyjności prawa, która, w zależności od sądowych tradycji, jest różnie realizowana – albo przez sądy powszechne, albo specjalne trybunały konstytucyjne. Taką instytucją jest wyodrębnienie organów służących realizacji zasady podziału władzy, które również nie jest takie samo pod każdą szerokością geograficzną. Można więc założyć, że realizowane przez te instytucje zasady demokratyczne w mniejszym lub większym stopniu intuicyjnie i często niejako „z dobrodziejstwem inwentarza” są popierane w każdym społeczeństwie liberalno-demokratycznym i w każdym takim społeczeństwie muszą być podobne (choć niekoniecznie takie same). Inaczej społeczeństwo takie nie mogłoby być określane jako liberalno-demokratyczne. Mamy tu zatem do czynienia ze swoistym ideologicznym, konstytucyjnym „rdzeniem” (lub „ramą”), który buduje się, biorąc pod uwagę fundamentalne dla liberalnych demokracji podobieństwa, a nie różnice między nimi.

Jednakże współczesne społeczeństwa liberalno-demokratyczne różnią się od siebie czymś więcej niż samym tylko kształtem instytucji służących ochronie podobnych, konstytucyjnych, liberalno-demokratycznych zasad, wartości i celów. Przeciwnie założenie w liberalnych demokracjach stałoby w sprzeczności z fundamentalnym dla nich wymogiem poszanowania kulturowej i światopoglądowej różnorodności zrzeszonych w nim obywateli¹⁰². Do tej grupy należą zasady, cele i wartości, które odzwierciedlają rozmaite, często głębokie różnice między poszczególnymi społeczeństwami demokratycznymi. Mam

¹⁰² Od XVII wieku to właśnie sprzeciw wobec unifikacji i uniformizacji wartości, która narzucana była przez rozmaite autokratyczne, konfesyjne, absolutystyczne lub w końcu totalitarne formy ustrojowe społeczeństw zachodnich, stanowił jedno z najważniejszych źródeł historycznej genezy dzisiejszych liberalnych demokracji – por. J. Habermas, *Three Normative Models of Democracy*, [w:] S. Benhabib (red.), *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton 1996, s. 21.

tu na myśli nie tylko po prostu różnice kulturowe, ale również np. odmienne „zabarwienie ideologiczne” tych społeczeństw czy różnice wynikające z odmiennych tradycji, innej religijności, odmiennych historycznych doświadczeń itp. Choć mają one charakter lokalny, nie muszą to być zasady, cele i wartości konstytutywne dla tożsamości tych społeczeństw (tj. „wytwarzające” te tożsamości). Powszechnego poparcia dla tego rodzaju zasad, celów i wartości nie da się, moim zdaniem, przyjmować apriorycznie, poprzestając na założeniu ich idealnej akceptowalności. Ich realna, tj. „nieidealna” akceptacja zakładać musi przynajmniej (super)większościowe poparcie dla płynących z nich racji normatywnych, które mają być następnie uznane za publicznie obowiązujące i urzeczywistniane w podejmowanych publicznych decyzjach oraz wcielane w życie w ramach publicznych instytucji (m.in. w prawie).

Jest też oczywiste, że te lokalne zasady, cele i wartości nie mogą burzyć tych politycznych zasad, celów i wartości, które są bezpośrednio, koniecznie i apriorycznie akceptowalne na gruncie założeń liberalno-demokratycznych. Te ostatnie tworzą bowiem konieczny intelektualny i instytucjonalny fundament, który jest niezbędny do tego, by takie społeczeństwo mogło być w ogóle uznane za liberalno-demokratyczne. Ta reguła działa jednak „w obie strony”. Założenia demoliberalne, które kulturowo „gleichschachtują”, tj. burzą kulturową specyfikę lokalnych/narodowych wartości, celów i wyznawanych ideałów, sprzeciwiają się istocie demoliberalizmu. Wolność wyboru, sumienia i wyznania, a więc również akceptacja dla różnorodności, wpisane są bowiem w założenie, zgodnie z którym liberalna demokracja wytwarza „ramę” dla społecznego pluralizmu. Dlatego pluralistyczne treści normatywne wyznawane w ramach społeczeństwa obywatelskiego, a pochodzące m.in. z funkcjonujących w nim rozległych doktryn religijnych, światopoglądowych (ideologicznych), naukowych i innych, muszą być oceniane przez pryzmat zgodności bądź niezgodności z konstytucyjną, tj. publiczną „ramą”. Są one poddawane w ten sposób „konstytucyjnemu testowi”, pozwalającemu orzec, które z nich są zgodne, a które nie są zgodne z samą istotą liberalnej demokracji. Jednakże ta istota, oprócz tego, że z założenia jest stosunkowo pojemna (organizuje wielość treści pochodzących z pluralistycznego społeczeństwa), jest też sama w sobie dynamiczna, stanowi bowiem efekt nieprzerwanej historycznej, kulturowej i światopoglądowej ewolucji. Dynamiczny wymiar samych wartości liberalno-demokratycznych oznacza, że to, co dzisiaj z trudem mieści się w katalogu idealnych celów i wartości liberalnej demokracji, za sprawą politycznego konsensu w przyszłości może się w nim znaleźć. Klasycznym przykładem zasady, która raptem w ciągu ostatnich stu lat stała się integralną częścią tego katalogu, są powszechne prawa wyborcze, które np. w Szwajcarii, kraju o jednej z najdłuższych tradycji demokratycznych w Europie, dopiero w latach siedemdziesiątych XX wieku objęły kobiety. Nie jest też wykluczone, że inne normatywne treści, które znajdują się dzisiaj w tym idealnym katalogu, w przyszłości, w toku historycznej ewolucji mogą z niego „wypaść”.

W takim demoliberalnym „teście publicznej rozumności” poddaje się ocenie normatywne treści obecne w społeczeństwach obywatelskich dzisiejszych demokracji, czyli – mówiąc językiem Rawlsa – treści wypływające z tzw. kultury podłoża – które roszczą sobie pretensje do powszechnej ważności, tj. do obowiązywania dla całości albo przynajmniej dla znaczącej części społeczeństwa¹⁰³. Jak wspomniałem, treści takie pochodzą z różnych rozległych doktryn kształtujących ludzkie światopoglądy i w interesującym nas wymiarze politycznym obejmują głównie różne wizje dobra ogółu i podstawowej sprawiedliwości, czego efektem są z kolei różniące się od siebie wizje dobrze urządzonego społeczeństwa. Wizje te bywają ze sobą zbieżne (choć zazwyczaj jedynie częściowo), ale niekiedy są też niemożliwe do pogodzenia (najczęściej również częściowo). Zawierają one pomysły na dobrze urządzone społeczeństwo oraz ich uzasadnienia, które mogą być rozumne w liberalno-demokratycznym sensie postulowanym przez Rawlsa bądź nie. Mogą być one przy tym rozumne jedynie społecznie, tj. przedstawiać racje i względy o zasięgu ograniczonym tylko do jakiejś części społeczeństwa, tj. do jakiegoś stowarzyszenia czy społecznej grupy (np. mniejszości religijnej, towarzystwa naukowego, partii politycznej, związku zawodowego, klubu sportowego itp.), w których wiara w ich prawdziwość lub powszechnie wiążący charakter jest ograniczona jedynie do ich członków (np. wiara w konieczność wyłączenia ruchu samochodowego na rzecz rowerowego w miastach, panująca wśród miłośników kolarstwa, a niepodzielana przez większość społeczeństwa). Mogą one jednak być publicznie rozumne, tj. zawierać racje i względy warte wzięcia pod uwagę z punktu widzenia całego społeczeństwa (np. idea upowszechniania ruchu rowerowego jako elementu zdrowego modelu życia, która może być publicznie zaakceptowana)¹⁰⁴. Dla Rawlsa dobrze urządzone społeczeństwo liberalno-demokratyczne dokonuje więc selekcji nie tylko pomiędzy doktrynami rozumnymi i nierozumnymi, odrzucając nierozumne jako niewarte wdrożenia lub wręcz niedopuszczalne (np. segregacja rasowa), ale także pomiędzy doktrynami rozumnymi na sposób publiczny i niepubliczny. Tych niepublicznie rozumnych jednak nie odrzuca, lecz umożliwia ich swobodne artykułowanie, m.in. poprzez ochronę praw mniejszości oraz swobody wypowiedzi, sumienia i wyznania (np. nie zakazuje się głoszenia przez przedstawicieli stowarzyszenia kolarskiego idei zastąpienia rowerów samochodami w miastach, ale jednocześnie nie pozwala się na powszechne wdrożenie tego pomysłu w praktyce społecznej). Jednocześnie może ono aktywnie zmierzać do wdrażania zarówno tych, które są rozumne publicznie, jak i tych, które są rozumne społecznie (niepublicznie), jeśli rozważając je, uzna, że są one warte zapewnienia im zinstytucjonalizowanej ochrony. Rozumność polityki liberalno-demokratycznej, pojmowanej jako procedura, po

¹⁰³ J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 294.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

zastosowaniu której wyłonić się mają wizje wdrażane w ramach tej polityki, wydaje się więc zakładać niejako dwa szczeble czy też stopnie „ważenia” tego, które pomysły na „dobre urządzenie” społeczeństwa mają zostać wdrożone, a które nie.

Szczeblem wstępnym jest wyłonienie treści rozumnych i oddzielenie nierozumnych. Podkreślam raz jeszcze, że rozumność taka nie jest tożsama z teoretyczną i teleologicznie zdeterminowaną racjonalnością, lecz jest już „kontyngentna” moralnie, czyli sięga do namysłu i sądów wartościujących oraz uwzględnia intersubiektywny punkt widzenia i słuszność działania, podejmowanego w sposób rozumny¹⁰⁵. Nie jest to zatem tylko ocena, czy treści te są po prostu racjonalne, tj. czy zrealizowanie ich zaleceń przyczyni się do efektywnego osiągnięcia jakichkolwiek stawianych sobie przez społeczeństwo celów, lecz same te cele muszą być już przynajmniej dopuszczalne z punktu widzenia idealnych, liberalno-demokratycznych pryncypiów (realizacji dobra ogółu, a nie dobra partykularnego, reguł podstawowej sprawiedliwości, ochrony dobra obywateli, ochrony fundamentalnych praw człowieka, ochrony praw mniejszości itp.). Na tym etapie oddziela się zatem te treści, które godzą w samą ideę rozumnie urządzonego i jednocześnie rozumnie pluralistycznego społeczeństwa¹⁰⁶. Innymi słowy, wyklucza się te wizje, które wprost uniemożliwiają realizację najważniejszych demoliberalnych wartości i celów. Jeśli na przykład w społeczeństwie reprezentowana jest doktryna, wedle której część członków społeczeństwa powinna służyć wyłącznie za narzędzie dla innej części społeczeństwa (np. przedstawiciele ras niższych w doktrynach rasistowskich), albo wręcz powinna zostać wyeliminowana ze względu na jakieś jej cechy grupowe (np. Żydzi i Romowie w wizji nazistowskiej albo „kułacy” i przedstawiciele burżuazji w koncepcjach realizujących założenia marksizmu-leninizmu), albo powinna zostać zmuszona do wyznawania jakiejś religii, bo w przeciwnym wypadku zostanie społecznie „wyklęta”, to z punktu widzenia tej polityczno-moralnie kontyngentnej, liberalno-demokratycznej koncepcji rozumności taka wizja nie może być w ogóle uznana za rozumną, mimo że jest racjonalna (tj. można na jej gruncie sformułować instrumentalnie logiczne racje). Natomiast nawet doktryny zakładające różne partykularyzmy czy różnice między jednostkami i grupami, które jednak zgadzają się z fundamentalnym indywidualistycznym założeniem, że jednostkom przysługują jednakowe podstawowe uprawnienia i wolności, pozostają rozumne w świetle tej koncepcji rozumności. Posługując się terminologią Rawlsa i nieco ją upraszczając, pierwszy etap selekcji pozwala na wyłonienie celów i wartości zaczerpniętych z grupy

¹⁰⁵ W celu rozjaśnienia rozumienia obu tych terminów w kontekście Rawlsa, ale i w kontekście szerszym polecam: R. Kleszcz, *Racjonalność a rozumność w kontekście myśli Johna Rawlsa*, „Przegląd Filozoficzny” 2021, R. 30, nr 4(120), s. 350.

¹⁰⁶ M. Rupniewski, *Prawo jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji w społeczeństwie demokratycznym. Filozofia polityczna Johna Rawlsa z perspektywy prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015, s. 57.

rozległych rozumnych doktryn, tj. takich, które – choć różnorodne – są akceptowane z punktu widzenia fundamentalnych celów i wartości liberalno-demokratycznych społeczności.

Drugim etapem selekcji jest natomiast wyłonienie treści rozumnych publicznie poprzez oddzielenie ich od tych, które nie mogą być uważane za publicznie rozumne z punktu widzenia zasad liberalno-demokratycznych. Posługując się rozróżnieniem wprowadzonym przez Rawlsa, odróżniamy tu treści rozumne tylko społecznie, tj. takie, które pochodzą z różnych rozumnych doktryn składających się na tzw. kulturę podłoża, wytwarzaną przez społeczeństwo obywatelskie, od treści rozumnych publicznie, które budują tzw. kulturę publiczną społeczeństwa obywatelskiego¹⁰⁷. Rozróżnienie to pojmuję w ten sposób, że w sferze rozumu publicznego mieszczą się tylko te koncepcje, które mają charakter konstytucyjny lub fundamentalnie tożsamościowy, oraz te, co do których istnieje jednomyślna lub superwiększościowa zgoda (empiryczna akceptacja, a nie idealna akceptowalność)¹⁰⁸, że mają one fundamentalne ustrojowe znaczenie dla konkretnego społeczeństwa demokratycznego i jednocześnie jest jasne, że ich przyjęcie nie godzi w liberalno-demokratyczny fundament (korygujący element normatywny i aprioryczny). Na przykład niektóre elementy politycznych doktryn opartych na marksizmie, a nawet elementy partykularystycznej wizji klasowej są możliwe do pogodzenia z demokracją i założeniem powszechnej ochrony praw i wolności jednostek. Te elementy zostają na tym etapie sklasyfikowane jako rozumne. Klasycznym przykładem takich treści normatywnych są powszechnie przyjmowane we współczesnych społeczeństwach demokratycznych założenia ochrony „słabszego” pracownika przed „silniejszym” pracodawcą, będące najczęściej pokłosiem marksistowskich koncepcji klasowych. Z podobnych rozległych doktryn pochodzą powszechne dzisiaj rozwiązania paternalistyczne w prawie ochrony konsumenta, gdzie zakłada się, że interesy podmiotów „słabych”, tj. dotkniętych epistemiczną niedoskonałością (nieświadomych wszystkich konsekwencji zawieranych przez nich umów) należy zasadniczo chronić przed silniejszymi i instytucjonalnie „lepiej zorientowanymi” podmiotami profesjonalnymi. Ochrona wartości narodowych w zglobalizowanym świecie zakłada natomiast często ochronę majątku i kultury narodowej przed zagrożeniami płynącymi od silniejszych ekonomicznie lub kulturowo podmiotów polityki i gospodarki międzynarodowej (np. ochrona zasobu ziemi rolnej przed masowym wykupem przez obcokrajowców pochodzących z zamożniejszych społeczeństw¹⁰⁹).

¹⁰⁷ J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 303.

¹⁰⁸ Zdaję sobie sprawę, że Rawls tak tego nie rozumie i że dla niego istotna jest tylko idealna akceptowalność, tu jednak wychodzę nieco poza niego.

¹⁰⁹ Czynną to poprzez wymóg zamieszkiwania przez rolnika uprawnionego do nabycia od 5 lat na terenie gminy, w której nabywana jest nieruchomość rolna, lub na terenie gminy sąsiedniej – zob. art. 6 ust. 1 w związku z art. 3 ust. 7 ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz.U. z 2020 r., poz. 1655 ze zm.).

Współczesne społeczeństwa liberalno-demokratyczne dysponują wieloma instytucjami, które zakładają mechanizmy uzyskania takiej akceptacji. Jedną z najistotniejszych instytucji, będącą pochodną fundamentalnej dla współczesnych demokracji zasady praworządności, jest szeroko rozumiany proces legislacyjny i będące jego wynikiem prawo. To bowiem przede wszystkim w jego ramach przeprowadzany jest *de facto* wyżej opisany test rozumności. Prawo jest w tych społeczeństwach jednocześnie wynikiem podejmowanych decyzji i gwarantem tego, że decyzje te nie będą arbitralne. Podział władz i mechanizm ich wewnętrznego hamowania się mają gwarantować ten właśnie autorytet i zapewniać niearbitralność, a więc i publiczną rozumność decyzji podejmowanych na podstawie i w granicach prawa. Instytucje te, najpierw parlamenty, a następnie sądy i organy administracji, są – jak niezwykle trafnie określa to Eric MacGilvray – „praktykami publicznego rozumu”¹¹⁰, co oznacza, że prowadzona w ich ramach debata zmierza do wydobycia spośród społecznej różnorodności światopoglądowej cechującej demokratycznego suwerena publicznie rozumnych treści i uczynienie tych treści podstawą dla działalności władzy (zasadniczo przynajmniej wobec własnych obywateli). Ostateczny „produkt” działalności tych instytucji – powszechnie obowiązujące prawo – powinien więc być nacechowany nie tylko po prostu techniczną racjonalnością, zgodną z minimalnym założeniem „racjonalnego ustawodawcy”, którego decyzje wykląda się przez ten pryzmat, nawet jeśli prawa nie wydają się racjonalne (tj. zmierzające do realizacji jakichkolwiek celów czy racji). Powinny one być również publicznie rozumne na wyżej opisany liberalno-demokratyczny sposób, ponieważ ich rolą jest m.in. „wyselekcjonowanie” publicznie rozumnych treści pochodzących z tych rozległych doktryn, które są uznawane za rozumne. Innymi słowy, procesy legislacyjne pełnią funkcję swoistego „pasa transmisyjnego” dla zróżnicowanych treści normatywnych pochodzących ze sfery społeczeństwa obywatelskiego i kultury podłoża, które po „wyselekcjonowaniu” i „przefiltrowaniu” przez szeroko rozumiane organy prawotwórcze stają się częścią publicznej przestrzeni normatywnej, tj. zaczynają obowiązywać wszystkich członków społeczeństwa bez względu na światopogląd czy kulturowe zróżnicowanie. Włączenie ich do prawa pozytywnego, tj. prawno-pozytywna jurydyzacja¹¹¹ tych treści, pozwala wesprzeć to obowiązywanie publicznym przymusem. Konstytucyjny „filtr publicznej rozumności” działa zgodnie z wyżej opisanym mechanizmem podwójnego testowania. Do polityczno-prawnej debaty, jaka toczy się w ramach instytucji legislacyjnych, trafiają różne projekty normatywne, tj. również takie, które odwołują się do partykularnych, tj. grupowych interesów i celów,

¹¹⁰ E. MacGilvray, *Reconstructing Public Reason*, Harvard University Press, Cambridge–London 2004, s. 190.

¹¹¹ Na ten aspekt zjawiska jurydyzacji w społeczeństwach demokratycznych zwraca uwagę np. J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. II, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 638 i nast.

a czasem nawet wręcz do interesów prywatnych (np. opisywany przez Waldrona w jego pracy pt. *The Law* przykład służący wyłonieniu przez niego „stronniczego modelu prawa”)¹¹². Instytucje te w procesie stanowienia prawa najpierw oddzielają treści rozumne od nierozumnych, a następnie rozumne są selekcjonowane na rozumne publicznie lub niepublicznie, czyli społecznie. Oznacza to, że wszystkie treści normatywne, które przechodzą taką selekcję, muszą być bezpośrednio (w przypadku obowiązków wiążących się bezpośrednio z konstytucją, takich jak np. powszechne prawo wyborcze czy ochrona praw jednostek i dobra ogółu) lub pośrednio zgodne z konstytucją, tj. bezpośrednio lub pośrednio publicznie rozumne. Innymi słowy treści te są zawsze „genetycznie” społecznie rozumne, tj. pochodzą z tego, co Rawls określał mianem „kultury podłoża”¹¹³, ale poprzez wyselekcjonowanie z nich treści zgodnych z konstytucją stają się one w pewnym sensie częścią publicznego rozumu konkretnego społeczeństwa (czyli poddają się publicznie rozumnemu uzasadnieniu).

Procesy budowania publicznej rozumności prawa w większości współczesnych demokracji są wielopoziomowe i często niezwykle czasochłonne. Ponadto procesy te w świecie nieidealnym nie działają w sposób doskonały. Polityczno-prawne instytucje, które są zaangażowane w te procesy, odgrywają w nich kluczową rolę. Przypada ona z pewnością parlamentom, które są głównymi twórcami prawa. W świecie idealnym akty normatywne, które stanowią rezultat prac parlamentu, zawierałyby wyłącznie normy i przepisy publicznie rozumne, tj. zgodne z regułami i normami konstytucyjnymi. Jest jednak jasne, że w świecie nieidealnym nie zawsze są one z nimi zgodne. Wobec tego proces legislacyjny należy tu rozumieć szerzej niż tylko jako przeprowadzenie różnych treści przez sformalizowane tryby i procedury ustawodawcze. W procesie tym niezwykle istotną rolę odgrywają również organy badające konstytucyjność tych norm i przepisów *post factum* (tj. ich publiczną rozumność), którymi w zależności od przyjętego przez dane społeczeństwo modelu badania tej konstytucyjności (sądowego lub przez specjalne trybunały) mogą być sądy lub konstytucyjne trybunały. Są nimi jednak również sądy powszechne i organy administracji publicznej, które stosują prawo i w procesie tego stosowania zdolne są do „wychwytywania” i w dalszej kolejności także do usuwania elementów niekonstytucyjnych.

Wyżej opisany proces budowania przez demokratyczne instytucje legislacyjne publicznej rozumności prawa pokazuje, że prawo w liberalno-demokratycznym społeczeństwie nie może być neutralne światopoglądowo w sensie „genetycznym”, gdyż oprócz względnie jednolitych treści doktrynalnych, fundujących liberalno-demokratyczny, niezbędny zrąb normatywny, zawiera ono także treści zaczerpnięte z różnych rozległych rozumnych doktryn, które w procesie legislacyjnym przechodzą „obróbkę” i są „filtrowane” przez pryzmat

¹¹² J. Waldron, *The Law*, Routledge, New York 1990, s. 12.

¹¹³ J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 303.

liberalno-demokratycznej rozumności. Pojawia się tu zatem problem pluralizmu. Oznacza to bowiem ni mniej, ni więcej, tylko tyle, że liberalna koncepcja publicznego rozumu rości sobie prawo do oceny treści pochodzących spoza rozległej rozumnej doktryny, jaką jest liberalizm (zakładam, że liberalizm jest taką doktryną po prostu dlatego, że nie mam żadnych dobrych powodów do tego, by założyć, że jest odwrotnie i że to on właśnie jest heglowsko-fukuyamowskim „końcem historii”¹¹⁴). Jak wyżej wspomniałem, model ten wydaje się obecnie wciąż jeszcze dominować w liberalnych demokracjach zachodnich. Nie ma raczej wątpliwości, że współczesne społeczeństwa demokratyczne świata zachodniego powszechnie funkcjonują w oparciu o jakąś wersję „indywidualistycznej kultury”, charakterystycznej właśnie dla liberalizmu¹¹⁵. Manifestuje się ona w powszechnym, choć często wyłącznie deklaratywnym wyznawaniu wartości, takich jak m.in. ochrona praw człowieka, swobody sumienia i wyznania, ochrona mniejszości czy też np. wolny rynek jako fundament gospodarki¹¹⁶. Społeczeństwa te zawierają też wiele liberalnych instytucji i organów będących polem dla realizacji koncyliacyjnej wizji polityki.

Nie zmienia to jednak faktu, że w tych samych liberalnych demokracjach występują też inne, niemniej silne i cieszące się publicznym poparciem rozległe doktryny i światopoglądy, które także roszczą sobie prawo do determinowania systemów prawnych tych społeczeństw. Dominujący indywidualistyczny model liberalno-demokratyczny z pewnością nie pozwala na ich „równoprawne” i pełne urzeczywistnianie czy też – w interesującym nas tu aspekcie – na determinowanie przez nie prawa pozytywnego. Nie jest to problem nieistotny, ponieważ wiąże się integralnie z wewnętrzną stabilnością tych społeczeństw. Uwzględnianie różnorodności światopoglądowej z jednej strony wpisane jest bowiem w konsensualną politykę liberalno-demokratyczną, ale z drugiej leżący u podstaw tego założenia pluralizm może przyczyniać się do pogłębiania politycznych oraz światopoglądowych podziałów zachodzących w tych społeczeństwach (co dzisiaj dzieje się w wielu krajach demokratycznej kultury zachodniej) i tym samym stać się czynnikiem ich destabilizacji. Czy bowiem da się w praktyce tych społeczeństw realizować jednocześnie radykalnie skonfliktowane wizje dobrze urządzonego społeczeństwa bez destabilizowania tych społeczeństw? Czy da się zagwarantować

¹¹⁴ F. Fukuyama, *Koniec historii*, Wydawnictwo Znak, Poznań 1996.

¹¹⁵ M. Jacyno, *Kultura indywidualizmu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.

¹¹⁶ Trzeba pamiętać, że posiada ona też wiele mankamentów, polegających głównie na przyczynianiu się do społecznej atomizacji, rozbijaniu tradycyjnej więzi rodzinnej czy – ogólnie – osłabieniu więzi wspólnotowych. Wskazują na to przede wszystkim przedstawiciele komunitarianizmu – np. M. Sandel, *Liberalism and The Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982; A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996; A. MacIntyre, *Krótką historią etyki*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000; Ch. Taylor, *Etyka autentyczności*, Wydawnictwo Znak, Kraków 1996; *idem*, *Źródła podmiotowości. Narodziny tożsamości nowoczesnej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2001.

takie prawo, które zapewni względnie niezakłóconą społeczną kooperację w sytuacji, w której w społeczeństwie występują stanowiska wykluczające się, a co więcej – wykluczające też sam demoliberalny model społeczeństwa?

W rzeczywistości funkcjonujących instytucjach prawnych współczesnych społeczeństw demoliberalnych założenia wyprowadzone z koncyliacyjnej, demoliberalnej koncepcji polityki wykazują dużą zdolność łączenia się z założeniami pochodzącymi z odmiennych sposobów myślenia o polityce. Można powiedzieć, iż mają one ewidentny „potencjał koncyliacyjny”, „kooperacyjny” i „inkluzyjny”, którego brakuje modelom nieopartym na koncyliacji. Model liberalno-demokratyczny, zakładający jakąś wersję Rawlowskiej idei publicznego rozumu, może zatem łatwo czerpać z innych modeli, „filtrując” i integrując ich założenia przez indywidualistyczny pryzmat publicznej rozumności. To dzięki liberalnemu założeniu publicznego rozumu ta integracja jest w ogóle możliwa. Wyżej opisany, konstytucyjny „test publicznej rozumności” jest bowiem integralnym elementem procesów legislacyjnych oraz praktyki stosowania prawa współczesnych liberalnych demokracji. Za pomocą tego testu dokonuje się coś, co Rawls określa mianem *overlapping consensus*, tj. rozległego konsensu różnych rozumnych treści, które na siebie „zachodzą”, „nakładają się”, czyli się nie wykluczają i zdolne są do jednoczesnego funkcjonowania obok siebie w instytucjach prawa pozytywnego. Instytucje i organy biorące udział w procesach legislacyjnych i procesach stosowania prawa (tj. sądownictwo i administracja) nie tylko na etapie legislacji, lecz również w toku wydawania indywidualnych decyzji i orzeczeń działają jako „praktycy publicznego rozumu” i to im przypada szczególnie istotna rola w koncyliacji między różnymi treściami normatywnymi i w ich inkluzji do prawa. Są to bowiem podmioty, które w każdym społeczeństwie liberalno-demokratycznym wyposażone są w szczególny rodzaj publicznego zaufania – tj. w etos niearbitralności – i to poprzez członków tych organów i instytucji „przepływają” te rozmaite pluralistyczne treści, które poddają oni testowi publicznej rozumności.

Należy jednak pamiętać, że organy te we współczesnych pluralistycznych społeczeństwach liberalno-demokratycznych nie mogą zapewnić koncyliacji rozumianej jako pogodzenie ze sobą sprzecznych zasad, dóbr i interesów eklektycznej całości, jaką stanowią te społeczeństwa. Takie pogodzenie nigdy nie jest bowiem możliwe. Zmierzają one jedynie do tego, by umożliwić względnie sprawiedliwą społeczną kooperację w ramach tej eklektycznej, wewnętrznie skonfliktowanej (także klasowo), ale też jednocześnie organicznej (na sposób opisywany przez komunitarian) całości. Rawlowska „kooperacyjna koncepcja prawa” – jak trafnie określa ją Michał Rupniewski¹¹⁷ – oznacza, że konsens nie jest tu rozumiany jako ujednoliciająca, „gleichszachtujająca” wszystkie stanowiska zgoda, która nie pozostawia już miejsca na jakieś bardziej znaczące różnice, lecz jako dynamiczne poszukiwanie (transcendentalnych) warunków możliwości względ-

¹¹⁷ M. Rupniewski, *Prawo jako narzędzie...*, s. 194.

nie zrównoważonej społecznej kooperacji w ramach takiej wewnętrznie skonfliktowanej i niejednorodnej całości. Łączy w ten sposób teoretyczną racjonalność i praktyczną rozumność w dynamicznej syntezie dopuszczającej utylitarną i teleologiczną formułę naturalistyczną z deontologiczną i transcendentalną w sensie kantowskim praktyczną rozumnością.

4.9. „Rachunek zgody”: teoria wyboru publicznego jako fundament syntezy konstruktywizmu i utylitaryzmu

Koncepcje Kanta i Rawlsa pokazują, że myślenie w kategoriach konstruktywizmu i myślenie w kategoriach umowy społecznej, choć nie są tożsame, są ze sobą ściśle splecione. Procedura kontraktowa pomaga w istocie w uzasadnieniu konstruktywistycznych intuicji, a czasem, jak w koncepcji Kantowskiej, konstruktywistyczne intuicje okazują się bezpośrednio nawiązywać do kontraktualizmu na poziomie samej konstrukcji (struktury). Myślenie w kategoriach utylitaryzmu, a właściwie w kategoriach pewnej formuły teleologicznej czy – posługując się nomenklaturą Kanta – hipotetycznej, także jest tu silnie obecne. Najbardziej spektakularną formułą syntezy utylitaryzmu i konstruktywizmu w ramach współczesnego uzasadnienia kontraktowego jest koncepcja Jamesa M. Buchanana i Gordona Tullocka. W koncepcji tej prawo – efekt działalności legislatora – stanowi efekt długoterminowych procesów negocjacyjnych, opartych – jak obrazowo określają to twórcy koncepcji – na „rachunku zgody” (ang. *calculus of consent*)¹¹⁸. Dla Buchanana prawo jest efektem porozumienia, które na poziomie konstytucyjnym przybiera postać zgody jednomyślnej¹¹⁹, natomiast na niższych poziomach nie musi odwoływać się już do jednomyślnej zgody, lecz powinno przechodzić „kontraktariański test”, czyli hipotetyczny test zbliżony do tego, który proponował Kant¹²⁰ i na którym opiera się idea zasłony niewiedzy u Rawlsa. Jest to rodzaj ahisterycznej procedury oceniania proponowanych projektów norm czy reguł prawnych przez pryzmat hipotetycznego kontraktu społecznego. Jak wyjaśnia Buchanan, który wydaje się najbliższy temu sposobowi myślenia: „[...] możemy oceniać jakikolwiek element obowiązującej struktury prawnej przez pryzmat jej możliwej zgodności z »tym, co mogłoby się wyłonić« z prawdziwego »społecznego kontraktu«

¹¹⁸ J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Liberty Fund, Indianapolis 2004.

¹¹⁹ *Ibidem*, s. 91.

¹²⁰ Na ten temat patrz: M. Chmieleński, *Deliberatives Rechtssetzungsverfahren als Gewährleistung der juristischen Autonomie nach Immanuel Kant*, [w:] S. Bacin, A. Ferrarin, C. La Rocca, M. Ruffing (red.), *Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht. Akten des XI Kant-Kongresses 2010 (Kant and Philosophy in a Cosmopolitan Sense)*, Band 3, De Gruyter, Berlin–Boston 2013.

wśród wszystkich osób, włączonych w tę interakcję”¹²¹. Figura kontraktu społecznego pełni w tym ujęciu funkcję heurystycznego narzędzia. Jak podkreśla Buchanan, polemizując z koncepcją Hayeka:

Test ten jest stosowany w ten sam sposób do tych elementów struktury prawnej, które mogły ewoluować bez świadomego projektu bądź zamiaru, który by za nimi stał oraz do tych elementów, które mogły być w jakiejś przeszłości całkiem *explicite* projektowane (*laid on*) dla osiągnięcia konkretnego celu. Analityk stosujący test musi testować w ten sposób każde prawo przez pryzmat spełniania przez nie „jak gdyby” kontraktariańskich kryteriów¹²².

Ta kontraktariańska procedura zakłada więc szczególny rodzaj konstruktywizmu, który Buchanan odróżnia jednak od „konstruktywistycznego racjonalizmu” krytykowanego przez Hayeka. Dla Buchanana indywidualistyczne kontraktariańskie stanowisko:

[...] wydaje się oczywiście podpadać pod konstruktywistyczne kategorie w tym sensie, że „dostarcza wytycznych dla decydowania o tym, czy obowiązujące instytucje mają zostać zatwierdzone czy nie”. Stanowisko to nie jest jednak w ogóle racjonalistyczne w tym sensie, że normy racjonalności, jako takie, stosowane są do grup¹²³.

Doprecyzowując to ujęcie, stwierdza on, że:

Właściwie kwalifikowane i interpretowane stanowisko kontraktariańskie oferuje prawdopodobnie akceptowalną alternatywę zarówno wobec domniemanego przypisywania przez Hayeka efektywności wszelkim tym instytucjom, które wyłaniają się z procesów ewolucyjnych, jak również wobec racjonalistycznej koncepcji, która zakłada istnienie jakiegoś zbiorowego umysłu¹²⁴.

Istotą indywidualistycznego stanowiska Buchanana, charakterystycznego dla kreacjonistycznego modelu legislacji, jest więc odrzucenie z jednej strony założenia o tajemniczej niepoznawalnej naturze ewoluujących instytucji społecznych, a z drugiej porzucenie racjonalistycznej, prowadzącej w stronę kolektywizmu wizji kolektywnej umysłowości czy zbiorowego umysłu.

W polemice z Hayekiem, która skądinąd jest kluczowa dla jego koncepcji prawa, Buchanan opiera swe stanowisko na odrzuceniu formułowanego przez Hayeka założenia spontanicznego porządku oraz niewidzialnej ręki jako właściwych perspektyw oceny prawa i w ten sposób nadaje swojej koncepcji ahistoryczny i antyewolucjonistyczny charakter. Zgodnie z tą perspektywą, nawet jeśli prawo stanowi emanację spontanicznego porządku zbliżoną do działania jakiejś „niewidzialnej ręki” (wzorzec zaczerpnięty z klasycznej ekonomii państwa

¹²¹ J.M. Buchanan, *Freedom in Constitutional Contract. Perspectives of a Political Economist*, College Station, London 1977.

¹²² *Ibidem*, s. 33.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

stróża nocnego) i nawet jeśli rzeczywiście mamy do czynienia z kształtowaniem się prawa w procesie takiej spontanicznej historycznej ewolucji, zawsze musimy dysponować jakąś zewnętrzną instancją, która wspomże nas w ocenie wyników tej prawnej ewolucji, ponieważ „nie ma powodu oczekiwać, że ewolucja prawa, która dokonuje się za pośrednictwem niezależnych sędziów, zagwarantuje jego efektywność czy optymalność”¹²⁵. Historyczna ewolucja prawa nie może więc, zdaniem Buchanana, być traktowana jako ostateczny i oczywisty gwarant najlepszych prawnych rozwiązań. Gdyby – powiada Buchanan – była ona rzeczywiście takim gwarantem, to historycznie dłużej ewoluujące rozwiązania czy systemy prawne musiałyby być zawsze lepsze niż te, które ewoluowały przez czas krótszy. Przykładowo, jeśli potraktujemy dosłownie to założenie Hayeka, prawa europejskie (przynajmniej angielskie) musiałyby być zawsze lepsze od amerykańskich. Tymczasem pisze Buchanan: „Historycznie zdeterminowane instytucje składające się na porządek prawny niekoniecznie są tymi, które są najlepsze. Takie instytucje mogą być »reformowane«, ich efektywność może być zwiększana”¹²⁶. Dla Buchanana Hayek reprezentuje stanowisko charakterystyczne dla „europejskiego klasycznego liberała”, ostatecznie niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia amerykańskiej konstytucji, która jego zdaniem:

[...] została rozmyślnie skonstruowana w większej części przez Jamesa Madisonsa i jego rodaków. Nie było tam niewidzialnych rąk. Wyruszyli oni, by skonstruować konstytucyjne ramy dla „dobrego społeczeństwa”, które wprost zdefiniowali jako „wolne relacje pomiędzy wolnymi ludźmi”. Przez dwa stulecia ich konstrukcja była testowana¹²⁷.

Odrzucając ideę historycznej ewolucji, konstytucyjny kreacjonizm Buchanana zakłada, że każde narodowe, konkretne prawo może i powinno być oceniane z perspektywy podobnych standardów ekonomicznych oraz że te standardy są uniwersalne dla różnych krajów i wspólnot. Jest to wyraźne nawiązanie do wyżej omawianego epistemicznego argumentu Jeremy’ego Benthama, z tą różnicą, że w modelu tym wewnętrznie skorelowane ze sobą są dwie perspektywy oceny legislacji i jej efektów: utylitarystyczna ekonomiczna racjonalność oraz polityczna procedura kontraktowa.

Ekonomiczna racjonalność jako podstawa oceny zmiany prawa oznacza, że zmiana ta jest uzasadniona tylko wówczas, gdy efektywnie gwarantuje realizację potrzeb społecznych i preferencji, maksymalizując je bądź optymalizując. Efektywność społeczna prawa stanowi w istocie kluczowy czynnik oceny jego zmiany i kierunków legislacji. Oparta na niej ocena może być dokonana zarówno przed, jak i po wprowadzeniu zmiany, ponieważ efektywność jako miara oceny prawa ma uniwersalny i ahistoryczny charakter. Tak więc nawet jeśli

¹²⁵ *Ibidem*, s. 37.

¹²⁶ *Ibidem*, s. 31.

¹²⁷ *Ibidem*, s. 38–39.

reprezentanci stanowiska kontraktowego uwzględniają tradycję, zwyczaje i czynniki historyczne, podporządkowują je naczelnemu założeniu ekonomicznej efektywności i postrzegają je jako integralnie związane z tą efektywnością instytucje obniżające koszty transakcyjne¹²⁸, co nie wyklucza ich następcej oceny. Jednak zdaniem Buchanana sama tradycja czy historyczna ewolucja norm nie może być jedynym kryterium dla ich oceny. Jest raczej tak, że to tradycje prawne i prawo powstałe w drodze historycznej ewolucji są oceniane przez pryzmat tej właśnie efektywności. Stanowisko to odwraca zatem kierunek konserwatywno-komunitariańskiej *phronesis* i rozpoczyna od kategorii apriorycznych, które utożsamia przede wszystkim z ekonomicznie ugruntowaną społeczną efektywnością. Centralną przesłanką, która wpisana jest w test hipotetycznych kryteriów społecznego kontraktu, jest bowiem ocena legislacji przez pryzmat apriorycznych kryteriów jej społecznej efektywności.

Na gruncie tego stanowiska pojawia się jednak pytanie, co wówczas, gdy przesłanki ekonomiczne dyktują rozwiązania sprzeczne z innym ważnym dla współczesnych społeczeństw czynnikiem, jakim są np. prawa człowieka. Przykładem niech będzie słynne, kontrowersyjne stwierdzenie wyrażone w 2010 r. przez amerykańskiego republikańskiego senatora z Tea Party – Randa Paula, które można sprowadzić do tezy, że akty antydyskryminacyjne mają wymiar publiczny i jako takie są pożądane, natomiast w sferze prywatnego biznesu są one sprzeczne z założeniami swobody gospodarczej przedsiębiorcy, który – zatrudniając pracowników – ma faktyczną możliwość, a powinien mieć też prawo, dokonywania ich wyboru przez pryzmat takich kryteriów jak płeć, rasa czy inne czynniki, które mogą się odbijać na realnych efektach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Swoboda wyboru pracownika przez właściciela firmy jest bowiem zazwyczaj niekwestionowana, a sytuacje, w których pracodawca odrzuca np. aplikację młodej kobiety, kierując się przesłanką możliwości zajęcia przez nią w ciążę, są w praktyce zatrudniania codziennością. O trudnościach z jednoznaczną oceną we współczesnych społeczeństwach takich wyborów świadczą chociażby powszechne w krajach europejskich regulacje z zakresu prawa pracy, które mają zachęcać pracodawców do zatrudniania takich osób poprzez wprowadzenie rozmaitych form wsparcia dla nich. Nie rozwijając dalej tej rozległej argumentacji, należy stwierdzić, że procedura oparta na teście kontraktu zdecydowanie wyklucza tego typu dyskryminację. Jest tak dlatego, że stanowisko indywidualistyczne ufundowane jest na jeszcze jednym ważnym założeniu. Jest nim Locke’owska idea fundamentalnych uprawnień jednostki, która, nawet jeśli nie jest wyrażana *explicite*, silnie obecna jest we współczesnej indywidualistycznej kulturze Zachodu. Idea praw człowieka wydaje się m.in. pochodną i zewnętrznym wyrazem tego właśnie założenia, które oznacza, że ekonomiczna

¹²⁸ D. North, *Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance*, ICS Press, San Francisco 1992, s. 5.

efektywność, będąca istotnym, a w sferze biznesu centralnym kryterium oceny prawa, nie może stać w sprzeczności z podstawowymi uprawnieniami leżącymi u podstaw praw człowieka. Myślenie w kategoriach ekonomicznej racjonalności o prawie, funkcjonujących instytucjach społecznych i ogólnie o sferze publicznej różni się bowiem od stosowania tych kategorii w sferze czysto gospodarczej. W sferze publicznej oznacza ono nie maksymalizację ekonomicznego wyniku przedsiębiorcy, lecz maksymalizowanie efektywności prawa i instytucji publicznych, które służą ochronie jednostki, a więc w interesującym nas kontekście użycie ekonomicznej racjonalności i troska o efektywność oznaczają po prostu maksymalizację ochrony uprawnień podstawowych czy praw człowieka¹²⁹.

Warto także podkreślić, że wpisana w indywidualizm koncepcja uprawnień podstawowych oraz wywodząca się z nich koncepcja praw człowieka różni się znacząco od ujęcia prawa naturalnego, charakterystycznego dla stanowiska konserwatywno-komunitariańskiego. Treść konserwatywno-komunitariańskich norm prawno-naturalnych jest „dekodowana” z rozmaitych historycznych praktyk konkretnych wspólnot. Prawa te mają zatem charakter holistyczny w tym sensie, że punktem wyjścia dla określenia ich treści nie jest jednostka ludzka, lecz historycznie istniejące społeczne całości, tj. wspólnoty, oraz składające się na nie trwałe instytucje i praktyki. Innymi słowy, punktem wyjścia do określenia tej treści jest tu empirycznie badany i rozpoznawany przedmiot, którym jest ta społeczna całość i jej instytucje. Tymczasem naturalne uprawnienia i będące ich pochodną prawa człowieka mają charakter podmiotowy, aprioryczny i związane są z metodologicznym i – co za tym idzie – aksjologicznym priorytetem dobra jednostki ludzkiej wobec zbiorowości. Ten priorytet nakazuje wychodzić od abstrakcyjnie i „statystycznie” ujmowanego dobra jednostki ludzkiej przy ocenie instytucji społecznych, bo zakłada, że instytucje te mają służyć ochronie tego dobra. Nawet jeśli – jak w przypadku prawa karnego – wynika z nich konieczność ukarania jednostki (tj. naruszenia któregoś z jej naturalnych uprawnień i ludzkich praw, np. wolności), to zawsze stoi za tym założenie, że stanowi to oczywistą konsekwencję bezprawnego naruszenia przez nią uprawnień innej jednostki. Jesteśmy bowiem wolni dopóty, dopóki nie naruszamy uprawnień i wolności innych ludzi. Tak więc ukaranie człowieka za czyn, którego się dopuścił wobec kogoś innego, jest oczywiście naruszeniem jego naturalnych podmiotowych praw, ale będącym odpowiedzią na (odpłatą za) naruszenie przez niego naturalnych podmiotowych praw innych.

¹²⁹ Nie sposób tu wyliczyć wszystkich prac, w których pojawia się pojęcie efektywności prawa. Na temat różnego rozumienia tego pojęcia (m.in. maksymalizacja dobrobytu społecznego, udoskonalanie położenia co najmniej jednej osoby przy zachowaniu dotychczasowego statusu pozostałych, większa korzyść, zrównanie/obniżenie kosztu marginalnego) w literaturze polskiej patrz np. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 25–26, 30, 36–37.

Jak już wspomniałem wcześniej, metodologiczny indywidualizm pociąga za sobą najpierw określoną koncepcję poznania, a następnie określoną aksjologię. Jeśli bowiem rozważania o instytucjach społecznych i pożądanym kształcie społecznych urzędów rozpoczynamy metodologicznie od jednostki, to musimy przyjąć optymistyczne założenie epistemiczne, że ludzki umysł nie jest ograniczony w rozpoznawaniu społecznych instytucji i naturalnych uprawnień. Prawa te oraz instytucje są bowiem tworem ludzkiego umysłu i jako takie są za jego pośrednictwem w pełni poznawalne i dają się zdefiniować, a nawet muszą być zdefiniowane, bo – jak powiada Buchanan: „[...] jakaś, jakakolwiek struktura dobrze zdefiniowanych praw stanowi niezbędny punkt wyjścia dla potencjalnych transakcji, które są wymagane po to, by usunąć nowo pojawiającą się współzależność”¹³⁰. Nie ma tu więc miejsca na jakieś „ezoteryczne”, niepoznawalne reguły. Taka epistemologia natomiast sprawia, że takie wartości jak bezpieczeństwo, wolność, dobro i potrzeby jednostki muszą stać się głównym punktem odniesienia w konstruowanej hierarchii społecznych wartości. Reasumując, podkreślić należy, że to samo założenie indywidualistyczne sprawia, iż ochrona naturalnych uprawnień i wywodzących się z nich praw człowieka ma wartość priorytetową wobec ekonomicznych skutków regulacji prawnych. Ekonomiczna racjonalność podporządkowana jest więc procedurze kontraktowej w ten sposób, że konstruktywistyczny w istocie test hipotetycznego kontraktu wyznacza granice maksymalizacji bądź optymalizacji skutków ekonomicznych. W procesie oceny legislacji ekonomiczna racjonalność jest więc dopełniana kantowską rozumnością kontraktowego testu, zakorzenioną w sferze publicznych celów zbiorowości rządzącej się prawem.

Test ten przeprowadzany jest przez empirycznie istniejącego legislatora, który w procesie legislacji respektuje uprawnienia podstawowe, kierując się ekonomiczną racjonalnością limitowaną przez publiczną rozumność tych uprawnień. Nie zmienia to faktu, że mamy tu do czynienia z pozytywistyczno-prawnym, legalistycznym założeniem, że to demokratycznie legitymowany legislator jest jedynym źródłem obowiązującego prawa, uniwersalizm tego modelu sprawia bowiem, iż prawa człowieka również są spożytywizowane, tj. ujęte w ramy powszechnie obowiązujących aktów normatywnych. Również prawa człowieka podlegają w tym modelu zmianom, co ze względu na założenie indywidualistyczne przybiera postać rozszerzania ich katalogów w miarę postępujących społecznych potrzeb. Prawo i jego zmiany są więc kreowane bezpośrednio przez władzę prawodawczą, a fundamentem tej kreacji jest wola suwerena zrzeszonego bądź reprezentowanego w organach tej władzy. Prawodawca kreuje prawo, używając hipotetycznej procedury kontraktowej dla poszukiwania rozwiązań optymalnie gwarantujących potrzeby i preferencje demokratycznego społeczeństwa. Nie jest – jak w modelu deterministycznym, związanym z tradycją prawnonaturalną – w swej działalności nakierowany na historię, lecz raczej

¹³⁰ J.M. Buchanan, *Freedom...*, s. 97.

wyczulony na teraźniejszą i (wyznaczaną najczęściej kadencyjnością, stosunkowo bliską) przyszłość. Pożądaną zaletą czy cechą systemu prawnego jest jego zdolność do adaptowania i odzwierciedlania efektów aktualnych społecznych kontraktów wynikających z maksymalizacji i optymalizacji dynamicznie zmieniających się społecznych preferencji i potrzeb. Te bowiem nigdy nie są stałe. Prawo jest więc efektem wolicjonalnej kreacji ustawodawcy kierowanej logiką tych społecznych kontraktów i ekonomiczną racjonalnością. Model ten jest „kreacjonistyczny”, ponieważ legislacja zależy w nim od swobodnego porozumienia jednostek zrzeszonych w społeczeństwie i efektywności w zakresie agregacji preferencji i potrzeb jednostek.

4.10. Zgoda i użyteczność jako fundamenty tworzenia prawa

Umowa społeczna stanowi rodzaj procedury uzasadniającej podstawowe instytucje społeczne i polityczne oraz wzorzec społecznej konstrukcji, którego pogłębieniem i przeniesieniem rozważań na abstrakcyjną płaszczyznę jest konstruktywizm, co doskonale pokazuje Rawls w *Teorii sprawiedliwości* i następnie w *Liberalizmie politycznym*, wiążąc *explicite* konstruktywizm z kontraktualizmem. Wizja umowy społecznej w koncepcjach Kanta czy Rawlsa bazuje na założeniu, że zawarcie społecznego porozumienia co do treści fundamentalnych zasad sprawiedliwości i konstytuujących społeczeństwo praw jest dyktowane przede wszystkim rozumnym obowiązkiem. Koncepcje te zakładają rozbudowaną koncepcję osoby, która nie tylko kieruje się własną korzyścią (racjonalnością), ale też rozumnym namysłem nad celami i wartościami zbiorowości jako całości (praktyczną rozumnością). W koncepcji Kanta zawarcie umowy społecznej stanowi rozumny obowiązek stworzenia wspólnoty prawnej, czyli wspólnoty, w której wszystkie jednostki jednakowo podlegają tym samym rozumnym prawom. Natomiast w koncepcji Rawlsa, który czerpie z Rousseau i z Kanta, umowa społeczna, pojmowana jako wybór w sytuacji tzw. zasłony niewiedzy, uzasadnia przyjmowane zasady sprawiedliwości i fundamentalne zasady konstytucyjne. Rozum publiczny, do którego odwołują się te koncepcje, stanowi specyficzną formułę rozumności, ograniczoną do takich właśnie fundamentalnych zasad rządzących ludzką zbiorowością, pojmowaną jako społeczeństwo obywatelskie.

Natomiast w nowożytnych doktrynach anglosaskich koncepcja umowy społecznej od samego początku silnie sprzężona jest z utylitaryzmem. Względy użyteczności kreują główną przesłankę jej zawarcia: strony zawierają tę umowę, kierując się zasadą użyteczności, tj. maksymalizując przyjemność (bądź minimalizując ból) możliwie największej liczby ludzi bądź maksymalizując inaczej pojmowaną użyteczność społeczną. Zawarcie umowy społecznej postrzegane jest jako maksymalizacja bądź optymalizacja korzyści. W dużym uproszczeniu można stwierdzić, że o ile w koncepcjach kontynentalnych to sam rozum wymaga zawarcia społecznego kontraktu, o tyle w koncepcjach anglosaskich czynnikiem

decydującym jest utylitarystycznie pojmowana korzyść. We wczesnych koncepcjach Hobbesa i Locke'a jest to korzyść hedonistyczna. We współczesnych wersjach kontraktarianizmu natomiast, reprezentowanych przez takich autorów, jak James M. Buchanan, Robert Tollison, Ian Narveson, David Gauthier, Gordon Tullock, Robert Cooter czy Ken Binmore, utylitarystyczny fundament przekształca się w ekonomicznie ugruntowaną koncepcję społecznego bądź publicznego wyboru, kierowanego indywidualistycznie rozumianą korzyścią ekonomiczną, która w wyniku zagregowania preferencji indywidualnych kreuje przesłankę zawarcia społecznego kontraktu. Zawarcie umowy czy też, ściślej mówiąc, zawieranie umów jest ujmowane jako użyteczne dla indywidualnych członków społeczności i jednocześnie jako społecznie użyteczne. Oczywiście współczesna koncepcja umowy społecznej, oparta na założeniach agregacji preferencji indywidualnych, jest budowana ze świadomością problematyczności takiej agregacji, ale zasadniczo opiera się ona na założeniu, że w perspektywie „wielkich liczb” agregacja taka jest skuteczna w ustalaniu zasad, celów i praw konstytuujących taką kontraktową społeczność. Sam kontrakt nie jest tu już na ogół postrzegany jako po prostu filozoficzna idealizacja, pozwalająca spoza zasłony niewiedzy wybrać rozumne prawa, lecz jako wiele realnych procedur przetargowych, w których dominuje racjonalność ekonomiczna. Współczesne koncepcje kontraktariańskie kwestionują tym samym w mniejszym lub większym stopniu założenie szerokiej koncepcji osoby, która jest przyjmowana przez konstruktywistyczny kontraktualizm Rousseau, Kanta i Rawlsa. Kwestionują go, co doskonale pokazuje Dworkin, który wprowadzie kontraktualistą nie jest, ale za to jest współczesnym krytykiem i polemistą idei społecznego kontraktu (przynajmniej na poziomie fundamentalnego założenia filozoficznego), jako po prostu zbyt wymagającego i przez to „nierealistycznego”. Ich zdaniem umowa społeczna, postrzegana jako idealizacja, zakładająca ludzką rozumność, nie wytwarza (nie uzasadnia) powszechnej ważności zasad i reguł, wymaga bowiem zbyt wysublimowanego i zbyt szerokiego fundamentu założeń antropologicznych, których empirycznie istniejąca jednostka ludzka na ogół po prostu nie spełnia. W tych wizjach rozbudowana koncepcja osoby, o której pisze Rawls, zastąpiona zostaje przez wąską koncepcję *homo oeconomicus*, maksymalizatora korzyści własnej, oczywiście przy założeniu, że maksymalizacja ta po zagregowaniu i przeprowadzeniu tej korzyści własnej przez wiele procedur przetargowych prowadzić ma do dobra publicznego (formuły społecznej użyteczności). Koncepcje kontraktariańskie odwołują się zatem do będącej istotą utylityzmu racjonalności ekonomicznej i indywidualnego dobra w takim przekonaniu, że racjonalność ta doprowadzi ostatecznie do maksymalizacji korzyści społecznej.

Idea społecznego kontraktu, jak widać, jest zatem polem konsensu nie tylko rozumianego jako konsens co do władzy, rządu, prawa czy rodzaju prowadzonej polityki, ale także jako konsens pomiędzy dwiema istotnymi postnominalistycznymi ideami, czyli konstruktywizmem i utylityzmem. Wprowadzie na

poziomie etyki idee te przybierają przeciwstawne kierunki, kreują bowiem dwie przeciwstawne teorie etyczne: deontologizm i teleologizm, ale w sferze legislacji nie sposób nie zauważyć, że wzajemnie się dopełniają. Jest tak przede wszystkim dlatego, że nie sposób wyobrazić sobie efektów aktywności współczesnego legislatora bez uwzględniania sfery bardziej rozbudowanej wizji osoby, którą znajdujemy w etycznym, prawnym czy przynajmniej politycznym konstruktywizmie. Z drugiej strony natomiast społeczna użyteczność stanowi niewątpliwie również niezwykle istotny wyznacznik działalności współczesnego legislatora. Jeśli przyjrzeć się legislacji współczesnych państw demokratycznych oraz toczącemu się wokół niej dyskursowi, zobaczymy, że stanowi ona zasadniczo wypadkową założenia maksymalizacji bądź optymalizacji społecznej użyteczności, dyktowanej ekonomiczną racjonalnością i wymogami społecznej efektywności oraz konstruktywistycznego założenia domniemanej bądź empirycznej (głosowanie w organach ustawodawczych) zgody podmiotu na treść obowiązujących praw. Obie te perspektywy działają więc jako dyrektywy dla aktywności współczesnego legislatora. Bez wątpienia założenie społecznej użyteczności i efektywności prawa stanowi (bądź w powszechnym przekonaniu powinno stanowić) przesłankę tworzenia nowych lub korygowania obowiązujących norm prawnych. Założenie społecznego konsensu i oparcie zasad i reguł na elemencie uznania adresatów norm za podmioty wyposażone w nienaruszalne uprawnienia (wynikające dziś na ogół z koncepcji praw człowieka i obywatela, ale pierwotnie zakorzenione w wizji naturalnych uprawnień) zawsze limitują instrumentalizujące człowieka dążenie do maksymalizacji społecznej efektywności normy. Można powiedzieć, że utilitaryzm i konstruktywizm uzupełniają się we współczesnej legislacji, tworząc harmonijną, ale delikatną równowagę. Zarówno dominacja dążenia do społecznej użyteczności prawa nad ochroną sfery podmiotowości i praw podmiotowych, jak i dominacja ochrony praw nad społeczną użytecznością prawa mogą być postrzegane jako problematyczne, a wręcz spotkać się ze społecznym sprzeciwem. Pod adresem współczesnego prawa wysuwa się bowiem nie tylko roszczenie do tego, by było ono społecznie użyteczne, ale również roszczenie do tego, by chroniło ono prawa ludzkie i obywatelskie, a przynajmniej ich nie naruszało. Dzięki założeniu umowy społecznej utilitaryzm jest zatem zawsze limitowany przez procedurę konsensu, przynajmniej wyjściowo zakładającą podmiotowe prawa. Sam utilitaryzm bowiem, choć niezbędny jako fundament społecznej użyteczności i efektywności prawa, nie zawiera w sobie żadnych hamulców czy ograniczeń chroniących przed instrumentalizacją.

W modelowy sposób wyżej wspomniany wyjściowy problem utilitaryzmu najlepiej widać już w koncepcji Bentham'a, któremu sam Mill, jego najwybitniejszy uczeń, zarzuca nieuwzględnianie w utilitarystycznych „rachunkach” dotyczących większościowej demokracji ochrony społecznej mniejszości, czyli właśnie podmiotowych praw. Jest to problem utilitaryzmu, niezależnie od tego, czy przedmiotem maksymalizacji jest pożytek hedonistyczny, jak w koncepcjach

Benthama i Milla, czy inne czynniki, które utylitaryzm nakazuje maksymalizować. Dostrzegając ten mankament, już Mill wprowadza do utylitaryzmu element konstruktywistycznej akceptacji, zakładający, że opinia mniejszości powinna być reprezentowana w ramach *nomen omen* „rządu reprezentatywnego”, a więc, że niezbędne jest tutaj poszukiwanie przynajmniej domniemanej zgody tej mniejszości. Oznacza to, że ekonomiczna racjonalność, wykorzystywana w procesie maksymalizacji społecznej użyteczności czy korzyści, nawet jeśli pojmuje się ją jako pochodną korzyści i użyteczności indywidualnej, staje się problematyczna i z punktu widzenia ochrony ważnych podmiotowych praw czy naturalnych uprawnień jest nie do przyjęcia. Do tego konieczne są od-podmiotowe ograniczenia zakładające rozumność praw i działalności legislatora, opartą na bogatszej niż *homo oeconomicus* koncepcji osoby. O to m.in. chodzi Rawlsowi, który – jak już wyżej wspomniałem – pisze, że intuicjonistyczna koncepcja osoby jako jedynie podmiotu poznającego jest niewystarczająca z punktu widzenia konstruowania zasad sprawiedliwości¹³¹. To właśnie naturalistyczna, utylitarystyczna i intuicjonistyczna koncepcja *homo oeconomicus* bazuje na intuicjonizmie i koncepcji osoby jako podmiotu poznania i podmiotu maksymalizującego użyteczność.

Ten problem z uzasadnieniem i ochroną przed instrumentalizacją pojawia się we współczesnej, opartej na utylitarystycznej koncepcji maksymalizacji szczęścia, rozumianego jako korzyść indywidualna (lecz nie jako pożytek hedonistyczny) kontraktariańskiej, naturalistycznej teorii społecznego kontraktu. Problem wywodzi się zresztą od Hobbesa, który postrzegając stan natury jako stan swego rodzaju próżni moralnej, musi odwołać się do absolutnej władzy suwerena, by zagwarantować dotrzymanie umowy społecznej. Jeśli bowiem np. u Locke’a zasada dotrzymywania umów jest jedną z zasad obecnych w przestrzeni społecznej jeszcze przed wyobrażonym społecznym kontraktem, to w koncepcji Hobbesa taka zasada nie obowiązuje. Oznacza to, że wąska koncepcja osoby, ograniczona do maksymalizowania korzyści własnej i *homo oeconomicus*, nie pozwala na wytworzenie oczywistej reguły drugiego rzędu, czyli reguły, która bez obecności zewnętrznego autorytetu stwarzałaby jakiekolwiek szanse na samoistne egzekwowanie prawa. Władza u Hobbesa ostatecznie zatem opierać się musi na sile i bezpośrednio na tej sile suwerena oparte jest też prawo, niezależnie od tego, czy są nim inkorporowane do prawa stanowionego reguły prawnonaturalne, czy też kreowane przez suwerena normy organizacyjne. Hobbes nie przewiduje wprawdzie prawa oporu przeciwko złej władzy, zakładając właśnie dlatego, że każda władza lepsza jest od stanu bez władzy, ale słaba władza to dla niego władza nieistniejąca. Koncepcja osoby oparta jedynie na maksymalizacji korzyści własnej konsekwentnie więc zmierza w jego koncepcji do jakiejś formuły zewnętrznego autorytetu, jako z konieczności wymuszającego przestrzeganie umowy i prawa. Brak siły po stronie władzy automatycznie bowiem powoduje powrót do stanu

¹³¹ J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 65 i nast.

natury, postrzeganego jako wojna każdego z każdym. Dla samego Hobbesa jednak ten problem właściwie nie istnieje, bo w jego koncepcji nie ma miejsca na obywatela, członka społeczeństwa obywatelskiego mającego nie tylko „wstępną inicjatywę” zawarcia umowy, wynikającą z lęku przed śmiercią, ale także bieżący wpływ na to, co czyni władza, i towarzyszącą temu ochronę przed państwowym bezprawiem. Maksymalizator korzyści własnej w koncepcji Hobbesa ostatecznie jest jedynie poddanym i Hobbes nie tylko się na to godzi, ale też w istocie o to chodzi w jego uzasadnieniu władzy Oliwera Cromwella¹³².

Dlatego współczesne wersje takiej koncepcji (Gauthier, Axelrod) słabo radzą sobie z rozwiązaniem tego problemu, bo zakładają, najkrócej mówiąc, że maksymalizator korzyści własnej musi być jednocześnie obywatelem. Obywatelstwo i rodzaj podmiotowości z nim związanej zakłada zaś przede wszystkim, że człowiek cieszy się nie tylko względnym bezpieczeństwem, ale także jest chroniony przed państwowym bezprawiem oraz dysponuje autonomią decyzyjną. W konstruktywizmie i wizjach opartych na uprawnieniach naturalnych sprawa jest jasna. Zakładamy bowiem, że człowiek wyposażony jest nie tylko w ekonomiczną racjonalność, ale też w ten rodzaj (publicznej) rozumności, który skłania go niejako do naturalnego przestrzegania reguł sprawiedliwości i prawa (posiada pewnego rodzaju moralną osobowość i skłonność). U Locke’a są to nasze naturalne, rzecz można – kooperacyjne – władze, służące ochronie całego rodzaju ludzkiego i będące źródłem naszych naturalnych uprawnień, u Kanta rozumny kateryczny imperatyw nakazujący dotrzymywanie umów. Natomiast we współczesnych koncepcjach kontraktariańskich nawiązujących do Hobbesa ten fundament nie istnieje. Jest to szczególnie dobrze widoczne w koncepcji Gauthiera, w ramach której to również moralność ma charakter kontraktowy. Moralne konwencje pojmowane się w niej bowiem jako efekt historycznych procesów przetargowych, które zmierzają do ukształtowania treści moralnych reguł. Ogólnie rzecz biorąc, w koncepcjach tych jest więc problem z tzw. regułami drugiego rzędu, czyli z przekonującym przedstawieniem przestrzegania moralnych i prawnych reguł. Jeśli bowiem założymy maksymalizację korzyści jako fundament kształtowania treści reguły, to pozostaje jeszcze istotne pytanie o to, co skłania maksymalizatorów korzyści własnej do przestrzegania reguł pierwszego rzędu. Gauthier wprowadza tu zatem ideę pośredniej i bezpośredniej maksymalizacji, natomiast w koncepcjach takich autorów jak Ken Binmore problem ten rozwiązywany jest (najkrócej mówiąc) poprzez założenie, że reguły drugiego rzędu wywodzą się ze społecznych praktyk i są niejako utrwalonymi

¹³² Tak zazwyczaj przedstawia się historyczny kontekst koncepcji Hobbesa. Głębsze i bardziej sprofilowane ujęcie patrz świetna książka Jeffreya Collinsa, *The Allegiance of Thomas Hobbes*, a szczególnie jej rozdział czwarty, zatytułowany *Leviathan and the Cromwellian Revolution* – J.R. Collins, *The Allegiance of Thomas Hobbes*, Oxford University Press, Oxford 2007.

przez nie instytucjami społecznymi, które po prostu przyjmujemy jako dane¹³³, czyli czymś w rodzaju „biologicznych” uprawnień naturalnych. Jest to zatem formuła etycznego i prawnego naturalizmu, odwołująca się do intuicjonizmu, a autorzy kontraktariańscy posiłkują się tutaj osiągnięciami teorii gier. Teoria ta, stosowana w naukach społecznych już od czasów Axelroda, próbuje radzić sobie na gruncie tej szczupłej koncepcji osoby, pojmowanej jako maksymalizator korzyści własnej, z problemem reguł drugiego rzędu w ten sposób, że nawiązuje do iteracji gier i zakłada, pokazując to zresztą na przykładach zaczerpniętych ze społecznych praktyk, że przestrzeganie reguł pierwszego rzędu jest efektem ewolucji, w której długotrwała iteracja gry kształtuje wyniki gry przy założeniu, że niedotrzymanie reguł w kolejnej iteracji zakończy się wzajemnym niedotrzymaniem reguł takiej gry, a w kolejnych iteracjach obawa (ang. *threat*) przed taką wzajemnością wytworzy ostatecznie strategie kooperacyjne nawet w sytuacjach odzwierciedlanych przez typowo niekooperacyjne wzorce gry, takie jak dylemat więźnia. Jednakże ani iteracja, ani nawet długotrwała ewolucja relacji społecznych opartych na teoretycznej racjonalności nie gwarantują sukcesu, ponieważ już one same są pewnymi idealizacjami, które z perspektywy empirycznej mogą być i bywają podważane. Ekonomiczna racjonalność naturalistów etycznych jest zatem w istocie takim samym założeniem idealizacyjnym jak konstruktywistyczne założenie rozumnej zgody. Tyle że konstruktywizm nie rości sobie przy tym pretensji do obiektywizmu w tym sensie, że wprost i bezpośrednio odwołuje się wyłącznie do sfery *sollen*, wartości i powinności, sfery transcendentalnej w znaczeniu kantowskim. Tymczasem naturalizm etyczny usiłuje przekonywać, że proponowane reguły prawne są obiektywnymi, ontycznymi normami, czyli że przynależą one po prostu do sfery bytu, niezależnej od sfery od-podmiotowej, będąc czymś w rodzaju prawa powszechnego ciężenia czy innych praw natury.

Reasumując, w koncepcji umowy społecznej, będącej paradygmatem każdego współczesnego uzasadnienia demokratycznej legislacji, mamy z konieczności do czynienia z dwoma dopełniającymi się, kluczowymi dyrektywami legislacyjnymi dotyczącymi tworzenia prawa i tym samym aktywności legislacyjnej. Po pierwsze – z dyrektywą wypływającą z konstruktywizmu i zakładającą, że prawo ma być efektem zgody nacechowanej wyżej opisaną rozumnością i po drugie – z utylitarystyczną dyrektywą tworzenia prawa społecznie użytecznego. Koncepcja umowy społecznej, niezależnie od jej silnie idealizacyjnego charakteru, jest intelektualnym źródłem konstrukcji, która stanowi trwały fundament praktyk legislacyjnych współczesnych państw demokratycznych, tj. roszczenia, by za obowiązującym, możliwie efektywnym społecznie prawem kryła się rozumna zgoda związanych nim obywateli i by prawo chroniło ich prawa podmiotowe. Roszczenia te mieszczą się na głębokim poziomie uzasadnienia i trzeba je odróżnić od demokratycznej legitymizacji, która zakłada po prostu zgodę, wyrażoną

¹³³ K. Binmore, *Natural Justice*, Oxford University Press, New York 2005, s. 139.

przez demokratyczne, pochodzące z powołania organy legislacyjne współczesnych społeczeństw. Mówiąc najprościej i najbardziej obrazowo, roszczenia te poprzedzają demokratyczne procedury. Odwołanie się do zgody i użyteczności prawa limituje też demokratycznego legislatora co do samej treści stanowionego prawa, pozwala bowiem potraktować jako nieuzasadnione nowelizacje społecznie nieużyteczne lub naruszające ludzkie i obywatelskie prawa. Dlatego właśnie sama demokratyczna legitymizacja, pojmowana jako czynienie prawa legalnym poprzez określoną formalną procedurę legislacyjną nie ma jeszcze tej mocy, by jakieś rozwiązania prawne czy nowelizacje uczynić uzasadnionymi i by za takie uważali je obywatele czy opinia publiczna. Są one legalne w sensie formalnym, ale jeśli pozbawione są ładunku rozumnego, tj. opartego na uprawnieniach, społecznego konsensu oraz przekonania o społecznej użyteczności i wspólnej korzyści, jaka płynie z ich przyjęcia, nie są one jeszcze odpowiednio uzasadnione. Za ich przyjęciem mogą oczywiście kryć się inne istotne racje lub postulaty, ale trudno sobie wyobrazić społeczną akceptację normy, która jest jawnie nieużyteczna albo jawnie narusza fundamentalne prawa człowieka. Opinia publiczna w demokracji – czego nie trzeba dodawać – posiada siłę, której nie ma ona w państwach rządzonych absolutystycznie, autorytarnie czy totalitarnie. W tych ostatnich, jak pokazuje historia, nie tylko irracjonalne, ale też jawnie szkodliwe społecznie normy i decyzje mogą być podtrzymywane wolą autokratycznej, totalitarnej czy absolutnej władzy. Rzecz jasna demokracja, jak przekonują prace Jacoba Leiba Talmona, także może być totalitarna¹³⁴. Jednak dyrektywy te, traktowane jako wzajemnie się dopełniające, właśnie takiemu przekształcaniu się w demokrację totalitarną powinny zapobiegać.

¹³⁴ J.L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Mercury Books, London 1919.

5. Polityczno-organizacyjne fundamenty kreacjonistycznego prawodawstwa: podział władzy, separacja prawa od moralności, demokracja

Omówione w rozdziale poprzednim etyczno-prawne fundamenty współczesnej legislacji związane są z uzasadnieniem, a więc sferą mieszczącą w sobie filozoficzne i etyczne przesłanki współczesnej legislacji, odpowiadającą na pytanie o jej prawomocność i usprawiedliwienie, którymi są z jednej strony powszechna zgoda, a z drugiej społeczna użyteczność. Jednak umowa społeczna, w której się one łączą, niezależnie od tego, czy uznaje się ją za fakt historyczny, czy za abstrakcyjną etyczno-polityczną hipotezę, jest tylko abstrakcyjnym uzasadnieniem, apelującym do politycznej wyobraźni. Kompleksowe ujęcie elementów fundujących współczesnego prawodawstwa wymaga zawsze wypracowania projektu organizacyjnych instrumentów, konkretnie wskazujących, jak ta legislacja ma w praktyce wyglądać, czyli pewnej polityczno-organizacyjnej struktury. Dla polityczno-organizacyjnej struktury współczesnej legislacji kluczowe znaczenie mają trzy oświeceniowe koncepcje: koncepcja podziału i wyodrębnienia się władzy prawodawczej, związana z podziałem władzy, koncepcja oddzielenia prawa od moralności oraz koncepcja demokratycznej legislacji. Mają one charakter idealizacyjny, ale jednocześnie kreują niezbędne zachodnim demokracjom założenia dotyczące organizacji władzy legislacyjnej. We współczesnych, przynajmniej zachodnich (i wzorowanych na zachodnich) demokracjach są one ze sobą ściśle skorelowane. Podział władzy wyodrębnia władzę prawodawczą, oddzielenie prawa od innych porządków normatywnych definiuje przedmiot zainteresowania tej władzy, natomiast założenie demokratycznej legislacji określa procedury tworzenia praw. Podobnie jak umowa społeczna są one wypadkową konstrukttywizmu i utylitaryzmu, z jednej strony zabezpieczając społeczną użyteczność prawa, z drugiej zaś przeciwdziałając jego arbitralności. Wyodrębnienie władzy prawodawczej, oddzielenie prawa od moralności i demokratyczne procedury prawodawcze zakładają, że prawo jest aktywnie tworzone przez prawodawcę oraz że wobec braku transcendentnego punktu odniesienia dla prawa konieczne jest wprowadzenie procedur i podziałów jako instrumentów zabezpieczających przed arbitralnością tej legislacyjnej kreacji.

5.1. Separacja władzy prawodawczej: zabezpieczenie przed absolutyzmem władzy

Podziały władzy, pomimo ich czysto idealizacyjnego i fikcyjnego charakteru, stanowią niezbędny element myślenia o współczesnej, demokratycznej legislacji. Są one fundamentem praworządności, czyli właśnie tego niezbędnego warunku, pod którym demokratyczne prawo może być uznawane za prawowite, i zmierzają do zapewnienia bezstronności prawa na etapie jego tworzenia. Są one kontynuacją przekonania wyrażanego także przez niektórych autorów koncepcji umowy społecznej, że władza absolutna jest władzą złą. Klasyczne i najbardziej znane koncepcje podziału władzy – Locke’a, Monteskiusza i Constanta – odzwierciedlają historyczny rozwój nowożytnego państwa i ewolucję tego fundamentalnego zabezpieczenia – od zabezpieczenia wynikającego z obawy przed wszechwładzą jednostki (Locke, Monteskiusz) do wynikającego z obawy przed wszechwładzą republikańskiej woli powszechnej (Constant).

Znamienne jest, że jeden z pierwszych autorów koncepcji umowy społecznej, John Locke, koncepcją trójpodziału władzy dopełnia kontraktualistyczny fundament swej wizji władzy. Zasada, która rządzić powinna ustrojem politycznym państwa, jest dla niego rozdzielenie władz i ich izolowanie od siebie, polegające na zakazie ingerowania przez jedną władzę w uprawnienia innej. Władzę dzieli Locke na władzę ustawodawczą, wykonawczą i federatywną. Władza ustawodawcza to władza tworzenia prawa, składająca się z dwuizbowego parlamentu: izby parów (wyższej) i izby gmin (niższej). Władza wykonawcza – władza wykonywania praw – powinna natomiast cechować się ciągłością. W zakresie tej władzy mieści się dla Locke’a nie tylko samo rządzenie, ale też i sądownictwo. Władza federatywna to natomiast władza „uprawniona do prowadzenia wojny i zawierania pokoju, przymierzy i aliansów oraz prowadzenia wszelkich spraw ze wszystkimi osobami i społecznościami poza wspólnotą”¹. Ścisły rozdział dotyczy tu jedynie oddzielenia władzy ustawodawczej od dwóch pozostałych. Władza wykonawcza i federatywna mogą, a ze względu na swoją specyfikę nawet powinny pozostawać w jednym ręku². Takie ujęcie pokazuje przede wszystkim, że sens podziału władzy spoczywa w oddzieleniu władzy prawodawczej od pozostałych władz. Podział władzy gwarantować ma ochronę naturalnych uprawnień przez rząd wyłaniany ze społeczeństwa obywatelskiego.

Monteskiusz natomiast modyfikuje podział Locke’a i odrzuca kontrakt społeczny na rzecz uzasadnienia czerpiącego z wizji politycznej wolności, wywiezionej z badania historii i identyfikowania w niej naturalnych tendencji przynależnych rozmaitym politycznym ustrojom. Badając systemy prawne i polityczne państw europejskich, Monteskiusz dostrzegał, że na charakter tych systemów

¹ J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992, s. 267.

² *Ibidem*, s. 267–268.

mają wpływ czynniki natury obyczajowej, historycznej oraz geograficznej. Specyfikę danego obszaru wyznaczają obowiązujące na nim zwyczaje, tworzy ją lokalna historia, a nawet samo ukształtowanie terenu i klimat³. Specyfika ta sprawia, że sposoby życia poszczególnych narodów są zróżnicowane. Specyfikę tę określa Monteskiusz mianem „ducha narodu”. „Duch narodu” odpowiedzialny jest za charakter prawa obowiązującego na badanym obszarze. Lokalny ustawodawca, tworząc prawo, musi podążać za specyfiką życia lokalnej społeczności po to, aby obowiązujące prawo w pełni odpowiadało lokalnym stosunkom społecznym, które reguluje⁴. Oznacza to m.in., że konkretne rozwiązania prawne, ujmujące w ramy podobne kwestie, mogą się od siebie znacznie różnić w rozmaitych państwach. To, co jest optymalne dla społeczności zamieszkanej w niewielkich górskich kantonach Szwajcarii, nie musi być takie dla społeczeństwa rozległej Francji czy Rosji. Ze względu na specyfikę obszaru w państwach tych dominować może bowiem całkiem odmienny „duch praw”, gdyż narody je zamieszkujące mogą mieć zupełnie inne potrzeby i ambicje.

Wszędzie jednak zachowanie wolności politycznej wymaga wprowadzenia ograniczeń władzy. Każda władza ma bowiem tendencje do rozrastania się i coraz ściślejszego ograniczania swobody działania obywateli. Im zaś większa swoboda działania sprawujących władzę, tym węższa sfera wolności obywateli. Instrumentem zabezpieczającym przed ekscesywnym rozrastaniem się władzy jest stworzona przez Monteskiusza koncepcja jej trójpodziału wraz ze związaną z nią tzw. teorią hamulców.

Nawiązując do zasad rządzących ustrojem angielskim, Monteskiusz dzieli władzę na trzy części: władzę prawodawczą, władzę wykonawczą rzeczy należących do prawa narodów i władzę wykonawczą rzeczy należących do prawa cywilnego⁵. Władza pierwsza oznacza moc stanowienia powszechnie obowiązujących praw, a także moc ich zmieniania i poprawiania. Drugi rodzaj władzy to władza „wydawania wojny i zawierania pokoju, wysyłania lub przyjmowania poselstw, umacniania bezpieczeństwa, uprzedzania najazdów”⁶. Jest to zatem po prostu władza wykonawcza państwa. Trzecia władza to władza „karania zbrodni lub sądzenia sporów swoich poddanych”⁷, czyli władza sądownicza. Władzę prawodawczą sprawować powinien, według Monteskiusza, dwuizbowy parlament, składający się z reprezentantów arystokracji zasiadających w izbie wyższej oraz przedstawicieli ludu zgromadzonych w izbie niższej. Władzę wykonawczą sprawują król i podlegli mu ministrowie, władzę sądowniczą natomiast trybunały z sędziami mianowanymi na czas określony. Wszystkie te władze muszą być od siebie ściśle oddzielone w tym sensie, że żadna z nich nie może wkraczać

³ K. Monteskiusz, *O duchu praw*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957, s. 432.

⁴ *Ibidem*, s. 433.

⁵ *Ibidem*, s. 341.

⁶ *Ibidem*, s. 342.

⁷ *Ibidem*.

w kompetencje innej. Władza wykonawcza wykonuje zatem jedynie prawa, które stanowione są przez parlament będący władzą ustawodawczą. W dwuizbowym parlamencie jedna izba kontroluje drugą. Izby te reprezentują przy tym interesy odmiennych warstw społecznych – różnych stanów. Oprócz tego królowi służy prawo zwoływania i odraczania posiedzeń parlamentu oraz prawo weta wobec uchwalanych przez niego ustaw. Za działania króla odpowiadają natomiast przed parlamentem ministrowie, którzy kontrasygnują jego decyzje. Król sam nie ponosi takiej odpowiedzialności. Może on jednak działać jedynie na podstawie ustawy i nie ma możliwości samodzielnego stanowienia prawa. Sądy nie stanowią praw, a tylko na ich podstawie rozstrzygają spory i osądzają zbrodnie. Wykonywanie wyroków przekazują w ręce władzy wykonawczej. Sędziowie są tylko „ustami wygłaszającymi brzmienie praw”⁸. W ramach każdej z tych władz przewidziane są również mechanizmy hamujące zapędy absolutystyczne.

Koncepcja Benajmina Constanta doprecyzowuje natomiast wizję wolności, która ma być podziałem władzy zabezpieczana przed naruszaniem. Jego podział ma za zadanie zabezpieczyć współczesną formułę wolności, którą jego zdaniem stanowi wolność negatywna. Polemizuje tu z republikanizmem Rousseau, którego koncepcja wolności jest według niego nie tylko anachroniczna, ale wprost groźna. Jako świadek rewolucji francuskiej i terroru jakobinów Constant dostrzega, że również po obaleniu monarchii i wprowadzeniu rządów republikańskich zagrożenie absolutyzmem władzy nie znika, a nawet się potęguje. Źródłem zagrożenia jest sama wolność, pojmowana w pewien ściśle określony sposób. To właśnie w opozycji do doktryny Rousseau Constant sformułował swoją koncepcję dwóch wolności. Dla niego koncepcja Rousseau przyjmowała anachroniczną perspektywę polityczną. Koncepcja woli powszechnej i wolności, która musi być zgodna z tą wolą, możliwa była w starożytnej greckiej *polis*. *Polis* była bowiem państwem o niewielkim terytorium i ograniczonej liczbie obywateli, którzy w związku z tym mieli zapewniony bezpośredni udział we władzy. Toteż grecka wolność była przede wszystkim wolnością do udziału w sprawowaniu rządów, wolnością pozytywną, której realizacja polegała na uczestnictwie w tworzeniu praw, którym obywatele sami podlegali. Nie bez znaczenia było tu też istnienie niewolnictwa, które umożliwiało bezpośrednie zajmowanie się obywateli taką działalnością, gdyż o bardziej „przyziemne” sprawy, związane z zapewnieniem podstawowego utrzymania, dbali właśnie niewolnicy. Obywatel grecki, a ma tu Constant przede wszystkim na myśli Ateny, zajmował się więc głównie sprawami publicznymi. Ponieważ byt takiego obywatela był ściśle związany z przetrwaniem niewielkiej republiki greckiej pośród wrogich nierzadko sąsiadów, czyhających tylko na chwilę osłabienia czujności, w jego osobistym interesie leżała troska o dobro wspólne, działanie zgodne z wolą powszechną, która tożsama była z tym dobrem.

⁸ *Ibidem*.

We współczesnych państwach o ogromnym terytorium sytuacja jest już całkiem inna, a powrót do tamtych realiów jest niemożliwy. Jednostka – obywatel – pisze Constant – „zagubiona w tłumie, prawie nigdy nie dostrzega wpływu, jaki wywiera. Wola jej nigdy nie odciska się na zbiorowości; nic nie stwierdza w jej oczach wartości jej współdziałania”⁹. Współcześnie jednostka ma zatem niewielki wpływ na sferę publiczną i sferę praw, którym podlega. Toteż „praktykowanie praw politycznych” daje jej tylko część tej „satisfakcji, jaką czerpali z niego starożytni”¹⁰. Z drugiej strony znacznie trudniej jest też współczesnego człowieka zadowolić. Kolektywne współistnienie obywateli we wspólnocie, jaką była *polis*, jej względna izolacja i skupienie na problemach niezbyt licznej społeczności, upraszczało światopogląd starożytnych. Upraszczało go przede wszystkim w tym sensie, że sposoby osiągnięcia szczęścia były w gruncie rzeczy podobne wśród wszystkich obywateli. We współczesnych państwach jest inaczej. Postęp cywilizacji, intensyfikacja kontaktów między członkami różnych narodów zindywidualizowały sposoby osiągania szczęścia i wprowadziły różnorodność. Współcześnie jest ich tyle, ile obywateli państwa, każdy upatruje szczęścia w czymś innym, a więc o jednolitej powszechnej woli, która byłaby wyrazem jakiegoś uniwersalnego szczęścia wszystkich, mowy być nie może. Stąd wynika, jak twierdzi Constant, że człowiek współczesny jest znacznie bardziej przywiązany do indywidualnej, osobistej niezależności¹¹. Człowiek nowożytny zmierza głównie do korzystania z dobrodziejstw tej niezależności, jego celem jest możliwie szeroki zakres swobody w sferze prywatnej aktywności. Constant stwierdza, że wykształcenie się tej sfery prywatnej jest znamiem nowożytności, stąd wyzwaniem współczesnego człowieka przestało być poświęcanie sfery prywatności na rzecz realizowania się na płaszczyźnie publicznej – jest nim raczej poszerzanie sfery prywatnej. Współczesne państwo powinno obywatelom, zajęтым własnymi sprawami, zapewniać taką właśnie swobodę. Ta wolność to wolność negatywna.

Choć to wolność negatywna jest najwyższą wartością człowieka nowożytnego, jej zagwarantowanie – jak stwierdza Constant – nie jest możliwe w sytuacji, gdy jednostki całkowicie usuną się w sferę prywatną. Jest tak dlatego, że sprawujący władzę we współczesnych państwach, niepowstrzymywani, mają tendencję do stałego poszerzania sfery swoich ingerencji. Coraz więcej spraw zaczyna stanowić domenę rządu, a tym samym coraz bardziej zawęża się sfera swobodnej działalności jednostki. Prowadzi to w konsekwencji do takiej lub innej formy dyktatury. Dlatego Constant namawia do nieusuwania się w cień prywatnej działalności i do udziału w rządach. Udział ten jest już wprawdzie zupełnie inaczej pojmowany niż udział starożytnych, nie oznacza to jednakże,

⁹ B. Constant, *O wolności starożytnych i nowożytnych*, „Arka” 1992, nr 42 (listopad – grudzień), s. 78.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, s. 84.

że jest mniej ważny. W państwach nowożytnych możliwy jest on głównie za pośrednictwem przedstawicieli. Constant wskazuje na konieczność istnienia rządu reprezentacyjnego i proponuje liczne zabezpieczenia instytucjonalne, które mają w jego przekonaniu umożliwić, jeśli nawet nie rzeczywisty i odczuwalny przez jednostkę udział we władzy, to przynajmniej utrzymanie w odpowiednich granicach ingerencji państwa w sferę prywatności. W swoich dziełach poświęconych konstytucjonalizmowi formułuje on konkretne propozycje dotyczące podziału władz. Constant wyróżnia sześć władz: władzę monarchy – jest bowiem zwolennikiem monarchii konstytucyjnej, władzę wykonawczą, władzę reprezentacyjną stałą, władzę reprezentacyjną opinii, władzę sądowniczą, tzw. władzę muncypalną, czyli samorządową. Nowością jest idea władzy muncypalnej. W przypadku gdy chodzi o pozostałe władze, koncepcja Constanta nie wprowadza istotnych innowacji. Władza muncypalna stanowić ma przeciwwagę dla biurokratyzowanych struktur rządowych i gwarantuje możliwość wprowadzenia do debaty publicznej oddolnych inicjatyw obywatelskich. System ten opiera się ponadto na zasadzie odpowiedzialności politycznej rządu przed parlamentem, co oznacza, że nie może on działać bez wotum zaufania oraz na zasadzie praworządności, zgodnie z którą obywatel podlega tylko odpowiednio uchwalonemu prawu.

Koncepcja Constanta stanowi kontynuację i zarazem rozwinięcie idei podziału władzy autorstwa Monteskiusza i Locke'a. Pierwotny cel wszystkich tych koncepcji, czyli zabezpieczenie przed skupieniem władzy w jednym ręku, pozostaje dzisiaj fikcją i jedynie postulatem demokratycznych społeczeństw. Podważanie tej wartości w codziennych praktykach prawnych społeczeństw demokratycznych dokonuje się m.in. za sprawą stanowienia prawa przez administrację i sędziów. Jest to jednak na tyle istotna wartość, że współczesne społeczeństwa nie mogą z niej zrezygnować, podobnie jak z oświeceniowego postulatu pewności prawa.

Z punktu widzenia tworzenia prawa najważniejszym efektem podziału władzy jest autonomizacja legislacji jako integralnej części polityki demokratycznej oraz wynikający z tej autonomizacji nacisk na tworzenie prawa pozytywnego jako prawa pochodzącego od organów tej właśnie władzy (niezależnie, czy są to sędziowie, czy parlamentarny ustawodawca). Wydzielenie władzy prawodawczej i nacisk na jej organizacyjną odrębność od pozostałych władz z jednej strony wspierał, z drugiej zaś był również pochodną kolejnego procesu, niezwykle ważnego z perspektywy tworzenia prawa, a mianowicie zautonomizowania się prawa, czyli oddzielenia go od innych porządków normatywnych obecnych w normatywnej przestrzeni. Wstępne wyznaczenie pola legislacji miało miejsce już w renesansie, dzięki dokonaniem przez Machiavellego oddzieleniu moralności od polityki i wprowadzeniu przez Bodina dualizmu prawa i legislacji oraz bardzo przekonującemu uzasadnieniu wyłączości legislacyjnej suwerena.

5.2. Oddzielenie polityki od moralności oraz wyłączność legislacyjna suwerena: polityczny realizm (Machiavelli) i prawny etatyzm (Bodin)

Dla starożytnych i ich spadkobierców aż do wieków średnich polityka stanowiła część moralności. Również i później takie założenia często przyświecały twórcom koncepcji politycznych. Niccolo Machiavelli swoim niewielkim dziełem pt. *Księżę* podważył tę wiarę. A właściwie nie tyle ją podważył, ile wyraził oczywistą prawdę wynikającą z rzeczywistego funkcjonowania włoskich królestw i księstw, z funkcjonowania rzeczywistej, a nie tylko wyobrażanej przez filozofów idealnej wizji władzy, wprowadzając do powszechnego intelektualnego obiegu stanowisko, które dzisiaj określamy mianem realizmu politycznego. Machiavelli swoją koncepcję oparł na obserwacji życia politycznego renesansowej Italii, ale i na dogłębnej analizie historycznej oraz programowym odrzuceniu politycznego idealizmu i związanego z nim aprioryzmu cechującego spekulację filozoficzno-polityczną. Włoskie państwa-miasta czasów Machiavellego z jednej strony przedstawiały obraz politycznego zepsucia, spisków, uzurpacji i aktów przemocy, z drugiej natomiast stanowiły swego rodzaju awangardę renesansu i tworzyły potężną kulturę, niezwykle silnie oddziałującą na cały renesansowy świat. Dynamika politycznych i ustrojowych przemian i przewrotów skłaniała florenckiego polityka i dyplomata do poszukiwania stałych punktów odniesienia, które pozwalałyby wesprzeć przewidywanie rozwoju wypadków. Historia była dla niego takim właśnie medium:

Porównując przeszłość i teraźniejszość, łatwo się przekonać, że wszystkie państwa i wszystkie ludy zawsze ożywiały i ożywiają te same pragnienia i namiętności. Dlatego też ten, kto dokładnie zbada sprawy przeszłości, potrafi bez trudu przewidzieć, co zdarzy się w danym państwie¹².

Mądrość pochodząca z obserwacji i badań historycznych wskazuje zatem według Machiavellego drogę, po której stąpać powinni władcy. Polityczny realizm pozostaje konsekwencją odrzucenia wszelkich założeń poza historycznym doświadczeniem. Nie wyprowadza on zatem polityki z etyki, jak Platon, Arystoteles czy Tomasz z Akwinu, lecz przeciwnie – ściśle oddziela moralność od polityki. Odrzuca tym samym wszelkie projekty „idealnego państwa”, oparte na etycznych fundamentach. Jego propozycja jest programowo antyutopijna, co wyraża najlepiej następujący fragment z *Księcia*:

¹² N. Machiavelli, *Rozważania nad pierwszym dziesięcioksięgiem historii Rzymu Liwiusza*, [w:] *idem, Wybór pism*, Wydawnictwo PIW, Warszawa 1972, s. 240.

Wielu wyobrażało sobie takie republiki i księstwa, jakich w rzeczywistości ani nie widzieli, ani nie znali; wszak sposób, w jaki się żyje, jest tak różny od tego, w jaki się żyć powinno, że kto, chcąc czynić tak, jak się czynić powinno, nie czyni tak, jak inni ludzie czynią, ten gotuje raczej swój upadek, niż przetrwanie; bowiem człowiek, który pragnie zawsze i wszędzie wytrwać w dobrem, paść koniecznie musi między tylu ludźmi, którzy nie są dobrymi¹³.

Według Machiavellego moralność daje odpowiedź na pytanie o dobre zasady postępowania, o to, co uczynić, aby nasze działania pozostawały w zgodzie z naszym sumieniem. W zakresie polityki mamy jednak do czynienia z innym kryterium. Jest nim zasada maksymalnej skuteczności podejmowanych działań. Sprawujących władzę ocenia się przede wszystkim przez ten właśnie pryzmat. Realizm Machiavellego czyni politykę dziedziną kierowaną wyłącznie przez zasadę skuteczności władcy w realizowaniu „racji stanu”. Racja stanu, ten nowy termin wprowadzony przez Machiavellego, oznacza, że polityka, rozumiana jako wyznaczanie celów i dobór środków sprawowania władzy, staje się dziedziną autonomiczną, kreującą własny porządek normatywny i własną normatywną przestrzeń, odrębną od normatywnej przestrzeni zajmowanej przez moralność i zawierającą wzorce oraz techniki sprawowania władzy i zarządzania państwem.

W tę nową, autonomiczną przestrzeń normatywną Jean Bodin, renesansowy legista francuski, wprowadza legislację, pojmowaną jako jeden z głównych przejawów suwerenności władzy. Jako gorący zwolennik absolutyzmu monarszego uważa on, że absolutny charakter suwerennej władzy monarchy wyraża się właśnie w tym, że obdarzony nią władca ma moc wyłącznego i niedzielnego z nikim stanowienia prawa:

Pierwszym znamieniem suwerennego księcia jest możliwość wydawania ustaw obowiązujących wszystkich w ogólności i każdego z osobna [...] ale to nie wystarcza, gdyż trzeba dodać, że chodzi o wydawanie ustaw bez zgody wyższego, równego i niższego od siebie¹⁴.

Nieograniczona władza wydawania i uchylania ustaw jest jednym z najważniejszych elementów Bodinowskich „znamion suwerenności”, gdyż składają się na nią uprawnienia, które wyczerpują właściwie zakres tego, co zwykle nazywa się władaniem:

Ta sama władza wydawania i uchylania ustaw obejmuje wszystkie inne uprawnienia i znamiona suwerenności do tego stopnia, że ściśle mówiąc, można stwierdzić, iż istnieje tylko to jedno znamię suwerenności, zważywszy, że w nim mieszczą się wszystkie inne uprawnienia, jak postanawianie wojny lub zawieranie pokoju, rozpoznawanie w ostatniej instancji orzeczeń wszystkich urzędników, powoływanie i odwoływanie najwyższych funkcjonariuszy, nakładanie na poddanych ciężarów i danin oraz zwalnianie od nich, świadczenie łask i dyspensowanie od rygorów

¹³ *Idem, Księżę. Rozważania nad pierwszym dziesięcioksięgiem historii Rzymu Liwiusza*, Wydawnictwo PIW, Warszawa 1984, s. 80.

¹⁴ J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1958, s. 591.

ustaw, podwyższanie i obniżanie tytułu wartości i stopy monet, zmuszanie poddanych i wasali ściśle związanych do przestrzegania wierności bez względu na tego, komu należy się przysięga. To są prawdziwe znamiona suwerenności, które mieszczą się we władzy wydawania praw dla wszystkich w ogólności i każdego z osobna oraz nieprzyjmowania praw od nikogo poza Bogiem¹⁵.

Absolutny legislator stoi tym samym ponad prawem. Związanie jego władzy prawami byłoby równoznaczne jej ograniczeniu. Jeśli byłyby to prawa ustanowione przez poprzedników, byłyby one zewnętrznym przymusem nałożonym na takiego władcę. Kolidowałyby wówczas z suwerennością jego władzy. Utrzymywanie natomiast, że sam władca podlega prawom przez siebie stanowionym, jest według Bodina niedorzecznością. Skoro bowiem władca ma moc tworzenia praw, to zawsze może je zmieniać:

Jeśli tedy książę suwerenny nie jest związany prawami swych poprzedników, to o wiele mniej będzie związany ustawami i ordonansami, jakie sam ustanawia, albowiem można wprawdzie otrzymać prawo od drugiego, ale z natury jest niemożliwym, aby ustanawiać prawo dla siebie samego, podobnie jak nakazywać sobie rzecz, która zależy tylko od własnej woli¹⁶.

Jeśli – jak w następnym stuleciu mawiać będzie „król-słońce” Ludwik XIV – „państwo to ja”, to oczywiste jest, że podstawowym atrybutem władzy państwowej musi być monopol legislacyjny.

Koncepcje Bodina i Machiavellego uzupełniają się zatem, przyczyniając do wykształcenia nowego wzorca prawa: prawa kreowanego przez suwerenną władzę, będącego narzędziem prowadzonej przez suwerena polityki, autonomicznej w stosunku do moralności. W tej perspektywie sfera normatywna tworzona przez suwerena zaczyna tracić swą odwieczną więź z transcendentnymi wobec niej normami moralności i prawa naturalnego. Prawo nie tylko staje się efektem woli aktualnego suwerena realizującego rację stanu, lecz wola ta przestaje być postrzegana jako związana niezmiennymi moralnymi czy prawno-naturalnymi ograniczeniami. Następstwem przekazania władzy prawodawczej doczesnemu, ziemskiemu suwerenowi staje się więc swoisty prawny etatyzm, rozumiany jako związanie stanowionego prawa z państwem. Autonomiczna wobec moralności polityka suwerennego władcy zaczyna się jawić jako ważne źródło prawa, nawet jeśli takie prawo to wyłącznie „reguły organizacji”, jak określa je Hayek.

Należy bowiem pamiętać, że koncepcje renesansowe nie rezygnują z założenia transcendentnych źródeł prawa w ogólności, lecz tworzą taki nowy wzorec tylko w zakresie regulacji publicznoprawnych oraz założeń związanych z procedurami egzekwowania prawa (np. Bodinowska zasada naturalnych poddanych), będących elementem polityki prowadzonej przez suwerena i – *de facto* – środkiem wzmacniania i absolutyzowania suwerenności monarchy na tle tradycyjnych

¹⁵ *Ibidem*, s. 250.

¹⁶ *Ibidem*, s. 90.

relacji feudalnych, opartych na zasadzie „wasal mego wasala nie jest moim wasalem”. Realizm polityczny Machiavellego połączony ze swoistym realizmem prawnym Bodina nie oznacza więc odrzucenia porządku transcendentnego, gdy chodzi o źródło prawowitości i genezę obowiązującego prawa prywatnego. Innymi słowy, nie jest tak, że suweren za pomocą swej legislacji dowolnie reguluje kwestie związane z własnością, umowami cywilnoprawnymi czy dziedziczeniem i nadaje im w ten sposób znamię prawowitości. Władca jest wciąż jeszcze bezwzględnie podporządkowany prawu „Boga i natury”, co szczególnie mocno podkreśla Bodin, pisząc:

Ale co do praw boskich i naturalnych, to wszyscy książęta na ziemi są im poddani i nie jest w ich władzy sprzeciwić się im, jeśli nie chcą być winni obrazy majestatu boskiego, wydając wojnę Bogu, przed którego wielkością powinni się korzyć wszyscy monarchowie świata i chylić głowy w bojaźni i czci. I przez to władza absolutna książąt i państw suwerennych nie rozciąga się wcale na prawa Boga i natury, a ten, który najlepiej pojął, co to jest władza absolutna i który ugiął pod swoją władzą królów i cesarzy, mawiał, że to nie jest nic innego, jak derogacja zwyczajnego prawa, ale nie powiedział, że praw boskich i naturalnych¹⁷.

Pomimo tego to właśnie renesansowe koncepcje Machiavellego i Bodina przyczyniły się do wykreowania założeń tego nowego spojrzenia na prawodawstwo, odmiennego od dotychczasowego podejścia prawnego-naturalnego, wyznaczając drogę, którą w kolejnych stuleciach podążać będzie bardzo istotna część europejskiej kultury legislacyjnej. W koncepcji Machiavellego ostateczny kształt przyjmuje intuicja, która towarzyszy politycznej refleksji od czasów greckich, a która w wiekach średnich jest zdominowana przez chrześcijańską polityczną moralistykę. Jest nią republikański polityczny realizm, zakładający oddzielenie polityki od moralności. W niemniej realistycznej koncepcji paryskiego jurysty Bodina temu oddzieleniu zaczyna towarzyszyć przekonanie, że głównym znamieniem suwerenności państwa jest wyłączność prawodawcza monarchy, oparta na idei naturalnych poddanych, tj. wyrwanych z feudalnych zależności i tak samo podporządkowanych monarsze. Machiavelli zautonomizował zatem politykę, natomiast Bodin w tej autonomicznej moralnie polityce osadził wizję suwerennej władzy prawodawczej absolutnego monarchy. W ten sposób wspólnie stworzyli etatystyczny wzorzec legislacji, który stanowił już krok w kierunku oderwania prawa od praw boskich i moralności oraz powiązania go z demokratyczną, państwową legislacją na przełomie XVIII i XIX wieku.

¹⁷ Chodzi Bodinowi o papieża Innocentego IV. Jest on bowiem zwolennikiem podporządkowania władzy monarszej władzy papieżstwa. *Ibidem*, s. 105.

5.3. Oddzielenie prawa od moralności – Kant i twardy pozytywizm

Kolejnym istotnym krokiem z punktu widzenia historycznego procesu wyodrębniania się współczesnej legislacji jest oddzielenie prawa od moralności. W niezwykle charakterystycznej dla oświeceniowej wizji prawa koncepcji reprezentowanej przez humanitaryzm prawniczy pojawił się postulat uproszczenia, spisania i publikacji prawa, a co za tym idzie – urealnienia jego powszechnej znajomości. Realizacja tego postulatu oświecenia wymagała jednak uprzedniego doprecyzowania różnic pomiędzy różnymi porządkami normatywnymi: porządkiem prawnym, religijnym, obyczajowością i moralnością. Traktat Cesarego Beccarii *O przestępstwach i karach*, który ten postulat wyrażał najdobitniej, był bez wątpienia jednym z najczęściej czytanych i komentowanych dzieł osiemnastego stulecia. Voltaire, który przygotował komentarz do tego traktatu, pisał o nim, że jest to dzieło, które „[...] jest dla moralności tym, czym w medycynie są nieliczne środki mogące nam ulżyć w chorobach”¹⁸. Wpływy Beccarii nie ograniczały się do środowisk intelektualnych. Jego idee oddziaływały na władców (Fryderyk II Hohenzollern, Katarzyna Wielka) oraz twórców amerykańskiej Deklaracji niepodległości i konstytucji (John Adams, Thomas Jefferson)¹⁹. Nie zmienia to faktu, że również w tej epoce regulacje prawne dotyczące moralności, zakładające sankcjonowanie niemoralnego postępowania oraz np. poglądów niezbieżnych z dominującymi – na ogół religijnymi – zasadami postępowania i sposobem myślenia, były raczej częstsze niż rzadsze. Wystarczy wspomnieć kościelne indeksy ksiąg zakazanych i powszechną cenzurę, które były wspierane bądź wprowadzane przez państwo. Sam Fryderyk II Hohenzollern – sławny pruski „król-filozof”, wzorzec oświeceniowego monarchy, korespondujący z Voltaire’em i wprowadzający zasady oświeceniowej monarchii – wprawdzie po wstąpieniu na tron w 1740 roku zniósł cenzurę, ale kilka lat później już się z tego skwapliwie wycofał.

Podkreślić też należy, że moralność i prawo są bez wątpienia powiązane źródłowo²⁰ i refleksja nad różnicami między nimi wcale nie jest taka oczywista, zwłaszcza że istnieje wiele norm moralnych, które zdecydowano się inkorporować, tj. uczynić integralną częścią systemów prawnych i objąć ochroną. Wystarczy wspomnieć o niektórych nakazach Dekalogu czy ochronie godności ludzkiej wpisanej w konstytucje i akty najwyższej rangi większości państw demokratycznych. Jednocześnie świadomość różnicy między moralnością a prawem jest w oświeceniu silnie obecna. Kwestią kluczową jest więc pytanie o to, czym prawo

¹⁸ Voltaire, *Wybór dzieł filozoficznych*, Biblioteka Kwartalnika Kronos, Warszawa 2022, s. 173.

¹⁹ Jego dzieło i sprzeciw wobec kontroli posiadania broni przez państwo inspirowało np. bezpośrednio amerykańską drugą poprawkę do konstytucji.

²⁰ Patrz świetny artykuł Jerzego Leszczyńskiego pt. *Relacja prawa i moralności z prawnego punktu widzenia. Moralność partykularna a moralność kooperatywna*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 4, s. 45.

różni się od moralności i polityki. Odpowiedzi na nie są nieco inne w koncepcjach inspirowanych konstruktywizmem oraz racjonalizmem i w koncepcjach inspirowanych utylitaryzmem oraz empiryzmem. Oba stanowiska mają jednak jedną wspólną cechę: prawo jawi się w nich jako wynik woli politycznej, pozytywistyczno-prawnej kreacji przez suwerena, który w tworzeniu prawa kierować się ma zarówno teoretyczną racjonalnością (pozytywizm prawniczy), jak i praktyczną rozumnością (Kant).

5.3.1. Konstruktywizm jako podstawa oddzielenia prawa od moralności – Kant

Z omówionej w poprzednim rozdziale szerokiej koncepcji osoby wynika, że opiera się ona na założeniu syntezy teoretycznej racjonalności i praktycznej rozumności, co oznacza, że teoretyczna racjonalność nie jest dla konstruktywistów właściwą podstawą wolności. Kategorią centralną dla szerokiej koncepcji osoby jest wolność zakładająca już w sobie wewnętrzne ograniczenia, wynikające z uwzględniania w postępowaniu chociażby wolności innych ludzi. Na takim właśnie założeniu opiera się konstruktywistyczne oddzielenie prawa od moralności, którego najbardziej moim zdaniem charakterystyczna i przekonująca postać została przedstawiona przez Kanta. W koncepcji Kanta wolność przyjmuje postać wolności rozumnej, wolności, której granice i obszar określone są przez rozum praktyczny. Wolność jest dla Kanta naczelną ideą regulatywną filozofii praktycznej, czyli ideą posiadającą realność jedynie praktyczną²¹. Nie da się dowieść jej istnienia poprzez odwołanie się do instrumentów filozofii teoretycznej, a w ramach stanowiska filozoficznego odwołującego się do naturalizmu w ogóle nie ma na nią miejsca. Świat przyrodniczy to bowiem świat, którym zasadniczo rządzi determinizm²². Fundamentem Kantowskiej koncepcji wolności jest założenie, zgodnie z którym człowiek, będący zarówno istotą przyrodniczą, jak i intelligibilną, dysponuje zdolnością (władzą) do przyrodniczo niezdeterminowanej, tj. samorządnej aktywności²³. Ten negatywny aspekt wolności zakłada sferę ludz-

²¹ Na temat noumenalnego, teoretycznie niedowodliwego, lecz praktycznie koniecznego charakteru wolności ludzkiej por. A. Kojève, *Kant*, Gallimard, Paris 1973, s. 14; M. Heidegger, *Vom Wesen der Menschlichen Freiheit*, [w:] V. Klostermann (red.), *Gesamtausgabe*, vol. 31, Klostermann, Frankfurt am Main 1982, s. 190.

²² I. Kant, *Metafizyka moralności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005, s. 28.

²³ O spontaniczności jako fundamencie wolności por. A. Gunkel, *Spontaneität und moralische Autonomie. Kants Philosophie der Freiheit*, P. Haupt, Bern–Stuttgart 1989, s. 103 i nast.; E. Nowak-Juchacz, *Autonomia jako zasada etyczności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2002, s. 19. Temat determinacji i niezdeterminowania w koncepcji Kantowskiej por. przede wszystkim: O. O’Neil, *Constructions of Reason: Explorations of Kant’s Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, s. 69; T.E. Hill, *Dignity and Practical Reason in Kants Moral Theory*, Cornell University Press, Ithaca–London 1992, s. 93; F. Kambartel,

kiej aktywności, która jest wolna od wpływu czynników zewnętrznych, stanowi „[...] pewną negatywną w nas właściwość, taką mianowicie, że do działania nie zmuszają nas żadne zmysłowe pobudki”²⁴.

Zdaniem Kanta – trzymającego się tu silnie starej tradycji platońsko-chrześcijańskiej, którą można wywieść od św. Augustyna – istota zdolna do samorzutnej aktywności, lecz kierowana wyłącznie przez pobudki instynktowne i uczucia, nie jest wolna²⁵. Oczywiście pełna wolność od pobudek zmysłowych nie jest możliwa dla empirycznie istniejącego człowieka. Pełnią wolności w tym znaczeniu mogłaby cieszyć się jedynie czysto noumenalna istota obdarzona tzw. wolą świętą. Nie oznacza to jednak, że człowiek w ogóle nie może być wolny. Zdaniem Kanta, gdy kieruje się on pobudkami rozumowymi, czyli „przyczynowością wolności”²⁶, jest wolny, natomiast gdy kieruje się innymi pobudkami, należącymi do „przyczynowości przyrody”, wolny nie jest. Jako istota historyczna człowiek nie zawsze poddaje się pobudkom materialno-zmysłowym, gdyż posiada rozumną wolę, która pozwala mu na ich przezwyciężanie. Oczywiście wśród tych pobudek są i takie, którym oprzeć się nie można (należy do nich np. sfera niekontrolowanych przez umysł cielesnych odruchów), lecz znajdziemy wśród nich także takie, które da się kontrolować za pomocą rozumnego chcenia. W tej właśnie sferze wolność posiada status „głównej idei filozofii praktycznej i *ratio essendi* prawa moralnego”²⁷.

Kluczowym elementem z perspektywy określenia relacji zachodzących między prawem i moralnością w koncepcji Kanta staje się jednak pozytywne określenie wolności. W ujęciu pozytywnym wolność jest zdolnością do działania zgodnego z powinnością. Powinność, podobnie jak wolność, lokuje się poza światem przyrodniczym. „To, że coś być powinno” – powiada Kant – „wyraża pewnego rodzaju konieczność i powiązanie z zasadami, które poza tym nie występują w całej przyrodzie”²⁸. Motywacją działania ma być zawsze „samo pojęcie”, tj. „miara i cel, a co więcej, zakaz i autorytet”²⁹. Czynniki te nie mieszczą

Bemerkungen zum praktischen Selbstverständnis des Menschen in Kantischer Perspektive, [w:] G. Prauss (red.), *Handlungstheorie und Transcendentaltheorie*, Klostermann, Frankfurt am Main 1986, s. 141; C.M. Korsgaard, *Morality as Freedom*, [w:] Y. Yovel (red.), *Kants Practical Philosophy Reconsidered*, Springer, Dordrecht 1989, s. 39.

²⁴ I. Kant, *Metafizyka...*, s. 226.

²⁵ *Ibidem*, s. 17.

²⁶ Na temat ścisłego związku pomiędzy przyczynowością wolności a ludzką podmiotowością i godnością w koncepcji Kanta por. M. Heidegger, *Vom Wesen...*, s. 192.

²⁷ I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972, s. 5. Interesująca propozycja zastąpienia tradycyjnej interpretacji dziedzin filozofii teoretycznej i praktycznej w koncepcji Kantowskiej jako całkowicie odrębnych „światów” ich interpretacją jako odmiennych perspektyw por. H.E. Allison, *Kant's Transcendental Idealism. An Interpretation and Defense*, Yale University Press, New Haven–London 1983, s. 239–240.

²⁸ I. Kant, *Krytyka praktycznego...*, 1972, s. 290.

²⁹ *Ibidem*, s. 291.

się w czasowo-przestrzennym porządku zjawisk przyrodniczych. Pozostają one wynikiem aktywności rozumu ludzkiego, nakazującego kierować się rozumnymi zasadami przyświecającymi człowieczeństwu. Powinność kreuje miarę i punkt odniesienia dla ludzkiego postępowania. Rozum praktyczny jest dla Kanta rozumem porównującym. Dokonuje on zabiegu idealizacyjnego: wytwarza wzorzec i porównuje do tego wzorca hipotetyczne postępowanie. Powinność oznacza zatem dyrektywę zgodności ze wzorcem i stanowi element zarówno moralności, jak i prawa. Kształtuje się ona nieco odmiennie w sferze moralności i prawa.

W sferze moralnej nie ma wątpliwości co do tego, że dopiero pozytywny aspekt wolności nadaje ludzkiemu postępowaniu moralny charakter³⁰. Wolność moralna to autonomia. Oznacza ona, że ludzka wola arbitralna bezpośrednio poddaje się pobudkom rozumowym, czyli w swoim postępowaniu człowiek odnosi się do celów obiektywnych i uniwersalnych z punktu widzenia człowieczeństwa. Rozum praktyczny jest bowiem według Kanta nośnikiem obiektywnych i uniwersalnych treści. Różni się on od intelektu, który spełnia funkcję instrumentalną, jest celowo-racjonalny, czyli pozwala zmierzać do celów, niezależnie od tego, czy są one uniwersalne, czy egoistyczne i partykularne. Istota praktycznie rozumna to dla Kanta istota, która zdolna jest postępować moralnie, czyli zmierzać również do realizacji obiektywnych wartości i celów. Postawa moralna to dla Kanta nieinstrumentalizująca, rozumna postawa, oparta na bezinteresowności i czystości intencji, czyli zdolności do rozumnego wykraczania poza własny punkt widzenia³¹.

Analogicznie do przyczynowości naturalnej (przyrodniczej) w przyrodzie, czyli w dziedzinie filozofii teoretycznej, w moralności, która jest dziedziną filozofii praktycznej, Kant mówi o przyczynowości rozumu, czyli „przyczynowości z wolności”. Jest bowiem jasne, że obok praw fizyki nasze postępowanie determinują również prawa wywodzące się z praktycznego rozumu, związanego z powinnością. Podczas gdy prawa fizyki są czymś od nas niezależnym i obcym,

³⁰ I. Kant, *Metafizyka...*, 2005, s. 17. Mirosław Żelazny wprowadza podział wolności w koncepcji Kanta na wolność empiryczną, wolność transcendentálną i wolność praktyczną. Według niego ideę tej pierwszej Kant odrzuca, druga oznacza wolność od empirycznego uwarunkowania, trzecia natomiast jest wolnością pozytywną, zmierzającą do podejmowania działań zgodnych z prawem moralnym. Por. M. Żelazny, *Idea wolności w filozofii Kanta*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1993, s. 68–69. Na temat pozytywnej wolności w koncepcji Kanta por. M. Riedel, *Urteilstkraft und Vernunft. Kants ursprüngliche Fragestellung*, Ullstein Buch, Frankfurt am Main 1989, s. 98–124.

³¹ Na temat założenia zdolności człowieka do takiej nieinstrumentalizującej postawy w koncepcji Kantowskiej por. O. O’Neil, *Constructions of Reason: Explorations...*, s. 44. Zdolność do takiej postawy leży też u podstaw doktryn dwóch wybitnych współczesnych spadkobierców Kanta – Rawlsa i Habermasa. Obaj czynią takie założenie fundamentem swoich koncepcji racjonalności – por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązki. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, s. 45–48; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999, s. 190–198.

prawa rozumu są „nasze własne”, ponieważ rozumność stanowi immanentną cechę człowieczeństwa. Podleganie własnym prawom jest zaś wyrazem autonomii ich podmiotu: „[...] wola więc nie tylko podlega prawu, ale podlega mu tak, że należy ją uważać także za nadającą sobie samej prawa i właśnie dlatego dopiero podległą prawu (za którego twórcę sama może się uważać)”³². Podkreślić należy, że „własny” charakter praw rozumu nie jest dla Kanta tożsamy z ich subiektywnym, partykularnym charakterem. Prawa te mają charakter od-podmiotowo obiektywny, gdyż sam rozum jest w nas uniwersalny³³.

Wobec tego autonomiczną aktywność należy w świetle koncepcji Kantowskiej definiować nie jako efekt subiektywnej autonomii konkretnej, historycznie istniejącej jednostki, lecz jako efekt autonomii rozumnego podmiotu, czyli „ja” noumenalnego, ponieważ „[...] tylko istota rozumna posiada władzę działania według przedstawienia praw, tj. według zasad, czyli posiada wolę”³⁴.

Reasumując, w modelowym ujęciu Kantowska koncepcja autonomicznej aktywności zakłada: 1) aktywność pozbawioną wpływu jakichkolwiek przyrodniczych czynników determinujących wolę, do których należą wszelkie zmysłowe pobudki postępowania (aspekt negatywny); 2) aktywność wewnętrznym zgodną (moralność) lub przynajmniej niesprzeczną (prawo) z celami obiektywnymi i uniwersalnymi z perspektywy rodzaju ludzkiego (specyficzny aspekt pozytywny). Autonomia w ścisłym sensie występuje zatem w sferze moralnej czy – używając nomenklatury Kantowskiej – w wewnętrznym wymiarze etycznym. W sferze prawnej przybiera ona natomiast postać zewnętrznej wolności, oznaczającej warunek możliwości jej pogodzenia z wolnością innych. Nawet zatem, jeśli moralność i prawo – jako „prawa wolności” – wywodzą się w koncepcji Kanta ze wspólnego praktycznie moralnego rdzenia³⁵, to oba wymienione aspekty wolności – negatywny i pozytywny – „w pełnym wymiarze” zawiera jedynie etyka, będąca dla Kanta „nauką o celach”. Są to cele, które powinny przyświecać każdej wolnej istocie³⁶. Jeśli w przypadku prawa jurydycznego cel przyświecający empirycznej jednostce w działaniu jest obojętny, natomiast ważne jest, by samo działanie ostatecznie było zgodne z zewnętrznie ustanowioną regułą prawa wolności, to w przypadku etyki przedmiotowa treść woli, czyli cel, nie jest obojętny. Musi on być wewnętrznym zgodny z obiektywnymi celami ludzkości, czyli właśnie etyczny. Jest to znane rozróżnienie Kanta na postępowanie „z zasady”, które jest postępowaniem moralnym, a postępowaniem tylko „zgodnym z zasadą”, które wystarcza dla postępowania zgodnego z prawem jurydycznym.

³² I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1953, s. 66. Kwestia podlegania prawu w koncepcji Kantowskiej por. T.E. Hill, *Dignity and Practical Reason...*, s. 77–95.

³³ I. Kant, *Uzasadnienie...*, s. 68.

³⁴ *Ibidem*, s. 38.

³⁵ I. Kant, *Metafizyka...*, 2005, s. 18.

³⁶ *Ibidem*, s. 241.

Autonomia moralna to zatem dla Kanta bezpośrednie wynikanie indywidualnych maksym postępowania³⁷ z rozumowych pryncypiów moralnych. Postępowanie „z zasady”, oznacza, że maksyma jest wewnętrznie zgodna z zasadami rozumu praktycznego, które jednocześnie wyrażają cele etyczne. Samą maksymę z perspektywy psychologicznej moglibyśmy opisać jako motyw albo pobudkę, które kierują człowiekiem przy podejmowaniu decyzji nacechowanych moralnie³⁸. Nie jest przy tym konieczne, by maksyma czasowo poprzedzała działanie, wystarczy pierwszeństwo logiczne (może to być np. akces do uprzednio powstałej maksymy)³⁹. Maksyma nie jest jednak tożsama z moralnym prawem⁴⁰. Imperatywny charakter posiada prawo, a nie maksyma, która stanowi jedynie „propozycję” działania⁴¹. Możliwość upowszechnienia maksymy pojmowana jest zatem przez Kanta jako jej wynikanie z imperatywu kategorycznego. Ten ostatni ma kilka formuł. W tym przypadku

³⁷ Omawianie problematyki maksym w koncepcji Kantowskiej przekraczałoby ramy tego opracowania. Jest to jednakże problematyka niezwykle szeroko omawiana w literaturze przedmiotu. W literaturze polskiej inspirujące wyjaśnienie tej problematyki oferuje moim zdaniem Paweł Łuków: P. Łuków, *Wolność i autorytet rozumu*, Wydział Filozofii i Socjologii Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1997, s. 100–121. W swojej interpretacji opiera się on w znacznym stopniu na B. Herman, *Morality as Rationality. A Study of Kant's Ethics*, Garland Publishing, New York–London 1990, s. 19 i nast. Na temat maksym por. też O. Höffe, *Immanuel Kant*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 170; O. O'Neil, *Constructions of Reason: Explorations...*, s. 83–89.

³⁸ Koncepcję ogólnego charakteru maksym przyjmuje większość autorów: H.J. Paton, *The Categorical Imperative. a Study in Kant's Moral Philosophy*, University of Chicago Press, Chicago 1948, s. 60; L.W. Beck, *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, University of Chicago Press, Chicago 1960, s. 36, 77; T.C. Williams, *The Concept of the Categorical Imperative. The Study of the Place of Categorical Imperative in Kant's Ethical Theory*, Clarendon Press, Oxford 1968, s. 113; O. O'Neil, *Kant after Virtue*, „Inquiry” 1983, no. 26; R. Bittner, *Maximen*, [w:] G. Funke (red.), *Akten des 4. internationalen Kant-Kongress*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York 1974, s. 485–498; O. Höffe, *Kants kategorischer Imperativ als Kriterium des Sittlichen*, „Zeitschrift für philosophische Forschung” 1971, vol. 31; *idem*, *Immanuel...*, 1995, s. 186–188; M. Albrecht, *Kants Maximenethik und ihre Begründung*, „Kant-Studien” 1994, vol. 85; O. Schwemmer, *Die praktische Ohnmacht der reinen Vernunft. Bemerkungen zum kategorischen Imperativ Kants*, „Neue Hefte der Philosophie”, H. 22: *Kants Ethik Heute*, Göttingen 1983, s. 7; E. Nowak-Juchacz, *Autonomia...*, s. 54. Natomiast P. Łuków, którego interpretację maksym przyjmuję, uważa, że maksymy nie muszą być ogólne lub też mogą wykazywać rozmaity stopień ogólności (P. Łuków, *Wolność...*, s. 112). O różnym stopniu ogólności maksym, ich zhierarchizowaniu i wielopłaszczyznowości relacji przekonani są np. L.W. Beck (*A Commentary...*, s. 118), H.J. Paton (*The Categorical Imperative...*, s. 136–137), C. Korsgaard (*Kant's Analysis of Obligation: The Argument of Foundations I*, „Monist” 1989, vol. 73, s. 324).

³⁹ Więcej na ten temat patrz przede wszystkim: B. Herman, *Morality...*, s. 43; O. O'Neil, *Acting on Principle. An Essay on Kantian Ethics*, Columbia University Press, New York–London 1975, s. 40; P. Łuków, *Wolność...*, s. 116.

⁴⁰ I. Kant, *Uzasadnienie...*, s. 50.

⁴¹ Por. P. Łuków, *Wolność...*, s. 107; L.W. Beck, *A Commentary...*, s. 81; H.E. Allison, *Kants Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, s. 87; E. Nowak-Juchacz, *Autonomia...*, s. 55.

adekwatna jest formuła mówiąca: „[...] postępuj tylko wedle takiej maksymy, dzięki której możesz zarazem chcieć, żeby stała się powszechnym prawem”⁴². Warto tu podkreślić czysto deliberatywny charakter takiego zabiegu. Chcąc wyłonić zasadę moralną, nie musimy odwoływać się do jakiegoś empirycznego dyskursu czy ścierania się rozmaitych opinii. O taką zasadę pytamy z perspektywy rozumu praktycznego. Kant przekonuje, że chłodny osąd rozumowy doprowadzi każdego do takiego samego wniosku. Różnice wynikać mogą z błędu bądź wpływu na nasz osąd różnych czynników empirycznych, które zawsze są niepewne. Nie chodzi więc Kantowi o subiektywny osąd i „subiektywne zasady”. Wspólny, uniwersalny i obiektywny charakter rozumu pozwala ludziom współistnieć w zbiorowościach i stanowi niezbędny warunek uniwersalnej wspólnoty etycznej oraz porozumienia w kwestii podstawowych reguł jej funkcjonowania. Odwołując się do metafory języka, można powiedzieć, że „język rozumu”, jako język ludzkiej podmiotowości, musi być naszym wspólnym językiem, żebyśmy w ogóle mogli dyskutować o zasadach. Jeśli bowiem wspólny, uniwersalny rozum nie jest tym wspólnym mianownikiem, który łączy nas ponad empirycznymi konwencjami i zwyczajami, to nie ma szans na wzajemne zrozumienie się, a tym samym również na rozumne kształtowanie naszych zewnętrznych relacji⁴³.

Odmienne od granic autonomii moralnej kształtują się w koncepcji Kantowskiej granice wolności prawnej, tj. wolności zewnętrznej. Przymus wyznaczający granice autonomii moralnej jest przymusem wewnętrznym, tymczasem granice wolności prawnej⁴⁴ wyznacza przymus zewnętrzny. W sferze prawnej dysponujemy więc wolnością w inny sposób niż w sferze moralnej. Jest to wolność działania w ramach wyznaczanych przez reguły chroniące wzajemną wolność wszystkich uczestników wspólnoty, tj. „wolność w granicach wolności innych”⁴⁵.

⁴² I. Kant, *Uzasadnienie...*, s. 50.

⁴³ Nie zgadzam się tu z Bernardem Williamsem, który (zgadzając się z Heglem) uważa Kantowski projekt za nazbyt abstrakcyjny i nieprzystający do społeczno-politycznych i historycznych realiów zarówno swojej epoki, jak i współczesności. Za Rawlsem i Habermasem projekt Kantowski interpretuję nie jako roszczeniową pretensję do całkowitego i kompletnego opisanie naszego życia etycznego, lecz jako ograniczoną hipotezę opartą na założeniu o poznawczej i etycznej niedoskonałości człowieka i na tej bazie przedstawiającą minimalne ramowe warunki porozumienia w kwestiach etycznych, które odwołuje się do domniemanej zgody wszystkich podobnie racjonalnych podmiotów. Takie znaczenie przypisuję właśnie kantowskiej etycznej wspólnocie rozumu. Por. B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Fontana Press, London 1985, s. 197–198; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości...*, s. 112; J. Habermas, *Faktyczność...*, s. 121–124; por. też L. Goldmann, *Mensch, Gemeinschaft und Welt in der Philosophie Immanuel Kants*, Europa Verlag, Zürich 1945, s. 47, 170.

⁴⁴ J. Habermas określa tę autonomię mianem „autonomii polityczno-obywatelskiej (staatsbürgerlich)” – J. Habermas, *Faktyczność...*, s. 46.

⁴⁵ Na temat konieczności wzajemnego ograniczenia wolności w stosunkach zewnętrznych por. O. Höffe, *Der Kategorische Rechtsimperativ*, [w:] *idem* (red.), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Akademie Verlag, Berlin 1999, s. 53; E. Nowak-Juchacz, *Autonomia...*, s. 59 i nast.

Zewnętrzny charakter tej wolności wiąże się też z odmiennym niż w przypadku normy moralnej sposobem determinowania woli podmiotu przez normę (nie chodzi tu oczywiście o jakiś schemat psychologiczny, lecz o sposób obowiązywania normy)⁴⁶. Norma moralna, jak wskazałem wyżej, bezpośrednio pobudza wolę arbitralną każdego człowieka. Wpływa ona na proces chcenia tak, że kierujący się nią podmiot powinien chcieć określonego celu tylko dlatego, że jest on moralny. Oznacza to, że nie ma zewnętrznego przymusu, który pośredniczyłby w procesie przestrzegania normy moralnej; sama rozumna i praktycznie konieczna zasada moralna kształtuje maksymę leżącą u podstaw działania. W przypadku norm prawnych determinacja woli może być zapośredniczona przez udział czynnika zewnętrznego, jakim jest lęk przed konsekwencjami złamania prawa, czyli – zagrożenie użyciem legalnego, państwowego przymusu. To właśnie Kant ma na myśli, gdy twierdzi, że dla legalności działań człowieka wystarczyć musi ich zewnętrzna zgodność z prawem⁴⁷.

Z punktu widzenia samego procesu przestrzegania prawa to, czy leżąca u podstaw podjętego działania maksyma podmiotu działającego jest zgodna z obiektywnie koniecznymi celami ludzkości, nie ma więc dla nas znaczenia. Wystarczy, że działamy zgodnie z normą jurydyczną, ponieważ zakładamy, że jest ona z tymi celami niesprzeczna. Podobnie jak pozytywści, Kant ściśle separuje zatem procedurę tworzenia prawa zgodnego z imperatywem w jego zewnętrznym zastosowaniu od kwestii przestrzegania norm jurydycznych. Z perspektywy samego przestrzegania norma jurydyczna ma formalny i negatywny charakter. Istotne jest tylko „niełamanie” tych praw przez jednostkę⁴⁸. Rzecz nie rozgrywa się bowiem w czystej sferze normatywnej (tj. na płaszczyźnie maksym), lecz na płaszczyźnie zewnętrznej wolności, której ochrona wymaga zaangażowania tego zewnętrznego przymusu. Przymus ten jest istotą prawa jurydycznego. Jest on konieczny, gdyż jako istota rozumno-zmysłowa człowiek ma wrodzoną skłonność do tzw. naturalnej dialektyki, czyli naginania norm do wspierania własnych pragnień i interesów. Gdyby był istotą doskonałą, tj. zdolną do kierowania się wyłącznie przesłankami rozumowo-praktycznymi, to jego indywidualne chcenie zawsze zgodne byłoby z prawem. Wtedy jednak ani imperatyw kategoryczny, ani prawo w ogóle nie byłyby potrzebne, a człowiek dysponowałby tzw. wolą świętą, którą dysponować mogą według Kanta tylko istoty nadludzkie. Podstawą konieczności zewnętrznego prawa jurydycznego jest zatem sama natura człowieka: „aspołecznie towarzyska” i skłaniająca go do nadużywania praw i naginania reguł na własną korzyść⁴⁹.

⁴⁶ I. Kant, *Metafizyka...*, 2005, s. 24–25.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 25.

⁴⁸ Por. W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Recht und Staatsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin–New York 1984, s. 75.

⁴⁹ I. Kant, *Idea powszechnej historii w aspekcie kosmopolitycznym*, [w:] *idem, Rozprawy z filozofii i historii*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2005, s. 3. Na ten temat patrz m.in. J. Szczepański,

Nakaz posłuszeństwa normie prawa pozytywnego, poparty przymusem państwowym, jest więc bezwyjątkowy z perspektywy obywatela będącego jego podmiotem. Nakaz stosowania się do imperatywu w sferze prawnej obowiązuje wyłącznie prawodawcę, nie obowiązuje natomiast podmiotu tego prawa, który ma po prostu postępować zgodnie z normą stanowioną. Moment przestrzegania gotowej normy nie może być więc tożsamy z momentem jej oceny. Podobnie zatem jak w koncepcji Herberta L.A. Harta, podmiot nie ma możliwości podjęcia bezpośredniego, czynnego oporu wobec złego prawa, ponieważ najpierw powinien on zakładać, że ustanowiona norma jest zgodna z imperatywem. Nie przyznając podmiotowi prawa oporu, Kant zakłada po prostu, że norma nie może być niesprawiedliwa, gdyż ustawodawcy nie wolno tworzyć praw niezgodnych z tą moralną metaregłą. Postulowana przez pozytywistę Harta „postawa krytyczno-refleksyjna” wobec prawa jest zatem możliwa w koncepcji Kantowskiej dzięki założeniu, że ustrojem, w którym prawa obowiązują w sposób prawowity, jest republika. Istotą republiki jest zaś założenie, że wszyscy obywatele mają mieć „prawo głosu” co do treści stanowionych praw. Należy więc domniemywać, że zgodnie z rzymską paremią *dura lex, sed lex* takie „prawo głosu” wyrażać się musi w uprawnieniu do powszechnej krytyki istniejących norm jedynie *post factum*. To właśnie ta konstrukcja otwiera przed badaczami Kanta szeroką możliwość „pozytywistyczno-prawniczej” interpretacji doktryny prawnej królewieckiego myśliciela, którą szeroko wykorzystuje np. Hans Kelsen⁵⁰.

Nie zmienia to faktu, że – choć od siebie oddzielone – prawo pozytywne i prawo moralne są ze sobą związane nie tylko w sensie genetycznym, lecz także legitymizacyjnym. Mimo że należą do odrębnego porządku normatywnego, zasady moralności stanowią punkt odniesienia dla zasad prawa pozytywnego. Patrząc z perspektywy obiektywnej, prawu niesprawiedliwemu w sensie moralnym, czyli prawu, które nie przeszło testu uniwersalizacji, nie może według Kanta przysługiwać walor prawowitości. Nie wypełnia ono po prostu koniecznego roszczenia do ważności, które nie ogranicza się jedynie do przestrzegania określonej, zewnętrznej (np. demokratycznej) procedury prawodawczej przy jego powoływaniu do życia, lecz musi być praktycznie rozumne. Można więc powiedzieć, że dla Kanta prawo służy zarówno praktycznie rozumnemu interesowi wspólnoty do ograniczania swobody obywateli, jak i praktycznie rozumnemu interesowi obywatela przeciwko nadmiernej ingerencji wspólnoty. Konstruktivistyczny charakter tego uzasadnienia prawodawstwa zakłada więc, że rozumna zgoda dotyczy nie tylko zasad moralnych, ale także norm

„Aspółeczna towarzyskość”, czyli Kanta przyczynek do rozważań o naturze ludzkiej, [w:] J. Miłkaszewska, P. Spryszak (red.), *Natura ludzka w filozofii nowożytnej i współczesnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2010.

⁵⁰ S.L. Paulson, *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1992, vol. 12, no. 3(Autumn), s. 311–332.

prawa jurydycznego oraz że praktyczna rozumność jest konstytutywną cechą zarówno jednego, jak i drugiego porządku prawnego. Moralność i prawo, choć różniące się od siebie sposobem determinacji woli, pochodzą bowiem z tego samego porządku wolności.

5.3.2. Utylitaryzm jako podstawa oddzielenia prawa od moralności – Bentham i Austin

Takiego założenia nie potrzebuje oddzielenie prawa od moralności oparte na obiektywistycznej, wąskiej koncepcji osoby, czyli oddzielenie, jakiego dokonują przedstawiciele tzw. twardego lub wczesnego pozytywizmu. „Ojcem założycielem” pozytywizmu prawniczego był wielokrotnie już wspomniany w tej pracy oświeceniowy myśliciel Jeremy Bentham, a najbardziej znanym przedstawicielem znacznie młodszy od Benthama – jego przyjaciel i uczeń – John Austin. To względnie niewysublimowane teoretycznie i etycznie ujęcie wywarło ogromny wpływ nie tylko na kształtowanie się filozofii polityki i filozofii prawa, ale przede wszystkim na praktyki prawne społeczeństw europejskich. Źródłem siły przekonywania pozytywizmu prawniczego jest przede wszystkim jego prostota. Jeśli oświecenie postulowało uczynienie prawa jasnym, powszechnie zrozumiałym i realnie przestrzegającym przez każdego, to właśnie Bentham i Austin wydają się najbardziej konsekwentnymi wyrazicielami tego postulatu. Różne oświeceniowe rozważania nad separacją prawa i moralności, rozliczne klasyfikacje prawa natury i prawa rozumu mimo wszystko dalekie są od prostoty benthamowskiego i austinowskiego twardego pozytywizmu, który z czasem stał się dominującym paradygmatem praktycznego myślenia o prawie, fundamentem praktyk prawnych zachodnich społeczeństw demokratycznych i po prostu techniką pracy prawnika. Dla każdego, kto miał choćby pobieżny kontakt z praktyką stosowania prawa, jest jasne, że w procesie tym zasadniczo dopiero na poziomie wyższego sądownictwa (sądy najwyższe, sądy konstytucyjne i naczelne sądownictwo administracyjne) do głosu dochodzi w ogóle argumentacja, która jakoś wychodzi poza „twardy” pozytywizm⁵¹.

Jak już wyżej wspomniałem, Bentham wprost odrzuca założenie konstruktywistyczne, które na gruncie teorii moralnej i prawnej zakłada konieczność deliberatywnej, rozumnej zgody na moralne i prawne wzorce normatywne. Utylitaryści zastępują tę zgodę zobiektywizowaną kategorią użyteczności, odwołującą się do pożytku hedonistycznego, ale niewykluczającą także innych dóbr podlegających maksymalizacji. Opierają oni instytucje społeczne, a w tym również władzę stanowienia prawa na założeniu o maksymalizacji korzyści społecznej, postrzegając ją jako agregację indywidualnych preferencji członków społeczności. Odwołując

⁵¹ W systemach *common law* orzekanie na podstawie *equity* jest możliwe w wyjątkowych wypadkach, ale zasadniczo zarówno w USA, jak i w Wielkiej Brytanii większość możliwych orzeczeń już została włączona do precedensów.

się do ekonomicznej racjonalności i indywidualizmu, odrzucają oni jako metafizyczną każdą szerszą koncepcję osoby, tj. każdą koncepcję wykraczającą ponad naturalistycznie pojmowaną koncepcję *homo oeconomicus*. Społeczna użyteczność zastępuje zatem dotychczasową prawno-naturalną czy prawno-rozumową „metafizykę” prawodawstwa. Prawodawstwo pojmowane jest po prostu jako pochodna społecznej użyteczności.

Konsekwencją tych założeń staje się w doktrynie Benthama zakwestionowanie koncepcji prawa jako pochodnej ładu, który wybiega ponad świadome ludzkie decyzje i wybory. Normy prawno-naturalne, które wyłaniają się z takiego ładu, są dla Benthama zawsze niepewne, a źródłem tej niepewności jest to, że nie są one przez człowieka zaprojektowane i ustanowione, a więc ich intelektualne źródła nie mogą być w pełni przez niego rozpoznawane i zrozumiane, a więc również w pełni świadomie przestrzegane. Jak pisze Bentham w *Preparatory Manuscripts*..., opowiadając się przeciwko tradycyjnemu ujęciu prawno-naturalnemu:

Te rzekomo święte, nienaruszalne prawa natury są wynalazkiem ludzkiej niecierpliwości w połączeniu z nieudolnością. Kiedy ktoś bardzo się złości na dominujący zwyczaj albo na ustanowione prawo, ale nie może wyrazić, dlaczego, wówczas mówi, że ten zwyczaj lub to prawo sprzeciwia się prawu natury. Nie mówi, że to nie zgadza się ze szczęściem wspólnoty, bo taka odpowiedź mogłaby go zobowiązać do wskazania, w jaki sposób, co mogłoby być ponad jego siły. Nie mówi, że to sprzeciwia się nakazom użyteczności, bo nakaz użyteczności to nie więcej, niż jego opinia o tym, co jest użyteczne, a inni ludzie mogą mieć swoje opinie – tak samo jak on. Mówi natomiast, że to sprzeciwia się prawu natury, i to prawu natury będącemu świętością zgodnie sławioną przez tłumy. To daje mu pretekst do wylania swej żółci i wyrzucenia z siebie inwektyw⁵².

Bentham niechętny jest wszelkiego rodzaju wysublimowanym koncepcjom, które wymagają bardziej skomplikowanej, abstrakcyjnej prezentacji. To, co nie daje się w pełni objąć ludzkim projektem, głębiej przeniknąć i wyjaśnić, budzi jego głęboką nieufność. Odrzuca on wobec tego również ideę umowy społecznej jako źródło władzy legislacyjnej, uznając ją za niepotrzebną, a nawet szkodliwą, metafizyczną fikcję. Władza stanowienia prawa to dla niego władza stanowienia praw obiektywnie użytecznych dla zbiorowości, czyli maksymalizujących szczęście możliwie jak największej grupy ludzi. Zapewnieniu tego szczęścia służy prawo kreowane przez ustawodawcę, którym jest prawowity suweren. Jest ono wyłącznie wyrazem woli suwerena. Według Bentham: „Prawo jest deklaracją woli – woli poczętej i manifestowanej przez indywiduum albo grupę, w stosunku do których inni członkowie społeczności ogólnie są dysponowani, by być im posłusznymi”⁵³.

⁵² J. Bentham, *Preparatory Principles*, [w:] D.G. Long, Ph. Schofield (red.), *The Collected Works of Jeremy Bentham, 1748–1832 Works*, Clarendon Press, Oxford 2016, s. 51; podają tłumaczenie za: T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremy Bentham*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004, s. 117.

⁵³ Jeremy Bentham, *Preparatory*..., s. 51; podają tłumaczenie za: T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji*..., s. 98. W Przedmowie autora do *Wprowadzenia do zasad moralności*

Władza legislacyjna w sensie prawodawstwa ugruntowana jest więc w społecznej użyteczności, a posłuszeństwo efektem jej działania, czyli prawu stano-wionemu, po prostu w nawyku. Mówiąc inaczej, filozoficznym uzasadnieniem i usprawiedliwieniem dla prawa jest użyteczność, natomiast podstawą podpo-rządkowania się mu – nawyk posłuszeństwa. Zawsze znajdują się tacy, którzy są do jej sprawowania predestynowani albo wybrani, oraz pozostali, dla których to, że ci pierwsi sprawują władzę, wystarczać ma, by tej władzy słuchać. Nie znajdzie-my w utylitaryzmie Benthama i Milla żadnego innego, bardziej wysublimowa-nego wyjaśnienia. Użyteczność jest dyrektywą legislacyjną dla suwerena, który władzę sprawuje i uzasadnieniem dla treści wprowadzanych praw, ale w kwestii motywów, dla których władzy mamy słuchać, Bentham nie przedstawia żadnych głębszych czy dalej idących racji, poza nawykiem posłuszeństwa.

Dla Benthama, będącego zagorzałym zwolennikiem demokracji, demokra-tyczny suweren-prawodawca nie jest w swej działalności legislacyjnej ogranicza-ny niczym poza wyżej opisaną zasadą użyteczności, której odpowiednie zasto-sowanie decyduje o społecznej percepcji tej działalności⁵⁴. Jednak sama zasada użyteczności nie może być prawem, podobnie jak nie są nim naturalne skłonno-ści, rozum, zdrowy rozsądek, religia czy moralność. Jak pisze Bentham: „Nakaz użyteczności nie jest prawem, ponieważ nakaz użyteczności jest tylko jakąś opi-nią, która jest użyteczna w pewnym trybie postępowania. Opinia ta jest aktem rozumu. Ale rozkaz jest aktem woli, prawo jest więc rozkazem”⁵⁵.

Imperatywna teoria prawa zakłada więc po pierwsze jednoznaczny i zdecy-dowany prymat woli nad rozumem. Nie oznacza to oczywiście, że treść praw nie podlega ocenie z punktu widzenia użyteczności, ale dzieje się to na etapie przygotowania legislacji i nie ma charakteru wiążącego legislatora. Jak trafnie zwraca uwagę Tomasz Tulejski, użyteczność dostarcza kryteriów oceny i usta-wodawca powinien się nimi posługiwać w toku swej działalności legislacyjnej, ale nie decyduje o tym, czy prawo jest legalne. O tym decyduje tylko właściwa procedura jego ustanowienia. Inaczej prawo byłoby pozbawione skuteczności. Zgodnie z tym założeniem: „każde pierwotne prawo, które jest skuteczne, jest rozkazem”⁵⁶. W swej imperatywnej teorii prawa Bentham sięga zatem wprost do Bodina i Hobbesa.

i prawodawstwa Bentham powiada, że „[i]stnieje, a raczej powinna by istnieć logika woli równie dobrze jak rozumu. Czynności pierwszej władzy ani się mniej nadają, ani mniej na to zasługują, w porównaniu z czynnościami rozumu, aby je ująć w prawidła. A najważniejszą gałęzią tej logiki woli, jej najdonioślejszym zastosowaniem jest nauka prawa, rozpatrywanego ze względu na jego formę” – J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, Państwowe Wydaw-nictwo Naukowe, Warszawa 1958, s. 14.

⁵⁴ T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 116.

⁵⁵ J. Bentham, *Preparatory Principles...*, s. 10–11, cyt. za T. Tulejski, *Od zasady użyteczno-ści do demokracji...*, s. 119.

⁵⁶ J. Bentham, *Of Laws in General*, Athlone Press, London 1970, s. 59.

Po drugie jednak założenie, że imperatywna wola suwerena-prawodawcy jest jedynym źródłem prawa, pozwoliło mu właśnie oddzielić prawo od wszystkich innych norm, zasad i wzorców normatywnych w sposób całkowicie jednoznaczny i klarowny. Nawet nakazy użyteczności, które dla utylitarystów stanowią ważny rodzaj takich wzorców, tylko przez to, że są nakazami użyteczności, nie stają się prawem. To wyłącznie suweren kreuje bądź inkorporuje normy do obowiązującego prawa⁵⁷. Szczególnie instruktywna jest w tym zakresie wypowiedź Benthama zawarta w jego *Wprowadzeniu do zasad moralności i prawodawstwa*:

W tym sensie cokolwiek osoba lub osoby uznane za posiadające władzę do czynienia praw wydają jako prawo, jest prawem. Gdyby w ten sposób zostały wydane *Przemiany* Owidiusza, to byłyby prawem. Co objął jeden i ten sam akt nadania ważności, czego raz dotknęło berło, jest prawem, całkowitym prawem i niczym więcej⁵⁸.

Chodzi tu Benthamowi o to, że ani nakazy użyteczności, ani tym bardziej jakieś inne argumenty moralne przeciwko przyjętemu rozwiązaniu prawnemu nie mogą stanowić podstawy do niestosowania czy nieprzestrzegania prawa, czyli o radykalne zerwanie z tradycją prawno-naturalną. Celem rozdzielenia prawa i moralności jest dla niego, podobnie jak dla Austina, nie tylko odrzucenie prawnego-naturalnego „prawa oporu” czy sprzeciwu przeciwko legalnym prawom. Celem tym jest przede wszystkim wprowadzenie ścisłej badawczej separacji prawa od innych porządków normatywnych i uczynienie go autonomicznym, niezależnym przedmiotem zainteresowania naukowej jurysprudenckiej. W tym kierunku rozwija tę myśl właśnie Austin, podkreślając dobitnie, że: „Przedmiotem jurysprudenckiej jest prawo pozytywne: prawo, po prostu i ściśle tak nazywane: albo prawo ustanowione przez polityczną władzę nadrzędną dla podporządkowania jej władzy politycznej”⁵⁹.

Taka deklaracja dotyczy, jak widać, płaszczyzny stosowania i przestrzegania prawa. Tak pojmowane prawo jest imperatywem skierowanym do tych, którzy stosują je, i do tych, którzy są zobowiązani do jego przestrzegania. Od nich twarde pozytywizm Benthama i Austina wymaga bezwzględnego nawyku posłuszeństwa nawet wówczas, gdyby prawem uczyniono wspomniane *Przemiany* Owidiusza. Na tej płaszczyźnie treść prawnego imperatywu nie ma więc żadnego znaczenia. Odróżnienie prawa od moralności nie wynika bowiem w twardym pozytywizmie z treści normy, jak w konstruktywistycznej wizji Kantowskiej, lecz jedynie z formy jej ustanowienia. Prawo wyprowadzone jest z konkretnego polityczno-społecznego

⁵⁷ J. Bentham, *Limits of Jurisprudence denied*, Ch. Everett (red.), Columbia University Press, New York 1945, s. 103.

⁵⁸ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad...*, s. 444.

⁵⁹ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld and Nicolson, London 1954, s. 11. Polski przekład cytatu: M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2000, s. 179.

układu, w ramach którego jeden podmiot ma suwerenną władzę nad innym, który jest mu podporządkowany, tj. uznaje akty woli tego pierwszego za prawo (teza społeczna)⁶⁰. Ten pierwszy stanowi prawo poprzez określone formalne procedury oraz tryby i – w zasadzie – może po prostu „ubrać” dowolną normę moralną czy społeczną w te procedury i tryby, czyniąc ją prawem. W ten sposób włącza ją do systemu prawa i jest już ona postrzegana jako autonomiczna w stosunku do normy, z której powstała. Oczywiście Bentham i Austin często opisują normy, które prawem stać się nie powinny (np. teologiczne), ale jeśli się już nim staną, to zdaniem pozytywistów należy ich bezwzględnie przestrzegać.

Sprawa wygląda jednak inaczej, gdy przechodzimy na płaszczyznę stano-
wienia prawa. Tu bowiem chodzi o to, jak ma prawa tworzyć sam suweren. De-
mokratyczny utilitaryzm Benthama formułuje wyraźną dyrektywę pod adresem
suwerena-prawodawcy. Legislacja jest dla Benthama sztuką poszukiwania roz-
wiązań najbardziej społecznie użytecznych. Jak pisze Bentham we *Wprowadze-
niu do zasad moralności i prawodawstwa*:

etyka prywatna poucza, w jaki sposób każdy z nas może się postawić na sposób postępowania
najlepiej prowadzący do jego własnego szczęścia za pomocą nasuwających się samorzutnie mo-
tywów. Sztuka prawodawcza poucza, w jaki sposób ogół ludzi stanowiący społeczeństwo może
być nastawiony na sposób postępowania w całości najlepiej prowadzący do szczęścia całego spo-
łeczeństwa z pomocą motywów podsuwanych przez prawodawcę⁶¹.

Rolą legislatora jest więc kreowanie tylko praw społecznie użytecznych, czy-
li takich, które przybliżają całość społeczeństwa do szczęścia, pojmowanego jako
maksymalizacja przyjemności i minimalizacja przykrości. Wola prawodawcy
nie jest zatem, jak można by pomyśleć na podstawie poprzednio przytoczonych
fragmentów, wolą o dowolnej treści, lecz wolą o treści kierowanej dyrektywą
powszechnej użyteczności. Prymat woli nad rozumem nie oznacza zatem w tym
przypadku porzucenia rozumu, czy zgody na romantyczną irracjonalność praw,
wywodzonych i dekodowanych np. z zastanych historycznych tradycji i oby-
czajów (chyba że są one społecznie użyteczne). Innymi słowy, Bentham, myśliciel na
wskroś oświeceniowy, nie porzuca w ten sposób oświeceniowej wiary w rozum
na rzecz romantycznej, irracjonalnej i tajemniczej woli, podskórnej mocy, która
przenika wszechświat. Wola prawodawcy ma być racjonalna w sensie dyktowa-
nym przez dyrektywę użyteczności powszechnej. Według Benthama w tej swojej
aktywności „prawodawca nie powinien być bardziej namiętny niż geometra, obaj
rozwiązują problemy za pomocą trzeźwego obliczania”⁶². Bentham odwołuje się

⁶⁰ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie...*, s. 181.

⁶¹ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad...*, s. 435.

⁶² J. Bentham *Deontology: or, the Science of Morality*, vol. II, John Bowring (red.), Long-
man, Rees, Orme, Brown, Green & Longman, London 1834, s. 14 za T. Tulejski, *Od zasady uży-
teczności do demokracji...*, s. 124.

tu zatem do racjonalności pojmowanej jako sztuka rachowania. Oznacza to, że funkcjonujące w społeczeństwie wzorce obyczajowe, moralne i inne, będące tzw. materialnym źródłem prawa, są zawsze przedmiotem oceny prawodawcy przez pryzmat ich użyteczności. To ostatecznie jego wola decyduje o tym, czy staną się one prawem, czy też nie. Innymi słowy, to prawodawca decyduje o użyteczności wynikającej z ich inkorporowania do prawa, kierując się społecznymi potrzebami i wsłuchując się w społeczne preferencje.

Czysto formalna podstawa oddzielenia prawa od moralności w twardym pozytywizmie prawniczym sprawia, że – patrząc z perspektywy legislacji – oddzielenie to staje się w pewnym sensie problematyczne. Po pierwsze, jeśli nic nie odróżnia treściowo prawa od moralności, to – jak wyżej wspomniałem – zasady moralne i obyczajowe *de facto* mogą być i są na ogół „ubierane” w państwowy przymus. Moralność i obyczajowość – rozmaite normatywne porządki, wyłaniające się z praktyk społecznych – są więc w istocie źródłem prawa. Po drugie natomiast, jeśli nawet *Przemiany* Owidiusza mogą stać się prawem, to powstaje pytanie, czy jest w ogóle dla pozytywistów istotna moralna ocena ustanowionego prawa. Zarówno Bentham, jak i Austin nie są bowiem zwolennikami jakiegoś prawnego monizmu i zakładają, że prawo jest tylko jednym z wielu porządków normatywnych. Ich „twarde” stanowisko wyklucza jednak moralną ocenę prawa przede wszystkim na etapie jego stosowania i przestrzegania⁶³. Jest jasne, że na etapie tworzenia elementy moralnej oceny „projektów prawodawczych” nie tylko są możliwe, ale wręcz nawet oczywiste. Jeśli Bentham odwołuje się do zasady użyteczności jako głównej zasady moralnej, a państwo ma się tą zasadą kierować w swojej działalności, to oznacza to, że utylitarna etyka stanowi genetycznie i treściowo po prostu składnik tworzonego przez państwo prawa. Wynika to zresztą wprost z całej jego fundamentalnej pracy pt. *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa* (patrz szczególnie rozdział XVII pt. *O granicach prawa karnego*). Natomiast ocena moralna prawa na etapie jego stosowania czy w procesie wykładni jest zagadnieniem, które stało się punktem wyjścia do ogromnej polemiki z twardym pozytywizmem, a także dla wykształcenia się tzw. pozytywizmu wyrafinowanego, reprezentowanego m.in. przez najwybitniejszego chyba i najbardziej znanego jego przedstawiciela – Herberta L. Harta. O ile jednak we wczesnej koncepcji Benthama i Austina odnajdziemy jeszcze rozważania na temat prawodawstwa, o tyle Hart i inni pozytywiści w zasadzie nie zajmują się tą tematyką, nie dodając praktycznie niczego do przedstawionego powyżej, uproszczonego stanowiska twardych pozytywistów.

⁶³ Inaczej uważa np. Robin West, która przekonuje, że: „[...] z kilkoma wyjątkami główni praktycy naszych dominujących współczesnych ruchów prawniczych nie zadają sobie pytania, czego wymaga sprawiedliwość od prawa, co sprawia, że dobre prawo jest dobre, a złe [...]” (tłumaczenie – M.Ch.) – R. West, *Normative Jurisprudence. An Introduction*, Cambridge University Press, New York, s. 2.

Głównym kryterium oddzielenia prawa od moralności w twardym pozytywizmie staje się więc ostatecznie sformalizowane ustanowienie przepisu prawnego przez państwo. Mimo wyżej wskazanych genetycznych związków prawa i moralności stanowisko to jest zwieńczeniem procesu intelektualnej etatyzacji legislacji (tj. intelektualnego związania tworzenia prawa z państwem) i separowania porządku prawno-jurydycznego od wszelkich innych porządków normatywnych (religijnego, moralnego, obyczajowego). Fundamentalne założenie twardego pozytywizmu prawniczego, że norma prawna pochodzi wyłącznie od legalnego ustawodawcy, stanowi jednocześnie niezwykle istotny element podejścia, które określiłem mianem prawnego kreacjonizmu. Przede wszystkim właśnie to pozytywistyczne podejście tak szeroko otworzyło drzwi do współczesnego rozrastania się prawa i rozprzestrzeniania się go w różnych, dotychczas nieregulowanych dziedzinach życia, a więc do wspominatej już habermasowskiej „kolonizacji przez prawo”. Łatwość, z jaką pozytywistyczny formalizm inkorporuje do prawa elementy różnych porządków normatywnych oraz pozwala tworzyć nowe prawa, nie da się – gdy chodzi o decyzję prawodawczą – porównać z żadnym z innych stanowisk w tej materii, w tym również z konstruktywistycznymi procedurami, w których elementem poprzedzającym powstanie normy prawnej musi stać się deliberatywnie i dialogicznie wypracowana rozumna zgoda. W twardym pozytywizmie wystarczy do tego rozkaz suwerena-prawodawcy. Oczywiście pozostaje jeszcze kwestia tego, kto jest suwerenem i w jaki sposób prawo jest tworzone. Dla pozytywistów takich jak Bentham czy Austin, którzy są zwolennikami demokracji, sprawa jest oczywista: prawo tworzą parlament i sędziowie, którzy są w tym przypadku również reprezentantami suwerena. Autorzy ci zdają sobie bowiem sprawę, że niezbędnym dopełnieniem pozytywizmu musi stać się założenie demokratyczne. Jeśli pozytywizm prawniczy chce uniknąć zarzutu prawodawczej arbitralności charakterystycznej dla legislacyjnego absolutyzmu Hobbesa, po prostu skazany jest na demokrację.

5.4. Demokracja między konstruktywistyczną deliberacją a utylitarystyczną agregacją

Współczesna demokratyzacja władzy, która jest pochodną założenia obecnego już w koncepcjach umowy społecznej, że władza jest efektem racjonalnej i rozumnej woli ludzkiej, jest, podobnie jak koncepcja umowy społecznej, zakorzeniona w połączeniu myślenia w kategoriach konstruktywizmu i utylitaryzmu. Choć często postrzega się już Locke’a jako prekursora demokratyzacji władzy, nie należy zapominać, że on sam był zwolennikiem ograniczonej monarchii. Patrząc z perspektywy historii politycznych idei, współczesne założenia demokratyczne mają własne, autonomiczne ideowe źródła i nie są nimi koncepcje Locke’a, lecz niejednokrotnie już wspomniane w niniejszej pracy koncepcje Rousseau

oraz Benthama i Milla. W koncepcji tego pierwszego demokracja – jako pożądana formuła władzy – jest efektem umowy społecznej, natomiast w koncepcjach Benthama i Milla ugruntowana jest ona w zasadzie utilitaryzmu. Te dwa stanowiska odpowiadają też za zbudowanie dwóch charakterystycznych modeli rządów demokratycznych, z którymi mamy do czynienia współcześnie. W koncepcji Rousseau demokracja przybiera postać deliberatywną i konstruktywistyczną, w koncepcjach Benthama i Milla staje się demokracją agregatywną, choć u tego ostatniego z wyraźnymi już elementami konstruktywizmu. Z obu pełnymi garściami czerpie współczesna filozofia polityczna.

5.4.1. Konstruktywizm oraz demokracja deliberatywna i uczestnicząca – Rousseau

Używając znacznego, ale w tym miejscu instruktywnego uproszczenia, można powiedzieć, że wprowadzając do rozważań kategorię społeczeństwa obywatelskiego opartego na uprawnieniach naturalnych jednostki, Locke upodmiotowił politycznie jednostkę w nowy sposób, tj. wyposażył ją w uprawnienia pierwotne wobec wszelkich bytów ponadjednostkowych, czym „chłodny” metodologiczny indywidualizm Hobbesa przekształcił w „gorący” indywidualizm społeczny. Taki obywatel różnił się od obywatela starożytnej Grecji czy Rzymu właśnie tym, że fundamentalne uprawnienia były mu dane pierwotnie i niezależnie od jego społecznego statusu, nie zaś nadane przez suwerenną władzę zbiorowości *polis* czy *civitas*. Jednakże to polityczne upodmiotowienie nie zostało przez Locke’a doprowadzone do końca. Suwerenem nie stało się bowiem dla Locke’a – jak mogłoby się wydawać – całe społeczeństwo obywatelskie. Stał się nim król w parlamencie. Sam Locke nie miał wątpliwości co do tego, że najlepszą formułą ustrojową jest właśnie ograniczona monarchia i w ten sposób położył fundamenty pod nowy ustrój angielski, jaki wprowadzono po tzw. rewolucji chwalebnej⁶⁴.

Proces społecznego upowszechnienia fundamentalnej podmiotowości politycznej obywatela w istocie doprowadził do końca dopiero francuski radykalny myśliciel polityczny Jean Jacques Rousseau. Jego koncepcja również opiera się na teorii umowy społecznej (którą zresztą jako pierwszy z kontraktualistów postrzega jako historyczny fakt!). Jednak tam, gdzie Hobbes i Locke widzą szczęśliwe rozwiązanie problemów skomplikowanej historii ludzi żyjących bez władzy, Rousseau dostrzega dopiero początek problemu. Zawarcie umowy społecznej nie jest dla niego końcem, lecz dopiero początkiem ludzkiego nieszczęścia. Tak zwana pierwotna umowa społeczna jest bowiem – jego zdaniem – tożsama z konserwowaniem niesprawiedliwych społecznych nierówności i pozostaje aktem

⁶⁴ Chodzi o tzw. rewolucję chwalebą bądź sławetną, czyli przeprowadzoną w 1688 roku przez parlament angielski zmianę panującego.

swego rodzaju manipulacji ze strony bogatych posiadaczy. Opisując umowę społeczną jako źródło feudalnych stosunków swej epoki, Rousseau pisze:

Wszyscy więc jak jeden wybiegli na spotkanie niewoli, przekonani, że gruntuja swoją wolność; dość bowiem mieli rozumu, by sobie uświadomić korzyści organizacji społecznej, a za mało doświadczenia, żeby przewidzieć ukryte w niej niebezpieczeństwa; nadużycia mogli przeczuć najlepiej ci właśnie, którzy się po nich spodziewali korzyści dla siebie, a nawet co mądrzejsi uznali, że część wolności należy poświęcić dla zachowania reszty, podobnie jak ranny pozwala sobie uciąć rękę, by resztę ciała ocalić⁶⁵.

Dla Rousseau ta właśnie niesprawiedliwość nierówności społecznych jest też jednocześnie motorem dążeń do społecznej zmiany. W ten sposób w abstrakcyjnych terminach filozoficznych wyraził on w swej koncepcji wzorzec społecznych postulatów egalitarnych, których brak w wizjach społecznej umowy Hobbesa czy Locke'a, a które tzw. utopijni socjaliści (np. Henri de Saint-Simon, Charles Fourier czy Robert Owen), a później Marks i Engels opisywać już będą przede wszystkim w kategoriach ekonomicznych. Pamiętać jednak należy, że – w przeciwieństwie do Marksa i Engelsa – Rousseau uznaje, że społeczne nierówności nie dadzą się usunąć w drodze dialektycznego powrotu do stanu kolektywnego posiadania dóbr, jakim był stan natury. Jego zdaniem bowiem prywatna własność jest trwałym źródłem i fundamentem współczesnego społeczeństwa, a jej poczucie na tyle mocno zakorzeniło się w umysłowości człowieka cywilizowanego, że nie da się już z niej wyrugować. Dlatego według niego wszystko, co można zrobić, to przeformułować warunki pierwotnej umowy społecznej i uczynić je bardziej sprawiedliwymi. Przeformułowanie pierwotnego kontraktu możliwe jest tylko za pomocą – rzec by można – „umowy zmieniającej”. Jej właśnie wizję zawiera dzieło *Umowa społeczna*.

Na wstępie tej pracy Rousseau zmuszony jest rozprawić się ostatecznie z tezą Hobbesa, że to siła jest fundamentem umowy społecznej i że tylko ona może zagwarantować przestrzeganie postanowień paktu. Siła – twierdzi Rousseau – jest jedynie potęgą fizyczną i jako taka nie nadaje się na fundament porządku społecznego. Z tego, że siła jest faktem, wynika, że ustąpienie przed nią jest koniecznością i ze swobodą wyboru nie ma nic wspólnego. Toteż poddanie się absolutnej władzy suwerena, który jedynie mieczem gwarantuje stabilność tego porządku, nie jest żadną w ogóle umową, lecz jakąś zmodyfikowaną wersją poddańczego podporządkowania:

Kiedy ludzie rozproszeni, bez względu na swą liczbę, zostają stopniowo ujarzmieni przez jednego, widzę tu tylko pana i niewolników, ale nie widzę wcale ludu i jego naczelnika; jest to, rzec można, agregat, [...], a nie stowarzyszenie [...]; nie ma tu ani dobra publicznego, ani ciała politycznego⁶⁶.

⁶⁵ J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, [w:] *idem, Umowa społeczna oraz Uwagi o rządzie polskim*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966, s. 206–207.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 31.

Porządek społeczny musi więc zostać oparty na zgodzie wszystkich, która nie pociąga za sobą całkowitego zrzeczenia się wolności przez przystępujących do umowy. Jak powiada Rousseau:

Zrzec się swej wolności, to zrzec się swego człowieczeństwa, praw ludzkich, a nawet swych obowiązków. Nie można niczym wynagrodzić straty wszystkiego. Takie zrzeczenie jest sprzeczne z naturą człowieka; odebrać wszelką wolność jego woli, to odebrać wszelką moralność jego czynom. Daremny i spreczny jest układ stypulujący, by z jednej strony istniała władza bezwzględna, a z drugiej posłuszeństwo bez granic. Czyż nie jest jasne, że nie ma się żadnych zobowiązań względem tego, od którego ma się prawo wymagać wszystkiego? I sam ten warunek wyłączający wszelką ekwiwalentność czy wymianę, czyż nie pociąga za sobą nieważności aktu?⁶⁷

Rousseau zakłada więc, że konstytutywną cechą ciała politycznego jest to, że jego członkowie cieszą się polityczną wolnością. Bez niej człowiek skazany jest na rolę bezrozumnego zwierzęcia, którym się steruje za pomocą mniej lub bardziej siłowych instrumentów. Nie można o nim powiedzieć nawet tego, że działa moralnie bądź niemoralnie, w istocie nie może bowiem w ogóle odpowiadać za swoje czyny. Niezwykle trwałym wkładem Rousseau w kulturę polityczną świata zachodniego jest właśnie to radykalne, demokratyczne przekonanie, że bez powszechnej, realnej politycznej wolności obywateli państwo nie jest w ogóle ciałem politycznym. Monarchie absolutne, nawet monarchie oświecone, czy różne formuły arystokratyczne i feudalne, w których nie istnieją gwarancje równych i powszechnych wolności politycznych, przypominają raczej stado owiec, które nie obiera sobie naczelnika, lecz posiada pasterza. Ten ostatni wprawdzie opiekuje się nimi, ale też może je w każdej chwili unicestwić.

Nowy pakt społeczny projektowany przez Rousseau wychodzi zatem od założenia, że człowiek, który go zawiera, nie może zrzekać się swojej wolności. Ma to być:

[...] forma stowarzyszenia, która by broniła i chroniła całą wspólną siłą osobę i dobra każdego jej członka i dzięki której każdy, łącząc się ze wszystkimi, słuchałby jednak tylko siebie i pozostał równie wolny jak przedtem⁶⁸.

Podobnie więc jak w koncepcji Locke'a umowa społeczna nie oznacza dlań zrzeczenia się przez obywatela wolności, lecz jej zagwarantowanie. Tyle że w nieco zmodyfikowanej postaci. Oddając swą naturalną wolność, „[...] każdy ze stowarzyszonych nabywa nad innymi te same prawa, które im względem siebie odstępuje, każdy uzyskuje ekwiwalent wszystkiego, co traci, i zdobywa więcej siły, aby zachować to, co ma”⁶⁹. Dla Rousseau, podobnie jak dla Locke'a, to nie jeden uzyskuje władzę nad wszystkimi, lecz każdy uzyskuje nad każdym innym

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 33.

⁶⁹ *Ibidem*.

taką samą władzę. W ten sposób każdy, „[...] oddając się wszystkim, nie oddaje się nikomu”⁷⁰. Tylko tak można zachować wolność. Innymi słowy, w wyniku umowy społecznej wszyscy podporządkowują się wspólnemu dobru, które określa on mianem „woli powszechnej”:

Każdy z nas z oddzielną oddaje swoją osobę i całą swoją moc [...] pod naczelne kierownictwo woli powszechnej i wszyscy my pospołu, jako ciało polityczne, przyjmujemy każdego członka jako część niepodzielną całości. Ten akt zrzeszenia tworzy natychmiast, zamiast prywatnej osoby każdego kontrahenta, ciało moralne i zbiorowe, składające się z tylu członków, ile zgromadzenie liczy głosów, i uzyskujące przez ten akt swoją jedność, swoje wspólne „ja”, swoje życie i wolę⁷¹.

Spółeczny kontrakt wytwarza abstrakcyjną osobę, która staje się wyrazicielem wspólnego interesu. W ciele tym wszyscy są wzajemnie powiązani, jednakże nikt nie podlega nikomu. Jedynie dobro wspólne stanowi wartość najwyższą, której podlegają wszyscy. Jako tożsama z interesem wspólnym „[...]” wola powszechna jest zawsze słuszna i zmierza ku pożytkowi ogółu⁷². Co jednak, gdy społeczeństwo takiej jedności celów przed sobą nie dostrzega? Zdarzają się przecież jednostki, a nawet całe grupy społeczne, które mają odmienne interesy. Społeczeństwo jest tworem złożonym z odrębnych, często bardzo różniących się poglądami grup i jednostek. Często więc zdarza się tak, że wola poszczególnych grup społecznych czy jednostek sprzeczna jest z wolą powszechną. Wynika to jednak, zdaniem Rousseau, z tego, że nie zawsze tę powszechną wolę da się szybko dostrzec. Ci, którzy jej nie znają, ci, których interesy sprzeciwiają się woli powszechnej, najczęściej po prostu nie wiedzą, że nie działają niezgodnie z nią. Człowiek jest istotą omylną. Mogą się mylić także całe grupy ludzi:

Lud sam przez się zawsze pragnie dobra, ale nie zawsze sam przez się je dostrzega. Wola powszechna jest zawsze właściwa, ale kierujący nią rozsądek nie zawsze jest oświecony. Należy pokazać jej rzeczy takimi, jakie są w rzeczywistości, niekiedy takimi, jakie powinny się jej wydawać, wskazać jej dobrą drogę, której szuka, zabezpieczyć przed zakusami woli partykularnych, zbliżyć do niej miejsca i czasy, zrównoważyć przynęty korzyści obecnych i namacalnych niebezpieczeństwem szkód odległych i ukrytych. Jednostki widzą dobro, które odrzucają; ogół chce dobra, którego nie dostrzega⁷³.

Dlatego właśnie „[...]” często bywa znaczna różnica między wolą wszystkich [...] a wolą powszechną; ta ostatnia ma na względzie interes wspólny, tamta – interes prywatny i jest tylko sumą woli poszczególnych ludzi⁷⁴. Ci, którzy działają niezgodnie z wolą powszechną – czy tego chcą, czy też czynią to po prostu

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, s. 35.

⁷² *Ibidem*, s. 41.

⁷³ *Ibidem*, s. 56.

⁷⁴ *Ibidem*.

z niewiedzy – nie zdają sobie jednak sprawy z tego, że w gruncie rzeczy działają wbrew własnemu interesowi. W nim bowiem leży przestrzeganie nakazów woli powszechnej. Wynika to z faktu, że właśnie powstałe na mocy społecznego paktu zrzeczenie leży w najlepiej pojętym interesie każdej jednostki. Tak więc wszystko, co mu służy, służy także jednostce. Jej prawdziwy interes w istocie nigdy nie jest sprzeczny z interesem społecznym.

W koncepcji Rousseau pojawia się więc – podobnie jak w koncepcjach konserwatywnych – problem deficytu epistemicznego, ograniczeń rozumu. Jest on jednak rozwiązywany zupełnie inaczej niż w koncepcjach konserwatywnych Edmunda Burke’a czy Michaela Oakeshota. Rozwiązaniem tego problemu jest mianowicie wizja demokratycznej organizacji społeczeństwa oparta na aktywnym uczestniczeniu i deliberacji. Rousseau dochodzi do tej wizji, analizując i kolejno eliminując znane formuły demokratycznego podejmowania decyzji. Rozpatruje więc na początek demokrację bezpośrednią jako ten ustrój, który wydaje się najdoskonalej wyrażać wolę powszechną. Jednak wbrew powszechnej opinii o Rousseau, odrzuca on tę formę ustrojową, twierdząc, że „[...] gdyby istniał lud złożony z bogów, miałby rząd demokratyczny. Tak doskonały rząd nie nadaje się dla ludzi”⁷⁵. Jest tak przede wszystkim dlatego, że niemożliwe, aby wszyscy członkowie społeczeństwa stale gromadzili się w celu załatwiania wszystkich spraw państwowych. Demokracja wymaga też wyrównania pozycji społecznych wszystkich obywateli oraz wielkiej uczciwości uczestników zgromadzeń.

Rozwiązaniem tych problemów nie jest też dla niego przekształcenie demokracji bezpośredniej w przedstawicielską. Ta ostatnia jest dla Rousseau całkowicie odmienną formą ustrojową, zbliżoną do arystokracji. Jeśli bowiem w demokracji bezpośredniej rządzą wszyscy, to w demokracji przedstawicielskiej władzę sprawuje wybrana elita, która *de facto* odrywa się od pozostałej części obywateli, przekształcając w zawodowych polityków. Podstawową wadą demokracji przedstawicielskiej jest to właśnie oderwanie się jednostki od służby publicznej. Rousseau wyraźnie sięga tu do wzorców antycznych, łącząc je ze współczesnymi mu mechanizmami politycznymi występującymi w Szwajcarii. Jego zdaniem: „[...] skoro tylko służba publiczna przestaje być głównym zadaniem obywateli i wolą oni służyć swą kieszą niż osobą, państwo jest już bliskie upadku”⁷⁶. Finansowanie zawodowych kadr sprawujących władzę prowadzi do zniewolenia obywateli. Ci, którzy władzę sprawują, stanowią bowiem prawa, które odpowiadają przede wszystkim im samym, a ich głównym pragnieniem staje się z czasem wyciąganie coraz większych sum z kieszeni obywateli. „Dawajcie pieniądze, a rychło będziecie mieli kajdany”⁷⁷ – powiada Rousseau i wzywa do

⁷⁵ *Ibidem*, s. 80.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 82.

⁷⁷ *Ibidem*.

obywatelskiej aktywności: „W kraju naprawdę wolnym obywatele wszystko robią własnymi rękoma, nie pieniędzmi; nie tylko nie płacą, aby uwolnić się od swoich obowiązków, ale zapłaciliby chętnie za to, by je wypełniać osobiście”⁷⁸. Dla niego państwo, w którym panuje demokracja przedstawicielska, a lud nie jest politycznie aktywny, bliskie jest upadku, gdyż:

[...] we wspólnocie dobrze rządzonej każdy spieszy na zgromadzenia obywatelskie; pod złym rządem nikt nie ma ochoty tam iść, bo nikogo nie obchodzi, co się tam dzieje, bo każdy przewiduje, że wola powszechna tam nie zaważy, bo wreszcie troski domowe pochłaniają wszystko. Dobre prawa prowadzą do jeszcze lepszych, złe – do jeszcze gorszych. Kiedy tylko ktoś mówi o sprawach państwa: Co mnie to obchodzi? – należy uważać państwo za zgubione⁷⁹.

Z tych właśnie względów krytykuje on oparty na zasadach głoszonych przez Locke’a ustrój angielski. Według niego obywatel angielski jest wolny tylko w momencie, w którym idzie do wyborów, zaraz po tym kończy się jego swoboda i „staje się niewolnikiem”⁸⁰. Ta jego polemika z angielską formułą sprawowania władzy stanowi jednocześnie polemikę z każdą formułą demokracji reprezentatywnej, aktualną do dziś.

W projektowanej przez Rousseau demokracji jedynym zwierzchnikiem jest suwerenny lud rządzący się prawem. Zwierzchnictwo jest niezbywalne i nie może być delegowane, zwłaszcza w dziedzinie legislacji:

Zwierzchnictwo nie może być reprezentowane z tej samej racji, dla której nie może być ono odstąpione; polega ono z istoty swej na woli powszechnej, a woli się nie reprezentuje; jest taka właśnie lub inna, nie ma tu nic pośredniego. [...] Ponieważ ustawa jest tylko wyrazem woli powszechnej, jest rzeczą jasną, że w zakresie władzy ustawodawczej lud nie może być reprezentowany⁸¹.

Wynika stąd, że realizowanie władzy ustawodawczej – a więc stanowienie prawa – powinno odbywać się w drodze demokracji bezpośredniej. Sprawą najważniejszą są reguły obowiązujące na mocy społecznego paktu. To one mają być ustanowione lub zatwierdzone przez wszystkich i co więcej – ustanawiane jednomyślnie. Konieczna przy konstruowaniu konstytucji jest więc jednomyślna decyzja wszystkich obywateli, pozostałe decyzje podejmowane są już w głosowaniu większościowym. „Poza tą umową pierwotną zdanie większości obowiązuje zawsze wszystkich; jest to następstwo samej umowy”⁸². Społeczny pakt służy zatem wyłonieniu reguł, na których oparty będzie porządek polityczny, któremu wszyscy obywatele winni będą posłuszeństwo:

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 102.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, s. 108.

Obywatel zgadza się na wszystkie prawa, nawet na te, które przeszły wbrew jego woli, a nawet na te, które go karzą, gdy ośmieli się jedno z nich naruszyć. Stałą wolą wszystkich członków państwa jest wola powszechna; przez nią są oni obywatelami i ludźmi wolnymi. Gdy proponuje się ustawę na zgromadzeniu ludowym, obecni są pytani nie o to właściwie, czy pochwalać lub odrzucać wniosek, ale tylko, czy jest on zgodny, czy niezgodny z wolą powszechną, która jest ich wolą; każdy oddając głos, wyraża własne zdanie w tej sprawie i z obrachunku głosów wynika deklaracja woli powszechnej⁸³.

Obywatele projektowanego przez Rousseau państwa podejmują wprawdzie różne decyzje większością głosów, muszą się jednak strzec, aby nie kierować się w decyzjach partykularnymi interesami. Ich decyzje nie dotyczą tego, czy uchwalane właśnie prawo osobiście im odpowiada, lecz tego, czy jest ono zgodne z dobrem ogółu. Dlatego właśnie tak istotne są dla Rousseau aktywność obywatelska i deliberacja. Jako oczywisty wzorzec wskazuje on tutaj na sposób podejmowania decyzji w wiejskich kantonach jego rodzinnej Szwajcarii:

Gdy się widzi, jak u najszcześniejszego ludu na świecie gromady wieśniaków rozstrzygają pod dębem sprawy państwowe i postępują zawsze rozsądnie, czyż można nie gardzić wyrafinowaniem innych narodów, które za pomocą tyłu sztuk i tajemnic stają się sławne i nędzne?⁸⁴

O ile władza ustawodawcza nie może być delegowana i musi przynależeć bezpośrednio ludowi, o tyle władza wykonawcza – siłą rzeczy – powinna być sprawowana przez reprezentantów. Lud – powiada Rousseau – „może i powinien być reprezentowany w zakresie władzy wykonawczej, która jest tylko siłą zastosowaną do prawa”⁸⁵. Nie jest możliwe, aby lud zawsze sprawował tę władzę sam, jednakże należy pamiętać, że sam rząd nie jest zwierzchnikiem, lecz tylko wykonawcą zwierzchnictwa. Wiąza go prawa stanowione przez lud, wobec którego pełni funkcję służebną. Rousseau nie konkretyzuje swoich postulatów dotyczących rządu i nie jest to element, który byłby jakoś istotny z punktu widzenia legislacji. Według niego w tych samych okolicznościach jedne formy ustrojowe sprawdzają się lepiej, inne gorzej. Ważne jest, aby jedynym źródłem władzy zawsze i niezmiennie pozostawał lud, który jest jedynym suwerenem i którego suwerenność jest niezbywalna i nieprzenoszalna.

Reasumując, podkreślić należy, że to niewątpliwie Rousseau jest ojcem współczesnego przekonania o tym, że dopiero powszechny udział we władzy wszystkich obywateli, bez względu na ich społeczny status, tworzy ciało polityczne, a suwerenność obywatelsko pojmowanego ludu czy narodu może się w pełni zrealizować jedynie w demokracji. To również on pozostaje ojcem współczesnego postulatu podległości jedynie autorytetowi prawa i odrzucenia w tym zakresie autorytetu osobowego. Być może to właśnie Rousseau zasługuje na miano ojca tych

⁸³ *Ibidem*, s. 111.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 112.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 88.

niezwykle ważnych koncepcji i jednocześnie rozwiązań ustrojowych bardziej niż którykolwiek z demokratycznych myślicieli współczesnych. Jego koncepcja legła bowiem u podstaw wydarzeń, które zmieniły Europę, i stanowiła początek fundamentalnej zmiany paradygmatów polityczno-prawnych, tj. rewolucji francuskiej. Nawet jeśli uznamy dyktaturę jakobinów za niepowodzenie koncepcji Rousseau, nic nie zmienia faktu, że była ona wydarzeniem na zawsze zmieniającym perspektywę postrzegania fundamentu prawowitości i legitymizacji prawa. To od tego momentu demokracja stała się zasadą legislacyjną. Oczywiście wizja Rousseau jest niejednoznacznie postrzegana, gdy chodzi o jej indywidualistyczny fundament. Z pewnością dwa jej elementy do współczesnego indywidualizmu nie pasują – kolektywistyczna w istocie wizja stanu natury jako stanu wspólnoty dóbr oraz konsekwencje radykalnie pojętej koncepcji woli powszechnej, która odrywa się od partykularnych interesów i indywidualnego dobra, zmierzając w kierunku podporządkowania jednostki ciału zbiorowemu⁸⁶. Nie zmienia to faktu, że to właśnie Rousseau wprowadził do współczesnej koncepcji legislacji wynikające z zasady suwerenności ludu przekonanie o tym, że prawo stanowione przez państwo bezwzględnie musi być stanowione demokratycznie. W przeciwnym wypadku w ogóle bowiem nie może być mowy o suwerenności członków społeczeństwa obywatelskiego jako podmiotów prawodawczych. Zasada suwerenności ludu, wynikająca z ustawienia przez Rousseau na piedestale problemu nierówności społecznych, sprawiła, że to dzięki niemu proces powszechnej, egalitarnej demokratyzacji prawa i legislacji stał się współcześnie czymś oczywistym. Konstruktivistyczna deliberacja i postulat demokracji uczestniczącej są bardzo ważnymi punktami odniesienia dla współczesnych wizji demokratycznych⁸⁷. Poszukiwanie domniemanej zgody obywateli to właśnie poszukiwanie obiektywnie najlepszego rozwiązania, na które zgodę będą mogli wyrazić wszyscy.

5.4.2. Utylitaryzm i demokratyczna agregacja – Bentham i Mill

Deliberatywna i uczestnicząca oraz oparta na konstrukttywizmie wizja demokracji wymaga nie tylko zaproponowania właściwego rozwiązania, ale ponadto jeszcze uzasadnienia go argumentami rozumowymi, tj. przez odwołanie się do ogólnych celów, wartości, obiektywnych racji rozumowych. Demokracja jednak nie wszędzie i nie zawsze musi się odwoływać do publicznej rozumności. Alternatywną wizją demokratyczną jest wizja oparta na utylitarystycznym założeniu o tym, że w perspektywie zbiorowości adekwatnym sposobem patrzenia na dobro

⁸⁶ Hayek uważa więc Rousseau za indywidualistę „fałszywego”.

⁸⁷ W kontekście praw człowieka współczesne stanowiska demokratyczne, bazujące na wizji demokratycznej deliberacji, omawia wyczerpująco Bartosz Wojciechowski w rozdziale pt. *Demokracja i prawa człowieka w wielokulturowym społeczeństwie*, zawartym w pracy zatytułowanej *Interkulturowe prawo karne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009.

ogółu jest demokracja większościowa, w której o wyborze rozwiązania decydują po prostu zagregowane głosy. Deliberacja bowiem często zwyczajnie zawodzi, zwłaszcza w pluralistycznym społeczeństwie, w którym mamy do czynienia z racjami pochodzącymi z rozmaitych porządków, sfer, koncepcji czy doktryn. Na trudności z deliberacją zwracał zresztą uwagę sam Rousseau, kiedy wyrażał wątpliwość w kwestii określenia optymalnego sposobu wyłaniania woli. Decyzje podejmowane większością są natomiast nie tylko podejmowane szybciej, ale są prostsze i mają ten walor, że to sami głosujący decydują o tym, jakie rozwiązanie jest dla nich optymalne.

Bentham, który jest ojcem takiego stanowiska, uzasadnia je, przekonując, że w przeważającej liczbie przypadków samo społeczeństwo czy jego przedstawiciele nie podejmą przeciw decyzji, która będzie im sprawiała ból, unieszczęśliwiała lub pozbawiała ich istotnych dóbr. Dla Benthama to większość decyduje o trafności podejmowanej decyzji, a odwołanie się do zasady większości na poziomie politycznej etyki i moralności przekłada się na zasadę demokracji. W prosty sposób Bentham wywodzi bowiem z wyżej wskazanych rudymenarnych założeń antropologiczno-etycznych uzasadnienie dla demokracji większościowej. Według niego szczęście całości społeczeństwa najskuteczniej gwarantuje rząd o charakterze demokratycznym. Rządzący także kierują się bowiem w swoim postępowaniu indywidualną zasadą użyteczności. Będą więc popierali przede wszystkim to, co im właśnie przynosić będzie największą korzyść. Jeśli rząd demokratyczny zapewnia społeczeństwu najszerszy udział w sprawowaniu władzy, to tym samym zapewnia mu też największy udział w szczęściu. Bentham, inaczej niż Rousseau, nie gubi się zatem w poszukiwaniu jakiejś deliberatywnie najlepszej, obiektywnej treści woli powszechnej czy idealnego sposobu jej wyrażenia, lecz upraszcza i redukuje demokrację po prostu do woli większości⁸⁸. Warto pamiętać, że ten sposób myślenia o podejmowaniu decyzji jest oczywistą i prostą pochodną empirystycznej, od-przedmiotowej teorii poznania, opartej na agregacji danych jako fundamencie doskonalenia ludzkiej wiedzy. Tak jak agregacja danych dla Benthama gwarantuje postęp ludzkiej wiedzy, tak agregacja głosów jest gwarantem najlepszego rozwiązania. Agregacja jest więc fundamentem demokratycznej legislacji we wszystkich istotnych jej wymiarach.

⁸⁸ To powiązanie liberalnego utilitaryzmu z demokracją opartą na prostej większości jest niewątpliwie najbardziej oryginalną częścią wkładu Benthama, w myśl klasycznego liberalizmu. Stanowi ono jednak także główny mankament jego doktryny. Żywy sprzeciw budzi brak ochrony praw mniejszości w tak skonstruowanym państwie demokratycznym. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby demokratycznie wyłoniona większość dyskryminowała i gnębiła mniejszość społeczeństwa. Genialna prostota etyczno-politycznych założeń Benthama skutkuje więc niedopuszczalną z perspektywy współczesnych demokracji symplifikacją na płaszczyźnie wyłaniania woli zbiorowej. Między innymi ten właśnie mankament politycznej koncepcji Benthama chciał usunąć Mill, myśliciel, który wzbogacił myśl polityczną utilitarystycznie ugruntowanego liberalizmu o koncepcję ochrony mniejszości przed wolą większości.

Ten prosty agregatywny model demokratycznej legislacji wykazuje pewien oczywisty mankament, który dostrzega już Mill, uczeń Benthamu. Jest nim słynny paradoks agregatywnej demokracji większościowej, wyrażający się, najprościej mówiąc, w zagrożeniu mniejszości społecznych przez dyktaturę społecznej większości. Jednak Mill dokonuje korekty tego stanowiska w łonie demokratycznego utilitaryzmu, wprowadzając do niego element konstruktywistyczny, tj. założenie, które poszerza nieco wąski zakres utilitarystycznej koncepcji osoby. Mill twierdzi mianowicie, że rządem, który najskuteczniej zapewni kształtowanie autonomicznej osobowości jednostki i tym samym ustrzeże ją przed bezwzględny dyktatem większości społeczeństwa, jest tzw. rząd reprezentatywny. W ramach ustroju opartego na takim rządzie każdy obywatel i każda z mniejszości powinny mieć swą reprezentację w organach ustawodawczych, ale przede wszystkim w organach wykonawczych – w rządzie. Każda zatem mniejszość, nawet jeśli nie byłaby bezpośrednio reprezentowana przez polityczną partię, powinna w takim rządzie mieć swoich reprezentantów. Zasadą byłoby tutaj poszanowanie pluralizmu poglądów i interesów mniejszości. Aby taki rząd był możliwy, dodaje Mill, konieczne jest z jednej strony moralne doskonalenie całego społeczeństwa w duchu współpracy i poszanowania odmienności, z drugiej natomiast charakterystyczne dla konstruktywizmu branie pod uwagę interesów mniejszości, czyli odwoływanie się do przynajmniej domniemanej zgody wszystkich⁸⁹. Element konstruktywistyczny wyraża się w tym, że po to, by uwzględnić taki interes, trzeba odwołać się do jakiejś formy jego wyrażenia, a więc do jakiegoś obiektywizacyjnego testu, wywiedzionego z Millowskiej *harm principle* zastosowanej tu do ochrony interesów i dóbr. Upraszczając, można powiedzieć, że korygujący Benthamu Mill bodaj w najbardziej wyrazisty sposób pokazuje niewystarczalność takiej intuicyjnej formuły większościowej jak Benthamowska dla współczesnego pluralistycznego społeczeństwa demokratycznego oraz konieczność uzupełnienia utilitaryzmu konstruktywistycznym założeniem powszechnej zgody. W koncepcji Milla wynika to z prostej inspiracji konstruktywistycznymi rozważaniami Kanta i Humboldta.

5.4.3. Dochodzenie do porozumienia i negocjowanie interesów: istota demokratycznej legislacji – Habermas

Zarówno w koncepcji Rousseau, jak i dla utilitarystów stanowienie prawa jest istotą demokracji – ze względu na przyjmowaną przez współczesne demokracje, a pochodzącą od Rousseau, fundamentalną dla nich zasadę zastąpienia autorytetu osobowego władcy bezosobowym autorytetem prawa. Choć utilitaryści *explicite* nie formułują takiego założenia, przyjmują je, uzasadniając założeniem

⁸⁹ Na ten temat patrz m.in. A. Valls, *Self-Development and the Liberal State. The Cases of John Stuart Mill and Wilhelm von Humboldt*, „The Review of Politics” 1999, vol. 61, issue 2, Spring, s. 251–274.

najskuteczniejszej maksymalizacji szczęścia właśnie przez demokrację. W kierunku stanowienia prawa zaczyna się więc przesuwać ciężar państwowej aktywności. Prawo staje się nie tylko regulatorem relacji społecznych, ale także ich kreatorem. Jest też swego rodzaju fetyszem, który sprawia, że jakakolwiek modyfikacja zakresu ludzkich obowiązków w demokracji musi znajdować odzwierciedlenie w demokratycznie ustanowionych prawach. Sfera prawnej regulacji w demokracjach współczesnych niepominięnie się poszerza. To, co niegdyś było przedmiotem swobodnych społecznych praktyk, staje się elementem regulacji prawnych, elementem i efektem polityki. Jak pisze Habermas w jednej ze swych niezwykle trafnych analiz współczesnego, demokratycznego prawa:

Władza zorganizowana na sposób państwowy nie pojawia się niejako z zewnątrz obok prawa, lecz jest przez nie założona, i sama siebie ustanawia w formach prawa. Władza polityczna może się rozwinąć tylko przez kod prawa, który został zinstytucjonalizowany w postaci podstawowych praw⁹⁰.

Władza i prawo w państwie demokratycznym stają się więc jednością. Władza zarówno tworzy prawo, jak i działa w ustanowionych przezeń granicach i na jego podstawie. Wedle Habermasa:

Sprawowanie politycznego panowania legitymizuje nie forma prawna jako taka, lecz jedynie związane prawem ustanowionym prawowicie. A na postradycyjnym poziomie uzasadnienia tylko takie prawo obowiązuje jako prawowite, które mogłoby zostać racjonalnie zaakceptowane przez wszystkie podmioty wspólnego prawa w dyskursywnym procesie kształtowania opinii i woli⁹¹.

Za sprawą obecnego już na poziomie epistemicznym połączenia konstrukttywizmu i szeroko pojmowanego utilitaryzmu demokratyczna legislacja zakłada w swym fundamencie politycznego uzasadnienia dwa typy działań, które Habermas trafnie określa jako działania zorientowane na wartości i działania zorientowane na interesy, które są ze sobą połączone⁹²:

W warunkach działania ukierunkowanego na wartości aktorzy szukają konsensu albo odwołują się do konsensu; w warunkach działania kierującego się interesem dążą do uzgodnienia interesów lub kompromisu. Praktyka dochodzenia do porozumienia różni się od praktyki negocjowania rodzaju celu: poszukiwane uzgodnienie w pierwszym przypadku rozumiane jest jako konsens, w drugim jako ugoda. W pierwszym przypadku apeluje się o uwzględnienie norm i wartości, w drugim – o oszacowanie różnych konstelacji interesów⁹³.

Obie te sfery łączy dziś demokratyczna legislacja, której przyświecają dwie istotne dyrektywy: dyrektywa utilitarystyczna, oparta na racjonalności

⁹⁰ J. Habermas, *Faktyczność...*, s. 149.

⁹¹ *Ibidem*, s. 150.

⁹² *Ibidem*, s. 154.

⁹³ *Ibidem*, s. 155.

i teleologii, odpowiadająca za godzenie i maksymalizację interesów, oraz dyrektywa konstruktywistyczna, oparta na publicznej rozumności i konsensie co do wartości. Dyrektywa utylitarystyczna jest dyrektywą ilościową, dyrektywa konstruktywistyczna – dyrektywą jakościową. Maksymalizacja interesu społecznego jest ograniczana poprzez konsens co do wartości – przez indywidualne uprawnienia, które jednak opierają się na dynamicznym konsensie, charakterystycznym dla konstruktywizmu. Można więc powiedzieć, że we współczesnej demokracji, takiej, jaką opisuje Habermas, nie tylko interesy, ale również wartości są dynamiczne. Zmieniają się wraz ze zmianą poziomu świadomości społecznej i wyobrażeniami na temat tego, na podstawie jakich naczelných założeń aksjologicznych działa konstruowana wspólnota współczesna, oparta zasadniczo na indywidualistycznej kulturze. Dochodzenie do porozumienia i negocjowanie interesów jako fundamenty demokracji dynamizują zatem również samo prawo, które podobnie jak państwo jest instrumentem tej wspólnoty.

5.5. Monizm, etatyzm i proceduralistyczny legalizm jako „baza organizacyjna” współczesnej legislacji

Dokonujące się wyodrębnienie władzy prawodawczej, oddzielenie prawa od moralności i demokratyczne procedury prawodawcze, mimo iż we współczesnych społeczeństwach demokratycznych stanowią przede wszystkim postulaty, pokazują, że prawo postrzegane jest jako przedmiot kreacji prawodawcy, motywowanej względami społecznej użyteczności i konstruktywistycznej słuszności. Można wręcz powiedzieć, że wszystkie te idealne konstrukcje zawierają raczej zachętę do dynamicznego tworzenia prawa. Nie przewidują zaś żadnych wewnętrznych hamulców dla tej kreacji. Za sprawą podziału władzy wyodrębnia się intelektualne, techniczne zaplecze dla wyspecjalizowanych organów prawodawczych. Władza tworzenia prawa staje się nie tylko, jak dla Arystotelesa, władzą wyodrębnioną ze względu na specyfikę materii. Staje się też władzą odrębnie zorganizowaną i wyposażoną w intelektualne, filozoficzne instrumentarium, potrzebne do tworzenia prawa. Oddzielne izby parlamentu, spełniające właściwe sobie zadania, wyposażane są w tryby prawodawcze po to, by prawo – produkt ich politycznej aktywności – było jak najdoskonalsze. Doskonalenie prawa zakłada zaś jego dynamikę, zmianę i dostosowywanie do nowych okoliczności. Demokratyczne decyzje stanowią podstawę tworzenia prawa oddzielnego od moralności i dzięki temu także poddającego się szybkim modyfikacjom i zmianom. Inaczej niż tradycje, moralne i obyczajowe normy oraz zwyczaje, które kształtowane są przez długotrwałe praktyki społeczne, jednolite prawo kreowane jest przez współczesne państwo stosunkowo łatwo. Skutkuje to prawnym monizmem, etatyzmem oraz proceduralistycznym legalizmem współczesnego prawa.

Jak pisze Brian Tamanaha, prawny monizm stanowi „[...] długo dominującą perspektywę, zgodnie z którą prawo jest zunifikowanym i jednolitym systemem administrowanym przez państwo [...]”, dodając, iż takie ujęcie „[...] skorodowało naszą świadomość szerokiej historii prawnego pluralizmu”⁹⁴. Odwołując się do perspektywy socjologicznej i historycznej, przez pryzmat której rozwija socjologicznie ugruntowaną, „realistyczną teorię prawa”, Tamanaha wiąże zjawisko centralizacji i konsolidacji prawa właśnie z kształtowaniem się współczesnego państwa. Jego zdaniem konsolidacja prawa w rękach państw była zasadniczo istotą procesu budowania współczesnego państwa. Za Hayekiem wskazuje, że kluczowym elementem tego procesu było zastosowanie aparatu administracyjnego do kreowania instrumentów ściągania podatków, egzekwowania prawa i sądzenia. Tamanaha zwraca uwagę, że role te były często odgrywane przez te same podmioty w tym samym miejscu. Za sprawą tych państwowotwórczych procesów rozmaite heterogeniczne formuły prawa, które funkcjonowały np. w społeczeństwach średniowiecznych i we wczesnej nowożytności, były absorbowane przez państwowo-prawne systemy bądź po prostu eliminowane. Wiązało się to nie tylko z ożywieniem się procesów legislacyjnych, ale też z poszerzaniem się terenów i terytoriów, na których takie ujednolicone systemy funkcjonowały⁹⁵. Niegdyś zróżnicowane prawnie społeczności, były włączane w jednolity system prawny. Początkowo zróżnicowane systemy i normy poprzez procesy kodyfikacyjne i ujednolicające albo traciły swoją ważność, albo stawały się elementem jednego systemu. Bardzo często wiązało się to – jak chociażby na terytorium Niemiec – z recepcją prawa rzymskiego, które zaczynało stanowić uniwersalny punkt odniesienia dla różnych krajów i terytoriów, i cieszyło się uznaniem nie tylko przywódców tych państw, lecz przede wszystkim jurystów kształconych w prawie rzymskim i kanonicznym. Takie jednolite prawo, wzorowane na prawie rzymskim, było niezwykle często postrzegane jako element ujednolicający obrót gospodarczy lepiej i skuteczniej niż mieszanina rozmaitych praw zwyczajowych⁹⁶.

Jednolite prawo jest więc jednym z elementów spajających współczesne państwa demokratyczne. Współczesne demokracje bowiem, jak już wielokrotnie wskazywałem w tej pracy, bazują na zastąpieniu autorytetu osobowego autorytetem prawa. Prawo, które pochodzi od demokratycznego, zbiorowego suwerena, wymaga dla swego obowiązywania zarówno legalnej ważności, jak i odpowiedniego uzasadnienia. Służą temu procedury. Najkrócej rzecz ujmując, procedury te zastępują klasyczne założenie materialnej sprawiedliwości prawa. Czynią to na dwóch poziomach: na poziomie procedur uzasadniających oraz na poziomie procedur legalizujących. Te pierwsze odwołują się do konstruktywistycznej rozumnej zgody oraz

⁹⁴ B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review” 2008, vol. 30, s. 376. Patrz też *idem*, *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford University Press, Oxford 2021.

⁹⁵ *Idem*, *Legal Pluralism Explained...*, s. 380.

⁹⁶ *Ibidem*.

użyteczności społecznej, te drugie do pozytywno-prawnej procedury tworzenia prawa w wyniku ciągu działań podejmowanych przez właściwe organy, we właściwej formie i w odpowiednim trybie. To oczywiście uproszczenie, ale wydaje się ono instruktywne. Współczesne państwa demokratyczne, które zgodnie z założeniem prawnego etatyzmu, powstałego we wczesnej nowożytności, ale poszerzonego przez powszechną egalitaryzację związaną z procesami państwowotwórczymi, tworzą prawo, potrzebują znacznie bardziej rozbudowanych procedur legitymizacyjnych i uzasadniających niż absolutny monarcha Bodina. Demokratyczne procedury ustawodawcze gwarantują legalność prawa, a ich nieszanowanie przez państwo pozwala na podważanie obowiązujących praw. Demokratyczne wybory służą natomiast sprawdzaniu uzasadnienia dla prawa w sposób negatywny, tj. poprzez uwzględnienie głosu opinii publicznej, wyrażającej na bieżąco społeczno-polityczną aksjologię społeczeństwa demokratycznego.

Efektem tego proceduralistycznego podejścia konstruktywistycznego z jednej strony, a utylitarystycznego powiązania demokracji z imperatywną teorią prawa z drugiej jest legalizm i silne sformalizowanie współczesnej legislacji. Wedle Wintgensa, odwołującego się polemicznie do Webera, legalizm oznacza zdominowanie prawowitości prawa przez formalną legalność⁹⁷ i wywodzi się nie – jak utrzymuje Weber – z powiązania reformacji z kapitalizmem, lecz już ze średniowiecznego nominalizmu⁹⁸. Za niezwykle wartościową uważam wysublimowaną tezę Wintgensa o średniowiecznych źródłach legalizmu, ale jednocześnie jestem też przekonany, że różnica pomiędzy jego tezą a tezą Webera jest w istocie pozorna. Nominalizm wytworzył bowiem intelektualny fundament także dla reformacji i kapitalizmu, czego nie trzeba dowodzić. Wytworzył on przede wszystkim fundament dla proceduralistycznego podejścia widocznego w tym, co w tytule tego rozdziału określiłem jako organizacyjny fundament współczesnego prawodawstwa. Nominalizm stanowi, jak dowiodłem w pierwszym i drugim rozdziale tej pracy, pierwotne źródło zarówno racjonalistycznego konstruktywizmu, jak i utylitaryzmu, które przenikają współczesne podejście do legislacji i stanowią jego „twardy rdzeń”. Powiązanie konstruktywizmu i utylitaryzmu w nowożytnych i współczesnych ideach separacji prawa od moralności, separacji władzy prawodawczej od pozostałych władz oraz połączenie obu tych „pomysłów” z demokracją sprawiają, że dzisiejsze prawowite prawo zakłada ten „silny legalizm”. Przynajmniej w systemach prawa stanowionego,

⁹⁷ Na temat legalizmu patrz przede wszystkim: J.N. Shklar, *Legalism. Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge 1986; Z. Bankowski, N. MacCormick, *Legality without Legalism*, [w:] W. Krawietz (red.), *The Reasonable as Rational. On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin 2000; Z. Bankowski, B. Schafer, *Double-Click Justice: Legalism in the Computer Age*, „Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation” 2007, no. 1; Z. Bankowski, *Legalism and Legality*, [w:] *idem*, *Living Lawfully: Love in Law and Law in Love*, „Law and Philosophy Library” 2001, vol. 53, Springer, Dordrecht 2001.

⁹⁸ L. Wintgens, *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate, Farnham 2012, s. 9.

gdzie jest to najlepiej widoczne, powstaje ono najpierw w postaci projektów, które zakładają powszechną akceptowalność proponowanych rozwiązań. Ta akceptowalność – element konstruktywistyczny – jest podstawą relatywizującej, proceduralistycznej wizji sprawiedliwości prawa. Najlepszym przykładem jest tu Kantowska wizja procedury legislacyjnej, w której empiryczne przepisy poddawane są testowi uniwersalizacji i dopiero po przejściu tego testu mogą stać się prawem powszechnie obowiązującym. Bardzo podobnie wygląda dzisiaj sprawa legislacyjnych projektów, które muszą zostać wszechstronnie uzasadnione, by mogły być następnie rozpatrywane przez organy prawodawcze. Na tym etapie mamy też do czynienia z rozmaitymi społecznymi konsultacjami, w ramach których projekty są przedstawiane zainteresowanym grupom społecznym. Następnie w parlamencie odbywa się dodatkowa „obróbka prawa”: zachodzą procesy racjonalnego uzasadniania wprowadzanych poprawek, głosowania i deliberacji. Dopiero po takiej deliberacji projekt jest uchwalany i wówczas przechodzimy z etapu uzasadniania do etapu demokratycznej legitymizacji i nadawania prawu cechy prawowitości. Dodatkowe instrumenty wpisane we współczesne procedury legislacyjne, takie jak sądowa kontrola konstytucyjności prawa, zabezpieczają tę prawowitość również *post factum*, czyli po ich uchwaleniu. Taki zorganizowany proces tworzenia prawa zmierza do jego ciągłego doskonalenia i oceniania przez pryzmat społecznej użyteczności i powszechnej akceptowalności.

Ostatecznie wszystkie te procesy od czasów Bodina i Machiavellego kojarzone są ze stopniowo kształtującym się współczesnym państwem, które swoją aktywnością obejmuje coraz szerszy zakres, intensywnie etatyzując też prawo i rozszerzając sferę wspominanej już habermasowskiej jurydyzacji świata życia i kolonizowania go przez system prawny. To samo państwo zaczyna dbać o to, żeby prawo było prawowite i to ono staje się „centrum dystrybucyjnym” w tym zakresie, nawet kiedy tworzy tylko normy i przepisy prawa publicznego. To bowiem one organizują, jak pisze Hayek⁹⁹, nie tylko proces stosowania prawa, ale też proces jego tworzenia. W ten sposób naturalna sprawiedliwość prawa zastępowana jest proceduralną i formalną sprawiedliwością organów prawo tworzących. Oświeceniowy etatyzm nie jest jednak jeszcze etatyzmem w pełni „dojrzałym”. Zyskuje on pełny wymiar dopiero w państwie narodowym, silnie egalitarnym i odwołującym się do postkantowskiej, romantycznej koncepcji dzieła sztuki. Burckardtowskie, renesansowe „państwo jako dzieło sztuki”¹⁰⁰, jak pisał on o renesansowej Italii, zyskuje swój ostateczny kształt dopiero w powiązaniu oświeceniowych i „chłodnych” koncepcji organizacji procesu prawotwórczego z romantycznym estetyzmem państwa narodowego.

⁹⁹ F.A. Hayek, *Prawo, legislacja i wolność*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2020, s. 183.

¹⁰⁰ J. Burckhardt, *Kultura odrodzenia we Włoszech*, Wydawnictwo Czytelnik, Warszawa 1961, s. 5.

6. Indywidualistyczny nihilizm i państwo narodowe: radykałne dopełnienie oświecenia

Opisany w poprzednich rozdziałach oświeceniowy model państwa i prawa, bazujący na konstruktywizmie i utylitaryzmie, etycznych założeniach równej wolności, osoby i umowy społecznej, który został aksjologicznie zorganizowany, zabezpieczony i sformalizowany za sprawą oddzielenia prawa od moralności, podziału władzy oraz demokratycznego stanowienia prawa, wydaje się trwałym fundamentem współczesnego prawodawstwa. Co więcej, jego elementy, zarówno wchodzące w skład etyczno-prawnego uzasadnienia, jak i polityczno-organizacyjnego zaplecza legislacji, stały się niekwestionowanym wkładem projektu oświeceniowego w organizację współczesnych zachodnich demokracji. Jest to niezależne od tego, czy żyjemy „wśród smętnych ruin” tego oświeceniowego projektu (John Gray¹), czy jesteśmy w nim „zagubieni” (Charles Taylor²), nieufni wobec jego wielkich opowieści, które utraciły swą moc (Jean-Francois Lyotard³), czy optymistycznie zakładamy, że wszystko przed nami, bo projekt oświeceniowy nie zdążył się jeszcze w pełni zrealizować (Habermas). Nie zmienia to bowiem niekwestionowanego przez nikogo faktu, że z przedmiotu rozważań filozoficzno-etycznych zagadnienia te przekształciły się dzisiaj w przedmiot badań socjologów, politologów i prawników. Oświeceniowy projekt, przynajmniej w odniesieniu do legislacji, został więc w mniej lub bardziej doskonały sposób wdrożony w życie demokratycznych społeczeństw współczesnych.

Ten oświeceniowy fundament został w XIX wieku dopełniony przede wszystkim przez dwa zjawiska – w sferze estetyczno-etycznej przez nowy, estetycznie ugruntowany indywidualizm, natomiast w dziedzinie polityki przez procesy kształtowania się państwa narodowego i nacjonalizm. Zjawiska te trwale wzbogaciły uniwersalistyczny krajobraz oświeceniowy, kierując uwagę ku historycznemu, zawsze partykularnemu konkretowi. Konkretnie ten projekt oświeceniowy celowo tracił z oczu, koncentrując się na uniwersalnych zasadach, ponadczasowych cechach ludzkiej natury oraz powszechnie podzielanych wartościach. Te nowe zjawiska pogłębiły więc i zradykałizowały nominalistyczną wizję

¹ J. Gray, *Ślad Oświecenia*, [w:] *idem, Po liberalizmie*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2001, s. 258–259.

² Ch. Taylor, *Etyka autentyczności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Kraków 2002, s. 91–92.

³ J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna: raport o stanie wiedzy*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1997, s. 20.

oświeceniowego indywidualizmu poprzez skoncentrowanie się na jednostce ludzkiej, jej historycznej niepowtarzalności, oryginalności i partykularnej narodowej przynależności. Jak jednak trafnie podkreśla Isaiah Berlin, nie był to nowy fundament, lecz kontynuacja i modyfikacja oświecenia⁴. Co zaś najdziwniejsze, te ważne kulturowe korekty romantyzmu i „postromantyzmu” przyczyniły się do znaczącego zdynamizowania legislacyjnej kreacji.

6.1. Romantyczny indywidualizm i *creatio ex nihilo*: teologiczny paradygmat tworzenia prawa w ateistycznej i nihilistycznej odsłonie

Ten dopełniający charakter wobec oświecenia doskonale pokazuje zainicjowana przez Kanta, a rozwijana przez romantyzm nowa koncepcja twórczości, w której proces tworzenia zaczyna być pojmowany odmiennie niż w całym dotychczasowym myśleniu o dziele sztuki i estetyce. Wedle klasycznej – jeszcze greckiej – koncepcji sztuki⁵, tworząc dzieło sztuki, artysta odwzorowuje świat zewnętrzny. Muzyka stanowi odwzorowanie matematycznego ładu świata, sztuki wizualne i poezja natomiast odwzorowują przyrodę w sposób możliwie najbardziej zbliżony do przedstawianego fragmentu świata doświadczanego zmysłami. Nawet jeśli tematem przedstawienia są wymyślone, fantastyczne lub mitologiczne istoty i stwory, czyni się to w sposób realistyczny. Nawet jeśli, jak w przypadku rzymskiego, etruskiego posągu mówcy (słynny Aulus Metellus, zwany też L'Arringatore – mówcą), trafiają się zniekształcenia związane z intencją podkreślenia jakichś szczególnych cech bądź społecznych ról (powszechnie wiadomo, że gdyby mówca opuścił wyciągniętą rękę, jego dłoń sięgałaby poniżej kolana), artystyczne środki wyrazu, techniki malarskie czy rzeźbiarskie koncentrują się na tym, by świat możliwie najdoskonalej przedstawić. Służą temu zarówno klasyczny kanon grecki, oparty na założeniu harmonii, jak i światłocień, barwna plama, proporcje, perspektywa czy inne „iluzje” sztuki malarskiej, które skupiają się na *mimesis*, czyli upodobnieniu.

Taką koncepcję sztuki można określić jako obiektywistyczną, opiera się ona bowiem na niezachwianym przekonaniu o poznawczej odrębności przedmiotu i twórcy. Idea twardego dualizmu przedmiotu i podmiotu, która dominuje

⁴ Na tę kontynuację między oświeceniem i romantyzmem zwraca uwagę np. Berlin, podkreślający, że romantyzm, z jego naciskiem na emocjonalność i estetykę, nie jest przeciwieństwem oświecenia, lecz raczej próbą jego uzupełnienia o wartości, których chłodnemu myśleniu oświeceniowemu brakuje – I. Berlin, *Korzenie romantyzmu*, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2003, s. 143.

⁵ Platon, *Państwo. Prawa*, tłum., wstęp i komentarz W. Witwicki, Wydawnictwo Antyk, Kęty 1997, s. 315.

w filozofii, wydaje się odzwierciedlać obecną w twórczości artystycznej intencję obiektywnego przedstawienia przedmiotu dzieła, znajdującą swój wyraz w artystycznym realizmie. Twórca działa niejako „w służbie” tego przedstawienia, pozostając zdecydowanie na drugim planie wobec samego obiektu. Znamionym wyrazem tego realistycznego obiektywizmu jest to, że dzieła sztuki starożytnej, średniowiecznej, renesansowej czy nawet jeszcze barokowej nie są często w ogóle kojarzone z nazwiskiem autora, samo autorstwo jest bowiem – zarówno dla publiczności, jak i dla ich twórców – właściwie nieistotne. Przedstawianie jest traktowane – mówiąc po kantowsku – jako odzwierciedlanie *Ding an sich*, rzeczy samej w sobie, a nie duchowości czy artystycznego geniuszu twórcy. Takie założenie wydaje się zasadniczo dominować w sztuce do końca XVIII wieku, o czym można się łatwo przekonać, słuchając opartych na nim kompozycji muzyki klasycznej i podziwiając dzieła sztuk plastycznych.

Wyłom w tym klasycznym, tradycyjnym stanowisku przynosi filozofia podmiotu, której najbardziej spektakularną formułę stanowi „przewrót kopernikański” Immanuela Kanta. Obejmuje on też bowiem dziedzinę estetyki, tyle że społeczne następstwa tego przełomu widoczne są dopiero po śmierci Kanta – u niemieckich romantyków. Skoro wedle Kanta to podmiotowe władze poznawcze ostatecznie konstytuują poznanie, a dzieło sztuki stanowi wytwór połączonych intelektualnych i zmysłowych władz poznawczych, to wniosek jest prosty: musi być ono w istocie wyrazem i emanacją podmiotu, a nie tylko przedstawieniem przedmiotu. Przedmiot schodzi na dalszy plan: staje się inspiracją do wyrażenia siebie, okazją do samorealizacji artysty. Najbardziej społecznie doniosłe konsekwencje kantowskiego przewrotu kopernikańskiego – co raczej rzadko się dostrzega – mają więc miejsce nie w sferze epistemologii, lecz w sferze estetyki, która jest nieporównanie bardziej „popularną” kategorią kultury niż epistemologia.

Kant jednak nadal porusza się w oświeceniowym uniwersum, zakładającym powtarzalność, powszechność i humanistyczną uniwersalność ludzkich władz poznawczych. Z tym uniwersum zrywają już, inspirowani jego koncepcją, niemieccy romantycy. W koncepcjach romantycznych kopernikański przewrót Kanta inspirował nową estetykę, kładącą nacisk na podmiotowość, oryginalność, indywidualność i subiektywność. Nawet jeśli, jak w twórczości np. Johanna Caspara Friedricha, dzieło należy wciąż jeszcze do sztuki dość wiernie przedstawiającej świat, jego głównym tematem nie jest już w istocie przedmiot. Staje się nim podmiot – jednostka twórcza, w której w oryginalny, niepowtarzalny sposób łączy się duchowość z genialną zmysłowością twórcy. Doskonałym przykładem jest obraz Friedricha zatytułowany *Wędrujący w chmurach*, który nie przedstawia po prostu mężczyzny w surducie, stojącego na wysokim szczycie ponad chmurami. Obraz stanowi medium służące wydobyciu subiektywnego poczucia wzniosłości, którego obserwator może doświadczyć dzięki geniuszowi twórcy, kreującego w swym dziele obraz potężnych sił natury. To podmiot twórczy, będący częścią

tajemniczych sił, stoi więc w centrum zainteresowania twórcy, a sama ta koncepcja artystyczna ma od-podmiotowy charakter. Dzieło nie jest już w tym paradygmacie odwzorowaniem świata, lecz kreowaniem czegoś nowego⁶.

Podkreślić zatem należy, że twórcy preromantyczni, tacy jak Fryderyk Schiller, Wilhelm von Humboldt, Johann Gottlieb Fichte, Fryderyk Wilhelm Joseph von Schelling, a za nimi przedstawiciele niemieckiego romantyzmu politycznego, z przewrotu kopernikańskiego Kanta wyciągnęli wnioski idące znacznie dalej, niż pragnąłby tego sam Kant⁷. Efektem tej (nad)interpretacji stała się radykalna subiektywizacja poznania, w której to podmiot poznający, pojmowany jako konkretna jednostka ludzka z jej oryginalną, indywidualną wrażliwością i duchowością, stał się głównym punktem odniesienia, integrującym w sobie przedmiot poznania. Kantowska estetyczna władza sądzenia, bazująca na założeniu o wyobraźni jako sile zdolnej estetycznie, tj. subiektywnie zintegrować przedmiot filozofii teoretycznej (byt, natura-materia/przyroda) z przedmiotem filozofii praktycznej (powinność, kultura/duchowość) przez pryzmat apriorycznego założenia celowości⁸, stała się dla nich perspektywą jednoczącą pierwiastek cielesny i duchowy w samym podmiocie. W efekcie tej interpretacji dzieło sztuki – dla tych myślicieli medium i paradygmat integracji ducha i materii, natury i kultury – stało się pryzmatem służącym ujęciu istoty człowieczeństwa jako indywidualnej, witalnej, cielesno-duchowej i historycznej jaźni twórczej⁹.

Ta romantyczna subiektywizacja poznania utorowała drogę nowej koncepcji twórczości, postrzeganej już nie jako klasyczna *mimesis* – odwzorowanie świata doświadczanego zmysłami lub idealnych, harmonijnych form matematycznych, lecz raczej jako zaczerpnięte z teologii *creatio ex nihilo* – tworzenie z nicości¹⁰,

⁶ I. Berlin, *Pokrzywione drzewo człowieczeństwa*, Wydawnictwo Pruszyński i S-ka, Poznań 2004, s. 177.

⁷ *Ibidem*, s. 142; Z. Łempicki, *Renesans, oświecenie, romantyzm i inne studia z historii literatury*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966, s. 153; A. Citkowska-Kimla, *Romantyzm polityczny w Niemczech. Reprezentanci, idee, model*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2010, s. 27.

⁸ I. Kant, *Krytyka władzy sądzenia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 41.

⁹ A. Citkowska-Kimla, *Romantyzm polityczny...*, s. 29.

¹⁰ W przeciwieństwie do aspektu estetycznego aspekt teologiczny tej, pierwotnie teologicznej, koncepcji ma ogromną literaturę – patrz np. G.A. Anderson, M. Bocksmuehl (red.), *Creation ex nihilo: Origins, Development, Contemporary Challenges*, University of Notre Dame Press, Notre Dame 2018; J.M. Soskice, *Creation and the Glory of Creatures*, „Modern Theology” 2013, vol. 29(2), s. 172–185; P. Fatoorchi, *Four conceptions of creatio ex nihilo and the compatibility questions*, [w:] D.B. Burrell, C. Cogliati, J.M. Soskice, W.R. Stoeger (red.), *Creation and the God of Abraham*, Cambridge University Press, Cambridge 2010; J. Hughes, *Creatio ex nihilo and the Divine Ideas in Aquinas: How fair is Bulgakov's critique?*, „Modern Theology” 2013, vol. 29(2), s. 124–137; V. Burrus, *Nothing Is Not One: Revisiting the ex nihilo*, „Modern Theology” 2013, vol. 29(2), s. 33–48; F. Lucaci, *An Analytical Perspective on the Creatio ex nihilo Concept*, „Journal for the Study of Religions and Ideologies” 2002, vol. 1(2), s. 81–95; Guang-Cheng

tj. kreowanie dzieła wyłącznie dzięki sile wyobraźni twórczej artysty¹¹. Podkreśla się, że to właśnie ten nowy sposób myślenia o sztuce – charakterystyczny dla niemieckiego preromantyzmu i romantyzmu – otworzył drogę współczesnej artystycznej rewolucji formalnej i zapoczątkował poszukiwania nowych środków wyrażania osobowości artysty¹². Dzięki przemianie paradygmatu, polegającej na przejściu od klasycznego obiektywizmu (w sensie podejścia „od-przedmiotowego”) do subiektywizmu (w sensie właśnie stanowiska „od-podmiotowego”), nowe kierunki w sztuce mogły w następnym stuleciu całkowicie porzucić tradycyjną perspektywę opartą na naśladownictwie. Wobec tego dzisiejsze kierunki w muzyce, jak chociażby jazz, pop, rock, heavy metal, muzyka industrialna, repetytywna czy ambient, albo współczesne kierunki w sztukach plastycznych, takie jak impresjonizm, kubizm, fowizm, ekspresjonizm, futuryzm czy abstrakcjonizm, są dalszą konsekwencją tej właśnie romantycznej rewolucji, ale i dowodem na nią. Są one bowiem przede wszystkim platformą „promocji” twórczego podmiotu, jego subiektywnej oryginalności interpretacji artystycznej, która znajduje się teraz w centrum zainteresowania. Tworzenie dzieła sztuki we współczesnej kulturze zdecydowanie przestało być tożsame z odtwarzaniem, a stało się symbolem tworzenia czegoś oryginalnego, nowego. Za sprawą tej rewolucji w estetyce postęp w sztuce nie oznacza dzisiaj doskonalenia sposobu przedstawiania przedmiotu, lecz odkrywanie nowych sposobów estetycznej ekspresji twórczego podmiotu. Jako że ta estetyczna rewolucja inspirowana jest filozofią konstruującego dzieło podmiotu, jest ona nierozłącznie spleciona z przemianami w dziedzinie jego postrzegania.

Wzbogacona o tę estetyczną perspektywę oświeceniowa wizja jednostki była rozwijana i radykalizowana przez cały XIX wiek, przechodząc bardzo interesującą ewolucję, którą (znowu!) skupia jak w soczewce awangardowa i profetyczna myśl niemiecka. Nie oznacza to, że gdzie indziej nie powstają w tym czasie istotne i ważne koncepcje filozoficzne. Oznacza to natomiast, że koncepcje wywodzące się z filozofii niemieckiej tego okresu stanowią niezwykle istotną korektę oświecenia, która – z biegiem czasu – wywiera wpływ nie tylko na całą kulturę, filozofię i naukę, ale także na całe społeczeństwo świata Zachodu. Bez tej korekty i jej konsekwencji trudno sobie bowiem wyobrazić, a co więcej – zrozumieć fenomen współczesnego indywidualizmu, którego przejawy dostrzegamy zarówno – mówiąc górnolotnie – w zachodniej kulturze, jak i w zwykłej „zachodniej codzienności”¹³. Punktem wyjścia dla tych wszystkich koncepcji była

Wu, *Creation and Metaphysics: The Way of Aquinas' Thought*, „Philosophy and Culture” 2011, vol. 38(5), s. 161–177; W. Bauman, *Theology, Creation, and Environmental Ethics: From Creatio Ex Nihilo to Terra Nullius*, Routledge, London 2009.

¹¹ I. Berlin, *Pokrzywione...*, s. 141, 177.

¹² *Ibidem*, s. 173.

¹³ Mam świadomość, że pełne zweryfikowanie tak szerokiej tezy w tym miejscu jest niemożliwe, podobnie jak wymienienie współczesnych myślicieli, socjologów czy – ogólnie – ludzi

chęć zażegnania odwiecznego konfliktu między sferą bytu a sferą powinności w człowieku, a mówiąc ściślej – zintegrowanie ze sobą tych dwóch sfer. Jest to oczywiście nie tylko zagadnienie filozoficzne czy – współcześnie – psychologiczne. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy jest to zagadnienie kluczowe, bo dotyczy bardzo szeroko rozumianego prawodawstwa. Chodzi mianowicie o najbardziej rudymenarnie pojmowany sposób podporządkowania człowieka powinnościom niezależnie od tego, czy są to powinności wynikające z prawa moralnego, wzorce osobowe, obyczajowe, czy w końcu – pochodzące od prawa stanowionego przez państwo. Obraz tego podporządkowania jest bowiem prostą pochodną obrazu ich powstawania.

Punktem wyjścia tej refleksji w XIX wieku są moim zdaniem perfekcjonistyczne koncepcje romantyczne, w Niemczech określane jako koncepcje *Bildung* – samodoskonalenia, które zmierzają do przekształcenia tego podporządkowania w harmonijną, estetyczną zgodność, służącą osiągnięciu pełni, doskonaleniu charakteru i naturalnemu rozwojowi. Założenie dążenia człowieka do zbudowania estetycznie zintegrowanego charakteru programowo zrywa z odwiecznym, uwypuklonym szczególnie mocno przez oświecenie, konfliktem między zmysłowością a rozumnością, między *sein* a *sollen*. Jednym z najwybitniejszych, wczesnych przedstawicieli romantycznych koncepcji opartych na założeniu samodoskonalenia jest Wilhelm von Humboldt. Pojmuje on proces *Bildung* jako proces kształtowania osobowości, którego istota wyraża się w zintegrowaniu zmysłowości i rozumu w człowieku. Postawa estetyczna, postawa „poety”, jak pisze Humboldt, umożliwia za sprawą siły wyobraźni złączenie obrazu zmysłowego z pojęciem intelektu, scalając w ten sposób dwie cząstkowe wizje świata: obraz pochodzący ze zmysłów i obraz będący wynikiem intelektualnego namysłu i pojęciowej kategoryzacji¹⁴. Skutkuje to przekształceniem metafizycznego ujęcia człowieka, bazującego na pojęciu nieziennej natury ludzkiej, w „naukę dynamiczną”, która stara się ujmować człowieka w całej jego zmienności i w odniesieniu do konkretnych warunków czasu i środowiska. Jak wskazuje Reiner Ostermann, w koncepcji Humboldta człowiek staje się przede wszystkim bytem historycznym i zmiennym, ponieważ zdolnym do rozwoju i jako taki nie posiada ustalonej raz na zawsze, nieziennej natury¹⁵. Punktem wyjścia humboldtowskiej „antropologii” nie jest więc oświeceniowa natura ludzka, lecz „pojedyn-

kultury, którzy odwołują się do myśli niemieckiej zakorzenionej w tym okresie. Czytelnik musi uwierzyć na słowo albo zdać się na własne badania. Symbolem tego wpływu pozostaje przede wszystkim Nietzsche, którego koncepcja śmierci Boga i świata jako interpretacji inspirowe nowoczesną kulturę – patrz J.-F. Lyotard, *Kondycja...*, s. 20; A.O. Lovejoy, *Wielki łańcuch bytu*, Wydawnictwo Słowo/obraz terytoria, Warszawa 1999, s. 378.

¹⁴ W. von Humboldt, *Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates*, Verlag Hans Carl, Nürnberg 1946, s. 121.

¹⁵ R. Ostermann, *Die Freiheit des Individuums. Eine Rekonstruktion der Gesellschaftstheorie Wilhelm von Humboldts*, Campus-Verlag, Frankfurt am Main–New York 1993, s. 107.

czy człowiek”, jednostka ujmowana w procesie wielostronnego samodoskonalenia osobowości. Ludzka indywidualność staje się absolutem, konstytuującym – jak trafnie ujmuje to Clemens Menze – elementy ideału jednostki pojmowanej „[...] jako niezamknięta totalność idealnych form człowieczeństwa”¹⁶. Człowiek jest bowiem dla Humboldta istotą aktywną, dotkniętą „wewnętrznym niepokojem”, wynikającym z drzemiącej w każdej jednostce wewnętrznej siły (niem. *Kraft*), skłaniającej ją do nieustającej aktywności i aktualizowania jej indywidualnego potencjału¹⁷. Siła ta czy raczej siły są różnorodne zarówno pod względem natężenia, jak i rodzaju, jednak zdaniem Humboldta drzemią one w każdej jednostce ludzkiej. Są one pierwotnym źródłem ludzkiej indywidualności¹⁸, a ich rozwój zależy zawsze od wzajemnego oddziaływania pomiędzy nimi a zewnętrznymi okolicznościami (tzw. różnorodnością sytuacji – niem. *Mannigfaltigkeit der Situationen*). Przy tym efektem tej konfrontacji jest niepowtarzalność – jak pisze Humboldt – „oryginalność” indywidualnego charakteru¹⁹ oraz wolność pojmowana jako możność podejmowania różnorodnych działań i dokonywania życiowych wyborów w warunkach braku zewnętrznego przymusu i ingerencji, zapewniających możność nieskrępowanego wyboru spośród różnorodności sytuacji oferowanych przez życie²⁰.

Dla zobrazowania tego procesu Humboldt odwołuje się do metafory dzieła sztuki. Ukazuje ona człowieka w procesie samodoskonalenia, jako artystę, który w trakcie twórczej pracy nad surowym materiałem, wynikającym z jego wewnętrznego potencjału, nadaje temu surowcowi postać koherentnego i harmonijnego dzieła – spójnej osobowości. Kształtowanie charakteru nie jest dla Humboldta ani naśladowaniem gotowych wzorców jak w klasycznej koncepcji *mimesis*, ani procesem jakiegoś eklektycznego ich komponowania. Humboldt daleki jest od behawiorystycznego przeświadczenia, że doskonalenie osobowości polega na naśladowaniu oraz mechanicznym powtarzaniu przyswojonych schematów i reagowaniu na bodźce. W zetknięciu z różnorodnością sytuacji jednostka przetwarza materiał świata tak, jak artysta przetwarza doznania zmysłowe – generując z niego nową, oryginalną i całkowicie niepowtarzalną jakość. To kształtowanie osobowości ma więc dwa źródła: wewnętrzne i zewnętrzne. Źródło wewnętrzne to potencjał wrodzonych zdolności, zakorzeniony we wspomnianej wyżej sile (niem. *Kraft*) każdego człowieka. Źródło zewnętrzne to zaś oddziaływanie na człowieka zewnętrznych okoliczności: nie tylko docenianych wzorców osobowych, ale też „przeciwności losu”, które pozwalają mu kształtować

¹⁶ C. Menze, *Grundzüge der Bildungsphilosophie Wilhelm von Humboldts*, [w:] H. Steffen (red.), *Bildung und Gesellschaft. Zum Bildungsbegriff von Humboldt bis zur Gegenwart*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1972, s. 10.

¹⁷ W. von Humboldt, *Über die Grenzen...*, s. 45, 98.

¹⁸ *Ibidem*, s. 29.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, s. 27.

charakter za sprawą radzenia sobie z nimi. Jak artysta w procesie twórczym, jednostka przetwarza „materiał przeżyć” i w heroicznym procesie walki z przeciwnościami losu kreuje z niego nową jakość – własny, niepowtarzalny charakter. Opresje i przeszkody, z których musi się ona wydobyć, są dobroczynne dla procesu *Bildung*. Skuteczność doskonalenia charakteru wymaga, by jednostka radziła sobie z nimi samodzielnie.

Kantowski transcendentalizm Humboldt interpretuje tu zatem w sposób charakterystyczny dla romantyzmu. Indywidualna siła (niem. *Kraft*) każdego człowieka jest z jednej strony jego aprioryczną własnością, pozwalającą mu kształtować, konstruować i doskonalić własną osobowość. Z drugiej strony jest ona czymś indywidualnym, niepowtarzalnym i nieporównywalnym – jej rodzaj i zakres są osobowymi cechami każdej jednostki. Artystyczna kreacja osobowości odbywa się w sposób właściwy „sile” każdego pojedynczego człowieka, a proces twórczy zależy od jej zakresu i rodzaju. Osobowość jest dziełem sztuki, w którym za sprawą specyficznej „siły” człowiek integruje zmysłowość (byt) i rozumność (powinność) w sposób naturalny, tj. właśnie tak jak artysta tworzy – jego zdaniem – dzieło sztuki. Dla podkreślenia naturalnego, czyli wewnętrznie bezkonfliktowego charakteru tego twórczego procesu Humboldt odwołuje się dodatkowo do „metafory organicznej”, wizji spontanicznego wzrastania ludzkiego charakteru niczym rośliny czerpiącej życiowe siły z gleby, na której wyrasta, kształtowanej przez los i warunki życiowe²¹. W ten właśnie naturalny sposób z oświeceniowej estetyki Kanta wyrasta dopełniająca ją indywidualistyczna koncepcja romantyczna.

Najbardziej znanym myślicielem, który intencję połączenia przeciwnych wektorów rozumu i zmysłowości postanowił uczynić przewodnią myślą swej koncepcji, jest oczywiście Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Trzeba jednak podkreślić, że po krótkotrwałej młodzieńczej fascynacji²² Hegel całkowicie odrzucił romantyczne założenie o możliwości pogodzenia tych przeciwnych wektorów poprzez estetykę²³. Dla niego jedynym rozwiązaniem konfliktu między bytem a powinnością (zmysłowością a rozumem) stało się dialektyczne zniesienie tego konfliktu, które jednak polegało na – anachronicznym z punktu widzenia współczesnego indywidualizmu – powrocie do Artystotelesowskiej wizji naturalnego podporządkowania jednostki wspólnocie państwowej²⁴, w której jednostka ta wy-

²¹ *Ibidem*, s. 29.

²² Chodzi o raptem dwustronicowy młodzieńczy manifest Hegla, napisany w efekcie fascynacji *Listami o estetycznym wychowaniu człowieka* Fryderyka Schillera. Na ten temat patrz F.-P. Hansen, *Das älteste Systemprogramm des deutschen Idealismus. Rezeptionsgeschichte und Interpretation*, De Gruyter, Berlin–New York 1989, s. 452.

²³ G.W.F. Hegel, *Wykłady o estetyce*, t. 1, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 9.

²⁴ Dlaczego powrót ten był anachroniczny, Benjamin Constant wyjaśnił bardzo wyraźnie na przykładzie koncepcji Rousseau w swej słynnej mowie o wolności – patrz B. Constant,

rasta i dzięki której się kształtuje; wspólnocie, która jest dla Hegla „samowiedną substancją etyczną”²⁵. Jednak ten anachroniczny Hegłowski powrót do idei dialektyki sprawił, że to właśnie spośród jego uczniów, a ściślej – spośród przedstawicieli lewicy heglowskiej, rekrutują się najbardziej radykalni kontynuatorzy idei romantycznego, indywidualistycznego zintegrowania bytu i powinności: Ludwik Feuerbach i Max Stirner. Choć, trzeba przyznać, sama ta kontynuacja, wzorem mistrza, nie nawiązuje już do estetycznej „siły wyobraźni”, lecz twardo trzyma się etyki. Tu jednak całkowicie zrywa ze wspólnotowymi naukami Hegla i znowu zbliża się do romantycznych źródeł, zakładając, że ludzka osobowość wyraża się w kreowaniu własnych wartości, które wychodzi od uświadomienia sobie przez człowieka, że to on sam jest dla siebie jedynym punktem odniesienia.

Punktem wyjścia dla tej nowej wizji człowieka jest bez wątpienia doktryna ateizmu, reprezentowana przez Ludwika Feuerbacha. Ten młodoheglista był twórcą doktryny, wedle której Bóg jest wyłącznie ekstrapolacją idealnych ludzkich cech, wobec czego człowiek powinien przede wszystkim zdać sobie sprawę z tego, że cechy, które ubóstwił i wyniósł „poza siebie”, przenosząc je do istoty Boskiej, to jego własne, wyidealizowane znamiona. Dla Feuerbacha Bóg to nic innego, jak wyidealizowana istota i esencja człowieczeństwa²⁶. Integrowanie osobowości polega na zdaniu sobie sprawy, że obowiązki i prawa, które narzuca nam religia i które nas krępują, to nie obowiązki wobec jakiegoś transcendentnego bytu, lecz wobec pewnej fikcji, którą sami sobie stworzyliśmy. Jeśli o tym wiemy, powiada Feuerbach, to nie musimy dłużej czuć się zobligowani do ich spełniania, chyba że sami chcemy. To my stworzyliśmy Boga, istotę najwyższą, co wynikało z naszej wewnętrznej potrzeby, a więc to również my sami tworzymy nasze wartości. Normy religijne, dogmaty wiary są ludzkim tworem, a ponieważ to my je wytwarzamy, to w istocie my jesteśmy dla nas samych jedynym punktem odniesienia, bo „człowiek jest tym, co je” („Der Mensch ist was er ißt”), bytem w pełni materialnym, w którym duch jest tylko wysoko zorganizowaną formą materii.

Materialistyczne podejście Feuerbacha w znamienny sposób zradyzalizował kolejny przedstawiciel lewicy heglowskiej – Max Stirner, dla którego Feuerbach był zbyt mało konsekwentny w swoim odrzuceniu jedynie autorytetu teologii. Wedle Stirnera opisywana przez Feuerbacha „religijna świadomość” ma swoje źródła już na fundamentalnym poziomie filozoficznym i etycznym, w konstruowaniu

De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes, [w:] *Collections Complète des Ouvrages publiés sur le gouvènement représentatif et la constitution actuelle, ou Cours le politique constitutionnelle*, vol. 4, P. Plancher, Paris–Rouen 1820, s. 238–274.

²⁵ G.W.F. Hegel, *Encyklopedia nauk filozoficznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2014, § 535. Patrz też F. Copleston, *Historia filozofii*, t. VII, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 216.

²⁶ L. Feuerbach, *O istocie chrześcijaństwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 55; *idem*, *Wykłady o istocie religii*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1953, s. 46.

wszelkich ponadjednostkowych wzorców i ideałów. Ideały te uzyskują w procesie tego konstruowania znaczenie bliskie rytualnemu i magicznemu (religijnemu), stając się niewzruszalną „świętością”, której naruszenie „grozi gniewem bogów” i która wymaga od jednostki poświęcenia jej własnego dobra²⁷. Tymczasem, patrząc z perspektywy empirycznej jednostki, żaden ideał nie jest już z założenia możliwy do osiągnięcia²⁸. Niemożliwe do wykonania zadanie, jakie każdy wzorzec nakłada na swego wyznawcę, wywołuje w nim przede wszystkim dojmujące poczucie niedostatecznie spełnionego obowiązku. Uczucie to jest zdaniem Stirnera podobne temu, którego doświadcza chrześcijański grzesznik niestosujący się do nakazów dekalogu. Dla Stirnera czynnikiem konstytuującym tę formę ludzkiej świadomości jest zatem grzech, a ją samą nazywa w związku z tym „świadomością grzechu” (niem. *Sündenbewußtsein*). Jego koncepcja człowieka – tytułowego „Jedynego” – zmierza do wyeliminowania „świadomości grzechu” na każdym poziomie. Stirner odrzuca więc nie tylko autorytet teologii, religii, moralności czy obyczajowości, ale także państwa i prawa. To wszystko są dla niego byty, które nakładają na człowieka wymaginowane obowiązki, podporządkowując go własnym interesom i cynicznie wykorzystując. Bunt przeciwko nim, który jest istotą Stirnerowskiego „Jedynego”, oznacza ich instrumentalizację – używanie i wykorzystywanie ich do własnych celów, tak jak one instrumentalizują i wykorzystują jednostkę. Wizja człowieka w koncepcji Stirnera stanowi ciekawe połączenie dwóch w istocie przeciwnych sobie koncepcji człowieka: utylitarystycznej koncepcji egoisty, wywodzącej się z XVII-wiecznych anglosaskich doktryn kontraktualistycznych, tradycji oświeceniowej i psychologicznego utylitaryzmu, oraz „dynamicznej”, romantycznej i postkantowskiej wizji podmiotu kreującego samego siebie *ex nihilo*, wyzwolonego z ograniczeń nakładanych przez wszelkie wzorce normatywne²⁹. Nihilistyczne stanowisko Stirnera ostatecznie destrukuje ponadjednostkowe punkty odniesienia dla powinności, czyli pozbawia znaczenia wszelkie porządki normatywne: zarówno moralność, jak i prawo naturalne, zwyczajowe czy stanowione. Rzecz jasna pozbawia też znaczenia jakiegokolwiek teologiczne ugruntowanie porządku normatywnego. Stirnerowski „Jedyny” staje

²⁷ Aleksander Hercen, opierając się na koncepcjach Feuerbacha i Stirnera, w swoim eseju pt. *Z tamtego brzegu*, napisanym po rewolucji 1848 roku, doskonale charakteryzuje proces powstawania *idée fixe*, pisząc: „Jeżeli przyjmujemy, że postęp jest celem, w takim razie dla kogo tu pracujemy? Czym jest ów Moloch, który w miarę jak strudzona ludzkość zbliża się ku niemu, zamiast wynagrodzić ją – cofa się, a na pocieszenie wyczerpanym i skazanym na zagładę tłumom, wołającym doń: Morituri te salutant – nie potrafi dać nic innego prócz zaprawionej gorzką ironią obietnicy, że po ich śmierci pięknie będzie na ziemi? [...] cel nieskończenie daleki nie jest celem, ale podstępem; cel powinien być bliższy, przynajmniej taki, jak wynagrodzenie pieniężne lub moralne za pracę” – A. Hercen, *Eseje filozoficzne. Z tamtego brzegu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1965, s. 544–545.

²⁸ M. Stirner, *Jedyny i jego własność*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996, s. 42.

²⁹ Szerzej na ten temat patrz M. Chmieliński, *Max Stirner. Jednostka, społeczeństwo, państwo*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2006.

się swego rodzaju „czystą egzystencją”, a jego wyłącznym „zadaniem” – hedonistyczne używanie życia, które nie ma już żadnego wyższego sensu i celu. Ostateczne rozwiązanie odwiecznego napięcia między bytem a powinnością sprowadza się tu do odrzucenia wszelkiej powinności oraz zakwestionowania mocy wiążącej jakichkolwiek obowiązków i praw.

Stirnerowski postulat pełnej samoakceptacji i utylitarystycznej samoafirmacji pozbawionej zobowiązań jest natomiast przedmiotem istotnej korekty dokonanej przez Fryderyka Nietzschego. Stanowisko Stirnera, które jest z punktu widzenia koncepcji Nietzschego formułą „biernego nihilizmu”, jest nie do pogodzenia z „czynnym nihilizmem”, polegającym na heroicznym „przewartościowaniu wszystkich wartości”³⁰, „przekroczeniu człowieka” i kreacji *ex nihilo* wartości, norm i praw³¹. Kreacji – dodajmy – na gruzach feudalnego, chrześcijańskiego świata, które zdaniem Nietzschego pozostawiło oświecenie, oraz przemian, jakie dokonały się wraz z jego zwieńczeniem w sferze politycznej, czyli rewolucją francuską. Nietzscheańska wizja człowieka to wizja jednostki jako „twórczej nicości”. „Dostojny człowiek” – powiada Nietzsche – „odczuwa siebie jako wyznaczającego wartości, nie potrzebuje cudzej aprobaty, sądzi: »co jest szkodliwe dla mnie, to jest szkodliwe samo w sobie«, sam nadaje cześć wszelkim sprawom, tworzy wartości”³². Nietzscheańska koncepcja „nadczłowieka” zakłada gotowość do poświęcenia przez jednostkę własnego interesu, do narażenia własnego życia w estetycznym procesie przewartościowania wartości³³. Nietzsche powraca w pewnym sensie do romantycznego wzorca estetycznego, lecz jeszcze go radykalizuje, ponieważ dołącza do niego heroizm aktywnego kształtowania świata praw *ex nihilo*.

W ten sposób filozofia podmiotu, spleciona z estetycznym historycyzmem, przekształciła się w Niemczech w radykalnie subiektywistyczną formułę indywidualizmu. Indywidualizm ten jest specyficzny, jak bowiem pisze np. Georg Simmel – odmiennie od indywidualizmu anglosaskiego kładzie nacisk właśnie na niepowtarzalną indywidualność, oryginalność i historyczność jednostki ludzkiej³⁴. Jednostka ta jest wewnętrznie związana z przyrodą, której siły – tajemnicze i niepoznawalne – wypełniają ją, także czyniąc niepoznawalną i niepowtarzalną³⁵.

³⁰ F. Nietzsche, *Poza dobrem i złem*, Wydawnictwo Vis-à-vis/Etiuda, Kraków 2001, s. 151.

³¹ Nihilizm „czynny” albo „aktywny” – twierdzi Nietzsche – jest znakiem potęgi i mocą tworzenia własnych wartości od zera. „Swe maksimum relatywnej siły osiąga on jako gwałcąca siła niszczenia [...]” – F. Nietzsche, *Zapiski o nihilizmie (z lat 1885–1889)*, [w:] G. Sowiński (red.), *Wokół nihilizmu*, Wydawnictwo A, Kraków 2001, s. 82.

³² F. Nietzsche, *Poza dobrem...*, s. 197.

³³ *Ibidem*, s. 196 i nast.; G.W.F. Hegel, *Fenomenologia ducha*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2002, s. 138.

³⁴ G. Simmel, *Grundfragen der Soziologie (Individuum und Gesellschaft)*, G.J. Göschen, Berlin–Leipzig 1917, s. 99–103; podobnie E. Troeltsch, *The Ideas of Natural Law and Humanity in World Politics*, [w:] O. Gierke (red.), *Natural Law and Theory of Society, 1500–1800*, Beacon Press, Boston 1957, s. 204.

³⁵ E. Troeltsch, *The Ideas...*, s. 150, 167.

Czy jednak swoistość tej formuły rzeczywiście jest dziś tak egzotyczna? Zdecydowanie nie. Współczesny Stirnerowi Feuerbach, jeden z głównych reprezentantów doktryny materializmu i ateizmu, inspirował nie tylko Stirnera, ale przede wszystkim Marksa i Engelsa oraz cały późniejszy marksizm i socjalizm. O tym, jakie znaczenie mają te nurty dla współczesnej kultury, nie trzeba chyba nawet wspominać, bo jest to oczywiste dla każdego czytelnika mniej więcej rozumiejącego współczesną historię. Nawet zatem, jeśli Feuerbachowski ubóstwiony „Człowiek przez duże C”, Stirnerowski „Jedyny” i Nietzscheański „aktywny nihilista” (nadczłowiek) to figury pochodzące z radykalnej i w czasach ich formułowania niszowej filozofii, to są one odzwierciedleniem bardzo już powszechnych tendencji w kulturze świata zachodniego, które autorzy ci w sposób najbardziej dobitny wyrazili. Jeśli natomiast chodzi o koncepcje stworzone przez Feuerbacha i Nietzschego, są to figury, które po prostu stały się nieodłączną częścią obecnie dominującej, religijnie sceptycznej i subiektywistycznie indywidualistycznej kultury Zachodu. Stanowisko to stanowi kluczowy moment tej kultury w tym sensie, że człowiek zdecydowanie i definitywnie przestaje być w nim postrzegany jako byt osadzony w uniwersalnych, zewnętrznych ramach esencjonalnych norm, a staje się antymetafizyczną formułą czystej egzystencji, a tym samym – źródłem czystej kreacji. Ostateczne konsekwencje projektu średniowiecznych nominalistów zostały zatem rozwinięte w pełni dopiero w tych koncepcjach. Naturalnie obok tego awangardowego niemieckiego fermentu przez cały XIX i XX wiek funkcjonują koncepcje będące kontynuacją założeń oświeceniowych, najczęściej rozwijające klasyczne „antropologiczno-prawne” wątki liberalne.

6.2. Państwo narodowe: konstruktywistyczna synteza narodowej tożsamości i oświeceniowych wartości kosmopolitycznych

Kolejnym „dzieckiem” romantyzmu, istotnie uzupełniającym stowarzyszeniową – kontraktową i instrumentalizującą – oświeceniową wizję państwa i prawa, jest XIX-wieczne państwo narodowe, którego zwolennicy sięgają najczęściej do wizji tradycyjnych wspólnot, związanych naturalnymi, oddolnymi więziami³⁶. Warto podkreślić z całą mocą, że romantyczna krytyka chłodnego oświeceniowego racjonalizmu umowy społecznej nie oznacza, że racjonalne („Weberowskie”) – umowne i stowarzyszeniowe – struktury biurokratyczne przestają być w XIX wieku aktualne. Dziewiętnastowieczne kodyfikacje prawa czy znacząca rozbudowa aparatu urzędniczego i biurokracji są realizacjami projektu oświeceniowego. Natomiast zachodzące na wielu poziomach życia przemiany ekonomiczne, polityczne i społeczne, które intensyfikują się już na przełomie XVIII

³⁶ Na przykład A. Müller, *Die Elemente der Staatskunst, mit einem noch unveröffentlichten Bildnis des Verfassers nach Gerhardt von Kugelgen*, Verlag von Gustav Fischer, Jena 1922.

i XIX wieku, wytwarzają nowe zjawiska i potrzeby, które wymagają nie tylko nowych uzasadnień, nowych rozwiązań i nowych regulacji, ale przede wszystkim skutecznie wiążącego spoiwa dla postfeudalnego, kapitalistycznego społeczeństwa. Przemiany te obejmują bowiem rozmaite zjawiska. Są to zarówno zjawiska centralizacji i wewnętrznego jednoczenia się państw (zjednoczenie Niemiec, Włoch), jak i ich rozpadu (rozbiory Polski), zjawiska rozpadu społecznych więzi, charakterystycznych dla feudalizmu, ale również procesy budowania nowej klasy społecznej, m.in. za pomocą znacznie bardziej egalitarnej edukacji czy upowszechniającej się prasy, wydawanej w językach narodowych. Tym skutecznym społecznym spoiwem w nowych okolicznościach staje się coraz bardziej powszechna więź narodowa. Jednak wbrew wyobrażeniom niektórych romantyków nie jest to więź ani naturalna, ani tradycyjna. Jest ona konstruowana za pomocą instrumentalnie wykorzystywanych historii i tradycji, a nacjonalizm, jaki się z jej budowaniem wiąże za sprawą jej oświeceniowego fundamentu, jest koncepcją silnie modernistyczną. Sens, a zarazem i kompleksowość tych ważnych zjawisk najlepiej, moim zdaniem, rekonstruuje Ernst Gellner w głośnej swego czasu pracy pt. *Narody i nacjonalizm*³⁷.

³⁷ Odwołuję się do koncepcji Gellnera, ponieważ przekonuje mnie jego główna teza o tym, że naród we współczesnym tego słowa rozumieniu, tj. w tej swej formie, w jakiej wiąże się z powstającym w XIX wieku państwem narodowym, jest istotowo powiązany z XIX-wieczną modernizacją, tj. m.in. z nacjonalizmem, rozwojem przemysłu, kształtowaniem się współczesnego egalitarnego społeczeństwa, a także współczesnej edukacji czy nawet prasy. Zgadzam się zatem z nim, że dzisiejszy naród jest w znaczącej mierze wspólnotą konstruowaną, tj. nie jest jakimś „przedwiecznym”, zastanym i w tym sensie naturalnym bytem, który w XIX wieku tylko zyskuje swą współczesną, polityczną formę. Według mnie to wcale nie wyklucza etnicznych fundamentów współczesnego narodu, a nawet założenia wcześniej istniejących narodów, takich jak chociażby „polski naród szlachecki”. Są one jednak czymś zasadniczo odmiennym od współczesnych narodów, nawet jeśli ich istnienie leży u podstaw rozwoju tych ostatnich. Ujmując rzecz dialektycznie, zgadzam się z Gellnerem, że nagromadzenie nowych, modernistycznych elementów – czyli ilość – buduje w tym przypadku pewną nową jakość. Upowszechnienie myślenia w kategoriach narodowej tożsamości, związane z procesami rozpadu tradycyjnych więzi feudalnych, rozwojem przemysłu i upowszechnieniem się edukacji wśród warstw dotychczas nią nieobjętych oraz inne czynniki wymieniane przez autora *Narodów i nacjonalizmu* wprowadzają odmienności, które idą tak daleko, że naprawdę trudno w nich rozpoznać pierwotne, etniczne, naturalne wspólnoty. Jest to oczywiście konstrukcja społecznie eklektyczna i zróżnicowana, całkiem świadomie wykorzystująca bowiem w procesach budowania współczesnych narodów elementy etniczne, tradycje, „starożytne pochodzenie” (historię) jako spoiwo dla tej w gruncie rzeczy nowej jakości, którą stanowi współczesny naród. Nacjonalizm, rozumiany nie jako szowinistyczna ideologia, lecz jako ruch, ferment i twór modernizmu, istotowo związany z narodem, posługuje się tymi wszystkimi elementami, by budować i podtrzymywać narodową tożsamość i jak najszerzą identyfikację. Według mnie zatem koncepcja Gellnera wciąż w sposób najbardziej kompleksowy tłumaczy XIX-wieczny fenomen powstania narodu. Akceptuję równocześnie argumenty polemiczne wobec jego stanowiska takich niezwykle rzetelnych socjologów jak Anthony D. Smith, John Armstrong, Liah Greenfield, Walker Connor czy historyk Hugh Seton Watson. Uważam bowiem, że polemiki te w istocie nie podważają koncepcji Gellnera, lecz raczej ją uzupełniają. Nie jest moim zdaniem przypadkiem,

Według Gellnera, wbrew wspomnianym intuicjom, współczesny naród nie jest wspólnotą ani zastaną, ani naturalną. Stanowi on natomiast wspólnotę możliwie konstruowaną przez całe pokolenia, której wewnętrznemu zintegrowaniu służyły i służą rozmaite instrumenty³⁸. Wśród instrumentów narodowej integracji wymienić można z jednej strony instrumenty państwowej inżynierii społecznej, takie jak oficjalna polityka kulturalna, etniczna i społeczna, narodowe prawo, kształtowanie postaw za pomocą społecznych instytucji i instytutów edukacyjnych czy kształcenie narodowo zorientowanych „klerków”, tj. artystów i intelektualistów, którzy zdolni są do „rozprzestrzeniania” wiedzy w językach własnych wspólnot. Z drugiej natomiast strony narodową integrację (w sposób mniej już „inżynieryjny”, tj. świadomy) wspierają ruchy narodowe, narodowo-wyzwoleńcze zrywy, poczucie kulturowej i językowej odrębności, ale też i konflikty między różnymi grupami oraz samoistne procesy asymilacji, „wynaradawiania” różnych grup i ich „unaradawiania”, a także wzajemnego przenikania się wpływów. Wskazuje to, że w przypadku narodu mamy do czynienia ze zjawiskiem podatnym na modyfikację, płynnym i stale redefiniowanym. Używając znowu metaforyki Heglowskiej, można powiedzieć, że naród „staje się, a nie jest”. Stanowi on dynamiczny byt, budowany i wewnątrznie integrowany.

Jak dalej utrzymuje Gellner, budowanie narodu jest procesem, którego bazą są rozmaite grupy, wyodrębnione za pomocą odmiennego języka, odmiennych obyczajów, często także cech psychosomatycznych, oddzielających „swoich” od „obcych”. To właśnie wydaje się bazą, na której może zostać zbudowany naród we współczesnym tego słowa rozumieniu, tj. naród stopiony z państwem. Nie wydaje się jednak, ażeby sama ta zastana baza była wystarczająca do ukształtowania

że koncepcja Gellnera zawarta w książce *Narody i nacjonalizm* spotkała się z tak dobrym przyjęciem w chwili jej powstania, mimo wyraźnych powiązań Gellnera z marksizmem. Patrz m.in. jej następujące recenzje: B. Barry, *Review of Ernest Gellner's Nations and Nationalism*, „Ethics” 1984, October, s. 182; J. Kellas, *Review of Nations and Nationalism*, „International Affairs” 1984, vol. 60, issue 1, January, s. 134; A. Smith, *Book Review: Ernest Gellner, Nations and Nationalism*, „Millennium” 1983, vol. 12, issue 3, s. 280–282. Najwcześniejsze polemiki z funkcjonalizmem Gellnera to natomiast: P. Anderson, *Science, Politics, Enchantment*, [w:] J. Hall, I. Jarvie (red.), *Transition to Modernity: Essays on Power, Wealth and Belief*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 207; M. Mann, *Emergence of Modern European Nationalism*, [w:] J. Hall, I. Jarvie (red.), *Transition to Modernity: Essays on Power, Wealth and Belief*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 137–163. Krytyka modernizmu Gellnera (wychodząca od wspomnianej tezy o istnieniu narodów przed współczesnymi procesami państwowotwórczymi) to przede wszystkim: H.S. Watson, *Nations and States: An Inquiry into the Origins of Nations and the Politics of Nationalism*, Methuen, London 1977, s. 15–88; J. Armstrong, *Nations before Nationalism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1982; A.D. Smith, *The Ethnic Origins of Nations*, Basil Blackwell, Oxford 1986; L. Greenfeld, *Nationalism: Five Roads to Modernity*, Harvard University Press, Cambridge 1993; W. Connor, *When Is a Natio?*, [w:] *idem, Ethnonationalism: The Quest For Understanding*, Princeton University Press, Princeton 1994, s. 212.

³⁸ P. Spencer, H. Wollman (red.), *Nations and Nationalism: A Reader*, Rutgers University Press, Edinburgh 2005, s. 57.

się odrębnego narodu. Istnieje wiele grup ludzkich, które charakteryzują się tak wyselekcjonowanymi cechami, a narodu nie tworzą (np. Quebecois w Kanadzie, Ślązacy i Kaszubi w Polsce, Indianie amerykańscy w USA). Z drugiej strony istnieje też wiele narodów, które w ogóle nie dysponują jednolitym językiem i obyczajami.

Według Gellnera głównym czynnikiem, który umożliwił narodową auto-identyfikację członków rozmaitych grup, było zjawisko postępującej egalitaryzacji społeczeństw zachodnich, która wiązała się wprost z procesami przekształcania się społeczeństwa feudalnego w kapitalistyczne. Gellner przekonuje, że naród we współczesnym tego słowa rozumieniu wytworzyć się może tylko w społecznościach zindustrializowanych, gdyż te sprzyjają rozbijaniu naturalnych więzi społecznych opartych na tradycyjnych hierarchiach i przynależnościach. Społeczności industrialne mogą wytwarzać więzi narodowe, generując społeczne podziały, które opierają się już nie na tradycyjnych hierarchiach feudalnych, lecz na podziale pracy. Członkowie pierwotnie odległych warstw społecznych mieszają się ze sobą, a rozwój powszechnego uczestnictwa w procesie produkcji sprawia, iż zachodzi potrzeba powołania do życia nowych form więzi³⁹. Według Gellnera dopiero wówczas staje się możliwe połączenie względnie jednolitej, narodowej kultury wysokiej, która zdolna jest wyzwolić poczucie wspólnoty, z działalnością narodowotwórczą. Feudalne i arystokratyczne społeczności agrarne, które funkcjonowały w zasadzie do końca XVIII wieku, nie miały jego zdaniem szans na wytworzenie odrębnej i jednolitej kultury wysokiej, która mogłaby stanowić podstawę narodowej integracji, ponieważ podstawowy podział społeczny przebiegał tu pomiędzy elitami a resztą zbiorowości. W społecznościach agrarnych elity dysponujące kulturą wysoką (arystokraci) nie „mieszały się z tłumem”, a co ważniejsze – nie były z tym tłumem rzeczywiście powiązane. Elity były bowiem ponadnarodowe, mocniej związane z elitami innych krajów niż z tymi, którzy należeli do warstw niższych. Wystarczy zresztą rzut oka na arystokrację XVI, XVII i XVIII wieku, by zorientować się, że często nie posługiwała się ona nawet językiem ludu (mówiła zazwyczaj po francusku), a jego obyczaje i tradycje były jej nie tylko obce, lecz wręcz były przez nią wyszydzane i zwalczane jako barbarzyńskie.

Tę nową formułę więzi, przynajmniej od pierwszej połowy XIX stulecia w Europie, wytwarza przede wszystkim państwo i wspierana przez nie grupa klerków, tj. ludzi wykształconych już w procesie publicznej – tj. narodowej – edukacji. Warstwa ta poszerza się wraz z poszerzaniem się dostępności do wiedzy i nauki. Rozbijanie tradycyjnych więzi feudalno-arystokratycznych sprawia, że zaczyna się wówczas powszechnie kultywować wiedzę i naukę podawaną w językach narodowych. Państwo tworzy publiczne szkoły, kształcące klerków już właśnie w językach narodowych. W ten sposób elita

³⁹ E. Gellner, *Narody i nacjonalizm*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2009, s. 250.

intelektualna i naukowa zaczyna się „nacionalizować”, tj. w procesie „rozprzestrzeniania” wiedzy operuje językiem narodowym. Dokonuje się to zarówno w procesie bezpośredniego rozprzestrzeniania wiedzy, czyli poprzez uczestniczenie w procesach edukacyjnych organizowanych przez państwo, jak również pośrednio, tj. poprzez publicystykę, która po to, by mogła się upowszechnić, musi operować językiem powszechnie przez wszystkich zrozumiałym, czyli narodowym. Różne pisma i czasopisma w wieku XIX publikowane są już w językach narodowych.

W europejskim obszarze kulturowym szczególne zasługi w tym procesie przypadają nurtowi romantycznemu, który wzmacnia kulturę ludową, „wplatając” jej elementy do kultury wysokiej. Podania ludowe stają się dla romantyków osnową czytanych na salonach dramatów, poezji i powieści romantycznych. Dzięki nim kosmopolityczne elity intelektualne zaczynają odczuwać więź z ojczystym krajobrazem, właściwymi dla niego irracjonalnymi mocami, które są nieprzekładalne na język żadnego innego doświadczenia⁴⁰. Dzieła romantyków, choć niepozbawione uniwersalnego ładunku moralizatorstwa, są zazwyczaj ściśle związane z duchem określonego miejsca. Można rzec, że romantyzm wprowadza „na salony” elementy ludowych podań i czyni „niską”, ludową kulturę elementem kultury wysokiej. Dopełnia go w tym dziele pozytywizm, który kulturę wysoką stara się zanieść „pod strzechy”. W dobie pozytywizmu ta wysoka kultura jest już, dzięki romantyzmowi, silnie przeniknięta elementami kultury niskiej – ludowej. W ten sposób oba najważniejsze nurty intelektualne XIX wieku dopełniają się w procesie kształtowania jednolitej i wyodrębnionej kultury narodowej oraz narodowej jedności.

Kształtująca się idea narodowej jedności stanowi doskonałe spoiwo społeczności. Łączy ona ludzi znacznie silniej niż więzi ekonomiczne, np. więzi klasowe, gdyż działa niezależnie od pozycji zajmowanej w hierarchii społecznej i stosunku do środków produkcji. Widać to doskonale w okresie dwudziestolecia międzywojennego, które staje się głównym beneficjentem tych XIX-wiecznych procesów, a w którym idea narodowej jedności w ramach państw środkowoeuropejskich ściera się z internacjonalizmem głoszonym w Związku Sowieckim, dzięki czemu zyskuje negatywny punkt odniesienia.

Taka duchowa i niematerialistyczna formuła więzi międzyludzkiej jest niezwykle przydatna państwu, które Gellner definiuje za Maxem Weberem jako społeczne działanie mające monopol na użycie siły. Jak wspomniałem, wedle Gellnera w swojej współczesnej formie mogło się ono wykształcić dopiero wraz z rozwojem industrializacji. Jest tak dlatego, że w społeczeństwie industrialnym nie ma innej opcji. Jeśli w fazie przedagrarniej – tj. w okresie zbieracko-łowieckim – państwo nie było w ogóle potrzebne, a w fazie agrarnej państwo było opcją, tzn. mogło, ale nie musiało powstać, to w społeczeństwach industrialnych

⁴⁰ I. Berlin, *Korzenie romantyzmu*, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2003, s. 143.

jest ono czymś koniecznym⁴¹. Skomplikowanie relacji społeczno-gospodarczych, podział pracy i konsekwencje industrializacji skazują nas – wedle Gellnera – na konieczność funkcjonowania w ramach państwa, które jako jedyne zdolne jest to wszystko zorganizować.

W XIX wieku powstające państwo splata więc własne interesy z interesami narodów, które zaczynają zyskiwać własną, wyodrębnioną tożsamość. Ponieważ ani naród, ani państwo nie są jeszcze w tym okresie w pełni ukształtowane, to są sobie wzajemnie potrzebne. Naród, czy też jego idea, gwarantuje państwu nie gorszy, a być może nawet lepszy fundament niż idee chrześcijańskie późnemu cesarstwu rzymskiemu czy Bizancjum. Jest on potrzebny państwu po to, by wzmacniać pozaformalne, emocjonalne więzi między obywatelami lub poddanymi. Wówczas chętniej będą oni uczestniczyli w obronie granic i sprawowaniu niezbędnych funkcji administracyjnych (np. etos pruskiego, a później niemieckiego urzędnika, polski patriotyzm końca XIX i początków XX stulecia). Od czasów rewolucji francuskiej państwo zaczyna więc działać w interesie narodu. W porewolucyjnej Francji czy Stanach Zjednoczonych jest to naród pojmowany obywatelsko, a więc jako formalna wspólnota obywateli. W narodowo przebudzonych Niemczech naród to natomiast wspólnota kulturowa, czyli zbiorowość tych, którzy uczestniczą w tej samej kulturze, tj. systemie idei, znaków, skojarzeń, sposobów zachowania i porozumiewania się⁴². Naród potrzebuje państwa, gdyż wymaga troski z jego strony. Państwo daje narodowi siłę, a jego kształtowanie jest wyrazem państwowego monopolu na jej użycie (np. przez wprowadzenie jednolitego języka urzędowego państwo niejako wymusza na obywatelach narodową jedność). Kulturowanie narodowych świąt, flagi i godła czy wspieranie narodowej kultury stanowią element takiego wzmacniania. Klasycznymi narzędziami budowania narodu są polityka przyznawania obywatelstwa, prawa językowe, polityka edukacyjna, zatrudnienie w sferze budżetowej, centralizacja władzy, narodowe media, symbole i święta oraz służba wojskowa⁴³. Instytucje państwowe promują wspólny język i wspólne narodowe instytucje. W państwach wieloetnicznych może to przybierać postać swoistej (choć, jak się wydaje, powszechnie akceptowanej) kulturowej hegemonii, tak jak w USA, gdzie język tylko części członków amerykańskiego narodu stanowi język wspólny. W państwach względnie etnicznie jednolitych, takich jak np. Niemcy czy Francja, jest to wspieranie etnicznej kultury większości. Współczesne narody i państwa są więc od siebie silnie uzależnione. Istnieją oczywiście państwa wielonarodowe, wieloetniczne i wykazujące znaczny stopień wewnętrznej różnorodności, lecz nawet te najczęściej kształtują swoje społeczeństwa, posługując się narzędziami

⁴¹ E. Gellner, *Narody...*, s. 80–81.

⁴² *Ibidem*, s. 83; P. Spencer, H. Wollman, *Nationalism. A Critical Introduction*, Sage, London 2002, s. 53; A.D. Smith, *Nacjonalizm*, Wydawnictwo Sic!, Warszawa 2007, s. 22 i nast.

⁴³ W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2009, s. 437.

wykorzystywanymi przez klasyczne państwa narodowe⁴⁴. W końcu istnieją też narody bez państw – takie jak Polska w XIX wieku – które jednak dążą do ich przywrócenia lub zbudowania i to te właśnie dążenia do stworzenia państwa często utrzymują je „przy życiu”, mimo, a może właśnie za sprawą ich ofiarności.

Jak wskazałem na wstępie tego rozdziału, państwo narodowe rozwija i uzupełnia oświeceniową teorię państwa. Co więcej, jest niezwykle skutecznym połączeniem projektu oświeceniowego z jego romantyczną korektą, łączy bowiem abstrakcyjne, kosmopolityczne elementy oświeceniowe, które są współczesnym społeczeństwom niezbędne, z historycznym, romantycznym naciskiem na konkretny i nacjonalizm, niezależnie od tego, czy jest to nacjonalizm „obywatelski”, jak we Francji czy USA, czy nacjonalizm etniczny, językowy, a nawet rasowo-biologiczny, jak w Niemczech (ale też we Francji – hrabia de Gobineau). Efekty tej skutecznej syntezy widać najlepiej we współczesnych demokracjach. Po burzliwym rozkwicie tych rozmaitych nacjonalizmów w początkach XX wieku, współczesne – „dojrzałe” – państwa demokratyczne tworzą bardzo charakterystyczną dla świata zachodniego formułę godzenia uniwersalistycznych elementów oświeceniowych i państwa narodowego. Zjawiska kształtowania więzi narodowej w praktyce ich funkcjonowania przenikają się z oświeceniowym kosmopolityzmem. Obywatel, rodząc się i dorastając, posługuje się bowiem narodowym językiem urzędowym, uczęszcza do państwowych szkół i jest chroniony przez państwowe organy zapewniania bezpieczeństwa. Z drugiej strony to samo współczesne państwo w procesie edukacji umożliwia mu dostęp do interkulturowych wzorców (np. prawa człowieka, Grecja, Rzym i chrześcijaństwo jako wspólny fundament kultury Zachodu), zapewnia warunki dla jego odrębności (np. edukacja historyczna, święta narodowe itp.) oraz tworzy międzynarodowe instytucje i w nich uczestniczy (np. Unia Europejska czy NATO). Instrument, którym są współczesne państwa demokratyczne, względnie skutecznie gwarantuje nie tylko narodową integrację, lecz również kultywowanie odmienności. Z jednej strony państwa te podtrzymują narodowe instytucje, z drugiej natomiast politykę narodowościową opierają na idei „wąskiej [ang. *thin* – przyp. M.Ch.] asymilacji społeczno-kulturowej”, tj. asymilacji obejmującej głównie integrację społeczną i językową, bez wymogu przyswojenia sobie określonego zestawu obyczajów, przekonań religijnych czy stylu życia. Jest to koncepcja tożsamości i integracji narodowej oparta na rozwiązaniach nienarzucających pełnej i wyłącznej przynależności narodowej, tj. pluralistyczna i oparta na idei tolerancji⁴⁵.

Związane z tym modelem zachowanie przez państwo zewnętrznej otwartości stanowi centralny element „instytucjonalnego kosmopolityzmu”⁴⁶, bez

⁴⁴ *Ibidem*, s. 417.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 436.

⁴⁶ G.W. Brown, D. Held, *The Cosmopolitanism: Reader*, Polity Press, Cambridge 2010, s. 293; U. Beck, E. Grande, *Europa kosmopolityczna. Społeczeństwo i polityka w drugiej nowoczesności*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2009, s. 52.

którego żadna kosmopolityczna integracja nie byłaby dziś możliwa. Patrząc z perspektywy państwa narodowego, oznacza on gotowość do asymilacji grup narodowo-etnicznie i religijnie obcych oraz jednoczesną akceptację ich wewnętrznych odmienności. Ta otwartość jest stopniowalna i uzależniona od modeli przyjmowanych przez konkretne państwa narodowe. Element kosmopolityzmu pozostaje jednak składnikiem immanentnym i niezmiennym, bo żadne ze współcześnie istniejących państw „nietotalitarnych”, nie zdecydowałoby się na systemowe uszczelnienie granic dla własnych i obcych obywateli. Nie da się bowiem wykluczyć tego elementu bez zamknięcia państwa, ustanowienia jakiejś nowej „żelaznej kurtyny” i niebezpiecznego zbliżenia (przynajmniej zewnętrznie) do modelu północnokoreańskiego. Takie zamknięcie godzi zresztą w istotę współczesnych demokracji. Niweczy ono wolność przemieszczania się i w ten sposób wyklucza możliwości samorealizacji wszystkich tych, dla których taka wolność przemieszczania się stanowi istotny składnik ich koncepcji dobra. Rosnącym wyzwaniem dla takiego modelu otwartości stają się oczywiście coraz bardziej masowe migracje. Nawet jednak wprowadzenie koniecznych ograniczeń w zakresie przemieszczania się nie oznacza rezygnacji z tego modelu. Poza grupami masowych migrantów swoboda ta jest bowiem wciąż zasadą dominującą.

Dominująca dziś postać państwa to zatem państwo narodowe, w którym jednak – od samego początku jego kształtowania się w XIX wieku – elementy oświeceniowego kosmopolityzmu zintegrowane zostały z elementami nacjonalistycznymi. Sam naród pojmować należy jako wspólnotę konstruowaną, kształtującą się w skomplikowanych i wielopłaszczyznowych procesach wyodrębniania i budowania. Jako taka wspólnota narodowa budowana jest nie tylko za sprawą poczucia wspólności, ale także za sprawą poczucia odrębności. Innymi słowy, ważna jest nie tylko kulturowa jedność, ale też kulturowa odrębność w stosunku do innych narodów i *ethnoi*. Wobec tych zjawisk procesy globalizacyjne mogą być postrzegane jako z jednej strony niszczące tożsamość i narodową odrębność⁴⁷, ale

⁴⁷ Masowe przemieszczanie się ludności „za chlebem” niewątpliwie przyczynia się do zerwania lub osłabienia państwowo-instytucjonalnych więzi narodowych, procesy integracyjne wprowadzają elementy obce do systemów polityczno-prawnych istniejących państw (np. *islamic courts* w Wielkiej Brytanii), a medialny dostęp do odmiennych wzorców kulturowych oferuje możliwości rewidowania tradycyjnych wzorców i funkcji społecznych – U. Beck, *Władza i przeciwwładza w epoce globalnej. Nowa ekonomia polityki światowej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, s. 165 i nast. Skłaniają one często do formułowania tezy o postępującej słabości demokratycznego państwa narodowego i jego rychłym rozpadzie – np. U. Beck, E. Grande, *Europa kosmopolityczna...*, s. 21; R. O'Brien, *Global Financial Integration: The End of Geography*, Council of Foreign Relations Press, New York 1992; J. Gray, *False Dawn: The Delusion of Global Capitalism*, Granta, London 1998; W. Greider, *One World. Ready or Not*, Simon & Schuster, New York 1997; K. Ohmae, *The End of the Nation State: The Rise of Regional Economics*, HarperCollins, London 1996. Są to jednak tezy mylące, a demokratyczne państwo narodowe – choć z pewnością nie stanowi jedynej sensownej formuły funkcjonowania ludzkiej zbiorowości – wciąż wydaje się „trzymać” względnie dobrze. Oczywiście zmienia się formuła narodowej suwerenności,

z drugiej także jako wzmacniające świadomość odrębności i przynależności do określonych wspólnot narodowych. Nacjonalizm jest zresztą stałym składnikiem politycznego spektrum tych państw, podobnie jak kosmopolityzm – co widać nie tylko w tym, że w każdym z państw demokratycznych funkcjonują wciąż odwołujące się do niego partie polityczne, ale także w samych konstytucjach, w których prawa człowieka (element kosmopolityczny) łączą się z prawami obywatela (element narodowy). Jest tak prawdopodobnie dlatego, że tylko w kontakcie z „obcymi”, w zetknięciu z różnorodnymi kulturowymi wzorcami możliwe jest uświadomienie sobie własnej odrębności i własnego odmiennego charakteru⁴⁸. W myśl trafnych tez Fichtego czy Hegla tylko w obliczu „nie-ja” możliwe staje się ukonstytuowanie „ja”, pojmowanego jako odrębny, choć też pod pewnymi względami podobny autonomiczny byt. Hegłowskie uznanie (niem. *die Anerkennung*) obcego za odrębną istotę oznacza jego podmiotowe postrzeganie na wzór nas samych, ale nie oznacza identyczności i braku różnic, lecz przeciwnie – ich afirmację. Ten fenomen niezwykle trafnie opisują Ulrich Beck i Edgar Grande, uznając, że współczesny kosmopolityzm to postawa, która:

[...] odróżnia się od wszystkich innych wymienionych wcześniej form tym, że tutaj w myśleniu, współżyciu i działaniu uznanie odmienności staje się maksymą i to zarówno w relacjach wewnętrznych, jak i zewnętrznych. Różnice nie są ani hierarchicznie porządkowane, ani likwidowane, lecz są akceptowane jako takie, a nawet wartościowane pozytywnie. Kosmopolityzm akceptuje to, co w obu pozycjach hierarchicznej różności i uniwersalnej równości jest wykluczone: postrzegać Innych jako różnych oraz jako równych. Podczas gdy uniwersalizm i nacjonalizm (ale także przednowoczesny, esencjalistyczny partykularyzm) bazują na zasadzie „albo-albo”, kosmopolityzm opiera się na zasadzie „zarówno, jak też”. Obcość doświadczana jest i oceniana nie jako zagrożenie, możliwość rozdzwisku czy podziału, lecz jako możliwość wzbogacenia się. Jest ona ciekawością mnie samego oraz innobyty, która czyni dla mnie Innych czymś niezastępowalnym. Istnieje egoizm kosmopolitycznego zainteresowania. Ten, kto włącza perspektywę innych we własny kontekst życiowy, doświadcza w większym stopniu siebie oraz Innych⁴⁹.

Obecny we współczesnych państwach demokratycznych element zewnętrznej otwartości wydaje się zatem czynić możliwym coś, co można określić jako „narodowa integracja kosmopolityczna”. Jest ona wynikiem takiej polityki budowania narodu, która umożliwia z jednej strony autoidentyfikację jego członków nie tylko z własną *polis*, ale też z „kosmopolis” i innymi wspólnotami, z drugiej natomiast skuteczną asymilację elementów etnicznie i kulturowo obcych, opartą na koncepcji „wąskiej” narodowej integracji. Jest też oczywiste, że narodowa

która często bywa dzielona z międzynarodowymi organizacjami, ale państwo narodowe jest nadal strukturą zdolną chronić ludzkie prawa swoich członków. Czyni to zdecydowanie skuteczniej niż międzynarodowe i ponadnarodowe instytucje i organizacje (przykład ONZ – organizacji bez realnej siły, nawet mimo posiadania własnych jednostek militarnych).

⁴⁸ D. Lalak, *Migracja, uchodźstwo, wielokulturowość*, Wydawnictwo Żak, Warszawa 2007, s. 89.

⁴⁹ U. Beck, E. Grande, *Europa kosmopolityczna...*, s. 43–44.

integracja nie zawsze się udaje, o czym świadczą liczne przykłady destrukcyjnych tendencji, wynikających zazwyczaj z zachwiania pewnego rodzaju subtelnej równowagi pomiędzy elementem narodowym a kosmopolitycznym we współczesnym państwie. Efektami tego zachwiania stają się gettoizacja migrantów, kształtowanie się religijnych fundamentalizmów oraz wynikające z tego konflikty społeczne. Rodzi to naturalnie liczne pytania o przyszłość państwa narodowego i jego przetrwanie w obecnej formule.

6.3. Romantyzm jako źródło prawnego kreacjonizmu

Podsumowując, warto raz jeszcze podkreślić, że prawie cała decydująca o podwalinach współczesnej legislacji nowożytna i oświeceniowa epistemologia, czyli nawet ta, która sięga jeszcze do wzorców klasycznych, opiera się na odrzuceniu tradycji jako artefaktu agregującego mądrość pokoleń i na założeniu, że prawo trzeba ukształtować od nowa, na nowych, lepszych, bardziej sprawiedliwych, bardziej użytecznych, naukowych i efektywnych ekonomicznie czy społecznie zasadach. Sama idea oświecenia, jak to ujmuje Kant w swoim traktacie o oświeceniu, jest odrzuceniem tradycji – wyjściem z okresu dzieciństwa i dojściem do dorosłości. Jest ona przesycona przekonaniem o naukowym, cywilizacyjnym i moralnym postępie ludzkości. Na tym programowym zakwestionowaniu tradycji w sferze poznania i silnym progresywnym oparte są wszystkie ważne dla współczesności „odkrycia” nowożytności, związane z postrzeganiem legislacji, jak omawiane już w poprzednim rozdziale separacja prawa od moralności, podział władz czy etatyzacja prawa.

Co ciekawe, na kontynuacji tego kreacjonistycznego paradygmatu prawodawstwa opierają się również najważniejsze XIX-wieczne korekty i dopełnienia projektu oświeceniowego. Najlepszym chyba przykładem jest zainicjowany przez „prowspółnotowy”, „prohistoryczny”, polityczny romantyzm proces kształtowania się współczesnego państwa narodowego. Stanowi on w istocie dopełnienie tego kontraktowego, formalnego i proceduralnego modelu oświecenia. Jak trafnie dostrzega to Hegel (czy Nietzsche), powrót w politycznej narracji państwa narodowego do idei średniowiecznej wspólnoty i ideału wspólnotowości nie jest bowiem powrotem wprost, jakimś zamkniętym kołem, lecz powrotem dialektycznym. Historia, poszukiwanie narodowej specyfiki i odmienności, silny rozwój publicznej edukacji w językach narodowych służą jako spoiwo dla zbiorowości podlegających niezwykle silnym procesom modernizacyjnym, związanym z jednoczeniem się państw, rozwojem masowej produkcji, rozrastaniem się i przekształcaniem ośrodków miejskich, które ściągają robotników, a co za tym idzie – z powstawaniem współczesnego, wielkomiejskiego proletariatu. Naturalne, historyczne wspólnoty pełnią tu funkcję założycielskiego mitu. Do plemiennych czasów wspólnot greckich, rzymskich, scytyjskich, germańskich czy

słowiańskich nie ma powrotu. Samo państwo narodowe powstaje raczej na ich gruzach, niż jest ich rozwinięciem. Nie trzeba być marksistą, by dostrzec, że jego powstanie nie wiąże się z powrotem do nich, lecz wręcz przeciwnie – z rozpadem tradycyjnych więzi feudalnych, rozwojem przemysłu i postępującymi przemianami społecznymi, wynikającymi z narodzin kapitalizmu. Historia jest z jednej strony idealizowana, z drugiej zaś instrumentalizowana w procesach kształtowania się państwa narodowego. Jest więc jasne, że pomimo deklaracji niektórych romantyków (np. Adama Müllera⁵⁰), legislacja nie może być w takiej konstruowanej wspólnocie pojmowana wyłącznie jako odzwierciedlanie lokalnego ducha historycznych wspólnot narodowych. Nie jest też jednak odzwierciedleniem uniwersalnych praw naturalnych, jak chciałoby tego oświecenie. Jest ona prawną kreacją konstruowaną z jednej strony na bazie narodowych inspiracji, a z drugiej zapożyczanych, ponadnarodowych, uniwersalnych wzorców (ang. *legal transplants*, jak określa je Alan Watson)⁵¹. Jedne i drugie są oceniane przez pryzmat społecznej zgody i społecznej użyteczności. „Kreatywna” legislacja niezbędna jest kształtującemu się w XX wieku państwu narodowemu, ponieważ jest ono rodzajem konstruowanej wspólnoty. Prawo i regulacja od początku XIX wieku są jednymi z ważnych instrumentów państwowo-narodowej integracji, o czym świadczą chociażby intensywne procesy kodyfikacyjne (spadek po oświeceniu, realizowany w romantyzmie).

Niezależnie od tego, czy współczesne zachodnie demokracje są nadal państwami narodowymi, czy tylko wzorują się na nich, jednym z ważnych instrumentów procesów narodowej integracji jest narodowe prawo. Treść tego prawa – co należy podkreślić – nie może się zamykać w narodowych granicach po prostu dlatego, że źródłem jego uzasadnienia są również racje i argumenty nieosadzone wyłącznie w narodowej kulturze, lecz czerpiące z kulturowego, intelektualnego dorobku pewnego kręgu kulturowego, jakim jest krąg kultury zachodniej (np. prawa człowieka). Globalizacja i migracje, czego nie trzeba tutaj specjalnie dowodzić, stanowią też źródło inspiracji wykraczających ponad ten zachodni krąg kulturowy (np. sądy szariatu czy sądy rabiniczne w Wielkiej Brytanii). Stanowią

⁵⁰ Adam Müller jest klasycznym przykładem krytyki abstrakcji i chłodnej kalkulacji oświeceniowych koncepcji państwa. Warto przytoczyć cytat z jego najbardziej chyba znanej pracy pt. *Die Elemente der Staatskunst*, zbioru wykładów powstałych w 1809 roku. Polemizując z oświeceniem (głównie z Adamem Smithem), a odwołując się do koncepcji Edmunda Burke’a, w duchu Arystotelejskiej teleologii pisze on tam, że w jego czasach: „Pierwszy fundamentalny błąd obiegowych politycznych systemów został obalony. Państwo nie jest jedynie jakąś manufakturą, młeczarnią, firmą ubezpieczeniową, towarzystwem kupieckim; jest ono wewnętrznym połączeniem wszystkich fizycznych i duchowych potrzeb, całego fizycznego i duchowego bogactwa, całego wewnętrznego i zewnętrznego życia narodu, [zmierzającym – przyp. M.Ch.] ku ogromnej energetycznej, nieskończonej dynamicznej i żyjącej całości” – A. Müller, *Die Elemente der Staatskunst...*, s. 37.

⁵¹ A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Athens–London 1974.

one jednocześnie czynnik napędzający legislację, podobnie jak procesy ponadnarodowej standaryzacji przepisów, wymuszane przez globalizację, coraz szybszy przepływ towarów i usług oraz zglobalizowanie łańcuchów dostaw i lokowania kapitału. Można bezpiecznie postawić tezę, że zarówno procesy narodowej integracji, jak i procesy globalizacyjne, paradoksalnie splecione we współczesnych demokracjach, są czynnikami inspirującymi i napędzającymi dynamikę legislacyjną. Współczesna synteza państwa narodowego i zinstytucjonalizowanego kosmopolityzmu jest wręcz jednym z istotnych czynników przyczyniających się do „turbolegislacji” i bezprecedensowej intensyfikacji legislacyjnego kreacjonizmu.

Jednym z niezwykłych składników współczesnego zachodniego indywidualizmu stał się też niewątpliwie zradykalizowany w stosunku do oświeceniowego, subiektywistyczny (postromantyczny) wzorzec autonomii, w którym jednostka-prawodawca-artysta samodzielnie kreuje wszelkie moralne wzorce, podług których postępuje, zawieszona w etycznej i moralnej próżni i otoczona ponadindywidualnymi bytami, wrogimi jej swobodnej, jednostkowej samorealizacji⁵². W pracach takich postromantycznych, profetycznych cyników i nihilistów jak Stirner czy Nietzsche estetyczny schemat *creatio ex nihilo* został połączony z nieograniczonym woluntaryzmem oraz wprost inkorporowany jako fundament całej sfery normatywnej i wzorzec kreacji norm. Stirner i Nietzsche byli prawdopodobnie pierwszymi, którzy opisali to nowe kulturowe zjawisko tak precyzyjnie w kontekście społecznej sfery normatywnej (niezależnie od nieco infantylnej wymowy koncepcji Stirnera). Dla Stirnera i Nietzschego jednostka tworzy lub dowolnie komponuje własne wartości na gruzach starych, niejako sama z siebie. Jednostka jest bowiem przeciwstawiona wszelkim utrwalonym wzorcom normatywnym, jest – jak metaforycznie ujmuje to Stirner – „nicością wszystkich innych rzeczy”⁵³, a jej rzeczywista egzystencja jest ufundowana na tej właśnie metaforycznej nicości. Nietzsche na tym estetycznym wzorcu autonomicznej kreacji opiera swoją wizję „czynnego nihilizmu”, czyli właśnie tworzenia własnych wartości „od zera”, „poza dobrem i złem”⁵⁴. Za sprawą tego stanowiska legislacja może więc zacząć być postrzegana jako niczym nieograniczona sztuka kreacji nowych praw przez ustawodawcę. Dalszy rozwój filozofii skoncentrowanej na ludzkim podmiocie potwierdza tę intuicję. Egzystencjalizm pokazuje, że w postoświeceniowym świecie bez Boga i trwałych, ponadjednostkowych wartości

⁵² Ta charakterystyczna cecha współczesnej kultury doczekała się bardzo polemicznej analizy wśród niezwykle szerokiego grona przedstawicieli tzw. komunitarianizmu. Jest także tradycyjnie przedmiotem polemik ze strony konserwatystów. Nie trzeba jednak czytać ogromnej literatury przedmiotu w tym zakresie, a wystarczy obejrzeć którykolwiek z filmów odwołujących się do tzw. superbohaterów, lub którykolwiek z tzw. kultowych filmów akcji, żeby dostrzec, jak ważny jest ten wzorzec w kulturze popularnej.

⁵³ M. Stirner, *Jedyny...*, s. 3.

⁵⁴ F. Nietzsche, *Poza dobrem i złem. Preludium do filozofii przyszłości*, Wydawnictwo A, Kraków 2001, s. 35.

wszelka stabilna istotowość i esencjalność, która cechuje wartości i wzorce, musi ustąpić miejsca założeniu ich płynnej egzystencji⁵⁵. Współcześnie nawet płeć i samo człowieczeństwo – wydawałoby się niezagrożone bastiony biologicznej stałości – stają się przedmiotem indywidualistycznego „przekroczenia”⁵⁶, co znajduje odzwierciedlenie w prawie pozytywnym.

Nie chcę przez to powiedzieć, że dzisiejszy prawodawca jest stirnerowsko-nietzscheańskim nihilistą. Natomiast nihilizm jest jedną z najłatwiej dostępnych mu opcji. Któż bowiem w dobie konsumpcyjnego subiektywizmu i indywidualizmu ma „rozliczać” demokratycznego prawodawcę z intersubiektywnych, ogólnoludzkich wartości, które miałyby kryć się za jego legislacyjną kreacją? Niezależnie od tego, że etyczno-prawny nihilizm jest bardzo radykalną i prze-rysowaną perspektywą patrzenia na kreację prawa, jest to więc perspektywa, której nie sposób współcześnie pominąć. Nie sposób też niestety uniknąć niebezpieczeństw, jakie ona stwarza. Potężne tempo rozwoju cywilizacyjnego narzuca potrzebę coraz intensywniejszej regulacji i legislacji. Dla niebagatelnej części tej regulacji i legislacji jedynym uzasadnieniem są dzisiaj doraźne społeczne potrzeby, a jedyną formą ich legitymizacji stają się formalne procedury demokratyczne. Niebezpieczeństw takiej legislacji jesteśmy przecież w pełni świadomi po niemieckich, nazistowskich ustawach norymberskich i XX-wiecznych doświadczeniach Holocaustu Słowian, Żydów i Romów.

Wiąże się to także z tym, że przemiana paradygmatu kreacji artystycznej, jaka pojawiła się wraz z XIX-wiecznym estetycznym nihilizmem, pojawiła się nie tylko w filozofii, etyce czy estetyce. Za sprawą utrwalenia się współczesnej indywidualistycznej kultury zachodzi ona moim zdaniem już na poziomie „głębokiej struktury” myślenia o tworzeniu⁵⁷. Jeśli prawo jest elementem kultury, to w przedstawionym kulturowym klimacie muszą się również kształtować nasze wyobrażenia na temat jego tworzenia, zwłaszcza że pojęcie „sztuka legislacji” jest trwałym i raczej niekwestionowanym elementem naszych wyobrażeń o legislacji od samych jej początków. By tego dowieść, nie trzeba wcale wchodzić głęboko w psychologię. Sama semantyka tworzenia kształtuje się w powiązaniu

⁵⁵ G. Vattimo, *Koniec nowoczesności*, Wydawnictwo Universitas, Kraków 2006, s. 13.

⁵⁶ Patrz np. D. Hoffman-Fox LPC, *You and your Gender Identity. A Guide to Discovery*, DHF Press, Colorado Springs 2016, s. 137.

⁵⁷ Gramatycznego pojęcia „głębokiej struktury” używam nie w znaczeniu syntaktycznym, jakie gramatyka generatywna przypisuje rozróżnieniu pomiędzy strukturą głęboką zdania i jego strukturą powierzchniową. Chodzi mi tu wyłącznie o semantykę, czyli o to, że kiedy myślimy o tworzeniu dzieła, intuicyjnie bliscy jesteśmy wizji kreacji *ex nihilo*. Oczywiście związki między głęboką strukturą zdania a jej semantyczną reprezentacją zostały opisane i zidentyfikowane m.in. przez Noama Chomsky’ego – patrz N. Chomsky, *Language and Mind*, Cambridge University Press, Cambridge 2007. Chodzi mianowicie o to, że odtwarzanie, naśladowanie jest dla nas raczej synonimem rzemiosła niż sztuki, a więc synonimem produkcji, a nie tworzenia. Wydaje mi się, że to właśnie romantyzm i jego spadkobiercy wprowadzili to rozumienie twórczości jako głęboką strukturę myślenia o tworzeniu, choć nie mam tutaj miejsca, by tę intuicję naukowo pogłębić.

z tworzeniem dzieła sztuki, czyli właśnie z estetyką. Wobec tego językowe skojarzenia również idą w tym kierunku. Wytwórca narzędzi rolniczych nie powie bowiem raczej (przynajmniej poważnie i poprawnie), że właśnie tworzy grabie, szewc, że tworzy buty, a kołodziej, że tworzy koło do wozu drabiniastego (przepraszam za archaizm!). Ich aktywność określa się raczej mianem „wytwarzania”, „produkowania”, chyba że w produkcie ich pracy jest zawarty jakiś – od-podmiotowy – element artystyczny (np. tak dzisiaj rozpowszechnione kowalstwo artystyczne). Prawo natomiast bezsprzecznie się tworzy, nie „wytwarza” się go raczej czy „produkuje”. Można oczywiście użyć tego typu określeń, ale zazwyczaj są to określenia pejoratywne, przyjmowane, gdy chcemy skrytykować legislatora. Tekst prawny jest bez wątpienia efektem procesu tworzenia przynajmniej zbliżonego do artystycznego. Sama aktywność polegająca na tworzeniu prawa w swej najbardziej rudymen tarnej, fizycznej postaci polega na formułowaniu i zapisywaniu zdań, a więc jest formą wypowiedzi językowej. Można ją oceniać z perspektywy estetycznej jako mniej lub bardziej udatną formę wyrażenia oraz zapisu pewnej myśli i literacko analizować, podobnie jak analizuje się teksty poetyckie czy prozatorskie. Efektem tworzenia jest więc z pewnością dzieło, a działalność tego, kto formułuje to dzieło, jest bez wątpienia „sztuką legislacji”. Choć nie jesteśmy dzisiaj specjalnie skłonni, by chronić prawa autorskie do takiego dzieła, to z pewnością nie będzie intelektualnym nadużyciem odwołanie się do tej części estetyki, która odpowiada na pytanie, co i jak właściwie twórca czyni, tworząc. Intuicja, która na pierwszy rzut oka trzeźwo myślącym prawnikom może wydawać się nawet nieco ekscentryczna, okazuje się więc uzasadniona już na poziomie językowym, a sięganie do koncepcji dzieła sztuki w myśleniu o tworzeniu prawa wcale nie jest taką intelektualną chimerą, jaką mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka – zwłaszcza po głęboko zinternalizowanym w świecie zachodnim Nietzscheańskim postulacie tworzenia własnych wartości po „śmierci Boga”, czyli *de facto* po sprowadzeniu przez niego współczesnej etyki właśnie do estetyki⁵⁸.

Pojęcie tworzenia na poziomie semantycznym wywodzone jest zatem z estetyki i kreacji artystycznej, a przynajmniej związane z nimi. Współczesny postromantyczny indywidualizm sprawia, że postać twórcy zawsze ma estetyczne konotacje, również wówczas, gdy myślimy o demokratycznym twórcy prawa, czyli reprezentacji suwerena kreującej swego rodzaju zbiorowe dzieło sztuki – ustawę. Warto pamiętać, że estetyczne założenie *mimesis* – naśladownictwa – wyraźnie leżało u podstaw klasycznych, ontologicznych wizji prawa, charakterystycznych m.in. dla społeczeństw starożytnych i feudalnych. Prawo wedle tych klasycznych wzorców było prawem naturalnym, a ustawodawstwo przede wszystkim odkrywaniem, naśladowaniem i dekodowaniem jego norm oraz ujmowaniem ich

⁵⁸ F. Nietzsche, *Tako rzecze Zaratustra*, Wydawnictwo Ignis, Toruń–Warszawa–Siedlce 1922, s. 6.

w ramy przepisów tzw. pozytywnego prawa. Natomiast postromantyczna, estetyczna metafora *creatio ex nihilo* sprawia, że bardziej pożądane jest, by współczesne demokratyczne prawo było postrzegane raczej jako wolicjonalna kreacja demokratycznego suwerena niż jako odtwarzanie prawno-naturalnych wzorców. Demokratyczne prawo swą legitymację, a co więcej – podstawę obowiązywania uzyskuje bowiem nie przez to, że jest zgodne z prawem naturalnym, lecz przez to, że jest we właściwy sposób ustanowione przez wolę demokratycznej reprezentacji suwerena, którą najczęściej jest parlament.

Teologiczny schemat Boskiej „kreacji z nicości” za sprawą postkantowskiego, romantycznego perfekcjonizmu, a następnie ateizmu i nihilizmu, okazuje się zatem nie tylko fundamentem współczesnego indywidualizmu, ale też rodzajem „głębokiej struktury” myślenia o tworzeniu ludzkich norm i wartości. Zwróćmy uwagę, jak łatwo na takiej głębokiej strukturze myślenia o wartościach oprzeć nową, pozytywistyczną „sztukę legislacji”, która daje się pojmować właśnie jako demokratyczna kreacja prawa *ex nihilo*. Postromantyczna, subiektywistyczna, indywidualistyczna koncepcja twórczości artystycznej, która stanowi efekt przewrotu w filozofii, wynikającego z subiektywistycznego „przewrotu kopernikańskiego” w epistemologii, doskonale komponuje się przecież z pozytywistyczno-prawniczym woluntaryzmem, a także oświeceniową separacją władzy prawodawczej od innych władz oraz oddzieleniem prawa od innych porządków normatywnych. Nawet jeśli tak radykalna wizja tworzenia prawa, po okropieństwach XX wieku, nie jest przyjmowana przez demokratycznego legislatora (na co mam szczerą nadzieję), jego możliwa swoboda tworzenia zwiększa się niepomniernie w stosunku do ontologicznego, prawno-naturalnego podejścia, zgodnie z którym prawo pozytywne miało być przede wszystkim odzwierciedleniem istniejących uprzednio, naturalnych praw.

Warto też zwrócić uwagę, że w ten nihilistyczny schemat doskonale wpisuje się nominalistyczna wizja nauki i naukowości, której rozwinięciem stał się modernistyczny scjentyzm oświecenia i kontynuującego go pozytywizmu. W proces naukowego postępu wpisany jest także postęp wiedzy, oparty na powiększaniu się ilości informacji potrzebnych do racjonalizacji prawa (czy moralności). Ten nowy paradygmat oddziałuje bowiem na kulturę polityczną i prawną, a co za tym idzie – także na wizję legislacji. Wizja ta nie bazuje już na zdeterminowaniu legislatora przez zewnętrzne, ontyczne wzorce obecne w przestrzeni normatywnej, które mogłyby powstrzymać go przed tworzeniem nowych, niezgodnych z nimi norm i praw. Prawo naturalne staje się częścią odrzuconej przez współczesność metafizyki. Prawo pozytywne ma być od niej wolne, ma się opierać na naukach doświadczalnych i agregowaniu indywidualnych doświadczeń. Nauka prawa ma być zatem budowana na wzór nauk doświadczalnych. Współczesne prawodawstwo w tym dominującym paradygmacie bazuje na takim modernistycznym scjentyzmie i, póki co, trudno sobie wyobrazić, by było inaczej. Scjentyzm ten bowiem prawie całkowicie zastąpił tradycyjną metafizykę prawa naturalnego.

Konkluzje i postulaty

Wzmocnienie dyrektywy zachowawczej i tożsamościowej jako przywrócenie równowagi systemu opartego na jednostronnej swobodzie legislacyjnej kreacji

W teorii polityki już od czasów Platona i Arystotelesa kwestia ustrojowej stabilności systemu politycznego stanowiła jedną z najistotniejszych – bo na ogół zaburzonych – wartości politycznych. Platon chciał ją wspierać przez wprowadzenie państwa idealnego, Arystoteles poszukiwał jej gwarancji w systemie rządów mieszanych – tzw. politei. Kwestia równowagi systemu jest więc głęboko osadzona w aksjologii nie tylko współczesnych organizmów politycznych. We współczesnych państwach demokratycznych jednak kwestia równowagi systemu, która ma swe źródła w sferze polityki, ze względu na istotowe związanie prawa z państwem, przeniosła się w ogromnej części na poziom prawa i jest na tym poziomie znacznie silniej obecna niż w demokracji ateńskiej, nie mówiąc już o politycznych tworcach średniowiecznych. Nabiera ona szczególnego znaczenia za sprawą rozrastania się legislacji i faktu, że prawo jest bardzo dynamicznie tworzone, a nie tylko odkrywane. W istocie kwestia równowagi systemu prawnego nabiera kluczowego znaczenia wraz z naukowym pozytytywizowaniem się współczesnych systemów prawnych. Jest pochodną założenia o społecznej naturze prawa, które jest charakterystyczne dla nowożytności, oświecenia i pozytywizmu oraz współczesnej wizji legislacji. Jeśli bowiem prawo jest z góry dane, jak w systemach prawno-naturalnych, to zasadniczo nie trzeba troszczyć się o tę równowagę, bo jest ona już wpisana w odkrywane przez nas normy i reguły. Jedynie niebezpieczeństwo polega na tym, że możemy je błędnie odczytać i w ten sposób zachwiać równowagę. To zatem przede wszystkim pozytywistyczne tworzenie prawa generuje problem prawnej niestabilności: jeśli tworzymy prawo, to musimy troszczyć się jednocześnie o to, by nie zaprzepaścić wartości, jakimi są jego stałość i pewność.

Założenie równowagi systemu prawnego jest więc pochodną aksjologii politycznej, tak jak kreowane prawo jest pochodną polityki – tak polityki prawa, jak i polityki demokratycznej w ogólności. Zarówno zmienność, jak i stałość (pewność) prawa są elementami koniecznymi, pomiędzy którymi zachowana powinna zostać równowaga. Założenie tworzenia prawa powoduje jednak, że między tymi elementami zawsze występuje napięcie. Nawet

w demokracji ateńskiej, mimo zasadniczo odwoływania się do prawa naturalnego, prawo było częściowo kreowane, w związku z czym również tam problem ten występował¹.

Dlatego szczególnie w demokracjach tak ważna staje się szeroko rozumiana aksjologia tworzenia prawa. Nie wchodząc w rozbudowane rozważania nad problematyką aksjologii, obejmujące m.in. istotne napięcie między kognitywizmem i nonkognitywizmem, które z punktu widzenia rozważań zawartych w mojej pracy jest nieistotne, zakładam, że aksjologia ta wynika z następujących idei, na których opiera się współczesna legislacyjna kreacja:

1. Społeczny indywidualizm zakładający przeważającą wartość jednostki ludzkiej nad wartością ludzkiej zbiorowości pojmowanej nie tylko jako Tönniesowskie *Gesellschaft*, ale również jako pochodna współczesnych romantycznych i historycznych wizji jednostki ludzkiej. W tych wizjach kluczową rolę odgrywa wola, a sama konstruktywistyczna wspólnota spajana tą wolą generuje koncepcję dobra zbiorowości jako pochodnej dobra jednostek. Z tym związane jest dominujące współcześnie w społeczeństwach zachodnich założenie podporządkowania dobra jednostki dobru zbiorowości tylko wówczas, gdy jest to absolutnie konieczne dla utrzymania indywidualistycznie pojmowanego dobra zbiorowości. Poświęcenie dobra jednostki jest zatem z punktu widzenia indywidualizmu wyjątkiem, a nie zasadą. Obejmuje ono takie przypadki, jak przestępstwa, wojny czy stany klęsk, w których obowiązki członków takiej zbiorowości mają powszechny i przymusowy charakter, oraz profesje, w których jednostki godzą się na wykonywanie służby publicznej, takie jak służba wojskowa, służba w organach bezpieczeństwa, służba medyczna, służba cywilna, sędziowie i prokuratorzy itp. W całej pozostałej części dobro jednostki, jej usprawiedliwione interesy i prawa są zasadniczo na pierwszym miejscu, a ich naruszenia mogą być dochodzone również wobec państwa. Rzecz jasna nie żyjemy w świecie idealnym i skuteczność tej ochrony bywa różna.
2. Związana z wyżej wskazanym założeniem wywiedzionym z indywidualizmu koncepcja instrumentalnej roli takich instytucji, jak władza, państwo czy prawo wobec jednostek zrzeszonych w indywidualistycznie pojmowanym społeczeństwie. Wspomniane instytucje traktowane są jako instrumenty gwarantowania temu społeczeństwu bezpieczeństwa, postrzeganego współcześnie jako ochrona przed wewnętrznymi i zewnętrznymi zagrożeniami, bezpieczeństwo socjalne oraz ochrona zasobów narodowych. Ich rolą staje się więc dostarczanie określonych, rzadkich i wyjątkowych usług, których samo społeczeństwo sobie nie dostarczy.

¹ M. Schwartzberg, *Democracy and Legal Change*, Cambridge University Press, Cambridge–New York 2007, s. 71.

3. Konsekwencją indywidualizmu jest także sposób postrzegania władzy prawodawczej jako pochodnej wolnej – racjonalnej i/bądź rozumnej – woli ludzkiej.
4. Z niego wynika także utylitarystyczna koncepcja zakładająca, że maksymalizacja korzyści i działania celowo-racjonalne stanowią ważny i powszechny motyw ludzkiego postępowania oraz że ostatecznie da się jakoś pogodzić maksymalizację korzyści jednostki z maksymalizacją korzyści społecznej, nawet jeśli napotyka to problemy.
5. Wobec tego, że utylitaryzm i ekonomiczna racjonalność samoistnie nie tworzą żadnej bariery ochronnej dla naruszania ludzkiej podmiotowości, tj. nie chronią przed instrumentalizacją, założenie utylitarystyczne limitowane jest przez konstruktywistyczną koncepcję, zakładającą, że prawowita przestrzeń normatywna (głównie publiczna moralność i prawo) pluralistycznego społeczeństwa musi być konstruowana przez pryzmat zgody rozumnego i racjonalnego podmiotu na wchodzące w jej skład zasady i normy, a nie może być dyktowana partykularnymi interesami jednostki bądź grupy.
6. Zarówno utylitaryzm, jak i konstruktywizm zgadzają się co do tego, że ludzkie zdolności poznawcze pozwalają na względnie skuteczne poznanie i kreowanie wzorców normatywnych i odrzucają w tym zakresie epistemiczną wartość tradycji i dogmatów, przenosząc ją zasadniczo do sfery leżącej poza naukowym poznaniem i kreowaniem prawa. Empirystycznie ugruntowany utylitaryzm wprowadza do myślenia o prawie uzasadnianą epistemicznie ideę jego stałego progresu. Zgodnie z tą ideą w miarę gromadzenia historycznego doświadczenia nasza wiedza o prawie staje się coraz bogatsza, co uzasadnia jego stałe uwspółcześnianie i udoskonalanie. W powszechnie akceptowanym naukowym paradygmacie postępowego modernizmu, wzorowanym na naukach przyrodniczych, prawo staje się narzędziem społecznym, modyfikowanym przez pryzmat nowych społecznych potrzeb. Z odwiecznej i trwałej instytucji stabilizującej społeczny porządek przekształca się w instrument odzwierciedlania społecznej zmiany. Determinuje to nową rolę prawodawcy jako kroczącego w awangardzie tej zmiany.
7. Najbardziej wyrazistą syntezą myślenia w kategoriach utylitaryzmu i konstruktywistycznej zgody jest wyobrażenie, że źródłem władzy prawodawczej musi być jakieś pierwotne społeczne porozumienie, społeczna umowa. Wyobrażenia tego porozumienia są rozmaite. Może to być porozumienie historyczne, jak amerykański Mayflower Compact, fundujący Stany Zjednoczone Ameryki. Może też mieć ono charakter czysto hipotetyczny, jak w koncepcji Hobbesa, skłaniającego nas do wyobrażenia sobie powagi egzystencjalnego zagrożenia w sytuacji, w której porozumienie takie nie zostałoby zawarte. Może też być porozumieniem domniemanym,

rozumnym obowiązkiem ustanowienia stanu prawnego, jak u Kanta. Może to być domniemane, rozumne i racjonalne porozumienie zawierane po to, by ustalić sprawiedliwe warunki społecznej kooperacji, jak u Rawlsa. Mogą to być porozumienia mieszczące się na głębszym poziomie społecznej komunikacji, zawierające rozumną zgodę na podporządkowanie wspólnym regułom i normom choćby po to, by móc jakoś uzgodnić rudymentalne warunki wzajemnego rozumienia i komunikacji, jak pokazuje koncepcja działań komunikacyjnych Habermasa. Mogą to być również porozumienia zawierane na poziomie społecznej kooperacji, przetargi dotyczące sfery normatywnej, wymuszane przez ekonomiczną racjonalność, jak u Gauthiera, Skyrmsa czy Buchanana.

8. Koncepcję racjonalnej i rozumnej władzy pochodzącej z porozumienia domyka koncepcja, że władza prawodawcza musi być zasadniczo odseparowana od pozostałych władz. Podział władzy bywa (Locke), choć nie musi (Monteskiusz) być wiązany z kontraktową wizją jej genezy. Ponieważ jednak władza pochodząca z umowy społecznej bywa też postrzegana jako absolutna (np. Hobbes, Rousseau), a absolutyzm władzy jest w społeczeństwach współczesnych synonimem władzy złej, wizja wzajemnego hamowania się władz stanowi niezbędny element współczesnego uzasadnienia władzy prawodawczej.
9. By można było mówić o wyodrębnieniu i zaautonomizowaniu się władzy prawodawczej wobec pozostałych władz, konieczne staje się względnie klarowne wyodrębnienie jej przedmiotu, czyli prawa, z pozostałych porządków normatywnych. Koncepcje podziału władzy wyodrębniające legislację wymagają założenia odrębności prawa. Jednym z istotnych składników współczesnego myślenia o legislacji jest więc również koncepcja, że prawo jest instytucją zasadniczo odmienną od innych porządków normatywnych i od nich niezależną.
10. Do tych oświeceniowych założeń romantyzm dodaje koncepcję państwa narodowego i współczesną indywidualistyczną koncepcję artystycznej autokreacji, pojmowanej jako wyraz twórczej aktywności artysty. Powraca też do Hobbesowskiego w istocie ujęcia tworzenia wzorców normatywnych w normatywnej próżni. Oświecenie i pozytywizm dopełniają ten obraz nową, wzorowaną na naukach ścisłych i przyrodniczych – również nihilistyczną – wizją nauki i naukowości, której podstawowym zadaniem jest naukowy postęp. Na to współczesna demokracja nakłada ideę prawodawczej wyłączności demokratycznego suwerena.

Wszystkie te koncepcje odpowiedzialne są za indywidualistyczną aksjologię, która z kolei odpowiada za ukształtowanie się współczesnego podejścia do legislacji. W wyniku tych skomplikowanych i wielowymiarowych procesów legislacja staje się przede wszystkim kreacją. Zgodnie z tą koncepcją prawowite, legalne prawo jest wyrazem woli suwerena, którym współcześnie najczęściej jest lud lub

naród zorganizowany w państwo bądź też inny, podobny do państwa polityczny byt. Koncepcja ta opiera się na wizji prawodawczej wyłączności demokratycznego suwerena i jego przedstawicieli, założeniu naukowego charakteru prawa i postępu, wyrażającego się w kreowaniu coraz to nowszych praw, doskonalonych za sprawą agregacji ludzkiej wiedzy oraz technicznych umiejętności legislacyjnych, składających się na sztukę legislacji, zbliżającą się coraz bardziej do współczesnej koncepcji twórczości artystycznej. Ideałem staje się „postępowy” system prawny, w którym nawet idea narodowej wspólnoty, wyłaniająca się z modernistycznego w istocie nacjonalizmu jest ideą progresywną, opartą na konstruktywizmie (współczesny naród to przecież wspólnota konstruowana) i utylitaryzmie.

W kreacjonistycznym paradygmacie legislacji głównym zagrożeniem staje się zatem łatwość wprowadzenia zmiany, wynikająca z braku realnych ograniczeń dla woli prawodawcy w tym zakresie. Działalność legislacyjna nakierowana jest zasadniczo na przyszłość, na zaspokojenie potrzeb i preferencji demokratycznego społeczeństwa, co skutkuje możliwością szybkiego podejmowania nawet „rewolucyjnych” decyzji legislacyjnych i wprowadzania daleko idących zmian. Bardzo łatwo zachwiać równowagą takiego systemu. Zachwianie to skutkuje dwoma zjawiskami. Po pierwsze, system oparty na dużej łatwości wdrażania prawnych modyfikacji i zmian jest systemem, w którym – przy stosunkowo dużej intensywności tych zmian – nie da się już mówić o pewności i stabilności prawa. Dobrym przykładem są systemy prawne tych państw postkomunistycznych, które weszły do Unii Europejskiej. Procedury ustawodawcze, z konieczności nastawione na transformację (zwaną często „tranzycją”) prawno-ustrojową i implementowanie przepisów unijnych, wywołują zjawisko inflacji, a nawet hiperinflacji prawa, co przy znacznym nasileniu tego zjawiska podważa nie tylko zaufanie do prawa, ale wywołuje też frustrację i zniechęcenie jego podmiotów, istotnie obniżając nie tylko samą jakość prawa, ale też poziom kapitału społecznego².

Po drugie, znacząca łatwość zmian prawa skutkuje ryzykiem powstania systemu prawnego, w którym prawo jest pozbawione więzi z historycznym doświadczeniem prawnym konkretnej wspólnoty oraz – w konsekwencji – oderwane od

² Zjawisko inflacji prawa w Polsce odzwierciedlają same liczby. Na ten temat patrz np. J. Jasionek, *Produkcja prawa w Polsce – raport inflacji prawa w 2020 r.*, 2021, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/produkcja-prawa-w-polsce-raport-inflacji-prawa-w-2020-r,505769.html> (dostęp: 30.04.2024). W literaturze socjologicznej i ekonomicznej zwraca się jednocześnie uwagę na stosunkowo niski poziom kapitału społecznego w Polsce, który jest szczególnie mocno widoczny w zakresie jednego z kluczowych czynników związanych z tym kapitałem, jakim jest poziom zaufania społecznego. Trudno nie dostrzec oczywistej korelacji pomiędzy niepewnością w zakresie sytuacji prawnej a niskim poziomem zaufania społecznego. Brak pewności prawa to w państwie demokratycznym niezwykle istotny czynnik. Oznacza on brak zaufania do państwa oraz jego instytucji i osłabia zaufanie wzajemne obywateli. Na temat niskiego poziomu kapitału społecznego w Polsce patrz np. N. Jaśkiewicz, P. Rydwańska, *Przestrzenne zróżnicowanie poziomu kapitału społecznego w Polsce*, „Studia Ekonomiczne: Gospodarka, Społeczeństwo, Środowisko” 2020, t. 6, nr 2, s. 79.

głębokich źródeł jej historycznej tożsamości i rozczłonkowane. Znany historyk prawa, Harold J. Berman, w swej pracy pt. *Prawo i rewolucja* twierdzi, że tak postrzegane prawo:

[...] w wieku XX, zarówno w teorii jak w praktyce, traktowane jest w mniejszym stopniu jako spójna całość – *corpus iuris*, a coraz bardziej jako konglomerat, niespójny zbiór sprzecznych ze sobą norm i postanowień, połączonych za pośrednictwem potocznych „technik”³.

Berman uważa w związku z tym, że zachodnia tradycja prawna jest w głębokim kryzysie, który przejawia się w przemianie kultury prawnej i stopniowym upadku wykształconych w świecie zachodnim instytucji prawnych związanych z trwaniem instytucji prawa jako pewnej wyodrębnionej całości.

Zachwianie równowagi pomiędzy homeostazą systemu i jego zmiennością wyraźnie wskazuje na przewagę we współczesnym prawodawstwie paradygmatu myślenia o prawie przede wszystkim w kategoriach postępu i służącej temu postępowi korekty. W ten modernistyczny model powstawania prawa, bazujący przede wszystkim na uniwersalistycznym oświeceniu i jego swoistej, również krytycznej kontynuacji przez romantyków i pozytywistów, nie zostały wpisane żadne „hamulce” dla zmiany. Programowy antydogmatyzm obu kształtujących go już na poziomie teorii poznania – dominujących – filozoficznych nurtów, utylitaryzmu i konstruktywizmu, skutkuje bowiem zasadniczo odrzuceniem tradycji jako źródła wartościowej wiedzy, na rzecz podejścia opartego na założeniach od-podmiotowości poznania i postępu wiedzy. Nawet Locke’owska koncepcja naturalnych uprawnień, która bywa postrzegana jako kontynuacja wizji prawno-naturalnych, ma zupełnie odmienny, konstruktywistyczny charakter. Zakłada bowiem, nie jak tradycyjny nurt prawnonaturalny, instytucjonalny charakter tych uprawnień, wywodzony z długotrwałych społecznych praktyk, lecz ich związenie z samym faktem przynależności do gatunku „człowiek”. Również organizacyjna aksjologia kreacjonizmu, czy to zakładająca rozdzielenie prawa i moralności, czy podział władzy, czy w końcu demokratyczne wyłanianie woli suwerena, zmierza przede wszystkim do tego, by uzasadnić kreowanie nowych praw, lepiej dostosowanych do aktualnych potrzeb i coraz bardziej abstrakcyjnych w sensie oderwania ich od praktyk legislacyjnych konkretnych wspólnot prawnych, przez co zachwianiu ulegają nie tylko – skądinąd również oświeceniowe – wartości, takie jak pewność i stabilność prawa, ale prawo to traci również swą spójność jako prawo tej, a nie innej, konkretnej wspólnoty. Wspólnota ta bowiem postrzegana jest jako wspólnota konstruowana, a państwo narodowe, które ma tę nową wspólnotę kreować, jest oparte na liberalnym i nacjonalistycznym modernizmie. Także nowa koncepcja twórczości artystycznej, która oddziałuje na sferę polityki, a więc również i prawa, zakłada „artystyczną” swobodę współczesnej „sztuki legislacji”.

³ H.J. Berman, *Prawo i rewolucja: kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 52.

Diagnoza Bermiana, a w podobnym duchu wypowiadają się też np. Hayek czy wspólnotowo kontekstualizujący legislację Wintgens oraz współcześni komunitaryści, wyraźnie wskazuje, że dzisiejsza legislacja wymaga głównie wzmocnienia hamulców dla zmiany, czyli wzmocnienia dyrektywy zachowawczej oraz dyrektywy tożsamościowej, które są wciąż istotnymi składnikami myślenia o legislacji. Mówiąc o wzmocnieniu dyrektywy tożsamościowej, od razu pragnę zaznaczyć, że nie chodzi mi o jakiś rodzaj nacjonalistycznego szowinizmu, sprowadzający się do uznania, że prawo jest wyłącznym dziełem określonej wspólnoty i wobec tego powinno być wyłącznie zamkniętą pochodną konkretnego ducha narodu. Chodzi natomiast o ograniczenie tych „prawnych transplantacji” w rozumieniu Watsona, które nie poprawiając, szkodzą. Chodzi też o przeciwdziałanie fragmentaryzacji prawa; o to, by prawo nie było Bermanowskim konglomeratem sprzecznych ze sobą norm, połączonych za pośrednictwem potocznych technik interpretacyjnych i dyrektyw wykładni, jak ma to niewątpliwie miejsce obecnie. Stabilność systemu oznacza bowiem również określoną tożsamość prawa. Obce transplantacje bywają często nawet trudne do przełożenia na zrozumiały język miejscowego prawa, a ich wdrożenie bywa problematyczne dla lokalnych prawników, zwłaszcza że dyrektywy te są głęboko wpisane we współczesną aksjologię tworzenia prawa nie tylko na poziomie teoretyczno-prawnych założeń, ale przede wszystkim na poziomie politycznej aksjologii, kreowanej przez filozofię polityczną od czasów starożytnych. Wzmocnienie równowagi systemu domaga się zatem ograniczenia prawnego kracjonizmu przez dyrektywę zachowawczą i dyrektywę tożsamościową, które można wyinterpretować ze współczesnego komunitarianizmu oraz z konserwatyzmu – stanowisk, które dość silnie zaznaczają swą obecność w politycznym spektrum współczesnego świata Zachodu. Nie twierdzę, że – jak za dotknięciem czarodziejskiej różdżki – legislację da się tymi dyrektywami rzeczywiście wzmocnić. Jednak permanentna fikcyjność fundamentalnych idei leżących u podstaw dzisiejszej wizji praworządności – mam tu na myśli idee separacji prawa od moralności, podziału władzy czy prawodawczej wyłączności demokratycznego suwerena – przekonuje, że żyjemy w świecie rządzonym także przez idee. Jeśli tak, to być może idealizacyjny postulat wzmocnienia dyrektywy zachowawczej i tożsamościowej także stanie się z czasem silniejszym czynnikiem sprawczym.

Na koniec pragnę jeszcze z całą mocą podkreślić, że wiele z istotnych idei i zjawisk, które mają wpływ na współczesne podejście do tworzenia prawa, pominąłem w tej pracy. Takim elementem jest chociażby biurokracja, której w tym kontekście należałoby poświęcić na pewno odrębny rozdział. Założyłem jednak, że Weber czy Hayek i Ludwig von Mises już to uczynili w sposób znacznie doskonalszy, niż ja mógłbym to kiedykolwiek uczynić i że nie mam tu nic do dodania. Oparłem też tę pracę na wielu daleko idących uproszczeniach, za które przepraszam. Jednak w moim przekonaniu zarówno uproszczenia, jak i pewne pominięcia są uzasadnione, ponieważ służą uwyrażnieniu podejścia, które

określiłem mianem prawnego kreacjonizmu, z którym jako praktykujący prawnik na co dzień miałem do czynienia w mojej prawniczej działalności. Wykorzystałem też w tej pracy moje wcześniejsze badania, które już stały się przedmiotem publikacji. Jednak badania nad aksjologią tworzenia prawa, która wyłania się z historii politycznych idei, siłą rzeczy obejmują niezwykle szeroki obszar badawczy, a ja w tym obszarze znajduję się już od wielu lat i nie widzę powodu, by pomijać istotne wnioski, do jakich doszedłem w moich wcześniejszych pracach, dlatego że zostały one już gdzieś ogłoszone.

Bibliografia

- Aksiuto Kamil, *Natural Law against Natural Rights in the Thought of Alasdair MacIntyre*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change*, Routledge, London–New York 2020.
- Albertus Magnus, *S. Th. I m II tr. 19 quo 77, Opera omnia*, red. A. Borgnet, Paris 1890–1899.
- Albrecht Michael, *Kants Maximenethik und ihre Begründung*, „Kant-Studien” 1994, vol. 85.
- Allison Henry E., *Kant’s Transcendental Idealism. An Interpretation and Defense*, Yale University Press, New Haven–London 1983.
- Allison Henry E., *Kants Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.
- Anderson Gary A., Bocksmuehl Markus (red.), *Creation ex nihilo: Origins, Development, Contemporary Challenges*, University of Notre Dame Press, Notre Dame 2018.
- Anderson Perry, *Science, Politics, Enchantment*, [w:] J. Hall, I. Jarvie (red.), *Transition to Modernity: Essays on Power, Wealth and Belief*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.
- Armstrong John, *Nations before Nationalism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1982.
- Austin John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld and Nicolson, London 1954.
- Axelrod Robert, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York 1984.
- Ayer Alfred, *The Principle of Utility*, [w:] G.W. Keeton, G. Schwarzenberger (red.), *Jeremy Bentham and the Law. A Symposium*, Stevens and Sons Limited, London 1948.
- Bankowski Zenon, *Legalism and Legality*, [w:] Z. Bankowski, *Living Lawfully: Love in Law and Law in Love*, „Law and Philosophy Library”, vol. 53, Springer, Dordrecht 2001.
- Bankowski Zenon, MacCormick Neil, *Legality without Legalism*, [w:] W. Krawietz (red.), *The Reasonable as Rational. On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin 2000.
- Bankowski Zenon, Schafer Burkhard, *Double-Click Justice: Legalism in the Computer Age, Legisprudence*, „International Journal for the Study of Legislation” 2007, no. 1.
- Barcz Jan (oprac.), *Wytyczne polityki i techniki prawodawczej. Zapewnienie skuteczności prawa Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym*, Wydawnictwo Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, Warszawa 2009.
- Barry Brian, *Review of Ernest Gellner’s Nations and Nationalism*, „Ethics” 1984, October.

- Bator Andrzej, *Założenie racjonalnego prawodawcy w polskiej debacie teoretyczno-prawnej. Punkt wyjścia i jego krytyka*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. CXX/1.
- Bauman Whitney, *Theology, Creation, and Environmental Ethics: From Creatio Ex Nihilo to Terra Nullius*, Routledge, London 2009.
- Baumgartner Hans-Michael, *Rozum skończony*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1996.
- Beck Lewis White, *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, University of Chicago Press, Chicago 1960.
- Beck Ulrich, *Władza i przeciwwładza w epoce globalnej. Nowa ekonomia polityki światowej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005.
- Beck Ulrich, Grande Edgar, *Europa kosmopolityczna. Społeczeństwo i polityka w drugiej nowoczesności*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2009.
- Becker Gary S., *The Economic Approach to Human Behaviour*, University of Chicago Press, Chicago 1976.
- Beebe-Center John Gilbert, *The Psychology of Pleasures and Unpleasantness*, D. Van Nostrand Company Inc., New York 1932.
- Bentham Jeremy, *A Fragment of Government*, Basil Blackwell, Oxford 1948.
- Bentham Jeremy, *Chrestomathia*, [w:] J. Bentham, *Works*, vol. VIII, William Tait, Edinburgh 1838–1843.
- Bentham Jeremy, *Constitutional Code*, [w:] J. Bentham, *Works*, vol. IX, William Tait, Edinburgh 1838–1843.
- Bentham Jeremy, *Deontology: or, the Science of Morality*, vol. II, John Bowring (red.), Longman, Rees, Orme, Brown, Green & Longman, London 1834.
- Bentham Jeremy, *Limits of Jurisprudence Denied*, Ch. Everett (red.), Columbia University Press, New York 1945.
- Bentham Jeremy, *Of Laws in General*, Athlone Press, London 1970.
- Bentham Jeremy, *Preparatory Principles*, [w:] D.G. Long, Ph. Schofield (red.), *The Collected Works of Jeremy Bentham, 1748–1832 Works*, Clarendon Press, Oxford 2016.
- Bentham Jeremy, *Rationale of Judicial Evidence*, [w:] J. Bentham, *Works*, vol. VI, William Tait, Edinburgh 1838–1843.
- Bentham Jeremy, *Scotch Reform*, [w:] J. Bentham, *Works*, vol. V, William Tait, Edinburgh 1838–1843.
- Bentham Jeremy, *The Handbook of Political Fallacies*, red. H. Larrabeed, John Hopkins Press, Baltimore 1952.
- Bentham Jeremy, *The Rationale of Reward*, [w:] J. Bentham, *Works*, vol. II, William Tait, Edinburgh 1838–1843.
- Bentham Jeremy, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1958.
- Berlin Isaiah, *Korzenie romantyzmu*, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2004.
- Berlin Isaiah, *Pokrzywione drzewo człowieczeństwa*, Wydawnictwo Pruszyński i S-ka, Poznań 2004.
- Berman Harold J., *Prawo i rewolucja: kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1995.

- Biernat Tadeusz, *Standards of Law-Making as the Parts of Normative Space in the Post-modern Democratic States. The Question of Justification and Legitimacy of Law*, [w:] M. Chmieleński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change*, Routledge, London–New York 2020.
- Binmore Ken, *Natural Justice*, Oxford University Press, New York 2005.
- Bittner Rüdiger, *Maximen*, [w:] G. Funke (red.), *Akten des 4. internationalen Kant-Kongress*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York 1974.
- Blake Ralph M., *Why not Hedonism?*, „Ethics” 1926, vol. XXXVII.
- Blumenberg Hans, *Prawowitość epoki nowożytnej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2019.
- Blumenberg Hans, „Sekularyzacja”. *Krytyka pewnej kategorii historycznej nieprawowości*, „Kronos” 2013, nr 2.
- Bodin Jean, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1958.
- Boorstin Daniel J., *The Mysterious Science of the Law*, Beacon Press, Cambridge 1941.
- Boucher David, Kelly Paul (red.), *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, Routledge, London 1994.
- Brampton Charles Kenneth, *Nominalism and the Law of Parsimony*, „The Modern Schoolman” 1964, vol. 41.
- Brandt Richard B., *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej i metaetyki*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996.
- Brown Garrett W., Held David, *The Cosmopolitanism: Reader*, Polity Press, Cambridge 2010.
- Brzeziński Bogumił, *Zasady tworzenia prawa finansowego (próba sformułowania)*, „Państwo i Prawo” 1986, z. 5.
- Buchanan James M., *Explorations into Constitutional Economics*, A&M University Press, Texas 1989.
- Buchanan James M., *Freedom in Constitutional Contract. Perspectives of a Political Economist*, College Station, London 1977.
- Buchanan James M., *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, University of Michigan, Ann Arbor 1991.
- Buchanan James M., *The Gauthier's Enterprise*, „Social Philosophy and Policy” 1988, vol. 5, no. 2, Spring.
- Buchanan James M., *The Limits of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1975.
- Buchanan James M., Tollison Robert D., *The Theory of Public Choice*, University of Michigan, Ann Arbor 1984.
- Buchanan James M., Tullock Gordon, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Liberty Fund, Indianapolis 2004.
- Burckhardt Jakob, *Kultura odrodzenia we Włoszech*, Wydawnictwo Czytelnik, Warszawa 1961.
- Burrus Virginia, *Nothing Is Not One: Revisiting the ex nihilo*, „Modern Theology” 2013, vol. 29(2), s. 33–48.

- Chmieliński Maciej, *Deliberatives Rechtsetzungsverfahren als Gewährleistung der juristischen Autonomie nach Immanuel Kant*, [w:] S. Bacin, A. Ferrarin, C. La Rocca, M. Ruffing (red.), *Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht. Akten des XI Kant-Kongresses 2010 (Kant and Philosophy in a Cosmopolitan Sense)*, Band 3, De Gruyter, Berlin–Boston 2013.
- Chmieliński Maciej, *Economism, Voluntarism, and Materialist Historicism: Three Faces of the Marxist Instrumental Approach to Legal Change*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London–New York 2020.
- Chmieliński Maciej, *Estetyczne fundamenty polityki w koncepcji Wilhelma von Humboldta*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2023, t. 102, <https://doi.org/10.18778/0208-6069.102.02>
- Chmieliński Maciej, *Filozofia polityczna jako narzędzie badania prawa*, „Przegląd Sejmowy” 2022, nr 3(17).
- Chmieliński Maciej, *Legal Change and Political Philosophy*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change*, Routledge, London–New York 2020.
- Chmieliński Maciej, *Legal Determinism or/and Legal Creationism. Conservative-Communitarian versus Contractarian Approaches to Legal Change*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London–New York 2020.
- Chmieliński Maciej, *Max Stirner. Jednostka, społeczeństwo, państwo*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2006.
- Chomsky Noam, *Language and Mind*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Citkowska-Kimla Anna, *Romantyzm polityczny w Niemczech. Reprezentanci, idee, model*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2010.
- Coase Ronald H., *The Firm, The Market and The Law*, University of Chicago Press, Chicago–London 1988.
- Collins Jeffrey R., *The Allegiance of Thomas Hobbes*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Connor Walker, *When Is a Nation?*, [w:] W. Connor, *Ethnonationalism: The Quest For Understanding*, Princeton University Press, Princeton 1994.
- Constant Benjamin, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, [w:] *Collections Complète des Ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle, ou Cours le politique constitutionnelle*, vol. 4, P. Plancher, Paris–Rouen 1820.
- Constant Benjamin, *O wolności starożytnych i nowożytnych*, „Arka” 1992, nr 42 (listopad – grudzień).
- Cooter Robert, *Strategic Constitution*, Princeton University Press, Cambridge 1990.
- Copleston Frederick, *Historia filozofii*, t. VII, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995.
- Courtenay William J., *Nominalism and Late Medieval Religion*, [w:] Ch. Trinkaus, H. Oberman (red.), *The Pursuit of Holiness in Late Medieval and Renaissance Religion*, Brill, Leiden 1974.

- Courtenay William J., *Ockham and Ockhamism: Studies in the Dissemination and Impact of His Thought*, Brill, Leiden 2008.
- Darwall Stephen, Gibbard Alan, Railton Peter, *Toward Fin de Siecle Ethics: Some Trends*, „The Philosophical Review” 1992, vol. 101.
- Dąbek Dorota, *Prawo sędziowskie w polskim prawie administracyjnym*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Descartes René, *Rozprawa o metodzie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1970.
- Descartes René, *Zasady filozofii*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2001.
- Detlaf Tomasz, *Teza o sekularyzacji Karla Löwitha w świetle krytyki Hansa Blumenberga*, „Przegląd Humanistyczny” 2021, t. 65(2).
- Diemer Alwin, *Die Begründung des Wissenschaftscharakters der Wissenschaft im 19 Jahrhundert. Die Wissenschaftstheorie zwischen klassischer und moderner Wissenschaftskonzeption*, [w:] A. Diemer (red.), *Beiträge zur Entwicklung der Wissenschaftstheorie im 19 Jahrhundert, Studien zur Wissenschaftstheorie*, Bd. 1, A. Hain, Messenheim 1968.
- Dilthey Wilhelm, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, [w:] W. Dilthey, *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Verlag von B.G. Teubner, Leipzig–Berlin 1922.
- Dinwiddy John R., *Bentham on Private Ethics and the Principle of Utility*, „Revue Internationale de Philosophie” 1982, no. 141.
- Dorsey Dale, *A Puzzle for Constructivism and How to Solve It*, [w:] J. Lenman, Y. Shemmer (red.), *Constructivism in Practical Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2012, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199609833.001.0001>
- Dostie Proulx Pierre-Luc, *Early Forms of Metaethical Constructivism in John Dewey's Pragmatism*, „Journal for the History of Analytical Philosophy” 2016, vol. 4(9), <https://doi.org/10.15173/jhap.v4i9.2868>
- Drozdowicz Zbigniew, *Formy krytycyzmu w nowożytnej filozofii – Kartezjusz, Hume, Kant*, „Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria” 2018, R. 27, nr 1(105).
- Dryzek John, *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, New York 2000.
- Duncker Karl, *Pleasure, Emotion and Striving*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1940, vol. I.
- Dunleavy Patrick, O’Leary Brendan, *Theories of The State. The Politics of Liberal Democracy*, Palgrave, Houndmills–Basingstoke–London 1987.
- Duns Scotus John, *Opera omnia*, K. Balic (red.), Typis Polyglottis Vaticanis, Rome 1950.
- Dworkin Ronald, *The Original Position*, [w:] N. Daniels (red.), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' Theory of Justice*, Stanford University Press, Stanford 1989.
- Elgin Catherine Z., *Between the Absolute and the Arbitrary*, Cornell University Press, Ithaca 1997.
- Epiktet, *Wybrane diatryby i Encheiridion*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2023.
- Fatoorchi Pirooz, *Four Conceptions of creatio ex nihilo and the Compatibility Questions*, [w:] D.B. Burrell, C. Cogliati, J.M. Soskice, W.R. Stoeger (red.), *Creation and the God of Abraham*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

- Feuerbach Ludwig, *O istocie chrześcijaństwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959.
- Feuerbach Ludwig, *Wykłady o istocie religii*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1953.
- Forster Paul, *Peirce and the Threat of Nominalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Foucault Michel, *The History of Sexuality. Vol. I: An Introduction*, Pantheon, New York 1978.
- Fudenberg Drew, Tirole Jean, *Game Theory*, MIT Press, Cambridge 1991.
- Fukuyama Francis, *Koniec historii*, Wydawnictwo Znak, Poznań 1996.
- Gauthier David, *David Hume, Contractarian*, [w:] D. Gauthier, *Moral Dealing: Contract, Ethics, and Reason*, Cornell University Press, Ithaca–London 1990.
- Gauthier David, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford 1986.
- Geismann Georg, *Kant über die Freiheit in spekulativer und in praktischer Hinsicht*, „Kant-Studien” 2007, vol. 98.
- Gellner Ernst, *Narody i nacjonalizm*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2009.
- Gibbard Alan, *Wise Choices, Apt Feelings*, Harvard University Press, Cambridge 1990.
- Gillespie Michael Allen, *Nihilism Before Nietzsche*, University of Chicago Press, Chicago–London 1995.
- Gillespie Michael Allen, *The Theological Origins of Modernity*, University of Chicago Press, Chicago–London 2008.
- Gintis Herbert, *Game Theory Evolving*, Princeton University Press, Princeton 2000.
- Gizbert-Studnicki Tomasz, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 3791, t. CX.
- Goldmann Lucien, *Mensch, Gemeinschaft und Welt in der Philosophie Immanuel Kants*, Europa Verlag, Zürich 1945.
- Gough John Wiedhoff, *The Social Contract: A Critical Study of its Development*, Clarendon Press, Oxford 1957.
- Gray John, *False Dawn: The Delusion of Global Capitalism*, Granta, London 1998.
- Gray John, *Ślad Oświecenia*, [w:] J. Gray, *Po liberalizmie*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2001.
- Greenawalt Kent, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, New York–Oxford 1992.
- Greenfield Liah, *Nationalism: Five Roads to Modernity*, Harvard University Press, Cambridge 1993.
- Greider William, *One World. Ready or Not*, Simon & Schuster, New York 1997.
- Griffiths John, *What Is Legal Pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism” 1986, vol. 1, no. 3.
- Gunkel Andreas, *Spontaneität und moralische Autonomie. Kants Philosophie der Freiheit*, P. Haupt, Bern–Stuttgart 1989.
- Habermas Jürgen, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005.
- Habermas Jürgen, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. I, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999.

- Habermas Jürgen, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. II, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002.
- Habermas Jürgen, *Three Normative Models of Democracy*, [w:] S. Benhabib (red.), *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton 1996.
- Halperin David M., *One Hundred Years of Homosexuality: And Other Essays on Greek Love*, Routledge, New York 1990.
- Hansen Frank-Peter, *Das älteste Systemprogramm des deutschen Idealismus. Rezeptionsgeschichte und Interpretation*, De Gruyter, Berlin–New York 1989.
- Hardin Russel, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford University Press, New York 1999.
- Hare Richard Mervyn, *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford 1952, <https://doi.org/10.1093/0198810776.001.0001>
- Harsanyi John C., *Rule Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior*, „Theory and Decision” 1980, vol. 12.
- Haslanger Sally, *Ontology and Social Construction*, „Philosophical Topics” 1995, vol. 23.
- Haslanger Sally, *Resisting Reality: Social Construction and Social Critique*, Oxford University Press, New York 2012.
- Hayek Friedrich A., *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*, Wydawnictwo Aletheia, Kraków 1998.
- Hayek Friedrich A., *Prawo, legislacja i wolność*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2020.
- Hayes Nicky, *Psychology in Perspective*, Red Globe Press, London 1995.
- Hegel Georg Wilhelm Friedrich, *Elementy filozofii prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1979.
- Hegel Georg Wilhelm Friedrich, *Encyklopedia nauk filozoficznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2014.
- Hegel Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenologia ducha*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2002
- Hegel Georg Wilhelm Friedrich, *Wykłady o estetyce*, t. 1, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964.
- Heidegger Martin, *Vom Wesen der Menschlichen Freiheit*, [w:] V. Klostermann (red.), *Gesamtausgabe*, vol. 31, Klostermann, Frankfurt am Main 1982.
- Helvétius Claude-Adrien, *O umyśle*, t. 1, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959.
- Hercen Aleksander, *Eseje filozoficzne. Z tamtego brzegu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1965.
- Herman Barbara, *Morality as Rationality. A Study of Kant's Ethics*, Garland Publishing, New York–London 1990.
- Hill Jr. Thomas E., *Hypothetical Consent in Kantian Constructivism*, „Social Philosophy and Policy” 2001, vol. 18(2).
- Hill Jr. Thomas E., *Kantian Constructivism in Ethics*, „Ethics” 1989, vol. 99(4), <https://doi.org/10.1086/293120>

- Hill Thomas E., *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, Cornell University Press, Ithaca–London 1992.
- Hobbes Thomas, *Elementy filozofii*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1956.
- Hobbes Thomas, *Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2005,
- Hobbes Thomas, *Lewiatan*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1954.
- Hoffman-Fox Dara LPC, *You and Your Gender Identity. A Guide to Discovery*, DHF Press, Colorado Springs 2016.
- Holbach Paul-Henri, *La Morale Devoirs de l'homme fondés sur la nature*, [w:] B. Baczek (red.), *Filozofia francuskiego Oświecenia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1961.
- Holbach Paul-Henri, *System przyrody*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957.
- Höffe Ottfried, *Der Kategorische Rechtsimperativ*, [w:] O. Höffe (red.), *Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Akademie Verlag, Berlin 1999.
- Höffe Ottfried, *Immanuel Kant*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995.
- Höffe Ottfried, *Immanuel Kant*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003.
- Höffe Ottfried, *Kants kategorischer Imperativ als Kriterium des Sittlichen*, „Zeitschrift für philosophische Forschung” 1971, vol. 31.
- Höffe Ottfried, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990.
- Hughes John, *Creatio ex nihilo and the Divine Ideas in Aquinas: How fair is Bulgakov's critique?*, „Modern Theology” 2013, vol. 29(2).
- Humboldt Wilhelm von, *Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates*, Verlag Hans Carl, Nürnberg 1946.
- Hume David, *Traktat o naturze ludzkiej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1963.
- Hume David, *Traktat o naturze ludzkiej*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2005.
- Hussain Nadeem J.Z., *A Problem for Ambitious Metanormative Constructivism*, [w:] J. Lenman, Y. Shemmer (red.), *Constructivism in Practical Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2012, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199609833.001.0001>
- Iorio Francesco di, *Nominalism, Supervenience and Methodological Individualism*, 2020, http://www.rivistapolitica.eu/wp-content/uploads/Politica_Pagine_Nuove_2020_Estratto_Di_Iorio-2.pdf (dostęp: 30.08.2024).
- Jacyno Małgorzata, *Kultura indywidualizmu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.
- Jasioneck Jacek, *Produkcja prawa w Polsce – raport inflacji prawa w 2020 r.*, 2021, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/produkcja-prawa-w-polsce-raport-inflacji-prawa-w-2020-r,505769.html> (dostęp: 30.04.2024).
- Jaśkiewicz Natalia, Rydwańska Paulina, *Przestrzenne zróżnicowanie poziomu kapitału społecznego w Polsce*, „Studia Ekonomiczne: Gospodarka, Społeczeństwo, Środowisko” 2020, nr 2(6).
- Johncock Will, *Stoic Philosophy and Stoic Social Theory*, Palgrave MacMillan, Cham 2020.

- Kambartel Friedrich, *Bemerkungen zum praktischen Selbstverständnis des Menschen in Kantischer Perspektive*, [w:] G. Prauss (red.), *Handlungstheorie und Transzendentaltheorie*, Klostermann, Frankfurt am Main 1986.
- Kant Immanuel, *Idea powszechnej historii w aspekcie kosmopolitycznym*, [w:] I. Kant, *Rozprawy z filozofii historii*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2005.
- Kant Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, [w:] I. Kant, *Immanuel Kant Gesammelte Schriften*, A. De Gruyter, Berlin 1968.
- Kant Immanuel, *Krytyka czystego rozumu*, t. I i II, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957.
- Kant Immanuel, *Krytyka czystego rozumu*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2001.
- Kant Immanuel, *Krytyka praktycznego rozumu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972.
- Kant Immanuel, *Krytyka władzy sądzenia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964.
- Kant Immanuel, *Metafizyka moralności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005.
- Kant Immanuel, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale Nic nie jest warte w praktyce; Do wiecznego pokoju*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995.
- Kant Immanuel, *Odpowiedź na pytanie: czym jest Oświecenie?*, [w:] I. Kant, *Dzieła zebrane*, t. VI, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2012.
- Kant Immanuel, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1953.
- Kantor-Kozdrowicki Piotr, *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, t. 7, nr 1.
- Karos Dominik, Muto Nozomu, Rachmilewicz Shiran, *A Generalization of the Egalitarian and the Kalai-Smorodinsky Bargaining Solution*, „International Journal of Game Theory” 2018, vol. 47.
- Keele Rondo, *Ockham Explained. From Razor to Rebellion*, Open Court, Chicago 2010.
- Kellas James, *Review of Nations and Nationalism*, „International Affairs” 1984, vol. 60, issue 1, January.
- Kelsen Hans, *Czysta teoria prawa*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2014.
- Kersting Wolfgang, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1994.
- Kersting Wolfgang, *Kategorische Rechtsprinzipien: ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990.
- Kersting Wolfgang, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin–New York 1984.
- Kędziora Krzysztof, *John Rawls: uzasadnienie, sprawiedliwość i rozum publiczny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2019.
- Kleszcz Ryszard, *Racjonalność a rozumność w kontekście myśli Johna Rawlsa*, „Przegląd Filozoficzny” 2021, R. 30, nr 4(120).
- Klimowicz Ewa, *Utylitaryzm w etyce. Współczesne kontrowersje wokół etyki Johna Stuarta Milla*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1974.

- Kloc-Konkołowicz Jakub, *Rozum praktyczny w filozofii Kanta i Fichtego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2007.
- Kmita Jerzy, *Etyczny aspekt koncepcji racjonalnego prawodawcy*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 1990.
- Kojève Alexandre, *Kant*, Gallimard, Paris 1973.
- Korsgaard Christine, *Kant's Analysis of Obligation: The Argument of Foundations I*, „Monist” 1989, vol. 73.
- Korsgaard Christine M., *Morality of Freedom*, [w:] Y. Yovel (red.), *Kant's Practical Philosophy Reconsidered*, Springer, Dordrecht 1989.
- Kosikowski Cezary, *Wybrane zagadnienia tworzenia prawa finansowego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1995.
- Koszowski Maciej, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzecznictw*, Warszawska Firma Wydawnicza, Warszawa 2009.
- Kozak Artur, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997.
- Kramer Matthew, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Kramer Matthew, *The Concept of Law and Political Philosophy*, „Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge” 2014, no. 41.
- Kramer Matthew, *The Quality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Kraus Jody S., Coleman Jules L., *Morality and the Theory of Rational Choice*, [w:] P. Valentyn (red.), *Contractarianism and Rational Choice: Essays on David Gauthier's Morals by Agreement*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Kropotkin Piotr, *Etyka. Pochodzenie i rozwój moralności*, Spółdzielnia Wydawnicza „Słowo”, Łódź 1949.
- Kuhn Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago 1962/1970.
- Kymlicka Will, *Współczesna filozofia polityczna*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2009.
- Laitinen Arto, *Hegelian Constructivism in Ethical Theory?*, [w:] I. Testa, L. Ruggiu (red.), *„I that is We and We that is I”. Perspectives on Contemporary Hegel: Social Ontology, Recognition, Naturalism, and the Critique of Kantian Constructivism*, Brill, Leiden 2016.
- Lalak Danuta, *Migracja, uchodźstwo, wielokulturowość*, Wydawnictwo Żak, Warszawa 2007.
- Lang Wiesław, Morawski Lech, Gawrysiak Tadeusz, *Interpretacja prawnicza jako szczególny rodzaj interpretacji humanistycznej*, „Studia Filozoficzne” 1975, nr 12(121).
- Largeault Jean, *Enquête sur le nominalisme*, Beatrice-Nauwelaerts, Paris–Louvain 1971.
- Leiter Brian, *Introduction*, [w:] B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Leiter Brian (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

- Lesnoff Michael H., *Social Contract*, Macmillan, London 1986.
- Leszczyński Jerzy, *Relacja prawa i moralności z prawnego punktu widzenia. Moralność partykularna a moralność kooperatywna*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 4.
- Lewis David, *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.
- Locke John, *Dwa traktaty o rządzie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992.
- Locke John, *Rozważania dotyczące rozumu ludzkiego*, t. I–II, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1955.
- Lovejoy Arthur O., *Wielki łańcuch bytu*, Wydawnictwo Słowo/obraz terytoria, Warszawa 1999.
- Löwith Karl, *Historia powszechna i dzieje zbawienia. Teologiczne przesłanki filozofii dziejów*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2002.
- Lucaci Florea, *An Analytical Perspective on the Creatio ex nihilo Concept*, „Journal for the Study of Religions and Ideologies” 2002, vol. 1(2).
- Luce Robert D., Raiffa Howard, *Games and Decisions*, Wiley, New York 1957.
- Lytard Jean-François, *Kondycja ponowoczesna: raport o stanie wiedzy*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1997.
- Łempicki Zygmunt, *Renesans, oświecenie, romantyzm i inne studia z historii literatury*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966.
- Łuków Paweł, *Wolność i autorytet rozumu*, Wydział Filozofii i Socjologii Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1997.
- MacGilvray Eric, *Reconstructing Public Reason*, Harvard University Press, Cambridge–London 2004.
- Machiavelli Niccolo, *Księżę. Rozważania nad pierwszym dziesięcioksięgiem historii Rzymu Liwiusza*, Wydawnictwo PIW, Warszawa 1984.
- Machiavelli Niccolo, *Rozważania nad pierwszym dziesięcioksięgiem historii Rzymu Liwiusza*, [w:] N. Machiavelli, *Wybór pism*, Wydawnictwo PIW, Warszawa 1972.
- MacIntyre Alasdair, *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996.
- MacIntyre Alasdair, *Krótką historia etyki*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000.
- Malawski Marcin, Wieczorek Andrzej, Sosnowska Honorata, *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004.
- Mandeville Bernard de, *Bajka o pszczołach, czyli publiczne korzyści prywatnych wad*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957.
- Mann Michael, *Emergence of Modern European Nationalism*, [w:] J. Hall, I. Jarvie (red.), *Transition to Modernity: Essays on Power, Wealth and Belief*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.
- Marquard Odo, *Odciążenie od absolutu*, „Teksty Drugie” 2013, nr 5.
- Marquez Xavier, *An Epistemic Argument for Conservatism*, „Res Publica” 2016, vol. 22, <https://doi.org/10.1007/s11158-015-9296-8>

- Maurer Armand A., *Method in Ockham's Nominalism*, „The Monist” 1978, vol. 61.
- Maurer Armand A., *Ockham's Razor and Chatton's Anti-Razor*, „Mediaeval Studies” 1984, vol. 46.
- McGrade Arthur Stephen, *The Political Thought of William of Ockham. Personal and Institutional Principles*, Cambridge University Press, Cambridge 1974.
- Menze Clemens, *Grundzüge der Bildungsphilosophie Wilhelm von Humboldts*, [w:] H. Steffen (red.), *Bildung und Gesellschaft. Zum Bildungsbegriff von Humboldt bis zur Gegenwart*, Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen 1972.
- Miklaszewska Justyna, *Libertariańskie koncepcje wolności i własności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1996.
- Mill John Stuart, *J. Bentham*, [w:] J.S. Mill, *Utilitarianism, On Liberty, Essay on Bentham*, Collins Sons & Co., London 1962.
- Mill John Stuart, *Utilitarianism, On Liberty, Essay on Bentham*, Collins Sons & Co., London 1962.
- Mill John Stuart, *Utylitaryzm, O wolności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959.
- Millett Kate, *Sexual Politics*, Granada Publishing Ltd., London 1971.
- Milo Ronald, *Contractarian Constructivism*, „Journal of Philosophy” 1995, vol. 92(4), <https://doi.org/10.2307/2940922>
- Misak Cheryl J., *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation*, Routledge, London 2000.
- Monteskiusz Karol, *O duchu praw*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957.
- Morawski Lech, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1988.
- Morawski Lech, *Koncepcja „prawodawcy doskonałego” i jej zastosowanie w prawoznawstwie. Próba krytycznej analizy książki Leszka Nowaka „Interpretacja prawnicza”*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 1–2.
- Morawski Lech, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 11(657).
- Morrow James D., *Game Theory for Political Scientists*, Princeton University Press, Princeton 1994.
- Mouffe Chantal, *Polityczność*, Wydawnictwo Krytyka Polityczna, Warszawa 2008.
- Müller Adam, *Die Elemente der Staatskunst, mit einem noch unveröffentlichten Bildnis des Verfassers nach Gerhardt von Kugelgen*, Verlag von Gustav Fischer, Jena 1922.
- Nagel Thomas, *Widok znikąd*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1997.
- Narveson Jan, *The Libertarian Idea*, Temple University Press, Philadelphia 1988.
- Neumann John von, Morgenstern Oskar von, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, Princeton 1944.
- Nietzsche Fryderyk, *Poza dobrem i złem. Preludium do filozofii przyszłości*, Wydawnictwo A, Kraków 2001.
- Nietzsche Fryderyk, *Poza dobrem i złem*, Wydawnictwo Vis-à-vis/Etiuda, Kraków 2001.
- Nietzsche Fryderyk, *Tako rzecze Zaratustra*, Wydawnictwo Ignis, Toruń–Warszawa–Siedlce 1922.

- Nietzsche Fryderyk, *Zapiski o nihilizmie (z lat 1885–1889)*, [w:] G. Sowinski (red.), *Wokół nihilizmu*, Wydawnictwo A, Kraków 2001.
- Nietzsche Fryderyk, *Zmierzch bożyszcz czyli Jak filozofuje się młotem*, J. Mortkowicz, W.L. Anczyc, Warszawa–Kraków 1905–1906.
- North Douglas, *Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance*, ICS Press, San Francisco 1992.
- Nowak-Juchacz Ewa, *Autonomia jako zasada etyczności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2002.
- Nowak Leszek, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973.
- Nozick Robert, *Anarchia, państwo, utopia*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1999.
- O'Brien Richard, *Global Financial Integration: The End of Geography*, Council of Foreign Relations Press, New York 1992.
- O'Neil Onora, *Acting on Principle. An Essay on Kantian Ethics*, Columbia University Press, New York–London 1975.
- O'Neill Onora, *Constructing Authorities: Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- O'Neil Onora, *Constructions of Reason*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- O'Neil Onora, *Constructions of Reason: Explorations of Kant's Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.
- O'Neil Onora, *Constructivisms in Ethics, Presidential Address*, „Proceedings of the Aristotelian Society” 1989, vol. 89(1).
- O'Neil Onora, *Kant after Virtue*, „Inquiry” 1983, no. 26.
- O'Neill Onora, *Vindicating Reason*, [w:] P. Guyer (red.), *The Cambridge Companion to Kant*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.
- Ohmae Kenichi, *The End of the Nation State: The Rise of Regional Economics*, Harper-Collins, London 1996.
- Oniszczyk Jerzy, *Prawo i jego tworzenie. Wybrane zagadnienia*, Wydawnictwo WSHiP, Warszawa 1999.
- Oniszczyk Jerzy, *Tworzenie aktów normatywnych jako instrument polityki publicznej. Technika budowy tekstu*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 3(3).
- Ordeshook Peter C., *Game Theory and Political Theory. An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.
- Ostermann Reiner, *Die Freiheit des Individuums. Eine Rekonstruktion der Gesellschaftstheorie Wilhelm von Humboldts*, Campus-Verlag, Frankfurt am Main–New York 1993.
- Ostrom Elinor, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.
- Panaccio Claude, *Ockham's Nominalism. A Philosophical Introduction*, Oxford University Press, New York 2023.
- Pareto Vilfredo, *Wykłady z ekonomii politycznej*, [w:] V. Pareto, *Uczucia i działania. Fragmenty socjologiczne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.

- Paton Herbert J., *The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy*, University of Chicago Press, Chicago 1948.
- Paulson Stanley L., *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1992, vol. 12, no. 3(Autumn).
- Peirce Charles Sanders, *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce, Electronic Edition*, Volume I: *Principles of Philosophy*, Book 1: *General Historical Orientation*, Chapter 1: *Lessons from the History of Philosophy*, § 1: *Nominalism*, <https://colory-semiotica.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/08/peirce-collectedpapers.pdf> (dostęp: 20.01.2024).
- Penelhum Terrence, *The Logic of Pleasure*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1957, vol. XVII.
- Peretiatkowicz Antoni, *Idea umowy społecznej w rozwoju historycznym*, Niemierkiewicz–Wende, Poznań–Warszawa 1920.
- Pettit Philip, *Embracing Objectivity in Ethics*, [w:] B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Pichlak Maciej, *Obiektywność w prawie – podejście instytucjonalne jako alternatywa dla dominujących stanowisk teoretycznych*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 4.
- Picker Eduard, *Godność człowieka a życie ludzkie*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2007.
- Plamenatz John, *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford 1949.
- Platon, *Państwo*. Prawa, tłum., wstęp i komentarz Władysław Witwicki, Wydawnictwo Antyk, Kęty 1997.
- Politycznej filozofii historia*, [w:] T. Honderich (red.), *Encyklopedia filozofii*, t. 2, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 1999.
- Porębski Czesław, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Wydawnictwo Znak, Kraków 1999.
- Posner Richard, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, New York 1992.
- Posner Richard, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge–London 1981.
- Postema Gerald J., *Objectivity Fit for Law*, [w:] B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Rashdall Hastings, *Theory of Good and Evil*, Clarendon Press, Oxford 1924.
- Rau Zbigniew, *Wstęp*, [w:] J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992.
- Rau Zbigniew, Chmieleński Maciej (red.), *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010.
- Rau Zbigniew, Staszyńska Katarzyna M., Chmieleński Maciej, Zagórski Krzysztof, *Doktryna Polaków. Klasyczna filozofia polityczna w dyskursie potocznym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Wydawnictwo Scholar, Łódź–Warszawa 2018.
- Rawls John, *Justice as Fairness. A Restatement*, [w:] J. Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2001.
- Rawls John, *Liberalizm polityczny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Rawls John, *Teoria sprawiedliwości*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.

- Richardson Henry S., *Revising Moral Norms: Pragmatism and the Problem of Perspicuous Description*, [w:] C. Bagnoli (red.), *Constructivism in Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Richardson Henry S., *Truth and Ends in Dewey's Pragmatism*, „Canadian Journal of Philosophy” 1998, vol. 28(supp. 1).
- Riedel Manfred, *Urteilkraft und Vernunft. Kants ursprüngliche Fragestellung*, Ullstein Buch, Frankfurt am Main 1989.
- Rosenblum Nancy L., *Bentham's Theory of Modern State*, Harvard University Press, Cambridge 1978.
- Rousseau Jean-Jacques, *Umowa społeczna*, [w:] J.-J. Rousseau, *Umowa społeczna oraz Uwagi o rządzie polskim*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966.
- Rupniewski Michał, *Human Dignity and the Law*, Routledge, London 2022.
- Rupniewski Michał, *Prawo jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji w społeczeństwie demokratycznym. Filozofia polityczna Johna Rawlsa z perspektywy prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015.
- Russell Bertrand, *Dzieje filozofii Zachodu*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2000.
- Sandel Michael, *Liberalism and The Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982.
- Scanlon Thomas M., *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge 1998.
- Schmitt Carl, *Pojęcie polityczności*, [w:] C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2000.
- Schmitt Carl, *Teologia polityczna. Cztery rozdziały poświęcone nauce o suwerenności*, [w:] C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2012.
- Schnädelbach Herbert, *Rozum i historia*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2001.
- Schofield Malcolm, *Stoic Ethics*, [w:] B. Inwood (red.), *The Cambridge Companion to the Stoics*, Cambridge University Press, Cambridge–New York 2003.
- Schuyler Robert L. (red.), *J. Tucker: A Selection from His Economic and Political Writings*, Columbia University Press, New York 1931.
- Schwandt Thomas A., *Constructivist, Interpretivist Approaches to Human Inquiry*, [w:] N.K. Denzin, Y.S. Lincoln (red.), *The Landscape of Qualitative Research: Theories and Issues*, Sage Publications, Thousand Oaks–London–New Delhi 1998.
- Schwartzberg Melissa, *Democracy and Legal Change*, Cambridge University Press, Cambridge–New York 2007.
- Schweers Cook Karen, Levi Margaret (red.), *The Limits of Rationality*, University of Chicago Press, Chicago–London 2009.
- Schwemmer Oswald, *Die praktische Ohnmacht der reinen Vernunft. Bemerkungen zum kategorischen Imperativ Kants*, „Neue Hefte der Philosophie”, H. 22: *Kants Ethik Heute*, Göttingen 1983.
- Searle John, *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York 1995.
- Shafer-Landau Russ, *Moral Realism: A Defense*, Oxford University Press, Oxford 2003.

- Shklar Judith N., *Legalism. Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge 1986.
- Siemek Marek, *Idea transcendentalizmu u Fichtego i Kanta*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977.
- Siemek Marek J., *Racjonalizm i naturalizm w filozofii niemieckiego oświecenia*, [w:] T. Namowicz, K. Sauerland, M.J. Siemek (wybór i wstęp), *Filozofia niemieckiego oświecenia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973.
- Simmel Georg, *Grundfragen der Soziologie (Individuum und Gesellschaft)*, G.J. Götschen, Berlin–Leipzig 1917.
- Singer Peter, *Etyka praktyczna*, Wydawnictwo Książka i Widza, Warszawa 2007.
- Singer Peter, *Introduction*, [w:] P. Singer, *Ethics in the Real World. 90 Essays on Things That Matter*, The Publishing Melbourne, Melbourne 2023.
- Singer Peter, Lazari-Radek Katarzyna de, *The Point of View of the Universe: Sidgwick and Contemporary Ethics*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Singer Peter, Lazari-Radek Katarzyna de, *Utilitarianism. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Skyrms Brian, *Evolution of the Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge 1998.
- Smith Adam, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1954.
- Smith Adam, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995.
- Smith Adam, *Teoria uczuć moralnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1989.
- Smith Anthony, *Book Review: Ernest Gellner, Nations and Nationalism*, „Millennium” 1983, vol. 12, issue 3.
- Smith Anthony D., *Nacjonalizm*, Wydawnictwo Sic!, Warszawa 2007.
- Smith Anthony D., *The Ethnic Origins of Nations*, Basil Blackwell, Oxford 1986.
- Soskice Janet Martin, *Creation and the Glory of Creatures*, „Modern Theology” 2013, vol. 29(2).
- Spaak Torben, *Kelsen and Hart on the Normativity of Law*, [w:] P. Wahlgren, M. Zamboni (red.), *Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honour of Jes Bjarup*, Institute for Scandinavian Law, Stockholm 2005.
- Spencer Philip, Wollman Howard, *Nationalism. A Critical Introduction*, Sage, London 2002.
- Spencer Philip, Wollman Howard (red.), *Nations and Nationalism: A Reader*, Rutgers University Press, Edinburgh 2005.
- Stavropoulos Nicos, *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford 1996.
- Stelmach Jerzy, Brożek Bartosz, Załuski Wojciech, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Stirner Max, *Jedyny i jego własność*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012.
- Straffin Philip D., *Teoria gier*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2001.

- Street Sharon, *What is Constructivism in Ethics and Metaethics?*, „Philosophy Compass” 2010, vol. 5(5).
- Sulzer Johann Georg, *Psychologische Betrachtungen über den sittlichen Menschen*, [w:] *Sulzers Vermischte philosophische Schriften*, vol. I, Weidmanns Erben und Reich, Leipzig 1800.
- Sunstein Cass, *Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Svavarsdóttir Sigrún, *Objective Values: Does Metaethics Rest on a Mistake?*, [w:] B. Leiter (red.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Szczepański Jakub, „Aspoleczna towarzyskość”, czyli Kanta przyczynek do rozważań o naturze ludzkiej, [w:] J. Miklaszewska, P. Spryszak (red.), *Natura ludzka w filozofii nowożytnej i współczesnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2010.
- Talmon Jakob Leib, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Mercury Books, London 1919.
- Tamanaha Brian Z., *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford University Press, Oxford 2021.
- Tamanaha Brian Z., *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review” 2008, vol. 30.
- Taylor Charles, *Etyka autentyczności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Kraków 2002.
- Taylor Charles, *Etyka autentyczności*, Wydawnictwo Zak, Kraków 1996.
- Taylor Charles, *Źródła podmiotowości. Narodziny tożsamości nowoczesnej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2001.
- Taylor Paul C., *Race: A Philosophical Introduction*, Polity Press, Malden 2013.
- Tetens Johann Nicolaus, *Philosophische Versuche über die menschliche Natur und ihre Entwicklung*, Reuter & Reichard, Leipzig 1777.
- Tobor Zygmunt, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Tocqueville Alexis de, *O demokracji w Ameryce*, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2005.
- Toplišek Alen, *Liberal Democracy in Crisis. Rethinking Resistance under Neoliberal Governmentality*, Palgrave Macmillan, Cham 2019.
- Troeltsch Ernst, *The Ideas of Natural Law and Humanity in World Politics*, [w:] O. Gierke (red.), *Natural Law and Theory of Society, 1500–1800*, Beacon Press, Boston 1957.
- Tryzna Jan, *Is the Principle of Legal Certainty a Human Right? The Legitimacy of the Retroactive Application of Laws*, [w:] M. Chmieliński, M. Rupniewski (red.), *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London–New York 2020.
- Tulejski Tomasz, *Behemot przeciwko lewiatanowi – Thomas Hobbes o naturze rebelii*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2019, nr 1(64).
- Tulejski Tomasz, *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremy Benthama*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004.

- Tusseau Guillaume, *Between Constructivism and Immanentism. Bentham's Unsettled Conception of Constitutional Law*, [w:] Ph. Schofield, X. Zhai (red.), *Bentham on Democracy, Courts, and Codification*, Cambridge University Press, Cambridge 2022.
- Vallentyne Peter, *Contractarianism and the Assumption of Mutual Unconcern*, [w:] P. Vallentyne (red.), *Contractarianism and Rational Choice: Essays on David Gauthier's Morals by Agreement*, Cambridge University Press, New York 2001.
- Valls Andrew, *Self-Development and the Liberal State. The Cases of John Stuart Mill and Wilhelm von Humboldt*, „The Review of Politics” 1999, vol. 61, issue 2, Spring.
- Vattimo Gianni, *Koniec nowoczesności*, Wydawnictwo Universitas, Kraków 2006.
- Vermeule Adrian, *Law and the Limits of Reason*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Voltaire, *Wybór dzieł filozoficznych*, Biblioteka Kwartalnika Kronos, Warszawa 2022.
- Waldron Jeremy, *The Law*, Routledge, New York 1990.
- Watson Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Athens–London 1974.
- Watson Hugh Seton, *Nations and States: An Inquiry into the Origins of Nations and the Politics of Nationalism*, Methuen, London 1977.
- Weaver Richard, *Idee mają konsekwencje*, Wydawnictwo Prohibita, Warszawa 2010.
- Weber Max, *Etyka protestancka a duch kapitalizmu*, Wydawnictwo Test, Lublin 1994.
- Weinrib Ernest J., *Law as a Kantian Idea of Reason*, [w:] B.S. Byrd, J. Hruschka (red.), *Kant and Law*, Routledge, London–New York 2006.
- West Robin, *Normative Jurisprudence. An Introduction*, Cambridge University Press, New York.
- Williams Bernard, *Descartes: The Project of Pure Enquiry*, Penguin Books, New York 1978.
- Williams Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Fontana Press, London 1985.
- Williams Terrence C., *The Concept of the Categorical Imperative. The Study of the Place of Categorical Imperative in Kant's Ethical Theory*, Clarendon Press, Oxford 1968.
- Wintgens Luc J., *Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence*, [w:] L.J. Wintgens (red.), *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2002.
- Wintgens Luc J., *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate, Farnham 2012.
- Wintgens Luc J., Oliver-Lalana Daniel A. (red.), *The Rationality and Justification of Legislation, Essays in Legisprudence*, Springer, Heidelberg 2012.
- Wojciechowski Bartosz, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004.
- Wojciechowski Bartosz, *Interkulturowe prawo karne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009.
- Wolterstorff Nicholas, *Essays in Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Wright Crispin, *Truth and Objectivity*, Harvard University Press, Cambridge 1992.
- Wright Erik Olin, Levine Andrew, Sober Elliot, *Marxism and Methodological Individualism*, [w:] D. Martravers, J. Pike (red.), *Debates in Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, Routledge, New York 2003.
- Wronkowska Sławomira, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych*

- nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 1990.
- Wróblewski Jerzy, *Epistemologiczne i aksjologiczne uwarunkowanie tworzenia prawa*, [w:] J. Wróblewski, *Pisma wybrane*, wybór i wstęp M. Zirk-Sadowski, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Wróblewski Jerzy, *Model racjonalnego tworzenia prawa*, „Państwo i Prawo” 1973, z. 11.
- Wróblewski Jerzy, *Tworzenie prawa a wykładnia prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, z. 6.
- Wróblewski Jerzy, *Zasady tworzenia prawa*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 1984.
- Wu Guang-Cheng, *Creation and Metaphysics: The Way of Aquinas' Thought*, „Philosophy and Culture” 2011, vol. 38(5).
- Wyrębska-Dermanović Ewa, *Filozofia prawa Immanuela Kanta*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2018.
- Załoski Wojciech, *The Limits of Naturalism: A Game-Theoretic Critique of Justice as Mutual Advantage*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006.
- Zerbe Richard O., *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar, Washington 2004.
- Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Wydawnictwo Lexis-Nexis, Warszawa 2002.
- Ziemiński Zygmunt, *Zarys teorii prawa*, Wydawnictwo Ars boni et Aequi, Poznań 2001.
- Zirk-Sadowski Marek, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczególnych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 1990.
- Zirk-Sadowski Marek, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2000.
- Żelazny Marek, *Idea wolności w filozofii Kanta*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1993.

SKŁAD I ŁAMANIE
AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI I STRON TYTUŁOWYCH
efectoro.pl
agencja komunikacji marketingowej

KOREKTA TECHNICZNA
Katarzyna Woźniak

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.09663.19.0.M

Ark. wyd. 20; ark. druk. 17,625

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-237 Łódź, ul. Jana Matejki 34A
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. 42 635 55 77

Prawo jest artefaktem, ważnym przejawem kultury, ładem, dzięki któremu czujemy się bezpieczni, kosmosem będącym przeciwieństwem chaosu, źródłem prawowitej władzy pozwalającym zastąpić autorytet osoby autorytetem normy. Jednak za sprawą inflacji prawa fundamentalne wartości, takie jak pewność prawa czy jego trwałość, stają się jedynie oświeceniowymi, niespełnialnymi postulatami. Źródłem inflacji jest ekscesywna legislacja przekształcająca wyobrażenie prawa jako istoty ładu w swoje przeciwieństwo. Prawo staje się w ten sposób synonimem chaosu, zagrożenia, lęku przed nieznanym. Autor publikacji stawia zatem fundamentalne pytanie o to, co sprawiło, że legislacja stała się obecnie tak istotna dla prawa. Jest to pytanie o „prawny kreacjonizm” – dominujący sposób myślenia, z którego wynika ogromna, niepowstrzymana dynamika współczesnej legislacji kolonizującej czy raczej „pożerającej” kolejne dziedziny naszego życia i produkującej coraz więcej nowych przepisów i norm.

Celem serii wydawniczej „Jurysprudencja” jest publikowanie monografii z zakresu teorii i filozofii prawa, a także dyscyplin prawnych podejmujących problematykę teoretyczno- i filozoficzno-prawną w ramach własnych badań przedmiotowych. Inicjatywa powołania tego rodzaju serii wydawniczej spotkała się z dużym zainteresowaniem wszystkich ośrodków naukowych zajmujących się wskazaną problematyką, a także znanych naukowców z ośrodków zagranicznych.

Redaktorzy serii
Marek Zirk-Sadowski, Bartosz Wojciechowski

Książka dostępna również
jako e-book

WYDAWNICTWO
UNIwersYTETU
ŁÓDZKIEGO

💻 wydawnictwo.uni.lodz.pl
@ ksiegarnia@uni.lodz.pl
☎ (42) 665 58 63



Centrum Myśli
Polityczno-Prawnej
im. Alexisa de Tocqueville'a

ISBN 978-83-8331-530-0



9 788383 315300